

JUSTICIA

Revista del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras

Año 2 • No.3 • Junio 2006

- El Derecho de Petición de los jueces
- El Consejo de la Judicatura: Una oportunidad para el fortalecimiento institucional del Poder Judicial
- El ascenso de los jueces en la Carrera Judicial
- Sobre la Comisión Nacional de Bancos y Seguros (CNBS) y el Banco Corporativo, S.A. (BANCORP)
- Mediatización de la oralidad: La perversión del juicio en la práctica judicial penal centroamericana
- La intervención del Defensor en la actividad probatoria del Fiscal
- Reflexiones críticas sobre el pensamiento abolicionista en materia de justicia penal de menores
- La protección de testigos en El Salvador
- La Libertad de Expresión en Honduras y su colisión con otros derechos fundamentales
- Contribución a la crítica de la función jurisdiccional en el Estado moderno democrático desde el punto de vista de la teoría normativa de Hans Kelsen
- Apuntes de Derecho comparado: El principio de discrecionalidad del ejercicio de la acción penal pública en el sistema de justicia de los Estados Unidos de América
- Sobre la supuesta despenalización de los delitos financieros tras la entrada en vigor de la Ley del Sistema Financiero y su posible aplicación retroactiva como ley penal intermedia
- Estatuto del Juez Iberoamericano

© **Centro de Estudios Jurídicos de Honduras (CEJH)**
cejhonduras@gmail.com

Consejo de Redacción

Director: Guillermo López Lone,
Rubenia Galeano
Carlos David Cáliz
Rafael López Murcia
María Fernanda Castro
Félix Antonio Ávila
Miriam Barahona
René Altamirano
Thirza Flores Lanza
Eduardo Montes Manzano
Jorge Alberto Burgos

Esta edición de la Revista *Justicia* es posible gracias a la colaboración de los autores y al auspicio de Dan Church Aid (DCA) de Dinamarca.

La Revista *Justicia* es una producción del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras (CEJH). El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente representa la opinión de DCA ni del CEJH.

Diseño y diagramación:
Marianela González
Impresión:
Editorial Guaymuras
Tegucigalpa, Honduras
Tiraje: 1,000 ejemplares

Índice

EDITORIAL

- El Derecho de Petición de los jueces3

ACTUALIDAD JUDICIAL

- El Consejo de la Judicatura: Una oportunidad para el fortalecimiento institucional del Poder Judicial
Tirza Flores Lanza5
- El ascenso de los jueces en la Carrera Judicial 14
- Sobre la Comisión Nacional de Bancos y Seguros (CNBS) y el Banco Corporativo, S.A. (BANCORP)
Enrique Flores Valeriano 16

DOCTRINA

- Mediatización de la oralidad: La perversión del juicio en la práctica judicial penal centroamericana
José María Tijerino Pacheco 21
- La intervención del Defensor en la actividad probatoria del Fiscal
Rigoberto Cuéllar Cruz 32
- Reflexiones críticas sobre el pensamiento abolicionista en materia de justicia penal de menores
Ana Paola Hall 38
- La protección de testigos en El Salvador
Antonio Durán 48
- La Libertad de Expresión en Honduras y su colisión con otros derechos fundamentales
Félix Ávila 61
- Contribución a la crítica de la función jurisdiccional en el Estado moderno democrático desde el punto de vista de la teoría normativa de Hans Kelsen
Christian Alfaro 68
- Apuntes de Derecho comparado: El principio de discrecionalidad del ejercicio de la acción penal pública en el sistema de justicia de los Estados Unidos de América
Antonio Pacheco Valle 76

LEGISLACIÓN COMENTADA

- Sobre la supuesta despenalización de los delitos financieros tras la entrada en vigor de la Ley del Sistema Financiero y su posible aplicación retroactiva como ley penal intermedia
Carlos Cáliz 80

DOCUMENTOS

- Estatuto del Juez Iberoamericano 84

El Derecho de Petición de los jueces

El lunes cinco de junio de este año, los jueces y magistrados de San Pedro Sula levantaron su voz para solicitar a las autoridades de la Corte Suprema de Justicia un aumento de salario digno y nivelación salarial para todos sus compañeros.

Que los jueces dicten sentencias es normal, y casi siempre pasa desapercibido este quehacer. Pero que se reúnan y elaboren pliegos de peticiones, rara vez se había visto. Es por eso que el movimiento que se desarrolla en la capital industrial, y que se extiende a toda la zona noroccidental, trasciende por su importancia.

De este movimiento hay que registrar el comunicado que en la fecha antes indicada se remitió al pleno de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y que contiene cuatro peticiones concretas:

1) Aumento de salario en un porcentaje del 20% para jueces y magistrados; 2) Nivelación salarial para todos los jueces y magistrados con más de dos años de antigüedad (como medida de corrección a la disparidad de sueldos que hoy en día impera en el Poder Judicial); 3) La exigencia de que el aumento sea retroactivo al mes de enero del presente año, y rechazo al bono compensatorio de cuatro mil lempiras que ofrecen las autoridades; y, 4) Que a los jueces recién ingresados a la carrera judicial se les reconozca un sueldo de conformidad al arancel del profesional del Derecho.

De lo dicho en el pronunciamiento no hubo respuesta directa. Pero los jueces continuaron adelante. La junta directiva del Capítulo de la Asociación de Jueces y Magistrados de San Pedro Sula se declaró en sesión per-

manente y convocó a una asamblea general el viernes nueve de junio, a la que se sumaron los empleados y funcionarios judiciales. Ahí resolvieron no desmayar y, ante todo, rechazar el aumento que ya para entonces se había anunciado oficialmente y que consistía en un 9% para jueces y magistrados y, para los empleados, aumentos en un promedio del 10% al 27%.

Revueltos, hermanados y en una sola voluntad, jueces y empleados en esa magna asamblea, de por sí histórica, dijeron No a la propuesta del pleno de magistrados, y reiteraron su reivindicación de aumento salarial del 20% para los jueces y magistrados y 27% para los empleados y funcionarios, retroactivos al mes de enero. Como parte de los acuerdos se conformó una comisión negociadora integrada y se decidió impulsar actividades encaminadas a lograr lo peticionado. Se selló así una alianza de lucha y de aspiraciones comunes.

Al momento de escribir este editorial, ya sabemos que este movimiento de jueces y empleados no fue escuchado; pero, independientemente del resultado, lo que queda claro es que los jueces y magistrados —espoleados como todos por el alto costo de la vida—, salimos a la palestra para exigir nuestros derechos y la satisfacción de nuestras reivindicaciones.

Lo apuntado líneas arriba que conste a manera de crónica. Veamos a continuación otros contextos.

En el plano legal, es indudable el fundamento constitucional del salario digno que ampara a los jueces y magistrados. Pero, como respecto a la norma constitucional aún existe la tendencia de verla como programática y

no como norma jurídica directamente aplicable, remitámonos a lo que dispone el **Estatuto del Juez Iberoamericano**, aprobado en Canarias, España, en mayo de 2001, y del cual nuestra Corte de Suprema de Justicia es signatario. Éste dispone en su artículo 32:

Los jueces deben recibir una remuneración suficiente, irreductible y acorde con la importancia de la función que desempeñan y con las exigencias y responsabilidades que conlleva.

En otras palabras, esto significa dos cosas: a) Salario acorde al alto costo de la vida y al régimen de incompatibilidades de los jueces (que al ejercer la función jurisdiccional tienen la prohibición de ejercer cualquier otra actividad mercantil o remunerativa, dispensándoseles únicamente la docencia); y, b) Este salario debe ser irreductible, es decir, no puede menguarse ni disfrazarse; y no admite, en consecuencia, bonos o salarios compensatorios, sino que los aumentos deben ser necesariamente retroactivos y sumarse de forma permanente al sueldo o salario.

Más directo, si se quiere, nuestro derecho al aumento salarial, según el Estatuto del Juez Iberoamericano, no es un derecho en abstracto, sino el de *recibir una remuneración suficiente e irreductible*. Por tanto, el presupuesto del Poder Judicial debe elaborarse y ejecutarse en consonancia con ese *derecho de recibir* un salario acorde con la función jurisdiccional y con las exigencias y riesgos personales que conlleva. Ésta es la mejor contrapartida ante situaciones de aparente corruptela, denunciadas en forma directa o sutil en los medios de comunicación.

Ahora bien, lamentamos no haber recibido respuesta a nuestro comunicado; hubiésemos deseado que, aunque fuese en forma negativa, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia contestaran directamente nuestras peticiones. También lamentamos que el movimiento de los jueces y de los empleados la zona noroccidental no haya recibido el apoyo de las Juntas Directivas Nacionales de las dos asociaciones que existen en el Poder Judicial.

Sin embargo, lo que queda ganado, por adelantado, es la voluntad y disposición de los jueces y empleados de luchar por sus aspiraciones. Corresponde, para el futuro, sacar las lecciones del caso y no desalentarnos para exigir el mejoramiento de nuestras condiciones de trabajo.

El Consejo de la Judicatura: Una oportunidad para el fortalecimiento institucional del Poder Judicial

TIRZA FLORES LANZA

SUMARIO:

I. Introducción. II. Del Consejo de la Judicatura: A) Naturaleza y atribuciones. B) Composición del Consejo. C) De la Presidencia del Consejo. D) De las dependencias del Consejo. III. De la Carrera Judicial. A) Del ingreso en las Categorías Judiciales. B) De las promociones o ascensos. C) De los traslados. IV. Del Estatuto de los Jueces y Magistrados. A) De la independencia. B) De la inamovilidad. C) De la remuneración, seguridad y medios materiales. D) De la Libertad de Expresión y Asociación. E) Del derecho a la capacitación. F) Del régimen disciplinario. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro país, al igual que el resto de los países latinoamericanos, se encuentra inmerso en un proceso de reforma de todas las instituciones y normativas legales relacionadas con la administración de justicia, pues, existe consenso en concluir que la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho solo es posible si se cuenta con un Poder Judicial conformado por jueces independientes y profesionalmente aptos para el ejercicio de sus funciones.

Para alcanzar ese propósito, es necesario realizar una oportuna revisión de los procedimientos empleados tanto para la selección y nombramiento, así como para la

remoción, evaluación y capacitación inicial y continua de jueces y magistrados. Es en ese marco que reviste particular importancia la figura de los Consejos de la Judicatura o de la Magistratura, como órganos de gobierno que deben asumir las funciones administrativas, tanto de recursos humanos como materiales, dentro del Poder Judicial.

La reforma constitucional de 2001, que vino a dotar de una estructura diferente a la Corte Suprema de Justicia, contempló la creación del Consejo de la Judicatura (artículo 317 de la Constitución de la República); sin embargo, en la misma no se estableció la definición de la naturaleza de este organismo ni se establecieron las atribuciones concretas que el mismo debería asumir, por lo que la Corte Suprema de Justicia, de conformidad al 313 constitucional, centraliza tanto la función jurisdiccional como la administrativa.

Ahora bien, existe una oportunidad de carácter excepcional para profundizar o ampliar la reforma constitucional de 2001; ésta es la aprobación de la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, cuyo anteproyecto fue presentado en los primeros días de abril al Presidente del Congreso Nacional por la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia. Dicha Ley, de ser ampliamente discutida y revestida de un espíritu amplio y democratizador, podría ser la herramienta idónea para solucionar los problemas más graves que atraviesa en este momento el Poder Judicial, como son:

- *Falta de independencia judicial*, la que se verá fortalecida implementado los nombramientos por concurso y con la instauración de un sistema de carrera judicial que permita hacer efectiva la inamovilidad y los ascensos por méritos, entre otras cosas, erradicando las injerencias político-partidistas en estos aspectos, y evitando, de esa forma, que los jueces sientan que tienen que retribuir el “favor” de su nombramiento o permanencia en el cargo.
- *Concentración de funciones en la Corte Suprema de Justicia*, lo que trae como consecuencia la dilación indebida en la resolución de los asuntos jurisdiccionales sometidos a su conocimiento, además de una concentración excesiva de poder en el pleno de la Corte; esto produce una estructura jerarquizada que no favorece la independencia judicial ni la democratización de la justicia; las funciones administrativas deben ser asumidas en su totalidad por el Consejo de la Judicatura, convirtiéndose la Corte Suprema de Justicia en un órgano de carácter exclusivamente jurisdiccional.
- *Corrupción e indisciplina de funcionarios judiciales*, problemas que serán atendidos mediante la implementación de un sistema imparcial y permanente de supervisión y evaluación, aunado a la estructuración de un sistema de sanciones y remociones que, garantizando el debido proceso, sea lo suficientemente objetivo para lograr un proceso de depuración constante del elemento humano que ejerce la función jurisdiccional.
- *Deficiente formación y capacitación de funcionarios judiciales*, problema que será asumido por el Consejo de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial, estableciendo un programa de capacitación tanto inicial como continuo que, tomando en consideración las opiniones de los jueces y magistrados, responda efectivamente a las necesidades que surgen de su quehacer judicial.

De lo anterior se colige que esta Ley puede constituir el medio apropiado para lograr la democratización del Poder Judicial y para recuperar la credibilidad insti-

tucional de este Poder del Estado, que tan en precario se encuentra en estos momentos.

En estas líneas se recogen las opiniones y propuestas a que hemos arribado un grupo de jueces y magistrados que, por iniciativa propia, y auxiliados de bibliografía y leyes de otros países, hemos realizado un estudio del anteproyecto de Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial. A continuación se describen nuestros bienintencionados aportes.

II. DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA

A) Naturaleza y atribuciones

El artículo 317 de la Constitución de la República establece la creación del Consejo de la Judicatura; sin embargo, no determina la naturaleza de este organismo ni las atribuciones que se le asignan, lo cual podría traer conflictos de competencia y, a la larga, constituir un obstáculo en el ejercicio independiente de sus funciones. En consecuencia, a efecto de garantizar su independencia funcional, es necesario reformar dicho artículo constitucional, determinando que el Consejo de la Judicatura es el órgano de dirección administrativa del Poder Judicial, y trasladándole las funciones administrativas asignadas a la Corte Suprema de Justicia en el artículo 313, también constitucional; de ahí que en nuestra propuesta de Ley del Consejo de la Judicatura instituyamos como funciones del Consejo, las siguientes:

- Organizar y dirigir administrativamente el Poder Judicial.
- Administrar todos los recursos financieros, materiales y humanos dependientes del Poder Judicial.
- Nombrar y remover los magistrados de cortes de apelaciones, jueces y personal administrativo y técnico del Poder Judicial, conforme a la Ley.
- Elaborar el proyecto de presupuesto del Poder Judicial.
- Publicar la Gaceta Judicial.
- Fijar la división del territorio para efectos jurisdiccionales.
- Crear, suprimir, fusionar o trasladar los juzgados, cortes de apelaciones y demás dependencias del Poder Judicial.

- h. Emitir su reglamento interior y los otros que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
- i. La administración y control de la Carrera Judicial y de la Inspectoría de Tribunales.
- j. La evaluación periódica de Jueces y Magistrados de Cortes de Apelaciones.
- k. La capacitación de los miembros de la Carrera Judicial y demás empleados del Poder Judicial.
- l. El ejercicio del régimen disciplinario de los miembros de la Carrera Judicial.
- m. Nombrar al representante del Poder Judicial ante la Junta Nominadora encargada de la propuesta de candidatos al Congreso Nacional para la elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; asimismo, elaborar la nómina de candidatos que el Poder Judicial deberá remitir a esa Junta Nominadora.
- n. Las demás que le confieran la Constitución y las Leyes.

También es importante subrayar que se le confiere al Consejo la atribución contenida en el literal m) anterior, relacionada con la elaboración de la nómina de candidatos a ser propuestos para la Corte Suprema de Justicia, debido a que, tomando en consideración que el Consejo es un órgano técnico y con experiencia en selección de personal, elabore la misma con criterios objetivos y tomando como base la capacidad profesional e idoneidad académica e integral de los profesionales seleccionados.

B) Composición del Consejo

En este aspecto, el anteproyecto de Ley presentado al Congreso recoge en buena parte el modelo del Consejo de la Judicatura de España, conformado en su mayoría por miembros de la Carrera Judicial y presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. El artículo 6 del anteproyecto establece que el Consejo estará formado por cinco miembros; uno de ellos y quien lo preside es el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, otro Magistrado de la Corte Suprema, un Magistrado de Corte de Apelaciones, un Juez de Letras y, el cuarto miembro, designado de una terna de jueces y magistrados propuesta por la Aso-

ciación de Jueces y Magistrados de Honduras; todos nombrados por el pleno de la Corte por mayoría simple.

Estimamos que ese modelo no es el más adecuado para nuestro país y, siguiendo esquemas y experiencias de otros países del continente como El Salvador, Bolivia, Perú, Paraguay y Argentina, entre otros, nos atrevemos a afirmar que el Consejo debe estar conformado por profesionales independientes e incluso de ciencias diferentes al Derecho y afines a otras disciplinas como administración, finanzas, recursos humanos, etc., pues sus funciones no son del orden jurisdiccional.

Proponemos un Consejo de la Judicatura compuesto de la siguiente manera: tres miembros provenientes de la Carrera Judicial¹, nombrados de tres ternas electas por el voto directo y secreto de jueces y magistrados, un representante de los claustros de profesores de las universidades del país, nombrado de una terna electa por voto directo y secreto en asamblea general; y, un representante de las organizaciones de la sociedad civil, nombrado de una terna electa por voto directo y secreto en asamblea general.

Además, los consejeros deben ser nombrados por dos tercios de votos —y no por mayoría simple como establece el anteproyecto— de los integrantes del pleno de la Corte Suprema de Justicia y, aunque el artículo 308 de la Constitución de la República determine que las decisiones se tomarán por la mayoría de sus miembros, establecer una mayoría calificada no debe considerarse una vulneración de este precepto constitucional, ya que su espíritu es evitar decisiones arbitrarias; con los dos tercios de los magistrados no se disminuye lo establecido en la Constitución. Antes bien, se eleva dicho parámetro en aras de obtener una decisión más democrática y de mayor legitimidad.

Por otro lado, el período de funciones de los consejeros debe ser de cinco años, pues dos, como está planteado en el anteproyecto, resulta poco tiempo para desarrollar planes de trabajo y lograr resultados.

Creemos que se debe eliminar la posibilidad de reelección, pues nuestra experiencia nos ha demostrado que,

1 La Carrera Judicial se integra con jueces y magistrados de las Cortes de Apelaciones. No forman parte de ella los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

muchas veces, por el deseo de continuar en el cargo, se pueden adoptar posiciones poco firmes o complacientes a efecto de obtener el beneplácito de la autoridad que decide la reelección.

C) De la Presidencia del Consejo

Con relación al ejercicio simultáneo de la presidencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Judicatura, si bien es cierto, la justificación es la necesidad de unidad y coordinación entre ambas funciones, también lo es que, en la práctica, esto ha generado una concentración excesiva de poder en una sola persona y la imposibilidad de que el Consejo actúe independientemente, tornando además ilusoria la separación de las funciones jurisdiccionales de las administrativas.

En el anteproyecto presentado, la presidencia del Consejo de la Judicatura no sólo es ejercida por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sino que éste goza, en las sesiones del Consejo, de voto de calidad lo que, aunado a que en su composición también se integra a otro Magistrado de la Corte Suprema, hace que este modelo de Consejo sea totalmente controlado por la Corte Suprema de Justicia, con pocas posibilidades de actuar con independencia funcional, lo que vuelve un contrasentido la división de las funciones administrativas de las judiciales, pues sustrae a dos magistrados de la Suprema de sus deberes jurisdiccionales, olvidando que la creación del Consejo busca, precisamente, que éstos se dediquen exclusivamente a administrar justicia.

Estimamos que resulta mucho más participativo que el Presidente del Consejo sea aquel consejero designado por el pleno, a más tardar veinticuatro horas después de su elección y que, de la misma forma, se elija un vicepresidente que lo sustituirá en su ausencia. Nuestra propuesta comprende también la figura del vicepresidente del Consejo e incluye un artículo en que se establecen los requisitos para ser miembro del Consejo, pues no están contemplados en el anteproyecto en análisis.

D) De las dependencias del Consejo

En el anteproyecto se establecen como dependencias del Consejo, las siguientes: la Dirección de Admi-

nistración de Personal Judicial y Evaluación que fungirá como Secretaría General; la Inspectoría General de Juzgados y Tribunales; la Escuela Judicial y la Sección de Evaluación, ésta última integrada en la Secretaría General; la Dirección de Recursos Humanos y Materiales, y la Dirección de Recursos Financieros.

De la anterior división se observa que la administración de personal judicial y administrativo, así como la evaluación de ambas categorías podría asignarse a una Dirección de Recursos Humanos que, para efectos de especialización de trabajo, no debe manejar recursos materiales, que serían mejor administrados, junto con los recursos financieros, en una sola dependencia; asimismo, se estima más funcional que la Secretaría General, con su correspondiente Secretaría General adjunta, sea una dependencia diferente con atribuciones propias, para evitar la concentración de trabajo que podría provocar falta de fluidez en el desarrollo de sus responsabilidades. En consonancia con lo anterior, se proponen como dependencias del Consejo las siguientes:

- a. La Secretaría General y la Secretaría General Adjunta,
- b. La Dirección de Recursos Humanos,
- c. La Dirección Administrativa y de Finanzas,
- d. La Escuela Judicial,
- e. La Inspectoría General de Juzgados y Tribunales, y
- f. Las demás dependencias que el propio Consejo resuelva crear.

En la propuesta que exponemos se determinan de manera general las funciones de cada dependencia; nos parece de especial importancia la inclusión, dentro de la sección de la **Escuela Judicial**, del siguiente artículo:

Artículo 20.- Para dar cumplimiento a sus fines, la Escuela Judicial se organizará en función de las necesidades de formación en las diferentes áreas jurisdiccionales. En la definición de políticas de formación judicial deberá tomarse en cuenta la opinión de los jueces y magistrados; éste involucra a los beneficiarios directos de la capacitación en la definición de políticas y establece la necesidad de formación en todas las áreas de trabajo de los jueces.

Otro aspecto de suma importancia, para nosotros los jueces, es la definición de la naturaleza y límites del

trabajo de la **Inspectoría de Juzgados y Tribunales**, que no debe ser concebido como un órgano represor que actúa únicamente cuando los problemas ya han provocado efectos desfavorables en la gestión de los despachos judiciales; éste debe prevenir y no tener una función únicamente punitiva, sino que adelantarse a los problemas y evitarlos; asimismo, debe excluirse de su ámbito el contenido de las resoluciones judiciales y todo lo relacionado con la privacidad de los jueces, es decir, su espacio de libertad cultural, social, moral, religiosa y política.

Transcribimos el párrafo último de la sección relacionada con la **Inspectoría de Juzgados y Tribunales** de nuestra propuesta, donde se determina el objeto de la labor de inspección y se puntualiza que la misma debe realizarse siempre con transparencia: *La labor de inspección tiene por objeto la comprobación y el control del funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia y del cumplimiento de los deberes del personal judicial, identificando sus respectivas carencias, debilidades y fortalezas, todo ello en aras de su mejoramiento. Igualmente, la actividad de inspección y sus resultados, se realizarán con absoluta transparencia respecto de las personas que hayan solicitado su actuación y de aquellas que sean sujeto de inspección, quienes tendrán acceso en todo momento al expediente correspondiente.*

III. DE LA CARRERA JUDICIAL

A) Del ingreso en las Categorías Judiciales

El anteproyecto establece que la Carrera Judicial está integrada con los jueces y magistrados de cortes de apelaciones que hayan cumplido con los requisitos y procesos de selección establecidos en esta Ley; el ingreso será, por regla general, a través de la categoría de Juez de Paz, estableciéndose que, excepcionalmente, podrá ingresarse como Juez de Letras o Magistrado de Corte de Apelaciones por una de cada cuatro plazas vacantes en esas categorías, por lo que para que este régimen tenga éxito, la plaza de Juez de Paz debe ser mejor remunerada y ampliadas sus atribuciones jurisdiccionales a efecto de que se torne atractiva para profesionales honestos y capaces, que opten por iniciar su ascenso dentro de la carrera.

En relación con los procedimientos para llenar las vacantes, en el anteproyecto se establece un concurso divi-

dido en tres fases, en el cual se recoge toda la experiencia acumulada por la Dirección de la Carrera Judicial y por la Escuela Judicial en los procesos de selección realizados a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, la cual ha resultado efectiva y práctica.

B) De las promociones o ascensos

El anteproyecto establece que, de cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de jueces de letras, tres serán cubiertas por riguroso ascenso de los jueces de paz, lo que resulta bastante acertado, pues es congruente con el fortalecimiento de la Carrera Judicial; pero, a la vez, ofrece la posibilidad de que algún profesional, con idoneidad académica y moral y con experiencia, pueda ingresar directamente a la categoría de juez de letras; asimismo, en este apartado, debe possibilitarse el ingreso directo en esta categoría a los auxiliares judiciales, pues resulta innegable que algunos de ellos han acumulado, en el desempeño de sus funciones, una experiencia valiosa que puede venir a fortalecer la labor jurisdiccional, por lo que se propone que, entre los requisitos para concurrir al concurso por esa cuarta vacante, en lo relacionado con la experiencia, se agregue lo siguiente: *Artículo 53.-... Para concurrir al mismo se requiere: ...a...b...c...d...e. Acreditar una experiencia mínima de cinco años de efectivo ejercicio profesional en cualquier disciplina jurídica, o de tres años como auxiliar de un órgano jurisdiccional...* (la negrita es el agregado que se propone).

En relación con las vacantes producidas en la categoría de magistrados de cortes de apelaciones, el anteproyecto propone el mismo porcentaje para promociones. Sin embargo, en este aspecto, nos parece que todas las vacantes producidas en esta categoría deben ser llenadas por riguroso ascenso entre jueces de letras, en primer lugar, debido a que esa labor de revisión en segunda instancia requiere de una especialización y experiencia que sólo puede ser adquirida a través del ejercicio de la judicatura y, en segundo lugar, por el reducido número de plazas que contrasta con el anhelo natural y justificado de todos los operadores de justicia de ascender a esta categoría que significa, para la mayoría, la culminación de su carrera.

En cuanto a los criterios que deben ser tomados en consideración para ser promovidos, existen dos sistemas:

uno, basado primordialmente en la antigüedad o valoración de antecedentes y, el otro, por pruebas de oposición; el anteproyecto analizado recoge plenamente el primer sistema y establece: *Para el ascenso se tendrá en cuenta, por su orden, la mayor antigüedad en dicha carrera, valorada en un sesenta por ciento, y el resultado obtenido en la evaluación del desempeño, valorada en el cuarenta por ciento restante.*

Estamos de acuerdo en que la antigüedad es un factor muy importante para optar a un ascenso, pues la permanencia en el cargo hace presumir experiencia y buen desempeño. Sin embargo, se ha considerado que, sin contradecir la primacía de la antigüedad, debe también incluirse un porcentaje para exámenes teórico-prácticos, pues esto incentiva el estudio y actualización constante de los funcionarios judiciales; se propone que, en lugar de los porcentajes plasmados en el anteproyecto, se establezca lo siguiente: *Para el ascenso se tendrá en cuenta, por su orden, la mayor antigüedad en dicha carrera, valorada en un cuarenta por ciento, la aprobación de los exámenes teóricos y prácticos valorada en un treinta por ciento y el resultado obtenido en la evaluación del desempeño, valorado en el treinta por ciento restante.* De esto resulta que, para proceder a un ascenso, el Consejo debe convocar a un concurso interno entre los funcionarios interesados y que reúnan los requisitos establecidos por la ley.

Siguiendo con este tema, el anteproyecto comentado, consigna: *Los servidores con derecho a ascenso no podrán renunciar a los mismos. La negativa dará lugar a la separación de la carrera judicial por el solo hecho de producirse.* Al respecto transcribimos el artículo 16 del Estatuto del Juez Iberoamericano, el cual incorporamos en nuestra propuesta en la Sección de la Inamovilidad:

«Art. 16. **Inamovilidad interna.**- La garantía de inamovilidad del juez se extiende a los traslados, promociones y ascensos, que exigen el libre consentimiento del interesado. Excepcionalmente, podrá establecerse en la ley la posibilidad del ascenso o traslado del juez por necesidades del servicio o modificación de la organización judicial o el destino temporal de aquél, por iguales motivos, para reforzar otro órgano jurisdiccional. En casos como éstos, en que prevalece el interés general sobre el particular, deberá garantizarse el respeto del debido proceso».

Razonando las normas antes transcritas, apreciamos que por regla general los ascensos deben ser voluntarios. No obstante, cuando por razones de servicio u otras similares, el ascenso resulta necesario, debe respetarse el debido proceso, es decir, debe informarse al funcionario sobre los motivos concretos e ineludibles de su promoción y debe garantizársele el derecho a contradecir tales motivos o a justificar su negativa; de la misma forma, la negativa injustificada no puede lesionar su derecho a la inamovilidad, por lo que la sanción debe ser diferente; en consecuencia, proponemos la siguiente redacción:

Los servidores con derecho a ascenso sólo podrán renunciar al mismo existiendo causa justificada calificada como tal por el Consejo de la Judicatura en apego al debido proceso. La negativa injustificada dará lugar a la imposibilidad de optar a un ascenso en los próximos tres años.

C) De los traslados

El anteproyecto no contiene ninguna disposición concreta sobre traslados. Sin embargo, el CAPÍTULO IV del TÍTULO II “**De la provisión de puestos vacantes**”, parece que aborda esa problemática, pero no lo hace con la suficiente claridad, por lo que hemos adecuado ese capítulo para establecer un régimen objetivo e imparcial de traslados; éste es de suma importancia, habida cuenta que existen en la actualidad muchos funcionarios judiciales que han salido de sus domicilios habituales y que deben tener la opción de retornar a los mismos en condiciones de igualdad y sin necesidad de esperar ser “favorecidos” con ese beneficio, pues, la falta de criterios objetivos para determinar el retorno de los jueces a los lugares donde anteriormente han vivido lesiona su independencia, ya que existe la percepción de que es necesario “estar bien” con la autoridad que decide sobre esa materia para obtener el ansiado cambio de sede. En consonancia con lo anterior, se propone el siguiente sistema:

CAPÍTULO IV

De la provisión de plazas vacantes por medio de traslados

Artículo 57.- Producida una vacante en cualquiera de las categorías judiciales, el Consejo convocará un concurso para llenarla. La convocatoria del concurso se publicará en uno de los diarios escritos de mayor circulación en el país.

Previo a la convocatoria del concurso, el Consejo hará saber la existencia de tales plazas vacantes a los jueces o magistrados que figuren en el escalafón de la categoría a la que corresponda el puesto vacante y que reúnan los requisitos de especialización y de méritos que el Consejo exija para dicho puesto, a efecto de que tales funcionarios puedan solicitar su traslado, si lo consideran pertinente. Los jueces o magistrados que a la fecha de ser informados oficialmente de las plazas vacantes, no hayan cumplido en su actual destino dos años de permanencia, no podrán ser trasladados.

Las solicitudes deberán presentarse en las oficinas de la Secretaría General del Consejo dentro del plazo de diez días hábiles desde la fecha de la comunicación del Consejo a los interesados.

Artículo 58.- El Consejo resolverá, dentro del plazo de cinco días, las solicitudes en favor del peticionario que, ostentando la categoría a que corresponda el puesto vacante y los demás requisitos exigidos, tenga mayor antigüedad en el escalafón respectivo y en caso de igualdad, por razón de edad.

Artículo 59.- El procedimiento establecido en los dos artículos precedentes se seguirá respecto de las plazas de nueva creación en cualquiera de las tres categorías judiciales.

IV. DEL ESTATUTO DE JUECES Y MAGISTRADOS²

A) De la independencia

En esta sección se hacen las siguientes propuestas: se agrega un artículo en el que se establece que la independencia judicial es una garantía de los ciudadanos; en consecuencia, los jueces tenemos el deber de ejercerla y defenderla; se amplía la gama de sectores de donde pueden provenir las lesiones a la misma, incluyendo a los otros poderes del Estado y a otras organizaciones o fuerzas sociales; y, el procedimiento de amparo, en caso de perturbaciones, se adecua a lo establecido en el Código Procesal Penal.

2 El estatuto judicial es el instrumento que condensa los derechos, garantías, deberes, condiciones, régimen disciplinario y requisitos indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional.

B) De la inamovilidad

En concordancia con la Constitución, el anteproyecto establece que los jueces y magistrados no pueden ser trasladados, cesados, separados ni suspendidos, sino por las causas y mediante los procedimientos y con los recursos establecidos en la ley. No obstante, estimamos que es necesario agregar que tales procedimientos y recursos deben implementarse *garantizando el respeto del debido proceso y, en particular, el de los derechos de audiencia, defensa y contradicción.*

También, en esta sección, se incorpora el artículo 16 del Estatuto del Juez Iberoamericano, tal como ya se ha comentado en párrafos precedentes.

C) De la remuneración, seguridad y medios materiales

Nuestra propuesta amplía la sección relacionada con la independencia económica agregándole, de conformidad con lo establecido en el Estatuto del Juez Iberoamericano, además del derecho a una remuneración suficiente e irreductible, los siguientes derechos: a un sistema de seguridad social que provea a jueces y magistrados una pensión digna o una indemnización adecuada; a contar con los recursos humanos, medios materiales y apoyos técnicos necesarios para su desempeño; y, a que se les proporcionen los medios adecuados para garantizar su seguridad personal y familiar, de acuerdo a las situaciones de riesgo que atraviesen.

D) De la Libertad de Expresión y Asociación

De conformidad con la Constitución de la República y los Tratados y Convenios Internacionales, así como haciendo acopio de lo establecido en el Estatuto del Juez Iberoamericano y en los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, se incluyen en nuestra propuesta dos artículos en que se establecen estos derechos, a través de los cuales se busca la democratización de la función jurisdiccional y, en última instancia, el fortalecimiento de la democracia. Se propone la siguiente redacción:

SECCIÓN IV

De la Libertad de Expresión y Asociación

Artículo 74.- Los jueces y magistrados gozarán de las libertades de expresión, creencias y reunión, preservando en su ejercicio la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la función jurisdiccional.

Artículo 75.- Los jueces y magistrados tienen derecho a constituir asociaciones u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial.

E) Del derecho a la capacitación

Se incluye una sección relacionada con la capacitación como medio idóneo para lograr que jueces y magistrados tengan los conocimientos académicos necesarios para dirimir los conflictos sometidos a su discernimiento, puntualizando que debe hacerse en forma planificada y en condiciones de igualdad, con la participación de los jueces en la definición de políticas, planes y programas de formación.

F) Del régimen disciplinario

En esta Sección, el aporte más significativo es el relacionado con la imposición de las sanciones, pues el anteproyecto en estudio establece tres sanciones diferentes en caso de faltas graves y otras tres sanciones en caso de faltas leves, sin determinar cuándo se aplicará cada una. Esto podría constituir una violación al derecho de defensa y al principio de legalidad por la falta de predeterminación de las sanciones a imponer, ocasionando posibles decisiones arbitrarias o abusivas. Se propone la siguiente redacción:

Artículo 89.- Las infracciones graves se sancionarán con:

- a. Multa no menor de treinta y uno ni mayor de sesenta días de sueldo, que será deducida en cuotas proporcionales del sueldo, **por la primera vez;***
- b. Suspensión del empleo y del sueldo por un período no menor de un mes ni mayor de tres, **por la segunda vez, y***
- c. Separación definitiva del servicio **ante la tercera falta grave.***

Artículo 90.- Las infracciones leves se sancionarán con:

- a. Amonestación verbal, **la primera vez;***
- b. Multa no menor de cinco ni mayor de treinta días de sueldo, **la segunda vez; y,***
- c. Suspensión del empleo y del sueldo por un período de entre uno y treinta días, **por la tercera falta leve.***

(las negritas son nuestros agregados)

A MANERA DE CONCLUSIÓN

No existen los métodos perfectos ni las legislaciones que puedan garantizar que la justicia estará en manos de los mejores ciudadanos y ciudadanas. Sin embargo, esta ley debe establecer condiciones objetivas que posibiliten: el nombramiento de jueces y magistrados capaces, probos e imparciales; el fortalecimiento de la independencia judicial; la remoción de los funcionarios corruptos o negligentes; y, la capacitación igualitaria y permanente de los operadores de justicia, entre otros. Es por ello que resulta un deber insoslayable empeñar todos nuestros esfuerzos para lograr la aprobación de un cuerpo legal coherente con esos propósitos y con una visión amplia y democratizadora del sistema de administración de justicia.

Deseamos reiterar que en estas líneas se esbozan los aportes que, con modestia y dentro de nuestras limitaciones de tiempo y conocimientos, hemos consensuado un grupo de jueces y magistrados. No pretendemos tener la verdad. Nuestro propósito es únicamente incentivar un debate amplio y participativo en relación con este Anteproyecto de Ley, que es de suma importancia no sólo para el Poder Judicial sino para la población en general, y para el fortalecimiento del Estado de Derecho. Por tanto, invitamos a jueces y magistrados, y a todos los ciudadanos y ciudadanas, a participar en esta discusión con el propósito de generar un consenso que nos lleve a aprovechar esta oportunidad única y quizás irreplicable, que se nos ofrece para dar un paso adelante en la recuperación de la credibilidad y confianza de la sociedad en nuestro sistema de administración de justicia, que necesita más que ningún otro de la estimación y reconocimiento social. ¡El debate está abierto!

Bibliografía

Anteproyecto de Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial elaborado con la asistencia técnica de Manuel Estrella Ruiz, Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz, España, financiado por el proyecto de la Agencia Española de Cooperación Internacional “Programa de Fortalecimiento de la Carrera Judicial en Honduras».

Anteproyecto de Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial proporcionado por FOPRIDEH.

Estatuto del Juez Iberoamericano.

Justicia para Todos. Políticas de consenso sobre la recuperación de la Justicia argentina. Publicación de la Fundación Novum Millenium. Teodoro Kreckler y Franco Caviglia (compiladores)

Ley del Consejo de la Judicatura de El Salvador y su Reglamento.

Libro Blanco de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial de España.

Libro Blanco sobre la Independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de Justicia en Centroamérica.

Memorias de los tres talleres de análisis y estudio realizados por el Centro de Estudios Jurídicos de Honduras sobre esos anteproyectos, el 3 de diciembre de 2005 en Tegucigalpa, y el 1 de abril y 27 de mayo de 2006, en San Pedro Sula.

Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura.

Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces abogados y fiscales.

Proyecto de Investigación. Evaluación de Funcionamiento de los Consejos de la Magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales de Argentina (INECIP), con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer.

El ascenso de los jueces en la Carrera Judicial

Reproducimos a continuación la carta que un grupo de veintidós jueces, que se desempeñan en la jurisdicción de lo penal de San Pedro Sula, remitieron al pleno de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, solicitando que sean convocados a concurso para llenar las plazas que surgirán con motivo de la inminente creación de la Corte de Apelaciones de lo penal en esa ciudad.

Consideramos que la petición de promoción o ascenso de los jueces es congruente con el artículo 41 de la vigente Ley de la Carrera Judicial, que dispone: *Los ascensos solo podrán efectuarse por antigüedad, mediante concursos y exámenes de idoneidad, que hará la comisión de selección, previa solicitud que los interesados deberán presentar dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se produzca el aviso de la vacancia. Practicado el examen, el director de Administración de personal propondrá a la Corte Suprema de Justicia los candidatos al ascenso, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de esta ley, para que ésta resuelva sobre el ascenso.*

No se regula un procedimiento especial para la creación de nuevas plazas, pero es comprensible y razonable que, de crearse, se actuará de conformidad con la norma precitada, y se tendrá en cuenta lo expuesto por los jueces peticionarios.

San Pedro Sula, Cortés, 15 de mayo de 2006

Honorables Magistrados
de la Corte Suprema de Justicia de Honduras.

Quienes suscribimos esta misiva nos desempeñamos actualmente como Jueces de primera instancia en diferentes sedes judiciales, donde ejercemos la función jurisdiccional conscientes de nuestra responsabilidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, y de contribuir al fortalecimiento institucional del Poder Judicial.

En el ejercicio de la judicatura hemos crecido en el reconocimiento y declaración de los derechos de las partes. Al mismo tiempo, hemos ampliado nuestra comprensión sobre nuestros derechos como jueces, además de nuestras obligaciones. Así, hemos aprendido que el desempeño de nuestra función condensa elevadas responsabilidades, pero que éstas no disminuyen o condicionan los derechos que, constitucionalmente y por ley, nos corresponden.

Entre estos derechos cobra notoria relevancia el de la promoción o ascenso a cargos superiores.

En este marco, meritorio es reconocer y salvaguardar nuestro derecho a la igualdad. Al respecto, la Constitución declara: *Todos los hondureños son iguales ante la ley*; es decir que, ante supuestos de hecho iguales deben aplicarse consecuencia iguales. Asimismo, de conformidad al principio de legalidad, tanto a los justiciables como a los jueces se les deben resolver sus conflictos y peticiones de conformidad con lo que establece previamente la ley.

Significa, entonces, de conformidad con el artículo 52 literal b) de nuestra vigente Ley de la Carrera Judicial, que uno de nuestros derechos es el de *Ser promovidos a cargos de mayor jerarquía y sueldo, previa comprobación de eficiencia y méritos*. Esto se hará efectivo para los funcionarios judiciales —según la ley— cada vez que haya una plaza vacante o se produzca la creación de nuevas plazas de juez o de magistrados.

Es el caso, ya de conocimiento público, que el honorable pleno de la Corte Suprema de Justicia hace un tiempo decidió, en sesión solemne, crear la Corte de Apelaciones en materia penal en San Pedro Sula. La decisión se piensa materializar en el corto plazo, con el nombramiento de los tres magistrados que, por primera vez, integrarán este órgano jurisdiccional.

El derecho de todos los jueces a ser ascendidos o promovidos a cargos de mayor jerarquía es, sin duda, una materialización particular del derecho a la igualdad, además de una exigencia en el contexto de la sociedad democrática. Cobra vigencia el derecho a la promoción junto al de la inamovilidad, pues, **de nada serviría garantizar la estabilidad de los jueces, si a la par se les limita, menoscaba o conculca su derecho a ascender dentro del escalafón judicial.**

Por ello, respetuosamente, pedimos al honorable pleno de magistrados de la Corte Suprema de Justicia que se convoque a la brevedad posible a todos los jueces al concurso de las tres plazas de magistrados que se necesitan para la creación y funcionamiento de la Corte de Apelaciones de lo Penal, en la ciudad de San Pedro Sula. Para el proceso de oposición, deberán tenerse en cuenta los requisitos establecidos en los artículos 39, 52 y 53 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

Estimamos que en este concurso deberán tener especial consideración los jueces en general pero, de manera particular, los que actualmente laboran en materia criminal, ya que tanto por la especialidad como por la experiencia en el nuevo proceso penal, y por el aporte al desarrollo de la reforma judicial, son los llamados a desarrollar los precedentes jurisprudenciales.

Según nuestro criterio, y creemos que también el de vosotros, **el proceso de selección de los tres magistrados que integrarán la Corte de Apelaciones de lo penal en San Pedro Sula debe realizarse a través de un tribunal examinador predeterminado, con procedimientos también predeterminados, de conocimiento público, enfocado en la valoración de conocimientos y méritos de los aspirantes.** De esta forma se garantizaría la transparencia del concurso y la selección objetiva de los tres magistrados.

Finalmente reiteramos, honorables magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que los jueces de primera instancia que suscribimos esta petición confiamos en la realización del concurso de los tres magistrados que integrarán la Corte de Apelaciones de lo penal en San Pedro Sula, y que se tomará en cuenta la idoneidad de todos los aspirantes. Es decir la antigüedad, conocimientos y la evaluación del desempeño; además, que se velará porque no exista ningún tipo de discriminación por motivo de sexo, religión, ideología, posición económica u otro que vulnere el derecho a la igualdad que ampara a los solicitantes.

Confiamos en que todos los jueces seremos convocados al concurso de las tres plazas de magistrados de la Corte de Apelaciones ya descritas,

Peticionamos y firmamos para constancia. GUILLERMO LÓPEZ LONE, WENDY CAROLINA ESCOBAR, LIDIA MARGARITA LÓPEZ, RAMÓN ENRIQUE BARRIOS, CLAUDIA SOLÍS, GRACIA MARÍA BERTRAND, NEPTALÍ FUENTES, LEONCIO DÍAZ GÓMEZ, ALBERTO CANALES,... y siguen las firmas.

Sobre la Comisión Nacional de Bancos y Seguros (CNBS) y el Banco Corporativo, S.A. (BANCORP)

ENRIQUE FLORES VALERIANO

El título de este pequeño estudio es por sí mismo revelador: La Comisión Nacional de Bancos y Seguros (CNBS) está indudablemente ligada al Banco Corporativo por ser éste, su liquidación y desaparecimiento del escenario financiero, su caso más importante y señalado, y su primera prueba de fuego.

Mucho se habló y escribió en su momento en torno al caso y aunque ahora, de vez en cuando se le recuerda, la verdad es que se han sustentado varias tesis y versiones, la mayoría alejadas de la realidad; resultado, como en casi todos los casos de trascendencia nacional que no pasan del escándalo, de la condición política, social o económica de los involucrados o responsables, o por las circunstancias especiales en que se desarrollaron los acontecimientos.

Estas líneas pretenden reseñar hechos desconocidos hasta ahora y que arrojarán luces sobre la verdad del caso BANCORP, por cuya causa muchas personas sufrieron los efectos y padecieron la angustia de ver perdido, de la noche a la mañana, el fruto de su trabajo por parte de delincuentes disfrazados de banqueros, y políticos que, al amparo de la función pública de que fueron investidos por el mismo pueblo, se confabularon con aquéllos para enriquecerse y conservar y aumentar su poder político.

Pero para llegar al fondo o parte medular de este sonado caso, es indispensable referirse previamente a la creación de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, de sus funciones, transición de la Superintendencia de Bancos y Seguros del Banco Central de Honduras a este nuevo ente supervisor (la forma como se operó este pro-

ceso y sus dificultades); los miembros que la integraron, su mandato o período, la interpretación que sobre éste hizo el Congreso; todo ello para arribar con ideas claras y precisas al examen concreto del caso BANCORP.

CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE BANCOS Y SEGUROS

La Comisión fue creada mediante Decreto Legislativo número 155-95 del 24 de octubre de 1995, que contiene la Ley de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, como una entidad desconcentrada de la Presidencia de la República, adscrita al Banco Central de Honduras; respecto del cual, sin embargo, debe funcionar con absoluta independencia técnica, administrativa y presupuestaria (Artículo 1 de la Ley).

Llamamos la atención sobre esta redacción legal porque, aunque en ella se dice que la Comisión está adscrita al Banco Central de Honduras, por lo cual pareciera que constituye una de sus dependencias, esto no es cierto; una interpretación racional de todo el contexto de la referida Ley, nos lleva a asegurar su independencia respecto del Banco Central de Honduras, sin perjuicio de la coordinación, armonización y comunicación que debe existir entre ambas instituciones para el cumplimiento de sus objetivos (Artículo 41 de la Ley). En efecto:

1. Es un organismo desconcentrado de la Presidencia de la República, no del Banco Central; y
2. Tiene en su desconcentración, **absoluta independencia técnica, administrativa y presupuestaria**; lo que se

traduce en personalidad jurídica, Junta Directiva, atribuciones y funciones también propias, y un patrimonio y presupuesto que maneja con criterio independiente, sin perjuicio de la fiscalización correspondiente por parte de los órganos legalmente establecidos.

Estas normas que aseguran la independencia de la Comisión respecto del Banco Central se fundamentan en el artículo 245 atribución 31 de la Constitución de la República, que ordena al Presidente de la República: “Ejercer la vigilancia y control de las instituciones bancarias, aseguradoras y financieras por medio de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, cuya integración y funcionamiento se regirá en virtud de una Ley Especial”. Y esta Ley Especial a que se refiere este Artículo Constitucional, es la Ley de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, contenida en el precitado Decreto 155-95. Tanto la Constitución, pues, como la Ley de la materia, crean la Comisión, y esta última, en sus disposiciones finales y transitorias, regula la forma en que debía operarse o realizarse el proceso de transición y traspaso de la supervisión financiera del Banco Central a la Comisión; ya que, en definitiva, lo que se decidió es darle vigencia y realidad al mandato Constitucional de desprender la actividad supervisora del Banco Central de Honduras para trasladarla a un organismo emergente y especializado designado al efecto: la Comisión Nacional de Bancos y Seguros.

Valgan estos señalamientos para desaprobar la actitud y conducta de los altos funcionarios del Banco Central en esa época, de no resignarse a aceptar que la supervisión bancaria ya no era de su competencia, y que más bien debería prestarle a la Comisión toda la ayuda que necesitara para el eficaz cumplimiento de sus funciones. Existe y se mantiene todavía la tendencia “bantralina” de querer someter la CNBS a sus normas y resoluciones, cuando más bien las operaciones bancarias propiamente dichas del Banco Central de Honduras están sujetas al control y vigilancia de la Comisión; si bien por mandato legal los primeros seis meses de vigencia de la Ley y mientras se organizaba la CNBS, el Banco Central continuaría la supervisión bancaria. Y en este lapso debería operar la sustitución de patrono, o sea, trasladar la supervisión del Banco Central de

Honduras a la CNBS, sin que por ello se afectaran los derechos laborales y previsionales de los funcionarios y empleados de la Superintendencia de Bancos.

¿Qué fue lo que pasó? ¿Cumplió el Banco Central de Honduras esta norma? ¿Traspasó, como era su obligación legal, el pasivo laboral a la Comisión Nacional de Bancos y Seguros? La respuesta a estas tres preguntas es NO, definitivamente no.

¿Por qué? Pues porque, según los directores del Banco Central de Honduras, lo único que debería trasladarse a la CNBS era el monto de las prestaciones laborales, no así la parte previsional, es decir, las reservas técnicas y matemáticas del Plan de Asistencia Social, del cual formaban parte y tenían legítimo derecho los funcionarios y empleados de la Superintendencia.

Ante esa posición, a todas luces ilegal, el señor Presidente de la República, Doctor Carlos Roberto Reina Idiáquez, nombró una Comisión de Notables, profesionales del Derecho todos, para dilucidar este aspecto. Esta Comisión la integraron el Licenciado Gautama Fonseca, en ese momento Diputado al Congreso Nacional y que había participado en la discusión y aprobación de la Ley de la Comisión, y los abogados Armando Aguilar Cruz y Efraín Moncada Silva, a la sazón ministros de la Presidencia y de Gobernación y Justicia, respectivamente.

El fallo o criterio fue unánime: el Banco Central de Honduras debería trasladar a la Comisión no sólo el monto de las prestaciones laborales, sino también las reservas previsionales que correspondían a los trabajadores de la Superintendencia.

No obstante este criterio, el Banco Central de Honduras no actuó en consecuencia sino que, de acuerdo con un número considerable de trabajadores, la mayoría de los cuales ya tenía empleo seguro en instituciones bancarias como Banco Corporativo y Banco Capital, les pagaron a éstos, además de las prestaciones laborales, una bonificación especial. De manera que todo fue ganancia para estos servidores públicos: prestaciones laborales, bonificación y nuevo empleo.

Tal situación creó, en efecto, un vacío temporal, ya que hubo que sustituir y capacitar nuevos auditores. Lo cual se hizo, pero desde luego, con pérdida de tiempo.

La pregunta es obligada: ¿Por qué actuaron de esa manera los directores del Banco Central de Honduras? La razón es por demás sencilla: tanto ellos como los demás funcionarios y empleados estaban afiliados al Plan de Asistencia Social, y de haberse traspasado a la CNBS el monto de la reserva matemática, el fondo de dicho Plan se hubiese debilitado muy sustancialmente, toda vez que el traslado significaba más de ochenta millones de lempiras. Esta situación fue la primera piedra en el camino de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, pero se superó mediante la contratación de nuevo personal; además, a decir verdad, varios de los que se separaron tenían una reputación no muy clara y respetable. Pero, en todo caso, de haberse cumplido la Ley, la Comisión no hubiese tenido contratiempos.

EL MANDATO O PERÍODO DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN

Por acuerdo número 0010 de fecha 08 de enero de 1996, el Presidente de la República, Doctor Carlos Roberto Reina, por medio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, nombró como miembros de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros y **por un período de cuatro años** de conformidad a la Ley, a los siguientes ciudadanos:

Propietarios: ENRIQUE FLORES VALERIANO
 FERNANDO VEGA MONTOYA
 RAMIRO LOZANO LANDA

Suplentes: DARÍO ABELARDO PAZ CASCO
 EMILIO MAZIER ALVARADO

Estos ciudadanos tomaron posesión de sus cargos el 08 de junio de 1996, ya que los primeros seis meses de ese año fueron de transición y organización de la Comisión y correspondía, dentro de esa transitoriedad, las labores de supervisión al Banco Central por medio de la Superintendencia de Bancos y Seguros. Ya organizada y en funcionamiento la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, el Congreso Nacional emitió el decreto número 5-98 del 03 de febrero de 1998, mediante el cual “**interpreta**” el artículo 264 de la Constitución de la Repú-

ca, que establece que el Presidente y Directores Generales de los Organismos Descentralizados y Desconcentrados del Estado durarán hasta cuatro años en sus funciones, de conformidad con las respectivas leyes de creación de las mismas. Artículo éste que había dado base para que la Ley de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros estableciera como período de duración de los Directores cuatro años. Sin embargo, esta “**interpretación**” se hizo en el sentido de que el período que contempla la Ley de la CNBS “se iniciara a partir del mismo año de inicio del período constitucional correspondiente y, en consecuencia, los nombramientos efectuados con anterioridad quedaban sin valor ni efecto al momento del nombramiento de los sustitutos”. La intención no puede ser más clara: defenestrar a los miembros de la Comisión, desconociendo el período de cuatro años para el cual habían sido nombrados; y respecto del cual solamente había transcurrido un año y siete meses. Y con esta “interpretación” fueron sustituidos los miembros de la Comisión, a excepción del Licenciado Fernando Vega Montoya, que fue ratificado como Presidente de la misma.

Ahora bien, semejante interpretación, como otras tantas que se han hecho de los artículos de la Carta Magna es ilegal e inconstitucional, porque dicha “interpretación” no es tal, sino que constituye una auténtica reforma; y aunque fuese una verdadera interpretación, ésta, al igual que la reforma, no puede hacerse por el procedimiento legislativo ordinario de simple mayoría como se realizó, sino que por mayoría calificada y con la ratificación en la subsiguiente legislatura.

Pero, independientemente del aspecto legal tan burdo, se trataba de una maniobra o subterfugio para separar a los miembros de la Comisión, no tanto por razones políticas, sino porque constituían un obstáculo a la trama financiera montada por directores y socios del Banco Corporativo, que tenían poder en el Congreso Nacional y en la Corte Suprema de Justicia. A esta altura, BANCORP ya se encontraba intervenido y en ese momento el Banco Central y la Comisión habían tomado medidas y resoluciones fuertes y efectivas que, de haberse cumplido, no se habría producido la liquidación forzosa de la mencionada institución financiera.

EL CASO DE BANCORP Y LAS RESOLUCIONES DEL BANCO CENTRAL Y LA CNBS

Con fecha 13 de marzo de 1997, el Directorio del Banco Central de Honduras, a instancias de la Comisión, emitió la Resolución número 147-3-97, la cual sujeta a encaje legal las operaciones mediante las cuales las instituciones financieras obtienen recursos líquidos del público, emitiendo títulos, entre ellos los famosos Certificados de Participación Fiduciaria y Certificados de Participación de Valores en Custodia (CEPVACUS).

Esta resolución fue acatada por todas las instituciones del sistema financiero nacional, a excepción de Banco Corporativo, S.A y Banco Sogerin, S.A., los cuales estaban emitiendo dichos Certificados sin encajarlos; no obstante, antes de la resolución 147-3-97, el Banco Central ya había decidido su encajabilidad mediante las resoluciones 487-12-81 y 250-5-96. Contra aquella resolución, dichos bancos interpusieron recursos administrativos de reposición ante el Directorio, los cuales fueron declarados sin lugar por éste; por consiguiente, agotada la vía administrativa, podían recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa.

La Comisión, por su parte, en vista del no cumplimiento de dicha resolución por parte del Banco Corporativo, S.A., dictó el 12 de agosto del 1997 la Resolución 264/12-8-97 prohibiendo a esta institución “captar recursos del público por la vía de emisión de Certificados de Participación Fiduciaria, Prendaria e Hipotecaria, por medio de la suscripción de nuevos contratos de fideicomiso”.

Como Bancorp persistía en su actitud de desobedecer tanto la resolución del Banco Central como la de la Comisión, le fue impuesta POR ESTA ÚLTIMA una multa del orden de doce millones cuatrocientos sesenta y siete mil noventa y un lempiras con noventa y dos centavos (L.12,467,091.92)

EL PAPEL DEL JUZGADO DE LETRAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DE LA CORTE DE APELACIONES Y LA CORTE SUPREMA

El 11 de agosto de 1997, el Licenciado Manuel Rodrigo Mazariegos Zúñiga, en su condición de apode-

rado de Banco Corporativo, S.A. interpuso, ante el Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo, demanda de nulidad contra la resolución 147-3-97 del Banco Central de Honduras, solicitando en el mismo libelo la suspensión de esta resolución.

Este Juzgado, en sentencia interlocutoria del 28 de enero de 1998, decretó la suspensión solicitada. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, y al recurrir de amparo el representante del Banco Central ante la Corte Suprema de Justicia, este máximo tribunal denegó este recurso extraordinario, quedando firme la sentencia interlocutoria de primera instancia que suspendió la resolución 147-3-97.

Sobre esa sentencia interlocutoria cabe hacer los siguientes comentarios y observaciones:

- 1º) Hasta la fecha de la misma, la masa de Certificados de Administración Fiduciaria no era tan grande como para provocar el colapso de Bancorp. Pero a partir de ésta, es decir, desde el 28 de enero de 1998 hasta el 17 de mayo de 1999, cuando la Corte Suprema deniega el amparo del Banco Central, y con mayor facilidad y “autorización legal”, después de este fallo, transcurre un período que es aprovechado por la institución en referencia para emitir dichos títulos en cantidades ilimitadas que, por no estar sujetos a encaje, naturalmente producen la crisis y consecuente colapso financiero del emisor, en perjuicio de sus titulares.
- 2º) Si no fuera porque merecen respeto las personas que perdieron su dinero y su situación es triste, llamaría a risa saber que, para decretar la suspensión de la Resolución del Banco Central, el Juzgado exigió al Banco Corporativo S.A., una caución por la cantidad de UN MILLÓN DE LEMPIRAS (L. 1,000,000.00), por estimar esta suma como suficiente para responder por los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar a los intereses públicos o de terceros. Cabe recordar que la multa que le impuso la CNBS al Banco Corporativo, S.A. era de más de doce millones de lempiras, y el monto de los certificados emitidos sobrepasaron los cientos de millones de lempiras: casi los mil millones.

3º) En la sentencia interlocutoria de suspensión que comentamos, el Juzgado incurre en un prejuicio tremendo, al afirmar en sus apreciaciones legales **que los certificados no son encajables**, que precisamente es la cuestión de fondo que debería decidir en la sentencia definitiva. Hasta la fecha, esta sentencia no se ha pronunciado; y, dado lo acontecido posteriormente, sería quizás extemporánea e inocua.

Pero, desde luego, sí podría dar pie para deducir las responsabilidades civiles y penales del caso tanto a los Jueces y Magistrados que intervinieron, como a los Ejecutivos de Bancorp que se prestaron a semejante patraña.

Ahora bien, las “razones” que hayan tenido los funcionarios del Poder Judicial para haber actuado de esa manera quedan libradas a la imaginación de quienes tengan el interés y la paciencia de leer estos señalamientos.

Hemos decidido escribir estas líneas para que se sepa la verdad y no sigan las especulaciones en torno a un caso que se ha querido tergiversar e imprimir una dirección político-sectaria equivocada. Y, sobre todo, porque algunos personajes, con evidente connotación política, han insinuado que el descalabro de Bancorp se debió a la falta

de supervisión por parte de la CNBS que fungía en esa fecha, lo cual no es cierto. Como se ha dicho, el Banco Central de Honduras y la Comisión Nacional de Bancos y Seguros tomaron en forma oportuna las resoluciones pertinentes, pero éstas fueron dejadas sin valor ni efecto por las sentencias del Juzgado y la Corte de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y la propia Corte Suprema de Justicia, que decretaron la suspensión de aquellas resoluciones.

Pero, básicamente, se trata de que el Banco Central de Honduras, como demandado y parte en el juicio contencioso-administrativo aún pendiente en el Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo, le dé seguimiento, requiriendo la emisión de la sentencia definitiva sobre el fondo del asunto. Es decir, si es o no nula la Resolución 147-3-97 que ordenaba el encaje de los referidos certificados. Y si, como creemos, que dicha resolución es válida, la Procuraduría General de la República y la Fiscalía General procedan a deducir las responsabilidades civiles y penales correspondientes tanto a los directores y accionistas de Bancorp, como a los Jueces y Magistrados que se prestaron, mediante un ardid judicial, a condenar a la miseria, angustia y desesperación a personas que, de buena fe, pretendieron proteger sus ahorros e intereses.

Mediatización* de la oralidad: La perversión del juicio en la práctica judicial penal centroamericana**

JOSÉ MARÍA TIJERINO PACHECO

SUMARIO:

I. La oralidad en la reforma procesal penal iberoamericana. II. La mediatización de la oralidad. III. El germen napoleónico en la mediatización de la oralidad. IV. La contaminación de los códigos centroamericanos. V. Las razones de la mediatización. VI. Posibles soluciones.

I. LA ORALIDAD EN LA REFORMA PROCESAL PENAL IBEROAMERICANA

Cada vez que un equipo de técnicos promotores o facilitadores de la reforma procesal penal tuvo que responder a la inevitable pregunta de cuál forma procedimental recomendaban, en cualquiera de los países del subcontinente que se haya planteado la necesidad de modernizar su sistema de justicia penal, la respuesta fue contundente: **el procedimiento oral y público**.

A continuación los entendidos se hacían lenguas sobre las ventajas de la oralidad y arremetían contra el procedimiento escrito asociándolo con el sistema inquisitorial y con regímenes autoritarios. La oralidad iba de la mano con los nuevos vientos de democratización de nuestras menguadas repúblicas y fue defendida con el mismo ardoroso entusiasmo con que se defienden las ideas asociadas con la libertad.

Sin saberlo, quizás, pero seguramente intuyéndolo, extrayéndolo del subconsciente colectivo latinoamericano, rebrotaba en las mentes y los corazones todo un ideario liberal que fue reprimido aquí, allá y acullá con dureza innumerables veces, cuyo triunfo fue escamoteado otras tantas por sus propios líderes una vez que habían accedido al poder, que fue corrompido hasta llegar a justificar su antítesis, pero que nunca se extinguió porque ha significado a lo largo de dos siglos de historia patria la esperanza republicana para las mentes más esclarecidas y para los hombres más probos entre nuestros conciudadanos.

a) Los ideólogos de la reforma

Siguiendo de cerca las huellas de BENTHAM, FRAMARINO DEI MALATESTA, CHIOVENDA Y CALAMANDREI, LOS maestros argentinos ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y SEBASTIÁN SOLER SE expresan así de la oralidad en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Penal de la provincia argentina de Córdoba, de 1939, que da inicio a la reforma procesal penal iberoamericana:

* *Mediatización* es usado en el sentido de impedimento para el ejercicio pleno de la actividad oral en el juicio penal.

** Conferencia dictada el 28 de julio de 2005 durante la IX edición de la Escuela Judicial para Centroamérica y el Caribe “Juan Carlos I”, organizada por el Consejo General del Poder Judicial de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), en Antigua, Guatemala.

“La oralidad es una de las reformas fundamentales de este Proyecto, y ha de cambiar sustancialmente la fase externa del proceso, dándole vida nueva y poniéndolo en directo contacto con la realidad. Incorporado a las legislaciones modernas, este carácter es un corolario o consecuencia indispensable del principio de la originalidad de la prueba, en cuya virtud aquélla debe ser directamente recibida por el tribunal sentenciador, toda vez que la palabra es la manifestación natural y originaria del pensamiento humano. Es la forma racional de descubrir la verdad, base de la justicia, facilitando la reproducción lógica del hecho delictuoso...”

A la vinculación de la oralidad con la originalidad de la prueba o intermediación se agregaban las benéficas consecuencias de la **celeridad**, la **economía procesal** y la **publicidad**:

“Pero el juicio oral no solo ‘asegura una justicia intrínsecamente mejor’ al favorecer el descubrimiento de la verdad mediante ‘el contacto directo y continuo del tribunal sentenciador con los elementos de convicción’, sino que también favorece la celeridad del juicio, mediante la concentración de la actividad procesal en una o pocas audiencias inmediatas, simplifica y economiza la actividad jurisdiccional, y permite la verdadera publicidad...”

Y la no menos importante consecuencia del **principio de contradicción** o **bilateralidad**, “principio fundamental, fuerza motriz y garantía suprema” del proceso para CALAMANDREI¹:

“El juicio oral y público permite la actuación efectiva de los intereses individuales y sociales que el proceso debe tutelar. La lucha que se desarrolla en la audiencia, entre la acusación y la defensa y ante el Tribunal que ha de juzgar, coloca a esos intereses en paridad de situación jurídica, de donde la libre discusión y el examen bilateral de todos los actos realiza el principio de contradicción y favorece al mismo tiempo el descubrimiento de la verdad”.

Ideas sobre las que VÉLEZ MARICONDE insiste en su obra *Derecho Procesal Penal*:

*“El procedimiento oral es infinitamente superior al escrito porque asegura en máximo grado la **intermediación**, es*

*decir, un contacto directo y simultáneo de los sujetos procesales con los medios de prueba en que debe basarse la discusión plena de las partes y la decisión definitiva del juzgador”*².

Y que, llevadas al tema de la prueba pericial, lo lleva a decir:

*“Con respecto a los **peritos**, los efectos de la oralidad son notables y se advierten en los asuntos complejos, donde el médico o el contador, por ejemplo, presentan extensos informes no siempre fáciles de interpretar... La presencia del perito facilita la interpretación o su decisión franca, disipa las dudas, permite establecer a ciencia cierta la situación fáctica sometida a juicio. Lo que antes era oscuro y difícil resulta fácil y meridiano, incluso –también en esta clase de prueba– por el aporte de los defensores”*³.

Sobre la relación juicio oral y bilateralidad CLARIÁ OLMEDO, discípulo destacado de VÉLEZ MARICONDE, diría a dos décadas de vigencia del Código:

*“Bajo la dirección del Tribunal, las partes se controlan recíprocamente y discuten entre sí, proporcionando argumentos al juzgador en función de lo que acaban de percibir de manera directa y con un mínimo de interrupciones”*⁴.

Así queda claramente expuesto el pensamiento de los ideólogos de la reforma procesal penal iberoamericana sobre la oralidad. Su entusiasmo no deja entrever ninguna sombra, ninguna duda, ninguna desviación sobre lo que debe ser un procedimiento oral.

b) Los modelos

Las fuentes principales del Código de Córdoba de 1939 fueron dos códigos italianos de elaborada estructura: el de 1913 y el de 1930.

Los detractores de este primer código “moderno” iberoamericano enfatizaban que su modelo era el Código de 1930, o Código Rocco, llamado así por el ministro de justicia del régimen fascista que promovió su promulgación. Se pretendía de esa manera desacreditar la obra de VÉLEZ MARICONDE y SOLER asociándola al fascismo en un

2 VÉLEZ MARICONDE, op. cit., t. I, p. 419.

3 VÉLEZ MARICONDE, op. cit., t. I, p. 425.

4 CLARIÁ OLMEDO, op.cit, t. VI, p. 234.

1 CALAMANDREI: *El carácter dialéctico del proceso*, op. cit, p.148.

momento histórico en que éste aparecía como la principal amenaza para los valores propios de la civilización occidental.

Pero dos cosas eran ciertas:

- a) Los autores del proyecto cordobés también tuvieron en cuenta el código de 1913, de clara tendencia liberal;
- b) El Código Rocco, aunque obra del fascismo e influenciado por éste sobre todo en materia de libertad personal del imputado, no significó una ruptura con el sistema establecido por el código de 1913, sino la búsqueda de corrección de deficiencias técnicas de éste que ya habían sido señaladas antes del advenimiento de Mussolini al poder en 1922. Es un código que responde bien a la idea bifásica del proceso predominante entonces en la Europa continental, cuyo peligro para la oralidad no había sido aún suficientemente advertido.

Promulgado que fuera el código cordobés de 1939, su aplicación exitosa suscitó entusiasmo en la República Argentina, cuyas provincias lo tomaron a su vez como modelo. Una a una se fueron sumando todas las provincias argentinas a la reforma hasta dejar sola a la capital federal, donde la oposición de quienes seguían prefiriendo el procedimiento escrito, como ODERIGO, demoró hasta la última década del siglo XX su sustitución por el procedimiento oral.

En 1970 Córdoba vuelve a ponerse a la cabeza del movimiento reformista con la promulgación del Código Procesal Penal, cuyo proyecto fue de VÉLEZ MARICONDE, quien logra persuadir a los costarricenses para que adopten el nuevo código cordobés como modelo inmediato del Código de Procedimientos Penales de 1973. La reforma procesal penal latinoamericana rebasó entonces las fronteras argentinas y sentó sus reales en tierra centroamericana.

En Costa Rica el éxito fue inmediato e incuestionable. La justicia penal, Cenicienta a la sazón en ese país, deslumbró con sus ropajes nuevos y suscitó una corriente nueva de pensamiento jurídico dentro del país, que aún está lejos de agotarse.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que empezó a elaborarse por encargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal hecho en sus cuartas jornadas, en 1967, y que no fue presentado sino hasta 1988, es el reconocimiento del mencionado organismo a las bondades del modelo cordobés, aunque adaptándolo a las nuevas corrientes de pensamiento, sobre todo al proponer la introducción del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y la sustitución, aunque no total, de la instrucción judicial por un *procedimiento preparatorio* a cargo del Ministerio Público que, en la aplicación de los códigos que lo han adoptado, ha acabado siendo una verdadera instrucción, nada sumaria, a cargo del fiscal, que es tomada como parte del proceso, aunque haya desaparecido de ella casi todo vestigio de aquel *actus trium personarum* del que ya hablaba BULGARO en el siglo XII.

c) Los códigos de la región

En el momento actual, todos los códigos procesales penales centroamericanos establecen el procedimiento oral.

Escuetamente lo hizo el código costarricense de 1973 en su art. 359:

“El debate será oral y público, bajo pena de nulidad”.

Siguiendo muy de cerca al modelo iberoamericano, el código guatemalteco de 1992 es muy preciso en su art. 362:

“El debate será oral. En esa forma se producirán las declaraciones del acusado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él. Las resoluciones del tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su emisión, pero constarán en el acta del debate...”.

El art. 329 del código salvadoreño de 1996 coincide con el art. 333 del código costarricense del mismo año en una redacción defectuosa, porque da pie a una interpretación muy restringida del concepto de oralidad:

“La audiencia será oral; de esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participen en ella”.

Podría ser interpretado este texto, cuya repetición revela una inmerecida fortuna, en el erróneo sentido de que en el juicio oral sólo hay declaraciones del imputado

y testigos, y no también informes de peritos, solicitudes y alegatos de las partes y resoluciones del tribunal.

En contraposición, el art. 310 del código hondureño del año 2000 parece exagerar la oralidad:

“Las declaraciones del imputado, de los testigos y peritos y las demás intervenciones que se produzcan durante el debate, así como las resoluciones o sentencias que dicte el respectivo Tribunal, serán orales...”

No obstante, la lectura del art. 139 permite aclarar que por “sentencias” debemos entender en este contexto no las que resuelven las causas, sino las sentencias interlocutorias *“que pongan término a cuestiones incidentales que requieran de previo y especial pronunciamiento”*.

El código nicaragüense de 2001 es el que mayor énfasis hace en la oralidad. A tal grado, que incorpora este principio, netamente procedimental, a los principios y garantías procesales de su título preliminar:

“Art. 13 Principio de oralidad. Bajo sanción de nulidad, las diferentes comparecencias, audiencias y los juicios penales previstos por este Código serán orales y públicos...”

“La práctica de la prueba y los alegatos de la acusación y la defensa se producirán ante el juez o jurado competente que ha de dictar la sentencia o veredicto, sin perjuicio de lo dispuesto respecto a la prueba anticipada.”

“El juicio tendrá lugar de manera concentrada y continua, en presencia del juez, el jurado, en su caso, y las partes.”

Reitera la oralidad en el art. 247, que es un precepto clave de la parte correspondiente a los actos de investigación, anteriores al proceso, bajo el sugerente epígrafe de “Forma de llevar al Juicio los resultados de los actos de investigación”, dispone:

“La información de interés para la resolución de la causa, que conste en actas u otros documentos redactados para guardar memoria de los actos de investigación, se incorporará al Juicio a través de la declaración testimonial de quienes directamente la obtuvieron mediante percepción personal.”

“Los expertos no oficiales que hayan intervenido en los actos de investigación adquirirán la condición de peritos si son declarados idóneos como tales por el juez.”

Lo que en síntesis dispone este artículo es que, para incorporar al proceso las fuentes de prueba, hay que ha-

cer uso de los medios de prueba. Las fuentes de prueba son obtenidas mediante los actos de investigación, pero sólo pueden ser llevadas al proceso mediante actos de prueba.

El segundo párrafo del artículo en cuestión, concordado con el art. 203 que reserva la intervención del perito como tal sólo para el juicio, complementa la idea expuesta en el primer párrafo en el sentido de que lo hallado por los expertos, oficiales o no oficiales (no hay ninguna diferencia entre ellos en cuanto a la forma de incorporar al proceso sus hallazgos), debe incorporarse al juicio mediante la prueba pericial rendida personalmente y de viva voz por el perito.

Reaparece en el código nicaragüense el principio de oralidad en forma expresa en dos artículos correspondientes a la audiencia del juicio:

Primero en el art. 281, que establece los principios propios de esta fase:

“El Juicio se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y concentrada.”

Coincide este precepto con el del art. 326 del código costarricense de 1996, su fuente, que categóricamente declara:

“El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua.”

Culmina el código de Nicaragua su consagración de la oralidad en el art. 287, que en su prolija exposición, muy semejante a la de los citados arts. 362 del código de Guatemala y 310 del código de Honduras, denota un esfuerzo por no dejar intersticio por el cual pueda infiltrarse la duda o la corruptela de la “escriturización”:

“La audiencia pública se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a los alegatos y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participen en ella. Durante el Juicio, las resoluciones serán fundadas y dictadas verbalmente en forma clara y audible por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta del Juicio...”

II. LA MEDIATIZACIÓN DE LA ORALIDAD

No obstante los anteriores preceptos que consagran el principio de oralidad en todos los códigos del área, generalmente claros y precisos, desde muy recién instaurado el juicio oral se fue advirtiendo en la práctica judicial centroamericana un atisbo de retorno al procedimiento escrito, propio de los códigos derogados.

Quizás, más bien, se tratara de la pervivencia de los viejos hábitos, del hombre viejo que todos llevamos dentro, del jurista forjado en la práctica inquisitorial tan bien conocido por muchos de nosotros.

Como lo denunciara en España MONTERO AROCA⁵ en relación con la práctica judicial de su país, en Centroamérica se empezaron a confundir los actos de investigación con los actos de prueba y la prueba documental con la documentación de los actos de investigación; es decir, con las actas, y por esa puerta falsa se fue introduciendo en el juicio lo que no podía ingresar por la frontera puerta de la oralidad.

Debido a esa gravísima confusión conceptual, no se cita a los peritos para que informen de viva voz, sino que se leen sus dictámenes, sin posibilidad alguna de contradecirlos o cuestionarlos, u obtener aclaración sobre algún punto oscuro o dudoso. No hay afán por hacer llegar a los testigos, porque se cuenta ya con sus declaraciones rendidas ante escribientes, secretarios o amanuenses cansados, deformados por la reiterada y rutinaria práctica del oficio, que interpretan o pretenden interpretar lo que el testigo, ya sea éste ilustrado o rústico, preciso o vago, veraz o mendaz, distraído o alerta, con buena memoria o desmemoriado, resuelto o tímido, sereno o nervioso, ha dicho o ha tratado de decir.

La prueba documental, henchida a más no poder como la rana de la fábula, ha pasado a convertirse en *regina probatorum*. Todo cabe en ella, todo lo devora ella para satisfacer su insaciable voracidad de mastodonte. Es la venganza del inquisitorialismo, la exaltación de las actas (*Quod non est in actis non est in mundo*) o, peor aún, es la traición a la reforma procesal penal iberoamericana.

En ocasiones, nada infrecuentes, se llega al extremo de que no sólo se incorporan al debate piezas enteras de la etapa sumarial o instrucción, sino que por acuerdo de las partes o, más bien, de sus abogados, se dan por incorporadas sin lectura previa. Se aniquila así respecto a esas pretendidas pruebas no sólo la oralidad, sino también totalmente la publicidad del juicio. La justicia vuelve a ser escrita y semisecreta, lo que equivale a decir opaca y sospechosa.

III. EL GERMEN NAPOLEÓNICO EN LA MEDIATIZACIÓN DE LA ORALIDAD

El fenómeno descrito no es exclusivo de la práctica judicial centroamericana, como ya se advirtiera al mencionar la denuncia hecha en España por MONTERO AROCA. Lo mismo hacen CORDERO, FERRAJOLI y otros en Italia. En realidad, el germen de la perversión de la oralidad es, como señala FERRAJOLI⁶, la estructura bifásica del proceso creada por el Código de Instrucción Criminal francés de 1808.

Como se recordará, la Revolución Francesa adoptó el sistema acusatorio de tipo inglés, el paradigma de la justicia penal para todos los pensadores de la Ilustración. Fue durante el régimen napoleónico que se restauró el sumario inquisitorial de procedimiento escrito y semisecreta. Se buscó un equilibrio, de por sí imposible, entre una instrucción inquisitiva y un plenario o juicio oral y público.

Lo demás es historia sabida: la instrucción se engulló el juicio. Lo que fue concebido como accesorio y preparatorio, terminó convirtiéndose en lo principal y definitivo. Del juicio quedó muy poco, en algunos países meramente la fachada, pues aun para esta fase se dispuso el procedimiento escrito.

Esta era la hipertrofia que presentaban los códigos de procedimiento penal o de instrucción criminal de casi todos los países iberoamericanos, cuando irrumpió el movimiento de reforma en 1939. El nombre con que se designaban esos códigos era reflejo fiel de su naturaleza:

5 MONTERO AROCA, op. cit., *passim*.

6 FERRAJOLI, op. cit., p. 619.

códigos de procedimiento o de instrucción, ya que no regulaban sino eso, procedimiento o procedimientos, no procesos; instrucciones, no juicios o enjuiciamientos.

Cuba, por su condición de última colonia española que pasó a ser nación soberana, se benefició de la última Ley de Enjuiciamiento Criminal de la metrópolis, la de 1882, que, aunque estructurada según el modelo bonapartista, establece un juicio oral, que la práctica y cierto sector doctrinal parecen haberse empeñado en atrofiar.

Pero aun esta Ley de Enjuiciamiento Criminal española, excelente en muchos aspectos, contiene el germen de la mediatización de la oralidad al autorizar en su art. 730 la lectura de *“las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas (las partes), no puedan ser reproducidas en el juicio oral”*.

Y con el último código italiano, de 1988, se incurre en el mismo yerro que contienen los códigos de 1913 y 1930 de incluir preceptos claramente contrarios al procedimiento oral. Tales, por ejemplo, la incorporación de actas de actos “no repetibles” realizados por la policía judicial o el ministerio público (art. 431) o, bajo ciertas circunstancias, las declaraciones rendidas por el imputado durante la investigación preliminar (art. 513).

Todo indica que, mientras haya diligencias previas al juicio en las que se produzcan actos con alguna semejanza con los de prueba, existirá la tentación de usarlos como tales, porque el inquisitorialismo sigue vigente en el imaginario de los letrados de tradición romanística.

IV. LA CONTAMINACIÓN DE LOS CÓDIGOS CENTROAMERICANOS

No existe, ni puede existir, procedimiento totalmente oral. La oralidad absoluta resultaría impráctica y peligrosa para la seguridad jurídica que se procura a través de la documentación, dentro y fuera del proceso, de los actos trascendentes. Hay actos procesales que necesariamente deben ser escritos o, al menos, hacerse constar en actas: la acusación y la sentencia, por ejemplo.

Pero el hecho de que el procedimiento oral no sea incompatible con la documentación de los actos procesa-

les, sin la cual no podría guardarse adecuada memoria del proceso, no significa que se pueda reconocer a esos documentos procesales el carácter de prueba documental en todos los casos. Tampoco significa que sea admisible reconocer tal condición a cualquier documento ajeno al proceso o a la investigación que le precede.

El procedimiento acentuadamente oral, que es al que se aspira con la reforma procesal penal, consiste en que la producción de las pruebas y los alegatos de las partes se realicen ante el tribunal que decidirá la causa. **Oralidad sin intermediación es una mera ficción**, enseñaba CHIOVENDA⁷.

Esa es la razón por la cual las pruebas personales, como las declaraciones de los testigos y los informes de los peritos, son orales cuando son rendidos de viva voz en la audiencia del juicio. La prueba documental se incorpora al juicio mediante la actividad que permita imponerse de su contenido: lectura de textos, proyección de filmes o videos, audición de grabaciones, examen de mapas, dibujos o fotografías. Pero no es prueba documental la documentación de testimonios o informes de perito.

En consecuencia, es contrario a la oralidad:

- a) Que las **pruebas personales** lleguen al tribunal sentenciador mediante actas o documentos, salvo en los casos de anticipo de prueba mediante diligencias realizadas con observancia del principio de oralidad **cuando no sea posible que el testigo o perito comparezca en la audiencia del juicio;**
- b) La ya mencionada confusión entre **actos de investigación** y **actos de prueba**, con la consecuente incorporación de aquéllos al juicio para que sirvan de sustento a la decisión del juzgador, y,
- c) Incorporar al debate, en calidad de **prueba documental**, documentos que no tengan esa condición.

No es prueba documental el documento en que constan los resultados de los actos de investigación u otros actos procesales, como la denuncia, el informe policial o el informe de peritos. Excepcionalmente un documento procesal puede constituir prueba documental, como cuando se trata de demostrar el contenido de una sentencia

⁷ Cit. por CORDERO, op. cit., p. 159.

dictada en otro proceso y se hace llegar al tribunal el expediente en que se encuentra.

Y en cuanto a documentos ajenos al proceso o a la investigación que le precede, también hay algunos que no constituyen prueba documental. Hay una diferencia sustancial entre una escritura en la que consta el traspaso de un inmueble y un instrumento notarial en el que constan unas manifestaciones de alguien sobre los hechos objeto del proceso. Igualmente, entre una certificación de un expediente médico y una certificación médica sobre lo que un profesional de la Medicina dice haber apreciado al prestar sus servicios profesionales a un paciente. Los primeros elementos de esta doble confrontación serían admisibles como prueba documental, si fueran pertinentes; los segundos no pueden serlo porque existe un medio específico de prueba para esas fuentes: el testimonio. Admitirlos como prueba documental significaría la corrupción de la prueba testimonial y de la oralidad.

Desafortunadamente, algunas de estas diferencias no parecen estar claras en algunos códigos de la región, que en esto siguen fieles a sus modelos inmediatos y mediatos, los cuales, en general, autorizan la incorporación al debate o audiencia del juicio de declaraciones recibidas en la investigación preliminar o de dictámenes periciales escritos y de otros documentos que no califican como prueba documental. Tampoco están claras, para una alta proporción de jueces, fiscales y defensores y hasta para algunos comentaristas⁸.

En lo que toca a los códigos procesales penales del istmo, todos ellos establecen la forma escrita para el **dictamen pericial**, con excepción del nicaragüense, que en su art. 203 dispone:

“Cuando sea necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica o materia para conocer o para apreciar un elemento de prueba, el juez podrá admitir la intervención de un perito en el Juicio, para que exprese su opinión sobre el punto en cuestión”.

8 Por ejemplo, De la Rúa, que llega a hablar de “una evidente complementación entre la instrucción escrita y el juicio oral”, op. cit., p. 108.

Como ya habíamos anticipado, no hay en el procedimiento penal nicaragüense intervención de perito antes del juicio. Esto no significa que no haya aplicación de técnicas criminalísticas durante la investigación policial, sino que el Código no les reconoce condición de peritos a quienes las aplican, mientras no hayan sido propuestos como tales por la parte interesada y admitidos por el juez.

Por esa razón no hay ningún informe o dictamen pericial previo al juicio que pueda ser leído durante el debate. Sí puede y suele haber un informe de experto, anterior al proceso, que debe ser puesto en conocimiento de la contraparte en el intercambio de información sobre la prueba (art. 269.4) a fin de que esté prevenida sobre los extremos del futuro dictamen pericial que tendrá lugar en la audiencia del juicio. El informe del experto no puede ser incorporado a la audiencia o debate porque no es prueba, sino simple información sobre lo que va a ser el dictamen pericial, que es el verdadero medio de prueba.

Excepcionalmente, cuando se trate del **examen de cosas** mediante un dictamen pericial propuesto por cualquiera de las partes y realizado por una persona admitida ya como perito, la operación deberá llevarse a cabo quince días antes de la audiencia del juicio o debate, y el informe sobre sus resultados debe ser remitido al juez y a la contraparte (art. 278).

Este sí es un informe pericial escrito, pero no tiene la función de sustituir al que necesariamente debe rendir de forma oral el perito, del cual no es sino un elemento inescindible, sin vida propia, y del cual puede hacerse uso en el interrogatorio al perito sin necesidad de incorporarlo, porque lo único que podrá ser valorado como prueba es lo que oralmente informe el perito, no lo que haya informado por escrito. Se puede restar mérito al informe oral en caso de que el perito no haya sabido explicar una contradicción con lo que manifestó por escrito, pero lo último no es un medio de prueba. Consecuentemente, no sería admisible fundar en el informe escrito la decisión del juzgador.

No es otra excepción el dictamen que recae sobre la eventual **incapacidad sobreviniente del acusado** (art. 97,

II), porque no constituye prueba de los hechos de la causa, sino de la condición de salud mental del reo. Pero incluso en este caso, el código nicaragüense dispone una audiencia oral y pública (“dictamen médico forense rendido en audiencia pública”).

Todos los códigos de la región, salvo el de Nicaragua, utilizan el concepto de “*actos definitivos e irreproducibles*” para autorizar el **anticipo de prueba**. Lamentablemente, se trata de una expresión muy imprecisa. El código de Nicaragua se refiere en este extremo, concretamente, al testimonio de quien se encuentre en inminente peligro de muerte o de la persona no residente en el país e imposibilitada de prolongar su permanencia en él hasta el momento del juicio o de regresar a ese efecto, y del perito que ya hubiere practicado el examen objeto de su pericia y éste, el examen, fuere irreproducible.

Solamente los códigos de Honduras (art.311.1) y Nicaragua (art.202) condicionan la incorporación de esta prueba en el juicio a la imposibilidad de su reproducción. Los de El Salvador (art.330.1) y Costa Rica (art. 334.a) se limitan a dejar a salvo el derecho de cualquiera de las partes y la potestad del tribunal de exigir la reproducción de la prueba, cuando fuere posible. El código de Guatemala (art. 364) limita a la prueba pericial la situación prevista en los códigos salvadoreño y costarricense.

En cuanto a la lectura de **declaraciones testificales**, fuera de los casos de anticipo de prueba con observancia de la oralidad, se da la misma situación de los dictámenes de perito: lo admiten todos los códigos, menos el de Nicaragua. Y no es que esté expresamente prohibido en la legislación nicaragüense, sino que sólo ante el juez puede producirse la prueba testimonial. Al no existir testimonio antes del juicio, no hay nada que pueda ser incorporado en esa calidad. Al respecto, dispone el art. 196 del código en cuestión, bajo el epígrafe “Deber de rendir testimonio”:

“Sin perjuicio de las excepciones previstas en el presente Código, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento a Juicio y de declarar la verdad de cuanto conozca...”

También en el tema de **actos de investigación** se presenta el mismo cuadro: todos los códigos centroame-

ricanos, excepto el de Nicaragua, autorizan la incorporación al juicio del resultado de actos de investigación. Por ejemplo:

- a) Código Procesal Penal de Guatemala: **actas de inspección, registro domiciliario, requisas personal, y reconocimientos** (art. 364.3);
- b) Código Procesal Penal de El Salvador: **actas de reconocimiento, registro o inspección** (art. 330.4);
- c) Código Procesal Penal de Honduras: **actas que documentan inspecciones, reconocimientos, registros o allanamientos** (art.311.4) , y,
- d) Código Procesal Penal de Costa Rica: **actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisas** (art. 334.b).

En contrapartida, como ya vimos al examinar su art. 247, el Código Procesal Penal de Nicaragua exige que el resultado de los actos de investigación llegue al juicio a través de un medio de prueba.

Por último, la posibilidad de incorporar al juicio **otros documentos**, de dudosa condición y en algunos casos más que sospechosa utilidad, la situación es la siguiente:

- a) Código Procesal Penal de Guatemala: **denuncia, prueba de informes, careos** (art.364.3);
- b) Código Procesal Penal de El Salvador: **denuncia, prueba de informes**, y “*Todo otro elemento de prueba*” (?) autorizado por el tribunal (art. 330.4);
- c) Código Procesal Penal de Honduras: No señala ninguno (art. 311);
- d) Código Procesal Penal de Nicaragua: **informes, certificaciones** (art. 287.2), y,
- e) Código Procesal Penal de Costa Rica: **denuncia, informes, certificaciones** (art. 334.b).

Examinemos primero el caso de la **denuncia**. Este acto procesal, de finalidad informativa de la *notitia criminis* y propulsora de la investigación, no tiene el menor valor probatorio. ¿Qué utilidad tiene entonces su incorporación al debate? Que no se diga que sirve para demostrar que se ha cumplido con una condición de procedibi-

lidad porque, por una parte, esa cuestión se incidenta antes del juicio y, por otra, las excepciones a la oralidad se refieren únicamente a la prueba de los hechos.

La prueba de **informes**, como la llaman los códigos guatemalteco y salvadoreño, o simplemente los informes, como la denominan los códigos costarricense y nicaragüense, plantean una situación ambigua. Si los informes tienen capacidad probatoria, constituyen prueba documental y resulta, entonces, inapropiado distinguirlos de aquélla. Si no tienen naturaleza de prueba documental, resultan inútiles para el juicio. Su aparición en el código de Nicaragua deviene de la influencia del código de Costa Rica.

En relación con el código nicaragüense, de ninguna manera puede admitirse que ese informe sea el pericial, por las razones ya expuestas. Tampoco podría pretenderse que sea el **informe policial**, como lo creen algunos comentaristas, y precisamente por la razón utilitaria que ellos le atribuyen: convertir en actos de prueba los actos de investigación. Un acto de investigación jamás puede ser convertido en acto de prueba, porque eso sería borrar la diferencia sustancial entre ellos. Lo que es admisible no es la *metamorfosis* del acto de investigación, ni su imposible legitimación como prueba, sino hacer llegar al juicio la fuente de prueba obtenida con el acto de investigación. Y la única forma que el código de Nicaragua admite para ello, es la indicada en el art. 247: a través de un medio de prueba.

En el caso de las **certificaciones**, la situación es semejante a la de los informes: son admisibles sólo en tanto sean pruebas documentales.

El **careo**, o más bien las actas en que consten las diligencias de careo practicadas antes del debate, tienen el vicio de ser actas de actos de investigación. Se trata, entonces, de verdadera prueba preconstituida en el sumario o investigación preliminar (el nombre con que se designe la primera fase del proceso es intrascendente para los efectos de constatar la mediatización de la oralidad), que no puede ingresar al juicio.

Por último, la frase con que el código salvadoreño remata la lista de documentos que pueden ser incorpora-

dos “*Todo otro elemento de prueba... previa autorización del tribunal*”, dada su gran laxitud, es un boquete abierto bajo la línea de flotación del navío del juicio oral.

V. LAS RAZONES DE LA MEDIATIZACIÓN

Con pie en esas disposiciones legales que han contaminado los nuevos códigos de inquisitorialismo, y en ocasiones sin otro fundamento que los viejos hábitos, los jueces, fiscales y defensores centroamericanos propenden a un retorno del procedimiento escrito en la producción de la prueba y casi reducen el espacio de la oralidad al rincón de los informes o conclusiones finales.

Las razones que suelen esgrimirse, en defensa de esta oralidad mediatizada, suelen ser las siguientes:

- a) La **escasez de peritos**, particularmente médicos forenses;
- b) La exigencia de **celeridad** de los debates;
- c) La **aceptación implícita del informe pericial escrito**, y,
- d) Los **pobres resultados de los interrogatorios a los peritos**.

En cuanto a la primera razón, la escasez de médicos forenses y otros peritos, puede obedecer a que, efectivamente, sea muy reducido su número, en cuyo caso cabría cuestionar la voluntad política de los gobernantes de mantener un sistema de justicia penal con procedimiento oral. Otra causa puede ser que el sistema penal no funcione adecuadamente y esté enviando a juicio oral un excesivo número de casos. La solución habría que buscarla allí y no en la mediatización de la oralidad.

La segunda razón, exigencia de celeridad de los debates, tampoco es de recibo. Una cosa es justicia pronta y otra la falsificación de la oralidad.

La aceptación del contenido del informe pericial escrito podría dar lugar, al menos en el código de Nicaragua, a un acuerdo probatorio, o sea, a que las partes de consuno manifiesten al juez que no controvierten el hecho sobre el que recaería la pericia (art. 269.1). En los

otros códigos no hay esa salida. La prueba debe producirse en la única forma admisible en un procedimiento oral: compareciendo el perito a la audiencia.

Finalmente, los pobres resultados de los interrogatorios a los peritos se deben a la deficiente formación profesional de los abogados y a su escasa o nula preparación de los casos. Es necesario hacer énfasis en esto. Cuando un abogado bien preparado interroga al perito, se descubre cuántas fisuras suelen presentar los dictámenes. Un gran auxilio del abogado es el consultor técnico, institución reciente en Centroamérica que no se ha sabido utilizar.

VI. POSIBLES SOLUCIONES

Lo primero que hay que hacer es capacitar a los jueces y a los abogados en general sobre lo que es realmente el procedimiento oral. Reforzar también en ellos los conocimientos sobre prueba penal, para que no haya con-

fusión sobre los conceptos de **fuentes de prueba, órgano de prueba, medio de prueba, actos de investigación y actos de prueba.**

Lo segundo sería hacer un diagnóstico sobre el volumen de casos que están siendo elevados a juicio y las causas del fenómeno. Todo indica que las salidas alternas no están siendo usadas con la frecuencia requerida.

En tercer lugar, hacer un estudio sobre el número de médicos forenses y otros peritos oficiales en relación con el número de causas de cada país del área y comparar sus resultados con la proporción que se da en países de procedimiento penal oral de aplicación satisfactoria. Si bien es cierto que la escasez de recursos humanos es un tópico en nuestros países, es muy posible que haya otros factores más determinantes y no difíciles de corregir.

Por último, habría que expurgar en los textos de nuestros códigos toda insinuación de que es posible oralidad sin intermediación. **Oralidad sin intermediación es una ficción.**

Bibliografía

- ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter: La Historia ¿Mala consejera? A propósito de la reforma del proceso penal, *Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 18, noviembre 2000, pp. 47-53.
- BARRIENTOS PELLECCER, César: *La reforma procesal penal en Centroamérica*, en *Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 19, agosto 2001, pp. 31-33.
- BARRIENTOS PELLECCER, César: *Poder judicial y estado de derecho*, Guatemala, F&G Editores, 2001.
- BINDER, Alberto M., y Jorge OBANDO: *De las "repúblicas aéreas" al estado de derecho*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2004.
- BINDER, Alberto M.: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, (Cap. XIX: El juicio penal ordinario o común, pp. 233-247), Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1993.
- BOVINO, Alberto: *Temas de Derecho Procesal Penal guatemalteco*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1997.
- BRAMONT ARIAS, Procedimiento oral, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Ed. Omeba, 1976, t. XXXIII, pp. 266-271.

- CALAMANDREI, Piero: El carácter dialéctico del proceso, en *Proceso y democracia*, trad. Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pp. 147-173.
- CAPPELLETTI, Mauro: El funcionamiento de la oralidad en el proceso civil italiano, trad. Rodrigo Barahona, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, pp. 97-109.
- CAPPELLETTI, Mauro: Proceso oral y proceso escrito, (*Procédure écrite et procédure orale*) trad. Santiago Sentís Melendo, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, pp. 3-84.
- CAPPELLETTI, Mauro: Valor actual del principio de oralidad, trad. Santiago Sentís Melendo, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, pp. 85-95.
- CARNELUTTI, Francesco: De la instrucción probatoria, en *Principios del proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pp. 169-228.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. VI (*El procedimiento penal*), Buenos Aires, Ed. Ediar, 1964.

- CORDERO, Franco: *Giustizia e regolarità del processo*, Varese, Ed. "Mul-ta Paucis", 1966.
- CRUZ CASTRO, Fernando: Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica, en *Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 8, marzo 1994, pp. 40-51.
- CUÉLLAR CRUZ, Rigoberto, et al.: *Derecho Procesal Penal de Honduras (Manual teórico-práctico)*, Tegucigalpa, Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras, 2004.
- DALL'ANESE RUIZ, Francisco: El juicio, en GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (compilador): *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia/Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, pp. 649-694.
- DE LA RÚA, Fernando: *Teoría general del proceso* (La oralidad en el proceso, pp. 99-114), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1991.
- EISNER, Isidoro: *La intermediación en el proceso*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1963.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (La publicidad y la oralidad. La media publicidad y la media oralidad del proceso en dos fases, pp. 616-621), 6ª. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Ed. Trotta, 2004.
- FLORES, Manuel de Jesús: La oralidad en el nuevo procedimiento penal guatemalteco, en SCHÖNBOHM, Horst, y Norbert LÖSING (ed.): *Sistema acusatorio, proceso penal, juicio oral en América Latina y Alemania*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer/CIEDLA/COPRE, 1995, pp. 79-144.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: Los principios del procedimiento, en TIJERINO PACHECO, José María, y Juan Luis GÓMEZ COLOMER (coordinadores): *Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, pp. 75-86.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal, en *Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 11, julio 1996, pp. 60-82.
- ILLUMINATI, Giulio: Giudizio, en CONSO Giovanni, Vittorio GREVI et al.: *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*, 3ª. ed., Padova, CEDAM, 1993, pp. 459-516.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)*, Coordinador: Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986.
- JAÉN VALLEJO, Manuel: *Principios y garantías del proceso penal*, Managua, APICER, 2004.
- LAJE ANAYA, Justo, y Luis Alberto PERAZA: *Código de Procedimiento Penal de Córdoba concordado, anotado y comentado*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1965.
- LOZZI, Gilberto: *Lezioni di Procedura Penale*, 2ª. ed., (Cap. II: I mezzi di prova, pp. 195-229; Cap.VIII: Il giudizio ordinario, pp. 411-466), Torino, G. Giappichelli Editore, 1997.
- MAIER, Julio B.J.: Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos, en *Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 4, junio 1991, pp.2-7.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Ed. José María Bosch, 1997.
- MONTERO AROCA, Juan: El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, en *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, Ed. Librería Bosch, 1988.
- MORA MORA, Luis Paulino, y Daniel GONZÁLEZ ÁLVAREZ: La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina, en *Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 5, marzo-junio 1992, pp. 53-65.
- MORA MORA, Luis Paulino: La importancia del juicio oral en el proceso penal, en *Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 4, junio 1991, pp. 8-17.
- NAPPI, Aniello: *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, 3ª. ed., (Cap. VIII: L'alternativa accusatoria, pp. 265-342), Varese, Giuffrè Editore, 1992.
- QUEVEDO MENDOZA, Julio: Juicio oral en materia penal, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Ed. Omeba, 1969, t. XVII, pp. 379-428.
- SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho Procesal Penal*, colaboración de Jörg Knupfer y Matthias Terbach, revisión de la traducción a cargo de Iñaki Esparza Leibar y Andrea Planchadell Gargallo, (El juicio oral, pp. 109-157), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- TIJERINO PACHECO, José María: La prueba en general, en TIJERINO PACHECO, José María, y Juan Luis
- GÓMEZ COLOMER (coordinadores): *Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, pp. 269-290.
- TUOZZI, Pasquale: *Il nuovo codice di procedura penale commentato*, Milano, Ed. Dottor Francesco Vallardi, 1914.
- VEGA VARGAS, Gustavo Adolfo: El juicio, en TIJERINO PACHECO, José María, y Juan Luis GÓMEZ COLOMER (coordinadores): *Manual de Derecho Procesal Penal nicaragüense*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, pp. 475-489.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho Procesal Penal*, 2ª. ed., t. I, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1969. Ed. Lerner, 1969.

La intervención del Defensor en la actividad probatoria del Fiscal*

RIGOBERTO CUÉLLAR CRUZ**

SUMARIO:

I. Introducción. II. Regulación normativa. III. Intereses superiores en juego. IV. Necesidad de diferenciar momentos procesales. A) Posibilidades de control, previo a la formulación del requerimiento fiscal. B) Posibilidades de control, posterior a la formulación del requerimiento fiscal. V. En especial, sobre el Art. 320 del CPP y la posibilidad legal de incorporar nuevos medios de prueba en la etapa del juicio oral, previamente desconocidos para el resto de partes.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que una de las innovaciones reguladas en el nuevo Código Procesal Penal, que mayor incidencia ha provocado en nuestra tradicional práctica judicial, es haber otorgado la dirección de la investigación penal al Ministerio Público, mediante la superación de la antigua figura del Juez Instructor, por la del Fiscal Instructor.

La reforma no sólo modificó al órgano encargado de orientar jurídicamente el actuar investigativo policial, sino que, más allá de eso, reformuló la forma de intervención del profesional del Derecho en esta etapa embrionaria del proceso (etapa de investigación).

Pero esta intervención, a la luz de las difusas y en ocasiones contradictorias disposiciones que el Código refiere sobre la materia, está muy lejos de estar claramente regulada; lógicamente, esta situación normativa hace surgir numerosas interrogantes de cuya contestación depende el efectivo desempeño del profesional del Derecho, en procura de los legítimos intereses de su representado.

En este sentido, la necesidad en cuanto a la discusión de temas como la conveniencia de haber otorgado la dirección de la investigación al Fiscal; la posibilidad por parte de quien se sabe investigado de acceder al expediente investigativo; así como el posible control que las demás partes y el propio órgano judicial puedan ejercer sobre la actividad probatoria del Fiscal, a fin de evitar posibles ocultamientos o exclusiones indebidas de medios de prueba, cobran singular interés e importancia.

Lo anterior, sobre todo si se considera que el Ministerio Público hondureño, a la luz de su propia Ley Orgánica y de la vigente normativa procesal penal, se constituye, empleando la comúnmente utilizada terminología alemana, en “auténtico amo y señor de la etapa de instrucción”, por lo que el reconocimiento de límites en dicha facultad resulta un imperativo a favor de la seguridad jurídica de todo ciudadano.

* Este trabajo sirvió de base para elaborar el dossier utilizado en el programa de formación del Centro de Capacitación del Colegio de Abogados de Honduras: “Jornadas de Derecho Procesal Penal: Problemática Actual en la Aplicación del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal (Seis Cuestiones)”, impartido durante el mes de noviembre de 2004 a nivel nacional.

** Doctor en Derecho por España; especialista en Derecho Penal Internacional por el “Robert Schumann Center for Advanced Studies” en Florencia, Italia; catedrático de postgrado en la Universidad Nacional Autónoma de Honduras y de maestría en la Universidad Centroamericana de Managua, impartiendo las clases de Derecho Procesal Penal; Director del Centro de Capacitación del Colegio de Abogados de Honduras y Coordinador Técnico del Programa de Fortalecimiento del Estado de Derecho CAJ-FIU/USAID/Honduras.

II. REGULACIÓN NORMATIVA

Como se evidenció en la introducción, el primer problema que surge al intentar realizar una aproximación a la temática objeto de estudio, es la evidente falta de claridad de la normativa que regula el Código Procesal Penal. Y ello, en atención a dos circunstancias: por una parte, no existe norma expresa que regule específicamente la posibilidad, o imposibilidad, de intervención del sospechoso, a través de su representante legal, en la etapa de investigación; ésta debe inferirse de varios Artículos que, necesariamente, deben ser relacionados entre sí. Por otra parte, al identificar dichos Artículos e intentar relacionarlos, se denotan aparentes contradicciones que requieren, forzosamente, de una interpretación integral acorde con los Derechos constitucionales y con los principios que inspiran el Código.

Tres son, básicamente, las disposiciones que deben analizarse: El Artículo 101, numeral 11, párrafo segundo (que atribuye el derecho, a quien se sabe investigado, a que se le “informe sobre los hechos que se le atribuyen y para que se le escuche”); el mismo Artículo y numeral, en su párrafo primero, le faculta para “requerir al Ministerio Público para que practique algún acto de investigación que interese a su defensa”; y, finalmente, el Artículo 278, referente a la secretividad de las investigaciones, que sostiene que éstas “se mantendrán en secreto respecto de toda persona que no forme parte de las mismas”.

Al respecto, y como observación general apriorística, las limitaciones de los primeros dos preceptos (ser “informado de los hechos”, ser “escuchado” y poder solicitar la práctica de posibles actos de investigación de descargo), claramente contrastan con el amplio alcance del segundo precepto, del cual se pudiese llegar a interpretar un acceso total e ilimitado a la actividad investigativa del Fiscal.

III. INTERESES SUPERIORES EN JUEGO

Identificados los preceptos legales que, de forma general, regulan la posible intervención del Defensor en la etapa de investigación, y a fin de efectuar una relación

y compatibilización adecuada y debida de los mismos, resulta indispensable tener presente los dos intereses superiores que viene obligado a satisfacer todo proceso penal en un Estado de Derecho: por un lado, la eficacia en la persecución penal; y, por otro, el respeto a Derechos y garantías fundamentales.

Estos intereses, aunque aparentemente contrapuestos, pero de igual relevancia, cabe siempre tener presente, pues su obligada coexistencia marcan el punto de tensión de todo sistema de enjuiciamiento criminal dentro de cualquier Estado que se autodenomine de Derecho.

Por tanto, cualquier interpretación que de los Artículos citados se efectúe, debe procurar un justo equilibrio entre ambos valores, de tal forma que el reconocimiento de uno, no se traduzca en el absoluto desconocimiento del otro.

IV. NECESIDAD DE DIFERENCIAR MOMENTOS PROCESALES

En atención a lo antes expuesto, según nuestro criterio resulta necesario distinguir entre dos diferentes momentos procesales, a fin de determinar el alcance de posibles intervenciones en la actividad probatoria del Fiscal por parte de los investigados (o procesados en su caso) y de sus representantes legales: previo a la formulación del requerimiento fiscal y posterior a la formulación del requerimiento fiscal.

Lo anterior, dado que, ciertamente, Derechos constitucionales, como el de defensa, o principios procesales, como el de contradicción, no exigen igual intensidad de eficacia cuando aún no se está ante un proceso debidamente judicializado, que cuando ya nos encontramos frente a una acción penal ejercitada ante los órganos jurisdiccionales. Supuesto último en que el ejercicio efectivo de los mismos debe traducirse en una observancia irrestricta.

Es decir, debe comprenderse la prevalencia por la consecución de una efectividad en la persecución penal, cuando aún no se tiene a un supuesto responsable plenamente identificado; y, una prevalencia del Derecho de defensa, y por ende del principio de contradicción, cuando ese sospechoso adquiere la condición de formalmente imputado.

A) Posibilidades de control, previo a la formulación del requerimiento fiscal

Una de las exigencias que se derivan del principio acusatorio que informa nuestro nuevo sistema, es la perfecta distinción entre las funciones acusatorias y las decisorias. A la mejor satisfacción de esta máxima, responde la introducción del Fiscal Instructor en superación del Juez Investigador, que situaba en grave precario su constitucionalmente obligada imparcialidad.

Bajo este sistema de enjuiciamiento penal (acusatorio), corresponde al Fiscal, dentro de sus potestades acusatorias, decidir qué conductas delictivas ha de perseguir, así como a la persona o personas que someterá a enjuiciamiento, con ninguna otra facultad discrecional que la que la propia Ley permite (criterio de oportunidad, suspensión condicional, etc.).

A tal fin, “en la investigación de la verdad, la Policía Nacional, el Ministerio Público u otra autoridad competente, practicará todas las diligencias pertinentes y útiles, para determinar la existencia del hecho punible y tomará en cuenta las circunstancias que, de acuerdo con la ley penal, sean importantes para establecer el grado de responsabilidad de los agentes”; a salvo, por supuesto, los casos en que dichos actos de investigación pudiesen significar o traducirse en la limitación de Derechos fundamentales, requiriéndose, en estos supuestos, de autorización judicial previa, o inmediata posterior (convalidación).

Ahora bien, y admitida la facultad anterior a favor del Ministerio Público, la interrogante sería: ¿Hasta qué punto le es legítimo, a una persona que se sabe investigada, acceder a la investigación siendo realizada por el Fiscal?

En primer lugar, y como se evidenció al inicio, cabe destacar que no existe norma constitucional o legal alguna que expresamente obligue al Fiscal a mostrar su expediente investigativo o a notificar a la persona investigada de la iniciación de la misma. Lo que resulta absolutamente lógico, pues una norma que sostuviese indiscriminadamente lo anterior, convertiría el proceso de investigación en una mera burla, pues el Fiscal y la Policía vendrían obligados a informar, no sólo los actos investigativos realizados, sino incluso los que estuviesen por realizar, y la eficacia de muchos de ellos depende, precisamente, de

su secretividad (las intervenciones a las comunicaciones, por ejemplo).

Esta exigencia de notificación, además de contraproducente, resultaría en la mayoría de casos de imposible cumplimiento, pues es usual que se presenten situaciones en las que se compruebe la existencia de una enorme pluralidad de sospechosos, algunos incluso no plenamente identificados.

Ahora bien, lo que sí regula el Código Procesal Penal, a favor del Derecho de defensa de sospechosos y posibles futuros imputados, es que se les garanticen dos exigencias puntuales: “A presentarse, en su caso, con o sin Profesional del derecho que lo asista, ante el Ministerio Público para que *se le informe sobre los hechos que se le atribuyen y para que se le escuche*”; y, complementariamente, requerirlo “para que practique algún acto de investigación que interese a su defensa” (Artículo 101, numeral 11, CPP).

De lo anterior se evidencia una obligación dirigida al Fiscal de “informar sobre los hechos” lo que, claramente, no se extiende a informar sobre los actos investigativos realizados o por realizar para comprobar los mismos o sus circunstancias. Igualmente, se evidencia una obligación de “escuchar” al investigado, lo cual perfectamente podría materializarse en una toma de declaración formal, pero, en ningún caso, se exige como condicionante de dicha declaración, la previa exhibición del expediente investigativo.

De hecho, el fundamento legal anterior sirvió como base para sustentar la posición institucional asumida por el Ministerio Público, específicamente a través de la consulta número 12 del Prontuario Fiscal, en cuanto a que el Fiscal, en ninguna etapa del proceso, sea administrativa o judicial, viene obligado a mostrar su expediente investigativo. Esta doctrina institucional, cabe destacar, igualmente fue asumida por la Comisión Interinstitucional de Justicia Penal, a través de la consulta número 26 del Primer Prontuario Interinstitucional en Materia Penal. Esto, a su vez, dio lugar a una interpretación extensiva por parte del cuerpo de Fiscales, imponiéndose la práctica generalizada de que ningún Fiscal, sin importar las circunstancias particulares del caso, debía mostrar su expediente investigativo (de la lectura del material doctrinal anterior es fácil concluir que el mismo nunca pretendía tal alcance).

No obstante la veracidad legal de lo anterior, el Ministerio Público correctamente modificó su política institucional, a través del Dictamen DCATJ-005-2004, al considerar la necesidad de compatibilizar la normativa citada con el Artículo 287 CPP, referente a la secretividad de las investigaciones, y que literalmente expresa que “las investigaciones realizadas por las autoridades competentes, se mantendrán en secreto respecto a toda persona *que no forme parte de las mismas*, mientras sus resultados no sean presentados ante los órganos jurisdiccionales”.

Al respecto, tres consecuencias evidentes resultan de la lectura del Artículo en mención: 1) Está claro que el investigado “forma parte” de las investigaciones realizadas, por lo que la secretividad no se refiere a su persona; 2) De lo anterior, y por las razones de salvaguarda en el interés por la eficacia en la persecución penal ya analizadas, tampoco puede llegar a deducirse un acceso irrestricto e ilimitado por parte del investigado a la actividad investigativa del Fiscal; y, 3) En todo caso la intervención del investigado se hace depender de algo muy obvio: Que éste, efectivamente, se dé cuenta que está siendo objeto de investigación; con lo cual, llevadas a cabo investigaciones serias y responsables, lo cierto es que nadie, salvo si éstas concluyeran en acusaciones sustentadas, debería darse cuenta de su existencia.

Expuesto lo anterior, y en un intento por compatibilizar ambos intereses (eficacia en la persecución penal y derechos de quien, si bien a futuro, pudiese verse en condición de procesado), el Dictamen citado establece, correctamente a nuestro parecer, que la práctica fiscal debe cambiar radicalmente, y que la regla general debe ser mostrar el expediente investigativo, *salvo si exigencias de efectividad no lo permitiesen*, y, en todo caso, la decisión en cuanto a la no exhibición del expediente debe ser motivada.

En tal sentido, entre las posibles circunstancias objetivas a valorar para entender que se vería gravemente comprometida la eficacia de la investigación, podríamos citar: 1) Cuando en el mismo aparezcan actos de investigación cuya eficacia, por su propia naturaleza, dependen de su secretividad (intervenciones telefónicas); 2) Cuando consten nombres y declaraciones de testigos protegidos; y, 3) Los supuestos donde en el mismo expediente investigativo

consten actos de instrucción vinculados con otras investigaciones relacionadas, pero no directamente referidas al investigado que pretende hacer valer su derecho.

A las circunstancias anteriores, si bien atendiendo a otras razones constitucionales (protección al derecho a la intimidad o la de la propia imagen), deberá sumarse la excepción de cuando el investigado que solicita el acceso al expediente, resulta no ser el único siendo objeto de la respectiva investigación. Con todo, y siempre que sea posible separar esas actuaciones comprometidas del expediente general, el Fiscal debería hacerlo y mostrar el resto, con lo cual incluso se garantizan excepciones a la excepción.

Finalmente, la necesidad y obligación de *motivación* en caso de negativa a la solicitud planteada por la Defensa, garantiza en mejor medida la efectividad de las reglas de actuación descritas; además permite, en su caso, el ejercicio legítimo del derecho al recurso interno dentro de la propia Institución. Si bien sobre este aspecto —el procedimiento recursivo a lo interno del Ministerio Público—, nos encontraríamos con la problemática añadida en cuanto a la ausencia de una política institucional clara, tema que nos reservamos tratar en otra ocasión.

B) Posibilidades de control, posterior a la formulación del requerimiento fiscal

Una situación distinta se presenta en aquellos casos en los que ya se ha iniciado el proceso penal a través de un requerimiento fiscal, pues en éstos, en los que ya se tiene una persona plenamente individualizada y en condición de formalmente imputada, debe cobrar plena efectividad el Derecho de defensa.

Sin embargo, el problema que recurrentemente se evidencia en la práctica judicial, es que los Fiscales, aun habiéndose formulado requerimiento, continúan ordenando actos de investigación sin conocimiento de la parte contraria, lo cual propicia prácticas al menos “desleales”, como: se ordenan pericias y éstas no son dadas a conocer a la Defensa, sino hasta momentos tan tardíos como en la presentación de incidentes, ya en el juicio oral, y con fundamento legal en la posibilidad que permite el Artículo 320, párrafo segundo, del CPP, referente a la incor-

poración de nuevos medios de prueba. O, aún más grave, el Fiscal ordena pericias y, dependiendo de los resultados, decide si las incorpora como medios de prueba o no. Esta práctica, ciertamente, compromete el principio de objetividad que debe informar la actuación de todo Fiscal.

Sobre el tema, el Art. 101, numeral 10 del CPP, es contundente al sostener como derecho del imputado (ya no mero investigado): “A estar presente, con su Defensor, en todos los actos que impliquen elementos de prueba, salvo en los casos en que el presente Código disponga lo contrario”. Salvedad que ocurrirá, por ejemplo, en la práctica de pericias, cuando “esa presencia carezca de utilidad procesal, o el perito justifique que podría perjudicar gravemente el buen éxito de aquélla” (Art. 242 CPP).

Del precepto anterior queda claro que la situación, cuando se es imputado formalmente, cambia radicalmente de cuando se es mero sospechoso o investigado. En el primer caso, cuando se ostenta la condición de imputado, las restricciones al Derecho de defensa deben ser excepcionadísimas. Evidenciado esto, y a fin de otorgar plena eficacia al Derecho de defensa, la práctica judicial debe obligar a que, una vez presentado el respectivo requerimiento, el Fiscal debe, forzosamente, solicitar todo acto de investigación que pueda traducirse en posible medio de prueba, especialmente los periciales, a través de Juez competente y con conocimiento de parte contraria.

A eso precisamente se refiere la doctrina sentada por la Comisión Interinstitucional de Justicia Penal, a través de la respuesta a la consulta número 3 del Primer Pronuario Interinstitucional en Materia Penal, al expresar que “si son actos de investigación que se han realizado antes de la presentación del requerimiento fiscal, no será necesaria la presencia de ningún Defensor en la práctica de las mismas, a salvo los derechos del detenido reconocidos en el Artículo 282 CPP (en caso de estar detenido el sospechoso); pero, una vez presentado éste, es decir, el requerimiento, la práctica de las diligencias se harán a través del Juez competente con conocimiento de las partes, obligación que deviene del contenido de los Artículos 14, párrafo segundo, y 101, numeral 10, del Código Procesal Penal”.

No obstante, debe comprenderse, por razones prácticas lógicas, que desde el momento mismo del reconocimiento de la escena del crimen, el Fiscal, como director de la investigación, instruye a los peritos la realización de diversas pericias que, del objeto del delito, pudieran derivarse, sin perjuicio que las mismas se practiquen en momentos posteriores a la presentación del requerimiento fiscal, lo que no implica que las pericias que devengan, por ejemplo de una autopsia, deban llevarse a cabo a través del órgano jurisdiccional.

A esta circunstancia particular responde la doctrina sentada por el propio Ministerio Público, a través del ya citado Dictamen DCATJ-005-2004, al establecer que “siempre que no se trate de una pericia que implique vulneración a derechos fundamentales, o diligencias investigativas que surjan posteriormente y de manera independiente a lo ya ordenado desde el reconocimiento de la escena del crimen, no se requerirá hacerlo a través del órgano jurisdiccional”.

V. EN ESPECIAL, SOBRE EL ART. 320 DEL CPP Y LA POSIBILIDAD LEGAL DE INCORPORAR NUEVOS MEDIOS DE PRUEBA EN LA ETAPA DEL JUICIO ORAL, PREVIAMENTE DESCONOCIDOS PARA EL RESTO DE PARTES

El problema práctico se presenta cuando cualquiera de las partes, pero especialmente el Fiscal, por su mayor accesibilidad a laboratorios de criminalística a través de Medicina Forense, pretende incorporar prueba, generalmente pericial, ya en las puertas del juicio oral, y mediante el procedimiento señalado al efecto por el Artículo 320, párrafo segundo, del CPP.

En este caso resulta evidente que, al no tener conocimiento previo la contraparte sobre la existencia de dichos medios, sino hasta momentos tan tardíos como es la apertura material de la audiencia a juicio, la eficacia del Derecho de defensa, así como las posibilidades de un contradictorio real y efectivo, se ponen en grave precario.

Por otra parte, y ante la aparente posibilidad legal de poder presentar este tipo de medios de prueba “sor-

presivos”, lo cierto es que siempre queda abierto el peligro fundado, demostrado en algunos casos por la práctica, que los Fiscales, una vez solicitados los dictámenes periciales, hagan depender la presentación de sus resultados de si éstos resultan favorables o no a sus pretensiones acusatorias, con lo cual se estaría propiciando una “ocultación” o “exclusión maliciosa” de medios de prueba.

Al respecto, cabe destacar en primer lugar que, de darse dichas circunstancias, se estaría violentando gravemente el principio de legalidad y objetividad que deben informar la debida actuación fiscal, lo cual incluso podría llegar a significar la comisión de delito (violación a los deberes de los funcionarios, Artículo 349, numeral 3, del Código Penal). En segundo lugar, y de respetarse las dos reglas anteriormente vistas en cuanto al acceso del Defensor al expediente investigativo como regla general, y la obligación del Fiscal de solicitar todo acto de investigación del cual pueda derivarse prueba, una vez presentado su requerimiento a través del Juez, y con conocimiento de parte contraria, las posibilidades de las conductas desleales se reducen notablemente.

Finalmente, no resulta válido, para ninguna de las partes, sean acusatorias o de la defensa, argumentar que dichos medios de prueba no fueron propuestos en su momento debido y procesalmente oportuno (audiencia de proposición de prueba), por no contarse en aquel instante con los resultados de las pericias ordenadas; lo debido, en todo caso, será que la parte haga la respectiva proposición del mismo, realizando la advertencia en cuanto a que aún no se cuenta con los resultados, comprometiéndose a trasladarlos a la contraparte en cuanto ello resulte posible (piénsese, por ejemplo, en pruebas periciales complejas como las de ADN). Lo anterior, dado que condiciones como la utilidad, proporcionalidad y pertinencia, son valoraciones judiciales que realizan los Tribunales de Sentencia que, no necesariamente, tienen que hacerse depender del resultado de los medios de prueba propuestos.

Es importante evidenciar que, ante la problemática práctica planteada (introducción de medios de prueba “sorpresivos”, así como la posibilidad de “ocultación” o “exclu-

sión maliciosa” de medios de prueba), algunos operadores de Justicia, especialmente Jueces de Tribunales de Sentencia, vienen interpretando que dicho término se refiere a que los medios de prueba, para ser admitidos, deberán ser probados por la parte proponente como “nuevos medios de prueba”; es decir, deberá demostrar que no se tenía conocimiento de los mismos sino hasta momentos posteriores a la realización de la audiencia de proposición, o que van destinados a probar elementos o hechos no considerados hasta ese momento. Esta interpretación, ciertamente, parecería resolver los denunciados problemas prácticos.

No obstante lo anterior, de la literalidad del precepto se desprende que el legislador, al expresar “podrán también las partes proponer nuevos medios de prueba”, no quiso darle más alcance que “aquellos que no hayan sido propuestos hasta entonces”; sobre todo si se considera que no se impone otro requisito de procedibilidad más que “siempre que puedan practicarse sin necesidad de suspender las sesiones del juicio”. No regula excepción alguna, como sí lo hace el mismo Artículo con respecto a la interposición de incidentes, en cuyo caso, dicha demostración de “novedad” sí resulta imperativa.

Aceptado lo anterior, a nuestro parecer, extender la lectura de dicho Artículo más allá de su literalidad, constituiría la imposición, de hecho, de un requisito de procedibilidad no previsto legalmente y que, peligrosamente, podría dar lugar a un recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en una ilegal inadmisión de un medio de prueba. El recurso, de admitirse, tendría como efecto la repetición íntegra del juicio.

Sin embargo, y como efectivo instrumento disuasivo, sí quedaría abierta la posibilidad en cuanto a sanciones impuestas por los Tribunales de Sentencia que presencien actos de deslealtad procesal, pudiendo suspender en el ejercicio del cargo, hasta por el término de un año, al profesional del Derecho que así actúe.

Tal sanción procedería con fundamento legal en el Artículo 12 del CPP. Si bien, actuará prudentemente el Tribunal al estimar dichas sanciones únicamente en casos que, además de evidentes, sean especialmente graves.

Reflexiones críticas sobre el pensamiento abolicionista en materia de justicia penal de menores*

Parte II**

ANA PAOLA HALL GARCÍA
Doctora en Derecho Penal
Universidad de Salamanca, España

SUMARIO:

IV. Análisis crítico de las posibilidades reales de la abolición del sistema de justicia penal de menores. V. Conclusiones. Bibliografía.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS POSIBILIDADES REALES DE LA ABOLICIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE MENORES

Quienes proponen una supresión del Derecho Penal de menores parecen plantear propuestas, en cierto modo, utópicas. Ello se demuestra en su pretensión de sustituir el sistema penal por soluciones como el Derecho correccional (que no castigue, sino corrija), o el desplazamiento de la competencia penal hacia jurisdicciones civiles o administrativas

Precisamente, entiendo que el balance entre las críticas hacia el sistema penal y las soluciones sugeridas, son señal de los puntos débiles del abolicionismo. Sus propuestas, que distan de justificarse por ser bondadosas, tampoco se justifican por la amplitud de su competencia, que excluye los casos de criminalidad violenta y otros casos propios del Derecho Penal¹. Pues, se alude a los típicos casos de delitos de poca monta, sin violencia, que evidentemente pueden ser solucionados por otras vías.

* Este artículo fue publicado en la *Revista Jurídica Dos mil- Tres mil*, (Directora: Ana Paola Hall), N° 6, Universidad de Ibagué, Colombia, 2002.

** En Honduras, la primera parte de este trabajo fue publicado en la *Revista Justicia* N° 2, marzo de 2006.

1 En este sentido, *Vid.*, HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, (Trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, pp. 399-400.

Ello deja claro las limitaciones del abolicionismo. Coincido, pues, con SILVA SÁNCHEZ cuando afirma que la capacidad real de las propuestas abolicionistas, para solucionar el problema de la criminalidad, termina justo donde empieza el verdadero núcleo del Derecho Penal².

Lo anterior se comprueba con el caso citado por ZUGALDÍA ESPINAR³: cinco estudiantes que viven juntos, en un momento dado, uno de ellos se lanza sobre el televisor y lo rompe. Cada uno de sus compañeros reacciona de forma distinta. El primero, furioso, dice que la solución es echarlo a la calle (estilo punitivo). El segundo, afirma que debe comprar otro televisor (estilo compensador). El tercero, sostiene que seguramente está enfermo y hay que buscarle un médico (estilo terapéutico). El cuarto, arguye que algo está fallando en la convivencia y, por ende, deben hacer juntos un examen de conciencia (estilo dialogante).

El ejemplo es fiel reflejo de la imposibilidad de trasladar la filosofía dialogante a casos más graves, tales como los que afecten gravemente los derechos fundamentales de la persona (pensemos en los conflictos creados como consecuencia del terrorismo, o las desapariciones forzadas). Por ello, creo, al igual que ZUGALDÍA ESPINAR⁴ que, frente a los mecanismos protectores a los que se alude en el ejemplo, el Derecho Penal ofrece el marco más adecuado para que la descarga de la agresividad latente en toda sociedad, y el control que toda comunidad ejerce sobre sus miembros, se realicen lo más racionalmente posible (controlable o fiscalizable) y con el máximo respeto a los derechos fundamentales. En suma, aun cuando, siendo francos, su aplicación conlleve cierta brutalidad, lo cierto es que es la forma más civilizada que hasta ahora ha ideado el Estado para abordar las conductas delictivas⁵.

2 Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 21.

3 Ejemplo de HULSMAN, que se inclina por el estilo dialogante como solución a los conflictos. Cit., por ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal (Parte general). Las teorías de la pena y de la Ley penal*, Granada, 1990, p. 35.

4 *Idem.*, p. 36.

5 En este sentido, coincidiendo con Ferrajoli, se manifiesta Gimbernat en su recensión al libro de Ferrajoli. Vid., GIMBERNAT ORDEIG, «Derecho y razón», *Ensayos Penales*, Madrid, 1991, p. 18.

A mi juicio, la pretensión abolicionista está sellada con la belleza de lo utopía; su capacidad de resolver conflictos y su base teórica son limitadas⁶. Tanto es así, que incluso la ciencia de la que toma gran parte de sus argumentos críticos del sistema penal, esto es la Criminología Crítica, ha observado el surgimiento de una nueva Criminología. Esta nueva era de la Criminología, básicamente, plantea la necesidad de evolucionar de la fase idealista hacia una fase realista (que abandone las viejas pretensiones abolicionistas radicales⁷).

No deja de llamar la atención que desde su interior surjan movimientos contra el abolicionismo, evidenciando así su alto contenido utópico y la limitación de aplicación de sus teorías. Y es que, a mi entender, resulta difícil creer que las alternativas que proponen sean mejores. Porque, prescindir del Derecho Penal nos obligaría a buscar un control alternativo (menos represivo y arbitrario), lo cual no sería sencillo, y quizá lo que operaría sería un simple cambio de etiquetas, titulares y víctimas, dejando intacto el contenido del *jus puniendi* que, en fin, es lo que importa⁸.

6 Al respecto, Pavarini afirma que las teorías abolicionistas son frágiles en cuanto a sus hipótesis teóricas y políticas (éstas no muestran coherencia en su convicción de no necesitar al Derecho Penal). La ausencia de coherencia es fácilmente corroborable, pues estas tendencias no tienen un modelo para proponer una sociedad y un Estado sin el sistema penal. Caen en confusiones al tratar de explicar un Estado que abdique de su función punitiva, cómo deberían de (borra) darse las relaciones sociales; además, eluden problemas centrales (como el papel de la política en la mediación de conflictos), quizá porque saben que no se trata de abolir una cosa poco funcional e inútil (y además nociva), porque son conscientes de que los problemas posteriores deberán ser resueltos pragmáticamente, de vez en vez, sin posibilidad de anticipar en la oscuridad, para cuestiones que no se conocen y quizá no se pueden ni imaginar. Vid., PAVARINI, «El sistema de Derecho Penal entre abolicionismo y reduccionismo», en *Poder y control*, Barcelona, 1987, pp. 152-153.

7 Sobre el tema, Vid., LARRAURI PIJOAN, *La herencia de la Criminología crítica*, Madrid, 1991, pp. 192 ss.

8 Vid., GARCÍA PABLOS, «Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico», en *RFUDC*, Madrid, 1981, p. 26.

En mi criterio, además, hay que recordar que la eliminación del Derecho Penal implicaría la consiguiente supresión de las garantías y límites que lo rodean⁹. Piénsese en el caso de la delincuencia de menores, donde si se parte de que se aplicará un Derecho correccional (por ejemplo) y no un Derecho Penal, podría caerse en argumentos similares a los sostenidos por los partidarios de la ideología tutelar, como el de la innecesariedad de determinación de las medidas a imponer. Pues (como dirían los defensores de un sistema de estas características), si lejos de imponerle una sanción, le estamos aplicando, por su bien, una medida correctiva y educativa, no será necesario limitarla (al bien no se le limita). Y si lo que se persigue es su corrección y reeducación, no podrá saberse *a priori* el tiempo necesario para conseguir dicho fin¹⁰. Una supresión del Derecho Penal de menores, en este sentido, daría paso a otro tipo de intervención (de carácter correccional, civil, administrativo, etc.), con igual contenido sancionador, pero con el riesgo de una supresión de las garantías propias del sistema penal.

Desde mi punto de vista, no parece que la propuesta abolicionista sea la más viable en la actualidad (ni aun hablando de menores). Coincidiendo con BUSTOS RAMÍREZ¹¹, entiendo que, pese a que inicialmente podría pensarse que el abolicionismo tendría más futuro en este ámbito que en el de los adultos, hay que revisar las posibilidades reales de dicha afirmación. Porque, insisto, no debe olvidarse que abolir significa eliminar; y la abolición del Derecho Penal de menores es una propuesta que, en pureza, debería llevar a prescindir de cualquier reacción punitiva contra el menor. Sin embargo, quienes defien-

den esta opción, proponen formas de reacción que, con diverso nombre, vienen a cumplir idéntica —o aún mayor— función sancionadora. Además, al ir disfrazada de un vocabulario engañoso (bienestar del menor, educación y ayuda al menor, etc.), tiende a mixtificar funciones de ayuda y justicia, y así se amplía la intensidad del control y también su violencia.

Y es que parece que los seguidores de esta corriente tienden a confundir ambas prerrogativas. Incluso algunos han llegado a proponer que la legislación de menores sólo debe tener una facultad: la de protección, que subsumiría la facultad de reforma¹².

Tal como he venido diciendo, a mi entender, la confusión entre ambas facultades es errónea, pues responden a lógicas distintas. Así, mientras la justicia penal responde ante la violación de normas, la protección y la asistencia social lo hacen ante las necesidades sociales. Por ello, sostengo que la mixtificación de dichas facultades introduciría confusión e impediría su eficacia.

En mi opinión, hablar de asistencia social es hablar de ayuda al menor que se encuentra en situación de necesidad. Pero, además de basarse en la lógica de las necesidades, la acción protectora debe fundamentarse en criterios globales de desigualdad social (pues prestará atención preferente a los sectores sociales más desfavorecidos), y en el criterio de voluntariedad de prestación de la ayuda (una acción asistencial no podría entenderse si se impusiera a los individuos contra su voluntad). Si, en cambio, se intenta basar la acción social en la violación de normas, se producen tres efectos, que GONZÁLEZ ZORRILLA¹³, ha calificado de perversos:

En primer lugar, se pervierte la acción social, pues ésta se le impone al menor. No sólo se actúa con base en las necesidades sociales, sino también conforme a la conducta establecida por los normas. En esta medida, la acción social, deja de serlo, para convertirse en un mecanismo de control, según cual sea el órgano encargado de ejercerlo.

9 Sobre esta crítica, sin compartirla, *Vid.*, LARRAURI PIJOAN, «Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista», en *Poder y Control*, Nº 3, Barcelona, 1987, pp. 106 - 108.

10 Así lo propone Mendizábal en la construcción de su Derecho correccional de menores. *Vid.*, MENDIZÁBAL OSES, *Derecho de menores. Teoría general*, *Op. cit.*, pp. 410 ss.

11 *Vid.*, BUSTOS RAMÍREZ, «Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el Derecho de menores», *Por un Derecho Penal del menor*, *Op. cit.*, p. 10.

12 *Vid.*, RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la Ley Penal*, *Op. cit.*, pp. 244 ss.

13 *Vid.*, GONZÁLEZ ZORRILLA, «Los menores entre protección y justicia», *Op. cit.*, pp. 139 - 140.

En segundo lugar, como este control aparece mixtificado y sin sujeción alguna a las garantías derivadas de su propia función controladora, resulta incompatible con los presupuestos de un Estado social y democrático de Derecho.

En tercer lugar, en cuanto la acción social se condiciona a la presencia de rasgos de inadaptación o de violación de las normas sociales, se envía un mensaje claro: la violación de normas es un camino fácil para conseguir ayuda social. Si a este efecto, se suma la discriminación que supondría respecto a los sectores necesitados de ayuda, pero respetuosos de las normas, nos daremos cuenta de lo cuestionable de este razonamiento. Pues, en síntesis, los efectos preventivos de la asistencia social, se convertirían en medios de potenciación y consolidación de la delincuencia.

En igual sentido se ha manifestado CANTARERO BANDRÉS¹⁴, para quien asignar a la justicia labores de asistencia, implicaría correr el riesgo de creer que las necesidades suponen una tendencia a la delincuencia y, por ende, se producirían efectos reales de criminalización de necesidades.

Hasta aquí queda claro, de un lado, que la acción social ha de basarse, pues, en la lógica de necesidades. En cuanto a la justicia, debe basarse en la lógica de violación de normas. De tal modo, que solamente sea éste el criterio que dé lugar a su intervención (y no la situación de necesidad del menor). Ello no significa que la justicia deba ser ciega ante las necesidades de éste; pues, en mi opinión, sí que debe tener en cuenta dichas circunstancias; más no deberá basar su acción en dicha situación. De lo contrario, podría llegarse, peligrosamente, a judicializar la acción estatal frente a las necesidades sociales.

De otro lado, si la justicia se fundamenta en la lógica de las necesidades, se difumina la necesidad de garantías jurídicas. Pues, si la justicia deja de serlo, para convertirse en protección y ayuda, no habrá necesidad de defensa, ni de determinación de la medida (como propone, en una

postura que no comparto, MENDIZÁBAL OSES respecto a las medidas privativas de libertad¹⁵). Y así, nuevamente, se privaría al menor de la condición de ciudadano que le reconoce la Constitución, tal como pasó con la ideología tutelar; en cuyo contexto, surgió la famosa manifestación de que: «El Derecho Penal ha desaparecido y se ha convertido en obro benéfica y humanitaria»¹⁶. Por ende, si lo que se le proporciona al menor es una ayuda, un bien; no habría necesidad de imponer límite alguno.

Además, el abandono de los principios jurídico penales y su sustitución por la lógica de necesidades, originaría el problema de no diferenciar entre los menores infractores y los necesitados de protección. Como ya he sostenido, ello no resulta adecuado; pues, además de ampliar el ámbito de competencia de la jurisdicción de menores, esto nos llevaría a negar al menor sus garantías penales y procesales¹⁷. Entiendo que resulta imprescindible, pues, superar el llamado que hiciera JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁸, en cuanto a la necesidad de abandonar el requisito de legalidad en materia de menores, bajo el argumento de que no hay niños delincuentes, sino menores con conductas irregulares.

Coincido, pues, con CANTARERO BANDRÉS¹⁹ y con GONZÁLEZ ZORRILLA²⁰, cuando afirman que los presupuestos de los que debe partir la justicia de menores, deben ser jurídicos. Caso contrario, se vulnerará el principio de legalidad y se propiciará confusión en el menor. Pues, no comprenderá el motivo por el que se produce la acción de la justicia, y podría perder de vista el hecho de haber

15 Vid., MENDIZÁBAL OSES, *Derecho de menores. Teoría general*, *Op. cit.*, pp. 416 ss.

16 Vid., DORADO MONTERO, *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906, p. 211.

17 Vid., GARCÍA MÉNDEZ, “Política de la infancia/adolescencia en América Latina. Estado, movimiento social y modelo jurídico-institucional: tendencias y perspectivas”, *Op. cit.*, p. 485.

18 Vid., JIMÉNEZ DE ASÚA, *La delincuencia juvenil y los tribunales para niños*, Montevideo, 1929, p. 6.

19 Vid., CANTARERO BANDRÉS, “Los menores y el Derecho Penal”, *Op. cit.*, p. 29.

20 Vid., GONZÁLEZ ZORRILLA, “Los menores entre protección y justicia”, *Op. cit.*, pp. 140 ss.

14 Vid., CANTARERO BANDRÉS, “La justicia y los menores”, *Op. cit.*, p. 112.

cometido o no un delito. Ello podría hacerle reaccionar contra un tratamiento que posiblemente considerará injusto, y que dificultará el reconocimiento e interiorización de su sentido de la responsabilidad²¹.

La creación de una Ley democrática que responda ante las infracciones del menor debe, en fin, avalar los derechos y garantías que le corresponden como ciudadano. Dentro de este marco, las iniciativas de los sectores de asistencia social serán muy útiles; pero, nunca deberá confundirse el mundo asistencial de la esfera perteneciente al Derecho Penal. Porque, en suma, como afirma GAETANO DE LEO²², pretender conjugar derechos y necesidades como si fueran términos idénticos e intercambiables, no tendrá como resultado una multiplicación efectiva de facultades y necesidades, sino que se producirá una división arbitraria, confusa y manipuladora.

Además, a mi juicio, la confusión de las facultades de asistencia y protección con la de justicia, presentaría otro problema. Y es que en cuanto se mixtifica ambas prerrogativas, se produce otra confusión: la finalidad de las medidas a imponer al menor. Desde mi postura, no sería correcto pretender unificar el fin de la medida a imponer, tanto ante una situación de necesidad del menor, como ante una conducta delictiva. Pues, aunque pretenda afirmarse, como hacen algunos²³, que la privación de libertad no es una sanción, sino una mera medida educativa, impuesta en razón del interés del menor, ello no parece lógico.

En mi criterio, resulta necesario separar conceptos y definir el contenido y finalidad de las medidas a imponer al menor infractor. Ello no resulta sencillo, porque, como he manifestado anteriormente, en materia de menores existen muchos intereses distintos, incluso contra-

ditorios: por un lado el interés del menor y por otro el de defensa social; por una parte la pretensión —quizá utópica— de dotar a la medida de contenido educativo, por otra parte, la certeza de su contenido sancionador

V. CONCLUSIONES

Después de todo lo expuesto, en mi opinión, es preciso reconocer que el Derecho Penal de menores es, al igual que la pena, una amarga necesidad. Por ello se debe luchar por un reduccionismo, por un Derecho Penal de menores que en su aplicación mínima, realice sus funciones del modo más humanitario posible.

En contra de posiciones como las de BARATTA²⁴ y ZAFFARONI²⁵, concuerdo con PAVARINI²⁶ y FERRAJOLI²⁷, para

- 24 Para Baratta, debe construirse un Derecho Penal mínimo que a largo plazo, pueda sustituir el sistema de justicia penal, pasando por una fase previa de transformación del Derecho Penal. Que se orientaría a la búsqueda de un uso alternativo del Derecho haciendo de éste un instrumento de reducción de la violencia punitiva. *Vid.*, BARATTA, «Principios del Derecho Penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», en *DP*, N° 10, Madrid, 1987, p. 645.
- 25 Según Zaffaroni, el Derecho Penal mínimo es una propuesta que debe apoyarse por todos los que deslegitiman el sistema penal, pero no como meta insuperable, sino como tránsito hacia el abolicionismo, por lejano que parezca. *Vid.*, ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 1991, pp. 110 ss.
- 26 Para el autor, se trata de mejorar y humanizar el sistema de justicia penal, y no de eliminarlo, pues se corre el riesgo de «arrojar al chico con el agua sucia». *Vid.*, PAVARINI, «El sistema de Derecho Penal entre abolicionismo y reduccionismo», *Op. cit.*, pp. 153 ss.
- 27 Según este autor, independientemente de los fines humanitarios que pueda perseguir, el abolicionismo penal es una utopía regresiva que construye sobre una sociedad y un Estado buenos, modelos de hechos desregulados o autorregulados de vigilancia y punitiva, con relación a los cuales el Derecho Penal (tal como fue concebido por el pensamiento jurídico iluminista), constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista. Su concepción del Derecho Penal es de carácter mínimo, sólo justifica-

21 *Vid.*, CANTARERO BANDRÉS, «La justicia y los menores», *Op. cit.*, p. 118.

22 *Vid.*, DE LEO, «Interés, derecho y necesidad: para una evolución de las hipótesis de tratamiento de la desviación de menores», *Op. cit.*, p. 177.

23 *Vid.*, RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley Penal*, *Op. cit.*, pp. 263 – 267 y 312 – 316.

quienes ser partidarios de un reduccionismo penal no debe interpretarse, necesariamente, como un paso previo hacia el abolicionismo, pues se parte de la esencialidad del Derecho Penal; y es precisamente esa convicción la que hace que, quienes somos partidarios del reduccionismo, creamos en una racional limitación de la esfera jurídico-penal. Es necesario tener en cuenta las críticas hechas por el abolicionismo y hacer buen uso de ellas, sin por esto ser convencidos abolicionistas.

En mi criterio, pese a que pueda considerarse una obviedad, hay que insistir en ello: el Derecho Penal de menores es Derecho Penal y no está destinado a la ayuda, sino al control del menor²⁸. Esto no significa que se proponga aquí una equiparación entre el Derecho Penal ordinario y el Derecho Penal de menores²⁹. Pues, el ordenamiento jurídico en su conjunto, tiene la obligación de otorgar un especial status normativo a los menores, debido a que se encuentran en estado de desarrollo³⁰. Por ello, aunque ambos derechos compartan su naturaleza (repre-

siva y preventiva), e incluso la orientación de su finalidad (reeducación y reinserción social³¹), su campo debe diferenciarse por la especial consideración de autor, que debe observar el Derecho Penal de menores, tal como sostiene ROXIN³². En consecuencia, se acentuarán las garantías del Derecho Penal ordinario, y se buscarán medios que no sólo equiparen la situación del menor con el adulto, sino que lo favorezcan³³. Materializando así, el principio de igualdad, según el cual es necesario tratar de forma diferente a los desiguales, para colocarlos en una situación de igualdad³⁴.

En síntesis, entiendo que, lejos de pensar en abolir el Derecho Penal de menores, lo correcto sería minimizarlo. Ello, mediante el recurso a vías reparadoras (más allá de cómo hoy se conciben) como penas alternativas a la privación de libertad³⁵. Al respecto, la sanción debe

ble cuando con su aplicación sirva para evitar las venganzas privadas y otras reacciones de control informal de la sociedad. *Vid.*, FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., (Trad. Ibáñez, Ruíz Miguel, Bayón Mohino y Terradillos Basoco), Madrid, 1997, pp. 331 ss. Del mismo autor, *Vid.*, «El Derecho Penal mínimo» (Trad., Bergalli), en *PC*, N° 0, Madrid, 1986, p. 43.

28 *Vid.*, ALBRECHT, *El Derecho Penal de menores*, *Op. cit.*, p. 11.

29 *Vid.*, PRIETO SANCHÍS, «Notas sobre el tratamiento jurídico del menor. La necesidad de una reforma», en *Menores*, N° 9, Año II, septiembre-octubre, 1985, pp. 8 ss.

30 En este sentido, *Vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 159 y 160. También, *Vid.*, ALBRECHT, *El Derecho Penal de menores*, *Op. cit.*, p. 406.

31 Al respecto, Cuello Contreras y Martínez-Pereda, afirman que si el fundamento del Derecho Penal es la prevención de lesiones a bienes jurídicos, no es éste lo que lo separaría del Derecho Penal de menores. Como tampoco lo sería la orientación educativa o resocializadora, porque ésta es también un fin perseguido por el Derecho Penal. Lo que sí marcaría una diferencia de fines sería que, mientras el Derecho Penal se orientara a la prevención del delito, el

Derecho Penal de menores se orientara a la educación del menor y sacrificara el fin de defensa social (lo cual no ocurre en la legislación española). *Vid.*, CUELLO CONTRERAS Y MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, «La indeterminación de la mayoría de edad penal en el Código Penal de 1995: una ambigüedad insoportable», *Op. cit.*, p. 1584.

32 *Vid.*, ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (Trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal), Madrid, 1997, p. 46. En la misma línea, *Vid.*, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y Derecho Penal juvenil*, Granada, 1998, p. 155.

33 *Vid.*, BUSTOS RAMÍREZ, «Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un Derecho Penal del menor», *Op. cit.*, pp. 6 – 7.

34 *Vid.*, RUIZ MIGUEL, «La igualdad como diferenciación», (Coord. Prieto Sanchos), *Derechos de las minorías y grupos diferenciados*, Madrid, 1994, p. 285. En igual sentido, *Vid.*, PRIETO SANCHÍS, «Igualdad y minorías», (Coord. Prieto Sanchís), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Cuenca, 1996, p. 30. Sobre el principio de igualdad, *Vid.*, FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *Op. cit.*, p. 907; También, *Vid.*, PECES BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, 1995, p. 284.

35 *Vid.*, LARRAURI PIJOAN, «la reparación», (Coords. Cid Moliné y Larrauri Pijoan), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, 1997, pp. 169 ss.

ser la excepción, ya que muchas veces tales hechos tienen poco valor legislativo. Además, en estos casos, sería suficiente para el menor activar la comprensión de las normas, mediante el efecto censorio de la asignación de una consecuencia jurídica (informal), sin que se necesite una sanción formal para clarificar la norma. Debe recordarse que ello procederá, siempre y cuando la reparación cumpla los fines de la pena a sustituir³⁶.

Una tendencia reduccionista, en este sentido, no conllevaría un menoscabo de la prevención general. Los tipos penales seguirían existiendo, pese a las vías reparatorias. La comisión de las acciones susceptibles de ser resueltas por estas vías seguiría siendo contrario a derecho. Sin embargo, como aquí la víctima estaría en situación de exigir posibilidades de reacción, la solución podría buscarse en estas vías.

Parece, pues, que resulta viable prescindir de la competencia del Derecho Penal, en ciertos casos donde (siempre que concurren ciertos requisitos), bastará con la facultad compensadora y mediadora de la justicia reparatoria. Sin embargo, habrá casos en los que el recurso al Derecho Penal será insalvable (hechos graves contra bienes jurídicos especialmente importantes). Por ello, pienso que no resulta viable proponer la eliminación de la jurisdicción penal y su sustitución definitiva por justicia reparatoria, ni por jurisdicciones de carácter civil o administrativo.

Tampoco, a mi entender, resulta conveniente la tendencia de proponer sistemas meramente educativos y correctivos para los menores, pues, igualmente, preverían sanciones, con el agravante de que éstas carecerían de las garantías y límites del Derecho Penal, efectuándose un simple cambio de etiquetas. Como ya dijera HASSEMER³⁷, en todo caso, lo que viniera a sustituir el control del Derecho Penal, sería algo incluso peor que el Derecho Penal mismo.

36 Sobre el tema, *Vid.*, ROXIN, «la reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, N° 8, Madrid, 1991, pp. 19 ss.

37 *Vid.*, HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, *Op. cit.*, p. 400.

Llegados a este punto, quiero recalcar que estar a favor de un modelo claro de justicia penal de menores, no debe interpretarse como un escape fácil hacia la vía represiva; mi postura parte de la crisis misma de otros sistemas de legislación de menores, y no del apoyo incondicional a la reacción punitiva.

Ya se han analizado las consecuencias que conllevaría la instauración de modelos paternalistas³⁸, como el tutelar y el puramente educativo; y se ha observado la ausencia de garantías penales y procesales que un modelo tal conllevaría (sobre todo a los más necesitados, que irónicamente son siempre los más desprotegidos³⁹).

La comprobación del «fracaso de la ideología educativa y la exigencia de garantías más intensas de protección jurídica, son componentes esenciales de un Derecho Penal de menores en conformidad a un Estado de Derecho»⁴⁰. Por ello, mantengo que una legislación penal basada en derechos y garantías es siempre más coherente que un Derecho Penal de protección pues, la instauración de este último, daría lugar a la construcción de un sistema que practicaría una especie de justicia en la recámara⁴¹. La preocupación se centraría en evitar la estigmatización del Derecho Penal, dejando inamovible, e incluso acentuando, la función de control social (y no del interés del menor), mediante una errónea mixtificación de facultades, que pasaría por concebir el delito como la manifestación de un déficit de educación o socialización y, por ello, centrar la atención en el menor (no en el hecho) y las

38 Al respecto, Prieto Sanchís sostiene que hay que huir del paternalismo, que aún siendo bien intencionado, ha desconocido las garantías penales y procesales, ha sido autoritario y ni siquiera ha cumplido los fines correctivos y educadores que se proponía. *Vid.*, PRIETO SANCHÍS, «Notas críticas sobre el tratamiento jurídico del menor. La necesidad de una reforma», *Op. cit.*, pp. 8 ss.

39 Sobre ello, ya apuntó De Leo que la justicia de menores es un privilegio negativo, repartido entre los más necesitados. *Vid.*, DE LEO, *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, (Trad. González Zorrilla), Barcelona, 1985, pp. 17 ss.

40 *Vid.*, ALBRECHT, *El Derecho Penal de menores*, *Op. cit.*, p. 111.

41 *Vid.*, GONZÁLEZ ZORRILLA, «Los menores entre protección y justicia», *Op. cit.*, p. 141.

necesidades que presente como producto de sus insuficiencias socializadoras. Las medidas, según esta lógica, tendrían un fin meramente educativo y protector, y estarían encaminadas a paliar las carencias del menor.

Como consecuencia, se ampliaría la competencia de dicha legislación; si lo importante es lograr la educación del menor, el Tribunal encargado podrá actuar por hechos que, realizados por un adulto, quedarían fuera del alcance del Derecho Penal. Además, fácilmente podría argumentarse, bajo el pretexto de flexibilizar el procedimiento, la innecesidad de la observación de los principios y garantías correspondientes⁴². Porque, si las medidas (supuestamente) ya no son sancionadoras, sino protectoras y educativas, ¿qué necesidad habría de determinación de la medida⁴³, de derecho a la defensa? (por ejemplo).

En mi criterio, resulta sencillo entender que un modelo de estas características no significaría la eliminación del Derecho Penal. Pues, a mi juicio, la decisión de suprimir realmente el Derecho Penal de menores habría de cumplir, al menos, dos requisitos⁴⁴: 1. La renuncia a la aplicación de medidas privativas de derechos contra la voluntad del menor (o sus representantes legales), aunque tengan un pretendido fin educativo, protector o asistencial. 2. La delimitación clara de los sujetos a los que afectará la supresión del Derecho Penal. Ello, mediante la fijación de una edad por debajo de la cual la justicia no intervendrá, independientemente de la gravedad del delito cometido.

Una abolición real del Derecho Penal de menores (como la que acabo de describir) es, en mi opinión, muy difícil de llevar a cabo, tanto por la falta de soluciones alternativas aceptables, como por la falta de aceptación social. No debemos olvidar que vivimos en una sociedad que da muestras de no estar dispuesta a eximir de responsabilidad penal al menor. Lograr un consenso en contra-

rio, supondría desplegar todo un proceso de aprendizaje social que tardaría mucho tiempo en dar frutos. Y, si en todo caso, este fuera el momento adecuado para abolir el Derecho Penal de menores, no contamos con alternativas que sean (a mi entender) aceptables. Insisto: aunque habría casos susceptibles de ser abordados por otras vías, e incluso despenalizados, siempre existirá un buen porcentaje de delitos que son núcleo del Derecho Penal y, ante los cuales, no podrá hablarse de despenalización.

Resulta preciso reiterar que cualquier política a implementarse en materia de justicia penal de menores, deberá orientarse tanto a la limitación de su intervención, como a la observación de un grado máximo de racionalidad y equilibrio⁴⁵; un Derecho Penal de menores será viable sólo cuando su aplicación tenga un coste menor que el de otras formas de respuesta (sean éstas por parte de la sociedad, o por otros mecanismos de control).

Para terminar, quiero apuntar una última reflexión: en el tema de justicia de menores es muy complejo proponer soluciones. Sobre todo, porque sus protagonistas despiertan sentimientos contradictorios: por un lado, el deseo de protegerlos; por otro, el de castigarlos por sus infracciones. Por ello, sostengo que una verdadera solución tendrá que venir de la mano de un largo y progresivo aprendizaje social, encaminado a comprender que ni la indulgencia a toda costa, ni los aleccionamientos ejemplares, conducirán a nada en este campo⁴⁶.

45 Vid., IBÁÑEZ, “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, *Op. cit.*, pp. 224 - 225.

46 El *sentido común* según el cual lo que precisan los delincuentes es *mano dura*, triunfa en muchos ambientes. Existe, en efecto, un gran sentimiento de fe en que el castigo es la solución. Ejemplo de ello es la corriente actual de supervisión intensiva de la comunidad, donde las condiciones de libertad a prueba se establecen para controlar más severamente al sujeto. Pareciera, pues, que el objetivo, en vez de estar encaminado a socializarlo, es simplemente hacerle sufrir y controlar su conducta (esta superposición errónea de objetivos dificulta, aún más, la resocialización del menor). Vid., GARRIDO GENOVÉS, MONTORO GONZÁLEZ y LÓPEZ DE LA TORRE, “Por qué es difícil el éxito en la reeducación de los delincuentes juveniles”, en *La reeducación del delincuente juvenil. Los programas*

42 Vid., GARCÍA MÉNDEZ, “Política de la infancia/adolescencia en América Latina. Estado, movimiento social, tendencias y perspectivas”, *Op. cit.*, p. 485.

43 Con una postura dirigida en este sentido, Vid., MENDIZÁBAL OSES, *Derecho de menores. Teoría general*, *Op. cit.*, pp. 410 ss.

44 Vid., GONZÁLEZ ZORRILLA, “Los menores entre protección y justicia”, *Op. cit.*, p. 485.

Tengo conocimiento que las modernas propuestas políticocriminales cuestionan la represión de las normas penales y potencian técnicas alternativas de despenalización. Pero, entiendo que debemos ser realistas y preguntarnos si realmente estamos de acuerdo en despenalizar infracciones graves (homicidios, agresiones sexuales, actos terroristas). Sabemos que no⁴⁷. En consecuencia, acep-

temos la responsabilidad penal del menor, y luchemos porque el Derecho Penal del menor tenga como uno de sus objetivos la reducción de la pena privativa de libertad (por medio de la aplicación de vías reparadoras como posibles alternativas). Y, cuando fuera imposible prescindir de ella, desarrollémosla en las mejores condiciones posibles⁴⁸.

Bibliografía

- ALBRECHT, *El Derecho penal de menores*, (Trad. Bustos Ramírez), Barcelona, 1990.
- BARATTA, «Principios del Derecho Penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», en *DP*, Nº 10, Madrid, 1987.
- BARATTA, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología jurídico penal*, (Trad. Búnster), Madrid, 1986.
- BELOFF, «La prisión ideal es sólo aquella que no existe. A propósito del encierro de niños y jóvenes», en *El Reformatorio*, Año I, Nº 2, diciembre 1993/marzo 1994, Buenos Aires.
- BUSTOS RAMÍREZ, «Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el Derecho de menores: por un Derecho Penal del menor», (Dir., Bustos Ramírez), *Un Derecho Penal del menor*, Santiago de Chile, 1992.
- CANTARERO BANDRÉS, «La Justicia y los menores», en *Reforma política y Derecho*, 1985.
- CANTARERO BANDRÉS, «Los menores y el Derecho Penal», en *Derecho Privado y Constitución*, Nº 7, septiembre-diciembre, Madrid, 1995.
- CUELLO CONTRERAS Y MARTÍNEZ PEREDA –SOTO, «La indeterminación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable», en *La Ley*, Tomo 6, Madrid, 1997.
- DE LEO GAETANO, «Interés, derecho y necesidad: para una evolución de las hipótesis de tratamiento de la desviación de menores», (Dir., Bustos Ramírez), *Un Derecho Penal del menor*, Santiago de Chile, 1992.
- DE LEO GAETANO, *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, (Trad. González Zorrilla), Barcelona, 1985.
- DEL ROSAL BLASCO., «Joven Delincuente y Derecho Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 54, Madrid, 1994.
- DORADO MONTERO, *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906.
- FERRAJOLI, «El Derecho Penal mínimo» (Trad., Bergalli), en *PC*, Nº 0, Madrid, 1986.
- FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., (Trad. Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino y Terradillos Basoco), Madrid, 1997.
- GARCÍA MÉNDEZ, «Infancia y adolescencia: la privación de libertad en las normas internacionales», en *Cuadernos de la cárcel. Edición especial de Derecho Penal y Criminología de la Revista No hay Derecho*, Buenos Aires, 1991.
- GARCÍA MÉNDEZ, «Política de la infancia/adolescencia en América Latina. Estado, movimiento social y modelo jurídico institucional: tendencias y perspectivas», en *Doctrina Penal*, Año XIV, julio-diciembre, Madrid, 1991.
- GARCÍA PABLOS, «Presupuestos criminológicos y político criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996.
- GARCÍA PABLOS, «Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico», en *RFDUC*, Madrid, 1981.
- GARCÍA PABLOS, *Manual de Criminología. Introducción a las teorías de la criminalidad*, Madrid, 1988.
- GARRIDO GENOVÉS, MONTORO GONZÁLEZ y LÓPEZ DE LA TORRE, «Por qué es difícil el éxito en la reeducación de los delincuentes juveniles», en *La reeducación del delincuente juvenil. Los programas de éxito* (Dir., Garrido Genovés y Montoro González), Valencia, 1992.

de éxito, (Dir., Garrido Genovés y Montoro González), Valencia, 1992, p. 23.

47 En igual sentido, *Vid.*, GIMÉNEZ SALINAS, «La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita», *Op. cit.*, pp. 45 y 46.

48 En este sentido, CANTARERO BANDRÉS, «Los menores y el Derecho Penal», *Op. cit.*, p. 24. También, *Vid.*, IBÁÑEZ, «El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada», *Op. cit.*, pp. 224 ss.

- GIMBERNAT ORDEIG, «Derecho y razón», *Ensayos Penales*, Madrid, 1991.
- GIMÉNEZ SALINAS, “La justicia de menores en el Siglo XX. Una gran incógnita”, (Dir., Bustos Ramírez), *Un Derecho Penal del menor*, Santiago de Chile, 1992.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, “Los menores entre protección y justicia”, (Dir., Bustos Ramírez), *Un Derecho Penal del menor*, Santiago de Chile, 1992.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, “Minoría de edad, imputabilidad y responsabilidad”, en *Documentación Jurídica*, N° 37140, Madrid, 1983.
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Justicia de menores. Reflexiones en torno a la imputabilidad y justicia de menores*, texto manuscrito, en prensa, Salamanca, 1998.
- HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, (Trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984.
- IBAÑEZ, “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, (Comps. Jiménez Burillo y Clemente), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *La delincuencia juvenil y los tribunales para niños*, Montevideo, 1929.
- JUANES PECES, “El menor en el nuevo Código Penal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI, N° 269, noviembre, Madrid, 1996.
- LARRAURI PIJOAN, «Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista», en *Poder y Control*, N° 3, Barcelona, 1987.
- LARRAURI PIJOAN, *La herencia de la Criminología crítica*, Madrid, 1991.
- LARRAURI PIJOAN, «la reparación», (Coords. Cid Moliné y Larrauri Pijoan), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, 1997.
- MENDIZABAL OSES, *Derecho de Menores. Teoría General*, Madrid, 1977.
- MUÑOZ CONDE, “Derecho Penal y control social”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 21, Madrid, 1983.
- PAPALIA y WENDKOS, *Psicología del desarrollo*, 3ª Ed., (Trad. Villamizar), México, 1986.
- PAVARINI, «El sistema de Derecho Penal entre abolicionismo y reduccionismo», en *Poder y control*, Barcelona, 1987.
- PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, (Trad. Muñagorri), México, 1983.
- PECES BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, 1995.
- PIAGET e INHELDER, *Psicología del niño*, 12ª Ed., (Trad. Hernández Alfonso), Madrid, 1984.
- PRIETO SANCHÍS, “Igualdad y minorías”, (Coord. Prieto Sanchís), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Cuenca, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, “Notas sobre el tratamiento jurídico del menor. La necesidad de una reforma”, en *Menores*, N° 9, Año II, septiembre-octubre, 1985.
- RÍOS MARTÍN, «El menor ante la Ley Penal: educación versus penalización», en *Actualidad Penal*, N° 25, junio, Madrid, 1994.
- RÍOS MARTÍN, «Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones», en *AA. VV., Niños y jóvenes criminales*, Granada, 1995.
- RÍOS MARTÍN, «Notas críticas sobre el Anteproyecto de la Ley Penal juvenil y del menor: la criminalización de la infancia», en *Poder Judicial*, N° 37, Madrid, 1995.
- RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, 1993.
- ROXIN, «la reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, N° 8, Madrid, 1991.
- ROXIN, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (Trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal), Madrid, 1997.
- RUIZ MIGUEL, “La igualdad como diferenciación”, (Coord. Prieto Sanchos), *Derechos de las minorías y grupos diferenciados*, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y Derecho Penal juvenil*, Granada, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
- SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, 1996.
- ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 1991.
- ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal (Parte general). Las teorías de la pena y de la Ley penal*, Granada, 1990.

La protección de testigos en El Salvador

JUEZ JUAN ANTONIO DURÁN RAMÍREZ*

*A la memoria de quienes ya no están entre nosotros
por colaborar con la justicia salvadoreña.*

SUMARIO:

Introducción. I. Planteamiento del problema. II. El régimen de protección de testigos en El Salvador. III. Análisis de la validez de las medidas de protección: A) Análisis constitucional. B) Análisis a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. C) Análisis de Derecho Comparado. IV. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto describir sintéticamente el régimen de protección de testigos aplicado en el proceso penal salvadoreño, y analizar la validez de las medidas adoptadas por el legislador y por la jurisprudencia y práctica de los Tribunales salvadoreños, a partir de su confrontación con la Constitución de la República, Tratados internacionales y tratamiento de Derecho comparado.

Se trata de indagar, a partir de la experiencia salvadoreña, si la legislación y la práctica se ordenan a los fines pretendidos con la reforma del proceso penal, o si, por el contrario, persisten resabios del anterior sistema inquisitivo, o del nuevo eficientismo penal en detrimento de las garantías penales mínimas. Nuestra hipótesis de trabajo será esta última, es decir, la que sustenta que en las medidas de protección de testigos implementadas por el legis-

lador, sigue pesando la cultura inquisitiva¹, sobre todo en el actuar diario de nuestros tribunales de justicia.

La metodología empleada será, en principio, una descripción del régimen de la protección de testigos tal como está regulado en la actualidad, para luego analizar dicho régimen a la luz de la Constitución, Tratados y Derecho comparado, tanto a nivel legal como jurisprudencial, para finalmente y de manera sintética, comentar la regulación de la protección de testigos a la luz de lo expuesto en el desarrollo del trabajo, y hacer conclusiones al respecto.

Va encaminado este esfuerzo a contribuir, con la experiencia salvadoreña, en la adopción de un sistema de protección de testigos que respete el proceso constitucio-

* Juez, primer vocal del Tribunal de Sentencia de San Vicente y suplente del Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (1992). Especialista en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica (2002); y en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (2005). Profesor universitario y capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial.

1 BINDER, Alberto M., Límites y posibilidades de la simplificación del proceso, en *Derechos fundamentales y Justicia penal*, Juricentro, San José, 1992, p. 175. De igual forma: BINDER, Alberto M., *Perspectivas de la Reforma procesal penal en América Latina*, en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc s.r.l., Buenos Aires, 1993, p. 204.

nalmente configurado, acorde al adversativo en el juicio oral, pero sobre todo que sea eficaz. Y vaya también esta reflexión a la memoria de quienes ya no están entre nosotros, por colaborar con la justicia salvadoreña.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con la reforma al proceso penal implementada desde mediados de la década de los noventa, en especial en materia de menores (1994) y ordinario de adultos (1998), se hace un importante cambio en materia procesal, tanto en lo que respecta a la estructura del proceso (igualdad y contradicción) como a la estructura del procedimiento (publicidad y oralidad)², lo que genera uno de los más importantes cambios en materia de juzgamiento de las personas.

Tal cambio genera a su vez una importante transformación en materia probatoria: Solo es prueba aquella que se produce en forma oral durante el juicio. Con ello se cumplen no solo los requisitos de procedimiento como la oralidad y publicidad, sino que garantizan también la estructura del proceso, como la igualdad y la contradicción. Sin embargo, la propia legislación prevé sus excepciones, dándole el carácter de prueba, susceptible de ser valorada como tal, aquella que conste por escrito y que constituya pericias, informes de autoridad, actos urgentes de investigación y los anticipos de prueba; no constituyendo prueba el resto de actas, atestados y documentos de la investigación e instrucción, que carecen de valor.

Lo anterior implica una clara dependencia de dos tipos de prueba: la pericial (técnica o científica) y la testimonial o testifical. Pese a los esfuerzos por fortalecer la policía técnica y científica, su demanda es mucho mayor que la capacidad policial de investigar todos los casos, lo que hace prácticamente depender, en la generalidad de los casos, única y exclusivamente de la prueba testifical.

Si se parte de que por lo general los testigos son sujetos ajenos al conflicto social que presencian por cir-

cunstancias azarosas, en la que no tienen interés alguno comprometido y sin resultar beneficiado ni perjudicado por el hecho presenciado, la carga con ellos es que se ven jurídicamente obligados a colaborar con la justicia; siendo el caso que para los testigos únicamente han existido deberes (se incluyen además a la víctima, al perito o al jurado), utilizándolos el Estado como meros instrumentos de su política interna respecto del proceso penal, pues se les compele a cumplir con el deber de ciudadano (deber de denunciar: 229 CPP; deber de comparecer y testificar: 185 CPP; deber de cumplir con el cargo: 195 CPP) y se les constriñe, en caso de incumplimiento, con la imposición de severas sanciones penales (Falso testimonio: 305 CP; Desobediencia a mandato judicial: 313 CP), con independencia del uso de la fuerza para obligarlos a comparecer ante el tribunal (Apersonamiento anticipado: Art. 190 CPP; Conducción por la seguridad pública: 350 CPP). Pero, además, se encuentran de facto desprotegidos de las graves consecuencias que puede traer consigo dicha colaboración³.

Como es de notorio conocimiento, en el curso de más de un proceso penal en El Salvador, los testigos principales han sufrido represalias e incluso han sido asesinados por los acusados o condenados, o por medio de sicarios, con el fin de impedir que aporten datos al proceso o como represalia por haberlos ya aportado. Tan dramática situación justifica sobremanera las medidas de protección que vienen a compensar la situación de desequilibrio de quienes sirven como testigos, siendo que dichas medidas constituían y siguen constituyendo una urgente necesidad en nuestra sistema penal, pues el asesinato de testigos ha llegado a cifras verdaderamente alarmantes.

El problema se plantea en cuanto a que dentro de las medidas de protección adoptadas, existen algunas que riñen con la Constitución de la República, que afectan el debido proceso, por lo que deben analizarse seriamente y con sensatez, a fin de que se logre un equilibrio entre la

2 GIMENO SENDRA, José Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 183-187.

3 MORENO CATENA, Víctor, La protección de los testigos y peritos en el proceso penal, en *Revista Justicia de Paz* No. 6, CSJ-AECI, San Salvador, p. 6.

eficacia de la ley penal y el respecto de las garantías penales mínimas.

II. EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL SALVADOR

El Capítulo VI Bis del Código Procesal Penal (arts. 210-A al 210-G)⁴, relativo al *Régimen de protección para testigos y peritos* e incardinado dentro del Título V, que trata de los “Medios de prueba”, fue introducido por DL 281/2001, de 8 de febrero (DO 13/2/2001), y configura una regulación de la materia inspirada parcialmente en la Ley Orgánica española del 23 de diciembre de 1994.

En el Código Procesal Penal, con anterioridad a la citada reforma, se preveían solamente medidas de protección para las víctimas (art. 13.6 y 13.7). La reforma que comentamos las mantiene y amplía (art. 210-G), estableciendo nuevas medidas de protección para cualquier testigo o perito en situación objetiva de peligro para su persona y bienes, así como para los de su entorno familiar. Sin embargo, no se mencionan, como sujetos de protección, a los miembros del tribunal de jurado ni a los que, siendo imputados, deseen colaborar con la administración de justicia (arrepentidos).

La reforma introducida consta de siete disposiciones, del Art. 210-A al 210 G CPP; se clasifican tales medidas en administrativas y judiciales.

Respecto a los presupuestos legales para la protección, los arts. 210-B y 210-C CPP establecen los requisitos necesarios para la aplicación del régimen de protección, estableciendo que podrá ser adoptada por autoridad competente (aunque sin especificar quién es dicha autoridad), regulando las personas objeto de protección, así como ha de determinarse el alcance de la *apreciación racional del peligro grave* para las personas como requisito

material de la protección y, finalmente, tomar en consideración las cuestiones relativas al impulso procesal o extraprocesal de las medidas, los aspectos formales para su adopción, el momento procesal en que han de adoptarse y la duración de las mismas.

a) Autoridad competente

Por *autoridad competente* se ha de entender los operadores de la Administración de Justicia competentes en la causa específica en la que el testigo o perito ha de intervenir; es decir, las autoridades pertinentes de la Policía Nacional Civil, en sus distintas divisiones (Seguridad Pública, Investigación criminal, Antinarcostráfico, Finanzas, Protección de Personalidades Importantes, entre otras); los titulares de las unidades jerarquizadas de la Fiscalía General de la República, y los jueces y tribunales de la República competentes para el conocimiento del proceso en que ha de intervenir la persona objeto de protección.

Todas esas autoridades están facultadas para apreciar racionalmente el riesgo que pueda correr el testigo y perito, estando facultadas y obligadas a adoptar las medidas a que se refieren los Arts. 210-D, 210-E y 210-F del CPP, cada uno en el ámbito de su respectiva competencia. De entre todas ellas, la responsabilidad máxima en la adopción y seguimiento de las medidas de protección corresponde a los jueces y magistrados, a cuyo efecto la ley les confiere amplias facultades de coordinación y de coacción cuando sea necesario (Arts. 267 y 126 CPP) y por ello se les exige el más elevado protagonismo en la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos (Art. 2 Cn).

La competencia para adoptar las medidas de protección dependerá tanto de la naturaleza de las mismas como del momento o etapa procesal en que sea necesaria su adopción. Si el grave peligro o riesgo surge durante las primeras diligencias iniciales de investigación, aquéllas han de ser adoptadas por la Policía, previa comunicación a la Fiscalía. Pueden posteriormente ser sometidas a ratificación o revocatoria por el juez de paz o de instrucción que conoce del proceso. Si el peligro o amenaza surge tras el requerimiento fiscal, definitivamente serán de competencia del juez o tribunal que conoce de la causa.

4 Al momento de la elaboración de este trabajo, estaba en discusión la Ley especial de protección de víctimas y testigos, que finalmente fue aprobada el 29 de abril de 2006, con un plazo de *vacatio legis* de ciento veinte días. Estas consideraciones no abordan la nueva ley aprobada, pero respecto de los problemas acá señalados, se reproducen de la misma manera en la nueva ley.

b) Concepto de testigo a efectos de protección

A efectos de las normas de protección, debe adoptarse un concepto amplio de testigo. En sentido estricto, en efecto, no basta para ser testigo con haber presenciado los hechos, sino que aquellas calidades y sus responsabilidades como tales surgen a partir del llamamiento judicial; es decir, a partir del momento en que una persona es ofrecida en tal calidad y citada judicialmente para comparecer ante el juez o tribunal y es instruida de la obligación a decir verdad como testigo⁵ y de las penas en que incurren quienes declaran falsamente.

Ahora bien, en un sentido amplio, que es el que utilizan los preceptos que estamos comentado, se es testigo desde el mismo instante en que existe la probabilidad de llegar a serlo en un proceso determinado⁶. En ese sentido, la persona que ha presencia determinados hechos constitutivos de delito es ya un portador de información útil para el proceso, aunque técnicamente aún no merezca la calificación procesal de testigo. Esa persona es ya objeto de injerencia estatal por el solo hecho de ser un posible portador de información, pudiendo ser entrevistada por la Policía (Art. 241 No. 6 CPP), ser objeto de medidas coercitivas para que no se aleje del lugar ni pueda comunicarse con otros testigos (Art. 241 No. 5 CPP) y ser ofrecido como tal, es decir como órgano de prueba por parte del fiscal (Art. 314 No. 5, 317 CPP) o de la defensa (Art. 316 No.13 CPP).

Es previsible que el testigo pueda verse sometido a factores endógenos (sentimientos, prejuicios, temores) y exógenos (amenazas, recompensas, promesas) que condicionan la espontaneidad e incluso la veracidad de su testimonio, pudiendo ser objeto potencial de represalias o

amenazas no sólo por el mero conocimiento que de los hechos tiene, sino sobre todo, por su colaboración obligada con la administración de justicia. Los factores de riesgo se incrementan si se tiene en cuenta que legalmente los datos relativos a la identificación y localización de la persona portadora de información (testigo) deben figurar en la acusación para que sea del conocimiento de la contraparte (imputado y su defensa), conforme a los principios generales de comunidad de la prueba y de publicidad de los actos procesales (Art. 272 CPP), los cuales podrán entrar en contradicción con algunas de las medidas de protección a testigos y peritos, pues la prueba testifical ha de ofrecerse presentando una lista de testigos, con indicación del nombre, profesión, residencia o lugar donde puede ser localizado, con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar con su testimonio, so pena de ser inadmisibles tal ofrecimiento.

De lo anterior encontramos ya algunas reglas del proceso penal que colisionan obviamente con algunas de las medidas de protección establecidas en el régimen adoptado. Utilizando la terminología de HART, cuando una regla colisiona con otra de igual rango o linaje, la una deroga a la otra o se convierte en una excepción. A partir de ello podemos afirmar, con algún matiz que luego haremos, que las medidas de protección a testigos y peritos plasmadas en los Arts. 210-A al 210-G CPP constituyen una excepción a la regla prescrita en los artículos 272, 314, 317 y 327 CPP y no una derogatoria.

c) La apreciación racional del peligro grave

Para aplicar alguna de las medidas de protección que la ley prevé, será necesario que exista la *apreciación racional de un peligro grave* a que alude el Art. 210-B del Código. Desde el punto de vista material, la situación de riesgo o peligro debe afectar a la persona, libertad o bienes de quien pretende el amparo de la autoridad, lo que remite prácticamente a los derechos individuales del Art. 2 Cn. pues toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Desde el punto de vista subjetivo, se protegen no solo los derechos e intere-

5 MORENO CATENA, ídem, p.8.

6 Se hace necesario insistir en la distinción entre *actos de prueba* propiamente dichos y *actos de investigación*: estos últimos tienden a la búsqueda de las fuentes de información, mientras que los primeros pretenden lograr la convicción del juzgador en el juicio oral (GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Derecho procesal. El proceso penal*, Tomo II, Tirant lo blanch, 3ª edición, Valencia, 1993, p. 297)

ses de los testigos, sino también los de su círculo familiar.

Para aplicar las medidas de protección, no basta la mera solicitud a la autoridad correspondiente o el simple arbitrio de la autoridad decisoria, sino que deben existir circunstancias objetivas que hagan colegir a la autoridad la existencia real de ese peligro. No es suficiente el simple temor del testigo o perito, sino que ese temor debe estar objetivamente fundado, lo que ha de inferirse de la naturaleza y gravedad del hecho investigado o enjuiciado, de las circunstancias personales, familiares y sociales del imputado, así como de todo otro dato objetivo de relevancia. Y dados los intereses en juego, debe existir flexibilidad en la concesión de las medidas de protección.

d) El impulso de las medidas

La ley prevé que las medidas de protección pueden adoptarse de oficio o a instancia de parte por cualquier persona que a título de testigo o perito encuadre en la previsión del Art. 210-A CPP.

Aunque el referido precepto no lo mencione, si el testigo o perito no solicita la protección, estarán legitimados para pedirla su cónyuge y familiares cercanos.

e) Su formalización

La *formalidad* de la adopción de las medidas dependerá de su naturaleza y calidad. Hay medidas que afectan el desarrollo del proceso y otras que no lo afectan; de ahí, para adoptar aquellas medidas que en nada perturban la marcha del proceso, que son por lo general de naturaleza extraprocesal, bastará la mera decisión policial (Art. 241 No. 11 CPP) o fiscal (Art. 240 CPP), pudiendo ordenarse en forma verbal, y sin necesidad de hacerlo del conocimiento del imputado y la defensa, como son la protección policial especial o la conducción en vehículo oficial.

Hay otras medidas que inciden en el proceso penal, en cuanto son susceptibles de afectar el derecho a la defensa, por lo que, pese a que el legislador no precisa que deben aceptarse por escrito, se entiende que han de tomarse mediante resolución escrita, en forma de auto, debidamente motivada.

La fundamentación de la decisión que ordene la adopción de la medida de protección debe hacerse con-

forme al Art. 130 CPP; el juez o tribunal deben fundamentar la resolución tanto *fáctica* (descriptiva e intelectivamente) como *jurídicamente*, haciendo una *ponderación* de los intereses en conflicto y justificando la necesidad de adopción que afecta a los otros intereses. Aunque no lo exige el Art. 130 CPP, en toda decisión que afecte derechos fundamentales, debe hacerse esa ponderación. El Art. 4.1 Ley Orgánica 19/1994 española establece ese deber de ponderación. Si la decisión no está fundamentada, adolecerá de nulidad (Art. 130, 224 No. 6 y 225 CPP).

f) Duración de las medidas

Las medidas de protección pueden ser provisionales o permanentes. Todas las medidas de protección adoptadas por el legislador salvadoreño son provisionales, ya que no se prevén medidas permanentes, como el cambio de identidad del testigo o su reubicación en otro lugar del territorio nacional o en el extranjero.

En los países donde es posible esta última medida, podemos hablar de medida de protección de carácter definitivo o cuanto menos permanente, porque el testigo y su entorno familiar adoptan una nueva identidad, para lo cual el Estado les proporciona nueva residencia, nuevo trabajo y facilidades para llevar a cabo una nueva vida. En tal sentido, el legislador salvadoreño ha omitido la adopción del cambio de identidad que, por ejemplo, ha sido prevista en España, como lo regula la parte final del Art. 3.2 de la Ley Orgánica 19/1994, a cuyo tenor *“en casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo”*.

Tal omisión podría obedecer a razones técnico-jurídicas o meramente económicas. Desde luego, adoptarlas implicaría hacer reformas a otros cuerpos normativos para que se ejecute el cambio de identidad del testigo y sus familiares en el registro de personas naturales. Pero más que esa razón, la adopción de este tipo de medidas implica un elevado costo al erario público, y el punto trasciende ya a la voluntad política del Ejecutivo y de Legislativo, e invertir en la creación de un Sistema de protección de testigos, que no se limite únicamente a la creación de un órgano buro-

crático más, sino que asegure que sea eficaz. Por otra parte, adoptar un programa de protección de testigos de esa magnitud, podría solventarse en el ámbito de cooperación entre los Estados centroamericanos, que se facilitaría ahora con los avances en materia de integración regional.

g) Régimen de impugnación

A diferencia de la ley española, que establece en el Art. 4.2 que las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica, el legislador salvadoreño no estableció la posibilidad de impugnación de las medidas, lo que constituye un vacío legal que debe cuanto antes solventarse.

Dado que la adopción de algunas medidas limitan el derecho de defensa, pueden ser objeto de revocatoria (Art. 414 CPP), como trámite previo en un eventual recurso de casación por vicio de la sentencia (Arts. 362.3 y 421 CPP). En tal sentido, el tribunal sentenciador puede o no ratificar en la fase de juicio oral determinadas medidas de protección adoptadas por el juez de paz o de instrucción.

La admisión del recurso de casación exige, por cierto, que el interesado haya reclamado oportunamente su subsanación o haya hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los casos de nulidad no subsanable, cuando se trate de los vicios de la sentencia o de la nulidad del veredicto del jurado.

h) Las medidas de protección en el proceso penal salvadoreño vigente

El Art. 210-D CPP, reza que una vez apreciada la circunstancia de peligro o riesgo, la autoridad actuante debe adoptar motivadamente, en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos o peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar entre otras las siguientes decisiones:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose

utilizar para ésta un número o cualquier otra clave que se mantendrá en reserva.

- b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- c) Que las citaciones y notificaciones se cursen reservadamente a su destinatario.
- d) Que el testigo o perito sea conducido en vehículo oficial.
- e) Que se establezca una zona de exclusión para la recepción del testigo o perito, así como para tomar sus declaraciones.
- f) Que se le brinde protección policial especial, y,
- g) Que se emplee un local reservado para su uso exclusivo, convenientemente custodiado, donde deba prestar testimonio.

De igual forma, prevé que las medidas a que se refieren los literales a) y g), cuando se trate de procesos penales, quedan libradas a su adopción por el Juez competente.

III. ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La mayor parte de las medidas establecidas no ofrecen problema procesal alguno; sin embargo, otras sí suscitan problemas de articulación con los principios rectores del proceso penal, debiendo afirmarse de antemano que desde el punto de vista técnico-jurídico debe existir un balance adecuado entre la protección a las víctimas y testigos, y el respeto al derecho de defensa material y técnica del imputado, derecho que está garantizado por la Constitución, el Código Procesal Penal y determinados Tratados y Convenciones Internacionales ratificados por nuestro país (Art. 144 Cn).

En tal sentido, hay que resaltar no sólo las ventajas de las reformas aludidas, sino también los conflictos que su aplicación puede tener respecto a otros derechos igualmente vigentes y válidos en el proceso penal, que incluso son derechos fundamentales, por lo que darían lugar a enjuiciar su constitucionalidad y, en su caso, inaplicarlos por ser inconstitucionales (Art. 185 Cn).

Las medidas de protección y de reserva de la identidad, obviamente, no deben afectar gravemente el derecho a la defensa del imputado. Por ello, mientras se lleva a cabo la investigación o la instrucción del proceso, puede mantenerse tal reserva; pero a partir del escrito de acusación (Arts. 314 y 317 CPP), la defensa deberá tener acceso al menos al nombre de los testigos y peritos, tanto para la recusación de éstos, como para preparar una correcta defensa respecto de ambos. No obstante, en la práctica judicial salvadoreña se ha mantenido el criterio que la reserva de la identidad del testigo debe mantenerse hasta el momento mismo del juicio oral; esto, obviamente, en aquellos tribunales que inaplican, por inconstitucionales, las medidas de protección de reserva de identidad y ocultamiento físico del testigo.

A) Análisis constitucional

El hecho de que el testigo o perito comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual normal, violenta una serie de principios de la estructura del proceso (igualdad y contradicción) y de la estructura del procedimiento (oralidad y publicidad).

Dado que el juicio oral y público es relativamente nuevo en El Salvador, pues en el anterior sistema predominaba la escrituración y el secreto, habrá que auxiliarse de herramientas en el ámbito del Derecho comparado para desentrañar el contenido del derecho del imputado a un juicio justo e imparcial.

Nuestra Constitución garantiza a las personas un juicio público con arreglo a las leyes *en el que se le aseguran todas las garantías necesarias para la defensa* (Arts. 11 y 12 Cn.), mientras que el Código Procesal Penal garantiza al imputado el derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas (Art. 9 CPP).

Ello implica que hay un derecho fundamental de rango constitucional de que el imputado pueda carear y confrontar a los testigos de cargo en su contra. Y no ha de entenderse únicamente respecto de los testigos de cargo,

sino además a aquellos que fueron ofrecidos como de descargo y que aportan elementos de prueba perjudiciales al acusado.

Las razones que fundamentan esta afirmación se apoyan no sólo en las disposiciones mencionadas, sino también en el ámbito del Derecho comparado. Nuestra Constitución pertenece a una “familia” de Estados Constitucionales, por lo que a efecto de encontrar una interpretación constitucional que nos permita desentrañar este derecho y enjuiciar dentro de los parámetros constitucionales la medida de protección adoptada por el legislador, hemos de acudir al Derecho comparado.

B) Análisis a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el sistema interamericano, el aplicar medidas de protección de testigos que anulen o afecten la defensa material y técnica, así como el derecho a confrontar a los testigos de cargo, significaría la violación de las garantías penales mínimas que reconocen tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CASDH), pues ellos garantizan el derecho a interrogar (14.3.d PIDCP) y hacer interrogar (14.3.d PIDCP y 8.2.f CADH) a los testigos de cargo en su contra. Y en ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha entendido que la intervención de personas bajo el anonimato es violatorio del artículo 8 de la Convención.

En precedentes contenciosos como *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (30 de mayo de 1999), en unos de los fundamentos de litigación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: “*De conformidad con el artículo 8.2.b y 8.2.c todo inculcado tiene derecho a que se le dé la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan, así como disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa*”. “*El principio de inmediación de la prueba supone que todo medio probatorio que sirve para fundamentar la culpabilidad del procesado debe ser aportado por un órgano distinto al jurisdiccional y este último debe exhibir la prueba para que la defensa manifieste su disposición*” (Fundamento 136).

En tal sentido, no se dispone de los medios adecuados para la defensa, cuando se oculta al acusado la identidad del testigo que ha de declarar para fundamentar su culpabilidad, por cuanto tal ocultamiento impide ejercer toda defensa para los fines de desacreditar al testigo. La CIDH, en el fundamento 140, hace énfasis en que se vulnera la posibilidad de ejercer una defensa adecuada para el inculpado cuando la prueba no se conocía ni se ha podido contradecir.

La CIDH expresa, con fundamento en lo dispuesto en la garantía mínima tutelada por el artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se viola dicho artículo cuando se imposibilita interrogar a los testigos que fundamentan la acusación. Ciertamente, una forma de imposibilidad de interrogar al testigo respecto de quién es él, y qué interés podría tener para declarar, es ocultar su identidad, por cuanto, al ocultarse la identidad del testigo para que el acusado no la conozca, se impide de manera esencial que el imputado pueda impugnar al testigo en cuanto a su persona y su credibilidad; al generarse este obstáculo insuperable para conocer la identidad del testigo, se elimina toda posibilidad de defensa en cuanto a su impugnación por parte del imputado. Y es más, este aspecto no puede ser garantizado ni siquiera por el interrogatorio, por cuanto un contrainterrogatorio, en el cual la parte adversaria quisiera saber dónde vive o ha vivido el testigo, cuál es su trabajo, su profesión, a qué se dedica, quiénes son sus familiares, sería objetado porque llevaría a revelar la identidad del testigo; pero son estos aspectos los esenciales cuando se quiere desacreditar a un testigo por su interés personal.

La Corte Interamericana cita un precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido que el mismo garantiza que: *“dentro de las prerrogativas que debe concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor bajo las mismas condiciones con el objeto de ejercer su defensa”*.

En ese sentido, un testigo anónimo para el justiciable no cumple con el requisito de su examen, por cuanto el anonimato impide conocer quién es el testigo y preparar adecuadamente la impugnación de éste, cuando ese fuere el caso de mérito. El problema es que cuando no se conoce al testigo no es posible saber si existen o no motivos para impugnarlo, y ese desconocimiento lleva a afectar esencialmente el derecho de defensa del acusado, quien nunca sabrá si podría haber impugnado la prueba testifical.

En cuanto al contenido del juicio público, la CIDH ha sido enfática al expresar que, cuando alguno de los intervinientes lo hace en forma oculta o anónima, se vulneran las garantías de un juicio público y del debido proceso, así como de sus garantías mínimas; la Corte lo ha dicho, ejemplificando que las actuaciones de fiscales o jueces sin rostro son violatorias de estas garantías. Si se ha estimado que la comparecencia de sujetos procesales, que no constituyen prueba en contra del acusado, pueden generar semejantes violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, resulta obvio que la utilización de testigos encubiertos o anónimos significa para el acusado una mayor violación de su derecho de defensa e implica un juicio que no es justo.

El precedente antes citado fue ratificado por otros como *Cantoral Benavides vs. Perú*, del 18 de agosto de 2000, y fue nuevamente reafirmado por el caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, en noviembre de 2004. Lo anterior nos parece adecuado para garantizar el derecho de defensa del acusado y el derecho a tener un juicio justo.

La tutela de los derechos del acusado conforme a los artículos 11 y 12 de la Constitución y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no implica no reconocer el derecho que tienen los testigos a su protección, cuando su integridad personal o su vida, o la de sus familiares, pueda ser puesta en peligro por alguna actuación concreta del acusado. Los testigos tienen todo el derecho de ser protegidos por el Estado, y es deber del Estado protegerlos; pero esta protección no significa que tengan que violarse los artículos 11 y 12 de la Constitución y 8 de la CADH, implicando la afectación del contenido esencial de la garantía de defensa del acusado, al permitir que declaren testigo anónimos para el acusado.

El reconocimiento de un derecho fundamental no puede ser a costa del sacrificio del contenido esencial de una garantía fundamental, por ello es que nosotros decíamos que, ciertamente, el derecho de defensa no es absoluto y admite restricciones, pero éstas no deben significar que la garantía pierda esencialmente su funcionalidad; precisamente cuando se oculta la identidad de un testigo al imputado se impide, de manera absoluta, que éste pueda desacreditarlo y probar un interés espurio del testigo para perjudicarlo; ninguna prueba testimonial está exenta de esta posibilidad, ni ningún testigo goza del privilegio de que su declaración es *ab initio* intachable para los fines de su confiabilidad. La confianza del testimonio no puede presumirse,

debe demostrarse, y debe darse la oportunidad a la parte perjudicada que pueda rebatir ese testimonio tanto respecto de la persona del testigo como de su misma declaración; ambos aspectos son imprescindibles de acreditar y que se tenga la oportunidad de desacreditar.

C) Análisis de Derecho Comparado

1. Estados Unidos de América

La Constitución vigente más antigua y la interpretación que de este derecho ha realizado la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, son categóricas respecto al núcleo esencial de este derecho.

En primer lugar, hemos de avocarnos a la Enmienda VI de la Constitución estadounidense, que prescribe: *“En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito haya sido cometido; tal distrito previamente habrá sido determinado conforme a la ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; a confrontar a los testigos que se presenten en su contra; a tener un proceso compulsivo para obtener testigos a su favor, y contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa”*.

Lo anterior implica que el acusado tiene el derecho a ser informado de los cargos en su contra y a tener la oportunidad de *carearse* con los testigos que lo acusan. Pues, de lo contrario, es posible que se castigue a personas inocentes si el Juez, Tribunal o Corte permite que el testimonio de testigos desconocidos se utilice como prueba. Esta enmienda garantiza que las personas sometidas a juicio pueden encarar e interrogar a quienes los acusan, y de esta manera tendrán oportunidad de demostrar si sus acusadores mintieron o se equivocaron⁷.

Esta explicación bastaría y sería suficiente para concluir que la disposición del legislador salvadoreño es contraria a este derecho fundamental, de rango constitucional, pues con tal medida no se cumple con el derecho a

un juicio público con arreglo a las leyes en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para la defensa.

Sin embargo, se hace importante también la reflexión a partir de la jurisprudencia constitucional norteamericana para determinar el contenido, los alcances y límites de este derecho.

El primer precedente en este sentido fue el caso *Pointer v. Texas*, 380 US 400 (1965), durante la época de la Suprema Corte presidida por el Juez Earl WARREN.

Un segundo caso, ya en la Corte RENHQUIST, *Coy v. Iowa*, 487 US 1012 (1988), señaló que el derecho constitucional a la confrontación bajo la Sexta Enmienda incluye el derecho literal del imputado a confrontar *cara a cara* al testigo de cargo en su contra, lo que constituye el *núcleo esencial* de este derecho. De igual forma determinó que el uso de una pantalla para que el testigo vea al acusado, pero que el acusado no vea al testigo, constituye una violación a este derecho.

En un tercer caso, la misma Corte RENHQUIST, *Maryland v. Craig*, 497 US 836 (1990), señaló que a pesar de que la confrontación cara a cara es el núcleo esencial de la cláusula de confrontación, ésta no es absoluta, ya que puede ser solamente cuando involucre una política pública importante y cuando la confiabilidad del testimonio es asegurada por otro medio. Señaló que el *interés de proteger a un menor de un trauma es un interés público lo suficientemente importante para satisfacer lo anterior*, si la evidencia del trauma psicológico que sufriría el menor es presentada y fundamentada; en este caso, se debe demostrar la necesidad de la medida, basada en que el menor sería traumatizado no por el juicio o proceso, sino por la presencia del imputado, y que el trauma a sufrir sería mayor de lo necesario. La utilización de circuito cerrado de televisión, donde todos $\frac{3}{4}$ incluyendo obviamente al imputado $\frac{3}{4}$ puedan ver al testigo, pero el testigo no pueda ver al imputado, y aquel pueda ser objeto de contrainterrogatorio, reúne las condiciones de confiabilidad⁸.

7 *La Constitución de los Estados Unidos de América, con notas explicativas*, Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, 1987, p. 47.

8 SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Criminal Law Outline 1995*, The National Judicial College/ABA, Reno, Nevada, 1995, pp.129-130.

La anterior decisión de la jurisprudencia norteamericana ha sido juzgada de forma insatisfactoria por cierta doctrina procesalista, por considerar que va en contra de la búsqueda de la verdad y del derecho a un juicio justo. Es una proposición general indiscutible que es más fácil mentir de frente a la persona afectada o perjudicada con la declaración, que lo que sería de espaldas o en ausencia de esa persona⁹. Sin embargo, tratándose de la víctima menor de edad, la Regla 131-A del Procedimiento Criminal de Puerto Rico, prevé la posibilidad de que lo hagan bajo el sistema de circuito cerrado de televisión, si se considera que el menor puede sufrir un disturbio emocional serio que le impida comunicarse efectivamente.

En conclusión, la interpretación constitucional hecha por la Suprema Corte estadounidense enfatiza en el derecho fundamental del acusado a confrontar y a carear al testigo de cargo; excepcionalmente, tratándose de testigos menores de edad, cuando exista evidencia que pueda sufrir un trauma, no por el juicio o proceso, sino por la presencia del imputado, dado el interés superior del menor, se pueden utilizar medidas para que él no vea al acusado, como fue la utilización de pantalla o de un circuito cerrado de televisión; pero el acusado tendrá derecho a ver al testigo de cargo durante su declaración, así como a que el menor pueda ser contrainterrogado en su presencia.

La anterior interpretación reafirma el derecho fundamental de carear y confrontar al testigo, el que se ve violentado por el Art. 210-D letra b) CPP, porque dicha medida pretende que el imputado no pueda ver ni identificar al testigo de cargo en su contra.

2. Puerto Rico

La Sección 11 del artículo II que contiene la “Carta de Derechos”, de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en lo pertinente dice “En todos los procesos criminales, el acusado disfrutará del derecho a... carearse con los testigos de cargo...”; de igual forma, la Regla 40 de las Evidencias señala que un testigo podrá tes-

tificar únicamente en presencia de todas las partes involucradas en la acción y estará sujeto a ser interrogado por todas ellas, si éstas optan por asistir a la vista y por interrogar al testigo.

La doctrina puertorriqueña define el *careo* como el derecho del acusado durante el proceso a la confrontación con los testigos de cargo en presencia del Tribunal¹⁰. De igual forma, se señala que desde el punto de vista del Derecho constitucional, el derecho a confrontación de un acusado es indisputable con relación al acto del juicio, y que tiene al menos tres corolarios: (i) derecho al “careo” o confrontación “cara a cara” con los testigos adversos; (ii) derecho a contrainterrogar los testigos adversos; (iii) derecho a la exclusión de cierta prueba de referencia que pretenda utilizar el ministerio público como prueba de cargo¹¹.

Respecto a la jurisprudencia puertorriqueña, ésta no ha sido pacífica en el punto, pues en *Pueblo v. Ruiz Lebrón*, 111 D.P.R. 435, 442 (1981), el Tribunal Supremo sostuvo: “*El principal y esencial propósito de confrontación es asegurar al oponente la oportunidad de contrainterrogar. El adversario exige confrontación, no con el vano propósito de mirar el testigo, o para que éste lo mire a él, sino con el propósito de contrainterrogatorio y que sólo se logra mediante la directa formulación de preguntas y la obtención de respuestas inmediatas. El careo en silencio con los testigos de cargo sería un gesto simbólico y el derecho no se nutre con ritos*”, estimando el Supremo Tribunal que hubo lo esencial (derecho a contrainterrogar durante la toma de la deposición) y faltó lo no esencial (careo personal).

Por su parte, en opinión disidente, el Juez IRRIZARRY YUNQUÉ sostuvo: “*El derecho al careo, por ser fundamental, no puede interpretarse restrictivamente. Si bien se asocia generalmente este derecho con el derecho a contrainterrogar al testigo contrario, es más amplio que éste. El derecho a contrainterrogar es parte del derecho al careo, pero no es el derecho al careo. El careo supone, además, la confrontación cara a*

9 CHIESA APONTE, Ernesto L., *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Editorial Forum, Colombia, Volumen I, p.393.

10 NEVARES-MUÑIZ, Dora, *Sumario de Derecho Procesal Penal Puertorriqueño*, Instituto para el Desarrollo del Derecho, Inc., San Juan, Puerto Rico, 4ª edición revisada, 1995, p. 206.

11 CHIESA APONTE, Ernesto L., obra citada, pp. 389-433.

cara entre el testigo de cargo y el acusado en presencia del tribunal. El derecho a esta confrontación surge desde el momento mismo en que el testigo comienza a declarar, mientras que el derecho a contrainterrogar surge una vez que el testigo ha evacuado su testimonio en examen directo. No creo que pueda cuestionarse que a un testigo le es más fácil mentir e incriminar a una persona a espaldas de ésta que frente a ella. "Carear" viene de cara y se define: "Poner a una o varias personas en presencia de otra u otras, con objeto de apurar la verdad de dichos o hechos". Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 19na. ed., p.260. No puede haber careo, ni en la acepción vulgar ni en la acepción técnica jurídica de la palabra, si el testigo acusador no está cara a cara frente al acusado, no solamente cuando es contrainterrogado por el abogado, sino desde el momento en que comienza a testificar"¹².

Como puede apreciarse, el voto del Juez IRRIZARRY YUNQUÉ pone en evidencia el contenido del derecho al careo, opinión que comparte quien escribe. De tal manera que la Ley de Puerto Rico 307/1998, del 23 de diciembre, sobre Derechos de las Víctimas y Testigos, prevé el respeto al derecho al careo del acusado, pero se asegura la integridad física y moral del testigo y su familia antes, durante y después del juicio.

3. España

La tendencia que ha seguido España con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 8 de julio de 1984, 20 de febrero de 1989, 17 de septiembre de 1990, 8 de mayo de 1991, 14 de febrero de 1995) y del Tribunal Constitucional (STC 64/1994 de 28 de febrero, Auto del TC 270/1994 de 17 de octubre, inadmitiendo amparo), es que se han justificado infracciones al principio de contradicción en declaraciones testificales durante el juicio oral.

En el último caso citado, el TCE estimó que en un supuesto en que los testigos declararon sin ser vistos por el acusado y su defensa, mas, no sin ser oídos por aquél y su defensor, no se irrespetaba la exigencia derivada de los artículos 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 24.2 de la Constitución Española, sosteniendo

que: "Al margen de aquella anómala forma de declaración, el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente acta, sin que consten restricciones de acceso a su celebración o de obtener o difundir información acerca del mismo"¹³.

4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En sentido opuesto al sustentado por la jurisprudencia española, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha perfilado por potenciar el derecho de defensa material y técnica, así como la confrontación y contradicción en igualdad de condiciones. Al respecto hay al menos tres precedentes importantes¹⁴.

En primer lugar, el *Caso Kostovski*, (S 20 noviembre 1989) por el que el TEDH rechazó la validez de una declaración testifical basada en el anonimato, afirmando: "Si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga o indigna de crédito. Un testimonio, o cualesquiera declaraciones en contra del inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar el crédito que le merece el autor o ponerlo en duda. Son evidentes los peligros inherentes a una situación así".

Más adelante, en el *Caso Windisch* (S 27 septiembre de 1990), rechazó el anonimato del testigo dado que esa circunstancia impide su interrogatorio y la consiguiente vigencia del principio de contradicción, mediante la utilización de un *careo encubierto*, en una condena del Tribunal austríaco. De la misma manera, con ocasión de un recurso contra una sentencia condenatoria, el Tribunal correccional de París reivindicó la presencia del principio de contradicción, razonando que si bien la declaración de un testigo puede admitir un régimen excepcional, nunca podrá implicar derogación del derecho de defensa.

Finalmente, el *Caso Lüdi* (S 15 junio 1992) por el que declaró que hubo violación del derecho a un proceso

13 MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Ley de Enjuiciamiento criminal, Doctrina y Jurisprudencia*, pp. 1550-1551.

14 MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Obra citada*, p. 1552.

12 CHIESA APONTE, Ernesto L., obra citada, pp.391-392.

equitativo, en un caso de condena impuesta por un Tribunal suizo por delito de tráfico de drogas, fundamentado en un *confidente anónimo* cuya identidad fue preservada por las autoridades con el fin no sólo de poder protegerle, sino también de seguirlo utilizando en el futuro.

Estos cuatro casos, el estadounidense, el puertorriqueño, el español y el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, permiten concluir respecto al contenido, alcances y límites de este derecho a carear y confrontar a los testigos de cargo, y permiten sostener que hay vulneración al derecho de la defensa material y técnica por parte del legislador, al prescribir medidas para que el testigo o perito utilice cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal durante su declaración en el juicio.

En nuestro medio, la práctica judicial ha evidenciado el uso de pantallas de vidrio reflejante o polarizado para impedir que el acusado vea al testigo, o que éste declarara cubierto de la cara y cabeza con capucha, gorro navarone o pasamontañas, o que se coloca al testigo en la Sala de Audiencias, en una posición tal que impide que el acusado lo vea, ya se trate de “testigos de la corona”, de agentes encubiertos, de infiltrados, de vecinos o conocidos del acusado, e incluso de co-imputados arrepentidos, o beneficiados de criterios de oportunidad.

Obviamente, la intención del legislador es clara respecto a que el acusado no pueda ver, reconocer e identificar al testigo o perito que declara en su contra; pero esa medida de protección se está haciendo a un alto costo, como supone el derecho fundamental a la defensa material y técnica, y que tiene, dentro de sus manifestaciones, el derecho a carearlos y confrontarlos.

Y aunque la jurisprudencia penal y constitucional española, y la jurisprudencia puertorriqueña afirmen que no hay violación a tal elemental derecho, particularmente me inclino por el voto minoritario del Juez puertorriqueño y la sólida jurisprudencia norteamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No se puede garantizar la seguridad de una persona que declara como testigo o perito, atropellando el derecho fundamental a la defensa material del acusado.

Y en esto considero que se deben separar bien los dos ámbitos estatales: La seguridad personal y familiar, que le debe el Estado al testigo a través de las medidas de protección, no deben vulnerar el derecho y la garantía del imputado a un juicio justo e imparcial, y sobre todo al derecho de defensa. Una vez que el testigo o perito han declarado frente al acusado, el Estado debe prestarles todas las medidas de seguridad necesarias, adoptándose incluso medidas como el cambio de identidad, residencia y trabajo, como supondría un Programa de protección de testigos a nivel centroamericano e incluso a nivel regional, pues este tipo de medidas no son de necesidad exclusiva de El Salvador, por lo que sería factible un programa de asistencia mutua en ese sentido.

Por tales razones, considero que bajo ninguna circunstancia es aplicable la norma contenida en el art. 210-D letra b) CPP, pues contraría el derecho a un juicio público con arreglo a las leyes en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para la defensa, el derecho a interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo en su contra y el derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba, a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas y a la inmediatez; es decir, que tiene el derecho a permanecer, presenciar e intervenir durante el desarrollo de toda la Vista Pública.

Ahora, habrá que ver si ese derecho a carear y confrontar implica que sea necesario proporcionar toda la información que identifique plenamente al testigo, que es una cosa muy distinta. En este punto considero que, durante el juicio o vista pública, el tribunal debe ordenar que la dirección residencial y de negocio, así como los teléfonos de una víctima, testigo del crimen o perito, no se divulguen en corte abierta y que no se le exija a la víctima o testigo dar información a requerimiento de la defensa o del fiscal, la dirección o teléfono, pues precisamente se pretende preservar esa información que, de ser pública, puede poner en riesgo al testigo o perito.

Sin embargo, si el juez o tribunal determina que existe una clara necesidad para tal divulgación, porque la información es necesaria y relevante a los hechos del caso o para determinar la credibilidad del testigo, puede or-

denar que la víctima, el testigo o perito la proporcionen, siempre y cuando esa información sea pertinente, útil y necesaria. En este punto, el peso de probar esa necesidad, pertinencia y relevancia de la divulgación lo debe tener la defensa o la parte que solicite la información. En todo caso, antes de emitir una orden autorizando la divulgación, el juez o tribunal debe asegurarse razonablemente que la víctima, testigo o perito no está en riesgo de daño personal alguno como resultado de la divulgación, o que está adecuadamente protegido de tal riesgo.

IV. CONCLUSIONES

A partir de lo antes expuesto, podemos concluir:

1. Se debe resaltar la imperiosa necesidad de que se adopte un régimen de protección de testigos, serio, responsable y eficaz, que asegure la vida e integridad física y moral de quienes se ven involuntariamente vinculados a un proceso penal, por haber sido testigos de los hechos investigados y juzgados.
2. Las medidas de protección de testigos no deben afectar gravemente el derecho a la defensa material y técnica de los imputados, ni la confrontación y el careo con los testigos de cargo a que, como acusados, las personas tienen derecho.
3. La urgencia de las medidas de protección de testigos nadie la pone en duda. Lo que sucede es que son sencillamente inexistentes, ineficaces, y las que se pretenden emplear, ocultando la identidad física y los datos de identificación del testigo, vulneran garantías de rango constitucional y tuteladas por la Constitución de la República, los Tratados de Derechos Humanos y la jurisprudencia en esa materia.
4. Los problemas prácticos, los vacíos o lagunas existentes y los aspectos que aún debe adecuar el legislador, deben ser tomados en cuenta por el legisla-

dor, pero sobre todo deben ser implementadas con urgencia por el Ejecutivo o el Ministerio Público para garantizar una protección real y efectiva de los testigos y víctimas, y evitar la impunidad, dado que se ha resquebrajado la confianza ciudadana por el riesgo que supone colaborar con la Justicia.

5. El hecho de que en El Salvador aún no exista una Oficina de Asistencia a la Víctima o una Oficina encargada de Programas de Protección de testigos, que deberían ser dependencia de la Fiscalía General de la República o del Ministerio de Gobernación, revelan la importancia que este tema representa para el gobierno y la clase política país.
6. Que actualmente existe un proyecto de protección de testigos en discusión en la Asamblea Legislativa, propuesto por el Ministerio de Gobernación, en el que se crea una Oficina de protección de testigos, pero, lamentablemente, repite los vicios acá denunciados, con el riesgo de resultar nuevamente El Salvador condenado por violación a los Derechos Humanos; esta vez, por violación de los derechos de defensa material y técnica, y al de confrontación, por el uso de testigos sin rostro.

Por tal razón, nos adherimos a lo expresado por la Sala Primera de la Corte Suprema Federal argentina en la causa *Monticelli de Procillo* (1984), respecto a que:

En la comparación de los valores es preferible dejar sin castigo los delitos, que permitir que una garantía constitucional se torne letra muerta o a merced de cualquier eventual pretexto. Una práctica ilegal de la policía o el abuso sobre un interno, constituyen potenciales ataques sobre los derechos de todos los ciudadanos, porque cada uno de nosotros está únicamente protegido en la medida en que los demás lo están.

La Libertad de Expresión en Honduras y su colisión con otros derechos fundamentales

FÉLIX ANTONIO ÁVILA ORTIZ*

INTRODUCCIÓN

El tema de la libertad de expresión y sus implicancias, en cuanto las relaciones de los ciudadanos comunes y los poderes públicos, es un asunto del que todos los días se habla en nuestra nación. En muchas ocasiones se discute sobre la preeminencia de este importante derecho sobre los demás, también protegidos por la Constitución y los tratados internacionales; en otras, se discute si el ejercicio legítimo de la libertad de expresión corresponde a un determinado círculo de personas o, por el contrario, corresponde a todos los ciudadanos de este país. En este artículo pretendo hacer un breve análisis sobre estas cuestiones con la finalidad de aportar a la sociedad parte de los conocimientos adquiridos a lo largo de mi vida profesional sobre la materia.

El derecho a la libertad de expresión en Honduras

El derecho a la libertad de expresión o a la libre emisión del pensamiento, como también se le conoce, se encuentra consagrado en los artículos 72, 73, 74 y 75 de la Constitución de la República. Concretamente, es en el

artículo 72 de la Carta fundamental donde se consagra el derecho en cuestión, el cual reza de la siguiente manera:

Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura. Son responsables ante la ley los que abusen de este derecho y aquellos que por medios directos o indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones.

Es indiscutible el carácter normativo del derecho señalado en la disposición transcrita y en los que le preceden, no obstante, el artículo 75 declara que una ley especial lo regulará, y es la Ley de Emisión del Pensamiento, emitida mediante decreto número seis del 26 de julio de 1958. Sus disposiciones, en tanto no tergiversen su contenido y alcance, sirven para la debida interpretación del derecho en cuestión. Entre las más importantes disposiciones de esta ley, se encuentran:

Artículo 5. Todo habitante de la República podrá libremente, sin censura previa, expresar su pensamiento, dar y recibir información y discutir sus opiniones o las ajenas, por medio de la palabra escrita o hablada o por cualquier otro procedimiento gráfico, oral o visual.

Artículo 8. Son punibles de conformidad con esta ley las infracciones cometidas en el ejercicio de la libertad de expresión por cualesquiera de los medios de difusión que se contemplan, cuando falten al respeto de la vida

* Abogado y Notario; Diplomado del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Juez del Tribunal de Sentencia de Tegucigalpa.

privada y a la moral, considerándose que faltan al respeto de la vida privada, cuando se refieran en forma denigrante a la vida exclusivamente de hogar o a la conducta social de las personas y les causen daño en su reputación, en sus intereses o en sus relaciones familiares.

Artículo 25. *Todo comentario debe escribirse o leerse con la firma o nombre de su autor, de cuya identidad responderá directamente el editor o director de la publicación. Por los no firmados, responderá directamente la persona que haga la publicación.*

El derecho a la libertad de expresión también se encuentra proclamado en tratados internacionales de protección de los derechos humanos de los que Honduras es parte; tal es el caso de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) la cual en su artículo 13 lo describe en cuatro numerales, siendo los más destacados para este trabajo los siguientes:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma expresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*
 - a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
 - b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la ocasión de interpretar este derecho en varias ocasiones. En la Opinión Consultiva OC-05/85 de 13 de noviembre de 1985, este tribunal dejó establecido *inter alia*, lo siguiente:

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión, “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”. Esos términos

establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a «recibir» informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

En la misma opinión consultiva, la Corte dejó dicho lo siguiente:

*La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también **conditio sine qua non** para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.*

Además de lo anterior, de acuerdo a la jurisprudencia del tribunal interamericano de protección de los Derechos Humanos, existen dos dimensiones de la libertad de pensamiento y de expresión, así: **una individual**, consistente en el derecho que tiene todo individuo de poder expresarse libremente y sin restricciones; derecho que no se agota ahí, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Conforme a esta idea, ha dicho aquel tribunal, que la expresión y la difusión del pensa-

miento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. (Sentencia de 5 de febrero de 2001; Caso “La Última Tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y Otros vrs. Chile).

La **dimensión social** de la libertad de expresión se entiende en tanto es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por tanto implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias. Siguiendo lo dicho por la Corte IDH, es tan importante para el ciudadano común el conocimiento de la opinión ajena, y de la información de que disponen otros, como también lo es el derecho a difundir su propia opinión. Conforme a lo anterior, la libertad de pensamiento y de expresión en Honduras, supone una de las manifestaciones más importantes en una sociedad democrática, y que debe garantizarse a todos el libre ejercicio de dicho derecho, en tanto en cuanto es necesario para la formación de una opinión pública libre.

Las limitaciones al derecho a la libertad de expresión

Destacada hasta ahora la importancia de la libertad de expresión o libre emisión del pensamiento, es absolutamente necesario preguntarse, si este derecho es absoluto, o por el contrario, encuentra uno varios límites en el ejercicio de otros derechos fundamentales. Como se puede apreciar con facilidad de los preceptos citados supra, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho que puede ser enarbolado de manera absoluta en detrimento de otros, sin que se pueda incurrir en responsabilidad. Las normas nacionales e internacionales citadas, establecen claramente que se puede incurrir en responsabilidad abusando del mismo. Pues bien, para determinar hasta donde el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se puede considerar legítimo, es necesario hacer un estudio de las normas constitucionales, los tratados internacionales y las normas secundarias. En Honduras no existe un concepto bien definido sobre el derecho a la libertad de expresión, por lo que es absolutamente importante recurrir a la doctrina científica, y más que todo a la jurisprudencia de la Corte IDH,

pudiéndonos también auxiliar de otros criterios jurisprudenciales de importantes tribunales extranjeros, que si bien es cierto no vinculan a los poderes públicos ni a los tribunales de justicia hondureños, tienen un estimable valor como doctrina científica.

Debemos partir de una realidad incuestionable, no hay derechos fundamentales absolutos, pues los mismos se encuentran limitados por otros derechos, también fundamentales. Según lo que dispone la Constitución de la República en su artículo 62, los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. Desde esta perspectiva, el derecho a la libertad de expresión o a la libre emisión del pensamiento puede encontrarse limitado, en algunos casos, por su colisión con otros derechos, en tanto en cuanto el primero suponga un ejercicio abusivo, por medio del cual se produzcan innecesarias injerencias.

Sobre el particular, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva citada supra, sostuvo *inter alia*, que no toda restricción a los medios de comunicación o, en general, a la libertad de expresarse, necesariamente debe ser contraria a la Convención, pues el artículo 13.2 dispone que si bien el ejercicio del derecho en cuestión, no puede estar sujeto a previa censura, sí puede estarlo a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar, entre otros, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás (OC-05/85, párrafo 35). En esta misma resolución, la Corte Interamericana, sostuvo:

También está conforme la Corte con la necesidad de establecer un régimen que asegure la responsabilidad y la ética profesional de los periodistas y que sancione las infracciones a esa ética. Igualmente considera que puede ser apropiado que un Estado delegue, por ley, autoridad para aplicar sanciones por las infracciones a la responsabilidad y ética profesionales. Pero, en lo que se refiere a los periodistas, deben tenerse en cuenta las restricciones del artículo 13.2 y las características propias de este ejercicio profesional a que se hizo referencia antes <supra 72-75> (OC-05/85, párrafo 80).

De acuerdo a lo que dispone el artículo 13.2 de la Convención, las restricciones a la libertad de expresión son

válidas solamente cuando estén expresamente fijadas por la ley y sean necesarias para asegurar, entre otros, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. En mi opinión, aquellas restricciones se encuentran claramente fijadas, por una parte, en el artículo 28 de la Ley de Emisión del Pensamiento que señala que son punibles, la difamación y el insulto en todas sus expresiones, y en el 42 de la misma ley, el cual prescribe que la responsabilidad penal por delitos o faltas que se cometan por cualquier medio de expresión, se deducirá ante los tribunales comunes. Por otra parte, en el Código penal se encuentran previstos y sancionados los delitos contra el honor, a saber: la calumnia, la injuria y la difamación. Conforme a lo anterior se puede sostener, que la libertad de pensamiento y de expresión, admite ciertas restricciones en atención al reconocimiento de otros derechos, tal es el caso de la dignidad y el honor ajenos.

Como las restricciones o limitaciones a la libertad de expresión deben ser necesarias, para asegurar el disfrute de otros derechos, es importante destacar, que la propia Convención Americana reconoce en su artículo 11 el derecho a la honra y de la dignidad de la siguiente manera:

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Es indiscutible pues, que el derecho al honor en nuestro ordenamiento jurídico interno, como en el derecho internacional de los derechos humanos, goza de un inestimable valor, por lo que puede resultar necesaria cualquier restricción o limitación al derecho a la libertad de expresión para protegerlo.

Delimitación conceptual de la libre emisión del pensamiento

Tal como está consagrado en el artículo 72 de nuestra Constitución, el derecho a la libre emisión del pensa-

miento comprende dos manifestaciones diferentes, que deben ser tratadas de manera distinta, *libertad de expresión, y libertad de información*. El artículo 2 de la Ley de Emisión del Pensamiento señala que aquel derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones (libertad de expresión), el de investigar y recibir informaciones y el de transmitir y difundirlas (libertad de información). El Tribunal Constitucional español mediante una doctrina constante y consolidada, ha diferenciado la amplitud del ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución española, según se trate de libertad de expresión, es decir, la emisión de juicios y opiniones, y libertad de información, o lo que es lo mismo, la manifestación de hechos. El Tribunal Constitucional español ha sostenido en relación a la primera manifestación (libertad de expresión) que, “al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, se dispone de un campo de acción que viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, así como de aquellas manifestaciones que contravengan otros valores constitucionales o derechos fundamentales, como la igualdad, la dignidad o el derecho a la intimidad. Los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que a quien ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, y, por tanto, respecto del ejercicio de la libertad de expresión no opera el límite interno de veracidad”. El mismo Tribunal Constitucional ha dicho respecto a aquella manifestación, lo siguiente:

“Por lo que se refiere a los límites de la crítica, como manifestación de la libertad de expresión y opinión, es doctrina reiterada la de que el ejercicio de la libertad de expresión <también el derecho a la información> no puede justificarse sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honrabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevan-

cia pública, pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto”.

De acuerdo a lo expuesto, cuando se trata del ejercicio de la mera libertad de expresión, es decir, la formulación de ideas y opiniones, por el hecho de que éstas no estén revestidas de la verdad, y la necesaria comprobación de las opiniones, no se incurre en responsabilidad, salvo cuando aquellas vayan revestidas de expresiones evidentemente injuriosas.

En lo que se refiere a la otra manifestación, es decir, *la libertad de información*, la doctrina jurisprudencial a que me refiero exige el requisito de veracidad de la información que se transmite al público. No obstante lo dicho, cuando se habla de veracidad, en manera alguna debe identificarse con una verdad incontrovertible, sino más bien como un deber de diligencia del informador. EL Tribunal Constitucional español, en la importante sentencia citada, *inter alia*, sostuvo:

“Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz, no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas <o sencillamente no probadas en juicio> cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado”. (Sentencia de 26 de febrero de 1996, del Tribunal Constitucional, FJ. 3ro.)

En mi opinión, si el derecho a la libertad de expresión, en sus dos manifestaciones, tal como lo destaca la jurisprudencia de la Corte IDH, es una piedra angular en la existencia de una sociedad democrática, y que es indispensable para la formación de la opinión pública libre, el ejercicio de la libertad de información requiere de una cuidadosa comprobación de veracidad de los hechos que se transmitan al público, pues no puede garantizarse el simple derecho de trasladar a la ciudadanía una información que no tenga un mínimo de veracidad. De no ser así, las informaciones proporcionadas no estarían colaborando para la formación de una opinión pública

necesaria para el afianzamiento de la democracia. Hay que admitir que no se trata de que el comunicador social tenga que transmitir únicamente “verdades absolutas e incontrovertibles”, pues ello sería reducir el derecho de información a la nada, y la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio, ya que las afirmaciones erróneas son inevitables en el ejercicio del debate público, pero de lo que se trata en definitiva, es de la exigencia de un deber de diligencia del informador en la comprobación de la información que se le proporcione.

En mi opinión, una información incorrectamente difundida, en el sentido de ser carente de veracidad, solo tiene como consecuencia la pérdida de la protección que dispensa la Constitución de la República. Si la información difundida no es veraz, en el sentido que se ha expuesto antes, tendrán primacía los derechos individuales de las personas que puedan resultar afectadas por la información. Lo anterior tiene que ser así, pues los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico no han sido dados para tutelar la conducta negligente de quien comunique como hechos simples rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas y difamatorias. El derecho en cuestión ha sido consagrado para tutelar las informaciones debidamente obtenidas, contrastadas con datos objetivos, aunque su exactitud pueda ser controvertible.

Conclusión

Es indiscutible que Honduras es un Estado de Derecho; por ende, se deben respetar los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos. Que el derecho a la libertad de expresión, o de libre emisión del pensamiento, goza de la correspondiente protección constitucional, y de los convenios internacionales de protección de los derechos humanos, pues la misma resulta ser necesaria para la existencia de una sociedad pluralista y democrática. Conforme a la doctrina expuesta, la formación y existencia de una opinión pública libre, es una garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo

responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas.

En ese orden de ideas, puedo concluir que la Constitución de la República y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, dispensan a la libertad de expresión y de información una posición preferencial respecto a otros derechos fundamentales. Por esta misma razón, se debe exigir una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información, así como una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Por esta razón cuando estos derechos entren en conflicto con otros derechos fundamentales o con otros intereses por la legislación penal, las restricciones que puedan derivarse de aquel conflicto deber ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte desnaturalizado ni incorrectamente relativizado.

A quién corresponde el ejercicio de la libertad de expresión

Como dije al inicio de este trabajo, en los últimos años se ha discutido si el ejercicio del derecho en cuestión se encuentra limitado a aquellos profesionales del periodismo debidamente colegiados, o pueden ejercerlo también los no afiliados, e incluso cualquier ciudadano apto para poder transmitir ideas y opiniones, sin distinción de profesión arte u oficio.

En cuanto a esta cuestión se ha desatado una fuerte tensión entre los profesionales afiliados al Colegio de Periodistas de Honduras, y los no afiliados, al punto de haber formulado recientemente, los primeros, sendas denuncias ante órganos estatales de investigación, por entender que existe, por parte de un grupo de personas, un ejercicio ilegítimo de este derecho. Consciente de la alta relevancia de esta cuestión, me veo en la necesidad de dejar constancia de mis reflexiones al respecto.

La Constitución de la República y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos proclaman y protegen el derecho a la libertad de expresión, estableciendo que debe ser ejercido de manera libre por todos los ciudadanos, es decir, sin previa censura. Como las disposiciones de la Constitución relativas al derecho a la libre

emisión del pensamiento, establecen que dicho ejercicio se regule mediante una ley secundaria, existe en Honduras, como en muchos países del mundo, disposiciones legales relativas a la colegiación obligatoria de los profesionales del periodismo, así como una ley orgánica y un colegio profesional en el cual se aglutinan aquéllos, para su debida protección. Es evidente pues, que las disposiciones emanadas de este organismo y de su ley, dispongan que solamente los periodistas debidamente colegiados, tienen el derecho de practicar el periodismo.

Conforme a lo anterior, es obligado preguntarse si el hecho de establecer restricciones a las personas no afiliadas a un colegio profesional para el ejercicio del periodismo, dejándolo en manos de un grupo de profesionales, supone una violación a lo dispuesto en la norma constitucional y a la Convención Americana de Derechos Humanos. Pues bien, el asunto ha sido tratado desde hace más de veinte años por los órganos de protección de los Derechos Humanos, concretamente por la Corte IDH, que a solicitud del Gobierno de Costa Rica, emitió la Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. En esta importante decisión, el tribunal interamericano llegó a establecer como conclusión,

Que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas.

Para llegar a esta importante conclusión, que ha sido mantenida durante los siguientes años a partir de la fecha de su emisión, y reiterada en varios fallos por la Corte, el tribunal analizó a profundidad lo dispuesto por el artículo 13 de la Convención, con los argumentos expuestos por el Gobierno costarricense, el Colegio de Periodistas de Costa Rica, y la Federación Latinoamericana de Periodistas, entre otros. Uno de los argumentos esgrimidos por los profesionales del periodismo de Costa Rica giraba alrededor de que,

“la sociedad tiene derecho, en aras de la protección del bien común, de regular el ejercicio profesional del periodismo”; igualmente argumentó que “el manejo de este pensamiento ajeno, en su presentación al público requiere del trabajo profesional no solamente capacitado, sino obligado en su responsabilidad y ética profesionales con la sociedad, lo cual tutela el Colegio de Periodistas de Costa Rica”. De igual forma se argumentó que la colegiación es un medio para garantizar la independencia de los periodistas frente a sus empleadores.

La Corte entendió en aquella ocasión que los argumentos expuestos por los periodistas no envolvían directamente la idea de justificar la colegiación obligatoria como un medio para garantizar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, o la salud o la moral públicas, establecidas en el artículo 13.2; más bien entendió que tales argumentos apuntarían a justificarla como un medio para asegurar el orden público como una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática. La Corte IDH interpretó las exigencias de los profesionales del periodismo dentro del contexto del bien común, sosteniendo que, para asegurarlos, puede resultar imperativa la organización de la vida social en forma que fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.

En conclusión, la Corte observó que la organización de los profesionales en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención, sino que constituye un medio de regulación y control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, concluyó en que la organización del ejercicio de las profesiones se encuentra implícita en el orden público.

Conforme a lo anterior, la Corte también consideró que el mismo concepto de orden público, en la forma ponderada en la resolución en cuestión, reclama que dentro de una sociedad democrática se deben garantizar las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. Dijo que la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin

que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. Agregó, además, que “interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”.

Luego de exponer estas ideas fundamentales sobre el derecho a la colegiación obligatoria y su fundamento en una sociedad democrática, la Corte analizó el ejercicio de la profesión del periodismo, haciendo una distinción fundamental con el ejercicio de otras profesiones y oficios. Para el alto tribunal, el periodismo como tal no puede concebirse como la prestación de un servicio al público aplicando unos conocimientos o la capacitación adquirida en una universidad, o por quienes estén inscritos en un colegio profesional. El periodismo está claramente vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano. Según la Corte, como la Convención Americana protege la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, la profesión del periodista, es decir, lo que hacen los periodistas, implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. Para la Corte, el ejercicio del periodismo requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada por la Convención Americana. Lo anterior no ocurre con otras profesiones como la Medicina y la Abogacía, que no están protegidas por el convenio.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto, concluyo que el ejercicio de la libertad de expresión y de información en Honduras, protegido por la Constitución de la República y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, y por qué no decirlo, el ejercicio del periodismo, no puede ser exclusivo de un grupo de profesionales, ni mucho menos de un colectivo organizado. Si ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo como contraria a la Convención las exigencias de una colegiación obligatoria para ejercer tal derecho en Costa Rica, esta jurisprudencia es vinculante para Honduras, pues Honduras es parte de la Convención Americana, y aceptó la competencia contenciosa de la Corte.

Contribución a la crítica de la función jurisdiccional en el Estado moderno democrático desde el punto de vista de la teoría normativa de Hans Kelsen

Parte I

CHRISTIAN ALFARO MUIRHEAD*

INTRODUCCIÓN

A. Consideraciones de alcance epistemológico¹:

Nada cae de la nada. Querámoslo o no, somos herederos, tipos cognoscentes terminales, de una cultura que nos envuelve y perfila hasta en los más complicados y sutiles repliegues de nuestra conciencia. Sea que dicho fenómeno ocurra en el espíritu de nuestra propia subjetividad, sea, en fin, que se manifieste en el llamado espíritu de la época o en el espíritu objetivo según lo expresara Hegel. Lo importante es, después de todo, tener desde la partida un control relativo de nuestras reflexiones. A nadie escapa, en consecuencia, así se encuentre uno apenas familiarizado con los grandes temas de la historia de la filosofía del derecho, la fácil tendencia al empantanamiento jurídico de naturaleza tautológica, esto es, nuestro inadvertido encuentro con las llamadas aporías de los filósofos. Lo anterior, para no reconocer una pequeña siesta teórica, de claro tinte digestivo, en un día que, ya podría decirse, dura más de lo recomendable en el reino de este mundo.

A nuestros propósitos, el derecho romano es al derecho de la Ilustración francesa postrevolucionaria lo que la teoría pura de Kelsen es al tema de la crítica de la función jurisdiccional en el moderno Estado democrático. Ello, entre otras, por una razón bastante simple, debida a la temprana familiarización que contrajimos con la teoría normativa del derecho, cuando, al par de su modernidad, nos entusias mó, en grado sumo, en nuestros tiem-

pos de estudiantes de primer año, en la época de la reforma de los estudios de derecho, su coherencia interna y su formidable apertura a una serie importante de temas conexos sin perder, en sus momentos más significativos, su solidez explicativa, su fundamento racional².

La crítica de la concepción kelseniana del Derecho y del Estado, a nuestro juicio, no ha sido capaz de extraer las mejores consecuencias ni prácticas, desde la óptica de una praxis consciente, ni filosóficas y menos científicas, que de su sistema se derivan. A lo sumo, se la ha plegado como una justificación de orden ideológico jurídico a una rutinaria técnica interpretativa en el ámbito exclusivo y profesionalizante de la dogmática jurídica. Tal ha ocurrido desde el ejercicio del poder. Sus oponentes de la cátedra universitaria, de inevitable impronta jusnaturalista, en vez de extraer la riqueza metodológica que vertebraba una interesante y novedosa teoría racional del mundo del

* Juez del crimen.

- 1 Jorge Millas, "Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del Derecho", pp. 31 y 63 de *Apreciación Crítica de la Teoría de Kelsen*; Edeval, 1982; J. Millas, *Curso de Filosofía del Derecho*, Ed. Universitaria, 1961.
- 2 Alfredo Nazar Riquelme, *Teoría General del Ordenamiento Jurídico*; mimeo., Fac. de Derecho de la U. de Chile, 1966 y 1967; La Teoría Pura del Diritto come teoría generale della scienza giurídica; Tesi di diploma, Scuola de perfezionamento in filosofia del diritto, Istituto Degli Studi, Università di Roma, 1963.

derecho, tras el enorme desprestigio en que la han sumido los primeros, optan por ignorarla, cuando no le reprochan un exagerado formalismo sino una ausencia de moralidad manifiesta³.

En nuestro medio, por una parte, no son pocos quienes se nutren de un modo más o menos sistemático en la vertiente del normativismo jurídico, sobre todo debido, quizás, al relativo desarrollo de tipo formal o de carácter orgánico de nuestro ordenamiento jurídico nacional, y al franco grado de hermeticidad interpretativa que ha alcanzado el derecho chileno, incluidas, por cierto, las crisis profundas y recurrentes⁴ que aquél ha experimentado en el correr de la presente centuria. Por otro lado, a dicha tendencia, que pudiéramos calificar de minoritaria o parcialmente circunscrita a algunos importantes departamentos de investigación universitaria, no le es ajena tanto la raíz romanística y francesa de nuestro derecho como el carácter de su formalización escrita que consecuentemente reviste⁵.

3 Véase de Francisco Cumplido, *¿Estado de Derecho en Chile?*, Instituto de Estudios Humanísticos, 1983, o cualquiera de las ediciones del Curso de Introducción al Derecho, de Jorge I. Hubner. Ed. Jurídica de Chile.

4 Rubén Galecio G., El Juez en la crisis, T. XIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, julio 1966; Oscar Santelices Smith, ¿Crisis del sistema judicial chileno?, Mensaje N° 174, noviembre de 1968; Eduardo Novoa Monreal, ¿Justicia de clase?, Mensaje N° 187, marzo-abril 1970; *Derecho y Sociedad*, Corporación de Promoción Universitaria, CPU, bajo la dirección de Gonzalo Figueroa, varios autores y trabajos de diversas épocas, junio de 1978; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXX relativa al cambio de régimen y gobierno en Chile, septiembre-octubre 1973; Jorge Correa Sutil, Críticas a la labor judicial, Mensaje N° 362, septiembre de 1987. Este autor pareciera fundar sus críticas desde el punto de vista de la teoría de Kelsen, fundamentalmente, pues cita la última versión de su obra cumbre, traducida para la UNAM, México, 1983, como única fuente bibliográfica.

5 *Derecho, desobediencia y justicia*, de A. Squella. Edeval, 1977, constituye una excelente exposición de la teoría jurídica esencial de Kelsen, incluida su tesis de la sentencia judicial como acto de creación jurídica.

Con todo, permítasenos señalar que echamos de menos una inserción real de la teoría normativista del Derecho allí donde, precisamente, está ella convocada a producir sus más ricas y dilatadas consecuencias, esto es, en la práctica misma del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Al placer estético que nos depara la contemplación de una sólida construcción teórica debe, necesariamente, seguirle un espíritu práctico, un verdadero afán, científicamente fundado, por plasmar en la propia facticidad del derecho el servicio que aquella teoría puede prestar en función de la realidad para la cual fue, sin lugar a dudas, concebida.

Ahora bien, séanos también permitido señalar que cuando nos ocupamos de problemas tales como el Derecho Moderno, la Función Actual del Poder Jurisdiccional del Estado o del Régimen de Garantías Fundamentales del Hombre y del Ciudadano Modernos, nos estamos situando, por la fuerza misma de las cosas, dentro de una perspectiva de naturaleza macrosocial, inclusiva de una variedad y riqueza considerable de categorías de orden histórico y cultural, en una acepción amplia de estos términos. Es por ello que, al momento de tener que articular nuestros temas centrales de indagación teórica, dentro de una órbita de problemas que les son afines cuando no operan con el carácter de significativas condicionantes de los mismos, se nos plantea con verdadero dramatismo el problema del método jurídico de la investigación, cuestión en la que la teoría normativa del Derecho de Hans Kelsen está llamada a proporcionarnos las mejores coordenadas lógico formales de su desarrollo científico.

Hoy en día no es posible, pues, la reflexión teórica sobre determinadas cuestiones de índole jurídica sin que, al propio tiempo de ir desbrozando sus explicaciones y temáticas, no nos hagamos cargo, de un modo explícito, de la legalidad interna que posibilita y controla cualquier discurso indagatorio. **El derecho y las instituciones que lo componen, o lo que es lo mismo, la nomoestática o nomodinámica kelsenianas, se encuentran, en el mundo actual de las relaciones sociales requeridos con inquietante ferocidad, por concepciones totales del mundo y de la vida que se disputan, ajenas a todo control internacional que no sea el de naturaleza estrictamente bélica, el**

ser y el destino del hombre contemporáneo, cualquiera que sea su ubicación geográfica, política o social⁶.

En suma, insistiendo sobre conceptos ya expuestos más arriba, nos adherimos a la perspectiva metodológica que proporciona la teoría normativista de Kelsen, expresada en su obra fundamental *La teoría pura del Derecho*⁷, en razón de su apertura tanto jurídica como valórica, sin por ello menoscabar su coherencia sistemática y su clara preferencia por el orden democrático, permitiéndonos, por dicho modo, abocarnos, libremente, al tratamiento doctrinario del problema de la Función Jurisdiccional en el Estado Moderno Contemporáneo, sobre la base del ejercicio de la soberanía popular, con todo lo que ello implica en la situación actual de la sociedad y el hombre concretos, históricamente determinados.

B. El hegemonismo jurídico en el ámbito general de las relaciones sociales: Importa señalar, a los efectos de circunscribir la temática en una perspectiva más específica, el carácter que invisten las normas jurídicas, cualquiera que sea su rango, dentro del conjunto de aquellas a que hace referencia el llamado fenómeno normativo⁸.

Creemos, pues, que no resulta ocioso recordar la especificidad propia de las normas jurídicas en conexión con el conjunto de relaciones sociales sobre y dentro de las cuales se entretienen las acciones de las sociedades, ya sea intra o interestatalmente consideradas, sobre todo a la luz del problema de la interpretación jurídica ejercida como función del Estado.

Lo anterior, por cuanto al interpretar las normas de Derecho, la autoridad, al tiempo que resuelve un conflicto entre partes en el campo civil, o dispone una sanción

en el orden penal, cualesquiera sean sus magnitudes, postula y ordena, con carácter objetivo, un plan de conductas determinado, un deber ser específico, con prescindencia de la naturaleza normativa de orden extrajurídico que las disposiciones aquellas comprenden o a que se refieren. El orden jurídico, como producto cultural dimana, en su génesis misma, de un orden social en permanente desarrollo, en un proceso constante de diversificación hacia gradas normativas de mayor complejidad. Además, si bien es cierto que la práctica interpretativa del aparato judicial está llamada a reconocer aquellas normas que en exclusiva se tienen como integrantes del orden jurídico, no lo es menos el hecho que dicha actividad se encuentra referida, necesariamente, tanto al ser como al deber ser de las conductas y normas metajurídicas de aquellos sobre quienes impera, con prescindencia formal, incluso, y esto es lo más importante o significativo desde el punto de vista de la libertad de las personas, de sus particulares estimativas de orden moral, religioso, político o cultural⁹. El orden jurídico democrático se caracteriza, fundamentalmente, por la resolución más adecuada que ofrece a este problema.

Como quiera que el Derecho ostenta como una propiedad única o específica suya, dentro del género de las normas sociales consideradas globalmente, la coercibilidad que garantiza su acatamiento, esto es, que su eficacia se encuentra reforzada por el ejercicio del monopolio de la fuerza que detenta el Estado, su configuración como ordenamiento general de la sociedad, de tipo objetivo, plantea como un problema principal, y por modo inesquivable, la índole de la solución social a que arribe respecto de las cuestiones antes indicadas.

La realidad de los hechos permite sostener que hoy como quizás nunca había acontecido en la historia de las sociedades, **el Derecho ha acentuado su naturaleza de constituir un rasero normativo igual para situaciones desiguales**. Es aquí, en ésta, su otra y actual propiedad, don-

6 Al efecto, léase el prólogo de Kelsen a la edición alemana de 1934, fechada en Ginebra, de su obra *La teoría pura del Derecho*. Trad. francesa de 1953, en español por Eudeba, 1960.

7 Christian Alfaro Muirhead, Lineamientos generales para un Curso de Introducción al Derecho sobre la base de la Teoría Pura de Hans Kelsen, Revista Frontera de la Universidad local, pp. 131-142, Temuco, 1982.

8 H.L.A. Hart, *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962.

9 Al efecto, véase la cita de Grispigni en la p. 183 del trabajo de M. de Rivacova "Proyecciones de la teoría pura del derecho en el pensamiento penal" en, *Apreciación crítica de la teoría de Kelsen*, Edeval, 1982.

de la función interpretativa del Poder Judicial del Estado está convocada, con toda la fuerza de la facultad a él conferida por una sociedad basada en principios democráticos, consagrados constitucionalmente, a implementar, para los casos particulares de que conozca, la regulación que mediante su **actividad creadora de derecho** está llamado a ejercer en el ordenamiento jurídico del que forma parte¹⁰.

Como dejamos dicho, el tipo especial de coercibilidad y objetividad de las normas de derecho cobran una **máxima actualización** estrictamente positiva, desde el punto de vista de los demás regímenes normativos a cuyo través se organiza una sociedad comprendido, por cierto, el mismísimo orden jurídico¹¹, al momento de ser interpretadas, recreadas y aplicadas por la judicatura del Estado. Esta inflexión normativa y específica, del conjunto de las normas sociales se realiza en el Estado, no obstante que la práctica de las sociedades jurídicamente organizadas suele ocultarla sin mayor advertencia, privilegiando el instante, en la sicología de sus destinatarios, de la legitimación del ejercicio de la fuerza para un caso particular, casos que, sumados unos con otros *ad infinitum*, velan de un modo empobrecedor, la real magnitud de esa actualización normativa, la que debiera apreciarse como solidaria, según podríamos reconocer, de toda una familia de reglas sociales de conducta, de una enriquecedora continuidad normativa cuyo centro gravitacional, según se destaca mucho más nítidamente en los sistemas del *common law*, **se encuentra radicado en esa norma jurídica nueva de creación eminente de los tribunales de justicia**¹².

I. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ESTADO EN LA TEORÍA TRADICIONAL DEL DERECHO, SU RAÍZ EPISTEMOLÓGICA

Como quiera que se destaque la existencia y relevancia del momento de creación de Derecho que reviste propiamente la función interpretativa del Estado¹³, según Kelsen, pues, importa sobremanera, definir con la mayor exactitud esa función creadora de derecho, distinguiéndola de la mera función simplemente aplicadora del mismo. Allí, según creemos, es donde cobra una nitidez especial la voluntad política de orden general, con todas sus implicancias y matices, que anima a este poder del Estado en la realización de su cometido, instante en que se vincula una actividad profesional de tipo corporativo, con una actividad de naturaleza política que significa, inevitablemente, el ejercicio de un poder de la magnitud social a que alcanza el judicial.

Ahora bien, es común apreciar que en la judicatura nacional opera casi como un prejuicio bastante extendido, incluso en el ámbito de los mejores especialistas que en su seno ella comprende, **la identificación de derecho con derecho privado**. En consecuencia, es así como el ejercicio de la función jurisdiccional se la reduce notablemente a la composición de los conflictos de índole civil, empobreciendo la función de hombres de Estado que los miembros de la judicatura están llamados a ejercer en lo

necesario para la experiencia jurídica, representa el exceso de una concepción estatista, autoritaria de la vida, que no coincide con los datos de la experiencia jurídica". Couture, p. 72. Véase, además, p. 71 y la nota de la p. 68. Couture, *Introducción al proceso civil*, Ed. Depalma, reimpresión de 1978 de la primera edición de 1949.

13 Couture, en la obra ya citada, p. 56, señaló: "No se me oculta que para la doctrina francesa, habituada tradicionalmente a una concepción simplemente declarativa del proceso, la idea de que éste constituye un instrumento de producción jurídica, esto es, creador de nuevas formas de derecho no existentes antes de la sentencia, es una proposición revolucionaria". En la p. 48, ya había criticado la "idea rigurosamente romana" que Pothier desarrollara "en su primoroso" *Traité de la procédure*.

10 Al efecto, véase de A. Squella, "Tres alcances sobre la creación judicial", pp. 139-167, *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 3, Valparaíso, Dic. 1972, U. de Ch. Ed. Jurídica.

11 Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, 1963.

12 "La concepción de Montesquieu —aquella que le asigna a la función judicial una función meramente declarativa de derechos establecidos en la ley—, era una concepción políticamente necesaria para las ideas jurídicas del siglo XVIII, porque suponía una reacción contra ciertas ideas anteriores; pero la concepción procesal del derecho y el endiosamiento del juez como instrumento

penal, laboral, político constitucional, o, en fin, en lo económico.

Los efectos generales que para la sociedad se derivan de dicha actitud de nuestros jueces son que la vida, la libertad y la seguridad de los ciudadanos del Estado, no resultan debidamente garantizados con la misma eficacia —que un ordenamiento jurídico de tipo democrático posibilitaría realmente— con que aparece salvaguardada, en la facticidad de nuestro mundo del Derecho, la administración de los derechos de propiedad de dichos individuos. Tan cierto es lo antes expresado que, en estos días¹⁴, un brillante juez de nuestros tribunales superiores, ha creído necesario señalar, con ocasión de constituirse como subrogante en una causa criminal de gran notoriedad en nuestro medio, que empleará todos los esmeros a su alcance para restablecer “los derechos de los deudos y de la sociedad” en la debelación de un homicidio, de un posible asesinato, y de otro cortejo de delitos conexos a dichas acciones.

Ahora bien, la gran satisfacción intelectual que pudiera deparar el ejercicio y desenvolvimiento concreto y particular de las instituciones clásicas del derecho civil chileno, no lo conocemos aplicado a los casos en que se reclama una verdadera **creación jurisdiccional** relativa a los mundos del derecho penal, constitucional, económico, político o social, perdiendo así nuestro ordenamiento jurídico una auténtica posibilidad de ver plasmados en el conjunto normativo que éste constituye, la aplicación y creación jurídica sobre la base de sus **últimos principios** ordenadores que, indudablemente, lo configuran como un Estado moderno, caracterizado por una gran complejidad y riqueza de significaciones estrictamente jurídicas.

Por otra parte, y siempre dentro de una perspectiva normativa, es un hecho que los ordenamientos jurídicos, se dan como tales en los Estados modernos, toda vez que no es posible sino identificar, cada vez con mayor fuerza, las nociones de Derecho, Estado y Sociedad, así se trate

14 *Nos referimos a la actuación que, en los meses de junio y julio de 1987, le cupo al Ministro Carlos Cerda Fernández, miembro titular de la II. Corte de Apelaciones de Santiago de Chile.*

de las propias imbricaciones teórico-prácticas que estos conceptos traen recíprocamente implicados entre sí. En suma, cuanto hemos dicho viene a parar en que lo que se echa de menos, respecto del Derecho u ordenamiento jurídico, es su creación social consciente, diaria, permanente y constante, en la vida de un Estado.

Buscando, pues, los antecedentes que explicarían aquella falta así descrita, ésta la atribuimos, sin pecar por ello de unilaterales o desquiciadores del Derecho, a la ausencia de una clara noción de la riqueza que lleva aparejada la función interpretativa del orden jurídico por la autoridad jurisdiccional de un Estado, actividad que se la lleva a cabo anclada por las nociones restrictivas de su alcance como función social en un Estado moderno, radicándola con toda la fuerza de su autoridad tan sólo en uno de sus ámbitos jurisdiccionales, esto es, en las relaciones reguladas por los principios básicos del derecho civil, dejando a otras fuerzas o poderes, sociales o culturales, **carentes de todo engarzamiento jurídico real y necesario**, la configuración o determinación de las restantes relaciones normativas, produciendo con ello los inevitables desequilibrios sociales y espirituales recurrentes a dicho orden de cosas, caracterizado, en definitiva, por la falta de una efectiva seguridad jurídica que deba realizarse como valor de una situación social e histórica que pudiera definirse como propia de un Estado verdaderamente democrático y representativo. Señalamos, entonces, que contrariamente a lo que describen como el carácter fundamental de su praxis jurídica¹⁵, nuestros tribunales superiores de justicia han carecido de una **voluntad política** necesaria e inherente al ejercicio y desempeño de uno de los principales poderes del Estado. Ello es así por cuanto tienden a identificar, como dejamos dicho, la noción de Derecho o la de principios fundamentales de éste con las normas y principios configurativos de tan sólo una de sus ramas o ciencias jurídicas particulares, esto es, con el derecho civil, tanto en lo que respecta a su construcción positiva como en lo que guarda relación con su formulación doctrinaria.

15 Extracto del discurso que pronunciara en Talca el Sr. Ministro de la C. Suprema, Enrique Correa Labra, *El Mercurio* 7 de Sept. de 1988.

Por otra parte, como quiera que esa voluntad política que echamos de menos en el ejercicio de la **función interpretativa del Derecho por nuestra autoridad judicial** no puede, es cierto, sino hacérsela descansar en una teoría general del Derecho y del Estado, ésta, de otro lado, **existe de hecho** y resulta aplicada de manera constante y reiterada en los múltiples **actos objetivos de creación jurídica**. Ahora bien, esa teoría general, así se trate de una verdadera ideología jurídica, sin que se la formule de una manera explícita, se confunde estrechamente con las instituciones y principios básicos del derecho civil francés, derecho que a su turno no hizo sino desarrollar para las necesidades propias del **eurocentrista** siglo XIX, las instituciones clásicas del derecho civil romano anterior al medioevo.

Decimos, entonces, que la teoría general del Derecho que aplican nuestros tribunales superiores en la racionalización de la **praxis jurídica total del sistema** es debida, fundamentalmente, al desbrozamiento actualizado de las instituciones básicas romanas¹⁶.

Aquí radica, a nuestro juicio, la causa **gnoseológica** principal de la empobrecida voluntad política que se le atribuye, no sin razón, al ejercicio profesional de la judicatura en nuestro medio, con todas las deformaciones y distanciamientos que ello implica respecto de la realización completa y armónica de un Estado moderno democrático representativo. Como puede apreciarse, la raíz de lo que

16 Sobre dichos respectos es útil recordar la diferencia que una misma base jurídica romana traducen los sistemas del *common-law*, mucho más dinámico en su capacidad de crear normas jurídicas nuevas de la misma manera a como lo hacían los pretores en su tiempo, y el sistema jurídico del período postrevolucionario francés que, por razones políticas e históricas, paralizó gravemente la productividad normativa de las clásicas instituciones jurídicas que recogiera en su seno, llevando a no pocos regímenes jurídicos, que en él se basarán, a un verdadero escolasticismo de ideas jurídicas liberales con aquellas más propias de la cristiandad del medioevo. Véase *Revista de Derecho*, N° 102, octubre-diciembre de 1957, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 710 a 745, trabajo de Germán Martínez Bustos: Algunos aspectos notables del "Common Law" o ideas para una comparación con el derecho latinoamericano, Universidad de Concepción.

pudiéramos llamar la abdicación de una verdadera y actualizada vocación política que debiera implicar el ejercicio de uno de los poderes del Estado moderno es, en un primer momento de reflexión de índole teórica y, más precisamente, concerniente al ámbito particular de una gnoseología jurídica mejor enriquecida por las más recientes reflexiones filosóficas del Derecho y de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin temor a errar, podremos siempre claramente identificar las grandes transformaciones y desarrollo que han experimentado las sociedades y sus respectivos estados de Derecho. Tal no ha ocurrido, ni siquiera modestamente, con nuestras instituciones jurisdiccionales. Como decía en su tiempo el mensaje con el que se acompañó para su aprobación legislativa nuestro actual código civil de la República, la judicatura ha ido agregando por manera inconexa, como simples añadidos, debido al transcurso inevitable de los tiempos, ramas completas del Derecho, preteriendo un análisis indispensable de sus respectivas dinámicas internas, de los reales conflictos jurídicos a que su armonización con el sistema total del derecho aquellas reclamaban¹⁷.

Aquella función armonizadora que por la vía de la interpretación deberían realizar nuestros tribunales no se piense, consiguiendo con ello tan solo aumentar el expediente justificatorio de una omisión, que sea de naturaleza exclusivamente pedagógico-jurídica, o que guarde relación con una mera aplicación del derecho formalmente existente. Dicha función ha requerido, en sus momentos, de inflexión más significativa para la vida y la praxis de un poder del Estado, de una verdadera voluntad política orientada a la solución real de los problemas que se han originado en nuestras actuales sociedades jurídicamente organizadas. Concretamente, el Supremo Tribunal de la República, esto es, la expresión más elevada de la función interpretativa y de integración del orden jurídico total que se realiza a través del ejercicio de las facultades que le brinda su constitución como tribunal de casación reviste, sin más, los caracteres propios de una voluntad y acción eminentemente políticos, deprimida en su ejercicio por

17 Véase de Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI editores, 8ª Ed. 1986. (contrario: Stúka)

lo que pudiéramos llamar la existencia de una **voluntad política de signo opuesto**, refractaria a la consideración del derecho, en su relación con la sociedad a la que regula, desde una perspectiva diferente de la tradicional, o lo que viene a significar lo mismo, **se la reconoce como una actividad política sólo que hipostasiada**.

Por otra parte, los ordenamientos jurídicos en un Estado moderno revisten por sí mismos, por su sola existencia o validez, consecuencias políticas inmanentes bastante específicas¹⁸. Pues, de un modo u otro, se trasuntan a su través órdenes políticos determinados, esto es, una clara opción de carácter ideológico de tipo general que hace una sociedad respecto a cuestiones vitales de organización social de sus ciudadanos. **Asimismo, podemos constatar que los Estados modernos se caracterizan, contra toda apariencia fáctica de naturaleza meramente episódica o circunstancial, por su inclinación preferente hacia el orden democrático como organización del poder político de las sociedades**. En suma, podríamos asumir, sin mayores contratiempos, la hipótesis de que la mayoría de los Estados actuales postulan como un orden jurídico normal aquel que se inscribe en el ideal democrático de convivencia ciudadana.

Ahora bien, dichos órdenes democráticos difieren en grados más o menos apreciables, desde el punto de vista de su ordenación jurídica, en los reconocimientos que hacen en su interior respecto a las formas que asume la distribución del poder político, en los grados de mayor o menor representatividad de las fuerzas sociales efectivas en sus instituciones jurídicas y sociales y, en fin, a los modos como institucionalizan el acceso al ejercicio del poder político de las más variadas organizaciones, clases e intereses sociales, siendo, a la vez, una característica propia de dichos regímenes la configuración normativa a que tienden, en los proce-

sos de reconocimiento institucional, de los distintos actores sociales en las diversas gradas del orden estatal¹⁹.

Por último, cábenos también destacar la filiación cultural que la noción misma de Estado moderno democrático representativo tiene en el marco de lo que ha venido a conformar nuestro mundo occidental, cimentado sobre bases histórico-culturales muy precisas, configurativas de un tipo definido de civilización en la que se centra el valor esencial, irreductible e inasimilable de la persona, su libertad y su desarrollo material y espiritual, como el valor supremo de su realización.

El **Derecho**, a su turno, como **técnica social específica**, ha venido a materializar en los tiempos actuales una suerte de identificación de las nociones de Estado y ordenamiento jurídico. Incluso, es más, dentro de la teoría normativa del Derecho de Kelsen ya no es posible distinguir, en último término, las nociones de Estado, Derecho y Sociedad como categorías fácticas distintas; apenas, señala aquel autor, y con razón según estimamos nosotros, se sostienen desde un punto de vista científico que las construye, como un **principio de conocimiento**, únicamente. Si para los efectos del análisis de las ciencias generales y particulares son separables las categorías de derecho, estado y sociedad, como formas de conocimiento de una determinada realidad social, desde el punto de vista del objeto total ello no es así, pues dichas realidades teóricas conforman una sola **unidad real en el mundo social** a que aquéllas se refieren.

A la luz del conjunto total de la teoría kelseniana, pareciera que el carácter democrático de un derecho, de un Estado y de una sociedad, pudiera constituir un valor inclusivo en dichas categorías, como resultado final de la aplicación de una teoría general a una realidad dada que fuera posible configurar por dicho modo. Es aquí donde, según creemos, se produciría una relación enormemente significativa entre norma y conducta, entre el **ser** y el **deber ser**²⁰, entre dos principios opuestos de conocimien-

18 Agustín Squella: "Neutralidad valorativa e idea de la democracia en Kelsen", en *Apreciación Crítica*, ya citada, p. 1. "El postulado de la neutralidad valorativa del conocimiento jurídico, tampoco significa desconocer que todo derecho positivo alberga o cristaliza determinados valores o valoraciones que se sustentan, de modo objetivo, en las mismas normas de todo ordenamiento". Kelsen, *What is the pure theory of law*, citado por Squella.

19 Agustín Squella, "Neutralidad valorativa e idea de la democracia en Kelsen", *Apreciación crítica* antes citada, pp. 105 y ss.

20 William Ebenstein: "La teoría pura del Derecho", p. 20. *Bases filosóficas de la teoría*, FCE, México, ed. en español de 1947 de la inglesa de la U. de Wisconsin de 1945.

to, el de **imputación** y **causalidad**, o lo que es lo mismo, y siempre dentro de los marcos totales de la concepción de Kelsen, entre la **ética** y la **ciencia** del mundo modernos. Lo anterior vale, sobre todo, si se tiene en vista una racionalización relativamente adecuada a lo que pudiéramos describir como la práctica real del ejercicio de la función jurisdiccional en un Estado moderno democrático. No debe olvidarse, a estos respectos, que una praxis jurisdiccional envuelve, siempre, una aptitud propia al conocimiento teórico y el despliegue fáctico, jurídicamente fundado, de una voluntad socialmente determinada.

Hans Kelsen, en cuanto jurista, en la continuidad total de su conciencia, en el marco de una realidad espa-

cio-temporal dada, logra identificar su obra con el mundo moderno y sus tendencias a través de la mediación de lo que él ha descrito como la esencia y valor de la democracia²¹.

Mirado dicho fenómeno, desde el punto de vista alegórico de la pintura, parafraseando la obra de Rembrandt en la que aparece un Aristóteles renacentista contemplando el busto de Homero, vestido, además, a la usanza de un holandés de su tiempo, podemos decir que hemos visto a un Kelsen veintiunocentista, con los rictus y esperanzas propias de un hombre del siglo veinte, contemplando el busto de Aristóteles junto al tomo de la fenomenología del espíritu de Hegel²².

21 Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, con un brillante epílogo de Peter Romer, “La teoría pura del Derecho de H. Kelsen, como ideología y como crítica de la ideología” en homenaje al 90 cumpleaños de su autor, 1971. Ediciones Guadarrama, Punto Omega, Madrid, 1977. Véase, asimismo, la obra de Kelsen, *Socialismo y Estado, una investigación sobre la teoría política del marxismo*, trad. en español Siglo XXI Editores, 1982, de la 2ª ed. alemana de 1923.

22 Véanse, al efecto, las bellas expresiones de Couture desarrolladas en el párrafo referido a la estructura del proceso, pp. 53 y 54, de su obra ya citada, en las que rinde un cumplido tributo al maestro de Jena.

Apuntes de Derecho comparado:

El principio de discrecionalidad del ejercicio de la acción penal pública en el sistema de justicia de los Estados Unidos de América*

ANTONIO PACHECO VALLE**

El principio de oportunidad o discrecionalidad tiene sus propias modalidades y peculiaridades en las diferentes legislaciones procesales; cada ordenamiento procesal regula de manera diferente el criterio de oportunidad en cuanto a su procedencia y aplicabilidad guardando, eso sí, la semejanza en el sentido que el mismo, como criterio discrecional y excepcional del ejercicio de la acción penal pública, siempre le competará ejercitarlo al Ministerio Público.

Es interesante, para el caso, cómo funciona este criterio de discrecionalidad del ejercicio de la acción penal en el sistema de justicia de los Estados Unidos de América, donde impera el sistema de justicia penal angloamericano. Éste representa el paradigma del proceso de partes (*adversary system*), tomado de la época germánica¹. En este modelo, la Fiscalía por un lado y, por el otro, el acu-

sado y su defensor, son dueños del procedimiento con iguales derechos; mientras, el tribunal participa como espectador de la discusión procesal y, finalmente decide, absolviendo o condenando, sobre la imputación de culpabilidad. La estructura de un proceso de partes, advierte Schünemann², permite que el acusado pueda prescindir completamente de la audiencia sobre la cuestión de la culpabilidad y, con ello, también de la prueba, si desde el principio se declara culpable. Su *guilty plea* (confesión de culpabilidad) sustituye entonces la determinación de su culpabilidad judicial y resulta inmediatamente el fun-

* Extracto del libro *Los medios de prueba y su valoración en el proceso penal hondureño*, de Antonio Pacheco Valle.

** Hondureño, Magistrado de Corte de Apelaciones.

1 El proceso germánico era de tipo acusatorio privado, caracterizado porque solo se iniciaba en virtud de acusación. En él, las partes tenían el dominio de las actuaciones reduciendo a estrechos límites la intervención del tribunal; además, el juicio podría ser sustituido por la composición concertada entre las partes. Como dice Vélez Mariconde, Alfredo, en *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1978, Tomo I, pp. 78, “Es un proceso de partes porque ellas tienen el poder sobre el contenido sustancial del proceso, es decir, de disposición sobre la pretensión represiva”.

2 Schünemann, Bernd, ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal Americano en el mundo?), ponencia defendida en las Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania y publicada en la revista *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, N° 8, pp. 49 y ss; reflexiona negativamente sobre la importación del modelo norteamericano al continente europeo: “La marcha triunfal del proceso penal norteamericano, considerada unilateralmente, sería lamentable y debería ser resistida en el actual desarrollo del Sistema Procesal Penal Europeo de una manera decidida, pues constituye una renuncia a las conquistas fundamentales del Estado de Derecho ya alcanzadas en el siglo XIX. La circunstancia de que muchos prácticos sean ciegos a este respecto y solo tomen en consideración las ventajas..., no puede forzar a la ciencia del derecho a la resignación, sino que, por el contrario, exige un redoblamiento de los esfuerzos por impedir que se desmonte el proceso penal Europeo fundado en los principios liberales del Estado de Derecho”.

damento para la determinación de la pena. De esta forma se ha desarrollado en los Estados Unidos la práctica comúnmente conocida como *plea bargaining*.

La decisión discrecional de iniciar la persecución penal es de crucial importancia en el sistema de justicia penal. El funcionario que toma esa decisión determina si se debe acusar, los cargos por los que se debe acusar, el esfuerzo que se dedica al caso y el tipo de acuerdo al que se puede llegar con el defensor. Si se dicta un veredicto condenatorio, el acusador puede proponer al juez la pena que debe ser impuesta. La decisión de acusar, sin embargo, es sólo uno de los aspectos de la discrecionalidad del fiscal. Una vez que el fiscal determina que existe causa probable (*probable cause*) para creer que una persona ha cometido un delito, tiene amplia autoridad para decidir si realiza una investigación, si inicia formalmente la persecución, si garantiza inmunidad, o si negocia los cargos con el imputado.

También decide discrecionalmente qué cargos formula, cuándo los formula y dónde los formula. La Corte Suprema de los EUA ha sostenido con su jurisprudencia que, si el fiscal ha determinado el estándar probatorio de la causa probable para creer que el imputado ha cometido un delito, su decisión de iniciar la persecución, y por cuáles cargos, es enteramente discrecional. Ello significa que, como principio fundamental, los tribunales no pueden obligar al fiscal a iniciar o continuar la persecución penal en un caso concreto. Así, reiteradamente, los tribunales estadounidenses han afirmado inequívoca y sistemáticamente que la tarea persecutoria, esto es, el ejercicio de la acción penal pública, es una actividad propia del Poder Ejecutivo³. No obstante lo afirmado por la jurisprudencia, hay quienes aún sostienen que los agentes fiscales de distrito pertenecen al poder judicial. Pero, en forma general, ya nadie des-

conoce —porque de ser así, sería desconocer hasta la propia jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos—, el carácter ejecutivo de la función persecutoria, que forma parte del derecho vigente en EUA y que es un principio firmemente arraigado.

En este sistema se establece el derecho que tiene el acusado a decidir si quiere ser juzgado en un juicio oral, público, contradictorio y por jurados⁴. En esta clase de juicios se respeta plenamente el derecho de defensa del imputado, y existe inmediatez en la evacuación de la prueba. Sin embargo, la etapa del juicio ha dejado de ser la fase central en el procedimiento y ha pasado a ocupar un lugar simbólico como método de atribución de responsabilidad penal.

Una vez que se inicia la persecución penal, el imputado debe decidir qué actitud procesal adopta. Si se declara **no culpable** (*not guilty*), el fiscal debe probar la imputación en el juicio; **si se declara culpable** (*guilty plea*), el juicio no se realiza y pasa a la siguiente etapa, o sea, la audiencia para determinar la pena concreta (*Sentencia Hearing*).

EL PLEA GUILTY

El *plea guilty* (o confesión dirigida a evitar el juicio) es un sistema heredado del derecho inglés⁵. Consiste en

3 En el caso *Inmates of Attica Correctional Facility v. Rockefeller* 477 F 2 d 375 (2d. Cir. 1973), por ejemplo, los internos solicitaron al Juez que obligara a los funcionarios estatales y federales a investigar y perseguir a los guardias por los delitos cometidos contra los internos. El juez denegó el pedido con fundamento en el principio de división de poderes (el Fiscal General de los EUA es nombrado por el Poder Ejecutivo). Extraído de la *Revista Latinoamericana de Política Criminal*. Editores del Puerto, Maipú, Buenos Aires, 1977.

4. En el proceso penal de los EUA, que implementa el sistema de libre o íntima convicción, el estándar convictivo se logra a través de la figura del jurado popular y los integrantes de este colegio juzgador lego deliberan sobre el caso y emiten su voto después del juicio oral y público, para luego informar al juez técnico sobre su veredicto quien, acto seguido, pronunciará su fallo jurídico basado estrictamente en ese veredicto. El jurado popular se puede definir como “La reunión de cierto número de ciudadanos que, sin pertenecer a la magistratura profesional son llamados por la ley para concurrir transitoriamente a la administración de justicia, haciendo declaraciones que se llaman veredictos, según su íntima convicción sobre los hechos sometidos a su conocimiento. En definitiva participación directa del pueblo en el ejercicio de la función judicial atribuida normalmente a la judicatura”. Silva Melero, Valentín: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIV, Barcelona, 1971, p. 303.

5 El Derecho inglés subsistió en los EUA hasta principios del siglo XVIII. En este tránsito, el fiscal sustituyó a la víctima, de allí que

la aceptación de culpabilidad de parte del acusado, a requerimiento del juez. Claro, esto supone que la admisión de culpabilidad ya ha sido previamente acordada con el fiscal. En teoría, la confesión supone un arrepentimiento que, en la práctica, beneficia al acusado con una disminución significativa de la pena⁶.

EL PLEA BARGAINING

La figura central del sistema de justicia penal estadounidense es el fiscal; en él recae la persecución penal pública, que se convierte en el principio sobre el cual está cimentado todo el sistema de justicia penal en ese país.

La práctica del *plea bargaining*, que implica generalmente que el imputado acepte la responsabilidad penal por el hecho que se le atribuye a través de un *guilty plea* ante el tribunal, implica también la renuncia a ejercer su derecho constitucional de ser sometido a juicio público por el sistema de jurados y someterse a una pena previamente negociada con el funcionario fiscal.

El *plea bargaining* es el símbolo paradigmático de la justicia penal negociada, casi libérrimamente, entre las partes, al amparo del monopolio del fiscal (*prosecutor attorney*) en la persecución de los delitos y de la amplia discrecionalidad de que dispone sobre el ejercicio de la acción. En sentido formal, se puede considerar el *plea bargaining* como la negociación entre fiscal y acusado, que permite que el primero se comprometa a realizar una serie de concesiones (específicamente sobre el curso de la acción penal) a cambio de obtener la admisión de hechos de parte del acusado.

Las obligaciones que este sistema impone para ambas partes es que el acusado debe confesarse culpable por

de esa herencia procede el enjuiciamiento desarrollado para la intervención de los particulares.

6 En la década de los ochenta se realizó un estudio en los Estados Unidos que reveló que el noventa por ciento de los casos graves concluían sin juicio, y mediante negociación. En general se da cuenta de que la relación de casos pactados y llevados a juicio era de once a uno. Fernández Entralgo, Jesús. *Principios Procesales y Procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988, La Reforma del Proceso Penal*, España, Tecnos, 1990.

uno o más delitos, y el acusador, en correspondencia, debe retirar otros cargos, solicitar una pena más benigna o cualquier otro beneficio. Con ello se evita realizar el juicio oral para la evacuación de la prueba; es decir, se prescinde del contradictorio, ya que la confesión del acusado sustituye la determinación judicial de culpabilidad. Por ello se dice que el *plea bargaining* es un juicio arreglado, una negociación entre el fiscal y el acusado, donde el juez se mantiene al margen, siendo irrelevante su aprobación de lo que se pueda pactar. El juez está limitado a determinar la pena reducida peticionada por el fiscal, una vez sea hecha la confesión ante el estrado judicial⁷. Esto, sin duda, redundaría en desjudicializar aun aquellos casos penalmente relevantes (delitos graves)⁸.

Existen dos clases de *plea bargaining*. La primera, cuando el imputado confiesa su culpabilidad a cambio de una recomendación que el fiscal presenta ante el juez para que imponga una pena leve o mínima por el hecho supuestamente cometido (sentencia *Bargaining*). En el segundo caso, el fiscal acusa por el hecho (delito) más leve que aquél supuestamente ha cometido, o bien imputa menor cantidad de hechos⁹.

El grado de discreción de que gozan los fiscales estadounidenses para el ejercicio de la acción penal ha permitido afirmar que una de las características más asombrosas del sistema de justicia penal norteamericano consiste en el amplio margen de discreción ejercido por los agentes fiscales, prácticamente no sometidos a control

7 La práctica del *bargaining* en los EUA data desde hace más de cien años y su constitucionalidad ha sido reconocida por la misma Suprema Corte (*Santobello vs. New York*, 404 U.S. P. 260, 1971); consiste en el acto mediante el cual el imputado admite su culpabilidad, conformándose con el cargo o los cargos que se le imputan a cambio de que el fiscal prometa solicitar una reducción de condena u otra concesión o beneficio.

8 Véase de Diego Díez, Luis Alfredo, *Justicia Criminal Consensuada*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 1999.

9 La importancia de esta peculiaridad del derecho estadounidense se refleja en que el 90% del total de condenas pronunciadas por los jueces son producto de la decisión del imputado de admitir su responsabilidad penal y evitar la realización del juicio.

alguno. De hecho, algunas leyes recientes han intentado reducir esta amplia discreción fiscal, sobre todo las referidas a las facultades del Fiscal para negociar los cargos con el imputado (*plea bargaining*)¹⁰.

Sin duda, el sistema de pena negociada ha dado excelentes resultados a los estadounidenses, ya que el temor de los acusados de verse sometidos a una pena severa los induce a renunciar a su derecho constitucional de un juicio oral y público ante un jurado. Es por ello que la generalidad de la población de los EUA ha ido acostumbrándose y ha comenzado a no ver mal los amplios poderes discrecionales otorgados al fiscal para que pueda negociar la pena con un criminal.

La discreción casi absoluta de los fiscales estadounidenses no se agota con la decisión persecutoria inicial. Su discreción subsiste para realizar la imputación formal ya presentada. El fiscal puede, por ejemplo, agregar cargos antes desestimados, desestimar cargos ya formulados o alterar el contenido de la imputación anterior. La decisión de no comenzar la persecución penal o de desestimar la persecución ya iniciada puede tomarse aun frente a una situación manifiesta de suficiencia probatoria para obtener una condena. De hecho, un porcentaje sustancial de arrestos terminan con la decisión de no presentar el caso, o con la desestimación de la imputación ya formulada.

La discreción del fiscal es ejercida en todas y cada una de las decisiones que toma en su estrategia procesal de tratamiento del caso. El fiscal decide cuáles solicitudes presenta antes del juicio, qué pruebas presenta antes y durante el juicio, qué pruebas del imputado impugna, qué decisiones del tribunal recurre, qué pena recomienda una vez obtenida la condena. Si el imputado solicita un juicio sin jurados, el fiscal decide discrecionalmente si acepta la solicitud del acusado, ya que antes que todo, él es un garante de derechos.

El grado de discreción reconocido al fiscal norteamericano, ha sido cuestionado en varias oportunidades, espe-

cialmente por las consecuencias que produce en la selección arbitraria de los casos en los cuales, comúnmente, se obtienen veredictos de culpabilidad. Sin embargo, esa discreción es una nota característica, central del procedimiento penal estadounidense, que subsiste incluso cuando se producen modificaciones sustanciales en el Derecho Penal y Procesal Penal¹¹. El ejercicio de esta discreción característica, definitoria del sistema de persecución en los Estados Unidos, es definido en la legislación procesal penal hondureña como aplicación irrestricta del principio de oportunidad que opera como regla excepcional del sistema de persecución estatal¹².

Finalmente, es indiscutible que el criterio de discrecionalidad (principio de oportunidad) de que gozan los funcionarios fiscales estadounidenses en el ejercicio de la acción penal pública, ha permitido que el sistema de justicia penal sea increíblemente eficiente para obtener condenas a un costo reducido. El sistema ha permitido que los fiscales reviertan las severas penas establecidas en el derecho penal sustantivo, obteniendo penas más suaves o reducidas a través de la práctica del *plea bargaining*¹³.

11 Si el lector desea ampliar sus conocimientos en este tema, remítase a *Justicia Criminal Consensuada (algunos modelos de derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal)*. Luis Alfredo de Diego Díez, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, Valencia, 1999. También véase *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

12 Los estadounidenses no utilizan el concepto «principio de oportunidad», sino el de «discreción» en la función persecutoria o «discreción del fiscal». Cfr: por ejemplo, la terminología utilizada en el análisis de esta característica en Goldstein Abraham S., «La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos», en *Lecciones y Ensayos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 13 y ss.

13 Si bien es cierto la implementación del *plea bargaining*, como sistema de negociación de la culpabilidad del acusado, ha brindado excelentes resultados permitiendo sustanciales «rebajas» de las penas abstractas establecidas en la ley, éstas siempre revisten significativa gravedad. Las estadísticas dicen que los montos de estas penas «rebajadas», impuestas en los EUA, resultan siempre increíblemente elevadas en comparación con las de la legislación penal hondureña.

10 El *Federal Sentencing Guidelines Manual* (Manual de reglas Federales para la Determinación Judicial de la pena) regula las pautas para que el tribunal establezca la pena en el caso concreto. Este texto normativo representa un intento fallido de restringir, al menos en cierta medida, la discreción del Fiscal.

Sobre la supuesta despenalización de los delitos financieros tras la entrada en vigor de la Ley del Sistema Financiero y su posible aplicación retroactiva como ley penal intermedia

CARLOS DAVID CÁLIX VALLECILLO*

En los últimos días hemos presenciado un debate, a mi juicio de interés y relevancia nacional, que se ha venido ventilando en algunos medios de comunicación, y que ha gravitado en torno a si la Ley del Sistema Financiero que entró en vigencia el día 24 de septiembre de 2004¹ y que su vez derogó la Ley de Instituciones del Sistema Financiero de 1995, despenalizó las conductas consistentes en la realización de operaciones de intermediación financiera sin la previa autorización otorgada por autoridad administrativa; de tal manera que la misma conducta, pese a ser restablecida como delito con las reformas operadas en el Código Penal, y publicadas el 31 de diciembre de 2004, no impedirían la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable que, en este caso, sería la Ley del Sistema Financiero, como ley intermedia, imposibilitando de ese modo el castigo de los infractores por la vía penal.

El principio de retroactividad de la ley más favorable en materia penal, es reconocido expresamente por el artículo 96 de la Constitución de la República, al decir que la ley tiene efecto retroactivo, solamente en materia penal cuando favorezca al delincuente o procesado, principio que también recoge el artículo 9 del Código Penal,

donde se establece que “las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al procesado, aunque al entrar en vigencia aquellas, hubiere recaído sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo su condena”.

De este modo y volviendo al quid de la cuestión que ahora nos ocupa, se ha venido insistiendo en que la realización de operaciones de intermediación financiera, sin la previa autorización del Banco Central de Honduras, tipificada como delito, al tenor de lo establecido en el artículo 72 de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero (Decreto No. 170-95), dejó de serlo con la entrada en vigor de la Ley del Sistema Financiero (Decreto 129-2004), puesto que en ésta, tal comportamiento no es castigado con una sanción de carácter penal, y que si bien es cierto que mediante Decreto No. 194-2004, se restablece la tipificación de esa figura delictiva en el artículo 394-B del Código Penal, debe operar a favor del reo el principio de retroactividad de la ley más favorable que, en este caso, es la ley intermedia que ha estado en vigor en el espacio temporal que media tras la derogatoria de la ley vigente al momento de comisión del supuesto delito, y la reforma del Código Penal antes apuntada.

Personalmente comparto el criterio de que si una ley intermedia suprime un tipo penal, y con ello se des-criminaliza un determinado comportamiento (*abolitio criminis*)² debe aplicarse retroactivamente, aun y cuando

* Abogado y Notario, D. de Especialización en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, doctor en Derecho, profesor del Programa de Post Grado en Derecho Penal y Procesal de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH).

1 Fecha de su publicación en el Diario Oficial *La Gaceta*.

2 Sobre la llamada *abolitio criminis*, vid. con detalle, FRIGOLS I BRINES, ELISEU, *El Principio de Irretroactividad y la Sucesión de*

una ley posterior, vigente al momento en que ha de proferirse la sentencia definitiva, castigue nuevamente como delito la acción que se le atribuye al encausado; y ello, porque el justiciable no tiene por qué sufrir las consecuencias del retardo que pudiera haberse producido en la solución definitiva del caso por los tribunales, que de haber acelerado el trámite de la causa, hubieran podido aplicar la ley intermedia más favorable, y no la tercera en la sucesión, aun cuando ésta pudiera ser más benigna que la primera³.

Dicho esto, resulta de capital importancia establecer si, efectivamente, la ley intermedia suprimió la figura delictiva objeto de nuestro estudio, en cuyo caso sí sería aplicable el principio de retroactividad de la ley más favorable. La Ley de Instituciones del Sistema Financiero, en su artículo 72, establece:

... Sin perjuicio de lo establecido en otras normas del presente capítulo, las personas naturales o jurídicas que realicen operaciones de intermediación financiera sin la previa autorización del Banco Central de Honduras, otorgada de conformidad con la presente ley, cometerán el delito de estafa....

Por otro lado, el artículo 2 de la misma ley prevé que se consideran instituciones del sistema financiero a las que, en forma habitual y sistemática, se dediquen a la *intermediación financiera*, y por que por lo tanto realicen *operaciones de préstamo e inversión con recursos obtenidos del público en forma de depósitos, bonos, títulos, préstamos y otras obligaciones....*

El 24 de septiembre de 2004 fue publicada en el Diario Oficial *La Gaceta*, y por ende inició su vigencia, la Ley del Sistema Financiero, que deroga la Ley de Instituciones del Sistema Financiero y que, en opinión de algunos

estimados colegas, ha descriminalizado la realización de operaciones de intermediación, sin la previa autorización otorgada por autoridad administrativa.

Un examen detenido de esa ley, revela que en su artículo 70 párrafo *in fine*, establece que *los directores, consejeros, gerentes y funcionarios de las personas jurídicas investigadas, que ejecuten actos de captación irregular de recursos del público, cometerán el delito tipificado en el Código Penal y responderán personalmente de manera solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales derivadas de este hecho*, previendo por su parte, el artículo 68 párrafo primero, que se considerará *captación de fondos del público en forma irregular, la que realicen personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, dentro del territorio nacional, sin estar autorizadas para hacerlo de conformidad con la ley*.

Posteriormente, y en fecha 31 de diciembre de 2004, fue publicado en el Diario Oficial *La Gaceta*, el Decreto Legislativo No. 194-2004, mediante el cual se incorpora por adición al Código Penal el artículo 394-B, donde se establece que *...quien, sin la previa autorización de la autoridad competente, realice operaciones de intermediación financiera, captando recursos del público para prestarlos o darlos a otro bajo cualquier concepto jurídico o modalidad será penado con reclusión de tres (3) a seis (6) años, cuando la intermediación no cause daño a terceros, y de seis (6) a doce (12) años cuando lo cause*.

Un examen detenido de las disposiciones legales antes trascritas, nos lleva a concluir que, al contrario de lo sostenido por algunos distinguidos profesionales del Derecho, la conducta que consiste en la realización de operaciones de captación irregular de fondos del público, hecha de manera habitual y sistemática, que fue tipificada como **delito** en el artículo 72 de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, **continuó siéndolo**, en el **artículo 70 párrafo in fine de la Ley del Sistema Financiero**, como **también lo es en el Código Penal vigente**, si tomamos en cuenta las siguientes razones:

- a) En materia penal, también resultan pertinentes las reglas de interpretación de la ley que aluden al método gramatical y sistemático, previstos en los artículos 17 y 19 del Título Preliminar del Código Civil, con arreglo a los cuales se establece que "...no

Leyes Penales, Una perspectiva desde el derecho comparado, Editorial Jurídica Continental, San José, 2002, p. 215 y ss.

3 Vid. sobre esta cuestión, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARAN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 160, FRIGOLS I BRINES, ELISEU, *El Principio de Irretroactividad y la Sucesión de Leyes Penales. Una perspectiva desde el Derecho Comparado*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2002, p. 227 y ss.

podrá atribuirse a la ley otro sentido, que el que resulta explícitamente de sus propios términos, dada la relación que entre los mismos debe existir y la intención del legislador”, y que “...el contexto de la ley, servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas, la debida correspondencia y armonía...”.

- b) De la lectura detenida del artículo 70 párrafo *in fine* de la Ley del Sistema Financiero no se desprende que la voluntad del legislador hondureño al redactar y aprobar esa disposición legal, haya sido la de descriminalizar una conducta que, como la captación irregular de recursos procedentes del público, realizada de manera habitual y sin previa autorización de la autoridad competente, conlleva un grave peligro tanto para la estabilidad, solidez y credibilidad del sistema financiero, pero sobre todo, para los intereses patrimoniales de miles de pequeños y medianos ahorrantes⁴ e inversionistas, puesto que de manera expresa y tajante, ordena que tal comportamiento sea castigado con una pena, al decir que quienes realicen ese tipo de operaciones cometen un hecho delictivo, siendo evidente que al igual que sucedía con el tipo previsto en el artículo 72 de la ley anterior (Ley de Instituciones del Sistema Financiero), solamente contiene el supuesto de hecho, descriptivo de la conducta prohibida, remitiéndose para consecuencia jurídica, esto es para fijar la pena, a la prevista para el delito de estafa en el Código Penal⁵.
- c) El artículo 86 de la Ley del Sistema Financiero, establece que “...por falta financiera se entenderá toda acción u omisión que contravenga los preceptos de

esta ley, de la Ley de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, Ley del Banco Central de Honduras, de los Reglamentos, Resoluciones y demás disposiciones que emitan la Comisión Nacional de Bancos y Seguros y el Banco Central y *que no constituyan ilícito penal*, de lo cual se infiere que, si de manera expresa, el artículo 70 párrafo *in fine* supracitado exige que la conducta en examen sea castigada como delito, y que por otro lado, en el catálogo de faltas y sanciones administrativas, contempladas en la misma ley (vid. arts. 89 al 102) no se describa como una infracción de tal naturaleza a un hecho de tal gravedad como es la captación irregular de recursos provenientes del público, hecha de manera habitual y sin la preceptiva autorización, nos lleva una vez más a concluir, que con la derogación de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, operada tras la entrada en vigor de la Ley del Sistema Financiero, no se ha producido la despenalización de tal comportamiento

- d) Es ilógico pensar que la negativa a proporcionar información, cuando ésta se requiera en el curso de una investigación iniciada para determinar si una entidad se encuentra realizando operaciones de captación irregular de fondos del público, es castigada como delito, y no lo sea un hecho, indudablemente de mayor gravedad, como es la intermediación realizada sin autorización de la autoridad administrativa (vid. arts. 68 y 69 de la Ley del Sistema Financiero)⁶.

6 De acuerdo a lo establecido en el artículo 68 párrafo tercero de la Ley del Sistema Financiero “... Cuando la Comisión tenga conocimiento o indicios que una persona natural o jurídica, realiza actos captación de fondos del público de manera irregular, exigirá a los presuntos infractores que sin tardanza pongan a su disposición, para inspección y revisión, todos los libros, documentos y cualquier otra información que pueda tener relación con los hechos investigados, de los cuales podrá hacer copias, anotaciones y transcripciones....”, por su parte el artículo 69 párrafo primero de la misma ley prevé que “...si las personas a que se refiere el artículo anterior no le prestan a la Comisión la cooperación requerida por la misma, serán sancionados de conformidad con el

4 Aunque la voz “ahorrante” aún no esté incorporada al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la hemos preferido a la de “ahorrista”, pese a que ésta sí lo está, puesto que no es de uso común en Honduras y en otros países de Latinoamérica.

5 Sobre la estructura de las normas penales, vid. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, Barcelona, 1996, p. 31.

e) Otra circunstancia que abona a la tesis antes expuesta, y que pone en evidencia la voluntad firme del legislador de seguir castigando como delito la captación irregular de recursos procedentes del público, hecha de manera habitual o sistemática, sin la previa autorización de autoridad competente, es que apenas tres meses después de que entrara en vigencia la Ley del Sistema Financiero se produjo la reforma del Código Penal, en la que se incorpora a ese texto punitivo el comportamiento objeto de examen; esta vez, distinguiendo y señalando una pena distinta, según se manifieste la infracción, como un tipo de peligro abstracto, o como un delito de resultado⁷, en el que se aprecie un efectivo perjuicio patrimo-

nial, causado a terceros, en cuyo caso el artículo 394-B de aquel texto normativo asigna una pena de mayor gravedad.

Como conclusión final, podemos afirmar que la realización de operaciones financieras, sin la previa autorización otorgada por autoridad administrativa, no resultó despenalizada con la entrada en vigor de la Ley del Sistema Financiero y que, por tanto, la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable solamente tendría aplicación cuando, dadas las particularidades del caso en concreto, resulte que las normas contenidas en la reforma del Código Penal son más favorables al reo.

artículo 346 del Código Penal, sin perjuicio de cualquier otro delito que resulte de los hechos y de las responsabilidades civiles y administrativas a que hubiere lugar.....

7 Sobre la distinción entre los delitos de peligro y los de resultado, vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARAN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 291.

Estatuto del Juez Iberoamericano

La VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001,

TOMANDO EN CUENTA que la evolución de nuestras sociedades ha llevado a un mayor protagonismo del juez, lo cual exige que el Poder Judicial responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas necesidades.

CONSIDERANDO que el Poder Judicial debe evolucionar hacia la consecución o consolidación de su independencia, no como privilegio de los jueces, sino como derecho de los ciudadanos y garantía del correcto funcionamiento del Estado constitucional y democrático de Derecho que asegure una justicia accesible, eficiente y previsible.

CONSIDERANDO, además, que, a la par de los esfuerzos que se realizan en lo que se ha denominado «Reforma judicial», con la diversidad que en el ámbito iberoamericano se observa, es indispensable dar respuesta a la exigencia de nuestros pueblos de poner la justicia en manos de jueces de clara idoneidad técnica, profesional y ética, de quienes depende, en último término, la calidad de la justicia.

CONVENCIDA de que para el mejor desempeño de la función jurisdiccional, y junto a las disposiciones constitucionales y legales de cada uno de los Estados que componen la comunidad iberoamericana, es necesario que los jueces, independientemente de su orden jerárquico, dispongan de un instrumento que condense, lo más pre-

cisamente posible, los derechos, deberes, condiciones y requisitos que han de acompañarlos y orientarlos en el ejercicio de sus delicadas tareas.

DESEANDO, por último, ofrecer un referente que identifique los valores, principios, instituciones, procesos y recursos mínimos necesarios para garantizar que la función jurisdiccional se desarrolle en forma independiente, defina el papel del juez en el contexto de una sociedad democrática y estimule los esfuerzos que en ese sentido desarrollan los Poderes judiciales de la región.

Aprueba y promulga el siguiente:

ESTATUTO DEL JUEZ IBEROAMERICANO

INDEPENDENCIA

Art. 1 Principio general de independencia

Como garantía para los justificables, los jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se encuentran tan sólo sometidos a la Constitución y a la ley, con estricto respeto al principio de jerarquía normativa.

Art. 2 Obligación de respeto a la independencia judicial

Los otros poderes del Estado y, en general, todas las autoridades, instituciones y organismos nacionales o internacionales, así como los diferentes grupos y organizaciones sociales, económicos y políticos, deben respetar y hacer efectiva la independencia de la judicatura.

Art. 3 Independencia judicial y medios de comunicación

La utilización de los medios de comunicación social con el objeto de suplantar funciones jurisdiccionales, imponer o influir el contenido de las resoluciones judiciales, en condiciones que excedan el legítimo derecho a

la libertad de expresión e información, se considera lesiva para la independencia judicial.

Art. 4 Independencia interna

En el ejercicio de la jurisdicción, los jueces no se encuentran sometidos a autoridades judiciales superiores, sin perjuicio de la facultad de éstas de revisar las decisiones jurisdiccionales a través de los recursos legalmente establecidos, y de la fuerza que cada ordenamiento nacional atribuya a la jurisprudencia y a los precedentes emanados de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos.

Art. 5 Defensa de la independencia judicial

Los atentados a la independencia judicial han de ser sancionados por ley, que deberá prever los mecanismos por medio de los cuales los jueces inquietados o perturbados en su independencia puedan obtener el respaldo de los órganos superiores o de gobierno del Poder Judicial.

Art. 6 Condiciones materiales de la independencia

El Estado garantizará la independencia económica del Poder Judicial, mediante la asignación del presupuesto adecuado para cubrir sus necesidades y a través del desembolso oportuno de las partidas presupuestarias.

IMPARCIALIDAD

Art. 7 Principio de imparcialidad

La imparcialidad del juez es condición indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Art. 8 Imparcialidad objetiva

La imparcialidad del juez ha de ser real, efectiva y evidente para la ciudadanía.

Art. 9 Abstención y recusación

Los jueces tienen la obligación de separarse de la tramitación y conocimiento de asuntos en los que tengan alguna relación previa con el objeto del proceso, partes o interesados en el mismo, en los términos previstos en la ley.

Las abstenciones sin fundamento y las recusaciones infundadas aceptadas por el juez, deben ser sancionadas de conformidad con lo que disponga la ley.

Art. 10 Incompatibilidades

El ejercicio de la función jurisdiccional es incompatible con otras actividades, a excepción de aquéllas admitidas por la ley.

SELECCIÓN DEL JUEZ, CARRERA JUDICIAL E INAMOVILIDAD

Art. 11 Órgano y procedimiento de selección de los jueces

Los procesos de selección y nombramiento deben realizarse por medio de órganos predeterminados por la ley, que apliquen procedimientos también predeterminados y públicos, que valoren objetivamente los conocimientos y méritos profesionales de los aspirantes.

Art. 12 Objetividad en la selección de jueces

Los mecanismos de selección deberán adaptarse a las necesidades de cada país y estarán orientados, en todo caso, a la determinación objetiva de la idoneidad de los aspirantes.

Art. 13 Principio de no discriminación en la selección de jueces

En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, sexo, religión, ideología, origen social, posición económica u otro que vulnere el derecho a la igualdad que ampara a los aspirantes. El requisito de nacionalidad del país de que se trate no se considerará discriminatorio.

Art. 14 Principio de inamovilidad

Como garantía de su independencia, los jueces deben ser inamovibles desde el momento en que adquieren tal categoría e ingresan a la Carrera Judicial, en los términos que la Constitución establezca.

No obstante, podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad física o mental, evaluación negativa de su desempeño profesional en los casos en que la ley lo establezca, o destitución o separación del cargo declarada en caso de responsabilidad penal o disciplinaria, por los órganos legalmente establecidos, mediante procedimientos que garanticen el respeto del debido proceso y, en particular el de los derechos de audiencia, defensa, contradicción y recursos legales que correspondan.

Art. 15 Nombramiento a término de los jueces

Con conocimiento de que algunos países admiten el nombramiento a término de jueces, se aspira a que esta situación se modifique para alcanzar la garantía de inamovilidad en los términos del artículo anterior.

Art. 16 Inamovilidad interna

La garantía de inamovilidad del juez se extiende a los traslados, promociones y ascensos, que exigen el libre consentimiento del interesado.

Excepcionalmente, podrá establecerse en la ley la posibilidad del ascenso o traslado del juez por necesidades del servicio o modificación de la organización judicial o el destino temporal de aquél, por iguales motivos, para reforzar otro órgano jurisdiccional. En casos como éstos, en que prevalece el interés general sobre el particular, deberá garantizarse el respeto del debido proceso.

Art. 17 Objetividad en la conformación de la Carrera Judicial

Los traslados, promociones y ascensos de los jueces se decidirán con criterios objetivos predeterminados en la ley, basados, fundamentalmente, en la experiencia y capacidad profesionales de los solicitantes.

Art. 18 Inamovilidad *Ad Hoc*

La inamovilidad del juez garantiza también, como principio general y salvo aquellos casos expresamente previstos en la Ley que no podrá ser apartado del conocimiento de los asuntos que le estén encomendados.

**RESPONSABILIDAD, INSPECCIÓN
Y EVALUACIÓN DEL JUEZ****Art. 19 Principio de legalidad en la responsabilidad del juez**

Los jueces responderán penal, civil y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en la ley. La exigencia de responsabilidad no amparará los atentados contra la independencia judicial que pretendan encubrirse bajo su formal cobertura.

Art. 20 Órgano y procedimiento para la exigencia de responsabilidad

La responsabilidad disciplinaria de los jueces será competencia de los órganos del Poder Judicial legalmente establecidos, mediante procedimientos que garanticen el respeto del debido proceso y, en particular, el de los derechos de audiencia, defensa, contradicción y recursos legales que correspondan.

Art. 21 Sistema de supervisión judicial

Los sistemas de supervisión judicial han de entenderse como un medio para verificar el buen funciona-

miento de los órganos judiciales y procurar el apoyo a la mejora de la gestión de los jueces.

Art. 22 Evaluación del desempeño

En garantía de la eficiencia y calidad del servicio público de justicia, puede establecerse un sistema de evaluación del rendimiento y comportamiento técnico profesional de los jueces.

Art. 23 Consecuencias de la evaluación negativa del desempeño

El desempeño inadecuado o deficiente en el ejercicio de la función jurisdiccional, debidamente acreditado mediante procedimiento legal y reglamentariamente establecido que prevea la audiencia del juez, puede conllevar la aplicación de periodos de capacitación obligatoria o, en su caso, la aplicación de otras medidas correctivas o disciplinarias.

CAPACITACIÓN**Art. 24 Capacitación inicial**

La capacitación inicial tiene por objetivos la selección de los candidatos más aptos para el desempeño de la función judicial en una sociedad democrática, a través de mecanismos que permitan comprobar las condiciones que debe reunir todo aspirante a la judicatura y la formación de éste en los conocimientos y las destrezas propias de su función, con una orientación teórico-práctica que incluya, en la medida de lo posible, un período de pasantías en órganos jurisdiccionales.

Art. 25 Centros de capacitación

Las Escuelas Judiciales, sea cual sea la denominación que en cada país reciban, deben asumir la responsabilidad de la formación inicial de los jueces, y, en su caso, de los que pertenecen a la carrera judicial siguiendo las indicaciones, en su caso, del órgano superior de gobierno judicial, en cuanto a los propósitos que deben perseguirse con esa formación, diseñando, planificando y ejecutando los programas educativos y valorando sus resultados.

Art. 26 Costos de la capacitación inicial

Los costos de la formación inicial deben ser asumidos por el Poder Judicial, con colaboración, en su caso, de instituciones públicas y privadas procurando, también,

si sus posibilidades económicas lo permiten, facilitar fórmulas de apoyo financiero a los aspirantes a jueces.

Art. 27 Naturaleza y costos de la capacitación continuada

La formación continuada o capacitación en servicio constituye un derecho y un deber del juez y una responsabilidad del Poder Judicial, que deberá facilitarla en régimen de gratuidad.

Art. 28 Voluntariedad de la capacitación continuada

La capacitación continuada puede ser concebida como obligatoria o como voluntaria para el juez, pero habrá de revestir carácter obligatorio en casos de ascenso, traslado que implique cambio de jurisdicción, reformas legales importantes y otras circunstancias especialmente calificadas.

Art. 29 Órgano que tiene encomendada la capacitación continuada

La formación continuada o capacitación en servicio debe ofrecerse a jueces y magistrados a través de las escuelas judiciales, sin perjuicio de que éstas recurran a la colaboración de otras instituciones, públicas o privadas, cuando fuere necesario.

Art. 30 Evaluación en la capacitación

La evaluación de los aspirantes que realicen procesos o sistemas de formación inicial se realizará atendiendo a criterios objetivos, para determinar la posibilidad o imposibilidad del ingreso a la función.

La evaluación de la formación continuada, incorporada al expediente personal del juez, puede constituir un elemento de valoración del desempeño judicial y un criterio de decisión para la promoción y ascenso de los jueces.

Art. 31 Participación judicial en la programación de la capacitación

En la definición de políticas de formación judicial, los órganos competentes deberán tomar en cuenta la opinión de los jueces.

**RETRIBUCIÓN, SEGURIDAD SOCIAL
Y MEDIOS MATERIALES**

Art. 32 Remuneración

Los jueces deben recibir una remuneración suficiente, irreductible y acorde con la importancia de la función que desempeñan y con las exigencias y responsabilidades que conlleva.

Art. 33 Seguridad social

El Estado debe ofrecer a los jueces su acceso a un sistema de seguridad social, garantizando que recibirán, al concluir sus años de servicio por jubilación, enfermedad u otras contingencias legalmente previstas o en caso de daños personales, familiares o patrimoniales derivados del ejercicio del cargo, una pensión digna o una indemnización adecuada.

Es recomendable, en la medida en que las posibilidades económicas lo permitan, la previsión de un sistema de seguridad para los jueces que incluya un seguro de riesgos múltiples.

Art. 34 Recursos humanos, medios materiales y apoyos técnicos

Los jueces deberán contar con los recursos humanos, medios materiales y apoyos técnicos necesarios para el adecuado desempeño de su función.

El criterio de los jueces debe ser tomado en consideración en las decisiones que se adopten sobre el particular, para lo que debe oírse su opinión.

En particular, los jueces deben tener fácil acceso a la legislación y a la jurisprudencia y disponer de los demás recursos necesarios para la rápida y motivada resolución de litigios y causas.

Art. 35 Seguridad personal y familiar

En garantía de la independencia e imparcialidad que han de presidir el ejercicio de la función judicial, el Estado proporcionará los medios necesarios para la seguridad personal y familiar de los jueces en función de las circunstancias de riesgo a que se vean sometidos.

DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL

Art. 36 Derecho de asociación de los jueces

La imparcialidad es compatible con el reconocimiento de la libertad de asociación de los jueces, salvo las excepciones que establezca la Constitución o legislación de cada país.

ÉTICA JUDICIAL

Art. 37 Servicio y respeto a las partes

En el contexto de un Estado constitucional y democrático de Derecho y en el ejercicio de su función ju-

risdiccional, los jueces tienen el deber de trascender el ámbito de ejercicio de dicha función, procurando que la justicia se imparta en condiciones de eficiencia, calidad, accesibilidad y transparencia, con respeto a la dignidad de la persona que acude en demanda del servicio.

Art. 38 Obligación de independencia

El juez está obligado a mantener y defender su independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Art. 39 Debido proceso

Los jueces tienen el deber de cumplir y hacer cumplir el principio del debido proceso, constituyéndose en garantes de los derechos de las partes y, en particular, velando por dispensarles un trato igual que evite cualquier desequilibrio motivado por la diferencia de condiciones materiales entre ellas y, en general, toda situación de indefensión.

Art. 40 Limitaciones en la averiguación de la verdad

Los jueces habrán de servirse tan sólo de los medios legítimos que el ordenamiento pone a su alcance en la persecución de la verdad de los hechos en los casos de que conozcan.

Art. 41 Motivación

Los jueces tienen la inexcusable obligación, en garantía de la legitimidad de su función y de los derechos de las partes, de motivar debidamente las resoluciones que dicten.

Art. 42 Resolución en plazo razonable

Los jueces deben procurar que los procesos a su cargo se resuelvan en un plazo razonable. Evitarán o, en todo caso, sancionarán las actividades dilatorias o de otro modo contrarias a la buena fe procesal de las partes.

Art. 43 Principio de equidad

En la resolución de los conflictos que lleguen a su conocimiento, los jueces, sin menoscabo del estricto respeto a la legalidad vigente y teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos, procurarán atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables.

Art. 44 Secreto profesional

Los jueces tienen obligación de guardar absoluta reserva y secreto profesional en relación con las causas en trámite y con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta.

Le invitamos a escribir en la Revista *Justicia*

Serán bienvenidos los artículos o ensayos sobre cualquier materia de la ciencia del Derecho y de otras disciplinas relacionadas con la Justicia y los Derechos Humanos.

Requisitos:

- Para trabajos sobre Doctrina, una extensión máxima de 20 cuartillas o páginas; y, para otros artículos o ensayos, una extensión máxima de 15 cuartillas.
- Las páginas deberán contener un máximo de 25 líneas.
- Las citas bibliográficas y demás referencias se consignarán en notas de pie de página.
- Deberán acompañarse con un resumen sobre el contenido, no mayor de 15 líneas.
- Los trabajos se enviarán en archivo adjunto, formato Word a:

Consejo de Redacción de la Revista *Justicia*

E-mail: cejhonduras@gmail.com

Actividades desarrolladas por el Centro de Estudios Jurídicos de Honduras (CEJH) durante abril, mayo y junio de 2006

Lunes 26 - miércoles 28 de junio

Asistencia de una comisión del CEJH, integrada por once compañeros jueces y magistrados de Cortes de Apelaciones, a las audiencias públicas del XXIX Período Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizadas en San Salvador, El Salvador.

Jueves 1 de junio

Conversatorio sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, impartido por Marcela Martino y Alejandra Nuño, abogadas del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en San Pedro Sula. Asistieron jueces, magistrados, fiscales y defensores.

Sábado 27 de mayo

III Taller de Análisis y Discusión sobre la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, realizado en el local de la Sociedad Cívica y Unionista “La Juventud”, en San Pedro Sula. Asistieron jueces y magistrados.

Jueves 18 de mayo

Presentación de la Revista *JUSTICIA* en la sede del Colegio de Abogados de Honduras en La Ceiba, Atlántida. Asistieron jueces y magistrados.

Viernes 12 de mayo

Presentación de la Revista *JUSTICIA* en la Librería Caminante de San Pedro Sula. Asistieron fiscales, defensores y representantes de la sociedad civil.

Miércoles 10 de mayo

Presentación de la Revista *JUSTICIA* en la sede del Colegio de Abogados en la ciudad de Santa Bárbara. Asistieron jueces y magistrados.

Jueves 4 de mayo

Presentación de la Revista *JUSTICIA* en el Salón de usos múltiples del Edificio Judicial de San Pedro Sula, exclusivamente con jueces y magistrados de la zona.

Lunes 24 de abril

Presentación de la Revista *JUSTICIA* en la Sala de Juicios Orales de la ciudad de Comayagua. Asistieron jueces, magistrados y estudiantes.

Martes 25 de abril

Presentación de la Revista *JUSTICIA* en el Centro Loyola de Tegucigalpa, con asistencia de jueces, magistrados y representantes de la sociedad civil.

Sábado 1 de abril

II Taller de Análisis del Anteproyecto de la Ley del Consejo de la Judicatura, realizado en el local de Cáritas, en San Pedro Sula. Asistieron jueces y magistrados