

PROPUESTA DE PRINCIPIOS Y REGLAS PARA UNA REFORMA PROCESAL PUNITIVA.

Por: Dr. **SILVIO GUERRA MORALES**

Universidad de Panamá.

Facultad de Derecho.

I

DE ALGUNAS HERRAMIENTAS E INSTRUMENTOS.

Toda tarea que tiende a la redacción de un nuevo estatuto procesal en la materia civil, penal, etc., demanda que, *prima facie*, dispongamos de una serie de recursos intelectuales que nos permitirán redactar propuestas de normas cónsonas con las actuales tendencias del derecho procesal. No se trata de la adecuación de nuestra legislación por el prurito afán de seguir los lineamientos de las “tendencias doctrinarias” o copiar normas de otras legislaciones, caso de asistimos del Derecho Comparado, sino de considerar qué es aquello que resulta verdaderamente operativo y práctico para nuestra administración de justicia –como órgano- y para la sociedad –los usuarios del sistema de justicia-. Sin embargo, sugerimos los siguientes instrumentos:

1. CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Su importancia radica en legislar en armonía a las disposiciones constitucionales y no a contrapelo de la Constitución. Es nefasta toda actividad legislativa o judicial que se desenvuelve de espaldas a la normativa constitucional. Norberto Bobbio, célebre jurista y prolífico escritor italiano, ha denunciado la proclividad de las cortes de nuestros países a justificar la ley frente a la Constitución y no la Constitución frente a la ley –esto es la defensa de la norma de normas. Este es uno de los grande males de la actual jurisprudencia panameña: en no pocos casos ha salido triunfante lo torcido de la ley frente al sentido y alcance

del texto constitucional. El empleo de la Constitución como herramienta primaria permite que toda la actividad de reforma este orientada por el sentido de “**constitucionalizar el proceso**”.

2. PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA DE 1988.

Obra de los juristas procesalistas FERNANDO DE LA RUA, JAIME BERNAL CUELLAR, JULIO B.J. MAIER y ADA PELLEGRINI GRINOVER, contiene las bases sólidas para todo proyecto de reforma que se intente en nuestras naciones.

3. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (C.A.D.H.).

Contiene disposiciones –fundamentalmente el Artículo 8- que permite orientar la idea del debido proceso. Las constituciones, generalmente, no brindan definiciones, pero lo expresado en este artículo constituye la espina dorsal para replantear el debido proceso en la futura legislación procesal punitiva.

4. EL PROPIO LIBRO III DEL ACTUAL CÓDIGO JUDICIAL.

Es menester pasar revista a las actuales disposiciones. Leer y releer los contenidos de las normas. Mejorar la redacción de éstas. Hacer que esos contenidos se adecuen o adapten a fines y propósitos constitucionales en lo que toca al juzgamiento.

5. LA JURISPRUDENCIA PATRIA.

Esta juega un importante papel orientador. Las interpretaciones positivas que haya hecho la Corte pueden servir de fundamento para algunas reformas. No perdamos de vista que en otras latitudes, v.gr. Colombia, la Corte puede reponer el texto de la norma. Se trata de cortes que legislan previo conocimiento y determinación de la inconstitucionalidad de las leyes y demás actos sometidos a su conocimiento. Creemos que en nuestro medio existen suficientes fallos o decisiones que permitirían nuevas redacciones de normas.

6. EL DERECHO COMPARADO.

Países como Argentina, Brasil, Colombia, México, Uruguay, Paraguay, España, Italia, Holanda, Portugal, etc., han introducido importantísimas reformas a sus respectivos ordenamientos procesales en materia punitiva. Bueno y saludable sería examinar esos textos a efectos de ver qué de ellos podría ser aplicado a nuestro medio jurídico y social.

7. LA OPINIÓN DE LOS JURISTAS ESPECIALIZADOS EN LA MATERIA.

Ellos, más que cualquier otra persona, pueden introducir opiniones que podrían, a su vez, generar cambios positivos en la legislación y hacer nacer nuevos paradigmas en nuestro proceso punitivo. Fundamentados en la experiencia y en el espíritu crítico que suele dar la práctica forense diaria en los tribunales saben cuáles son las debilidades y falencias del sistema. Se forman un sentido agudo de las instituciones forenses y se encuentran en capacidad de formular críticas reformistas. Los docentes de las facultades de derecho que enseñan derecho procesal punitivo tienen mucho que aportar en esta loable tarea. Por necesidad y conveniencia deberían ser consultados.

8. EL CÓDIGO PENAL.

En el Código Penal patrio existen muchas disposiciones que pertenecen al ámbito procesal. Es el caso de la suspensión de penas y el reemplazo de penas cortas privativas de la libertad. Hay que excluirlas del mismo y pasarlas al ámbito procesal.

9. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE DICIEMBRE DE 1997.

Obra redactada por el distinguido Profesor Dr. Carlos Enrique Muñoz Pope, la conspicua Licda. Lenis Ortega y el siempre bien ponderado y Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia Dr. Américo Rivera. Este anteproyecto contiene una serie de sugerencias -anteproyectos de normas- que permiten la adecuación del proceso panameño a principios rectores adscritos al garantismo penal y procesal. Por ejemplo, se imposibilita que el juez que libra el auto de llamamiento a juicio sea quien juzgue. El juez que llama a juicio y luego aparece, como ocurre actualmente, juzgando, violenta y quebranta toda imparcialidad y vulnera, al mismo tiempo, la garantía del juez natural.

9. EL SENTIDO COMÚN.

El menos común de los sentidos, pero necesario en toda actividad reformista. La reforma debe abordarse con espíritu sencillo, diáfano, transparente, noble, humanístico, solidario. La pedantería y la falsa erudición y aún cuando ésta sea real pero mal orientada, en nada contribuyen en el procedimiento de formación y producción de normas positivas y beneficiosas para la sociedad.

II
DE LA CUESTION IDEOLOGICA.

El proceso, quiérase o no, es un fenómeno político. El Estado, dependiendo de la posición que adopte respecto al proceso, siempre estará presente. La jurisdicción es esencial al concepto del Estado. Más todavía, hay autores que sostienen que sin jurisdicción no hay soberanía, lo cual es muy cierto. La cuestión ideológica siempre trasunta en lo político. La célebre **Relación Gramsci**, que en la Italia de los cuarenta inspiró el Código Procesal Civil, está plagada de un matiz político y ella sirvió para impulsar reformas fascistas dentro de los procesos en Iberoamérica, por ello es que en algún momento de la historia judicial, se denominó al proceso italiano como "**el nuevo proceso**". Ni Carnelutti ni Calamandrei, ni los hermanos Rocco, ni el propio Chiovenda, soslayaron esta realidad. En Italia, Franco Chipriani, de la Universidad de Vari, ha revelado cuestiones muy importantes sobre el carácter de las reformas procesales en la Italia de los cuarenta y ha puesto de manifiesto el carácter fascista de las mismas. Siendo esto así, es importante que cuando se proyectan reformas al proceso punitivo, civil, etc., hagamos una tarea de regulación que colinde con la excelencia. La mediocridad debe quedar marginada conjuntamente con la improvisación, los intereses políticos, la mediación del Estado, etc. Que el Juez no sea un instrumento de los políticos o que quede a las veleidades del poder político de turno es una cuestión que debe quedar expresamente estipulada mediante un catálogo de prohibiciones y sanciones. Que tampoco las partes controlen al Juez. **Armonía** y **equilibrio** en la relación jurídico procesal resultan ser las notas caracterizantes, consustanciales para que el método heterocompositivo de debate dialéctico funcione.

Es menester que la **igualdad** entre las partes rija como principio consustancial dentro del proceso; la sustanciación del proceso implica el contradictorio; la moralidad del debate que cursa en el procedimiento es importantísima; la independencia del juzgador es la base presupuesta para la verdadera administración de justicia que dispensa el Estado a toda una sociedad. La tutela de los derechos de los particulares cuyos bienes jurídicos han sido objeto de un delito no se puede alcanzar sino a través del proceso, del debido proceso. Pero, por otra parte, el acusado o inculpado no puede serlo sino a través de la certeza y la indubitable prueba de su autoría o participación criminal. El proceso no puede ser un terreno abonado para que se siembre, germine y se desarrolle la conjetura, la duda, la incertidumbre o que la persecución sea sin fundamento ni prueba y que los ciudadanos vivan temerosos, asustadizos frente a sus jueces. La sociedad debe confiar en sus jueces. Cuando esa confianza se pierde la administración de justicia queda siendo juzgada por los propios usuarios del sistema. Confianza en el sistema es sinónimo de buenos jueces y magistrados. La desconfianza genera incertidumbre; duda en las decisiones; carencia en el desarrollo del país.

El Juez no puede, a través de sus sentencias, sembrar incertidumbre ni desasosiego en la sociedad. La certeza jurídica se impone como un norte de la administración de justicia. La tutela jurisdiccional requiere de la eficacia y certeza del Derecho. El Derecho se argumenta y el "derecho" se prueba". Esto determina, al mismo tiempo, una cuestión de política procesal cónsona, armoniosa, con un **sistema procesal eminentemente acusatorio**.

Lo acusatorio, contrario a lo que se pueda pensar, no excluye la figura del denunciante que sin ser parte en el proceso se presenta, de modo eventual, como víctima. Ahora, nada impide que un denunciante se convierta en querellante si así lo estimare conforme a sus intereses en el proceso. La víctima, propiamente tal, puede actuar a través de la figura del querellante. Esta última es una reminiscencia del antiguo acusador privado y particular. Hay quienes sostienen –alguna línea de pensamiento colombiano– que la presencia de la víctima en el proceso que actúa como parte querellante y por la otra la del Ministerio Público a través de sus personeros o fiscales, traduce el resquebrajamiento del proceso en cuanto toca al principio de la igualdad. Sostiene, tal forma de pensar, que el acusado se enfrenta dos contrarios y no a uno perdiéndose con ello toda igualdad. El problema no radica en que sean dos: la cuestión va por otro lado. Se trata de dos contrarios que mantienen pretensiones jurídicas diversas: uno que dice actuar en nombre del Estado o de la sociedad y el otro que actúa sobre su condición de titular del interés jurídico protegido por la norma jurídica. El primero reclama la paz social, el sosiego doméstico, la prevención especial del Derecho Penal, etc.; y el segundo, pide un castigo para quien ha violentado uno de sus bienes jurídicos y además requiere la indemnización de los daños y perjuicios (acción civil) en el proceso punitivo). Si el Ministerio Público enarbola la pretensión punitiva de la víctima, se preguntan, qué sentido tiene que la víctima enarbole lo mismo?

Este fenómeno no debe ser confundido con el concepto de parte plural y parte singular que indica la presencia de más de un sujeto en la calidad de parte demandante o parte demandada. Obsérvese que en este caso, sobre todo en lo procesal civil, lo que hay de por medio es una sola pretensión reclamada por varios o varios que se oponen a la pretensión. No ocurre esto en el proceso penal en donde partes diversas, variadas, reclaman pretensiones distintas. Además, toca un último contra argumento: si ya el Ministerio Público pidió la condena, por qué uno más que la pida?. De todos modos, hay una realidad: el Estado se ha hecho parte o partícipe de un movimiento mundial, nacido en el seno de la ONU, que propugna por la defensa, seguridad, protección y tutela de la víctima de un delito en el plano del proceso punitivo.

En consecuencia, si la víctima quiere actuar en el proceso debe hacerlo enarbolando la querella, sea particular, adhesiva o conjunta. Si el Estado quiere propiciar la personería jurídica para que los represente bien puede hacerlo, pero no podemos soslayar que a la víctima, en la mayoría de los casos, la defiende el Ministerio Público.

De modo tal que, se impone como sistema necesario para las reformas judiciales, en cuanto atañe al proceso punitivo, la plena vigencia del sistema acusatorio matrimoniado con una concepción garantista del proceso. Por **garantismo procesal** no se puede entender otra cosa que la plena vigencia de las garantías penales y procesales reconocidas por la Constitución, los pactos y convenios en materia de Derechos Humanos –el proceso es un derecho humano- a las partes que litigan respecto a un mismo bien de la vida en el plano del proceso. Se trata de una concepción **numerus apertus**.

Algunos han querido calificar este garantismo procesal como un proceso democrático o humanitario. Ni una ni otra cosa. El humanitarismo es una cosa y la democracia otra. Si fuese por humanidad todos los culpables serían declarados inocentes o le daríamos la razón absoluta a todas las víctimas y si fuese por democracia podríamos llegar a darle a la sociedad el derecho de juzgar o de absolver cuando lo estime necesario. La tutela efectiva jurisdiccional, insistimos, se distingue por hacer una clara lectura de las garantías, principios y reglas que rigen el desarrollo de un proceso y que ostentan su recepción legislativa, de allí la positivación de estas garantías.

Ahora bien, en el plano del proceso han encontrado acomodo muchos conceptos del Derecho Natural, pero téngase presente que una vez han sido recepcionados en la legislación pasan a ser efectivas normas jurídicas de Derecho Positivo. Así por ejemplo "el trato digno" a la persona el acusado -básicamente y ello no obstaculiza el trato digno a la víctima- es un predicado de derecho natural; postular la idea de que "no hay pena sin culpabilidad"; que "la inocencia se tiene como un estado natural del hombre"; que "la pena no debe recaer en el cuerpo del inculgado", etc., son cuestiones propias del derecho penal objetivo y del procesal que echan sus raíces en el derecho natural.

En consecuencia, el sistema acusatorio pone de manifiesto que el Estado debe ser propiciador de dicho sistema de garantías, de su plena efectividad; que el Juzgador debe ser independiente y moral; que no puede haber o existir proceso alguno sin previa acción de parte; que la jurisdicción se hace partícipe del litigio cuando una de las potenciales partes acude mediante la acción procesal punitiva; que todo inculcado, denunciado, acusado, imputado tiene derecho a la defensa técnica o letrada -abogadil-; que el debido proceso no es patrimonio de

una de las partes –de quien es acusado o demandado- sino que es patrimonio para todos los que mantienen la condición de partes en el proceso –demandante y demandado, acusador y acusado y que por extensión se aplica todo aquel que interviniendo en un proceso (terceros) ha sido sujeto del quebrantamiento de una garantía en el proceso; que el acusado conoce quién es su acusador y cuáles son los cargos debidamente fundados; que el proceso no es secreto sino público –ese concepto de “público” entraña la publicidad del proceso-; las partes tienen derecho a saber quién su juez (**Juez Natural**: el predeterminado por la Constitución y la Ley y que está dotado de competencia para atender un determinado caso; se excluyen los jueces y fiscales **ad hoc**).

Ahora bien, será el proceso una ideología. La respuesta es no. La pretensión política de dominarlo es lo que ha hecho que se confunda una cosa y la otra. La lucha actual de los procesalistas debe ser la procura de su carácter científico y técnico sin que la mediación del Estado tergiversa la racionalidad y la logicidad del proceso.

Hay que descartar eso que erráticamente se ha llamado el “sistema procesal mixto contemporáneo”. Este sistema es perverso. Trata de aplicar, en el plano del proceso, principios, reglas y conceptos tanto del sistema inquisitivo como del sistema dispositivo. La doctrina más autorizada ha puesto en evidencia que se trata de dos sistemas que se contradicen en todo sentido: política, ideológica, filosófica e históricamente. Para comprender: ¿cómo puede mezclarse el agua y el aceite? Los químicos responderían que al ser ambas sustancias inmiscibles ello es imposible. Igual sucede con estos dos sistemas. No pueden, quienes tienen la responsabilidad de establecer las bases para

los nuevos paradigmas judiciales del país, proyectar normas procesales sobre esta filosofía anticrética, contradictoria e ineficiente.

El sistema procesal mixto contemporáneo ha servido de sostén para todas las alimañas y críticas que se le formulan a la justicia penal de nuestros países. En dicho sistema anidan el autoritarismo, la persecución sin bases; el despotismo de los fiscales y jueces; la pedantería sin límites de no pocos fiscales y jueces; la prepotencia y la soberbia de ellos; el vislumbrar al acusado como el monstruo del proceso; el sometimiento de no pocos jueces a los pareceres y dictámenes de los fiscales; que los jueces se sientan intimidados por el Ministerio Público; que la independencia del juez sea una utopía en el proceso merced a las influencias de toda naturaleza que suelen darse en la secuela del proceso, etc.

II

DEL GARANTISMO QUE EMERGE DE LA PROPIA CONSTITUCION.

Se ha querido, por parte de algunos detractores del garantismo procesal y penal, acusar a esta tendencia de producir un retorno caprichoso al sistema acusatorio. En realidad, sin conocer los postulados y fundamentos teóricos y científicos de esta tendencia procesal, tales detractores soslayan que el proceso es en sí mismo una garantía natural que nace, si se quiere, en el contractualismo ilustrado de Hobbes, Locke, Rousseau y otros pensadores. Claro está, en cada uno de estos pensadoras tiene una perspectiva distinta, pero lo cierto de todo es que el proceso representa una garantía de juzgamiento atendiendo a un mínimo de condiciones y pautas, reglas y principios, cuya inobservancia permite catalogar al Estado, a los operarios del sistemas judicial, como

arbitrarios o déspotas, autoritarios. Ahora bien, no todo "proceso" es una garantía. Lo será aquel que satisface el catálogo de principios y reglas reconocidos en la propia Constitución Nacional, en los pactos y convenios en materia de derechos humanos que han sido ratificados por nuestro país. Por eso hicimos énfasis en señalar que este sistema de garantías se entiende **numerus apertus**. En algunas latitudes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opera por encima de la Constitución y en otros con rango constitucional o la par de la Constitución. En Guatemala, por ejemplo, prevalece sobre la Constitución cuando se trata de los derechos humanos (Artículo 46 C:N); rango constitucional en Argentina (Artículo 25, Num.22 C.N.). Lo cierto de todo es que los tratados en materias de derechos humanos ejercen una influencia decisiva en la formación e integración del derecho procesal punitivo de una nación. El nuestro no escapa de esta realidad. Deben, en consecuencia, redactarse disposiciones que al tenerse como rectoras -normas preliminares- del primer título de un Código Procesal Punitivo traduzcan ese galantismo que de modo previo se hallan estatuidos en nuestra Constitución y pactos internacionales. Esas normas, que hemos llamado rectoras, deben fijar, sin dubitaciones, que el proceso traduce la idea lógica de dos partes, antagónicas, opuestas, contendientes o contendoras, que debaten respecto a un mismo bien de la vida -bien jurídico- en un plano de absoluta y perfecta igualdad. Que ese debate -prosiguiendo- lo realizan o efectúan frente a un tercero independiente, imparcial e imparcial -que no es parte- llamado juez o árbitro. Que el Juez está llamado a ser el director del proceso y no su dictador. Que el Juzgador sea un defensor encomiable de las garantías. En Argentina y en Colombia se ha creado, vía legislación, la figura del Juez de las Garantías. Este Juez actúa, previo pedido o denuncia, de un particular que ante él concurre expresando que se le ha violentado una garantía constitucional por parte del agente

de instrucción o de investigación criminal. A nuestro juicio, no hay necesidad de crear más cargos. El Juez Natural, el ordinario, el que conoce y juzga, ese y nadie más que él, debe ser el gran adalid en la defensa de las garantías constitucionales y legales que han sido objeto de violación en la secuela del proceso e, inclusive, previo a su nacimiento. Los jueces necesitan, luego, darse un baño de garantismo constitucional y legal. La legislación debe desarrollar la normativa constitucional y no ir a contrapelo de ésta.

III

DE LA FIGURA DEL ACUSADO

Y SUS IMPRECISIONES CONCEPTUALES Y LEGISLATIVAS.

Sobre la persona del acusado se han tejido muchos conceptos y apreciaciones tanto en el plano de la doctrina como en la legislación. En un principio se predicó que el proceso por el que atraviesa el inculcado es una verdadera pena. Se desarrolló la teoría del proceso como pena. También se vislumbró al acusado de perpetrar un delito, una vez se le sometía a los rigores de la declaración indagatoria, como un objeto del cual podían emerger pruebas o adquirirse pruebas. La doctrina tuvo que salir en la defensa del acusado y ponderar la idea de que la declaración indagatoria es un **medio de defensa del acusado** y no, contrario a lo que se venía suscitando, un medio de prueba.

Tanto el derecho penal sustantivo, la criminología así como también el derecho procesal punitivo han querido ponerle etiqueta propia al acusado. Así pues, el derecho penal lo denomina sujeto activo del delito; la criminología lo califica de inculcado y el derecho procesal, dependiendo del estado o desenvolvimiento del procedimiento penal, lo nombra como el indiciado, inculcado, acusado, indagado, querellado,

denunciado, procesado, imputado, etc. El nombre correcto que hay que darle a toda persona a la cual se le atribuye la comisión o participación en un hecho punible es el de **imputado**. Esta denominación se compadece con la etimología de la palabra "imputar", del latín **imputatio** que quiere decir "atribuir, adjudicar, achacar". De modo tal que es **imputado** todo aquel sujeto capaz a quien se le atribuye, en el plano del proceso punitivo, la realización de la conducta prescrita en la norma penal sustantiva o tipo penal. Cuando no existe tal imputación, esto es que, la acusación se presenta débil tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, la persona puede ser, si acaso existen los indicios, un "indiciado". Si ha sido llamado a juicio es un "procesado". **Querellado** será aquella persona en contra de quien se ha incoado una querrela criminal y ésta ha sido debidamente admitida y dada en traslado a la persona a efectos de que conteste la misma. Solamente cuando se surte el traslado, mediante la notificación personal al querrellado, es que podemos hablar de la existencia de esta condición. Podríamos decir que es en este momento que se traba la **litis** penal.

La doctrina y la jurisprudencia patria han querido hacer recaer la condición de imputado en la persona que habiendo sido sujeto de una declaración indagatoria se le tiene como presuntamente autora, coautora, cómplice o partícipe de un hecho punible. En consecuencia, se ha afirmado que los derechos de parte acusada solamente empiezan cuando ha adquirido tal condición en el curso del procedimiento penal. Esto constituye una irredención en el proceso punitivo. La norma de **lege ferenda** -proyecto de norma- tiene que preceptuar que toda persona a quien se le atribuye, imputa o relaciona en un expediente con la comisión o ejecución de un hecho punible tiene derecho a ejercitar todos los mecanismos propios de una defensa letrada a fin de defender su dignidad y honra y ello con total y absoluta prescindencia de la

existencia o no de una orden de receptar por parte del despacho de instrucción la respectiva declaración indagatoria. Ello se hace extensivo a todo aquel que teniendo conocimiento fundado o no de que es mencionado en un expediente o investigación penal y para que, de este modo, tenga libre acceso a la investigación y pueda determinar, por cuenta propia o mediante asesoría letrada que lo asista, si ello es así efectivamente.

Se requiere expresar, por otra parte, en un proyecto de norma preliminar que siempre se tendrá por digna a la persona del imputado o acusado y que el hecho de que ésta enfrente una denuncia, querrela o investigación de oficio no restringe, limita, constriñe o minimiza la condición de ser digno del investigado, sumariado, imputado, procesado o condenado. Se trata de proyectar la dignidad, como derecho humano consustancial e inherente al ser humano, en el plano del proceso. Hay que erradicar esa perniciosa idea de que cuando se enfrenta un proceso punitivo "otro ángel ha caído del cielo". Estos son resabios nefastos de un sistema inquisitivo que opera con la idiosincrasia y psicología del nunca bien recordado Santo Oficio del medioevo.