

Exposición de Motivos

Anteproyecto de Código **Procesal Penal** Paraguay

INTRODUCCIÓN

La implementación de la reforma procesal penal en Paraguay nos ha permitido abrazar los principios fundamentales del sistema acusatorio. La separación de funciones, la oralidad en los juicios, la publicidad de los procesos y la presunción de inocencia son pilares que garantizan un proceso justo y equitativo. Estos principios, forjados a lo largo de los años, representan un hito histórico en nuestra búsqueda de una justicia penal basada en la imparcialidad y la protección de los derechos fundamentales. Es esencial resaltar el papel fundamental que la reforma procesal penal ha desempeñado en la salvaguardia de la dignidad humana.

En estos 25 años de la “Reforma Procesal Penal”, reafirmemos nuestro compromiso de seguir avanzando en la consolidación de una mejor justicia. Trabajemos juntos para fortalecer nuestras instituciones y garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

Aprovechemos esta oportunidad para reflexionar sobre nuestros logros, identificar desafíos pendientes y fortalecer nuestro compromiso con una justicia transparente y respetuosa. Sigamos avanzando juntos hacia un futuro en el que la dignidad humana sea el eje central de nuestro sistema judicial.

Destacamos la importancia de las ideas plasmadas en la “Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Procesal Penal para la República del Paraguay”, que encierran la visión y los ideales que guiaron esta transformación en nuestro sistema de justicia penal. Rescatar y mantener presente esta exposición de motivos es crucial para que las nuevas generaciones puedan proyectar el futuro de nuestro sistema de justicia, pues en ella encontramos los cimientos sobre los cuales se erige nuestro sistema acusatorio. Estas ideas son un recordatorio constante de la importancia de preservar la dignidad humana y de promover la equidad y la justicia en nuestra sociedad.

Centro de Estudios Judiciales (CEJ)

Julio, 2023.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

INTRODUCCIÓN

1. En 1946, Víctor B. Riquelme, el Profesor de Derecho Procesal Penal que con su «Instituciones» y desde la cátedra formó desde entonces a las sucesivas generaciones de abogados paraguayos, criticaba del sistema procesal vigente, el exagerado predominio del modelo inquisitivo. «Este defecto gravísimo -resaltaba Riquelme-, socava la esencia de los principios que proclama la Carta Fundamental, que en diversos preceptos busca la efectiva realización de las normas democráticas»¹.

2. Hemos seleccionado esa cita porque ella destaca, con claridad, el punto central del problema actual: el proceso de democratización del país reclama, con urgencia, una transformación de su sistema judicial. No se trata de un simple cambio técnico, de la adopción de doctrinas modernas, de un recambio de personas o de una adaptación de nuestras instituciones al espíritu del tiempo. Lo que necesitamos -y debemos hacer- es reflexionar con profundidad y seriedad acerca de la función, el lugar y la organización de la administración de justicia en el contexto de la nueva sociedad democrática que busca construir el Paraguay.

3. Por supuesto que ello es mucho más que un problema procesal, pero también es una cuestión que atañe al proceso penal. Retomando la famosa frase de James Goldschmidt - que nuevamente Riquelme se encarga de recordarnos- «Los principios de política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una

¹ Víctor B. Riquelme; «Instituciones de Derecho Procesal Penal», Tomo I, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946, pág. 119.

nación, no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya de uno, ya de otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso, en su tránsito del pasado al futuro del Derecho»².

4. Desde esa perspectiva, y con ese espíritu, hemos desarrollado esta propuesta de «Anteproyecto de Código Procesal Penal» que presentamos para su discusión. Él se basa, así lo creemos profundamente, en los principios fundamentales de la Constitución de 1992, que establece las nuevas bases de nuestra sociedad política y busca una transformación profunda y estructural de la justicia penal. No hemos seguido el camino de las reformas parciales, de los parches insustanciales o de los meros cambios de palabras; al contrario, proponemos un cambio estructural, global y profundo, que remueva desde sus cimientos las viejas prácticas del sistema inquisitivo, que hunden sus raíces en el Estado colonial.

5. Con ello no creemos habernos apartado de la tradición jurídica y política de nuestro país, salvo para aquéllos que confunden las formalidades rutinarias de los tribunales con la cultura nacional. Desde el inicio del pensamiento independentista la construcción de la República ha sido una de nuestras tradiciones políticas y jurídicas, y a esa tarea se han consagrado las más ilustres personalidades de nuestra historia. Sin embargo, después de casi dos siglos, tenemos aún una grave deuda con la República: construir, precisamente, una administración de justicia republicana, que ejerza su poder públicamente, que sea respetada por la sociedad y esté dispuesta a cimentar los valores de la tolerancia y el respeto a la dignidad humana; en fin, construir un Poder Judicial que, como señalaba Tocqueville, esté en

² Riquelme, op. ct. pág. 40.

condiciones de convertirse en una de las grandes razones de la prosperidad de una república democrática³.

6. Como es usual y corresponde a una buena técnica legislativa, hemos tomado en cuenta la legislación comparada, los proyectos anteriores y nuestras leyes y jurisprudencia. En este sentido, puede decirse que este Anteproyecto se inscribe dentro de la corriente conformada por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, tras casi veinte años de trabajo, el Código Procesal Penal Italiano, la reforma a la Ordenanza Procesal Penal Alemana, el procedimiento abreviado, introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, el Código Procesal Penal de Guatemala, los nuevos Códigos Procesales Penales de las Provincias de Córdoba y Tucumán, de la Argentina, el Proyecto de Código Procesal Penal del Ecuador y el Proyecto de Código Procesal Penal de la República de El Salvador.

7. También hemos tomado en cuenta el Anteproyecto de Código Procesal Penal para el Paraguay, elaborado por el Profesor Riquelme (1952) para algunas instituciones en particular -aunque no lo hemos seguido en sus líneas generales, ya que responde a otra época y a otra realidad-, y hemos atendido a la actual legislación y la jurisprudencia, en tanto ellas se apartan o moderan al sistema inquisitivo que se quiere remover de raíz. En términos generales, se puede decir que ello significa adoptar el sistema acusatorio, con las modalidades específicas que reclama nuestra realidad y dejar totalmente de lado el actual sistema inquisitivo.

³ Alexis de Tocqueville: “La democracia en América”, traducción de Luis R. Cuellar, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pág. 307.

8. Este es un texto para ser plenamente discutido por la sociedad. Queremos destacar este hecho, porque también significa un cambio importante. Tradicionalmente se ha entendido que estos temas son puramente técnicos y que sólo un grupo selecto de abogados especialistas podían opinar con provecho. No concordamos con esta opinión. Al contrario, creemos que el problema judicial es un problema que atañe a todos los ciudadanos y que nadie puede ser indiferente al modo como se ejerce el poder penal del Estado. Por supuesto que existen problemas técnicos, y por ello ponemos este texto a consideración de los especialistas. Pero la publicidad y oralidad de los juicios, la celeridad procesal, los derechos del imputado, la defensa de los intereses de la víctima, el papel del Ministerio Público, la lucha contra la impunidad y otros tantos temas vinculados directamente al sistema procesal no son puramente técnicos, y por ello presentamos el texto a consideración no sólo de la comunidad jurídica sino del conjunto de la sociedad.

9. La construcción de una administración de justicia democrática comienza con una discusión tolerante y abierta sobre las distintas posibilidades de solución: ese es el sentido final de esta convocatoria y de la difusión que proponemos darle al Anteproyecto. Con ello esperamos que la preocupación mancomunada de los distintos sectores, permitirá mejorar sustancialmente esta propuesta preliminar que sin duda requerirá de cambios, ajustes, correcciones y aclaraciones. Hasta donde nos ha sido posible revisar hasta el momento, no hemos encontrado contradicciones. Algunas redundancias son intencionales, cuando la vigencia de cierta institución debe ser insistida. No podemos descartar que existan lagunas en el texto que proponemos, aunque se debe tener en cuenta que en todo momento hemos optado por una redacción no reglamentarista, que oriente, pero a la vez deje espacio a una jurisprudencia rica y abundante. Nos parece que ello genera un sistema más flexible y más adaptable a una sociedad en un proceso de cambio acelerado.

10. Finalmente, no queremos ocultar que este es un Anteproyecto elaborado por gente joven, a quienes no se les podrá reprochar falta de experiencia, y de preocupación y seriedad al momento de tomar las decisiones adoptadas, aunque no se concuerde con nuestra propuesta. Hemos atendido a la jurisprudencia y a la literatura jurídica producida en el país -no muy abundante, por cierto- y también hemos solicitado ayuda técnica, cuando los problemas eran complejos o nos faltaba información. Nos ha parecido importante anotar el Anteproyecto con citas y pensamientos del Profesor Víctor B. Riquelme, no sólo para demostrar que muchas de las instituciones y los cambios ahora presentados ya eran reclamados cincuenta años atrás, sino porque sería injusto que se discutiera en el Paraguay una reforma procesal penal sin tener en cuenta -incluso para contradecirlo- el pensamiento del principal procesalista que hemos tenido y cuya obra nos ha servido de base a todos, aunque ahora necesite de crítica y actualización. A través de este tributo, también queremos dejar expresado nuestro agradecimiento a los Profesores que nos formaron y nos acercaron a los problemas procesales, los Dr. Jerónimo Irala Burgos, Alejandro Encina Marín y José Emilio Gorostiaga.

11. Esta es una propuesta abierta. La reforma procesal penal será más fructífera si la precede una discusión profunda y seria. No aspiramos al consenso de todos, pero sí a que todos atiendan las razones que inspiran este cambio. No existe ninguna legislación perfecta; ni siquiera contamos hoy día en nuestro país con la base estadística y los instrumentos de información y análisis empírico necesarios para determinar tendencias sociales, más o menos seguras. Sin embargo, las líneas maestras de la nueva justicia penal que proponemos no surgen inductivamente de necesidades sociales, sino que es el resultado de la derivación política de postulados constitucionales, que hacen al sustento básico de una sociedad pluralista, democrática, tolerante y con capacidad para solucionar sus conflictos en el

marco del Derecho y con la menor cuota de violencia posible.

NECESIDAD DE TRANSFORMAR LA JUSTICIA PENAL EN PARAGUAY

12. El Paraguay, con la promulgación de la Constitución Nacional de 1992, ha iniciado el derrotero democrático, consustanciado con la aspiración de un pueblo sufrido y con la situación política de los demás países del cono sur, cuya influencia es innegable en el contexto histórico de la política estatal, desde el período independentista hasta hoy día.

13. Cuando la nueva Ley Fundamental entró en vigencia en junio del 1992, toda la sociedad, y principalmente la comunidad jurídica quedó convencida de que ello era apenas el primer paso del camino transicional y que como segundo esfuerzo, se necesita imperiosamente una profunda reforma judicial y legislativa en todas las áreas, con mayor razón, debido a los valores humanos que interactúan, la transformación del sistema penal positivo.

14. La reforma del Poder Judicial, y dentro de ella la reorganización de la justicia penal, pasa no sólo por la reestructuración de sus recursos humanos sino también y acaso más importante aún, por la individualización, crítica y cambio de los factores estructurales que posibilitan el mantenimiento de un sistema penal ineficaz, lento y oneroso, ciego a la justicia social y que origina más conflictos de los que pretende solucionar.

15. En ese sentido, dentro de una reforma global, el Anteproyecto de Código Procesal Penal que estamos entregando se dirige hacia una ruptura de la política criminal conservadora a través de la irrupción de un sistema penal comprometido con el sentir común del pueblo en relación directa con la seguridad jurídica y la seguridad ciudadana,

fluctuando entre un cuadro de derechos y garantías constitucionales inalienables y las fórmulas políticas para permitir el más amplio acceso a la justicia y la represión del abuso de autoridad y la corrupción.

16. El Código de Procedimientos Penales vigente surge en las postrimerías de la segunda década luego de la guerra grande, de la mano de dos dignos exponentes de la inmigración culta, que llegó al Paraguay, los españoles Don Ricardo Brugada y el Dr. Ramón Zubizarreta, quienes toman como fuente las legislaciones de España y Argentina; de España, las leyes de enjuiciamiento criminal anteriores al Código de 1882 y de la Argentina, el Código de 1888 a instancias del proyecto de Manuel Obarrio, que al decir de Vélez Mariconde, «nació viejo y caduco, no sólo con referencia a las demás legislaciones extranjeras y a la doctrina francesa e italiana que ejercieron directa influencia en España, sino con relación a la propia legislación de la Madre Patria, donde ya estaba en vigor el código de 1882»⁴.

17. Si la propia fuente directa es vetada por «vieja y caduca», ¿cómo correspondería calificar a su producto, nuestro Código de Procedimientos Penales vigente, hoy día más que centenario?

18. La adopción del modelo propuesto por los comisionados, no fue difícil de aceptar, tomando en consideración los casi trescientos años de colonización, que permitieron la internalización de un sentido particular de concebir la realidad, propio de la «cultura inquisitiva», caracterizada como «un modo burocrático y formalista de administrar la justicia y comprender el derecho»,⁵ pues como todo país colonizado por España, el Paraguay recibió el modelo pro-

⁴ Vélez Mariconde, Alfredo: “Derecho procesal penal”, Lerner, Córdoba, 1986, vol. I, pág. 197.

⁵ Binder, Alberto: “Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en América Latina”, Ed. C.P.U., Santiago de Chile, 1993, pág. 20.

cesal inquisitivo aplicado en la “península” desde el siglo XVI.

19. Según Riquelme, nuestro sistema procesal es mixto, aunque «padece de exagerado predominio de las formas inquisitoriales»; nosotros, por el contrario, consideramos que aquéllas, justamente, son las que marcan la diferencia entre los sistemas, y no, la distinción de las etapas procesales en sumario y plenario. Consideramos que las instituciones características del modelo inquisitivo son las que estructuran el sistema de nuestro código; a saber: el secreto del sumario, los límites al derecho a la defensa, la instancia que puede ser iniciada de oficio por el juez, la instrucción y la sentencia a cargo del mismo juez, la intervención del fiscal como simple controlador de las formas y la legalidad, el sistema probatorio articulado en torno a la confesión, la prisión preventiva como regla, utilizándose la abstención de declarar en contra del imputado y los indicios a criterio del juez, para ordenarlo; y agregándole a todos estos caracteres, las implicaciones propias de un procedimiento escrito.

20. Podemos afirmar que el estado crítico de la justicia penal en el Paraguay se encuentra latente desde hace más de 60 años. Paradójicamente, ya el Prof. Teodosio González enumeraba como uno de los «Infortunios del Paraguay»⁶, a la administración de la justicia; criticando la morosidad judicial y arremetiendo contra ella exclamaba, “la justicia es lenta y cara hasta lo increíble, todos los pleitos se eternizan y cuestan diez veces de lo que debieran y el pueblo no tiene fe y confianza en los jueces”. “El clamor público contra la lentitud de la administración de justicia es incesante, general, y aumenta de día en día”. “Y este mal, hecho crónico, produce en el pueblo un desconcierto, un pesimismo, una sensación de malestar tan penosa que no se

⁶ González, Teodosio: “Infortunios del Paraguay”, Asunción, 1982, pág. 340.

sabe cómo ha podido prolongarse tanto tiempo, sin haber dado lugar a conflictos muy graves, dado que, como dice un jurisconsulto, la lentitud de la justicia, equivale prácticamente a la falta de justicia”. Tales expresiones alcanzaban también a la onerosidad de los juicios, a la rectitud del juez y a la seguridad jurídica, puesta en duda ciudadana.

21. El procedimiento escrito, hoy como ayer, es el que permite la morosidad judicial y su correspondiente onerosidad, a través: de las vistas obligadas a las partes por separado; de las excepciones dilatorias de previo y especial pronunciamiento; de los recursos y sus plazos; de la posibilidad de recurrir a la segunda y hasta la tercera instancia, por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia.

22. Otro de los problemas actuales de la administración de justicia, y que ya el Dr. González se encargaba de reprochar, es la falta de intermediación de los jueces y la centralización de la organización judicial, con relación a las circunscripciones del interior del país. «En la campaña puede decirse que hasta ahora no hay justicia, no obstante ser un principio elemental de buen gobierno, que la justicia debe estar cerca de aquellas que necesitan de su amparo».

23. A pesar de la conformación de las circunscripciones judiciales del interior del país, la situación denunciada por el autor citado, aún es palpable y problemática en aquellas localidades alejadas de estas sedes; y con relación a la intermediación judicial, la delegación de funciones jurisdiccionales que realizan los jueces al no presenciar las declaraciones, sean indagatorias o testimoniales, entre otros actos, echan por el suelo la aplicación positiva de aquel principio.

24. Como mencionamos, la realidad de la situación crítica de la administración de justicia en el Paraguay, se refleja cual espejismo que revela las falencias latentes de un sistema más que centenario, pero impotente de sobresalir

del caos en que se encuentra, y que arrastra consigo la carga pesada de afectar a bienes jurídicos inalienables del ser humano, como ser la libertad y su dignidad.

25. Al respecto, en la obra mencionada, Teodosio González también censuraba la situación de los reclusos sin condena, que ya en su época significaba un porcentaje elevado con relación al total de los reclusos, exponiendo cifras, que comparativamente, según la escala demográfica resultan alarmantemente actuales; al efecto, recordemos textualmente sus expresiones: «Por una nota del Ministerio del Interior supo el país, que, de ochocientos reclusos en la cárcel pública solamente veinticinco o treinta son condenados. Todos los demás son presos, que se encuentran reclusos preventivamente a la espera de su sentencia y todavía pueden resultar inocentes, después de haber sufrido por meses y años, los horrores de la cárcel, al par que haber irrogado ingentes gastos al Estado en su manutención diaria».

26. El porcentaje deducible de las cifras citadas delata la triste realidad de que entre el 94 y el 97 % de los reclusos en nuestras cárceles eran presos sin condena.

27. En 1983, las cifras encontradas por Elías Carranza y otros en una investigación del ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente), demostraban que en el año 1981 el Paraguay lideraba la «lista negra» de países con mayor índice de presos sin condena en América Latina⁷. La relación de las cifras se realizó conforme a las estadísticas oficiales que detallaban que la Penitenciaría Nacional de Tacumbú presentaba un porcentaje de 94.25 % de prevenidos y un 5.75 % de condenados.

⁷ Carranza, Elías y otros: “El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe”, ILANUD, San José, 1983, pág. 23.

28. En 1990, una investigación de campo realizada por Modesto Elizeche y otros⁸, denunciaba que de un total de 2.234 reclusos en las cárceles del país, 2.058 eran presos sin condena (92.12 %) y 176 condenados (7.88 %); posteriormente, una reciente investigación del ILANUD⁹, reiteraba la situación crítica del elevado índice de presos sin condena en América Latina, que haciendo relación con las cifras mencionadas, demostraba que nuevamente el Paraguay encabezaba la “lista negra”.

29. En los párrafos anteriores, hemos revisado someramente algunos de los puntos críticos del proceso penal vigente que hacen mella en la situación actual de la justicia penal en nuestro país; en ese sentido, los datos y cifras precedentes denuncian la violación sistemática de principios constitucionales y procesales garantistas, aquellos que procuran evitar que la aplicación del «ius puniendi» estatal sea arbitrario. El objetivo esencial de estos principios es la protección de los Derechos Fundamentales del ser humano, y como se aprecia en la realidad, el sistema procesal penal vigente los vulnera diariamente.

30. En otro nivel, se podría decir que el sistema procesal penal fluye permanentemente entre dos direcciones, generalmente entendidas como contradictorias: las garantías procesales, y la eficiencia del proceso. Es decir, entre las garantías descriptas en el párrafo precedente, y la eficiencia del proceso que busca lograr la mejor y mayor aplicación posible del poder penal coercitivo. Entonces, de la distinción entre la efectiva aplicación del «ius puniendi» estatal y de los frenos interpuestos por los límites garantis-

⁸ Elizeche, Modesto y otros: “Sistema Penitenciario y reacción estatal contra la criminalidad”, Cidsep, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, U.C., Asunción, 1990, pág. 121.

⁹ Carranza, Elías y otros: “Sistemas Penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe”, ILANUD, Depalma, 1992, Buenos Aires, pág. 8.

tas, se puede inferir si un sistema procesal se inclina hacia una u otra tendencia.

31. Por lo expuesto en los párrafos precedentes, nos es fácil afirmar que nuestro sistema procesal penal positivo no puede ser entendido como garantista, a pesar de la Constitución. Entonces, es preciso comprobar su nivel de eficiencia.

32. La eficiencia de un sistema procesal se puede verificar por medio de la relación entre el total de procesos iniciados y los que llegan a sentencia definitiva o que terminan con una resolución judicial.

33. De acuerdo a estadísticas actuales, la mayoría de los procesos no culminan con una resolución judicial, sino por el archivamiento del expediente, demostrando inclusive un alto índice de parálisis procesal, que es fácilmente comprobable con una investigación sobre el estado de los juicios o de las formas en que ellos terminan.

34. Al respecto, tomamos como parámetro el trabajo realizado por Modesto Elizeche y otros¹⁰, en donde se puede observar que, del total de 241 sumarios instruidos en una secretaría de un juzgado en lo criminal en la Capital en el año 1987, y tomando en consideración la situación de 276 imputados:

a) en 95 casos, a pesar de las diligencias sumariales, no se logró la detención del imputado y el proceso no prosiguió;

b) en 43 casos se paralizó el sumario luego del levantamiento de la detención;

c) en 83 casos, el juez permitió la excarcelación provisoria del imputado, archivándose desde allí el expediente;

d) en 5 casos se procedió a la revocatoria del auto de prisión preventiva;

¹⁰ Elizeche, Modesto y Otros: Op. cit., pág. 141 y sgtes.

e) en 28 casos al imputado se le concedió la libertad por haber permanecido recluso el tiempo máximo de la pena que se esperaba si era condenado (Libertad por compurgamiento de pena);

f) en 2 casos, se firmó su libertad por prescripción de la acción penal y por perención de la instancia, respectivamente;

g) en 12 casos los procesos se hallaban en estado de sentencia;

h) en 8 casos, se dictaron sentencias absolutorias o sobreseimientos; y,

i) en ningún caso se dictó sentencia condenatoria.

35. Es evidente que toda la ciudadanía, clama por una reforma del Poder Judicial. Lo leemos en los periódicos, lo escuchamos por la radio, lo vemos en la televisión, lo palpamos en la cotidianeidad de nuestras actividades; sentimientos, que sin ánimo de distinguir entre sentido común e intelectualidad, se nos presenta más claramente en las expresiones de nuestros maestros. Así, el Prof. Alejandro Encina Marín, en sus «Postulados Republicanos para la Democracia», dictados en 1986, profetizaba que la «Paz, verdad y justicia deberán constituirse en los pilares sobre los que se basamente una marcha cierta hacia una convivencia democrática en la que el pueblo demande el estricto y fiel cumplimiento de un mandato que siempre otorga con la confianza de que será ejercido para su verdadero bienestar¹¹». Hoy, a cinco años de haber iniciado la senda democrática, el pueblo exige el cumplimiento de los nuevos postulados constitucionales que giran en torno a la reforma del único Poder del Estado que aún no fue reestructurado, y consecuentemente, la transformación total del sistema penal imperante.

¹¹ Encina Marín, Alejandro: “Postulados Republicanos para la Democracia”, Asunción, 1986.

36. El Prof. José Emilio Gorostiaga nos expone, «Nada puede ser más nefasto para un pueblo que haber perdido la fe en la justicia», al explicar que toda iniciativa de reforma del sistema penal dentro de un contexto protector de los Derechos Humanos, no puede abordarse haciendo abstracción de los problemas sociales. «De nada servirán los enunciados de los derechos y garantías que consagra nuestra Constitución, si no encuentran en las fuerzas de un Poder Judicial independiente y bien estructurado los resortes procesales idóneos para la protección de las garantías enunciadas¹²».

37. En «Miserias, Perspectivas y Esperanzas de Nuestro Proceso Penal», el Prof. Jerónimo Irala Burgos, al referirse al Código de Procedimientos Penales, reclama «que acaba de cumplir un siglo de vigencia, y que adolece, para nuestro tiempo, de lagunas, deficiencias y anacronismos que exigen un cambio radical y no meras reformas¹³».

38. Para explicar los intentos de reforma procesal, nos remitimos nuevamente al Dr. Teodosio González, quien ya, aproximadamente hace sesenta años se quejaba del lento tratamiento legislativo que recibían los proyectos de reforma del Código de Procedimientos, a su entender, para entonces, anticuado e ineficaz. «Hace mucho que el clamor público reclama con insistencia la reforma de las leyes procesales, por considerar a estas, por lo que tienen, y por lo que no tienen, más bien una rémora para la buena administración de justicia».

¹² Gorostiaga, José Emilio: “Los Movimientos de la Reforma del Sistema Penal y la Protección de los Derechos del Hombre”. Seminario Internacional de Asunción en el ámbito del Mercosur, Biblioteca del Instituto de Ciencias Penales del Paraguay, Asunción 1994, pág. 49.

¹³ Irala Burgos, Jerónimo. “Miserias, Perspectivas y Esperanzas de Nuestro Procedimiento Penal”, en la Revista LA LEY, Editorial LA LEY, 1993, pág. 13.

39. Al distinguido codificador de la ley penal de fondo, también se le había encargado por el gobierno nacional, en el año 1905, la elaboración de la ley penal de forma, simultáneamente con el Dr. José E. Pérez, quien debía redactar un anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial; el proyecto de Código Procesal Penal fue presentado un año después a la Cámara de Senadores, donde quedó archivado, y al decir de su proyectista, ni siquiera figuró en el orden del día de los temas a tratar por los legisladores, por más de veinticinco años.

40. En 1952, el Prof. Víctor B. Riquelme elaboró un «Anteproyecto de Código Procesal Penal para el Paraguay», siguiendo los lineamientos trazados en su «Instituciones», adoptando las tendencias modernas que dejaban atrasado al Código de Obarrio; dos años más tarde, el autor público la exposición de motivos del anteproyecto, a los efectos de impulsar su estudio legal. Lastimosamente, el anteproyecto es publicado en un período complicado de la historia política de nuestro país, por lo que el mismo no tuvo pronunciamiento legislativo.

41. Actualmente, luego de la promulgación de la Constitución Nacional, han surgido iniciativas de los tres poderes del Estado, y de organismos no gubernamentales, que promovieron intensos debates y estudios acerca de la reforma legal del sistema penal vigente, existiendo en el seno de la comunidad jurídica, un consenso tácito de la imperiosa necesidad de la reforma radical de tal sistema.

MÉTODO DEL ANTEPROYECTO

42. El Anteproyecto se basa en una idea simple pero eficaz a la hora de facilitar su comprensión. Por una parte, establece una **PARTE GENERAL**, en la que se desarrollan todas las instituciones procesales comunes, presentes en todos los procedimientos y que conforman sus elementos y materia. Esta Parte General se basa en una considera-

ción **estática** de estas instituciones, estableciendo sus características, formas y finalidades.

43. La Parte General del Anteproyecto se divide en seis libros. Un Libro Preliminar en el que se desarrollan los principios y garantías procesales y el régimen de la acción, tanto penal como civil. Este Libro constituye el cimiento de todo el edificio procesal y por ello lleva el nombre de Fundamentos. Los siguientes libros desarrollan las instituciones relativas a la organización judicial y los sujetos procesales (Libro Primero), la actividad procesal normal y defectuosa (Libro Segundo), los medios de prueba (Libro Tercero), las medidas cautelares (Libro Cuarto) y las costas e indemnizaciones (Libro Quinto).

44. Todas estas instituciones estarán presentes en los distintos procedimientos y por ello tienen un carácter general. Estamos convencidos que esta división facilitará la comprensión, la discusión y la enseñanza del Anteproyecto.

45. La Segunda Parte del Anteproyecto está dedicada a los PROCEDIMIENTOS. Aquí, al contrario de lo que sucede en la Parte General, lo que prima es la consideración dinámica de las instituciones. Todos los elementos procesales incluidos en la Parte General ahora se ponen en movimiento para lograr las finalidades del proceso.

46. Esta Segunda Parte se compone de cuatro libros. En el libro primero se desarrolla el procedimiento ordinario que concluye con el juicio oral y público. En el segundo libro se desarrollan procedimientos especiales y, entre ellos, el procedimiento para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. En el libro tercero se desarrollan los recursos, aplicables a todos los procedimientos, y en el cuarto el proceso de ejecución de todas las resoluciones judiciales, aunque se desarrolla con mayor precisión el procedimiento judicial de ejecución de las penas, a cargo de un juez de

ejecución, encargado, además, de la vigilancia y control del sistema penitenciario.

47. Este es el esquema general del Anteproyecto, cuyas instituciones en particular, serán explicadas en los párrafos que siguen.

FUNDAMENTOS DE LA PARTE GENERAL

I. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES.

48. La Constitución Nacional establece los principios fundamentales del ordenamiento jurídico-penal, es decir, los presupuestos jurídicos del «ius puniendi» del Estado y como límite, los Derechos, y Garantías de los ciudadanos. En ese sentido, los derechos procesales y las garantías del debido proceso, son principios que tienen jerarquía constitucional, a través de los distintos artículos contenidos en el Título II de la Primera parte de la Ley Fundamental.

49. El artículo 17 establece los derechos básicos de las personas sometidas a proceso penal, o a cualquier otro del cual pueda derivar una sanción; y en el inciso 3) dispone: «que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales». De este postulado resultan los siguientes principios:

a) del juicio previo, que se desprende: de la legalidad del proceso, por el cual toda persona tiene derecho a que se le juzgue conforme a una ley que disponga con anterioridad el procedimiento a seguir; de la legalidad del delito y de la pena, por el cual la ley penal debe ser anterior a toda sanción (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia); y de la necesidad del proceso previo (nulla poena sine iudicio); y,

b) del juez natural, por el cual la sentencia del juez competente, designado con anterioridad conforme a la

Constitución y las leyes, es la única fuente legítima para limitar definitivamente la libertad.

50. Un principio correlativo al de los jueces naturales es el de la competencia, independencia e imparcialidad de los jueces y tribunales, garantizada por la Constitución en la última parte del artículo 16. A través de nuestra propuesta se pretende establecer la aplicación efectiva de tales principios, que son postulados comunes a toda Constitución, pero fácilmente vulnerados en el proceso, a falta de medios adecuados de aplicación y control.

51. El principio de inocencia, que implica la presunción de inocencia o el derecho a ser tratado como inocente durante el proceso, se origina históricamente en las ideas del Iluminismo. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, se afirmó que a todo hombre se lo presume inocente hasta que haya sido declarado culpable. Posteriormente se extiende el principio en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948; en formulación análoga, la Convención Americana sobre Derechos Humanos la ratifica. La Constitución lo garantiza en el artículo 17, inciso 1. Nuestra propuesta proscribe el tratamiento procesal de un imputado como culpable y prohíbe a toda autoridad pública presentarlo como tal.

52. El juez para condenar debe tener certeza de la autoría y responsabilidad del imputado. Si solo tiene un conocimiento probable del hecho que se investiga o de quién fue su autor, debe absolver, aun cuando no esté íntimamente convencido de la inocencia del imputado, pues éste goza del derecho a que se presuma ese estado jurídico. Si uno vincula la obligación que tiene el Juez de averiguar la verdad con el estado jurídico de inocencia, advierte claramente que si el órgano jurisdiccional no acredita el delito que se le recrimina al imputado, el estado jurídico de inocencia permanece inalterable, y por ende corresponde la absolu-

ción del mismo. Por lo tanto, en caso de duda debe estarse a lo más favorable al imputado. Este principio, en los Códigos Procesales modernos, se extiende a las resoluciones sobre libertad provisional, excarcelación y a la sentencia definitiva.

53. El artículo 16 de la Constitución Nacional establece que la defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable; y el inciso 5) del artículo 17 agrega que tiene derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por defensores a su elección.

Si bien la Constitución habla de la inviolabilidad de la defensa en juicio, el concepto no se refiere sólo al debate, sino que se refiere a los actos de procedimientos previos, y también a los del juicio propiamente dicho. La garantía funciona desde el momento que el imputado es señalado como posible partícipe en un hecho punible, ante cualquier autoridad competente para entender del hecho. Desde ese momento, la Constitución le confiere todos los derechos que son asignados por la ley al imputado.

El imputado frente al proceso (en sentido amplio, comprendiendo desde el primer acto de procedimiento), tiene el derecho a intervenir activamente y conocer los cargos que existen en su contra, a declarar libremente con relación al hecho que lo incrimina, o abstenerse de hacerlo si lo prefiere, de ofrecer las pruebas que hacen a su descargo, de alegar razones que asistan a su derecho para obtener del Juez la pretensión que afirma y a defenderse personalmente.

El derecho del imputado a ser oído se complementa con el de ser defendido, y a su vez, con el derecho a solicitar el auxilio de un traductor o intérprete para que lo asista efectivamente en su defensa, cuando lo necesite.

54. El imputado tiene derecho a ser juzgado y condenado solamente una vez por un mismo hecho; en ese sentido, no se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión a favor de sus pretensiones. Este principio regulado constitu-

cionalmente por el artículo 17 inciso 4), es una garantía relacionada con la seguridad jurídica de los derechos procesales de las personas.

55. El principio de la igualdad ante la ley, es un derecho fundamental del ser humano, reconocido en nuestra constitución, derivado del principio genérico de la igualdad de las personas, como lo establecen los artículos 46 y 47; sobre la base de los cuales proponemos establecer criterios específicos de igualdad procesal.

56. Las disposiciones relativas a la hermenéutica jurídica no han sido modificadas, siguen vigentes la proscripción de la analogía y de la interpretación extensiva cuando perjudiquen el ejercicio de los derechos del imputado en el proceso; y por otro lado, las normas que restrinjan la libertad personal, limiten facultades o impongan sanciones procesales, deberán ser indefectiblemente interpretadas en forma restrictiva.

57. Como corolario del principio de legalidad, surge el de la irretroactividad de la ley, salvo aquella más favorable al imputado o condenado, conforme a la Constitución en su artículo 14; y como consecuencia, corresponde su aplicación procesal.

58. Los derechos y garantías procesales contenidos en la Constitución, los adoptados por ratificación de los instrumentos internacionales, y los propuestos en el Anteproyecto, son verdaderos límites al uso arbitrario del poder juzgador, por lo tanto, no pueden hacerse valer en perjuicio de los sujetos de tales derechos. Por lo mismo, estas garantías deben extenderse a todo procedimiento que culmina o puede culminar con la imposición de una pena o medida de seguridad, o una sanción similar en sustancia; fundamentado en la característica de «derecho constitucional aplicado» que posee el derecho procesal.

II. ACCIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS.

59. El ejercicio de las acciones que nacen de los delitos está contemplado en el Título II del Capítulo I del Anteproyecto. La acción penal será pública o privada. Cuando es pública su ejercicio corresponde al Ministerio Público, como representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales, conforme a los artículos 266 y 268 de la Constitución, sin perjuicio de la participación concedida a la víctima, o a los ciudadanos. El ejercicio de la acción penal pública dependerá de instancia de parte, sólo en aquellos casos previstos expresamente en el Código Penal y en las leyes especiales, respetando el interés de la víctima. El ejercicio de la acción pública le corresponde al órgano acusador de acuerdo con el principio de legalidad, o sea, de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. De este modo el Ministerio Público deberá investigar y en su caso plantear la acusación respecto a todos los delitos que lleguen a su conocimiento, salvo las excepciones previstas.

60. Se reconocerá la posibilidad de que el Ministerio Público no ejercite la acción penal, basado en criterios de oportunidad o de discrecionalidad, en situaciones en que lo amerite la insignificancia del delito, o la escasa contribución o culpabilidad del partícipe; o en los casos de arrepentimiento; o cuando el imputado haya sufrido una pena natural; o para los casos de saturación de penas. Siempre y cuando el imputado cumpla ciertas condiciones tendientes a reparar el daño causado.

61. Se permitirá también la suspensión del proceso, siempre que el imputado haya reparado el daño ocasionado y obligado a cumplir las reglas y exigencias establecidas condicionalmente. Esta institución tiene su fuente doctrinal y judicial en los sistemas procesales anglosajones que permiten la «probation».

62. Todos estos principios son innovaciones en nuestra legislación procesal penal que otorgan amplias facultades al Ministerio Público sobre todo en la etapa de investigación para buscar el fundamento de una acusación formal o a falta de él, archivar o requerir el sobreseimiento. Son propuestas basadas en criterios de economía procesal y en medidas alternativas a los procesos largos y onerosos.

63. Una innovación importante del Anteproyecto, de gran trascendencia práctica, se basa en una redefinición de las relaciones entre la acción pública y la acción privada. Tradicionalmente se había entendido que la acción pública era una manifestación de que todo delito afectaba al conjunto de la sociedad y que, por lo tanto, el representante de ese interés era el Estado. No se trata de dejar de lado el concepto de interés social en el castigo de los delitos, pero lo que una percepción extremadamente estatista de esta concepción no advirtió, es que el interés público en el castigo no debía postergar en términos absolutos al interés privado del ofendido por el delito. Si alguien roba el dinero de una persona, ciertamente existe un interés social en proteger los bienes de los ciudadanos, la cual no significa que el dinero robado deje de afectar a una persona en particular, quien debe tener algún tipo de satisfacción para cumplir verdaderamente con las finalidades de pacificación social que tiene la administración de justicia. La acción pública, como ya lo sostenía Riquelme, también debe hacerse cargo de los intereses privados, como un fin legítimo del proceso penal.

64. Sobre la base de estas consideraciones, hemos establecido en el Anteproyecto diversas instituciones, tales como el retiro de la instancia, la extinción de la acción penal por la reparación de los daños en los delitos de contenido patrimonial o los culposos y diversas formas de conciliación que buscan darles importancia a los intereses privados y rescatar, como veremos más adelante, el papel de la víctima en el proceso penal.

65. Hemos establecido un caso especial de extinción de la acción penal aplicable a los delitos que afecten bienes jurídicos de los pueblos indígenas. Si la víctima y el imputado aceptan el modo como la comunidad ha resuelto ese conflicto, entonces desaparece el interés estatal en la persecución y se extingue la acción penal. Esto no es otra cosa que la reglamentación del derecho fundamental a la voluntaria sujeción a las normas del derecho consuetudinario que prevé la Constitución, con las limitaciones, claro está, que establece la misma ley fundamental.

66. Finalmente se establecen normas relativas a la acción civil que facilitan una reparación amplia de todos los daños, causados a los particulares, al Estado y a la sociedad en su conjunto. Hemos optado por evitar el ejercicio simultáneo de la acción civil y penal en el procedimiento ordinario, mediante la utilización de un procedimiento especial (de carácter monitorio) que garantiza una reparación más rápida y simplifica la tramitación del procedimiento común.

III. LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL.

67. El Libro Primero del Anteproyecto comienza por definir los conceptos de Jurisdicción y Competencia. La Jurisdicción es «...el conocimiento exclusivo de todos los delitos y de las faltas previstas en la legislación penal, así como la ejecución de sus resoluciones...», que corresponderán con exclusividad a la Justicia Penal. El carácter de la jurisdicción es declarado irrenunciable e indelegable. A este respecto, el Prof. Riquelme, tal como lo señalamos en el Anteproyecto, expresaba: «Definimos, por tanto, la jurisdicción, como la potestad pública atribuida por delegación a los jueces y tribunales, en exclusividad, para que, haciendo actuar la ley obligatoriamente en los juicios, conozcan, decidan, y ejecuten la sentencia». Nos hemos mantenido, pues, dentro de una definición clásica de ambos conceptos ya que no aparece ninguna necesidad de ahondar en ellos

en un texto legislativo y todos los matices y problemas que ambas instituciones tienen, pueden -y deben- ser desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia.

68. El Anteproyecto ha dado la competencia de esta jurisdicción a la Corte Suprema de Justicia, a los Tribunales de Apelación, a los Tribunales de Sentencia, a los Jueces Penales, a los Jueces de Paz, y a los Jueces de Ejecución. En este sentido se ha tratado de profundizar en los cambios procesales, sin alterar, salvo en lo indispensable, la organización judicial ya existente; no porque dicha organización judicial no necesite profundas modificaciones, sino porque puede convertirse en una tarea excesiva -aunque este discurso es motivo de polémica- implementar cambios procesales profundos junto con modificaciones profundas en la estructura judicial.

69. Llamamos la atención, no obstante, sobre dos nuevas clases de órganos jurisdiccionales: los Tribunales de Sentencia y los Jueces de Ejecución. Los primeros serán los encargados de los juicios orales y públicos, conformados siempre con tres miembros, al igual que la mayoría de los códigos basados en el juicio oral, ya que por la naturaleza de ese juicio, es necesario, más que conveniente, que los juicios se realicen por tribunales colegiados. Se debe tener en cuenta que no todos los casos llegan a juicio oral, mucho menos en sistemas como el que propone el Anteproyecto, donde existen variadas salidas y alternativas previas al juicio. Además, este Tribunal será el encargado de la reparación de los daños cuando sea requerido a un condenado en la misma jurisdicción penal y haya dictado la sentencia de condena.

70. Los jueces de ejecución, - o en otras legislaciones llamados jueces de vigilancia penitenciaria- se encargarán de todas las consecuencias que acarrea las decisiones del Tribunal de Sentencia, desde la calidad de vida del condenado en los centros penitenciarios - a fin de velar por el

cumplimiento de las finalidades constitucionales de la pena-, hasta los problemas que acarrea la ejecución de las fianzas y multas aplicadas.

71. Desde otro punto de vista podemos resaltar que la Corte Suprema de Justicia, se verá menos presionada, pues, sólo conocerán de la sustanciación y resolución del recurso extraordinario de casación y el de revisión, cuando sea ella misma, la que pronunció el fallo. Los Tribunales de Apelaciones tendrán a su cargo la mayoría de la actividad de control, ya que conocerán del recurso de apelación genérico, básicamente orientado a las decisiones del juez penal y, en los casos específicos, del juez de paz; y la apelación especial de la sentencia definitiva, que actúa como una impugnación de carácter técnico, es decir, adecuada a la naturaleza del juicio oral.

72. Por otra parte, se establecen nuevas competencias del Juzgado de Paz, que será limitada en grado mínimo, a fin de descentralizar el trabajo de los tribunales ordinarios y con una competencia accidental, provocada de manera opcional por el Ministerio Público o supletoria, por razones de urgencia o necesidad. No obstante, se busca fortalecer la figura del juez de paz, pensando que, en un futuro cercano, sea el primer escalafón de la carrera judicial.

73. Por último, quisiéramos resaltar la revalorización de las funciones del Secretario del Juzgado. Los secretarios serán los encargados de ordenar las notificaciones, citaciones, dirigir el personal auxiliar, informar a las partes, etc. Con ello se busca descargar al Juez de la labor administrativa que hoy lo agobia, en desmedro de sus funciones jurisdiccionales. Esta revalorización de la figura del Secretario como verdadero «gerente» del tribunal, creemos que llevará a una reorganización de la carrera administrativa de los tribunales que debe dejar de ser pensada como una pasantía para estudiantes de derecho, para convertirse en una

actividad de apoyo administrativo especializado, con sus propias reglas de perfeccionamiento y progreso.

IV. EL MINISTERIO PÚBLICO Y SUS ÓRGANOS AUXILIARES.

74. Uno de los cambios más trascendentales contenidos en el Anteproyecto es la nueva concepción del Ministerio Público, su nueva ubicación y funciones en el proceso penal. A partir de esta nueva concepción, el Ministerio Público ejercerá la acción penal en un sentido integral y completo, tal como ha sido diseñado en la Constitución y dejará el perfil institucional híbrido, en cierto sentido, que ha tenido hasta ahora.

75. El Anteproyecto desarrolla atribuciones que surgen del mismo texto constitucional: las facultades de dirección en la investigación de los hechos punibles; la realización de actos tendientes a promover la acusación contra el supuesto imputado y su participación en el mismo proceso penal. El Ministerio Público, según el Anteproyecto, ejercerá el control y dirección funcional de la Policía Nacional, en todo lo relativo a la investigación de los delitos.

76. A partir de esta serie de funciones constitucionales, el Anteproyecto ha decidido darle también responsabilidades, como son: la carga de la prueba en juicio de los hechos en que fundará su acusación; y, que sus actuaciones deberán ser regidas por el principio de objetividad. Por el principio de objetividad debe entenderse la correcta aplicación de la ley y el aseguramiento de todos los elementos que favorezcan al imputado; serán recogidas las pruebas de cargo y de descargo. El Prof. Riquelme, expresaba en ese sentido: «El Ministerio Público no va precisamente tras la condena, por aspirar al esclarecimiento de la verdad sobre la imputación, con deberes y poderes funcionales e inspi-

rado en criterio de justicia objetiva¹⁴». El Ministerio Público no tiene como misión la simple acusación, sino hallar la verdad de lo sucedido y proponer la solución más justa dentro del sistema jurídico positivo.

77. Por otra parte, la Policía, como un organismo civil armado, tiene a su cargo velar porque se cumpla la Constitución, las leyes y los reglamentos que de ella emanan, protegiendo la vida humana y la propiedad, para hacer más segura, agradable y cómoda la convivencia social. Como habíamos adelantado, la Policía Nacional será un organismo auxiliar, controlado y dirigido por el Ministerio Público en todo lo relativo a las actividades de investigación de los delitos de acción penal pública. También a ella le corresponderá impedir que los delitos tentados o cometidos originen consecuencias mayores, trabajará en la individualización de los autores, cómplices o partícipes, reunirá la prueba para dar base a la acusación fiscal, entre otras actividades.

78. La subordinación de las fuerzas policiales no sólo se deberá al Ministerio Público, sino que deberán obediencia al Juez durante la tramitación de un proceso. Debemos resaltar que el Anteproyecto ha dispuesto que la autoridad administrativa nunca podrá revocar, alterar, o retardar una orden emitida por el Ministerio Público o el Juez. Debe quedar claro que esto no significa un cambio de dependencia de la Policía Nacional que seguirá con sus propias autoridades administrativas. El concepto de dirección funcional señala que su actuación en actividades vinculadas a lo judicial siempre se realiza de un modo subordinado y auxiliar.

79. La Policía Judicial ha sido reclamada en nuestro país por diversos sectores, el Prof. Gorostiaga, en el Seminario Internacional de Asunción en el ámbito del MERCOSUR.

¹⁴ Riquelme, Víctor: op. cit., tomo I, pág. 262.

SUR, en Julio del año 1992, había referido: «Somos de parecer que en mucho coadyuvará para el éxito de una investigación criminal la creación de una Policía Judicial que pueda cumplir con celeridad, sin interferencias de ninguna naturaleza las órdenes judiciales y proceder a la investigación y recolección de pruebas bajo el asesoramiento y dirección de los representantes del Ministerio Público...».

80. Entre los caracteres más resaltantes de la Policía Judicial podemos citar las siguientes: a) es jurídica, pues se encuentra regulada por la Constitución Nacional; b) es auxiliar, pues colaborará con el Ministerio Público y los Jueces; c) es eventual, porque no se hace cargo de todas las investigaciones auxiliares; d) es cautelar, porque pretende que se logre la sanción del culpable, sea individualizándolo, sea impidiendo su fuga; e) es eficaz, porque su actividad, es en gran parte de tipo técnico o científico, que proporciona elementos indispensables para la actuación de la justicia; y, f) es imparcial, porque no se encamina a la represión ciega, sino a la represión justa, es decir al castigo del verdadero delincuente.

81. Podemos agregar que la Policía Judicial no deberá ser un órgano militarizado, por tratarse de una institución de carácter civil con finalidades y objetivos propios, conformada por técnicos especializados en las diversas ramas de la Criminalística; funcionarios e investigadores civiles, que no responden a una jerarquía de tipo militar. Esto es muy importante, para no introducir al interior del Poder judicial elementos de organización que son extraños a este sector del Estado.

82. Al igual que la Policía Nacional, la Policía Judicial será un órgano auxiliar y dependiente funcionalmente del Ministerio Público. La función primordial de este órgano auxiliar será la colaboración en la investigación de los hechos punibles. Cumplirán estrictamente las instrucciones del Fiscal General del Estado y de los demás miembros del

Ministerio Público. Su organización y funcionamiento deberán ser reglamentadas por ley, sobre la base de estos principios.

V. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.

83. La participación de la víctima como querellante particular o privado o como querellante adhesivo tiene su tratamiento en el Libro Primero referente a los Sujetos Procesales, Título III. Sin duda alguna el Anteproyecto del Código Procesal Penal ha mejorado notablemente la posición de la víctima, dándole una participación activa en el proceso conforme al artículo 70 que le concede las facultades siguientes: a) intervenir en el proceso penal conforme a lo establecido en este código; b) a ser informada de los resultados del proceso, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; c) a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; d) a participar en el juicio, conforme a lo establecido por este Código; e) impugnar la desestimación, el sobreseimiento definitivo, aun cuando no haya intervenido en el proceso como querellante.

84. Como se podrá notar conforme al inciso e) podrá impugnar la desestimación o el sobreseimiento definitivo, aún cuando no haya intervenido en el proceso como querellante, con este inciso se amplía considerablemente sus facultades permitiendo un control efectivo del proceso, situación totalmente nueva pues nuestro Código de Procedimiento Penal da intervención a la víctima como querellante particular y una participación casi nula en los delitos de acción penal pública permitiéndosele apenas una declaración informativa en el proceso, si no ha intervenido como querellante. El fundamento de esta innovación reside en el hecho de que el Estado ha asumido la acción pública como un modo de satisfacer también las necesidades concretas

del ofendido por el delito y él tiene derecho a poner en funcionamiento los mecanismos que aseguren una decisión más justa, según sus propios intereses. No olvidemos que la víctima ha sido tradicionalmente olvidada por el Derecho Penal en general.

85. Se trata de revertir esa situación. Como mínimo se debe mejorar su posición cuando informa como testigo. Pero no es posible quedarse sólo en esta potestad, es necesario reconocerle la posibilidad de intervenir en el procedimiento por delito de acción pública, juntamente con el Ministerio Público y admitir su necesidad de conocer y controlar los actos conclusivos del procedimiento y el correcto ejercicio de los deberes de persecución penal por parte del Ministerio Público.

86. Obsérvese que en el actual sistema nunca se ha tomado la precaución, siquiera, de informarle a la víctima de los resultados del proceso y no se puede alegar que es por un problema de costos, cuando se gastan recursos en innumerables actuaciones insustanciales. Por el contrario, ello demuestra un menosprecio secular frente al dolor de la víctima, pese a que toda la justicia penal dice defender sus intereses. El actual sistema es cruel con las víctimas y las victimiza nuevamente. En el Anteproyecto, tanto el Ministerio Público y los Tribunales están obligados a informar a la víctima a cerca de sus derechos en las diferentes etapas y trámites del proceso y de la evolución de éste; como una innovación importante a favor de ella, el art. 71 del Anteproyecto, establece: «La víctima será instruida acerca de sus derechos en su primera intervención del proceso».

87. Una de las propuestas más importantes en el Anteproyecto constituye la reparación de los daños a las víctimas luego de lograda la condena del imputado o la medida de seguridad impuesta a un irreprochable, ante el mismo tribunal que dictó la sentencia condenatoria. Este procedimiento tiene una ventaja importante en la celeridad de la

indemnización a la víctima de un delito resarcible, estableciéndose un procedimiento abreviado, sin muchas complicaciones con plazos perentorios y de defensa restrictiva. También se establece la posibilidad de la extinción de la acción penal por la reparación del daño en delitos de contenido patrimonial o en los delitos culposos, y se legisla sobre instituciones que tienen condición, la reparación de los daños.

88. Se incorpora de esta forma la reparación del daño a la víctima como uno de los objetivos del proceso penal, además de sus clásicas finalidades. Con la introducción de estas normas el Anteproyecto busca equilibrar sus finalidades, dando al imputado los derechos y garantías Constitucionales y Procesales, pero también introduciendo la figura de la víctima en forma activa dejando de ser un convidado de piedra en el proceso y protegiendo sus intereses.

VI. EL IMPUTADO.

89. En la doctrina se ha dicho que el imputado es el sujeto esencial de la relación procesal, a quien afecta la pretensión jurídico penal deducida en el proceso. Por eso se acuerda tal calidad a la persona contra la que se cumpla cualquier acto imputativo inicial del procedimiento, con el propósito de establecer claramente el momento en que puede ejercer sus derechos procesales, y entre ellos, el derecho a la Defensa. No existe en el Anteproyecto ninguna etapa o momento en que el imputado no pueda ejercer la totalidad de los derechos y facultades propias de la defensa. Ese es el único sentido que puede tener el principio de inviolabilidad de la defensa prevista en nuestro orden jurídico.

90. El capítulo I del título IV del Anteproyecto establece quién tiene calidad de imputado, distinguiéndolo claramente del condenado. Desde el punto de vista legal, la condición de imputado es concebida como una garantía de

defensa. La ley requiere una indicación que puede provenir de un señalamiento expreso o de un acto objetivo que implique la sospecha oficial o determine la coerción investigadora, pero siempre de naturaleza imputativa, es decir, que importe la atribución de participación delictiva (autoría, coautoría, complicidad o encubrimiento).

91. La condición de «sujeto esencial» del procedimiento, no siempre fue considerada de tal manera. La historia del derecho procesal penal, revela que el imputado fue muchas veces «objeto» del proceso, y como consecuencia, sus derechos fueron anulados o restringidos, privándosele de la posibilidad de rechazar la pretensión punitiva del Estado. La privación de libertad era la regla y la tortura el modo más preferido de obtener la confesión. En el siglo XVIII se produce una reacción contra esos principios y se rompe con aquel sistema. En la práctica del actual sistema, más allá de las previsiones legales, incluso más allá de las previsiones constitucionales, el imputado sigue siendo un objeto del procedimiento y por ello nos hemos preocupado de insistir en su carácter de sujeto procesal, activo y esencial.

92. La Constitución Nacional de 1992 consagra entre los derechos fundamentales los principios de la inviolabilidad de la defensa y el derecho a la libertad de las personas, la restricción en la declaración contra sí mismo, fortaleciendo la protección de los derechos individuales y la reivindicación y plena vigencia de los mismos. Todos ellos constituyen el estatuto básico de defensa de las personas en el proceso penal y entran a funcionar activamente cuando un ciudadano es imputado. Allí esos principios se convierten en facultades concretas de defensa.

93. La presencia del imputado en el proceso es indispensable para perfeccionar la relación procesal y para que pueda ejercer sus derechos a través de las garantías establecidas en la Ley. Es por ello que la ley establece que no podrá realizarse la acusación, sin que se haya identificado

al imputado, o sin que se haya recibido declaración indagatoria o conste su negativa a declarar. También impide el juicio en ausencia y trata de asegurar su presencia durante el juicio oral.

94. En todos los casos, la declaración del imputado, solo tendrá validez, si lo hace en presencia de un abogado defensor, pues la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa, no puede ser renunciada por el imputado, ya que constituye una función esencial del Estado, proveer a este acto, de defensa, como realización de la garantía contenida en los artículos 16 y 17 inciso 6) de la Constitución Nacional. La presencia obligada del defensor es la mayor de las garantías que se puede establecer a su favor, porque ella volverá operativas a otros derechos. El proceso penal no debe admitir la posibilidad de conseguir sus fines con la «cooperación» obligada o sugerida del imputado.

95. El imputado puede declarar cuantas veces crea conveniente, siempre que su declaración sea pertinente y no configure un medio dilatorio. En virtud del artículo 18 de la Constitución Nacional, no podrá ser obligado ni coaccionado de manera alguna a declarar contra sí mismo, ni sometido a métodos que, de cualquier modo, alteren su voluntad. La declaración indagatoria, y la declaración del imputado en general, no es un medio de prueba sino un medio de defensa; es el acto procesal en el cual se expresa con mayor claridad el principio de defensa material.

96. En la etapa preparatoria, durante la investigación, la declaración se efectuará ante el funcionario del Ministerio Público encargado de ella. La presencia obligada del defensor garantiza que esa declaración no se desnaturalice. En la audiencia preliminar podrá declarar ante el Juez penal. En el juicio oral y público la declaración será recibida por el Tribunal de Sentencia.

97. Señala la doctrina que la declaración indagatoria consiste en el acto indispensable por el cual el imputado voluntariamente informa sobre las circunstancias que lo favorecen, niega la pretensión represiva hecha valer contra él, o reconoce una de menor entidad o, finalmente, brinda la información que estima conveniente. Esta conceptualización genérica tiende a destacar que la declaración del imputado es un acto voluntario por cuanto también es voluntaria su abstención, pues la carga de la prueba corresponde a la que acusa. La indagatoria, insistimos, es un medio de defensa material y no de prueba, por lo que el imputado debe tener libertad para exponer lo que crea conveniente, en un ambiente conveniente. Así queda proscrito un interrogatorio de tipo inquisitivo, hecho con interrupciones, apremios y preguntas sorpresivas, como una trampa dispuesta para hacerlo confesar. Se procura, al mismo tiempo, la mayor fidelidad posible del acta, que ha de contener sus manifestaciones.

VII. LA DEFENSA DEL IMPUTADO.

98. La Constitución Nacional consagra plenamente la defensa en juicio y la gratuidad del Ministerio de Defensa Pública, en los casos de insolvencia manifiesta. En consecuencia el derecho a la defensa es de orden público, por cuanto el Estado se interesa en que el imputado sea defendido con todas las garantías de la Constitución y de la Ley, colocándolo en un plano de igualdad con la pretensión represiva del Estado. Se trata de una actividad esencial, puesto que, según la Constitución Nacional, nadie puede ser condenado sin ser oído y sin ejercer su derecho a la defensa en todas las etapas del proceso.

99. La posición del defensor ha dependido siempre de la estructura del proceso penal. En el proceso inquisitivo la posición de la defensa ha sido muy endeble, pese a que en sus versiones más modernas se ha tratado de ampliar las facultades del defensor. Pero el hecho de restringir la de-

fensa del imputado surge de no reconocerle carácter de sujeto y por ello siempre la defensa estará en una situación de inferioridad en los sistemas de carácter inquisitorio.

100. El imputado puede ejercer la defensa material realizando todas las manifestaciones que considere conveniente y en todas las oportunidades que estime necesarias, siempre y cuando sea pertinente y no un medio dilatorio. En ejercicio de esa defensa material puede abstenerse de declarar. Al imputado no puede requerírsele juramento, ni promesa de decir la verdad, tampoco puede ser constreñido a declarar mediante amenazas o cualquier medio que lo coaccione, ni dirigirle preguntas capciosas o sugestivas. Debe entenderse, que todas estas normas son manifestaciones del reconocimiento del derecho de defensa del imputado, que se ejerce por sus propios medios. La declaración indagatoria no es un acto de inquisición.

101. Uno de los contenidos esenciales del derecho de defensa del imputado es contar con asistencia de un profesional. La defensa técnica es la ejercida por el abogado defensor, quien con argumentos y peticiones de hecho y de derecho en favor del imputado, fortalece su posición de sujeto en el proceso. En los hechos se concreta la oposición a la pretensión punitiva, sosteniendo la improcedencia fáctica o jurídica de los extremos de la acusación.

102. El defensor protege los derechos e intereses del imputado, integrando su personalidad procesal de manera necesaria. Vélez Mariconde señala: «En este sentido puede anotarse que el defensor es un auxiliar de la justicia, pero no como órgano imparcial que procura el triunfo de la verdad aunque traicione a su cliente, sino como engranaje ineludible del marco instrumental que el derecho predispone para garantía del individuo y la sociedad». El defensor debe su lealtad al imputado que es su cliente y defendido. Es un asesor del imputado, no un colaborador de los tribunales, salvo en el sentido de que su participación es necesaria.

En la vieja concepción del sistema inquisitivo el defensor debía más lealtad a los tribunales que al imputado porque se entendía que un sospechoso, eventualmente un culpable, no podía ser defendido sin que existiera una especie de «complicidad». Es cierto que nadie sostendría hoy una afirmación de ese estilo, pero también es cierto que en muchas de las prácticas de los tribunales se deja traslucir que esa concepción no ha sido abandonada por completo. No existirá una verdadera vigencia del principio de inviolabilidad de la defensa si no se comprende con toda claridad, esta misión del defensor, ligada indisolublemente a los intereses del imputado.

103. La autodefensa está permitida en este proyecto, siempre que no perjudique su eficacia, pues el derecho a la defensa está reconocido como un derecho subjetivo; y el interés del Estado no puede modificar la voluntad del imputado desconociendo este derecho. Sin embargo, se reconoce un cierto poder de vigilancia sobre la eficacia de esa defensa, ya que la indefensión no sólo afecta intereses particulares irrenunciables, sino una de las condiciones de legitimidad del proceso y, por ende, de la intervención del Estado.

104. El defensor representa al imputado en todos los actos del procedimiento y los tribunales pueden entenderse directamente con él, salvo cuando se trate de actos personales. Esto vale tanto para el defensor de confianza como para el defensor público, ya que no existen diferencias entre uno y otro. Se ha liberado el nombramiento de defensor de toda formalidad, en especial para su actuación en las primeras fases del proceso. Es fundamental que la jurisprudencia comprenda la importancia de no cargar el nombramiento de defensor con formalidades que nunca han servido de garantía, pero sí de obstáculo para el ejercicio de la defensa. No se ha limitado el número de defensores que el imputado puede nombrar, pero sí los que pueden actuar simultáneamente, por razones de orden del proceso.

Finalmente se han establecido sanciones graves para el abandono de la defensa. Grave irresponsabilidad profesional, insuficientemente sancionada en nuestro medio que genera estados de indefensión a veces insuperables con posterioridad. Por el sistema de nulidades del Anteproyecto, el abandono de la defensa o su ejercicio negligente produce efectos graves en todo el desarrollo del proceso. Corresponderá a las organizaciones profesionales de los abogados establecer sistemas de autocontrol del ejercicio de la profesión que garanticen la calidad y la seriedad de la actuación de los defensores. En un sistema como el acusatorio, donde el litigio es la base de la adquisición de la verdad, las fallas de los abogados son mucho más evidentes y causan más daño.

105. El sistema establecido en el Anteproyecto, y la propia realidad de nuestro país, donde un porcentaje elevado de imputados (que fácilmente supera el 60%) carecen de toda posibilidad de nombrar un defensor por su propia cuenta, es necesario reorganizar todo el sistema de defensa pública, otorgándole mayor jerarquía y mayores recursos. Si ello no se hace se resiente todo el sistema de garantías. En este sentido, no le corresponde al Anteproyecto proponer esa reorganización, pero si queremos llamar la atención acerca de que dicha tarea es impostergable, según los mandatos de la propia Constitución Nacional.

VIII. ACTOS PROCESALES.

106. La carencia de un libro que centralice todo lo relativo a los actos efectuados por los que intervienen en las distintas etapas del procedimiento, ha sido una de las razones por las que hemos considerado conveniente integrar todas las reglas -hoy diseminadas- que regulan cuestiones propias al trámite y conformarlas homogénea y coherentemente.

107. En este sentido, conviene recordar que el actual Código de Procedimientos Penales sólo contempla como cuestiones propias de la actividad procesal a las comunicaciones y notificaciones; a los «términos» judiciales; a la rebeldía o contumacia; para luego confundirlas entre las normas relativas al sumario y a las pruebas. En consecuencia y apoyándonos en nuestra práctica judicial, estructurar un libro que abarque estas cuestiones con más precisión, nos ha parecido que facilitará el trabajo de los abogados y jueces.

108. No obstante, podemos decir que además de la unificación de normas, el Libro Segundo del Anteproyecto, se aparta de connotaciones formalistas muy vinculadas con los aspectos inquisitivos y escriturizados, que han provocado no pocas veces, confusiones con las reglas aplicables al procedimiento civil. Si bien se puede decir que no se incorporan elementos esencialmente diferentes a los de toda la legislación procesal moderna e, incluso, a muchas instituciones ya existentes, todo el libro se basa en un espíritu diametralmente distinto a la actual práctica tribunalicia, demasiado acostumbrada a la declaración de nulidades por defectos corregibles fácilmente, con un poco de imaginación y otro tanto de buena voluntad.

109. Según la metodología que hemos adoptado, en este libro se hallan todas las condiciones positivas, que hacen a la regularidad de los actos procesales y luego su contracara que es la actividad procesal irregular o defectuosa que desencadenará, cuando ya sea imposible el saneamiento y no se trate de casos de convalidación, la declaración de nulidad.

110. Esa regularidad que es sinónimo de la normalidad procesal, se circunscribe a la forma de expresión de los actos -el idioma-; la materialización de la expresión idiomática -las actas y las audiencias-; el ámbito en el que se deberán desarrollar los actos -el lugar-; la forma de comunica-

ción entre las autoridades -sean nacionales o extranjeras-; el tiempo que razonablemente dispondrán para cumplir con los actos -plazos y duración del proceso-; y las condiciones instrumentales para la preservación del principio de bilateralidad o contradicción -las notificaciones, citaciones y emplazamientos-.

111. La Constitución Nacional ha declarado que los idiomas oficiales son el castellano y el guaraní. En consecuencia, como resultado de esta norma se prevén las distintas opciones que podrá usufructuar el juez penal para adoptar lo necesario a fin de llevar adelante la actividad procesal. También la oralidad es una de las incorporaciones que provoca nuevas formas de actividad procesal, tales como la obligación que tienen los jueces que, al dictar sentencia, la misma debe ser leída en castellano y explicar su contenido en guaraní. En esa misma dirección, la lectura de las resoluciones y sentencias en las audiencias orales provoca inmediata notificación de los intervinientes.

112. En cuanto a los plazos y siempre atendiendo al criterio de celeridad que debe presidir la actividad procesal, se abandona el carácter rígido de que todos ellos son de «orden público» como los describe actualmente el Código de Procedimientos Penales. La adopción de alternativas para abreviarlos por acuerdo de las partes, o de ser renunciados es una muestra de ellos. Se ha tratado de facilitar el cumplimiento de los plazos, hoy complicado por el exiguo horario de atención de los tribunales, mediante la obligación de habilitar oficinas permanentes de atención a las partes para el ejercicio de las actividades urgentes o de las presentaciones que vengán fuera del horario habitual.

113. Otro de los aspectos resaltantes en este Libro es, sin duda, la incorporación de un novedoso y estricto régimen legal para el control de la duración del procedimiento. La actividad propia de las causas penales se sustenta en el principio de la continuidad o concentración procesal. Una

forma conveniente de optimizar este objeto se podrá dar a través de la determinación de plazos máximos de duración del procedimiento, para lo cual se propone cláusulas fuertes que ataquen frontalmente el problema de la morosidad judicial. El pacto de San José de Costa Rica, el cual Paraguay ha ratificado, y que por lo tanto es derecho vigente en el país, en su artículo 8 inciso 1), establece: «que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, ...en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella,...». El plazo razonable, que busca compatibilizar este Anteproyecto con la cláusula precedente, ha sido estimado en tres años. Por lo expuesto, se podría discutir cuanto tiempo es un plazo razonable, pero no existen dudas de que el proceso penal debe tener un límite preciso de duración máxima. Para el cálculo de esa «razonabilidad» se ha tomado en cuenta la duración mínima prevista para las distintas etapas de las que consta el proceso penal y se ha considerado que durante bastante tiempo seguirá pesando una carga burocrática de arrastre. De este modo el plazo de tres años no parece ilusorio y hasta se podría discutir si no es excesivo. De todos modos es un plazo sin excepción, salvo que la fuga del imputado impida la prosecución del procedimiento. Aún, si existen investigaciones complejas, tres años es un tiempo razonable y el Ministerio Público debe reaccionar frente a ellas aumentando los recursos afectados a la investigación y no abusando del tiempo.

114. Una consecuencia constitucional del régimen legal de control del tiempo es la directa responsabilidad de los funcionarios que retardan en atender los requerimientos de actos procesales. Hemos adoptado el sistema de mayor rigurosidad respecto de dichos funcionarios ya que el Paraguay se ha caracterizado por una administración de justicia morosa hasta la desesperación y por la falta absoluta de responsabilidad por ello. Otra medida importante y que busca combatir la morosidad en el tratamiento de los recursos es aquella relativa a las «resoluciones fictas», tanto en

lo referente a las medidas cautelares como con relación al recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia. El máximo tribunal no puede ejemplarizar la morosidad porque entonces todo el sistema judicial se siente habilitado para hacerlo.

115. En definitiva, la eficiencia en la administración de los plazos, regulados razonablemente, con miras a lograr celeridad, concentración y economía en el procedimiento penal es una de las bases mismas que sustentan el andamiaje de las garantías constitucionales y esperamos que la imposición de cargas pesadas, que muestren resultados concretos en casos de morosidad, será una fuente de reencauzamiento del proceso penal que devolverá credibilidad hacia la función de los jueces. No queremos que la frase «justicia pronta y barata» sea un simple recurso retórico, tan manoseado como olvidado.

116. La necesidad de garantizar con formas amplias el ejercicio del derecho a la defensa que concluya eficazmente el proceso en el plazo previsto, han obligado a reformar el sistema de las notificaciones, abandonando las pautas típicas de la escritura e incorporando formas peculiares que posibiliten a las partes el conocimiento de los actos que incumban a sus intereses. El instituto de la advertencia al imputado cuando es objeto de notificación acerca de un plazo para impugnar una resolución es una muestra plausible de ello. En conclusión y a la luz de los elementos incorporados en esta exposición, los objetivos finales de este Libro pueden resumirse del modo siguiente: a) vigencia irrestricta de los idiomas oficiales, con la prevención de alternativas que preserven el derecho que tiene cada persona de ser oída en su idioma; b) formas procesales amplias, con posibilidades de ser saneadas en caso de defectos u omisiones; c) plazos breves, pero razonables, y la garantía de una atención permanente de los funcionarios para que no se pueda distorsionar el cumplimiento de los términos; d) normas fuertes en cuanto a la duración del proceso y sus

efectos y la responsabilidad de los fiscales, y jueces que no expiden los actos y resoluciones procesales en los plazos señalados; y, e) comunicaciones, notificaciones y citaciones con una variedad de formas que buscan, ante todo, la prevalencia del derecho a la defensa y de la celeridad procesal.

117. Por último, en cuanto a las comunicaciones entre las autoridades se ha tratado de suprimir todos los tipos de formalismos antiguos y centrarse en la claridad de lo que se solicita, sin fórmulas sacramentales. Se mantiene la fórmula del exhorto que es usual en la relación con las autoridades extranjeras. En lo relativo a la extradición, sólo se han legislado normas básicas, de carácter supletorio, ya que este tema se rige, de un modo muy dinámico, hoy en día, a través de tratados y convenios internacionales.

IX. ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA (NULIDADES)

118. A fin de tratar de explicar la teoría de las nulidades, creemos conveniente comenzar por conocer la teoría de la sanción procesal. En este sentido para eliminar los actos viciados del proceso, el Anteproyecto establece una serie de medidas a las cuales podríamos denominar sanciones procesales. La sanción procesal consiste en privar al acto de los efectos producidos o que debía producir, como consecuencia impuesta por actos viciados precedentes y por omisiones de saneamiento.

119. La doctrina ha clasificado en forma más bien amplia a las sanciones procesales: así, la primera de ellas, la nulidad, es concebida como la sanción procesal por la cual se elimina un acto por la inobservancia de reglas constitucionales o legales sustantivas; la caducidad, como la sanción que produce la ineficacia del acto por haberse perdido el poder para cumplirlo; la inadmisibilidad, como la imposibilidad de que un acto ingrese al proceso por carecer de

ciertos requisitos formales externos; la preclusión, como la sanción que invalida un acto porque su cumplimiento era incompatible con una conducta procesal anterior.

120. El Anteproyecto clasifica en forma expresa a la nulidad absoluta, estableciendo: «...serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y en las formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente, y en este Código», y por oposición a esta definición debemos entender cuales son las nulidades relativas. La fórmula abierta que fue consagrada por el Anteproyecto, actúa como criterio básico y central, pero se halla complementado por aquellos casos señalados expresamente en cada artículo, ya sea porque se trata de un caso que se pudiera interpretar que no ingresa dentro de la cláusula general y se quiere evitar la discusión o simplemente una repetición a modo de advertencia, cuando igualmente el caso quedaría comprendido dentro de la cláusula general.

121. La priorización de los derechos constitucionales del imputado en el texto del Anteproyecto, no la limita, como dijimos, sino que le señala puntualmente, a todos los órganos jurisdiccionales la importancia de esas normas. El orden público, dice Alfredo Orgaz, comprende o se refiere a aquella categoría de intereses fundamentales y vitales de una colectividad. Siguiendo a todos los demás Códigos modernos, el Anteproyecto no define al orden público, que finalmente fundamenta toda la teoría de las nulidades absolutas, pero señala con toda claridad cuáles son los casos de vicios esenciales.

122. Al referirse a las nulidades relativas Juan Carlos Mendonca, expresa: «...se oponen a las absolutas en el sentido de que su característica es admitir subsanación, ya sea por confirmación o por el transcurso del tiempo. Es decir,

porque expresa o tácitamente las partes interesadas les prestan su consentimiento o porque las purga la preclusión. De donde, dos son los modos mediante los cuales se convalidan; por acto u omisión de los interesados o por obra de la ley».

123. Para Carlos Creus, la diferencia entre las nulidades absolutas y relativas, «...está en que la sanabilidad se puede operar en el proceso, es decir dentro de él, cuando todavía no se agotó su curso, o ser resultado de la extinción del mismo; la nulidad relativa es subsanable dentro del proceso; la absoluta sólo puede serlo por mediación de la cosa juzgada. Es por eso que ésta puede ser opuesta y declarada en cualquier estado y grado del proceso, y ni siquiera requiere la advertencia de la protesta de parte para invocarla en una instancia distinta de aquella en la cual se ha producido...».

124. El Anteproyecto trata de evitar que se declaren nulidades, mucho más aún cuando nuestros tribunales tienen una práctica formalista y desordenada respecto al tratamiento de la actividad procesal defectuosa. Por ello contempla dos soluciones anteriores, que son: el saneamiento o corrección y la convalidación o subsanación del acto, salidas a las que otorga prioridad por sobre la declaración de nulidad, que debe ser la «ultima ratio» de las sanciones a la actividad procesal irregular defectuosa.

125. El Anteproyecto, busca que todas las nulidades sean inmediatamente saneadas, por tres vías: la renovación del acto viciado, la rectificación del error, o el cumplimiento del acto omitido, de oficio o a petición del interesado. El saneamiento del acto viciado, cuando esto sea posible, se encuentra facilitado por el Anteproyecto; en caso contrario, el reclamo oportuno permitirá la impugnación, individualizando al acto viciado u omitido, proponiendo la solución que contraviene a sus derechos.

126. La convalidación del acto viciado, se producirá por no haberse solicitado su oportuno saneamiento; o cuando exista consentimiento expreso o tácito de los interesados; o cuando haya alcanzado su finalidad con respecto de todos los interesados, pese a su irregularidad. Nos basamos en la doctrina uniforme sobre este punto.

127. La declaración de nulidad del acto jurídico, será el último medio del Tribunal, tendiente a expulsar el acto viciado o defectuoso, siempre por auto fundado y tratando en todo momento de sanear el acto con anterioridad. La nulidad es un fracaso del procedimiento que se debe tratar de evitar sin cerrar los ojos a las nulidades absolutas -lo que es constitucionalmente inadmisible- sino mediante una oportuna y creativa actividad saneadora, totalmente distinta a la mentalidad formalista que busca declarar nulidades insustanciales, con grave perjuicio para el desarrollo del proceso.

128. La declaración de nulidad del acto viciado, anula todos sus efectos y también los actos que dependan de él. Por consiguiente, la resolución judicial deberá establecer taxativamente a cuáles actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por conexión del acto anulado. Cuando la nulidad del acto viciado se funde en la violación de una garantía prevista a favor del imputado, no se podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores a la posible nulidad, ya que todo el sistema de nulidades se basa en el desarrollo de las garantías procesales de las partes y bajo pretexto de ello no se les debe causar perjuicio.

129. El Anteproyecto, en ese sentido, ha regulado el reenvío a otro tribunal, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación. El Tribunal podrá anular total o parcialmente la sentencia y ordenará nuevo juicio por otro Juez o Tribunal. Sí la anulación fuere parcial, indicará el objeto concreto del nuevo juicio. Se debe tomar en cuenta que no existe un recurso

especial de nulidad ya que la posibilidad de alegarla está contenida dentro de las facultades impugnativas de la Apelación y la Casación.

X. PRUEBA.

130. La evolución de la prueba como instituto procesal penal, estuvo regida desde un principio por los sistemas políticos vigentes en los distintos períodos de la historia; esta evolución se vio marcada por dos momentos bien definidos: primero, el señalamiento del culpable a cargo de la Divinidad, limitándose los jueces a practicar los actos necesarios para que la misma se manifestase, (juicios de Dios, ordalías); segundo, la imposición a los jueces de formar por sí mismos el convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, mediante la utilización de su capacidad intelectual. Es sólo a partir de aquí que aparece verdaderamente el concepto de la prueba. A partir de entonces la prueba penal se ha caracterizado por la utilización de recursos técnicos y científicos, para el descubrimiento y valoración de elementos probatorios y la consolidación de las reglas de la sana crítica en la apreciación de sus resultados. Todo dentro de un marco de respeto y reconocimiento de los derechos individuales y las garantías constitucionales y procesales.

131. La prueba es el único medio seguro y confiable para llegar a la verdad real y al mismo tiempo constituye la mayor garantía contra las arbitrariedades judiciales. Su carácter es indispensable en el proceso penal, por ser el medio conducente al reconocimiento de los hechos tipificados por una norma penal sustantiva. Los hechos y el derecho son cosas inescindibles, pues de la comprobación de los primeros, surge la aplicación del segundo. Sin una investigación exhaustiva de los hechos, no podrá aplicarse el derecho correctamente.

132. Es así que el esclarecimiento de los hechos, coincide con el valor de Justicia, pues nunca será justa la aplicación del derecho si los hechos no han sido determinados conforme al criterio de la verdad real. El concepto de verdad y su manifestación que son las normas que regulan la prueba en el proceso, surgen directamente de la decisión de fundar un derecho penal de acto -propio de un sistema democrático- y por lo tanto urgido por la reconstrucción histórica de los hechos. La verdad y la prueba se constituyen en una garantía frente a la tentación permanente de castigar a las personas no por lo que han hecho sino por lo que son, por lo que piensan o por lo que pudieran hacer según la imaginación enfermiza de algún dictador.

133. Si resulta imposible la determinación correcta de los hechos, o estos no son contundentes, positiva o negativamente, surge la duda, como una oscilación intelectual entre la certeza positiva o la certeza negativa, sin que ninguno de los polos tenga la fuerza de atracción suficiente como, para llegar a la verdad real; en este momento surge categóricamente la aplicación del principio «In dubio pro reo», ligado al principio de inocencia, resguardando de toda posible arbitrariedad. Principio que no debe tener una aplicación restringida, sino que rige todo el sistema de valoración de la prueba, por supuesto desde el grado de exigencia cognoscitiva que cada resolución y cada etapa procesal tienen.

134. Para llegar a ese estado intelectual de certeza se deben utilizar las fuentes y los medios probatorios que son las vías legales que permiten que ingrese la información al proceso y ella pueda ser utilizada para construir las decisiones. Pero esta construcción debe llevarse a cabo con arreglo a determinados principios, entre los cuales, siguiendo la tradición, se ha optado por el principio de la sana crítica que en su esencia constituye un sistema de valoración de la prueba basado en la libre convicción del juez, expresamente fundamentada; es decir, el rechazo a la prue-

ba tasada o legal; y la libre e integral apreciación del juez, del conjunto concentrado de la prueba producida ante él en el juicio oral y público; y la obligación de explicar (a través de la motivación de la sentencia) el modo como llegó a la certeza que funda su decisión. Por eso la sana crítica, es un sistema de valoración probatoria que sólo tiene sentido en sistemas con juicio oral, ya que sólo en ellos existe in- mediación.

135. Con la simple lectura del Anteproyecto del Código es posible advertir que se ha seguido una ordenación tradicional dentro de las legislaciones de tipo moderno. Por supuesto se ha abandonado la división de los medios de prueba entre aquéllos legislados en el capítulo del «cuerpo del delito» y otros en el capítulo del plenario. Esa división no corresponde al estado actual de la legislación y de la ciencia procesal, como ya lo señalaba Riquelme hace cincuenta años. Además, el concepto de «cuerpo del delito», elaborado hace siglos cuando aún no existían los desarrollos actuales del Derecho penal y que servía para determinar con precisión dentro del proceso el conjunto de elementos que hacían a la existencia misma del hecho punible (y por ello la doctrina penal lo considera un antecedente del actual concepto de tipo penal) no tiene razón de ser en la legislación procesal moderna. La existencia del hecho se prueba a través de todos los medios de prueba y según la capacidad de cada uno de ellos. Los elementos que deben ser probados están indicados en la legislación penal y su desarrollo científico corresponde a la dogmática penal, que, a través de su sistema estratificado de análisis ha alcanzado un significativo grado de precisión, entre aquellos que se refieren a la ilicitud y los que corresponden a la culpabilidad o a la punibilidad. El concepto de «cuerpo del delito» es confuso y anticuado, una rémora del sistema inquisitivo que en nada contribuye a la administración de justicia.

136. Dentro de este tratamiento tradicional de los medios de prueba se halla un régimen especial para inspección de lugares, personas o vehículos, el secuestro de cosas relacionadas con el delito, la prueba testifical, la prueba pericial, los careos y los reconocimientos de personas. La incorporación de esa prueba en el juicio está regulada por distintas normas (las normas generales, las normas de la oralidad, sus excepciones e incorporación por lectura y las reglas generales del juicio). Es necesario recalcar que la declaración del imputado no es tratada en el capítulo de la prueba ya que es un medio de defensa que, subsidiariamente puede brindar información (siempre que sea libre y voluntaria). Capítulos tales como la confesión (predeterminación del valor de los dichos del imputado), la llamada «prueba de indicios o presunciones», las «tachas de testigos» y otros han sido excluidos no porque dejen de ser utilizables sino porque su regulación expresa es propia de los sistemas de prueba tasada o legal. Seguirán existiendo confesiones, presunciones o indicios, pero ellas, serán valoradas en cada caso por el juez (sana crítica), constituidas por medio de reglas lógicas que conforman la esencia de la construcción de la certeza según ese sistema probatorio. Por lo tanto no necesitan regulación expresa.

137. En otro orden de cosas se ha establecido que se podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado, con la salvedad de respetar su pudor, asegurar su salud y requerir en cada caso autorización judicial. Según Ricardo Núñez el imputado podría ser obligado a someterse a inspección directamente, pues no se trata de obligarlo a declarar contra si mismo, siendo posible que se inspeccione cualquier parte de su cuerpo, aún en contra de su voluntad, ya que la inspección tiende a identificar a la persona o verificar los efectos que el delito pudo haber dejado en su cuerpo o en su mente. A nuestro entender, en principio es posible realizar esas inspecciones, pero en todo caso se deberá requerir autorización judicial. Es posible que en algunos casos ello dificulte la obtención de la prueba (por

ejemplo en la prueba de alcoholemia) pero se trata de actos muy cercanos a la integridad personal como para quedar librados a las autoridades de investigación. El juez velará por las garantías del imputado.

138. Se ha establecido, por último, un amplio régimen de exclusiones probatorias. Tanto cuando la información proviene directamente de un acto viciado, como cuando proviene indirectamente de él. Muchas veces se ha caído en la tentación programática de querer utilizar la información obtenida indirectamente de fuentes ilícitas, en especial cuando es verdadera. Sin embargo, nosotros creemos que este es uno de los puntos donde el Estado de Derecho se pone a prueba. La lógica de la eficiencia absoluta, de la utilidad sin límites es la que da fundamento a la tortura y hace que ella no pueda ser erradicada. Sólo una jurisprudencia celosa de la legalidad de la prueba y extremadamente sensible a las violaciones a estos principios garantizará que la tortura, por cruel y por inútil, desaparecerá definitivamente.

XI. MEDIDAS CAUTELARES.

139. El conflicto originario que se da, entre la libertad individual del hombre y la defensa de la sociedad ha sido y será el tema principal de toda política criminal y, por ende, del proceso penal. La doctrina procesal penal ha entendido que en lo relativo al tratamiento jurídico de cualquier medida cautelar, en especial, la de orden personal, ésta se debe sopesar entre dos garantías constitucionales de particular importancia a la hora de ponerlas en práctica: la libertad personal, por un lado y la seguridad que debe otorgar el Estado a los ciudadanos, por el otro, a través de una persecución penal eficaz. Libertad y seguridad, entonces, se convierten en el anverso y el reverso de una misma materia que exige criterios racionales de observación, aceptando, desde ya, los innumerables obstáculos que podrán surgir en nuestro medio.

140. La doctrina nacional abordó el problema desde la perspectiva correcta y respecto a la situación de la persona afectada, Riquelme nos enseñaba que las especies conceptuales y funcionales podrán sitiarse en una línea decreciente en cuya cúspide se encontraba la libertad en su puridad y su paulatino desdibujamiento en diversos estadios propios a su restricción, hasta llegar a la medida extrema de la privación de libertad durante todo el procedimiento.

141. Los institutos de la detención preventiva y de la prisión preventiva han sido los puntos centrales de discusión en nuestra jurisprudencia y se ha dado el fenómeno de un progresivo avance de la legislación positiva y un retroceso constante de la jurisprudencia, que profundiza día a día el abismo entre las previsiones constitucionales y el abuso de la privación de libertad en nuestra práctica cotidiana.

142. Entre nosotros, fue Riquelme, quien pretendió diseñar, aunque sea de un modo embrionario, un sistema más acorde con las previsiones de la ley fundamental y nos atrevemos a formular la interpretación de que su «idea-fuerza», a la luz de la lectura integral de su obra, descansaba en la gran confianza que dispensaba a las nuevas generaciones que postularán una progresiva pero sustancial modificación del modelo institucional vigente, en la búsqueda de un sistema garantista de los derechos inalienables del hombre. Esto se desprende de cada uno de sus capítulos en los que iba focalizando criterios de restricción en el objeto y en el tiempo para la aplicación de las medidas cautelares.

143. Naturalmente se necesitaba el quehacer de la jurisprudencia nacional que acompañara eficientemente este emprendimiento, pero ella no comprendió los valores en juego y cayó fácilmente en la tentación de remediar las deficiencias procesales con la libertad del imputado o, lo que es peor aún, volver al antiguo recurso de la prisión como el

modo más rápido y más cruel de cobrar las deudas. A manera de ejemplo, conviene destacar que la jurisprudencia ha sostenido que la confesión extrajudicial en dependencias policiales servía de suficiente argumento para arribar a la más grave de las medidas restrictivas de libertad antes de la sentencia, es decir, el auto de prisión. Este cuadro despreciativo hacia la libertad personal, la vigencia de un modelo político cerrado y propenso a la toma de medidas represivas y la resistencia a la aplicación directa de las normas constitucionales, han sido obstáculos insalvables, hasta ahora, para la aplicación de la nueva Constitución. Es hora ya de que se abandonen definitivamente las caducas reglas de aplicación jurisprudencial de la «normalidad»; de la «mera base indiciaria»; de la legalización de las «detenciones por autoridades policiales» y otras tantas frases que se repiten a diario en las decisiones y se han convertido en normas rituales perfectamente asimiladas y aceptadas por nuestros jueces y tribunales pese a ser contrarias al texto expreso de la Constitución.

144. Por todo ello, introducimos principios procesales no sólo modernos para nuestro país -muchas de las alternativas que proponemos tienen varias décadas de experimentación y aplicación en otros países- sino apropiados para la arquitectura institucional democrática hacia la que debe propenderse desde el plexo de nuestro ordenamiento jurídico. Todo el sistema de medidas cautelares debe descansar sobre los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y razonabilidad que garantizan un margen restrictivo de aplicación de una medida cautelar de orden personal por parte de los órganos judiciales.

145. La excepcionalidad es un desarrollo del artículo 19 de la Constitución Nacional y se manifiesta en la necesidad de una resolución fundada, la enumeración taxativa de los casos en que se podrá viabilizar aprehensiones o detenciones preventivas; el saneamiento de las detenciones sin orden judicial en un plazo menor a los determinados ac-

tualmente; la especificidad de las órdenes de restricción de las libertades personales; el estudio oficioso de las medidas cautelares, cada tres meses; la amplia gama de alternativas o medidas sustitutivas a las de orden coercitivo; las cauciones; la prohibición que la pena adquiriera caracteres de «pena anticipada»; la simbolización efectiva del principio de inocencia a través de la prohibición que el prevenido aparezca como tal, con el agregado de que «...se encuentra en prisión al solo efecto de asegurar su comparecencia al procedimiento o al cumplimiento de la pena...»; y la delimitación precisa de los conceptos de «peligro de fuga» y de «peligro de obstrucción», únicas razones que pueden fundar una privación de libertad en el proceso ya que cualquier otra finalidad sería utilizar la prisión preventiva como pena, lo que está expresamente prohibido por la Constitución.

146. La proporcionalidad se ajusta al mismo criterio que cobija nuestra Constitución, pero la amplifica con una mejor reglamentación. Este principio establece plazos perentorios dentro de los cuales deben resolverse las cuestiones cautelares; proporciona la prisión preventiva al mínimo de la pena prevista para el delito por el cual se procesa al imputado, o al de la duración prevista para la terminación del proceso o la imposibilidad que se extienda por más de dos años; la prohibición a los jueces de imponer medidas restrictivas en determinados delitos y la mayor o menor excepcionalidad en proporción al sujeto procesal contra el que se decretará la medida.

147. La razonabilidad es un principio que exige a los jueces la estimación previa de las circunstancias legales que se prevén para la aplicación de una medida cautelar personal. En puridad es una simple operación próxima a la sana crítica, pero con una limitación severa en beneficio de la libertad: la excepcionalidad, el examen obligatorio oficioso y la preferencia por sustituir la medida restrictiva hacia otras que no afectan la libertad, lo comprueban. Esta

razonabilidad se exige para los casos de detención prisión preventiva y, en especial, para determinados casos en los que el Código Procesal Penal exige al Juez el agotamiento previo de todas las alternativas previstas en su texto como medidas sustitutivas a la prisión preventiva para arribar, como último recurso, a este tipo de decisión. Este criterio de razonabilidad no se sustrae de la órbita de los otros principios cardinales que hacen al nuevo ordenamiento legal de las medidas cautelares.

148. Este régimen totalmente diferente respecto a las medidas cautelares, se complementa con otras reglas que buscan dotar de celeridad y seriedad a las decisiones de control sobre el uso (o abuso) de la prisión preventiva. Su vinculación con las reglas del control de la duración del procedimiento, las cláusulas «fusibles» que compelen a los magistrados a tomar decisiones en los plazos estrictamente legales con el grado de responsabilidad que se les atribuye por un eventual injustificado retardo y el grado de objetividad que deben presidir los actos de la acusación pública, son las novedosas vallas que emergen contra la discrecionalidad que se convierte en arbitrariedad e irrazonabilidad.

149. Seguramente saldrán voces que dirán que este régimen generará impunidad. A esas voces agoreras hay que recordarles que en nuestro país se ha abusado de la prisión preventiva hasta el cansancio y la impunidad es un mal estructural. La impunidad se combate con un proceso penal preocupado por ser eficaz, con una investigación moderna y dinámica, con un juicio rápido y certero y no con violaciones a las normas constitucionales prohijadas por la propia institución judicial, que en el diseño republicano del poder debe ser la más celosa protectora de nuestras libertades cívicas.

XII. COSTAS.

150. Hemos incluido el regimen de costas dentro de la Parte General porque ellas no son un problema de la finalización del procedimiento sino que rigen en todas las etapas (incidentes, etc.). Es necesario normalizar el sistema de recuperación de gastos, ya que el proceso penal se ha caracterizado por un total descuido sobre este tema. Las normas son tradicionales dentro de la legislación procesal, pero su agrupamiento y clarificación esperamos que sirvan a una práctica más rica y justa.

151. Mención aparte merece la innovación de que en aquellos casos en los que el imputado ha sido absuelto o sobreseido definitivamente en virtud a su inocencia comprobada (no en caso de duda, por ejemplo) el Estado pague las costas. Aquí hay razones de elemental justicia, si una persona ha debido sufrir un proceso siendo inocente, debe ser resarcido, al menos, en los gastos que dicho proceso le ha ocasionado. En ciertos casos el querellante puede concurrir al pago de esas costas. Por lo demás se ha buscado establecer un mecanismo simple de liquidación y castigar en todos los casos el litigio temerario o basados en falsedades.

XIII. INDEMNIZACIÓN AL IMPUTADO.

152. La Constitución Nacional establece, en su artículo 17, inciso 11, la indemnización en caso de condena por error judicial. El Anteproyecto desarrolla esa norma constitucional y busca hacerla operativa. En ese sentido se ha optado por un sistema de cálculo automático y de oficio (a razón del valor de un día de multa por día de prisión, que es la escala que utiliza el Código Penal) de modo que la indemnización pueda ser cobrada de inmediato por el imputado que así lo quiera. Si no acepta ese importe, por razones personales, queda libre la vía civil. Si lo acepta se entiende que ya ha sido reparado el daño.

153. Otra innovación importante, que refuerza el sistema de excepcionalidad de la prisión preventiva, es que el régimen de indemnización previsto en la Constitución se extiende a los casos de prisión preventiva sufrida por error judicial. La situación es la misma en términos valorativos y sería injusto que si la persona fue condenada y luego absuelta porque el error se descubre con posterioridad sea indemnizada y no lo sea cuando el error se descubre durante el trámite del proceso. Los días perdidos en prisión son los mismos y en ambos casos un error es la base de esa privación. Esta norma hará más cuidadosos a los tribunales en el uso de la prisión preventiva y también a los querellantes cuando hayan buscado la prisión de un modo negligente o por fines extraprocesales, por ejemplo, para provocar el pago de deudas.

FUNDAMENTOS DE LA SEGUNDA PARTE (PROCEDIMIENTOS)

I. EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO.

154. El procedimiento ordinario está fraccionado en tres etapas claramente diferentes, reguladas en particular en cada uno de los títulos del libro primero. Las modificaciones al respecto del procedimiento vigente se refieren principalmente a la sustitución de la instrucción y prosecución del sumario a cargo del juez de instrucción o del juez de primera instancia, proponiendo la investigación a cargo del fiscal en la etapa preparatoria; y la implementación de la etapa intermedia con una audiencia preliminar, antes de elevar la causa a juicio. El juicio oral y público, llevado a cabo por un tribunal colegiado (Tribunal de Sentencia) también es una innovación con relación al procedimiento escrito, sin embargo, doctrinalmente sigue las líneas clásicas de los códigos procesales modernos con juicio oral.

155. Nuestro sistema procesal vigente se encuadra dentro de aquellos que siguen el modelo inquisitivo escrito,

encargando la investigación o desarrollo del sumario al juez de instrucción. Una vez que éste termina de reunir las pruebas, envía el sumario al fiscal para que sea él quien presente la acusación o requiera la apertura del juicio. También existen otros sistemas con procedimiento oral que siguen el modelo denominado «mixto» o «reformado», donde se le entrega la investigación al juez de instrucción para que realice una instrucción formal y sobre la base de ese sumario, el fiscal pide la apertura de un juicio oral y público.

156. En ambos casos, sea el procedimiento escrito u oral, cuando la investigación o el sumario ha sido encargada al juez de instrucción, éste realiza actividades de variada naturaleza y discutible compatibilidad, pues, es una misma persona quien investiga, toma decisiones, ordena detenciones, decreta la prisión preventiva, autoriza allanamientos, realiza anticipos de prueba, presenta la acusación y requiere el auto de apertura a juicio, entre otras. Este modelo de función judicial hace que el juez de instrucción concentre potestades casi incontrolables en el proceso penal. En realidad, del conjunto de actividades realizadas por él, dos son incompatibles en sí mismas, ser al mismo tiempo, el investigador que eventualmente presentará la acusación; y el garante de los derechos constitucionales y procesales. En definitiva, el juez de instrucción debe ser garante de sus propios actos, lo cual genera estructuralmente grados cualitativos de ineficacia, sin entrar a considerar la eticidad de tal condición.

157. El sistema propuesto por el Anteproyecto, se adecua doctrinalmente al modelo acusatorio, otorgándole la investigación de los hechos, directamente al fiscal, quien es el encargado de preparar la acusación, que él mismo presentará. Se trata de otro modo de organizar la investigación preliminar, consistente en acentuar el carácter acusatorio del proceso, dividiendo las dos funciones básicas de los sujetos judiciales intervinientes, de modo que sea el Ministe-

rio Público el encargado de investigar, quedando reservado al juez, la tarea de autorizar y tomar las decisiones jurisdiccionales, pero nunca investigar.

158. Los fiscales tienen la gran responsabilidad de la investigación y posterior acusación si fuere pertinente, y los jueces solo la responsabilidad de vigilar y controlar la legalidad de la investigación, además de sus atribuciones jurisdiccionales. Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los países que han impulsado reformas procesales en los últimos tiempos, pues en la práctica ha demostrado ser más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales y constitucionales.

A. ETAPA PREPARATORIA.

159. Luego de los actos iniciales del proceso, sea la denuncia, la querrela, o la intervención policial preventiva, mediante los cuales ha ingresado formalmente un supuesto hecho delictivo al sistema judicial, comienza una etapa netamente preparatoria, que consiste en un conjunto de actos y diligencias, fundamentalmente de investigación, orientados a determinar si existen razones para presentar la acusación y someter a una persona a juicio. El requerimiento del fiscal, consistente en que se inicie juicio respecto de una persona determinada y por un hecho determinado, se denomina acusación. Por lo tanto, luego de los actos iniciales del proceso, comienza un conjunto de actos procesales a cargo del Ministerio Público, tendientes a preparar la acusación, denominada investigación fiscal dentro de la etapa preparatoria.

160. Toda la tarea que significa la investigación preliminar de un delito de acción pública, para fundamentar una acusación formal, o de otro modo, requerir el sobreseimiento, ha sido confiada al Ministerio Público que así reemplaza la labor de los jueces de instrucción y de los jue-

ces de primera instancia. Al respecto, en la exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de Guatemala presentado por los Doctores MAIER y BINDER, se explica que: «Con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal, y simplificar y dinamizar la tarea de investigación que actualmente se halla encerrada en formalidades que no cumplen una función eficaz, tanto a la averiguación de la verdad, como a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento, incluso en beneficio del imputado»

161. Durante el período preparatorio, existen básicamente cuatro clases de actos:

- a) diligencias propias de investigación;
- b) resoluciones que dirigen la marcha del proceso;
- c) realización de anticipos jurisdiccionales de prueba, es decir, la realización de pruebas que no podrán ser producidas en el juicio; y,
- d) resoluciones, decisiones o autorizaciones jurisdiccionales, referidas a actos que puedan afectar garantías procesales o derechos constitucionales.

162. Entonces, además de las diligencias propias de la investigación del Ministerio Público durante el desarrollo de ésta etapa preparatoria, se toman decisiones jurisdiccionales; al respecto, cualquiera de los sujetos procesales puede oponer excepciones o interponer cualquier otro tipo de incidente. Estas decisiones serán resoluciones a dictarse durante la etapa preparatoria, y dentro de ella, la resolución más importante es la que decide sobre la detención o prisión preventiva de un imputado. Estas decisiones formales, por mandato constitucional, deben ser tomadas estrictamente a través de resoluciones jurisdiccionales, es decir, por la autoridad judicial competente: el juez penal.

163. Otro tipo de decisiones, pero no menos importantes, son las que resuelven ciertos actos de la investigación cuando afectan directamente garantías procesales o bienes

y derechos protegidos por la Constitución, por ejemplo, al ordenar allanamientos, secuestro, comiso o incautación de objetos o documentos, exámenes psíquicos o físicos del imputado o de un testigo, entre otras.

164. La acusación, que es el acto mediante el cual el Ministerio Público o el querellante particular, en su caso, requiere el auto de apertura a juicio, es la forma propia de finalizar la investigación. Cuando no se ha encontrado fundamento serio para promover la acusación o cuando no se pudo identificar al imputado procederá alguna de las fórmulas de absolución anticipada o de clausura provisional del proceso.

165. Así como la etapa preparatoria se origina a través de actos iniciales perfectamente individualizados, también tiene señalados sus modos de conclusión. La investigación de los hechos a cargo del Ministerio Público no puede quedar abierta indeterminadamente sin proceder a presentar la acusación, ya que la prolongación excesiva o irrazonable lesiona derechos humanos fundamentales, considerando los principios de seguridad jurídica y los derechos del imputado, en ese sentido se establece un plazo máximo de duración de la investigación.

B. ETAPA INTERMEDIA.

166. Una vez presentada la acusación o cualquier otra solicitud del Ministerio Público o del querellante, se procederá a una audiencia preliminar para discutir sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación. Antes de la audiencia, las partes pueden objetar los vicios o la falta de fundamento de la acusación o de la solicitud de sobreseimiento, oponer excepciones o contestarlas, ofrecer las pruebas a ser producidas en el juicio y otras manifestaciones de distinta naturaleza según sus propios intereses.

167. La audiencia preliminar es entendida como una institución de control formal y sustancial de las actividades y diligencias de la investigación, principalmente de la acusación. La audiencia permite también la aplicación de alternativas dentro del proceso penal, como la suspensión condicional, el procedimiento abreviado, la aplicación de criterios de oportunidad y otras.

168. En la audiencia preliminar, el Juez penal debe admitir o rechazar la prueba ofrecida por las partes para el juicio, y al mismo tiempo podrá ordenar la realización de otras que permitan una mejor preparación del juicio.

169. Una vez finalizada la audiencia preliminar el Juez deberá resolver todas las cuestiones que han sido planteadas, y en su caso, dictará el auto de apertura a juicio oral y público, admitiendo la acusación. Esta es la resolución más importante de la etapa intermedia, porque en ella se determina el objeto del juicio y la sentencia proveniente solamente podrá referirse a los hechos que han sido expuestos en un debate contradictorio.

170. En la etapa intermedia se toman decisiones políticas importantes de carácter procesal y de gran responsabilidad, y es la forma concreta de control del resultado de la etapa preparatoria. En ese sentido, la naturaleza, en cierto modo inquisitiva de la investigación se corrige en la etapa intermedia, de tal manera que los derechos y garantías procesales, y entre ellas, la inviolabilidad de la defensa y el principio de presunción de inocencia no cumplan su función procesal solamente en el juicio, sino que se las interprete extensivamente en todo el procedimiento.

C. JUICIO ORAL Y PÚBLICO.

171. El juicio oral y público es la etapa esencial y principal de todo el proceso penal, es la más importante, por ello las etapas anteriores se desarrollan dirigiéndose hacia

la sustanciación del juicio. Es allí en donde los conflictos sociales que significaron la apertura de un proceso penal son redefinidos mediante resolución judicial definitiva.

172. El tercer título del libro primero de la segunda parte desarrolla los presupuestos del juicio oral y público, dividiendo su estudio en cuatro capítulos. Como normas generales se introducen las reglas básicas y clásicas del juicio, promoviendo la aplicación bajo pena de nulidad de los principios de inmediación, publicidad y oralidad; respetando el principio de continuidad del juicio, admitiendo suspensiones especiales y precisamente determinadas; y, los derechos y deberes de las partes durante el desarrollo.

173. El Anteproyecto sigue las líneas de los códigos procesales modernos apartándose de los modelos clásicos, en los casos, donde sean convenientes, proponiendo la posibilidad de dividir el juicio, o lo que se denomina en la doctrina procesal moderna «la cesura del juicio», sobre la base de la necesidad de precisar la discusión judicial sobre la determinación de la pena, evitando que una decisión tan importante se convierta en un simple cálculo matemático o sea establecido arbitrariamente.

174. En el mismo sentido del párrafo precedente, se propone la obligatoriedad de una pericia especial o la división del juicio, en los casos en que el delito sea cometido dentro de un grupo social con cultura divergente o cuando quienes intervinieron en el hecho presenten una diversidad cultural evidente, fundamentado en los presupuestos constitucionales de igualdad de las personas, de la tolerancia y de la libertad de expresión de la personalidad, entre otras.

175. En la sustanciación del juicio se ha seguido el esquema general de los sistemas con juicio oral. Igual lineamiento se mantiene para la deliberación y la sentencia, donde lo más significativo es la elaboración de la sentencia inmediatamente después de la deliberación, sin posibilitar

suspensiones o interrupciones. De las actuaciones del juicio se labrarán actas, que demostrarán como válido el desarrollo del mismo, la observancia de las formalidades, las intervenciones de las partes y los actos realizados.

176. Teniendo en cuenta que el juicio es oral y público, la lectura de la sentencia es un acto esencial, y en ese sentido, también el contenido de la misma debe ser explicado en idioma guaraní, en concordancia con la Constitución.

II. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.

A. PROCEDIMIENTO ANTE EL JUEZ DE PAZ.

177. A pesar de su desnaturalización funcional a través de nuestra historia la figura del juez de paz se encuentra en plena evolución. Para muchos, en él está el germen de una nueva justicia, con verdadera capacidad para resolver los conflictos sociales, insertado en las comunidades, con capacidad para comprender la vida de la gente común y quizás la única solución verdadera al problema endémico de la falta de acceso a la justicia. Para otros es una figura perimida, incapaz de asumir los desafíos de una sociedad compleja, donde el derecho se ha tecnificado en extremo y prácticamente ya no existen los litigios sencillos. Esta es una discusión pendiente y posiblemente la solución no esté en ninguno de estas dos posturas extremas. Mientras tanto el Anteproyecto le ha asignado al juez de paz algunas funciones importantes, aunque no se apoya en esta figura de un modo permanente.

178. En primer lugar, le asigna una competencia supletoria, -delegada no es el término apropiado- para que puedan cumplir las funciones de control propias del juez penal en aquellos lugares, -en especial en las zonas del interior del país- donde el juez penal no puede actuar rápidamente. Dadas las funciones primordialmente pasivas que en la

etapa preparatoria debe cumplir el juez, esto no significa asignarle una competencia permanente, sino, antes bien, permitir que si el fiscal necesita una autorización (por ejemplo, para un allanamiento), o el imputado quiere fortalecer sus garantías, puede recurrir al juez de paz. Ello será de gran utilidad para el control de los primeros momentos de la investigación, en especial, de la actuación de la Policía Nacional. Se trata de un sistema flexible que permite utilizar un recurso ya existente y darle vigencia a las garantías en todos los rincones del país.

179. En segundo lugar, tiene una competencia alternativa, en particular en las causas de menor entidad y cuando se trata de producir salidas procesales (desestimación, sobreseimiento provisional, oportunidad, suspensión condicional del proceso) o sentencias en casos rápidos (flagrancia, confesión, etc.) siempre que se trate de penas cortas (hasta un año) o penas no privativas de libertad o delitos de acción privada, si el imputado acepta la competencia. En los primeros casos, el Ministerio Público provoca optativamente la competencia del juez de paz, presentando ante él su requerimiento fiscal. Si se trata de delitos de acción privada será facultad del querellante. Este sistema tiene la ventaja de permitir descongestionar la situación de los jueces penales y brindar un servicio judicial rápido y real en zonas alejadas de los centros urbanos. Además, no es un sistema rígido sino que permite realizar una política de utilización progresiva de estos mecanismos según vaya evolucionando la situación y la capacitación de los jueces de paz.

180. Finalmente se mantiene algo que es tradicional en esta figura judicial, tal como es el juicio de faltas. Qué faltas deberán ser juzgadas, es algo que le corresponde definir a la legislación penal o a las leyes especiales. De todos modos, el Anteproyecto debe dejar legislado un juicio de faltas, breve y sencillo, sobre base oral, para aquéllos casos que existan o pudieran existir.

B. PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

181. El procedimiento abreviado es, básicamente, una simplificación de los trámites procesales, de modo que, siempre y exclusivamente con el consentimiento del imputado, se puede prescindir del juicio oral y dictar una sentencia sobre la base de la admisión de los hechos por parte del propio imputado. En este sentido funciona de un modo similar al allanamiento sobre los hechos, institución ya ampliamente conocida en la legislación procesal civil.

182. Los requisitos previstos para este procedimiento son bastante estrictos porque la prescindencia del juicio oral, afecta a garantías muy básicas que sólo pueden ser dejadas de lado si el beneficiario de ellas -el imputado-, consiente de un modo claro, contundente y definitivamente libre. Por ello es necesario, en primer lugar, la aceptación de los hechos; en segundo lugar, el consentimiento para la aplicación de este procedimiento, prestado con total libertad. Para garantizar que no existan coacciones indebidas, el defensor con su firma debe asegurar que el imputado ha prestado libremente su consentimiento.

183. Quienes pueden provocar este procedimiento son los acusadores, no el imputado por sí mismo. De todos modos, su ámbito de aplicación ha sido restringido, quizás en una primera etapa de prueba sobre la utilización de esta institución, a delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o delitos cuya pena máxima de prisión no supere los cinco años.

184. Esta propuesta común se presenta ante el juez (penal en la mayoría de los casos, y si la pena que se pide es menor a un año o no privativa de libertad se puede presentar ante el juez de paz), quien puede aceptar o no el procedimiento (porque considera que no se dan los requisitos de procedencia) o puede condenar o absolver (por ejemplo, si por más que exista reconocimiento de los hechos considera

que el hecho no constituye delito). La única limitación que tiene el juez es que si condena no puede imponer una pena más alta que la solicitada por los acusadores. Esa es, justamente, el beneficio del imputado al aceptar este procedimiento.

185. La operatividad de este procedimiento es muy importante y lo son también sus ventajas. En primer lugar, da una solución a una gran cantidad de casos en los que la prueba es abrumadora para el propio imputado (flagrancia, por ejemplo) de tal modo que los costos de seguir un proceso completo son más gravosos. Por otra parte, permite consolidar una vieja institución de nuestra legislación que consiste en los beneficios que se otorgan a aquél que decide colaborar con la administración de justicia y confesar su hecho. De este modo puede lograr no sólo una pena menor sino un procedimiento menos costoso y con menor publicidad. En tercer lugar, permite que, en ciertos casos en los que el fiscal tenga suficiente prueba, pueda proponer una solución alternativa de este tipo, con ventajas para el imputado y para el Ministerio Público que tiene menos desgaste en su actividad.

186. La víctima obtiene ventajas, ya que la condena le permite un procedimiento rápido de reparación o la admisión de los hechos siempre facilita la acción civil posterior; y la sociedad obtiene el beneficio de sentencias rápidas. No debemos dejar de lado que el mayor efecto de prevención general lo produce el hecho de que se logre una sentencia de condena cuando el hecho aún está vivo en la memoria colectiva y no una sentencia, quizás mayor en pena, pero que llega cuando ya se ha olvidado lo sucedido.

187. De todos modos, se ha optado por un inicio prudente de esta institución y de allí su limitación a casos de menor importancia. El imprescindible control judicial garantiza, así lo creemos, que el procedimiento no será distorsionado a través de presiones indebidas para lograr con-

fesiones, ni que se abrirá una puerta para nuevas corrupciones. El futuro dirá, si es una institución que puede ser ampliada por sus beneficios o debe ser limitada o eliminada. En este tema, como en tantos otros, no existe otro camino que el del ensayo y el error.

C. PROCEDIMIENTO POR DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA.

188. Fiel a la filosofía general de todo el Anteproyecto que ha abierto las puertas a la participación de las víctimas, se establece un procedimiento especial para todos los casos de delitos de acción privada.

189. Básicamente el procedimiento por delitos de acción privada comienza directamente en el juicio oral y público, que se rige conforme a las reglas comunes. Sin embargo existe una etapa previa que puede servir para tratar de provocar la conciliación o retractación (se prevé una audiencia obligatoria de conciliación) o puede ser utilizado para lograr algún auxilio judicial para preparar la acusación (por ejemplo, averiguación del nombre real tras el seudónimo, en el caso de libelos difamatorios, averiguación de domicilios, etc.).

D. PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN EXCLUSIVA DE MEDIDAS.

190. Según la ley penal y la doctrina común al respecto, la irreprochabilidad no permite la aplicación de una pena porque la alteración de las facultades mentales o la imposibilidad de dirigir las acciones conforme a una comprensión razonable impide la declaración de culpabilidad. En estos casos, las medidas son la consecuencia del hecho ilícito, no culpable.

191. Pero la irreprochabilidad no significa que no se deba probar la existencia del hecho ilícito, o que respecto

del irreprochable no operen las causas de justificación, por ejemplo. Ha existido una mala práctica en nuestros tribunales, acostumbrada más bien a comprobar sólo la existencia de la reprochabilidad y creer que sólo con ella ya existían los fundamentos necesarios para la aplicación de una medida. Pero ese no es el sistema según nuestro derecho penal vigente.

192. El juicio especial previsto busca llamar la atención sobre la prueba de los restantes elementos que permiten la aplicación de una medida (básicamente todos los que hacen a la existencia del hecho y a su ilicitud), pero adapta las reglas del procedimiento a las circunstancias particulares del imputado, que generalmente se encuentra, además, en una situación de incapacidad procesal. Se trata de un procedimiento que aumenta las garantías, restringe la publicidad y obliga a una consideración más particularizada de las circunstancias personales del imputado.

E. PROCEDIMIENTO PARA MENORES.

193. Por razones de sistema y necesidad propias de la generalidad de la ley, se establece un límite preciso a partir del cual comienza la plena responsabilidad penal. Sin embargo esta ficción legal no debe ser confundida con la realidad insoslayable de que no es lo mismo un delito cometido por una persona adulta que otro, quizás el mismo en términos de gravedad, cometido por un menor de edad, aunque según la ley, ya tenga la misma responsabilidad plena que posee un adulto.

194. Este procedimiento no establece rebajas en la pena ni otro tratamiento distinto, que le corresponde establecer a la legislación penal. Lo que busca es que el modo como reaccione la justicia penal frente a hechos cometidos por personas tan jóvenes sea distinto. En muchos casos se tratará de la primera vez que el joven tenga un enfrentamiento con la justicia y del modo como este se desarrolle quizás de-

penda el futuro de su vida personal. En otros casos, aunque ya exista reiteración de hechos, todavía se trata de una persona en un estadio inicial del desarrollo de su personalidad, que puede ser corregido con mayor facilidad.

195. Este procedimiento especial busca preparar a la administración de justicia y al Ministerio Público para este primer encuentro con un joven imputado. Se busca que los fiscales sean especializados, que se trate de involucrar a los padres o familiares del menor, que se restrinja al máximo la publicidad, que no se abuse de la privación de libertad y, especialmente, que se trate cuidadosamente todo lo relativo al desarrollo educativo y personal del joven. Además se establece que en estos casos la división del juicio prevista en el procedimiento ordinario sea obligatoria, para que exista una discusión más detallada de la pena. Aquí el acierto judicial en la individualización de la pena es fundamental para el cumplimiento de los fines de prevención especial previstos en la Constitución.

F. PROCEDIMIENTO PARA LOS DELITOS RELACIONADOS CON PUEBLOS INDÍGENAS.

196. Una de las innovaciones importantes del Anteproyecto es la creación, en armonía con la Constitución Nacional, de un procedimiento para los delitos relacionados con pueblos indígenas. Las diecisiete naciones, etnias o pueblos indígenas que representan ahora un porcentaje pequeño de la población del país, son herederos de una cultura de existencia anterior a la constitución del Estado paraguayo. Estos diecisiete pueblos sufrieron los embates del sector occidental de la población, que fundado en su poder destructivo y la coacción, creó un sistema en el que fueron conculcados los derechos más fundamentales de sus integrantes. Una pieza más de la política en virtud de la cual se negó la vida a estos pueblos indígenas, evidentemente ha sido el derecho escrito, extraño a esas culturas y paralelo a

los sistemas de regulación jurídica propios de sus sociedades.

197. Después de la Constitución de 1992, la reforma del sistema judicial no puede quedar ajena a esa realidad, si pretende aportar algo positivo a la construcción de una sociedad auténticamente democrática en la que la unidad no niegue la diversidad necesaria, para que cada persona legítimamente pueda alcanzar el pleno desarrollo de sus potencialidades humanas. El estado de derecho se compromete con la persona como fin último; teleología que lo legitima como fenómeno de concentración del poder coercitivo de la sociedad. No puede, pues, dejar de comprometerse con las culturas que componen la sociedad en su conjunto, mucho más aún cuando esas culturas son anteriores a su mismo surgimiento, como es el caso de nuestros pueblos indígenas. Así lo entendieron los constituyentes, cuando acogiendo el reclamo de los representantes originarios de los pueblos indígenas, legaron a América y al mundo, el Capítulo V del título I de la primera parte de la Constitución Nacional, como testimonio de la auténtica vocación democrática de un pueblo que no teme reconocerse multicultural y pluriétnico.

198. Así también lo entendimos cuando no sólo hemos establecido normas especiales en lo relativo al reconocimiento como víctima de la comunidad indígena y en lo relativo al régimen de la acción, sino que se dedicó un procedimiento específico para regular este problema. Creemos importante señalar, enfáticamente y desde un principio que estas normas especiales: a) no devienen de una posición paternalista propia del integracionismo o asimilacionismo etnocéntrico que caracterizó al derecho positivo paraguayo y que juzga a estos pueblos como débiles y destinados a ser «convenientemente», absorbidos por la sociedad occidental; b) tampoco devienen de una posición ingenua, musiológica, segregacionista en la que se pretende aislar a estos grupos de la dinámica social global; y, c) no constituyen un

populismo o romántico homenaje a las tan mal llamadas «raíces de nuestra nacionalidad», o como podría decirse también, un tributo al pasado viviente de la humanidad.

199. Por el contrario, las normas que proponemos buscan: a) traducir en el derecho procesal penal los derechos fundamentales que reconoce a los pueblos indígenas la carta fundacional de la República; b) tomar en cuenta el carácter reivindicatorio, resarcitorio y tuitivo del derecho constitucional que rige la materia; y, c) revertir o por lo menos poner barreras, a una tendencia social que más allá del mandato constitucional actual seguirá incidiendo negativamente sobre la vida de los pueblos indígenas. En definitiva podemos decir que estas normas buscan, al igual que la Constitución Nacional, y en este caso desde el derecho procesal penal, establecer bases justas para que los pueblos indígenas y la sociedad mayoritaria de tipo occidental, se respeten mutuamente estableciendo un diálogo cultural en el que participen en la construcción de una convivencia pacífica, donde la creatividad humana encuentre nuevas soluciones a los desafíos de una vida cada vez más compleja.

200. Dada la especial complejidad de los problemas que tratan de resolver estas normas especiales, nos parece necesario realizar algunas aclaraciones previas. La primera de ellas tiene que ver con los tipos de conflictos a ser considerados por el derecho procesal penal en cada caso. Existen, en primer lugar, conflictos intracomunitarios, que son aquellos que afectan a individuos pertenecientes a la unidad política básica de los pueblos indígenas, tradicionalmente estos conflictos implican un problema entre individuos de una misma etnia y por lo tanto de igual cultura. Sin embargo, el proceso social de desintegración comunitaria, nos enfrenta al hecho de que actualmente en una misma comunidad pueden vivir miembros de etnias distintas lo que vuelve aún más complejos los casos. Podemos, pues, distinguir conflictos intracomunitarios entre personas de una misma etnia y entre personas de distintas etnias.

201. También existen conflictos intercomunitarios. Estos conflictos pueden involucrar a miembros de una misma etnia y de diversas etnias, pero siempre de comunidades indígenas diferentes. Tanto en los conflictos intra como intercomunitarios, podemos a su vez distinguir aquéllos en los que existe una mayor diferenciación cultural porque los individuos pertenecen a pueblos de familias lingüísticas diferentes.

202. Creemos que se apreciará mejor la extrema complejidad de esta cuestión si analizamos algunos ejemplos. Un caso de conflicto intracomunitario de una misma etnia se da cuando el individuo A es **AVA CHIRIPA** y lesiona en una riña al individuo B que es también **AVA CHIRIPA** y miembros ambos de la comunidad XX. Otro caso distinto, de conflicto intracomunitario de individuos de etnias diferentes pero de igual familia lingüística, se da cuando en la comunidad XX el individuo A que es **NIVAKLE** lesiona al individuo B que es **MAKA**. Un conflicto intracomunitario, entre individuos de etnias y familias lingüísticas diferentes, se da cuando en la comunidad XX el individuo A que es **GUARANI OCCIDENTAL** lesiona al individuo B que es **NIVAKLE**. Un caso de conflicto intercomunitarios de la misma etnia se da cuando el miembro A **AYOREO** de la comunidad XX lesiona al miembro B que es también **AYOREO** pero pertenece a la comunidad indígena YY. Por último, un caso de conflicto intercomunitario de etnias distintas se da cuando el miembro A que es **SANAPANA** pertenece a la comunidad XX lesiona al señor B que es **ENXET** y pertenece a la comunidad YY. Hemos hecho esta diferenciación para que se comprenda que difícilmente la justicia ordinaria pueda captar toda la riqueza de estas complejidades si no tiene normas especiales para ello.

203. Pero también pueden existir conflictos entre indígenas y miembros de la sociedad envolvente: adoptamos la palabra envolvente a los efectos de describir la sociedad llamada occidental, capitalista, cristiana, etc. en su aspecto

sofocante en lo que respecta a los pueblos indígenas. En esta situación se ven involucradas personas de una sola o varias etnias y una o varias personas de la sociedad occidental. Analicemos aquí también distintos ejemplos: a) los empresarios A, B, C, miembros de la etnia o nación paraguaya, en violación de una prohibición de innovar destruyen el bosque poseído por la comunidad indígena XX, en la que conviven familias AVA CHIRIPA mestizadas con MBYA, ambos de la familia lingüística guaraní; b) el señor A de nacionalidad paraguaya secuestra al niño B de la comunidad XX en la que todos son ACHE. La tipología descrita puede ser a su vez relacionada con el ambiente físico en el que es cometido el hecho, así como la naturaleza de los bienes lesionados.

204. Para comenzar a encarar este conjunto de problemas debemos tener en cuenta que la Constitución Nacional reconoce validez al derecho consuetudinario indígena ya que el art. 63 establece que ellos «...tienen derecho a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.» Cabe destacar que este principio no era extraño en el derecho positivo paraguayo, el convenio 107 de la O.I.T. incorporado en el año 1968 como ley N° 63 establecía en su artículo 8°: «En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país: a) los métodos de control social propio de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados para la represión de los delitos cometidos por miembros de las dichas poblaciones; b) cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible la autoridad y los tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal».

205. En el año 1981 es sancionada la ley 904/81 que en el artículo 5° expresa: «Las comunidades indígenas podrán aplicar para regular su convivencia sus normas consuetudinarias en todo aquello que no sea incompatible con los principios de orden público». El art. 6° preceptúa «En los procesos que atañen a indígenas los jueces tendrán también en cuenta su derecho consuetudinario debiendo solicitar dictamen fundado al Instituto Paraguayo del indígena y otros profesionales en la materia. El beneficio de la duda favorecerá al indígena atendiendo a su estado cultural y a sus normas consuetudinarias».

206. Por otra parte, el convenio 169 de 1989 que actualmente forma parte de nuestro derecho positivo preceptúa en su artículo 8°: «Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberá tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario». Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos, con el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario deberá establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Asimismo los Arts. 9 y 10 establecen «En la medida de que ello sea compatible con el sistema nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros; las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia; cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; deberá darse la preferencia a tipos de sanciones distintas del encarcelamiento».

207. Una primera dificultad que plantea el texto constitucional del artículo 63 es establecer a qué se refiere la Constitución con la palabra «interna». Entendemos que la ley fundamental quiere indicar que se trata de los pueblos indígenas en su conjunto, pues éstos han sido los sujetos de un modo particular de agresión por parte de la sociedad mayoritaria envolvente, por lo tanto a pesar de sus diferencias culturales participan de una situación de hecho bastante similar. De este modo, nuestra ley fundamental asume la complejidad de las relaciones internas de estos pueblos indígenas que, como hemos señalado, va mas allá de los límites tradicionales, pudiendo involucrar inclusive a individuos de familias lingüísticas diferentes.

208. Hemos entendido que el significado constitucional de la frase «al interior de los pueblos indígenas» se satisface cuando los bienes lesionados sean de estos pueblos o de sus integrantes. En los demás casos, cuando algún indígena inserto en su cultura sea parte de la relación procesal, igualmente el derecho consuetudinario deberá ser tenido en cuenta por los magistrados conforme establece la última parte del artículo citado.

209. También queremos dejar claro lo que entendemos por los límites impuestos por la Constitución Nacional al derecho consuetudinario. En primer lugar, el artículo 63, claramente establece como un requisito esencial para la validez del derecho consuetudinario, la voluntaria sujeción a ese derecho. Por ello se debe entender, la necesidad de que concurra un hecho objetivo que es la residencia en el ámbito en que vive el grupo de cultura diferenciada, además de la expresión positiva de la voluntad de sujeción. Sin embargo, no puede sostenerse la sujeción voluntaria, cuando exista una expresa declaración de la persona en contra, aún cuando viva en el ámbito territorial de vigencia de las normas consuetudinarias. El Anteproyecto ha establecido un mecanismo para dar certeza a la concurrencia de este re-

quisito, a los efectos de que produzca sus consecuencias jurídicas.

210. En segundo lugar, el artículo 63 de la Constitución Nacional establece que el mecanismo consuetudinario aplicado, no puede violar otros derechos constitucionales fundamentales. Tanto las leyes, como en este caso, las costumbres de carácter jurídico, deben realizar los valores supremos definidos por la Constitución Nacional. Evidentemente en ningún caso el derecho consuetudinario podría regir en contra de los derechos fundamentales reconocidos a toda persona por el ordenamiento constitucional. Así como una ley no rige en contra de lo establecido por la Constitución, tampoco puede hacerlo una costumbre a la que es reconocida capacidad coercitiva en el ámbito propio de su validez. Por ello el Anteproyecto establece un sistema de control de la constitucionalidad del acto, es decir de la aplicación del derecho consuetudinario a un conflicto en particular.

211. Desde otro ángulo, existe otro aspecto importante. Se trata del deber de defensa del Estado. Teniendo en cuenta la realidad social y la agresión de la que estos pueblos han sido objeto, la Constitución Nacional establece el deber de que sean asistidos, en contra de la alienación cultural. Esta obligación significa en el proceso, la existencia de mecanismos que sean eficaces para: a) evitar los errores, por desconocimiento, de los funcionarios intervinientes; b) prevenir de los prejuicios etnocéntricos que distorsionan la objetividad o imparcialidad en el proceso; y, c) facilitar el acceso real de los indígenas al sistema de justicia.

212. Lo explicado hasta ahora tiene una incidencia directa en la elección del modo de integración del tribunal que juzgue estos casos. La integración del órgano con indígenas como jueces comunitarios, tal como propone el Proyecto de Código Procesal Penal de Ecuador de 1992 o la constitución conjunta entre jueces ordinarios y jueces le-

gos, según el modelo escabinado europeo, ha sido desechada por considerar que de este modo se exportaría inútilmente al interior de los pueblos indígenas un sistema propio de la cultura occidental, extraño al mundo indígena y que podría convertirse nuevamente en una sutil forma de avasallamiento por parte de la sociedad envolvente.

213. Teniendo en cuenta el escaso volumen de los casos, además, considerando la gran dispersión de los focos de conflictos en el territorio de la República, la judicatura de paz, debidamente jerarquizada, puede ser un elemento sustancial para la aproximación del sistema de justicia a las distintas comunidades, antes que la creación de jueces especializados que se hallan distantes de las comunidades. Finalmente hemos decidido que las reglas especiales modifiquen el proceso, en lo estrictamente necesario de tal manera a dar vigencia al Capítulo V de la Constitución Nacional y sus concordantes.

214. Por lo tanto, cuando la intervención estatal es inevitable -ya hemos explicado el mecanismo de reconocimiento de la solución interna de los conflictos a través de la extinción de la acción- se han establecido los siguientes mecanismos: a) la figura de peritos que intervienen en todas las fases del proceso de un modo especial, inclusive participando del debate de sentencia de los tribunales. También, especialistas que asesoran al Fiscal en la investigación, de tal manera a evitar inútiles violaciones de los derechos indígenas; b) la posibilidad de que a partir del derecho consuetudinario se modifiquen ciertas reglas del proceso; c) un registro obligatorio de la apreciación de todas las cuestiones concernientes al derecho consuetudinario en el juzgamiento de las causas; d) precauciones para que la prisión preventiva sea evaluada como elemento de agresión cultural, de tal modo que el Juez aconsejado por el perito pueda ordenar medidas correctivas; e) diversas instancias en las que se busca una conciliación entre las partes, sin distinción del tipo de delito, como es el régimen común; y,

f) un sistema de modificación de sanciones, en forma más beneficiosa al condenado que busca dar garantías a la finalidad constitucional de la pena en atención a la cultura de los involucrados.

G. PROCEDIMIENTO PARA LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS.

215. La reparación de los daños provenientes del delito, tiene su tratamiento en el Anteproyecto, dentro del Libro de los Procedimientos Especiales, bajo la denominación de Procedimiento para la reparación de los daños. Este procedimiento podrá ser utilizado luego de lograda la condena del imputado o la medida de seguridad impuesta a un irreprochable; a través de lo que en doctrina se conoce como procedimiento monitorio, es decir, un procedimiento de litis restringida e inversión en la provocación de la litis.

216. Este procedimiento tiene una ventaja substancial: la celeridad de la indemnización a la víctima de un delito. Recuérdense lo señalado en la atención de los intereses de la víctima es, no sólo un fin legítimo del proceso, sino uno de los más importantes. La acción civil dentro del proceso penal ya fue prevista por nuestro antiguo Código de Procedimientos Penales¹⁵, que por la sanción posterior del Código Penal quedó derogada¹⁶. La necesidad de su nueva incorporación a la legislación positiva nacional, fue requeri-

¹⁵ El sistema de reparación de los daños (acción civil) se encontraba prevista en los arts. 15, 25, 32, y demás concordantes del Código de Procedimientos Penales.

¹⁶ El art. 135 del Código Penal derogó expresamente el sistema de reparaciones civiles dentro del proceso penal. El citado artículo expresa: “En todo lo demás, la responsabilidad civil proveniente del delito se regira por las disposiciones del Tít. 8vo., Sección Segunda, Libro 2do. del Código Civil”.

da por Riquelme, con insistencia y así lo estableció en su Anteproyecto¹⁷.

217. Riquelme, al criticar la derogación del sistema de reparaciones en el proceso penal, expresaba: «La solución arbitraria por parte de nuestro Codificador, no es científica, ni técnica desde el punto de vista procesal. ...Si la persona perjudicada conoce y puede probar quién es el malhechor, ninguna razón existe para que se le prohíba ejercitar la acción civil o la gestión sumaria...». «Decimos que no es científica, porque en toda reparación de daños causados por un delito, existe un interés social, que refuerza la exigencia del derecho público». «El ejercicio de la acción civil constituye una función pública, que una vez condicionada a una manifestación de voluntad privada, y, en otras, a incapacidad del titular del derecho, pero que siempre constituye la solución jurídica de las razones políticas favorables a los perjudicados». Nos hemos apartado de la idea de Riquelme según la cual los jueces, de oficio, deben establecer las indemnizaciones, porque no creemos que esa sea la solución técnicamente correcta para el problema que él plantea: el Estado no puede desentenderse del interés de las víctimas, ni en lo relativo a la reparación ni en lo referente a su participación en el proceso.

218. En la búsqueda de algunas de las discusiones suscitadas a través de nuestra historia sobre la conveniencia de incluir la acción civil en el proceso penal, debemos expresar que también hemos tenido en cuenta la opinión del Codificador Teodosio González, quien entendía que sólo podía ejercerse la citada acción, una vez lograda la condena o medida de seguridad impuesta a un irreprochable y por las vías ordinarias. Citado por Riquelme, Florian, fuente de González, expresa: «Es natural que la resolución del proceso penal, en la fase del juicio sea el presupuesto condicionador de la suerte de la relación jurídica de resarcimiento

¹⁷ Riquelme, Víctor, op. cit., Tomo I, pág. 63 y sgtes.

de los daños; la condena del imputado, es el presupuesto para obtener el resarcimiento del daño; ... Si la sentencia penal firme es condenatoria, representa el título para la acción civil de resarcimiento...». Pareciera que estas opiniones están más acordes con la solución del Anteproyecto, que subordina el ejercicio de la acción civil a la condena, pero esa sería una interpretación errónea, ya que este Anteproyecto está más cerca de la opinión de Riquelme en este tema, sólo que confía en un método más eficaz para conseguir los fines de resarcimiento, como es el procedimiento de estructura monitoria.

219. En lo relativo a la independencia de la acción civil y criminal, establecida por el Artículo 1865, 1ra. parte, del Código Civil, para algunos, impide el ejercicio de la acción civil en la jurisdicción en la cual se juzga el delito.- En realidad la independencia es puramente jurídica en el sentido de que la responsabilidad civil es distinta a la penal, cuyas pautas están dadas por el Código Civil. En este mismo sentido, Luis Martínez Milto¹⁸, expresa: “La ley civil autoriza el ejercicio independiente de la acción civil, pero no excluye que ésta pueda moverse ante el juez en lo criminal, al mismo tiempo que la acción penal. De suerte que el damnificado tiene opción entre una y otra vía. Quedan así confirmadas las normas del citado artículo 25 del Código Procesal Penal en cuanto prescriben la procedencia del ejercicio de la acción civil ante el juez civil, o ante el juez penal”. Este Anteproyecto reconoce el ejercicio alternativo, lo único que rechaza es el ejercicio simultáneo, por razones prácticas, ya que en la mayoría de los casos el actor civil estará legitimado para actuar como querellante y no se ve la conveniencia de multiplicar los sujetos procesales, si luego se otorga una vía rápida, casi ejecutiva.

¹⁸ Martínez Milto, Luis, Derecho Penal, Parte General, 2da. Parte, pág. 256, Intercontinental Editora, 1993.

220. Estarán legitimados los querellantes particulares y el Ministerio Público, cuando éste represente a intereses de la sociedad, como son los intereses difusos o colectivos. Si se trata de intereses puramente estatales la legitimidad le corresponde al Procurador General del Estado. El Ministerio Público no puede ejercer la acción civil en representación de los simples denunciantes, atentos a que serán ejercidas acciones eminentemente personales y particulares, para las cuales el Ministerio Público carece de facultades. Se prevé, no obstante, un sistema de delegación y auxilio para personas de escasos recursos o incapaces sin representación a través de la defensoría de pobres y ausentes.

221. Como hemos adelantado, sólo podrán ser demandados los condenados, o a quién se haya aplicado una medida de seguridad en razón de su irreprochabilidad, como responsables directos.

222. El procedimiento por el cual se llevará a cabo este sistema de reparación será el de demanda y contestación, respetándose los principios constitucionales de bilateralidad del proceso y la defensa en juicio de las personas, aunque con plazos breves y defensa restrictiva, pues, debemos recordar que es posterior a la sentencia del juicio. Podrán objetarse sólo la legitimación del reclamante, la clase o extensión de la reparación solicitada y el monto o cuantía de la indemnización.

223. Para concluir, el procedimiento se llevará a cabo con una audiencia de conciliación de las partes, fundamentación de sus argumentos y producción de las pruebas aportadas en sus respectivos escritos de demanda y contestación. El Juez deberá homologar los acuerdos a que han arribado las partes; o resolverá sobre lo propuesto, ordenando la reparación o indemnización de los daños causados. Esta resolución será apelable ante el Tribunal, siempre que se haya concurrido a la audiencia.

224. El rechazo de la demanda no impedirá al perjudicado la promoción posterior en el fuero civil de una demanda ordinaria. El abandono de la instancia, sólo producirá la perención de la instancia y la condena en costas; esta regla fue pensada en atención a la estructura general del Anteproyecto: la protección de la víctima y del imputado.

III. LOS RECURSOS.

A. NORMAS GENERALES.

225. En cuanto al sistema de recursos también hemos seguido normas tradicionales de las legislaciones modernas, ya que el sistema oral implica necesariamente una determinada estructuración básica de los recursos, que podrá ser alterada en detalles pero que no es conveniente mezclar con formas recursivas propias de los procedimientos escritos, en donde el control (o aparente control que se realiza a través de los recursos) es siempre «integral», independientemente de lo que establezcan las reglas ya que se trata de «leer» el expediente nuevamente. Sin duda esto no se puede hacer en un sistema procesal basado en el juicio oral.

226. Hemos incorporado la figura de la adhesión, es decir la posibilidad de interponer el recurso propio cuando la otra parte lo ha interpuesto y de un modo accesorio a ese recurso, ya que el desistimiento del principal hace caer la adhesión (accesorio, en cuanto al trámite, no a los motivos, ya que ambos recursos son en ese sentido independientes e, incluso, generalmente contrarios), ya que estimamos que es un buen modo de evitar las impugnaciones automáticas y poder decidir la propia conducta luego de observar lo que ha llevado a cabo la otra parte. La adhesión es posible tanto en el recurso de apelación como en el extraordinario de casación.

227. También el texto recoge los efectos clásicos de los recursos y el principio, también tradicional, de que el tri-

bunal que debe entender del recurso sólo tiene competencia en tanto el recurso se la ha abierto, es decir, para resolver los puntos de la resolución que han sido impugnados. Se debe tener en cuenta que en la etapa de los recursos se acentúa la importancia del principio dispositivo del proceso, propio incluso del sistema acusatorio.

228. Nos ha parecido importante establecer con toda claridad el principio de la «Reformatio in pejus», ya que su inobservancia ocasiona graves perjuicios y dificulta el ejercicio de la defensa. Este principio es derivación directa de la inviolabilidad de la defensa prevista en la Constitución. Por eso él funciona para proteger al imputado y no tiene vigencia respecto de los acusadores.

B. APELACIÓN GENERAL

229. La sentencia es la decisión procesal que genera los efectos jurídicos más importantes. Por esa razón toda sentencia, y por extensión, también toda resolución que produzca efectos jurídicos que causen agravio debe ser controlada. Estos medios de control o de impugnación se fundamentan en la idea de seguridad jurídica, como un instituto tendiente a evitar los errores judiciales y en la necesidad social de que las decisiones sean las correctas. Las medidas de control y de impugnación de las sentencias y resoluciones judiciales se establecen en principio, a través del recurso de apelación. El recurso de apelación se divide en la apelación general y la apelación especial de la sentencia de primera instancia.

230. El recurso de apelación general procede contra las resoluciones judiciales dictadas durante las etapas preparatoria o intermedia por el Juez de Paz o el Juez Penal, siempre que causen un agravio irreparable a los sujetos procesales; siendo irrecurrible el auto de apertura a juicio, teniendo en cuenta que la audiencia preliminar permite un mayor

control de las actuaciones por las partes, y que además, sus efectos son reparables.

231. El recurso se interpondrá ante el Juez que dictó la resolución impugnada, quien emplazará a las partes para conocer y contestar el recurso, y en su caso ofrecer pruebas; luego, inmediatamente remitirá las actuaciones pertinentes al Tribunal de Apelación para que los resuelva. La resolución estará sujeta a las mismas formalidades previstas para la sentencia, y deberá ser fundamentada.

C. APELACIÓN ESPECIAL DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

232. El recurso de apelación especial sólo procederá contra las sentencias definitivas dictadas por el Juez de Paz o por el Tribunal de sentencia en un juicio oral, cuando ella se fundamente en la inobservancia o en la errónea aplicación de un precepto legal, en los casos previstos. Este sistema permite un adecuado control sobre la aplicación del derecho y sobre las condiciones de legitimidad de la sentencia, relacionada generalmente al estricto cumplimiento de los derechos procesales y las garantías judiciales.

233. La tramitación y elevación de este recurso sigue las mismas normas generales aplicables al recurso de apelación general, en principio, modificándose los plazos y otras cuestiones relativas al reenvío, cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia o la errónea aplicación legal. El efecto más importante de la resolución de este recurso se relaciona con la libertad inmediata del imputado, cuando ella proceda.

D. CASACIÓN

234. Ya hemos señalado que, en el sistema de juicio oral, no se puede sacrificar el principio de inmediación so pretexto del establecimiento de los recursos. Ello sería in-

constitucional porque el principio de inmediación tiene raíz constitucional y es uno de los pilares de todo el sistema judicial republicano. Las características eminentemente técnicas del recurso de apelación de la sentencia (más cercano a un recurso de tipo casacionario o anulatorio) salvan ese principio. La garantía de tribunales colegiados y la inmediación es suficiente para darle seguridad a las partes en lo relativo a la fijación de los hechos. De todos modos, los recursos en el sistema escrito actual nunca son vistos por la totalidad de los jueces del Tribunal de Apelación y también en esos casos ocasiona de hecho, delegación de funciones.

235. La Corte Suprema, con un número pequeño de magistrados no puede actuar como un tribunal completo de casación. Los países donde así ocurre, la Corte Suprema tiene veinte o treinta miembros. No obstante, la distribución del control técnico entre los Tribunales de Apelación y la Corte Suprema permite salvar este problema dentro de los parámetros constitucionales, ya que la ley fundamental permite a la ley determinar los casos de casación en que entenderá la Corte Suprema. Toda vez que se da esta situación y la misma Constitución distingue entre recursos ordinarios cuya competencia se puede atribuir a la Corte y el recurso de Casación, hemos optado por denominar a este último, «Recurso extraordinario de Casación», pues ese nombre refleja mejor su funcionamiento dentro del proceso que proponemos.

236. Tres casos habilitan la competencia de la Corte Suprema de Justicia: a) las sentencias de condena grave, sólo cuando se alegue violación de un precepto constitucional; b) los casos de jurisprudencia contradictoria, de modo que el máximo tribunal pueda unificar jurisprudencia que, aunque ella no tenga carácter obligatorio, sin duda, normalizará la aplicación de la ley por los restantes tribunales; y, c) en los casos de sentencias o autos manifiestamente infundados, como un caso grave de sentencia arbitraria, que la propia Corte irá definiendo con la jurisprudencia.

dencia de admisibilidad. Todos son supuestos graves, que justifican la intervención de la Corte Suprema de Justicia.

237. También hemos adoptado la posibilidad de interponer el recurso de casación «per saltum», es decir, obviando el paso por el Tribunal de Apelaciones (obligado en el trámite común) cuando ya la sentencia de primera instancia contiene un vicio que habilita el recurso de casación. Se debe tener en claro, ya que a veces se ha confundido en nuestra práctica, que la posibilidad de interponer un recurso «per saltum» no es lo mismo que el avocamiento. Siempre será necesaria una sentencia de primera instancia y que los motivos de casación existan desde un primer momento. La Corte Suprema no puede entender en un recurso de apelación de la sentencia definitiva (competencia del Tribunal de Apelaciones) por simple avocamiento. En lo demás, el trámite se rige por lo dispuesto para el recurso de apelación ya que nos ha parecido conveniente uniformar el trámite de los recursos. Sólo se ha ampliado el plazo teniendo en cuenta los efectos previstos en el Capítulo de control de la duración del proceso.

IV. LA EJECUCIÓN

238. Uno de los graves problemas que hemos decidido enfrentar es el que resulta de la poca atención que la justicia penal le presta a la etapa de ejecución de la pena. Si todo el proceso se organiza para llegar a una decisión, si muchas veces eso se logra con muchos esfuerzos y recursos, si la Constitución Nacional se ha preocupado de establecer cuales han de ser las finalidades de la pena, entonces carece totalmente de sentido que el proceso de ejecución sea un simple trámite cuasi-administrativo o que la administración de justicia prácticamente delegue en organismos administrativos todo el control del cumplimiento de la pena.

239. El Anteproyecto busca revertir esa situación con dos medidas: la primera, es la creación del juez de ejecu-

ción que como ya hemos explicado tendrá a su cargo todos los incidentes propios de la ejecución (desde el cómputo de la pena hasta la libertad condicional), el control genérico sobre el cumplimiento de las finalidades penitenciarias y la preservación de los derechos de defensa del condenado, que como hemos visto se extienden hasta esta etapa. El juez de ejecución se convierte, pues, en un control externo del sistema penitenciario y creemos que será un buen paso en el ordenamiento y humanización de todo el sistema carcelario del Paraguay.

240. Una innovación, que hemos reflexionado y debatido mucho, sin arribar aún a una opinión definitiva, es la referente a la participación de la víctima en el proceso de ejecución de la pena. Por un lado, a esta altura del proceso ya se consiguió el castigo y el condenado se encuentra en una situación muy desfavorable –sin duda producto de sus propias acciones–, pero que la presencia de la víctima podría agravar y volver demasiado pesada. Por el otro lado, si le hemos reconocido a la víctima un interés legítimo en la participación del proceso no existiría razón para desconocersele ahora. Hemos optado, en definitiva, por una solución intermedia, que estimamos prudente. La víctima podrá tener participación únicamente en aquellos incidentes de los que pudiera resultar la libertad del condenado. De este modo, ella se constituye en un control más sobre el cumplimiento efectivo de la pena, y no interfiere en las otras alternativas de la ejecución, no vinculadas a la libertad (por ejemplo, condiciones carcelarias, otros derechos del condenado, etc.).

241. La segunda medida que nos ha parecido importante para normalizar este tema, es el establecimiento de un procedimiento de ejecución mucho más claro y también basado en principios de inmediación y oralidad, cuando se deban tomar decisiones que afectan sustancialmente el desarrollo de la pena. De esta forma buscamos que la justicia penal no sea ciega a sus propias decisiones, sino que, al

contrario, se haga cargo de ellas y procure que las finalidades del proceso y de la pena no se vean frustradas por defectos en su cumplimiento, así como que la excesiva administrativización de esta etapa derive en graves afectaciones a los derechos de las personas, que nada tienen que ver con el sufrimiento propio de la pena o del encierro. La sociedad no puede institucionalizar la crueldad; bastante grave es ya, el recurso de la pena de prisión como para olvidarnos de las personas que están en la cárcel y no entender que la misión concreta de la justicia, componente esencial de la jurisdicción es también «ejecutar lo juzgado».

V. NECESIDAD DE UNA REFORMA ESTRUCTURAL

242. Hasta aquí hemos explicado los lineamientos fundamentales del Anteproyecto que ponemos a consideración de la comunidad jurídica y de la sociedad en general. Creemos que es la base de un cambio cualitativo importante, una transformación estructural. El paso del procedimiento inquisitivo a un procedimiento republicano es imprescindible para que comience una reforma sensible de la justicia penal. Las formas procesales no sólo ordenan la actividad de todas las personas involucradas en el proceso, sino que establecen el límite infranqueable de las garantías y son el canal de transmisión de la cultura judicial. Si de lo que se trata es de desembarazarnos de la cultura inquisitiva, es necesario acabar de una vez por todas con el procedimiento inquisitivo, que nutre esa cultura.

243. Somos conscientes de que la transformación judicial empieza, pero no termina ni se agota con un nuevo procedimiento. Normativamente, es necesario realizar reformas complementarias en el plano orgánico, en especial en lo relativo a una nueva Ley Orgánica del Ministerio Público y al fortalecimiento o creación de un Ministerio de la Defensa Pública, que pueda prestar un servicio más extendido. También son necesarios algunos ajustes en la organi-

zación judicial de los tribunales, pero ya se ha explicado que, básicamente, hemos adaptado el nuevo sistema procesal a la organización judicial ya existente. La legislación penal y procesal constituyen un todo, que debe ser armónico, porque ambos influyen decisivamente en la determinación de las grandes líneas de política criminal del Estado.

244. Es necesario llamar la atención sobre el problema de los recursos presupuestarios necesarios para la puesta en marcha de un nuevo sistema. Por lo menos en un doble sentido. Vélez Mariconde cuenta como hace cincuenta años cuando él intentaba los primeros cambios hacia la oralidad, se enfrentaba a los que él llamaba «argucias», entre las que estaba el «costo extraordinario de la justicia oral». Esa falacia oculta el «costo extraordinario del actual sistema», que no llega a ninguna solución en un 87% de los casos y mantiene una estructura altamente ineficaz. La justicia penal escrita es cara e ineficiente. Ahora bien, por supuesto que nadie podría creer que se puede hacer un cambio estructural de la administración de justicia sin modificaciones presupuestarias. Pero ellas deben estar, en primer lugar, encaminadas a una reasignación de gastos, según las nuevas funciones. En segundo lugar, a una racionalización que esté acorde con el esfuerzo que realiza el Estado paraguayo para normalizar sus gastos y, ciertamente, serán necesarios nuevos recursos en nuevas áreas. Entre ellas, las que demandarán mayores gastos serán el Ministerio Público, que se hará cargo de la investigación de todos los delitos y la Defensa Pública, que deberá hacerse cargo de nuevas funciones. Los tribunales verán compensados sus gastos (tribunales de sentencia, jueces de ejecución, salas de audiencia) con la liberación de la carga de la investigación, que hoy consume muchos recursos. Creemos, pues, que el problema presupuestario no es un obstáculo, pero también se debe advertir que el mayor signo de una voluntad política de cambio es la asignación de los recursos necesarios para la reforma.

245. Otro problema esencial es la capacitación de los distintos sectores. Pero también se debe hacer una aclaración. El establecimiento del sistema acusatorio, y el juicio oral y público es una vuelta a la simplicidad. Cualquiera que analice el formalismo actual de nuestra práctica judicial, los laberintos de la jurisprudencia, la casuística exagerada, comprendería que adquirir los conocimientos para entender ese conjunto de prácticas y decisiones es casi imposible desesperante; mucho más desalentador aún si luego descubre que por más que los haya aprendido poco le servirán para litigar ya que tras esa maraña se oculta la arbitrariedad mediocre.

246. Con la transformación procesal se normalizará el litigio y ello, estamos seguros, significará, volver a los pilares básicos de la actuación profesional: el conocimiento del derecho, la capacidad de argumentación jurídica, el manejo de la teoría y la práctica de la prueba, la sabia utilización de la jurisprudencia, en fin, todo lo que nutre una verdadera experiencia profesional, que, si está acompañada de honestidad y comprensión de los problemas humanos volverán a hacer del abogado un profesional respetado en nuestra sociedad.

247. La capacitación que se necesitará para el nuevo sistema no pasará, como muchos creen, por la adquisición de habilidades histriónicas o el manejo de una oratoria emocionante. Eso sucede en las películas y obras de teatro. Lo que se necesitará es una profundización de los conocimientos jurídicos y la habilidad de argumentar y contrargumentar, que es la base del litigio judicial y, precisamente, lo que hemos perdido. Por supuesto, esa capacitación se irá dando sobre la marcha y es notorio que aquellos países que tienen sistemas judiciales modernos, siempre han destacado por su doctrina, jurisprudencia y preparación de sus profesionales. La estructura procesal y la práctica que de ella resulta es la que marca el rumbo de la enseñanza, incluso de la universitaria.

248. Creemos, finalmente, que el Paraguay debe comenzar un proceso de transformación judicial que ya no debe interrumpirse en el futuro. No es posible que cada cien años descubramos que nuestra justicia funciona mal y debamos hacer cambios sustanciales, que requieran esfuerzos excesivos. Eso se puede evitar con una constante y permanente preocupación por la administración de justicia, por una política judicial constante, que analice los efectos del proceso, que corrija los defectos, que atienda los reclamos de la sociedad y de los estudiosos, en fin, tenemos el anhelo de que esta época de preocupación por lo judicial no acabe y siempre la administración de justicia sea uno de los grandes temas de discusión en nuestro país.

José Ignacio González Macchi
Marcos Antonio Köhn Gallardo
María Carolina Llanes Ocampos
Alfredo Enrique Kronawetter Z.
Roque A. Orrego Orué
María Victoria Rivas

