

PROYECTO DE CAPACITACION, GESTION Y POLITICA JUDICIAL

# **Reformas Procesales en América Latina**

**Autores:**

**Julio Maier**

**Luis Torello**

**Raúl Tavolari**

**William Davis**

**Cristián Riego**

**Alberto Binder**

**Olman Arguedas**

**Comentaristas:**

**Claudio Díaz**

**Haroldo Brito**

**Eduardo Novoa**

**Marcos Libedinsky**

## **a oralidad en los procesos**

# **REFORMAS PROCESALES EN AMERICA LATINA: la oralidad en los procesos**

**Autores:**

JULIO MAIER  
LUIS TORELLO  
RAUL TAVOLARI  
WILLIAM DAVIS  
CRISTIAN RIEGO  
ALBERTO BINDER  
OLMAN ARGUEDAS

**Comentaristas:**

CLAUDIO DIAZ  
HAROLDO BRITO  
EDUARDO NOVOA  
MARCOS LIBEDINSKY

La Corporación de Promoción Universitaria agradece a la **Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional** su colaboración para la publicación de este libro.

*Es Propiedad.  
Derechos Reservados para todos los países.  
Inscripción N° 85.527  
Corporación de Promoción Universitaria.  
Av. Miguel Claro 1460  
Santiago de Chile  
1993  
Diseño de Portada: M. Carolina Persico*

## INDICE

-Presentación.....	5
-Discurso Inaugural del Señor Agustín Squella Narducci, Rector de la Universidad Valparaíso.....	11
-Discurso Inaugural del Señor Juan Enrique Vargas Viancos, Director del Proyecto de Capacitación Gestión y Política Judicial de la Corporación de Promoción Universitaria.....	15
-Discurso Inaugural de la Señora Martita Wöernes Tapia, Subsecretaria de Justicia.....	19
<b>Capítulo I: Experiencias Internacionales.....</b>	<b>23</b>
Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma del sistema penal.	
<b>Julio B.J.Maier.....</b>	<b>25</b>
Crisis y Transformación de la Justicia Penal en Latinoamérica.	
<b>Alberto M. Binder.....</b>	<b>67</b>
Lineamientos generales de la Reforma Procesal Civil y el caso concreto de la reforma en el Uruguay.	
<b>Luis Torello.....</b>	<b>97</b>
La Reforma Procesal en Costa Rica.	
<b>Olman Arguedas S.....</b>	<b>133</b>
Administración del Proceso de Introducción de Reformas en los Tribunales.	
<b>William Davis.....</b>	<b>183</b>
<b>Capítulo II: El caso chileno.....</b>	<b>219</b>
El Proceso Civil Chileno: una lectura desde el Debido Proceso y la eficacia de la Jurisdicción de cara a la Reforma.	
<b>Raúl Tavolari O.....</b>	<b>221</b>
Comentario de <b>Marcos Libedinsky</b> acerca de la ponencia de Raúl Tavolari.....	249
Comentario de <b>Claudio Díaz</b> acerca de la ponencia de Raúl Tavolari.....	255
Aproximación a una evaluación del Proceso Penal Chileno.	
<b>Cristián Riego.....</b>	<b>261</b>
Comentario del <b>Haroldo Brito</b> acerca de la ponencia de Cristián Riego.....	289
Comentario de <b>Eduardo Novoa</b> acerca de la ponencia de Cristián Riego.....	295

## **PRESENTACION**

Esta publicación contiene las ponencias presentadas al Seminario Internacional denominado "Reformas Procesales en América Latina y su Impacto en la Modernización de la Gestión de los Tribunales: la oralidad en los procesos", realizado en la ciudad de Viña del Mar, en octubre del año 1992. Dicho encuentro fue organizado por el Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial de la Corporación de Promoción Universitaria y las Facultades de Derecho de las Universidades de Valparaíso y Diego Portales.

La Corporación de Promoción Universitaria (CPU) es una institución privada, sin fines de lucro, que desde hace más de 25 años promueve y realiza estudios e investigaciones en distintas áreas de importancia social para el país, con el propósito de orientar políticas públicas en esos mismos sectores.

Una de esas áreas es la relativa al Derecho y, más concretamente, a la Administración de Justicia. Contando con el valioso apoyo de la Agencia Para el Desarrollo Internacional del Gobierno de los Estados Unidos de América, se han puesto en ejecución dos importantes Proyectos en su interior. El primero de ellos se denominó "Capacitación, Formación, Perfeccionamiento y Política Judicial", abarcando su realización los años 1989 y 1990. A continuación de él, en el año 1991,

comenzó el desarrollo del actual Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial, de bastante mayor envergadura y duración.

Ha sido trascendental para el éxito de estas iniciativas, la activa participación en ellas tanto de la Asociación Nacional de Magistrados como del Instituto de Estudios Judiciales, cuyos representantes han integrado sus Consejos Directivos, generándose ahí un espacio de acercamiento entre el mundo académico y el judicial.

Los objetivos generales que persigue este Proyecto son posibles de resumir en los siguientes:

- a. **Aumentar el conocimiento y la comprensión del sistema legal chileno, a la vez que mejorar su funcionamiento, por medio de los diagnósticos y las proposiciones que permitan asimismo formular y orientar políticas públicas futuras en cualesquiera de las tres áreas del Proyecto.**
  
- b. **Poner en marcha un proceso de atención preferente sobre los problemas del sistema legal chileno y sus posibles soluciones, colaborando a sensibilizar al Gobierno, a los distintos operadores jurídicos y especialmente a los jueces, a la opinión pública nacional y a organismos nacionales e internacionales vinculados al tema de la Justicia, acerca de la importancia que para la transición, consolidación y estabilidad del régimen democrático, así como para la propia calidad de vida de los ciudadanos, tiene un sistema legal adecuado tanto en sus estructuras como en su funcionamiento.**
  
- c. **Incrementar la eficacia y la eficiencia del sistema legal chileno, a través de acciones que operen en la capacitación y perfeccionamiento de dos de sus actores principales - Jueces y empleados del Poder Judicial -, en la asistencia legal que se dispensa a los más pobres y en el rendimiento que pueda obtenerse de la gestión administrativa del propio Poder Judicial y de sus unidades jurisdiccionales básicas.**
  
- d. **Movilizar y mejorar la capacidad instalada de organismos y agencias nacionales que desarrollen o puedan desarrollar en el futuro actividades de capacitación y perfeccionamiento de jueces**

---

## **y empleados judiciales, de asistencia legal a la población y de administración de tribunales.**

Para tal efecto el Proyecto se ha organizado en tres grandes áreas de ejecución, correspondiendo éstas a las siguientes:

**Area de Capacitación Judicial**, cuya finalidad es llevar a cabo actividades de evaluación de las necesidades de capacitación judicial en Chile, confeccionar materiales y desarrollar modelos de capacitación para jueces y funcionarios del Poder Judicial, preparar instructores y, en definitiva, procurar reunir los antecedentes necesarios para la creación y puesta en marcha de una Escuela Judicial en el país.

**Area de Administración de Tribunales y Acceso a la Información Legal**, cuyo objetivo es propender al mejoramiento en la gestión de los tribunales, a través de una más eficiente utilización de sus recursos humanos, materiales y técnicos. Igualmente persigue difundir la información jurídica, tanto en cuanto a la fuentes legislativas, como a las jurisprudenciales y doctrinales, fundamentalmente a través del acceso a sistemas de bibliotecas y bases de datos jurídicos.

**Area de Asistencia Jurídica**, siendo su finalidad realizar estudios y análisis destinados a conocer mejor la situación y percepción de los sectores de bajos ingresos frente al sistema judicial de nuestro país. Asimismo, pretende proponer iniciativas o apoyar las que provengan de los centros de asistencia jurídica existentes, cuando ellas tengan por objeto la difusión y educación en el derecho como, asimismo, el fortalecimiento de sistemas alternativos de resolución de conflictos. En todas las actividades destinará especial atención a la situación jurídica de las mujeres de escasos recursos.

El seminario, cuyas comunicaciones encontrarán a continuación, ha sido una de las principales actividades ejecutadas al interior de este Proyecto. La motivación para llevarlo a cabo se encuentra en la constatación que desde hace algunos años diversos países latinoamericanos, con realidades sociales y tradiciones jurídicas similares a las chilenas, han comenzado a efectuar sustanciales reformas a los procedimientos que se siguen ante sus tribunales, la mayoría de ellas tendientes a introducir la oralidad y la intermediación en ellos, iniciando un proceso del cual aún no se notan réplicas en nuestro país.

Con esas transformaciones se ha perseguido el contacto directo del juez con las partes y, fundamentalmente, con la gestación de la prueba, sin formalidades que entraben esta relación, asegurándose de ese modo en los procesos penales el respeto de las garantías que asisten a inculpados y procesados, y el debido proceso en toda clase de juicios. Asimismo se ha buscado ganar en celeridad en la tramitación y fallo de esos procesos.

Existiendo ya antecedentes suficientes para efectuar evaluaciones objetivas de los resultados obtenidos con estas iniciativas, más allá de los diversos grados de avance en que se encuentran, nos pareció conveniente convocar a los juristas más destacados del continente, que de una u otra manera han participado en la gestación e implementación de estos trascendentales cambios, para obtener de ellos versiones directas sobre los diagnósticos iniciales, las estrategias desplegadas y los éxitos y fracasos resultantes.

Quisimos también aprovechar esa oportunidad para reflexionar en conjunto, con un alto número de magistrados, académicos y abogados nacionales, sobre un diagnóstico de los procedimientos chilenos, las posibilidades de introducirles a futuro transformaciones que apunten a similares direcciones y las vías indicadas para ello.

En definitiva, los resultados obtenidos de tal encuentro superaron con creces nuestras expectativas, constituyéndose en un real aporte para el desarrollo del medio jurídico nacional y dando lugar a iniciativas concretas tendientes a profundizar los temas tratados durante el seminario. Creemos que la publicación de esta obra constituye desde ya un avance en tal sentido y tenemos la esperanza que sea una útil herramienta para los estudiosos de estos trascendentales temas.

**CORPORACION DE PROMOCION UNIVERSITARIA**  
Santiago, diciembre de 1992

**DISCURSOS DE INAUGURACION  
DEL SEMINARIO  
INTERNACIONAL**

**"REFORMAS PROCESALES  
EN AMERICA LATINA:  
LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS"**

## **Discurso Inaugural del Sr. Agustín Squella Narducci, Rector de la Universidad de Valparaíso.**

Señora Subsecretaria de Justicia, señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, señor Director del Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial, señores magistrados, señores profesores, estimados amigos.

Si hay algo que nos parece generalmente ausente de la educación jurídica que imparten en nuestro medio las Facultades de Derecho, ello es - no nos lo ocultemos - el así llamado Derecho Comparado.

Para corregir esa omisión, sin embargo, no se trata en mi parecer de propiciar una presencia curricular específica del Derecho Comparado en tanto asignatura que responda a ese mismo nombre, aunque sí de favorecer una referencia más ilustrada, constante y sistemática en las diversas asignaturas dogmáticas o especializadas, al derecho de otras naciones; y no sólo para adornar meramente la exposición del derecho propio o mejorar su comprensión, sino para impulsar la reforma o modificación de éste en la dirección que hagan aconsejable los resultados que se consigan en el buen y oportuno uso del método iuscomparativo.

La dogmática jurídica, esto es, la localización, interpretación y

reconstrucción sistemática de un determinado sector de regulación jurídica al interior de un ordenamiento dado, se reduce considerablemente, y hasta se empobrece, si no se proyecta, a la par, como política jurídica, o sea, como diagnóstico y propuesta de reforma de ese mismo ordenamiento, en tanto que uno de los insumos más productivos que debe tener presente toda política jurídica es, precisamente, el conocimiento acerca de cómo el derecho es y opera efectivamente fuera del ámbito espacio-temporal a que se circunscriben la validez y la vigencia del derecho propio.

Hay, pues, o debe haber, una interlocución directa entre dogmática, política jurídica y derecho comparado; y si queremos que la enseñanza del derecho no se reduzca a una simple identificación y exégesis enteramente acríticas y complacientes de un derecho dado, deberíamos disponernos a realizar, a propósito de esa misma enseñanza, un trabajo que articulara mejor, y de modo también más estable, e incluso permanente, el cometido que tienen, por separado, cada una de esas tres diferentes modalidades del trabajo jurídico.

La dogmática jurídica es dogmática en un sentido diferente de cómo lo es, por ejemplo, la teología. Esta última trabaja sobre dogmas, o sea, sobre verdades firmemente establecidas y seguras, en tanto que los juristas trabajamos, de preferencia, con normas, que no son ni pueden ser verdaderas ni falsas, puesto que, como tales, importan sólo prescripciones acerca de cómo debe ser el comportamiento de los hombres que viven en sociedad. Las normas del derecho son, entonces, mudables, cambiantes, hasta el punto de que el propio ordenamiento jurídico, a través de lo que se llaman normas de competencia, prevé quiénes y por medio de qué procedimientos están facultados para introducir nuevas normas y para modificar o sustituir las existentes en un momento dado.

El derecho, entonces, es una realidad normativa cambiante; más aún, que debe cambiar cada vez que se muestre inadecuado para conseguir con eficacia los fines u objetivos a que se orienta. No deberíamos pues ser tan diligentes en la conmemoración de los aniversarios de nuestros Códigos - algunos más que centenarios - como en el cambio y perfeccionamiento de esos mismos Códigos. El sólo transcurso del tiempo puede constituir a veces un signo de perennidad y de grandeza, pero en ocasiones no es más que el aliado que necesitan la pasividad y el talante más bien conservador de

legisladores y juristas. Claro está, sin embargo, que todo derecho requiere de una cierta estabilidad, pero nunca al precio de que en nombre de esa estabilidad se clausuren los procesos de cambios y se decrete el archivo de las reformas que puedan mostrarse necesarias o convenientes en un momento determinado. La prudencia, que tanto innova como conserva, según las circunstancias, debería ser entre nosotros una virtud más alerta para dirimir en cada caso, con apoyo de los hechos, la continua tensión entre estabilidad y cambio del derecho.

Es por todo lo anteriormente expresado que atribuimos singular importancia a un Seminario que, como el que hoy se inaugura, aspira a dar cuenta y a comparar las reformas procesales más recientes o en curso en diversos países del continente, de modo de obtener así un conocimiento y una evaluación que perfeccionen a la vez que movilicen las propuestas de política jurídica, que por su parte, colaboren a la renovación del derecho procesal, a la modernización de la gestión de los Tribunales y, al cabo, a un mayor acceso a éstos por parte de la población y a una mejor y más eficiente administración de justicia.

Dar una mayor levedad a nuestros procedimientos, aunque sin sacrificar la rigurosidad de éstos ni perjudicar tampoco las legítimas y necesarias actuaciones que en ellos conciernen tanto al tribunal como a las partes: he ahí una propuesta que, posiblemente, colabore en la dirección antes apuntada, sin omitir, por cierto, que los cambios en los procedimientos son sólo una de las condiciones necesarias de satisfacer para conseguir una más eficiente administración de justicia. El cambio de las mentalidades, de la cultura jurídica, es una condición claramente más difícil de cumplir, y he aquí, de nuevo, otra dimensión de la responsabilidad que cabe finalmente a las Facultades y Escuelas de Derecho en el estado que muestra el derecho en una sociedad dada, porque de esas Facultades y Escuelas provienen los que operan profesionalmente en el ámbito jurídico, en especial jueces y abogados.

Para la Universidad de Valparaíso es entonces un honor dar hoy la bienvenida a nuestra ciudad a un grupo de expositores nacionales y extranjeros que de manera muy visible y destacada han estado en sus respectivos países muy ligados al estudio y propuesta, pero también a la implementación, de reformas procesales de las que todos podremos sacar alguna lección de importancia, puesto que ellos sabrán dar cuenta no sólo de las normas que han expresado tales reformas, sino del modo en que éstas han operado efectivamente en la realidad.

Para la Universidad de Valparaíso es también un motivo de complacencia organizar este Seminario en conjunto con la prestigiada Universidad Diego Portales y en el marco del Proyecto de Capacitación. Gestión y Política Judicial que ejecuta actualmente en nuestro país la Corporación de Promoción Universitaria. Dicha Corporación tiene una trayectoria cercana ya a los treinta años en el cometido de realizar estudios y de orientar políticas públicas, y la sociedad chilena, en particular los sectores de ésta más directamente ligados a la administración de justicia, tienen razonablemente mucho que esperar de los resultados de ésta y de todas las restantes actividades de un Proyecto que, como el recién mencionado, no parece reconocer precedentes, por su volumen y por la diversidad y relevancia de las diferentes áreas que cumple, en toda la historia jurídica nacional.

Bienvenidos, entonces, en la certeza de que el éxito alcanzado en la organización del Seminario igualará al de su desarrollo y conclusiones, en el convencimiento, además, de que este encuentro entre juristas latinoamericanos irá en directo beneficio no únicamente de un mejor y recíproco conocimiento personal, sino en favor, asimismo, de una de las más patentes modernizaciones pendientes en buena parte de los países del continente: la modernización de la administración de justicia.

Muchas gracias.

## **Discurso inaugural del Sr. Juan Enrique Vargas Viancos, Director del Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial de la Corporación de Promoción Universitaria.**

Señora Subsecretaria de Justicia, señor Rector de la Universidad de Valparaíso, señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso y señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, magistrados y académicos; es para mí muy grato darles la bienvenida en nombre de la Corporación de Promoción Universitaria en este día, no sólo por la ya importante circunstancia de tenerlos acá reunidos, sino porque para nosotros su presencia es la concreción de una idea que veníamos madurando desde hace mucho tiempo.

Quienes por distintas razones hemos tomado contacto con iniciativas de transformaciones a los procesos que se han venido desarrollando en este último tiempo en países de nuestro continente, nos había surgido con mucha fuerza la inquietud de conocer con mayor profundidad el contenido de esos impulsos, por conocer a quienes aparecían como sus inspiradores y artífices, que para nosotros tenían hasta quizás una imagen mítica, puesto que se nos repetían sus nombres pero no conocíamos sus caras; por conocer, en definitiva, cuál había sido el resultado de este proceso, que si bien entendemos no está ni con mucho concluido, ya en ciertos países tiene un grado de avance suficiente como para poder hacer una evaluación seria y empíricamen-

te fundada de sus éxitos y fracasos. Nos interesaba profundamente porque creemos que necesariamente, más temprano que tarde, en nuestro país va a tener que afrontarse transformaciones profundas al devenir procesal, cambios sustanciales a nuestros sistemas procesales.

Estamos ciertos que no sacamos demasiado, lamentablemente, con ratificar la totalidad de los Tratados Internacionales que consagran los derechos fundamentales que asisten a las personas; que poco también sacamos con adecuar nuestras constituciones y nuestros códigos a esos mismos derechos, si es que no los dotamos de efectividad práctica, si no les damos a las personas la posibilidad real de velar porque sus derechos sean respetados. Indudablemente, el derecho procesal, tradicionalmente concebido como un derecho instrumental, es mucho más que eso mirado desde esta óptica. El derecho procesal es la forma de darle vida y existencia real a todo el restante ordenamiento jurídico.

Investigaciones realizadas al interior de este mismo Proyecto indican que hay vastos sectores de nuestra sociedad que se encuentran marginados de la posibilidad de acceder a los mecanismos formales de resolución de sus conflictos, siendo esta una situación que no pueda prolongarse indefinidamente si queremos realmente consolidar un proceso de transición a la democracia exitoso, tal como el que estamos viviendo hoy en día. Para lograr aquello es imprescindible la realización de esfuerzos profundos y constantes que permitan generar propuestas coherentes y acabadas.

Para nosotros entonces, este Seminario es mucho más que un encuentro académico, creo que es la posibilidad de comenzar a discutir un tema desde una perspectiva distinta, de conocer a quienes han sido los artífices de estas reformas y también de detenernos un poco en hacer un diagnóstico de nuestros propios procedimientos y poder ir comparando si nuestra situación es similar o no a la realidad inicial que vivieron los países que iniciaron estos procesos de reformas. Ver si esos procesos son asimilables, apreciar hasta qué punto podemos rescatar las ideas que se han ido implementando en esos países.

Creemos fundamentalmente que un proceso de reforma de esta naturaleza requiere un cuidadoso diseño estratégico y, antes que nada, requiere acuerdos muy vastos que trasciendan distinciones políticas

coyunturales. Implica también, por supuesto, una voluntad política muy intensa. Pero para que exista voluntad política es imprescindible que en los medios académicos previamente se dé la debida sintonía con el tema, que exista el adecuado razonamiento del mismo, que se genere la capacidad técnica necesaria para producir las propuestas. Y aún más, es imprescindible que la discusión permee a la sociedad toda, ya que los problemas de justicia no están reservados a los iniciados, sino que son la angustia diaria de muchos de nuestros conciudadanos. Ellos tienen algo que decir y nuestro deber es escucharlos.

    Mi impresión es que con este Seminario estamos dando un primer paso en ese sentido, queda mucho por andar, pero me siento optimista, creo que de aquí surgirán aportes concretos y mecanismos para su ulterior profundización.

    Para concluir, sólo me resta agradecerle a la Agencia para el Desarrollo Internacional del Gobierno de los Estados Unidos de América por hacer posible un evento de esta naturaleza y, por supuesto, nuevamente reiterarles mis agradecimientos a los expositores extranjeros, cuya presencia nos llena de orgullo.

Muchas gracias.

## **Discurso inaugural de la Sra. Martita Wöerner Tapia, Subsecretaria de Justicia.**

Autoridades de las Universidades presentes y de la Corporación de Promoción Universitaria, señores expositores nacionales e internacionales, señores magistrados, señoras y señores.

El Supremo Gobierno ha estado empeñado desde sus comienzos en introducir profundas transformaciones a la administración de justicia, las que, respetando y afirmando su independencia, apuntan hacia un poder judicial más moderno, digno, eficiente, accesible para toda la población, ágil y creativo, con una profunda legitimación social y una correcta utilización de sus recursos.

Son las bases programáticas del gobierno de la Concertación las que desde su inicio marcaron la importancia del sector para la nueva administración. En ella se señalaba "se reformará la judicatura introduciendo normas que garanticen la auténtica independencia del Poder Judicial, dotándolo de poderes amplios y suficientes que lo constituyan en verdadero garante de la vigencia de los derechos humanos y de las libertades públicas". Más adelante se señaló que "se establecerán mecanismos ágiles y flexibles en la organización y funcionamiento de los tribunales de tal manera que la justicia sea accesible a todas las personas, especialmente a los sectores más desposeídos". Igualmente

se habló de la revisión y modernización de los procedimientos civiles y penales, reafirmando posteriormente que debían tecnificarse y modernizarse los procedimientos, actuaciones y archivos judiciales, lo que se ligaba a la incorporación de modernos métodos computacionales.

Es interesante recordar que las primeras leyes ingresadas por este Gobierno al Parlamento democrático recién instalado, emanaron del Ministerio de Justicia, y tuvieron por fin, como en sus Mensajes se indicó, adecuar nuestra legislación interna a los tratados internacionales sobre los derechos de las personas, ratificados por Chile, cuyo respeto, de acuerdo al artículo 5º recientemente modificado de la Constitución Política, se impone como un deber para el Estado y sus órganos. Específicamente esta adecuación estaba dirigida a lo que respecta al derecho al debido proceso, a un justo y racional juzgamiento, que tan gravemente se había visto lesionado por disposiciones motivadas por la contingencia política vivida en el país en los últimos años.

Paralelamente, el Gobierno envió al Congreso para su ratificación, los restantes tratados sobre derechos humanos o protocolos facultativos suscritos por el país y que no habían sido sujetos a la aprobación del órgano legislativo. En todos ellos las garantías procesales son consideradas como indispensables para la real vigencia de los derechos sustanciales de los individuos, contemplando mecanismos eficientes para velar por la efectividad de ello. Su sola inclusión implica la necesidad de adoptar cambios importantes en el sistema judicial chileno.

Pero más allá de lo anterior, se hacía necesario asumir derechamente las transformaciones al sector justicia que afrontaran aquellos males más endémicos que habían hecho, en el decir de algunos, de que éste estaba viviendo una etapa de verdadera crisis. Con ese fin se presentaron los proyectos de reformas constitucional y legal a la administración de justicia que son sobradamente conocidos por ustedes. Sin embargo, la discusión en torno a estas iniciativas se ha centrado en ciertos aspectos de ella, fundamentalmente sus normas de rango constitucional, habiendo quedado postergado el tratamiento de las materias más directamente relacionadas con el acontecer diario del quehacer judicial, que es en definitiva lo que los justiciables perciben en forma más inmediata.

Actualmente estos proyectos se han desglosado cobrando vida propia los relacionados con tan importantes y variados temas, como lo son la creación de los juzgados vecinales y el establecimiento de una verdadera carrera funcionaria judicial, a los que prontamente se sumarán los relativos a la creación de la Escuela Judicial, la organización y funcionamiento de la Corte Suprema, la procedencia y tramitación del recurso de queja, los árbitros y el juicio arbitral y la asistencia judicial gratuita. Las ideas modernizadoras que inspiran estos proyectos provienen de la propia experiencia chilena y de lo acontecido en otros países que han transitado caminos similares. Para acrecentar los conocimientos sobre estos últimos resulta de particular importancia la realización de encuentros como el que hoy se inaugura, en el que será posible tomar un contacto directo, de primera mano, con quienes son las personas más especializadas e instruidas sobre las últimas iniciativas que en términos de transformación al sector justicia se han introducido a través del continente americano.

Resulta especialmente importante conocer experiencias que provienen de países hermanos, con tradiciones y realidades similares a las nuestras, lo que ilustrará de manera eficiente sobre la conveniencia de las soluciones buscadas y los obstáculos que se encontrarán en su implementación. Estamos ciertos que reviste una particular importancia dentro de las transformaciones iniciadas, la introducción de la oralidad en los procedimientos.

Para nosotros, pese a ciertas disposiciones de nuestro ordenamiento que la consagran para determinadas etapas o trámites de los procedimientos, que por lo demás muy raramente son cumplidas a cabalidad, nos es enteramente ajena la concepción de la oralidad. Estamos imbuidos, muy especialmente los abogados, de una concepción escriturada y formalista del actuar procesal, que torna incomprensible la justicia para los sujetos, mediatiza las providencias judiciales y retarda constantemente la resolución de los litigios. Por lo pronto, en los nuevos tribunales que hemos propuesto crear, los juzgados vecinales, hemos dado singular importancia a la introducción de procedimientos desformalizados, concentrados y en su mayor parte, orales e informados por el principio de la oficialidad e intermediación. La totalidad del debate y prueba se realizará en una audiencia directamente ante el magistrado, en que éste supervisará la gestación de la prueba. El artículo 29 del citado proyecto de ley se encarga de disponer expresa-

mente que "el juez deberá actuar de oficio con el objeto de dar pronta conclusión al litigio. En ausencia de normas de procedimientos aplicables deberá actuar sin forma de juicio, procurando garantizar debidamente los derechos del acusado y la necesaria sencillez, celeridad y eficacia del procedimiento". Terminada la audiencia, contempla el proyecto, el juez deberá dictar sentencia inmediatamente y sin dilación de ningún tipo, dejándose constancia de ella por escrito. Sin embargo, en aquellos procesos en que se hubiere decretado el informe de peritos y éste se encontrare pendiente, la sentencia se dictará una vez evacuado dicho informe, pero en ningún caso después de 30 días.

Como se puede apreciar, esta es una iniciativa seria en el campo normativo de avanzar hacia esta nueva concepción procesal, en los tribunales que estarán especializados en la resolución de los problemas cotidianos de la gente.

Cambios de este tipo, eso sí, requieren más que transformaciones legislativas. Para que las normas no se conviertan en letra muerta se necesitará de una sólida adhesión de todos los actores al nuevo sistema: magistrados, funcionarios, abogados y de los litigantes en general. Sin esta incorporación cultural, no nos cabe duda que al poco tiempo habríamos reproducido el sistema actual con sus mismos vicios y defectos.

El examen de la introducción de procedimientos orales permite tener una visión muy acabada de una concepción completamente nueva del sistema judicial, ya que su establecimiento implica una nueva idea del tribunal como entidad administrativa, una distinta relación entre juez y funcionario judicial, modificaciones en la preparación y perfeccionamiento permanente de los jueces, terminar con trámites e instancias innecesarios, una distinta visión de los objetivos del proceso penal, etc. En definitiva, los cambios que se analizarán a lo largo de este seminario son sin lugar a dudas los más trascendentales que el sector justicia está conociendo en la hora moderna. De su éxito o fracaso dependerá la seguridad de los sujetos en sus derechos y en su sistema judicial para protegerlos.

Creemos que nuestro país no puede quedar alejado de estas iniciativas y, por lo mismo, agradecemos la posibilidad que hoy se brinda, a través de estas instituciones organizadoras de este Seminario, para sostener una discusión seria e informada sobre las mismas. No nos cabe duda que eso será un valioso aporte a las iniciativas que en este momento se ha propuesto llevar adelante en esta área el actual Gobierno. Muchas gracias.

# Capítulo I

# EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

# DEMOCRACIA Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA PENAL EN IBEROAMERICA

## Los proyectos para la reforma del sistema penal Julio B. J. Maier

### 1. DERECHO PENAL Y ORGANIZACION POLITICA

#### A. Las organizaciones sociales.

Es un lugar común, una verdad de Perogrullo, afirmar que el Derecho penal -en verdad todo el orden jurídico-, su contenido y los juicios de valor de los que derivan sus reglas<sup>1</sup> están íntimamente ligados a la forma de organización política imperante en un tiempo y un lugar determinados. Esa verdad autoevidente tiene, sin embargo, un significado especial en Derecho penal, pues, como veremos, la misma existencia de mandatos y prohibiciones, sostenidos por la amenaza de la coacción penal estatal, depende de una organización política determinada. La afirmación, inclusive, tiene su repercusión específica en el sistema judicial creado para realizar las normas penales, pues es en esa rama del Derecho, el Derecho procesal penal y de la organización judicial, cuyas reglas crean las funciones judiciales y prevén su forma de operar, allí donde el vínculo con la forma de organización política, con la ideología vigente, se nota más claramente, más "a flor de piel" que en las otras ramas jurídicas, como alguna vez expresé<sup>2</sup>.

Esquemáticamente, la evolución de las organizaciones

políticas se sintetiza, en sucesión histórica y sin pretensión analítica alguna, distinguiendo dos o tres niveles de sociedades, con los rasgos fundamentales siguientes: la sociedad primitiva o arcaica, estructurada alrededor de grupos parentales que viven en un territorio próximo a todos ellos (vecinos), cuyo rasgo principal es la carencia de una instancia política central y cuyos habitantes (al menos los plenamente capaces) ejercen reunidos las facultades del poder político, cotidianamente; la sociedad culturalmente avanzada, que logra la formación de ese poder político centralizado, el Estado, del cual son súbditos los habitantes que viven al amparo de esa organización, en un territorio mayor, alejados del ejercicio del poder político cotidiano y cuyo orden no se funda en la vecindad, sino, antes bien, en reglas más o menos universales, dictadas o aceptadas por el poder político central creado; y, por fin, la sociedad moderna, en la cual los súbditos han recuperado parcialmente, en alguna medida, su capacidad política (por representación), para transformarse de súbditos del Estado en ciudadanos, cuyo poder político se organiza sobre la base de reglas jurídicas más o menos rígidas, que suponen autorizaciones (competencia, facultades) y limitaciones de ese poder para quien lo ejerce, y cuyas reglas de orden están fundadas en acuerdos racionales entre los interesados<sup>3</sup>.

## **B. Los sistemas de solución de conflictos sociales.**

Como la misma distinción evolutiva sugiere, a cada una de esas organizaciones políticas corresponden formas distintas de solución de los conflictos sociales. En la sociedad primitiva cada conflicto provoca la necesidad de restablecer el orden anterior, el *statu quo ante*, y supone un apartamiento del autor de su grupo parental. Desde el punto de vista material, lo importante es suprimir las consecuencias de la acción conflictiva mediante el regreso a la situación anterior a ella (modernamente: reparación natural o simbólica). Desde el punto de vista del procedimiento, los protagonistas del conflicto (modernamente: víctima y victimario), en ocasiones su parentela inmediata (tribu), son los encargados de realizar esa tarea, que, si no se lleva a cabo satisfactoriamente, desemboca en la lucha (la guerra) entre los contendientes. No sólo existen, como paradigma, ejemplos históricos de estas sociedades y formas de solución de conflictos, tales como el Derecho germano antiguo, el derecho foral (feudal), sino que, además, contamos con ejemplos modernos de organizaciones carentes de un poder político central vigorosos, cuyos individuos (sujetos de derechos) respetan y acuden a esta forma de solución de los conflictos” piénsese

en el Derecho internacional público y en los conflictos entre estados, que, o bien son solucionados por acuerdos entre ellos, tendientes a refundar el orden pacífico de convivencia, o bien generan una guerra, en el sentido actual de esta expresión. Nuestros propios países son, en la historia moderna, ejemplo de ello.

El nacimiento del Estado marca el arribo de una nueva forma de solución de conflictos. Como el poder político, ahora centralizado y vigoroso, monopoliza la violencia legítima, soluciona también él los conflictos sociales, sin permitir que se arribe a la lucha entre los contendientes. Desde el punto de vista material, la lesión de las reglas de organización y convivencia representa desobediencia al poder o a quien lo encarna (el Papa o el monarca); nace la coacción estatal y, con mayor propiedad, en la rama del Derecho que nos interesa, la pena estatal, muy ligada a los principios de la moral dominante. Desde el punto de vista del procedimiento, nace una organización estatal específica, encargada de reaccionar directamente en estos casos, y los protagonistas del conflicto pierden su importancia: su voluntad nada soluciona, al menos en los casos en los cuales la acción conflictiva pone en peligro la paz entre los súbditos y la forma concreta que adopta la organización social. Arriba la Inquisición, custodio del orden y encargada de reprimir el desorden mediante la pena, para restablecer de esta manera el orden (jurídico) conculcado.

El Estado moderno no se aparta de este rumbo, aunque lo defina mejor y repare en los ciudadanos individuales. Desde el punto de vista material, hoy se pretende que la ley defina previamente los conflictos sociales que pueden conformar un caso penal, produciendo así una neta separación -al menos formal, aunque deseada políticamente en sentido material- entre Derecho y moral, y también las consecuencias coactivas. Desde el punto de vista del procedimiento que intenta realizar esas normas de conducta, las reglas jurídicas buscan, después de aceptar la reacción estatal directa, como método ordinario de realización del poder penal del Estado, acotar ese poder y reconocer en el individuo un derecho de resistencia a la persecución penal.

### **C. Conclusión.**

De este repaso histórico sintético se puede extraer varias conclusiones. En primer lugar, cuando hablamos de Derecho penal o de sistema penal, comprendidos allí todos sus segmentos (Derecho penal, procesal penal y de la ejecución penal), en el sentido propio con

el que empleamos estas expresiones, estamos mentando una realidad histórico-cultural contingente, producto de una de las formas de asociación políticas entre las personas, que no existió siempre, al menos como sistema principal de reaccionar frente a conflictos sociales<sup>4</sup>, y que, inclusive, puede dejar de existir en el futuro, por más remoto que sea el vaticinio. Precisamente, aquello que hoy, propiamente, llamamos Derecho Penal, nace aproximadamente en el siglo XIII, con la formación de los poderes políticos centralizados, primeramente en el seno de la Iglesia Católica Romana y luego con la formación de los estados nacionales y el desplazamiento de la organización feudal. Por supuesto, la desaparición del sistema penal dependerá de una profunda modificación de la asociación política entre los hombres, de un movimiento similar, pero de sentido inverso<sup>5</sup>; el vaticinio, por alejado que esté de convertirse en realidad, no es, sin embargo, ridículo frente a realidades tales como el desprestigio de la pena estatal y del Estado-Nación como forma de asociación política.<sup>6</sup>

Estado y Derecho penal -o sistema penal- son, así, realidades culturales consustanciales, que se implican. Precisamente el nacimiento del Estado, con su oposición a las formas de organización social locales y la conversión en súbditos de un poder político soberano de aquellos que antes convivían en vecindad, según sus propias reglas, explica la aparición en escena del Derecho penal y de la pena estatal, su símbolo, vía y método de control social directo, con prescindencia de la voluntad particular como forma de excitación de la persecución penal y creación de la persecución penal pública, para aquellos comportamientos que atentan contra la forma de organización social establecida o contra la paz social entre los súbditos. Por ello no resulta exagerado tratar a los conceptos Estado, Derecho penal, pena estatal y persecución penal pública casi como sinónimos o, al menos, como conceptos que se implican.

Finalmente, según se observa, ya no se trata, por lo menos en primer lugar, de hallar un método de solución de conflictos sociales entre los protagonistas reales del conflicto social base del caso, sino, antes bien, de una forma de crear un nuevo conflicto, mediante su "estabilización": el derecho ahora se constituye entre el autor y el Estado. El Derecho penal pasa a constituir, antes que una forma de solucionar un conflicto social, una forma de ejercicio de poder político: crea un nuevo poder, el poder penal del Estado, máxima expresión de la violencia legitimada por el orden jurídico, representada esencialmente por la pena estatal -y, también, por otras autorizaciones coercitivas,

incluso procesales-, que desplaza a la voluntad de los protagonistas del conflicto, para realizarse por sí mismo, y a las formas naturales de solucionarlo racionalmente entre ellos, al punto de inhibir esa solución.<sup>7</sup>

## 2. IBEROAMERICA

### A. La herencia cultural: conquista y colonización.

Se califica regularmente a los países americanos como países jóvenes, por el hecho de que nacieron a la vida política independiente hace sólo dos siglos o algo menos, en la mayoría de los casos. Tal calificación, sin embargo, no significa -según algunos piensan al extender el apelativo en un sentido erróneo- que nacieron a la vida política sin historia. Todo lo contrario, otra es la realidad y esa realidad se vincula, en último término, con el avance y la extensión de la civilización judeo-cristiana a territorios y gentes para ella desconocidos.

La América antigua, precolombina, carecía, en general, de contacto con otras civilizaciones, por su ubicación geográfica y los accidentes naturales que se interponían entre ella y los demás continentes. Desarrolló, así, sus propios sistemas socio-políticos, cuyo desenvolvimiento abortó, abruptamente, la civilización europea conquistadora, que, con la colonización, impuso sus propios esquemas de organización política y jurídica. Para el sistema penal oficial -y éste, según veremos, es el único que interesa-, entonces, han carecido de importancia los sistemas de solución de conflictos que practicaban nuestros indígenas.

Guste o disgusto, la historia política y jurídica latinoamericana actual es una continuación de los esquemas socio-políticos de Europa continental, introducidos por los pueblos hispano-lusoparlantes, conquistadores del territorio que hoy llamamos Iberoamérica o, más modernamente, Latinoamérica.

El sistema judicial no podía escapar de esa caracterización general. La historia de los sistemas judiciales de Iberoamérica muestra perfectamente, en su diseño, la situación descrita. Particularmente la América hispana recibe de sus colonizadores todo el modelo de organización judicial y las formas operativas de resolver conflictos sociales, cuyas bases políticas responden a los problemas y a las soluciones que la convivencia y la organización social planteaban en la metrópoli.

España vivió, durante la conquista y la colonización americanas, la época de afirmación de la forma de organización política conocida como Estado-Nación, que, sintéticamente, generó, por primera vez en la historia, un poder político central vigoroso y personalizado (el absolutismo), antes inexistente, alejado considerablemente de los súbditos, a quienes regía por subordinación, personas que no participaban del poder, ni de su creación, ni de su ejercicio; tal poder político central gobernaba un territorio vasto y, como hemos visto, desplazó a las organizaciones locales, vecinales, del ejercicio del poder de decisión sobre la vida en común. Las reglas de convivencia, como es sabido, fueron impuestas desde el poder político central creado, que apeló a los vestigios de un Derecho pensado como universal, el Derecho romano imperial, conservado y desarrollado por los entoces recientes templos del saber, las universidades, y, especialmente, por la elaboración práctica de la iglesia romano-católica, cuando ella adquirió vocación universal.<sup>8</sup> Un Derecho culto, "científico", reemplazaba así al Derecho foral, local y costumbrista, de extracción popular, en cierta manera (usos y costumbres con vigencia en el lugar).<sup>9</sup> Se trata del fenómeno conocido como Recepción del Derecho romano-canónico en Europa continental, que comienza su desarrollo en el siglo XIII de la era cristiana.

Inquisición es el nombre con el cual se conoce, universalmente, todo el sistema penal y judicial correlativo a ese tipo de organización política.

No interesa ahora el estudio de las causas de este fenómeno cultural y político, algunas de ellas muy a la vista. Interesa, en cambio, la caracterización del sistema judicial. El reproduce, conforme al modelo político, una organización centralizada, jerárquica al extremo, de los cuerpos de decisión (tribunales), con base en el control interno de las decisiones que ellos emiten, al punto de que sus tribunales superiores no distinguen claramente el control sobre los funcionarios o sobre los órganos inferiores, del control (examen) sobre la decisión, sobre la solución del caso en miras a la finalización del conflicto social que conforma su base. Se trata de una organización claramente burocrática, no sólo porque el poder se delega desde su cúspide hacia los funcionarios inferiores, por escalones, con funcionarios que devuelven el poder delegado a sus superiores para posibilitar el control de su ejercicio, sino, además, porque esos cuerpos de decisión están integrados siempre por funcionarios del Estado, a su servicio para ejercer el poder, no al servicio de las personas particulares que viven bajo el poder político del Estado (sus súbditos). La adminis-

tración de justicia, en especial la penal, dista de ser un servicio para la población y sus problemas (conflictos); es, en verdad, parte de la administración del poder y, como tal, parte de la administración estatal.

Esa organización, conforme a sus fines -la afirmación del poder central y el control social de sus súbditos, en lugar de la solución de conflictos interindividuales-, modifica abruptamente la manera de operar vigente con anterioridad: transforma el procedimiento, de un juicio oral y público, en una encuesta o investigación escrita y secreta (para su éxito), que inicia el propio inquisidor, de oficio, sin atención ni ligamen alguno a la voluntad de la víctima real, conforme sólo a las necesidades del poder estatal (transformado en pena estatal, pleonismo evidente), encuesta cuyo resultado, obtenido a partir de los registros que el inquisidor (juez) lleva a cabo sobre su actividad (actas), determina la "solución" del caso. Vale la pena acentuar que la víctima real, concreta, desaparece tras la persecución penal oficial, inservible su voluntad por expropiación de todas sus facultades -y las del autor- para operar la reacción y dar solución al caso, y objetivado su interés tras la construcción que, con el tiempo, los penalistas se encargarían de llamar bien jurídico.

Pues éste es, en apretada síntesis, el sistema penal que España lega a sus colonias. Las Partidas del Rey Sabio, a través de la Nueva y, quizás, de la Novísima Recopilación,<sup>10</sup> el instrumento legal que sirvió de texto al legado. Algunos se asombran al comparar, por la similitud con los principios organizativos y operativos que rigen hoy la organización judicial y el procedimiento hispanoamericano; más se asombrarían aún si compararan textos legales. Es por ello que no me parece del todo exagerada la sentencia -llegada a mí por vía de la tradición oral- que se atribuye a un profesor español, al visitar un país hispanoamericano en fecha reciente y observar su sistema judicial, señalando que aún rigen, básicamente, las famosas Partidas del sabio rey.

## **B. La independencia americana**

### **I. La transformación liberal y su repercusión.**

No expreso nada que deba ser probado cuando afirmo que los criollos se proclamaron libres e independientes del absolutismo español, más general aún, del poder político que desarrolló la conquista y colonización de América, para formar sus gobiernos propios, al ritmo de una transformación profunda de la organización del poder político y

de sus formas de operar, grito de rebeldía que, incluso, salvo el caso de la Unión americana del norte,<sup>11</sup> no respondía a ideales y principios culturales propios, formados y desarrollados en las colonias, sino adquiridos de otras naciones y, precisamente, adoptados, aún parcialmente, del desarrollo cultural y político de aquéllos pueblos que determinaron la conquista y la colonización americana, de los que ellos provenían.

Receptores, como se ha visto, de la tradición jurídica europea, a través de la conquista y la colonización americanas, los diversos países de América no fueron ciegos ni sordos respecto del desarrollo de las ideas políticas en la metrópoli. En especial, no fueron ciegos ni sordos a la revolución liberal de fines del siglo XVIII, contra el absolutismo, extendida por toda Europa continental en el siglo siguiente. Esa revolución los alcanza, al punto de que tiene en los EE.UU. de (Norte) América a uno de los paladines del "nuevo orden", paradigma de la formación y de la organización política de los nuevos estados americanos: se trata como se sabe, de una de las causas políticas directas de las revoluciones hispanoamericanas, promotoras de la independencia de esos países del reino de España. La **República representativa** reemplaza a la organización monárquica absolutista y preside la creación y constitución de todos los países americanos; tan es así, que, en los de tradición hispánica, las transformaciones se reflejan, orgullosas, en el mismo nombre de los nuevos países.

Sin embargo, a contrario de lo que comúnmente se predica, la República parlamentaria, emergente de la revolución liberal, no significó el nacimiento de una forma absolutamente nueva de organización social, de un "nuevo orden" total, según, inclusive, pregonaron sus líderes; no vino con ella al mundo una nueva forma de asociación política, a semejanza de aquello que significó, por ejemplo, tras largos siglos de marchas y contramarchas, la creación de los Estados nacionales, bajo la forma de monarquía absoluta, en la última parte de la Edad Media y en la Edad moderna. Ella, apelando a una metáfora, no fue un estallido volcánico de tal magnitud que cambiara por completo la topografía política, íntegramente, sino, antes bien, un movimiento sísmico vigoroso que, dentro del mismo sistema de organización social estatal, provocó, sin duda, algunos efectos notables de esa topografía política. Con ello quiero indicar, sintéticamente, que las bases organizativas del Estado-Nación subsistieron y, con él, un poder político central ciertamente alejado de los ciudadanos bajo su gobierno, quienes no ejercen directamente el poder político, ni participan cotidianamente de él, sino por medio de sus "representantes", facultad que,

al lado del derecho de ser elegido como representante, constituye la porción básica del poder político recuperado por los habitantes del Estado, que, de súbditos, se convierten en ciudadanos.

Empero, no es posible ocultar las modificaciones profundas que el movimiento liberal produjo en ese Estado-Nación. Sintéticamente: la revalorización de la persona como individuo, con su atributo de dignidad humana, para lo cual se utilizó como instrumento, al servicio de ese fin político, la limitación del poder estatal mediante reglas jurídicas y la división de competencias de los órganos que ejercen el poder; por fin, la búsqueda de canales de participación en la formación de la voluntad política, por ejemplo, la elección de representante para el ejercicio del poder y la intervención directa de ciudadanos integrando los tribunales, el llamado "juicio por jurados".

## II. La reforma liberal del sistema penal.

Acorde con este movimiento, el Derecho penal inquisitivo cambia su rumbo, sobre todo, se modifica la organización judicial y el procedimiento penal, aquello que hoy nos interesa destacar. Se trata del movimiento designado como la **reforma del siglo XIX** en Europa continental. La decantación de ese movimiento permite apreciar -utilizando ahora una comparación geométrica- que el cambio de derrotero, correspondiéndose con la transformación política, no fue completo, de 180°, sino, tan sólo, parcial, de 90°, pues conservó las características principales del sistema anterior. En efecto, el sistema penal, conforme al orden político conservado, sigue pensado como método de control social directo de los súbditos, ahora ciudadanos, el más riguroso y formalizado por su forma coactiva característica, la **pena estatal**, y persiste el dominio absoluto, derivado de esta comprensión, de la **persecución penal pública u oficial**, característica que domina el sistema operativo judicial y subsiste hasta nuestros días<sup>12</sup> en la organización judicial, acorde con ello, es también característica la consolidación de los órganos encargados de la persecución penal estatal: la **policía** y el **ministerio público**; más aún, el compromiso de las nuevas ideas con la necesidad de un control social vigoroso por parte de Estado y sus autoridades aparece con claridad en la institución del **Juez de Instrucción**, el inquisidor de l'ancien regime, y, por ello, persecutor penal estatal, encargado de la investigación de abrirse el procedimiento, compromiso que ni siquiera fue disimulado tras la toga. El desapoderamiento de la víctima, protagonista principal del conflicto,

a manos del poder estatal, continúa.

Conforme a ello, por regla con escasísimas excepciones, la voluntad -unilateral o consensual- de los protagonistas del conflicto, incluido el autor o el imputado, no se relaciona de manera alguna con su solución, ni influye en ella. Por lo contrario, la **averiguación de la verdad histórica** permanece como meta principal del procedimiento penal.<sup>13</sup> Así, el procedimiento penal continúa siendo, antes que una vía para la solución de conflictos humanos, un método para el control directo de los habitantes por parte del Estado, para la aplicación de la coerción estatal, incondicionada a la voluntad de los particulares.

Las reformas, no obstante, suavizaron el rigor de la inquisición. Elevaron al imputado, al menos en el período principal del procedimiento -el juicio público-, de **objeto de la investigación estatal** a la categoría de **sujeto de un procedimiento judicial**, con derechos en él. Con ello, modificaron su papel, aun cuando parcialmente, reconociendo garantías que lo amparan frente al Estado persecutor, inherentes a su condición de ser humano: defensa libre, incoercibilidad de su voluntad como informante en el procedimiento de persecución penal (prohibición de métodos coactivos para lograr que informe), custodia de su privacidad (métodos prohibidos de búsqueda de la verdad), equilibrio procesal con el acusador, para cuyo logro se acude al sistema ingenioso de reputarlo inocente hasta que no se verifique su culpabilidad (*in dubio pro reo*), única persecución admitida (*ne bis in idem*), etc.<sup>14</sup>

No menos importantes fueron las transformaciones del procedimiento y de la organización judicial provocadas por ese cambio: **juicio público**, cuyo eje central es un **debate oral, contradictorio y continuo**, como base de la sentencia penal, en reemplazo de la encuesta escrita; juicio promovido por una **acusación** proveniente de un órgano distinto al tribunal sentenciante, límite de la sentencia penal y **garantía de una defensa correcta**, sin sorpresas en el fallo; prohibición de que los jueces que presidían el debate, únicos llamados a dictar sentencia, hubieran intervenido en etapas anteriores del procedimiento (temor de parcialidad), en especial, en el procedimiento de investigación, que se realiza para lograr la acusación o, de otra manera, clausurar la persecución penal; **participación ciudadana** en los tribunales de juicio y sentencia (jurados o escabinos); división de las tareas judiciales del Estado en materia penal, en dos órganos diversos, uno encargado de perseguir penalmente, el ministerio público, y otro de juzgar, el tribunal; **horizontalización de la organización judicial**

(juicio con única instancia de mérito), que prefiere los controles externos (participación ciudadana) a los internos (orden jerárquico de los tribunales y proliferación de recursos devolutivos).<sup>15</sup>

### III. La contradicción entre el discurso principista y su realización en Iberoamérica.

A pesar de que los principios limitativos, procesales y organizativos eran consecuencia del nuevo régimen político, los países de la América Ibérica, fieles, abstractamente, desde su estatuto fundacional, a las transformaciones del Estado que impuso la república parlamentaria en el siglo XIX, no incluyeron, en el Derecho común, las reformas necesarias del aparato estatal y de su modo de operar que debieron ser derivación consecuente del cambio, imprescindibles para tornar reales la ideología política expuesta en sus constituciones, especialmente en el área de la organización judicial y del procedimiento penal. Pese a su impulso inicial, que, por ejemplo, en mi país de origen dio por resultado paradigmático la inclusión constitucional de la obligatoriedad del **juicio por Jurados** en materia penal, por tres reglas distintas de la Constitución histórica, todavía hoy vigente (como derecho del ciudadano, como obligación para el Poder legislativo nacional y como pauta de organización del Poder Judicial), algo inusual en ella, las leyes comunes, que debieron cumplir la misión de poner en ejercicio los poderes instituidos por la Constitución, permanecieron fieles al antiguo régimen colonial: justicia burocrática, organizada jerárquicamente sobre la base de controles internos rigurosos; procedimiento por encuestas registradas por escrito (que posibilitaba aquellos controles jerárquicos); sentencia fundada en actos secretos de la encuesta o sin participación real del imputado, convidado de piedra a su propia persecución penal; jueces profesionales, funcionarios permanentes del Estado, encargados de llevar a cabo el procedimiento y de juzgar.<sup>16</sup> Chile, nuestro país anfitrión, no es una excepción a esta regla.

Lamentablemente, descrita de un modo genérico y sin detallar excepciones, en todo caso muy escasas, la situación de la organización judicial y del enjuiciamiento penal latinoamericano continúa así hasta el presente, a pesar de que las antiguas metrópolis, fieles al desarrollo europeo,<sup>17</sup> ingresaron de lleno al proceso reformista en el siglo XIX y hoy, inclusive, desarrollan reformas modernas de su sistema penal, modificando el enjuiciamiento, total o parcialmente, conforme, por una parte, a nuevos problemas que presenta la organización social actual, y, por la otra, al desarrollo de las ideas que hoy dominan el

sistema penal, el sistema judicial y la realización del Estado democrático de Derecho.<sup>18</sup> En los países iberoamericanos, sólo entrado el siglo XX, y muy parcialmente, tanto en sentido del contenido, como en el número de países involucrados, se produce alguna reacción que pretende ajustar las instituciones judiciales, en materia penal, a la idea republicana.<sup>19</sup> El sistema penal de los países iberoamericanos, en todos sus sectores, no sigue, por lo demás, la discusión actual que, sobre el tema, se produce en los países desarrollados, ni su legislación se hace eco de esos problemas; persiste, todavía, una gran tendencia autoritaria, que se advierte en el arraigo del positivismo criminológico dentro del Derecho penal material, y en la tendencia inquisitiva de su Derecho procesal penal. Una pequeña proporción de su ciencia penal lucha denodadamente, con recursos infimos y éxito e influencia escasos, para disminuir el autoritarismo del sistema a niveles tolerables y evitar el atraso científico.

Este es, a grandes líneas, el estado actual de la cuestión en el ámbito latinoamericano, descrita desde su perspectiva histórica, política y jurídica, quizás con exclusión del inusitado movimiento actual, con comienzo en la década anterior, que, hasta ahora, sin embargo, no ha dado frutos de consideración. Ese Estado es la prueba más contundente de la imputación que, regularmente, nos dirigen los países más adelantados de nuestra órbita cultural; la notable diferencia, mejor dicho, la incompatibilidad, entre nuestro discurso programático y el práctico, entre principios declamados e instrumentos que adoptamos para tornarlos realidad. Tomar conciencia de ello representa un primer paso hacia la solución, dicho en términos ideológicos, hacia la creación de las repúblicas democráticas que siempre prometimos y nunca hicimos.

### **3. LA REFORMA NECESARIA EN EL AMBITO DE LA JUSTICIA PENAL**

#### **A. Necesidad política y necesidad práctica.**

La reforma ha trascendido hoy los alcances de una necesidad política, para situarse también en el plano de una necesidad práctica. La administración de justicia penal ha sido descrita como colapsada, ineficiente e inoperante desde varios y muy diversos ángulos de observación, pues no responde a ninguno de sus posibles fines primarios: persecución penal de los delitos, para lograr cualquiera

de los fines que se atribuye a la pena, garantía de los derechos fundamentales de los habitantes de un país, en fin, logro de la paz social mediante una solución correcta de los conflictos sociales, indispensable para vivir democráticamente y sin violencia extrema.<sup>20</sup> Conviene aclarar que esta necesidad práctica no es tan sólo sentida por nosotros, por el atraso institucional descrito, sino, también, por los países más desarrollados, conforme al cambio social enorme, experimentado durante el siglo XX, cada vez más acelerado. Para nosotros, sin embargo, el defecto se aprecia por partida doble y la tarea, consecuentemente, no sólo es doblemente pesada, pues, al no haber producido las reformas republicanas en la oportunidad debida, debemos ahora reacomodar totalmente nuestra administración de justicia, sino que, además, a consecuencia de ello, para la reforma debemos luchar contra una serie de rutinas - no en último término contra la formación universitaria deficiente-, de prejuicios y de intereses, propios del sistema tradicional que aplicamos, que, lamentablemente, no impiden hablar de la reforma, pero sí institucionalizarla.

La exposición ganaría si separara las reformas institucionales de las prácticas; empero, obligado a la síntesis, dividiré las secciones entre la de procedimiento propiamente dicho, por una parte, y la de organización judicial, por la otra, y expondré sólo los problemas esenciales y urgentes a que nos enfrentamos.

## B. El procedimiento penal.

I. El **juicio público** es el paradigma formal sintético del Estado de Derecho en la administración de justicia penal. Tanto las convenciones internacionales sobre derechos humanos,<sup>21</sup> que los países iberoamericanos han suscripto y ratificado casi en su totalidad, como las constituciones políticas que los rigen, exigen, bien por vía de reglas expresas, bien por el contexto ideológico-histórico-cultural del que parten -la República democrática-, esta forma de enjuiciamiento como único método que dé base a la decisión penal. Su incorporación al sistema positivo se trata, entonces, de un imperativo del sinceramiento de nuestras instituciones operativas con nuestras instituciones programáticas.

Este es, así, el punto de partida; un punto de partida que debe constituir el núcleo central del procedimiento penal. El implica, sintéticamente, un **debate** cumplido con la presencia ininterrumpida del imputado, su defensor, el acusador y los jueces que van a dictar la

sentencia (eventualmente, las partes civiles, cuando se discute la cuestión reparatoria o restitutoria emergente del delito ), debate que incorpora los únicos elementos en los cuales se puede fundar la decisión (**Inmediación**). Ello implica que ese debate se lleve a cabo en forma **oral**, para posibilitar su **continuidad (concentración)** de los actos que en él son cumplidos), tanto interna como con la deliberación y votación de la sentencia, y su desarrollo en un lapso breve, que, como dijimos, los actos que lo integran sean los únicos idóneos para fundar la decisión y, por último, que los jueces que presencian ininterrumpidamente ese debate sean los únicos habilitados para dictar la sentencia (**Identidad** entre los jueces que presencian el debate y los que deciden). La **publicidad** del juicio, así concebido, representa, por una parte, agregar transparencia republicana a los procedimientos y decisiones de la administración de justicia y, por la otra, una valla insuperable para uno de sus flagelos más notorios, lamentablemente extendido entre nosotros conforme al sistema operativo que empleamos, la llama "delegación" (que consiste en encargar a otros aquello que el juez debe realizar por sí mismo), con expresión vulgar, pues obliga a aquellos que van a decidir a conocer por sí mismos y a responder personalmente -"dar la cara", con el dicho popular- por la decisión que se adopta como culminación del acto de administrar justicia; por lo demás, es ésta la única forma de **garantizar la defensa**, esto es, la participación protagónica del imputado y su defensor (también de la víctima, aunque este sea un tema a tratar específicamente) en el procedimiento. Junto a ello, algunas ventajas prácticas: la **celeridad** y **sencillez** del juicio, limpio de toda rémora y complejidad burocrática, y el mejor **conocimiento de la verdad histórica**, una de las claves del procedimiento actual. Respecto de esto último es preciso indicar que el juicio público, nacido en un sistema que privilegiaba otras metas para el procedimiento que aquella de indagar la verdad histórica, a saber, el acuerdo como modo de resolver el conflicto social objeto del juicio y la confrontación entre los portadores de los intereses en conflicto, se ha adaptado perfectamente a su nueva meta, constituyendo también un elemento imprescindible para traslucir lo ocurrido fácticamente.

Este es el "debido proceso" correspondiente a un sistema de convivencia democrática, fundado en el Estado de Derecho, aquello que en idioma inglés se denomina **fair trial** (juicio justo o leal), base del enjuiciamiento penal, con el editamento de los jurados para integrar el tribunal de juicio.<sup>22</sup>

II. Esta es la forma ideal de administrar justicia penal, esto es, de legitimar, en un Estado de Derecho, el uso de la coacción penal.

Empero, unida a otras exigencias, como, por ejemplo, la participación ciudadana en la decisión (jurados o escabinos), si pretendemos utilizar esa forma de proceder en la totalidad de los casos penales que ingresan al sistema, fracasaríamos por la cantidad. Ello es, precisamente, aquello que pretende ocultar - sin demasiado éxito - la "delegación" y el sistema de encuesta escrita, aunque con sacrificio de los más caros principios relativos a la dignidad humana y su protección.

Por lo demás, tampoco es necesario, en todo caso que posee ribetes de contravención a una norma de deber penal, culminarlo mediante la aplicación de la coacción penal. Hoy se postula, en el Derecho penal material, soluciones diversas (*diversión*), para ámbitos más o menos acotados de delitos, tendentes a sustituir la coacción penal. Tras de todas estas soluciones, que, particularmente, obedecen a intereses y fines específicos, se halla la recreación de la voluntad de los protagonistas, incluido el propio Estado persecutor, y el consenso entre ellos, como medio para dar solución a conflictos sociales, sin utilizar la violencia extrema que genera el sistema penal. En el fondo de esas soluciones de reemplazo (conciliatorias, reparatorias o terapéuticas) se halla la **crisis de la pena estatal**<sup>23</sup> y de la propia justicia penal, fundada en esa solución y en sus consecuencias formales: persecución penal pública obligatoria y averiguación de la verdad histórica como paradigma de lo que se concibe por "justicia". Lentamente regresan el consenso y la restitución al *statu quo ante*, o al estado deseado por el Derecho, como vías para lograr la paz jurídica y social, y soluciones razonables para el conflicto.<sup>24</sup> No es aventurado hablar de una cierta "privatización" del Derecho penal.<sup>25</sup>

Un sistema de **selección** de casos resulta, así, necesario, desde el punto de vista práctico, y recomendable, desde el punto de vista político-criminal. Para elaborarlo es útil tener presente, a más del criterio de igualdad ante la ley, dos argumentos incontestables: en primer lugar, que la necesidad político-jurídica del juicio público se refiere al uso de la coacción penal estatal, a la aplicación de una pena (condena), y, prácticamente, a la pena privativa de libertad, máxima expresión del sistema (excluimos, adrede, la pena de muerte), no así, por lo contrario absoluciones o a las alternativas que significan prescindir de ese remedio para la solución de conflictos sociales, en principio de índole penal, para acudir a otras soluciones (*diversión*); en segundo lugar, el aforismo *mínima non curat praetor*, que puede incluir soluciones abreviadas para el Derecho penal de bagatela.<sup>26</sup> Ello se compadece, por lo demás, con el carácter **subsidiario** del Derecho penal; pena estatal = ultima ratio de la política social.

Sin ánimo de agotar el problema, ni la discusión sobre él, el panorama político-criminal universal propone, hasta ahora, sobre todo en el ámbito cultural próximo a nosotros, soluciones basadas:

a) en el **abandono del principio de legalidad de la persecución penal (obligatoriedad)** -parcial para aquellos órdenes jurídicos que contenían a este deber como regla de principio-<sup>27</sup>, al establecer ciertos **criterios de oportunidad**, fundados utilitariamente.<sup>28</sup>

b) en la **suspensión de la persecución penal a prueba**, mecanismo consistente, fundamentalmente, en conceder al autor la tabla de salvación de un tiempo de prueba, fijado por la ley o judicialmente, para que cumpla ciertas instrucciones, determinadas también judicialmente (básicamente: no cometer un nuevo delito, esforzarse por perfeccionar acuerdos reparatorios con la víctima, dentro de sus posibilidades, seguir algún tratamiento terapéutico o abstenerse de ciertas conductas [ingerir bebidas alcohólicas o consumir drogas]), plazo -inicial o prorrogado- después del cual el cumplimiento satisfactorio de las instrucciones conduce a prescindir de su persecución penal definitivamente (extinción de la acción penal), en tanto la realidad contraria supone su reanudación<sup>29</sup>; y

c) en la aceptación de ciertos acuerdos entre acusador y acusado, al menos para delitos leves o de mediana gravedad, inclusive con participación de la víctima, que permitan abreviar el procedimiento hasta prescindir del debate público, centro del procedimiento principal.<sup>30</sup>

Esos criterios de selección son vinculados por el Derecho penal y procesal penal -cuando coordinan sus mecanismos-, en numerosas ocasiones, a la utilización del sistema penal a favor de la víctima, inclusive dentro de un marco político-criminal dirigido al autor<sup>31</sup>, para arribar a soluciones que permitan prescindir de la solución penal del conflicto, total o parcialmente.<sup>32</sup> En este sentido, el planteo coincide e intenta realizar, con otros mecanismos menos abstractos que los tradicionales, el carácter **subsidiario** que se atribuye al Derecho penal como protector de bienes jurídicos, utilizar la pena estatal, verdaderamente, como **ultima ratio** de la política social, conforme al principio de proporcionalidad, ínsito en todo Estado de derecho.<sup>33</sup>

III. Aceptado que el núcleo del enjuiciamiento penal, y su coronación, sea el juicio público, esto es, el proceder básico que

legítima formalmente el uso de la pena estatal (institución mencionada en el sentido cultural y jurídico propio, como consecuencia jurídica de extrema violencia para infracciones a prohibiciones o mandatos de importancia mayúscula para el orden jurídico establecido), el principal escollo para arribar a él de manera eficiente consiste en la llamada **Instrucción preparatoria o preliminar**. Se trata, como se sabe, de la consecuencia necesaria del sistema de persecución penal pública, en tanto los órganos de persecución penal estatales, imparciales frente al caso por definición, precisan conocer el acontecimiento hipotéticamente delictivo, para efectuar la decisión acerca de la promoción del juicio o, cuando ello no es posible, en el sentido contrario, acerca de la clausura de la persecución penal; por lo demás, como este período del procedimiento inaugura el procedimiento penal, el delincuente presunto se enfrenta allí, por vez primera, con el aparato estatal de persecución, razón por la cual resulta de importancia extrema definir aquí, jurídicamente, sus facultades y las del órgano estatal investigador, en especial, para este último, que acciones no le están permitidas o, al menos, están sujetas, para su realización legítima, a autorizaciones especiales, todo en homenaje a los resguardos y garantías que, para la dignidad del imputado, implica el Estado de derecho, puestos básicamente en peligro en este período del procedimiento.<sup>34</sup>

Según se observa, la **eficiencia**, como en todo el procedimiento penal, se valora a través de dos sistemas de medidas diferentes, a menudo opuestas entre sí; por una parte, eficiencia significa éxito de la persecución penal estatal, coronada por la condena del autor; por la otra, eficiencia significa resguardo y garantía para quien es señalado como autor, por un sistema de facultades, prohibiciones y mandatos que, de ordinario, se opone drásticamente a la persecución penal eficaz, pues limita claramente los medios para la averiguación de la verdad.<sup>35</sup>

Precisamente, los problemas principales relativos a la exigencia, para el procedimiento penal, de constituir un método eficiente para la solución de los casos atribuidos a ese ámbito de relaciones, en ambos de los sentidos señalados -éxito de la persecución penal y respeto por la dignidad de la persona, en especial, por el imputado - residen en este período inicial del procedimiento: en la instrucción preparatoria. Ella es, prácticamente, la responsable principal del colapso del sistema.

En efecto, la necesidad de averiguar la verdad oficialmente, antes de demandar el juicio, propia del sistema penal tal como fue pensado según el compromiso decimonónico (Código de instrucción

criminal francés de 1808), lo torna excesivamente lento e incapaz, en la mayoría de los casos, para alcanzar los fines para los cuales fue propuesto; la principal selección desincriminatoria se lleva a cabo en este período del procedimiento, fácticamente, sin criterio político-jurídico alguno que la presida, y también, durante este período, se configura a las mayores violaciones, impunes por lo general, al sistema de garantías y seguridades ciudadanas.

No es casual que así suceda. El intento de mantener un sistema procesal cuyo fundamento de eficiencia residía, casi exclusivamente, en las obligaciones del imputado y de todo súbdito de informar la verdad sobre el suceso, con utilización de la coacción directa para lograr la efectiva realización de ese deber (tormento), procedimiento durante el cual las personas eran meros objetos de persecución, debió tornarlo ineficaz, sobre todo para aquellos que saben utilizarlo, cuando la cultura humano rechazó y después prohibió este tipo de coacción, la tortura de los ciudadanos y el ingreso irrestricto en su vida privada, cuando declaró como punto de partida la inocencia del imputado y cuando le concedió facultades suficientes para defenderse, erigiéndolo en un sujeto de derechos en el procedimiento. Pero, además, la reacción contraria no se hizo esperar; el sistema mismo generó un desconocimiento hipócrita de las reglas de garantía, para lograr alguna eficiencia legitimante, por supuesto, en la franja de quienes eran más débiles, de aquellos que no sabían o no podían utilizarlo bien, en su beneficio.

**El Juez de Instrucción**, sinónimo personalizado de este período procesal, resulta un espejo de la situación descrita: encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad y su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos, que se pretende jueguen a un mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas, cumpliendo en forma ineficiente ambas tareas. Nacido por un pacto de compromiso entre el antiguo y el nuevo régimen, para conservar al inquisidor, en el Derecho francés del siglo XIX, como operador de una instrucción formalizada, registrada por escrito (actas) y secreta, sin participación del imputado, que continuaba el rito inquisitivo, el final del siglo XIX y los comienzos del XX le juegan la mala pasada de liberalizarle el procedimiento, obligándolo a considerar al imputado como un sujeto del procedimiento, con derechos en él, y a asumir el papel de tutor de esos derechos y garantías; inquisidor, por una parte, y garante (juez), por la otra, el resultado de su obra fue la ineficiencia de su función en ambos sentidos y, para colmo de males, seleccionada, según se vió. Se ha esquematizado esta situación

mediante la afirmación de que, institucionalmente, no es posible edificar un sistema garantista erigiendo a una autoridad, que ejerce el poder público, en control de sí mismo. El ejemplo surge espontáneamente; el juez de instrucción establece la necesidad de allanamiento de un domicilio o de la interceptación y apertura de la correspondencia, para averiguar algo que estima importante, y, al mismo tiempo, juzga sobre la posibilidad de aplicar ese método, disciplinada por reglas jurídicas, ya desde la ley fundamental del Estado, esto es, él mismo es quien permite ese procedimiento compulsivo, sometido, precisamente, a una autorización judicial fundada y reglada, como método de control sobre el ejercicio del poder público y en resguardo de la seguridad de los ciudadanos (relativa, en el caso, al derecho de privacidad del domicilio). No sucede otra cosa con el encarcelamiento preventivo: una misma persona lo considera necesario y lo autoriza, lo pide y lo decide.

Además, la institución de ambos, del procedimiento y de su operador, oculta intenciones aviesas, desde su origen. Ya en el código francés decantador de la reforma, las autorizaciones para incorporar actos de la instrucción formal, en reemplazo de los actos del debate y como excepción a la regla general que obligaba a fundar la sentencia, únicamente, en los conocimientos válidamente adquiridos durante el debate público, son, como reglas de excepción de un sistema, demasiadas y configuran permisos francamente abiertos, que franquean la puerta para desnaturalizar el juicio penal.<sup>36</sup> El hecho de llamar **Juez** al órgano de la persecución penal que preside esos actos, registrados para la posteridad del procedimiento, contribuye a ese propósito corruptor del juicio penal, al brindarles a ellos el prestigio y la intangibilidad que supone la función judicial.<sup>37</sup>

He allí el por qué de la propuesta moderna, ya extendida universalmente,<sup>38</sup> que consiste en separar claramente las funciones, concediendo competencia para ellas a órganos distintos: la tarea de llevar al acusado ante la administración de justicia, para ser juzgado, de preparar la acusación, en fin, de perseguir penalmente, le corresponde al ministerio público; la de controlar el buen uso del poder público, custodiar las garantías ciudadanas y evitar la arbitrariedad en el manejo de la fuerza pública, a los jueces. Por ello, la investigación preliminar se confía al ministerio público, bajo el control de los jueces para aquellos actos que signifiquen injerencia en los derechos de las personas o provoquen la necesidad de defensa.<sup>39</sup> Se trata, sin duda, de un paso más en la transformación posible del procedimiento inquisitivo, de un paso más, si bien formal, hacia el método acusatorio.

IV. Estos son los problemas más acuciantes del procedi-

miento penal, conforme al estado general de la legislación latinoamericana. En adelante sólo mencionaremos aquellos temas que, sin ser de menor importancia y también necesitados de una reforma, carecen de una importancia global en la estructura del procedimiento o son, históricamente, de promoción más reciente.

a) La conexión entre la investigación preliminar y el juicio público, en el procedimiento común (delitos de persecución penal pública), no es sencilla. En casi todos los casos resulta imprescindible que el requerimiento final de quien persigue penalmente, conclusión de la instrucción preparatoria (tarea crítica de sus actos, que expone el resultado de la investigación practicada), tenga contenido incriminador (acusación o requerimiento de apertura del juicio) o desincriminador (clausura de la persecución penal, entre nosotros, sobreseimiento, en sus múltiples formas), sea sometido al control judicial. Un **procedimiento intermedio**, llamado así, precisamente, por su función conectiva entre la instrucción y el juicio público,<sup>40</sup> procura, por una parte, servir de tamiz para evitar juicios inútiles, por la escasa seriedad de la acusación o sus desequilibrios formales, y representa, por la otra, el control jurisdiccional sobre los actos del ministerio público que pretenden clausurar la persecución penal contra una persona, conforme al principio de **legalidad**, que ordinariamente rige entre nosotros como regla.<sup>41</sup>

La forma de disciplinar jurídicamente este procedimiento intermedio es muy variada en la legislación comparada; inclusive, esa disciplina puede ser muy compleja, como sucede, por ejemplo, en el CPP modelo iberoamérica, Arts. 267 y siguientes. Esa regulación depende, fundamentalmente, de la cantidad de problemas del procedimiento que pretendan hallar su solución en este momento; en ocasiones, varios de los problemas relativos al ingreso del consenso de los intervinientes en el procedimiento, estudiados en el punto II de este párrafo (por ej.: simplificación del rito, sentencia sin debate público, acuerdo sobre la pena, suspensión del procedimiento a prueba), son resueltos en esta etapa. Su regulación engendra, también, cuestiones complicadas en la organización judicial, no sólo por el número de jueces que integran el tribunal y su carácter (profesionales o populares,<sup>42</sup> sino, antes bien, por el problema que representa evitar que los jueces del eventual juicio público hayan tenido contacto con la causa antes de él, garantía fundamental del Estado de Derecho.<sup>43</sup>

Sin ánimo de agotar la discusión, propongo ahora unir este período con aquel relativo a la **preparación del debate**, llamado regularmente, en las propuestas latinoamericanas, "**actos preliminares del juicio**", dejado en manos del tribunal que llevará a cabo el

debate. Se lograría, con ello, tratar y decidir en conjunto una serie de problemas procesales conexos, a saber:

\* la decisión acerca de si habrá o no un debate público, dependiendo no sólo del control del requerimiento de apertura del juicio (acusación) o de clausura de la persecución penal (archivo o sobreseimiento), sino, también de aquellos modos de proceder que permiten evitar el debate público;

\*\* en caso de que se decida realizar un debate público, resulta imprescindible resolver quienes serán sus protagonistas (tribunal competente, integración, acusadores, imputados y sus defensores, partes civiles), decisión que provoca múltiples procedimientos de saneamiento (recusación de los jueces o funcionarios del ministerio público, oposición a la intervención de alguna de las partes privadas, excepciones);

\*\*\* por último, decidir acerca del lugar en el cual se llevará a cabo el debate y sobre la fecha precisa en la que comenzará.

b) El debate público, su organización y formas de proceder, es, por sí mismo, un problema. Basta observar o estudiar la manera distinta según la cual se desarrolla un debate en el ámbito anglosajón y en el continente europeo para darse cuenta de la multiplicidad de problemas a solucionar que él encierra.

Nosotros hemos propuesto un debate que, partiendo de la tradición continental, agrega, sin embargo, muchos elementos del anglosajón. Este último se parece mucho más que aquel a un **juicio de partes** frente a árbitros imparciales, los jueces que integran el tribunal. En especial, nos parece que resulta necesario reducir sustancialmente el protagonismo y las facultades de los jueces del tribunal de fallo durante el debate, para confiar en que el caso sea presentado y expuesto por quienes representan los intereses en conflicto.

Algunos principios, como el **jura curia novit** y las posibilidades de **investigación judicial autónoma** deben ser sometidos a estudio y revisión.

c) La participación de la **víctima** en los procedimientos por delitos de acción pública constituye un problema general del procedimiento común.<sup>44</sup> Pero su ingreso al juicio público, en especial, plantea problemas políticos cuya solución no sólo no es sencilla, sino que, antes bien,

está vinculada a la concepción misma del Derecho penal e, inclusive, al papel protector del imputado frente a la persecución penal que cumple el Derecho procesal penal. Se trata, aquí también, de un problema conjunto del Derecho penal y del Derecho procesal penal.

Mientras se mantenga el actual estado de cosas y el Derecho penal constituye, fundamentalmente, un medio de control social directo y vigoroso por parte del Estado, nos ha parecido mejor conceder a la víctima un papel en el procedimiento común, vinculado más a la colaboración con el ministerio público (**acusador adhesivo**), que a erigir otro acusador autónomo frente al imputado (**acusador conjunto**). Ello repercute, básicamente, en su propio poder de conducir a un acusado al juicio público y en el régimen de los recursos contra la sentencia.

Resta definir, sin embargo, problemas arduos relativos a la víctima en el procedimiento penal. En primer lugar, el ingreso de la cuestión civil emergente del delito al procedimiento penal, la forma de su ingreso y las modificaciones necesarias del rito, cuando ingresa la cuestión civil, que, necesariamente, lo tornan complejo y repercuten sobre la organización judicial si, como corresponde, se desea brindar auxilio a la víctima necesitada y evitar, en lo posible, la falta de acceso al procedimiento judicial que el mismo delito y la situación socio-económica plantea a las víctimas.

Ni la intervención, ni la protección a la víctima, terminan con su papel activo en el procedimiento. Por lo contrario, aunque la víctima o sus sustitutos decidan no inmiscuirse en él, el conocimiento del hecho punible depende en tal medida de ellos que, salvo casos excepcionales, no lograrán evitar intervenir en él. Es por ello que, aún en este caso, deben preverse derechos de información de la víctima sobre la marcha del proceso, especialmente en los casos de clausura de la persecución penal por cualquier razón, y que la protección alcanza también a la víctima como testigo del hecho, caso en el cual, se sostiene, debe permitirse su asesoramiento jurídico. Casi todos los procedimientos tendientes a reemplazar la solución penal del conflicto deberían contar con la intervención de la víctima, suficientemente informada al respecto.

El procedimiento por delito de acción privada representa el máximo poder de la víctima en el sistema penal, pues de su voluntad depende no sólo la actuación del Derecho penal, sino también, regularmente, la ejecución de la pena.

d) El problema de las **prohibiciones probatorias** -o de las prohibi-

ciones de valoración probatorias-, con ser un problema singular, atinente a todo el procedimiento, tiene una repercusión especial durante la preparación del debate (admisión de la prueba), durante el debate y en la fundamentación de la sentencia. Regular convenientemente la cláusula de exclusión, tarea difícil por sus extensiones, resulta, sin embargo, absolutamente necesario hoy en día. Se trata, como se sabe, de la afirmación de principios de garantía relativos a derechos humanos, cuyo desarrollo torna imprescindible nuevas formulaciones.<sup>45</sup>

e) La **determinación judicial de la pena** es hoy un problema que comparten el Derecho penal y el procesal penal, con íntimos contactos con la propia ejecución penal. El Derecho penal, de gran desarrollo en relación a la teoría analítica del delito, no ha dedicado esfuerzos similares o, cuando menos, en relación a aquéllos, para analizar parámetros y limitaciones que racionalicen la medición de la pena concreta a aplicar y conduzcan a decisiones predecibles sobre el punto, a pesar de la importancia capital del tema, en función de que la pena a aplicar es, en definitiva, el centro explicativo y la razón de ser del sistema penal. Para el Derecho procesal penal el tema es casi inexistente, entre nosotros, como objeto de meditación. En este capítulo del juicio y la decisión dejan de regir las exigencias ciertamente complicadas del enjuiciamiento penal para considerarlo justo o adecuado al Estado de Derecho: defensa, inocencia, fundamentación de la decisión y sus múltiples derivaciones en reglas de principio, carecen de aplicación para el juicio sobre la pena, sin explicación alguna que intente legitimar esa forma de proceder.

Más la doctrina que legislación y la práctica judicial postula hoy una división del juicio público o debate penal en dos y hasta en tres partes,<sup>46</sup> con el objeto de racionalizar el juicio sobre la pena. Se discute acerca del momento de la censura, del contenido de cada período, pregunta relacionada íntimamente con la anterior, de la mayor o menor separación temporal entre ambos debates, pregunta vinculada a la mayor o menor formalidad de la separación y al momento de realización de la investigación preparatoria necesaria para el debate sobre la pena, por fin, acerca de la influencia de la censura en el sistema de los recursos.

Existen antecedentes legislativos y prácticos sobre el tema, sobre todo en el ámbito de la legislación penal para menores y, por supuesto, en aquellos órdenes jurídicos que adoptan el juicio por jurados. Tanto el Proyecto federal argentino de 1986 (art. 287), como

el CPP modelo Iberoamérica (art. 287), y el Proyecto guatemalteco (art. 308) introducen tímidamente la cuestión.<sup>47</sup>

f) El sistema de recursos merece especial atención. Una simplificación de los recursos durante la investigación preliminar es deseable, en homenaje a la celeridad y eficiencia del procedimiento. Pero tal simplificación sólo puede ser instrumentada por la transformación del procedimiento penal íntegramente. En ese sentido, ella va de la mano con una desformalización de la instrucción preparatoria, con la estricta observancia de la regla que impide utilizar sus actos en el debate público, como fundamento de la sentencia, y con la estructuración de un procedimiento intermedio o audiencia preliminar al debate donde se discuta ampliamente las múltiples cuestiones incidentales que hoy son patrimonio de la instrucción.

La máxima que obliga a que el fundamento de la sentencia emerja solamente de los actos válidamente incorporados al debate público y a que los jueces que lo presenciaron sean los únicos habilitados para dictarla, reduce las posibilidades de recurrirla a un examen del procedimiento seguido, en el sentido de haberse observado las reglas del **juicio justo (fair trial)** para lograr la decisión del caso (**casación formal**), y a un reexamen de la solución material del caso, conforme a reglas jurídicas (**casación material**).<sup>48</sup> Sin embargo, precisamente la regla de garantía que contienen las convenciones sobre derechos humanos sobre la recurribilidad de la sentencia, obliga a prescindir de las innumerables trabas formales tradicionales en este recurso y a ampliar su comprensión convenientemente, para permitir verificar ante el tribunal de casación la irregularidad del procedimiento seguido o de las conclusiones y fundamentación de la sentencia, aunque la formulación del hecho punible esté vedada al tribunal de casación.

La simplificación del sistema de recursos se vincula, por lo demás, con una **horizontalización** de la organización judicial, hasta ahora verticalizada, necesaria en un Estado democrático y, a su vez, factor de la independencia e imparcialidad del juez en relación al caso que debe decidir, y con la preferencia de controles externos para la administración de justicia, en lugar de los controles internos, propios del absolutismo.

g) Iberoamérica está constituida por Estados en los cuales, en mayor o menor proporción, conviven aún hoy individuos que proceden de diferentes culturas, una autóctona, anterior a la colonización euro-

pea, y otra migratoria, producto de la colonización y de la inmigración posterior. En varios de esos países el problema no es marginal, en el sentido de cuestionarse cómo tratar a una minoría étnica y cultural, sino principal, en el sentido de que una gran proporción de la población, que inclusive supera a la minoría poderosa y gobernante, de origen europeo, está constituida por indígenas, cuya manera de solucionar los conflictos sociales o bien no se compadece con nuestro sistema penal, originado en la cultura continental europea, o bien se trata de individuos extraños a él, pues no lo gobiernan ni comprenden en un mínimo indispensable, al punto de que ni siquiera entienden el procedimiento concreto, que transcurre en un idioma que les es extraño, o bien ellos no comprenden el caso como conflictivo. No son raros, tampoco, los casos de un *bis in idem*: indígenas juzgados por el método oficial y por el propio de su comunidad, sobre todo cuando el caso queda encerrado en la propia comunidad aborígen. La civilización europea que colonizó y migró a estas latitudes domina e impone sus métodos, aún en los casos de países en los cuales esa población es, claramente, una minoría. La marginación del indígena es una triste realidad nuestra, con la que convivimos sin atinar a darle una solución distinta, acorde con la dignidad de esos pueblos y con la dignidad que sus individuos poseen por el sólo hecho de ser seres humanos. Tal realidad no ha provocado tan siquiera nuestra imaginación académica, acorde con nuestra cultura de confrontación entre dos mundos distintos, respetables ambos y necesitados de la tolerancia para la convivencia común. La conquista ha sido nuestra única solución en 500 años.

Para quien quiera esbozar una solución al sistema penal de Iberoamérica, que no sea concebida como el puro ejercicio del poder, ni pretenda sólo legitimar la violencia por intermedio de reglas jurídicas, resulta indispensable encarar esta cuestión. Y para encararla es preciso conocerla. Se debería fomentar el estudio histórico y actual profundo de los métodos de solución de conflictos sociales por parte de las comunidades indígenas, para, a partir de ese conocimiento, intentar la solución de compromiso que permita la convivencia tolerante de ambas culturas en el seno de un mismo Estado. Ello aparece como bastante difícil, pues la misma noción política de Estado, en su significado cultural propio, es importada por la conquista y conservada por el dominio de la civilización europea, pero es el único camino a intentar para considerarnos hijos de un mismo país, ciudadanos de un mismo Estado democrático, que respeta a las personas por el hecho de ser tales y tiende a concederle los mismos derechos efectivos a todo habitante del país, sin distinción de raza, credo o color de piel.

## B. La organización judicial.

Según hemos observado, las reformas del procedimiento conducirán, inevitablemente, a una transformación de la organización judicial.<sup>49</sup> Empero, tanto por necesidades relativas a la eficiencia del procedimiento, como por aquellas sólo relativas a la democratización de la organización judicial, resulta imprescindible pensar en la transformación de esa organización, para apartarla del sistema tradicional utilizado entre nosotros.

I. Singular importancia tiene la discusión acerca de la incorporación de jueces accidentales o no profesionales al tribunal de juicio. La **participación ciudadana** en las decisiones judiciales, bien en el tradicional modo del **juicio por jurados**, bien mediante la incorporación de **escabinos** que operan junto a los jueces profesionales, es, desde antaño, un símbolo de democratización e independencia judiciales, que el iluminismo renovó, oportunamente, al crear el Estado de Derecho.<sup>50</sup> No hay duda acerca de que, quien opta por tribunales con participación ciudadana, y en la medida en la que lo haga, prefiere los **controles externos** a la administración de justicia, para garantizar un juicio y una decisión más justos, a los **controles internos**, burocráticos, propios del Estado autocrático, como forma política, y de la Inquisición, como sistema punitivo.

II. Tal participación popular, con ser necesaria para desburocratizar el sistema judicial, pues evita que el poder penal del Estado sea operado tan sólo por funcionarios estatales,<sup>51</sup> no es suficiente para lograr ese propósito.

Imperan en América Latina formas tradicionales de gobernar el Poder Judicial jerárquicamente, negando la independencia judicial, concebida como prescindencia absoluta frente al caso de toda directiva dirigida al juez que administra justicia, que no sea la propia ley. Tal prescindencia no existe, tampoco, cuando ella parte del Poder Judicial mismo, de otros tribunales. Los remedios o controles -mal llamados recursos- que operan automáticamente, **de oficio**, el reexamen del caso por otro tribunal superior al de primer grado (ej.: la consulta), el deber de recurrir puesto en cabeza de los funcionarios del ministerio público, la obligatoriedad de la doctrina de ciertos fallos para los tribunales inferiores y sus jueces, el abuso del efecto suspensivo de los recursos del acusador, para inhibir la ejecución de decisiones favorables para el imputado, hasta tanto no las confirme un tribunal superior, son ejemplos de una injerencia del propio Poder Judicial, que

vulnera la independencia e imparcialidad (carencia, en lo posible, de prejuicios previos) del juez de la causa, apotegma que no se agota con la creación de un organismo judicial diferente del ejecutivo y del legislativo.

Transformar la estructura organizativa del Poder Judicial significa, si se realiza en el sentido correcto, su **desburocratización**. Para lograrlo resulta imprescindible **horizontalizar** esa estructura, de modo de evitar, en la mayor medida posible, el caracter inverso contradictorio de su organización actual, la verticalización jerárquica, propia de los sistemas autorcráticos, y terminar con la organización feudal, que identifica unidad administrativa con unidad de pronunciamiento, inmovilizando la integración de los cuerpos judiciales de decisión, incluso por períodos del procedimiento y en desmedro de la racionalización del aprovechamiento integral de los recursos humanos y materiales del Poder Judicial. La tecnificación de la gestión administrativa, supuesta por una estructura tan compleja como la de los tribunales de justicia, que atienden un sinnúmero de casos a la vez, cuando persigue un fin político adecuado y sirve a él, colabora en la tarea de aprovechar al máximo los recursos humanos y materiales de los que se dispone.

III. La transformación organizativa del ministerio público, conforme a las tareas que debe asumir en el procedimiento de persecución penal, aún de características algo inversas a aquellas que gobiernan a los órganos judiciales (**unidad y jerarquía**), es, también, imprescindible.

Junto a ella resulta necesaria la creación de un **servicio de defensa oficial o pública**, para cumplir con eficiencia la tarea de asistir al imputado que no provee a su defensa técnica, total o parcialmente. De los tres sistemas posibles de defensa oficial, el honorífico, fundado tan sólo en el regla ética que obliga al abogado a defender gratuitamente, el organizado sobre la base de funcionarios estatales y el organizado por las asociaciones profesionales de abogados sobre la base del auxilio económico estatal, que implica el deber asistir técnicamente a quien no puede o no quiere procurarse privadamente esa asistencia, prefiero este último, sobre todo porque, a pesar de no lograr el mismo efecto que el defensor de confianza, elegido y contratado por el imputado, preserva la relación de confianza profesional, base de todo servicio asistencial, y supone una exigencia profesional, debido al pago de los servicios prestados.<sup>52</sup>

De la misma manera es preciso crear un servicio de

asistencia para la víctima sin posibilidades de hacer valer su interés en el procedimiento, ya sobre la base del mismo sistema de defensa oficial, o bien con la colaboración de las asociaciones intermedias existentes en el seno social, cuyo objeto asociativo coincide con este fin.

#### **4. LA CONSOLIDACION DEL MOVIMIENTO REFORMISTA EN EL MOMENTO ACTUAL**

I. El siglo XX transcurre prontamente hacia su final y los países latinoamericanos, en general, no logran consolidar sus instituciones de funcionamiento cotidiano conforme a la idea republicana y democrática que preside su orden jurídico fundamental. La idea de una ruptura entre sus declaraciones principistas sobre la forma de su organización social y sobre la relaciones sociales, en especial la de los ciudadanos con el Estado, y las reglas que gobiernan el ejercicio cotidiano del poder público y las relaciones con los ciudadanos y de ellos entre sí, sigue definiendo su realidad institucional. Al menos en el ámbito del sistema penal, esta realidad se presenta como evidente e impide ingresar a un debate moderno sobre el uso del sistema penal, aún desde un punto de partida tradicional o conservador. El hecho de que ideas conservadoras sobre el sistema penal, en otras latitudes de nuestro mismo ámbito cultural, sean tachadas por radicales y hasta por revolucionarias entre nosotros, ordinariamente, confirma esta tesis.

El escollo principal para un avance sustantivo del sistema penal, que, al menos, coloque a estos países en posición de respeto de su orden jurídico fundamental, es político: los estratos sociales que dominan la escena política no confían en una reforma que supere el esquema colonial, al que ellos se aferran como símbolo mágico de su dominio. El problema económico, traído a colación como argumento justificante de la resistencia a la reforma, en todo caso otra consecuencia del atraso cultural, es tan sólo un sofisma argumental, pues nada impide modificar una administración de justicia colapsada por otra que intente emerger de ese estado, con los mismos recursos destinados actualmente al Poder Judicial, mejor aplicados. En todo caso, lo único cierto de ese argumento es la existencia de extensas capas de población afectadas por la pobreza y marginadas de la vida social, clientes habituales del sistema penal, cuyo aparato selector los elige, tanto teórica como prácticamente: se trata de marginar más vigorosamente a los ya marginados.

II. En lo que hace al procedimiento penal, sólo islas han

hecho frente al atraso cultural, aunque, se debe señalar, este enfrentamiento, con ser plausible, sólo es parcial, medido al momento actual, pues representa la recepción del Derecho europeo continental vigente en el siglo XIX. Los problemas modernos, expuestos antes parcialmente, son ignorados por el grueso de la legislación latinoamericana.

Dentro de esas islas se cuenta, desde antiguo, la legislación dominicana, que adoptó el código francés origen de la transformación en la Europa continental en el siglo XIX (1808); pero, lamentablemente, la implementación general adolece de defectos capitales que ya provienen de la propia organización administrativa del Estado. Si a ello se le suma que ya nadie conserva esa legislación, ni siquiera el propio país de origen, que primero la adaptó varias veces, inclusive durante el siglo XIX, y luego la reemplazó en la década de los sesenta, después de la 2a. guerra mundial, a más de que la legislación penal francesa no resultó un modelo conveniente para tomar como ejemplo, ya en el siglo XX, el panorama resulta desolador.

El caso de la República Argentina es curioso. País federal, no fue la legislación del Estado federal la que produjo algún tipo de modificación, rectora del progreso en la materia. Fue, en cambio, la legislación provincial aquella que se ocupó del tema. A partir del famoso Código procesal penal para la Provincia de Córdoba, sancionado por el parlamento provincial en 1939, cuya base está representada, principalmente, por los códigos italianos de 1913 y 1930, los demás provincias argentinas fueron produciendo, paulatinamente, sus propias reformas, que representan, genéricamente hablando, el resultado final de la legislación europeo-continental después de la gran reforma producida en el siglo XIX, tal como apareció a comienzos del siglo XX y siempre antes de la 2a. conflagración mundial. La legislación federal fue, en cambio, el bastión de la resistencia de la legislación colonial, hasta que, hace apenas un mes, entró en vigencia un Código procesal penal, copia del cordobés originario, con modificaciones parciales que no alcanzan a transformar mínimamente el modelo y, en ocasiones, lo perjudican. Tal legislación se adopta en momentos en los cuales la Provincia de origen y la de Tucumán intentan un paso adelante, en todo caso tímido, tomando a su cargo algunos problemas modernos del procedimiento penal.

El Código de Córdoba de 1939 tuvo repercusión en los países hispanoamericanos. Pero sólo Costa Rica decidió adoptarlo (1975), siguiendo el consejo inicial para la confección de un código modelo. Costa Rica tuvo la virtud, derivada de un sincero acercamiento general de sus instituciones a la forma de gobierno republicana, y el

talento necesario para instrumentar su vigencia de manera adecuada, en especial, con un esfuerzo de transformación de su organización judicial casi extraño entre nosotros. La nueva ley no sólo produjo resultados prácticos notables, a la época de su vigencia, sino que, además, continúa produciéndolos actualmente, pues sus jueces y juristas, cualquiera que sean las críticas que merezca el proceso de reforma, continúan preocupados por su sistema penal y por la solución de los problemas modernos que él plantea.

III. En la década anterior da comienzo un movimiento inusual referido a los sistemas penales de los países iberoamericanos. Por primera vez se vincula institucionalmente al sistema penal, en especial a la administración de justicia penal, con el ejercicio democrático del poder estatal. Numerosos institutos académicos o semiacadémicos se ocupan ahora del estudio de este problema y de desarrollar planes de política criminal que involucran la reforma del sistema tradicional. El auxilio económico para países en desarrollo incluye al sistema penal como objeto de ese desarrollo, en especial del desarrollo social, base para su desarrollo económico y cultural.

De otra parte, los gobiernos de los países iberoamericanos parecen haber comprendido, en general, la necesidad de adecuar su funcionamiento institucional a los principios que rigen sus constituciones, en más o en menos respetuosas del Estado de Derecho y de la forma democrática de gobierno. En ese sentido, han aceptado y hasta solicitado la ayuda externa para el desarrollo de este ámbito de relaciones y creado sus propias comisiones internas para intentar desarrollar un modelo de reforma del sistema penal o adaptar aquellos que los esfuerzos académicos o gubernamentales ya han desarrollado. No son ajenas a este movimiento las convenciones universales y regionales sobre derechos humanos, en alguna medida ya operativas y aplicadas por instituciones internacionales, y las asociaciones no gubernamentales que tienen por objeto el cuidado de observancia de estos derechos.

Sin embargo, la situación no es clara, mirando hacia el futuro, y, sobre todo, no se corresponde con el esfuerzo -inclusive el financiero- realizado. Los frutos demoran en madurar y la resistencia política a esos cambios, enquistada en los propios gobiernos de la región y sus organismos encargados de la persecución penal, en el mismo Poder judicial y en las corporaciones de operadores jurídicos, logra paralizar el efecto práctico de los cambios propuestos.

Desde el punto de vista legislativo, el cenit de la reforma es

alcanzado, hasta ahora, por el nuevo CPP de Guatemala, sancionado recientemente. No se trata, sin embargo, del mismo proyecto originario, pues sufrió modificaciones<sup>53</sup>; empero, él era acompañado por modificaciones sustanciales en el Derecho penal material y, después, por un proyecto de nuevo Código penal y ley de ejecución penal, que, hasta el momento, no han sido debatidos parlamentariamente. Indudablemente, en el caso de Guatemala, no se logrará un progreso legislativo palpable en el uso del poder penal del Estado, sin una reforma de sus leyes penales materiales.

Ecuador ha materializado ya un proyecto de nuevo CPP. El Salvador estudia, a través de una Comisión designada al efecto, una reforma total de su sistema penal, con base en la reforma de sus leyes procesales penales. Costa Rica ha creado una comisión que estudia modificaciones parciales a su CPP, relativos a los nuevos problemas que enfrenta el enjuiciamiento penal y la organización judicial, partiendo, como ya lo hemos observado, de un nivel superior, en la materia, al de los demás países. Se conoce que Perú modificó sus leyes operativas en materia penal.<sup>54</sup> Colombia, a raíz de la nueva Constitución, modifica su organización judicial, en especial, según conozco, la ubicación institucional y el funcionamiento del ministerio público, y la manera en que proceden los tribunales de justicia penal, pero no parece que las reformas estén presididas por una idea similar a la del CPP modelo Iberoamérica; acerca de su contenido son precisos estudios más detallados. La Argentina, ínterin, ya casi ha completado, en un ciclo que supera los cincuenta años, la recepción de la antigua legislación de la Provincia de Córdoba, que sirvió de punto de partida para el CPP modelo Iberoamérica, con la sanción y vigencia de su nuevo CPP para la Nación, de deficiente instrumentación práctica y, paradójicamente, de una repercusión nula en su organización judicial; merecen en cambio atención y estudio los nuevos Códigos de la Provincia de Córdoba y de Tucumán, que siguen una línea más moderna y representan mejor al CPP modelo Iberoamérica.

Existen también esfuerzos parciales: en El Salvador, el movimiento reformista ha concebido, en una primera etapa, reformas legislativas parciales, que buscan adecuar mínimamente sus instituciones al Estado democrático de Derecho que se pretende; inclusive allí se realiza esfuerzos para crear un sistema de defensa pública; Bolivia realiza un esfuerzo parcial en este último sentido e intenta transformar al ministerio público penal; a la par, destina muchos esfuerzos a la persecución penal de los delitos referidos a las drogas y sustancias

controladas, esfuerzos que no guardan relación con la reforma del sistema penal, sino, antes bien, con una represión efectiva.

IV. Creo que, como colofón, es preciso advertir que, en líneas generales y sin ingresar en adaptaciones locales menores, se conoce bien tanto lo que sucede en el ámbito de los países iberoamericanos, como los lineamientos de la reforma a introducir. No son mayormente necesarios estudios empíricos evaluativos sobre los resultados del sistema aplicado, pues ellos son bien conocidos.<sup>55</sup> Por lo demás, si bien la reforma resulta necesaria para obtener fines prácticos, lo cierto es que, ya desde el punto de vista puramente especulativo aparece como imprescindible, porque se trata de que el Derecho común se corresponda con los principios democráticos y del Estado de Derecho que orientan las constituciones de los países del continente sudamericano y centroamericano. Tampoco resulta decisivo para la reforma, la mayor o menor posibilidad económica del país que desee el cambio: sistemas de justicia mejores a aquellos que rigen han sido posibles en sociedades menos pudientes que las nuestras e, inclusive, como lo hemos indicado, en países que sufren nuestros mismos problemas económico-financieros. Lo trágico no es, precisamente, aquello que hay que hacer, bien conocido en el mundo de la ciencia jurídica y de la política criminal, sobre todo si se trata de una reforma moderada y no de hacer efectiva una posición radical respecto del sistema penal, sino, por lo contrario, el obtener la decisión política sincera a favor de una reforma de envergadura de aquellos que dictan la política criminal de los países involucrados o tienen influencia en ella. Siempre ha sido más sencillo conservar que transformar.

## CITAS

<sup>1</sup> Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Ed. Otto Schwartz, Göttingen, 1954, Cap. 2º, B, II, ps. 69 y siguientes.

<sup>2</sup> Maier, Julio B.J., *Derecho procesal penal argentino*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, ps. 17 y siguientes.

<sup>3</sup> Cf. Stratenwerth, Günter, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Ed. C.F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, traducida al castellano por Bacigalupo, Enrique y Zugaldía Espinar, Agustín, en *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Instituto de Criminología, Univ. Complutense de Madrid, Madrid, 1980, p. 87.

<sup>4</sup> La afirmación supone cortes diacrónicos, como forma de exponer los períodos históricos según el sistema ampliamente dominante, que desplaza a otros, sólo aplicables, en su caso, por excepción. Si se tratara de cortes sincrónicos quizás podríamos observar cómo, en cualquier período histórico, coexisten, en más o en menos, varios sistemas yuxtapuestos, funcionando a un mismo tiempo, alguno dominante y los demás desplazados a áreas marginales o excepcionales del orden jurídico, o, también, mixturas coordinadas de varios de ellos, producto de compromisos políticos coyunturales.

Hoy en día, inclusive, como herencia del período feudal, coexisten, al lado de los delitos llamados de acción pública, porque son perseguidos directamente por el Estado, los llamados delitos de acción privada y hasta los dependientes de una instancia particular o gubernamental, que suponen un mayor o menor gobierno de la persecución penal y de la pena por voluntad de los ofendidos. También en el Derecho Privado, en el cual la relación se invierte, existen infracciones o reglas de conducta, cuyas consecuencias son realizables públicamente, mediante acción directa de los órganos del Estado, que desplazan y privan de valor a la autonomía de la voluntad de los individuos en conflictos: los impedimentos absolutos para contraer matrimonio y la invalidez del matrimonio contraído con violación de esas reglas, por una parte, y las declaraciones necesarias de incapacidad de las personas y el discernimiento del representante, por la otra, son ejemplos de ello en la mayoría de los órdenes jurídicos.

El sistema de enjuiciamiento penal que rige en los países de Europa continental, después de la reforma integral del siglo XIX, ha sido denominada, con alguna razón, como mixto, pues supone un compromiso que respeta las reglas fundamentales de la inquisición, pero incorpora formas de realización acusatorias (con más propiedad: sistema inquisitivo reformado); hasta en los EE.UU. rige, genéricamente, una mixtura similar, pero de sentido contrario, que modifica el sistema anglosajón tradicional.

<sup>5</sup> No se trata de una casualidad el hecho de que los abolicionistas piensen en una sociedad diferente, casi siempre en una asociación local, de perímetros reducidos (vecindad); cf. Christie, Nils. *Los conflictos como pertenencia*, traducción de *Conflicts as Property*, publicado en "The British Journal of Criminology", vol. 17, nº 1, enero de 1977, por Bovino, Alberto y Guariglia, Fabricio, en *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992 ps. 178 y siguientes.

<sup>6</sup> La pena estatal, en especial la privación de la libertad, centro del sistema, escasamente soporta los embates de la filosofía social y de la sociología, inclusive de

aquella de fuerte contenido fundado en las ciencias empíricas, pues los fines especulativos que se pregona para justificarla o legitimarla, las diversas teorías preventivo especiales o generales, positivas o negativas, sobre los fines de la pena, no consiguen apoyo especulativo o verificación empírica, sino, por lo contrario, la investigación, incluidas la filosófica, la político-social y la criminología empírica las ha negado, antes bien, en puntos esenciales, necesitados de fundamentación o de verificación, para esas teorías. Sobre las teorías preventivas de la pena, fundamentalmente en sentido crítico, conviene estudiar el contenido de la revista "Poder y Control" N° 0, Ed. PPU, Barcelona, 1986: sobre la auto-referencia de la justificación a las decisiones sobre la existencia de las reglas del sistema, Resta, Eligio, *La desmesura de los sistemas penales*, traducción de Bergalli, Roberto, con la colaboración de Siveira Héctor C. y Domínguez, José L., ps. 137 y ss.; sobre los problemas de diverso orden cognoscitivo que encierra la pregunta acerca de la pena estatal y sobre la confusión de planos ontológicos que encierran las respuestas y las críticas a ellas, Ferrajoli, Luigi, *El derecho penal mínimo*, traducción de Bergalli, Roberto, con la colaboración de Silveira, Héctor C. y Domínguez, José L., ps. 25 y ss.; acerca de la disfunción de la teoría - "fantasma teórico" - con la praxis concreta, Paul, Wolf *Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*, ps. 59 y ss.; con un principio de solución, Hassemer, Winfried, *Prevención en el Derecho Penal*, en especial, ps. 110 y ss.; sobre una crítica acerca del sofisma de las teorías que legitiman la pena estatal y, a través de ella, el sistema penal en su conjunto: Baratta, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, traducción de Nogués, Javier, revisada por Bergalli, Roberto, ps. 77 y ss. Más allá de ello, para una visión sintética de la perspectiva abolicionista, Bovino, Alberto, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 261 y ss. La Crisis del Derecho penal y de la pena privativa de libertad, desde un punto de vista más jurídico y tradicional, en Jescheck, Hans-Heinrich, *La crisis de la política criminal*, traducción de Maier, Julio B.J., en "Doctrina penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 45 y ss.

Por lo demás, el Estado-Nación se ve desafiado, por una parte, por movimientos localistas que buscan un retorno a su antigua independencia y, por la otra, por asociaciones supranacionales, reuniones de estados, con menor contenido de poder político centralizado; pero, quizás, el desafío más vigoroso parta de asociaciones privadas, incluso supranacionales, que no necesitan de territorio ni de símbolos para almacenar poder, especialmente económico, o, al menos, el territorio y los símbolos no son un elemento fundamental de ellas, asociaciones que, regularmente, ya no someten -o no necesitan someterse- a la ley estatal y al sistema de justicia estatal para solucionar sus conflictos.

<sup>7</sup> Sobre el desplazamiento de la víctima y del autor, como factores de solución del conflicto social, la expropiación de sus derechos para arribar a una solución concertada, sobre la restitución al *statu quo ante* como forma ideal de solución de los conflictos y sobre el reingreso de la víctima y de estas soluciones al sistema penal, ver los diferentes artículos del libro *De los delitos y de sus víctimas*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992; además, Maier, Julio B. J., *Entre la inquisición y la composición*, en "No hay derecho", Buenos Aires, junio de 1992, año 2, p. 28.

<sup>8</sup> Cf. Gettel, Raymond, *Historia de las ideas políticas*, tr. González García, Teodoro, Ed. Labor, Barcelona, 1930, t. I, VII, ps. 217 y s.; Menéndez Pidal, Ramón, *Idea imperial de Carlos V*, 3a. ed., Ed. Espasa Calpe, Buenos Aires, 1946, p. 20.

<sup>9</sup> Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, t. I, Cap. III, ps. 93 y ss.; Hélie, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, 10a. ed., Ed. Plon, París, 1866, t. 1, Cap. 11, ps. 225 y ss.; Esmein, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Ed. L. Laroce et Forcel, París, 18882, Première partie, Titre deuxième, Cap. 2, ps. 66 y siguientes.

<sup>10</sup> Cf. Maier, Julio B.J., *DPPa*, cit., t. 1b, S 5, D, 4, ps. 65 y siguientes.

<sup>11</sup> Se admite, generalmente, que la Constitución de los EE.UU. de (Norte) América deriva, en gran parte, de las instituciones jurídicas inglesas (cf. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Ed. Estrada, Buenos Aires, 1983, ps. 37 y s.), de las llamadas "Cartas", como, por ej., la Magna Carta del Rey Juan (1215), la *Petición de Derechos* (1626), la ley de *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill de Derechos* (1689). Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que la Constitución de los EE.UU. y sus precedentes, por ej., la Constitución de Virginia, constituyen uno de los dos soportes originarios del Estado de Derecho, en el que desemboca la revolución liberal burguesa de fines del siglo XVIII y siglo XIX.

<sup>12</sup> Cf., por todos, Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal* cit., t. II, ps. 177 y ss.; Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht* (22 a. edición), Ed. Beck, München, 1991 S 12, ps. 61 y siguientes.

<sup>13</sup> Vélez Mariconde, Alfredo, *ibidem*, t. II, ps. 185 y ss.; Roxin, Claus, *ibidem*, S 15, A, ps. 76 y siguientes.

<sup>14</sup> Cf., por todos, con citas de la bibliografía principal, Maier, Julio B.J., *DPPa* cit., t. 1b, S 6, ps. 233 y ss.; ver también S 8, D, ps. 562 y siguientes.

<sup>15</sup> Sobre ello, en el mismo sentido, también *ibidem*, S 7, ps. 473 y siguientes.

<sup>16</sup> Otro ejemplo de ese impulso inicial frustrado es Guatemala: sigue rigiéndose hoy por estatutos penales que tienen su origen en la inquisición española, hoy, por supuesto, sin vigencia en la península desde hace más de cien años (Ley de enjuiciamiento penal de 1882, que, en España, produjo la transformación del siglo XIX en el área de los procedimientos penales y puso fin a la inquisición), a pesar del movimiento liberal que encabezó la obra del Dr. Mariano Gálvez en el siglo pasado, gobernante que llegó a sancionar y tener como vigentes los -así llamados- célebres Códigos Livingston para el Estado de Lousiana, modelos de transformación liberal del siglo pasado (en el transcurso de este relato Guatemala sancionó un nuevo CPP que varía fundamentalmente el sistema de enjuiciamiento penal).

<sup>17</sup> En especial, hoy, Portugal, con código moderno de procedimientos penales, de 1988.

<sup>18</sup> Ejemplo de ello: los nuevos códigos procesales penales de Portugal (cit. nota anterior) y de Italia (1989), y las sucesivas reformas de importancia que ha soportado la Ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania durante el siglo XX y, también, en los últimos años (una muestra de ello: cf. Maier, Julio B.J., *La ordenanza procesal penal alemana*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978/1-1982 y Gómez Colomer, *El proceso penal alemán*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, textos traducidos sucesivamente, que han resultado antiguos en escasos años). España, lamentablemente

*para nosotros, pues siempre tenemos más a mano su producción jurídica, no sigue ese proceso de modernización.*

<sup>19</sup> *En la provincia de Córdoba, República Argentina rige, desde el año 1940, un Código procesal penal que intentó, con cierto éxito, desarrollar un sistema de enjuiciamiento penal ajustado a la reforma europea del siglo XIX. El Código se vincula a la tradición académica de la ciudad capital de esa provincia: sus autores fueron los profesores universitarios Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, bien conocidos por su obra en los países de habla hispana, ambos ya fallecidos. A partir de allí, se generó en toda la Rep. Argentina un lento pero sostenido movimiento de recepción de esa legislación por las demás provincias, que acaba de culminar con la sanción de un Código federal, también copia del código cordobés histórico. El Código cordobés tuvo como fuente de origen principal a los Códigos italianos de 1913 y 1930, el primero por raíz democrática y el segundo por su técnica legislativa depurada, pero también influyeron de manera importante la Ley de enjuiciamiento penal española d 1882, el Código de instrucción criminal francés de 1808 y la Ordenanza procesal penal alemana de 1877, todos ya reformados por ese entonces; registran alguna influencia otros códigos europeos y cierta legislación nacional. Su procedencia académica y erudita se reconoce inmediatamente porque, aunque no formen parte del articulado prescriptivo, el Código fue sancionado con notas al pie, que indican las fuentes de origen de las reglas.*

*Ese código tuvo repercusión internacional, no sólo académica, en el sentido de los elogios que, especialmente, le brindara Don Niceto Alcalá Zamora, erigiéndolo en el modelo iberoamericano, del cual fue, a la postre, su punto de partida, sino, también, en la legislación positiva de la República de Costa Rica, que transformó su enjuiciamiento penal drásticamente con un Código, hoy vigente aún, que lo tiene por fuente. Costa Rica, inclusive, llevó a cabo un gran esfuerzo de adaptación de sus instituciones a las nuevas reglas sobre el enjuiciamiento penal, que abarca también, el sistema penal en general (Derecho penal y ejecución penal) y su organización judicial, bastante deficiente en los acompañamientos del código cordobés.*

*Cualesquiera que sean las críticas que hoy puedan ser dirigidas contra esos códigos, cuyo nacimiento ya supera el medio siglo, pero que proceden de un siglo atrás, lo cierto es que ellos modificaron sustancialmente las rutinas y formas de comportamiento de los operadores judiciales, en un sentido que tolera la comparación con los sistemas de países adelantados (como muestra, cf. mi Ordenanza procesal penal alemán cit., una comparación jurídica entre ese sistema y el alemán).*

*Se debe decir, también, que ha existido siempre, en el continente de habla hispana y lusitana, cierta conciencia acerca del atraso y de la falta de correlación entre el sistema penal y las instituciones constitucionales, aun sin referirnos al momento actual. Pero la mayoría de los países no ha conseguido quebrar la rutina histórica. El Salvador, por ejemplo, conoce desde hace tiempo el jurado, que debió haber conducido a un juicio real ante ese tribunal; sin embargo, por una parte, no consiguió quebrar el procedimiento por encuestas escritas y secretas que, según rutina, son leídas sintéticamente a los jurados para que emitan su veredicto y, por la otra, ha ido reduciendo, paulatina pero intensamente, las causas de competencia de ese tribunal. Bolivia tuvo también su reforma, en la cual el código cordobés jugó un*

gran papel académico, pero, también, un papel práctico nulo. Ecuador conoce el juicio público, pero el sistema penal ordinario transita por otra vía. Perú, en fecha reciente, ha transformado su ordenamiento procesal: desconocemos su efecto.

Los códigos emergentes del código cordobés histórico han quedado atrasados, respecto del movimiento político universal en materia penal. Representan el estado de la cuestión al finalizar el siglo XIX. Tanto es así que la misma Provincia de Córdoba, y, siguiendo sus pasos, la de Tucumán, en la Rep. Argentina, han sancionado nuevos códigos que, en alguna medida, han receptado problemas actuales del enjuiciamiento penal, modificando plausiblemente el modelo histórico.

<sup>20</sup> Cf., para la Rep. Argentina, Proyecto de Código procesal penal de la Nación, Exposición de motivos, I, 3, en "Doctrina penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 654 y siguiente.

<sup>21</sup> Declaración universal de derechos humanos, O.N.U. (10.12 - 1948), Art. 10; Pacto internacional de derechos civiles y políticos, O.N.U. (16.12.1966), Art. 14, N° 1; Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, IX Cont. Int. Americana (1948), Art. 26, II; Convención americana sobre derechos humanos, O.E.A. (22.11.- 1969), Art. 8 N° 5.

<sup>22</sup> Es por ello que la Constitución argentina, que abrevó en esa fuente, torna imperativo el juicio por jurados, en tres reglas constitucionales referidas a los derechos o garantías del ciudadano (art. 24), a la obligación del Congreso de la Nación de regularlo y organizarlo para todo el país (art. 67, inc. 11), y a las bases de la organización judicial en materia penal (art. 102), con lo cual, en tres palabras, definió el "juicio justo" que ella concebía. Con ello no hizo otra cosa que seguir el movimiento reformista del siglo XIX en Europa continental, proveniente de la ideología iluminista, que, en la materia, pregonaba sobre la base del espejo de las instituciones británicas (Cf. v. Feuerbach, Anselm, Ueber die Gerichtsverfassung und die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Ed. G.F. Henner, Giesen, 1825, ps. 405 y ss.).

También resulta paradigmático del desajuste entre sistema operativo y sistema institucional, el hecho de que el parlamento federal de la Rep. Argentina no haya podido -por no decir, "querido"-, en casi 150 años, cumplir el mandato institucional, y el hecho de que sus jueces y juristas no sólo no reaccionaran frente al incumplimiento, sino, antes bien, que reaccionen todavía hoy con estupor, casi incrédulos acerca de lo que pasa, buscando argumentos sofisticados y, en todo caso, conservadores, cuando algún proyecto, tímidamente, pretende cumplir con ese mandato. La rutina del autoritarismo genera lealtades insospechadas.

<sup>23</sup> Ver nota N° 6

<sup>24</sup> Cf. Maier, Julio B.J. Entre la inquisición y la composición, en "No hay Derecho", año 2, N° 6, Buenos Aires, 1992, p. 28; y los artículos publicados en el libro De los delitos y de las víctimas. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

<sup>25</sup> Así, Eser, Albin, Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal (Tendencias nacionales e internacionales), traducción de Guariglia, Fabricio y Córdoba, Fernando J., en De los delitos y de las víctimas, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 51.

<sup>26</sup> *Ibidem.* V. Armenta Deu, Teresa, *ob.cit.* nota 27.

<sup>27</sup> *Sobre el principio de legalidad de la persecución penal; González, Daniel, La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense, Col. de Abogados, San José, 1986; en su contraste con el principio opuesto (oportunidad), Armenta Deu, Teresa, Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Ed. PPU, Barcelona, 1991; exposiciones generales: Vélez Mariconde, Alfredo, DPP cit., t.II, ps. 180 y ss.; Maier, Julio B.J., DPPa cit., t. 1b, ps. 548 y siguientes.*

<sup>28</sup> *Ejemplos en el CPP modelo Iberoamérica, art. 230, nota.*

<sup>29</sup> *Ejemplo del contexto regulatorio penal y procesal penal; CPP Modelo Iberoamérica, art. 281 y siguientes.*

<sup>30</sup> *Ver CPP modelo iberoamérica, arts. 371 y ss., "Procedimiento abreviado"; CPP Italia (1989), arts. 448 y ss., 444 y ss., 459 y ss.; CPP Portugal, arts. 392 y ss. El nuevo CPP Italia, arts. 444 y ss., permite, inclusive, a semejanza del plea guilty (declaración de culpabilidad que evita el juicio y el veredicto de los jurados), de origen norteamericano, el llamado pateggiamento sulla pena, acuerdo entre acusador y acusado que permite, directamente, con la aquiescencia del tribunal, determinar la pena sin juicio (v. art. 448)*

<sup>31</sup> *No es cierto que el movimiento a favor de la víctima constituya, necesariamente -menos aún en las postulaciones concretas que ha producido-, una reacción contra una década de política criminal dirigida unilateralmente hacia el autor (opinión de Hirsch, Hans-Joachim, Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, p. 699 y ss. [trad. castellana de Maier Julio B.J. y Pastor, Daniel, Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, en De los delitos y de las víctimas cit., ps. 94 y ss.]).*

*Para constatar la réplica a esta afirmación, Maier, Julio B.J., La víctima y el sistema penal, en De los delitos y las víctimas cit., ps. 205 y s., con cita de los autores que, en el ámbito jurídico propio del autor antes citado, presentan otra opinión.*

<sup>32</sup> *Los códigos penales, inclusive los decimonónicos, conceden ya a la autonomía de la voluntad del ofendido o del autor sentido desincriminador. No me refiero, precisamente, sólo a los delitos de acción o de instancia privada, en los cuales la voluntad del ofendido juega un papel preponderante, ya para evitar la persecución penal, ya para prescindir de la pena, inclusive en delitos graves como la violación y demás ataques a la libertad sexual o a la honestidad de la víctima, sino, antes bien, al juego de la voluntad en los delitos de acción pública: no es raro que la oblación voluntaria de la multa máxima inhibe la persecución penal; tampoco es raro que el casamiento con la ofendida -acto para el cual es imprescindible el consenso -inhiba, como excusa absolutoria ex post facto, la persecución penal y la pena en delitos graves, como las ofensas a la libertad sexual; la retratación, como reparación de la ofensa en los delitos contra el honor, cumple el mismo papel.*

*Los códigos penales modernos suelen comprender mayores concesiones a la voluntad privada en el sentido expresado. Como ejemplo basta el CP austríaco, s 167, que extiende el valor del desistimiento del autor, expresado en un compromiso reparatorio formal con la víctima (arrepentimiento activo), una época posterior a la consumación del delito (ya el desistimiento no sólo es posible, como se lo concebía tradicionalmente, durante la tentativa, acabada o inacabada, sino que incluye el*

hecho consumado). Regularmente esos Códigos, o las leyes procesales penales encargadas de su realización práctica, han abandonado parcialmente el principio de legalidad estricto (obligatoriedad de la persecución penal estatal), mediante el ingreso de muchos y variados criterios de oportunidad (ver OPP Rep. Federal de Alemania, SS 153 y ss.). La reparación integral, natural o simbólica, sirve también, en el marco de la finalidad preventivo especial de la pena (acto principal de arrepentimiento activo del autor) y de su determinación concreta, para prescindir de ella o para disminuirla considerablemente (Cf. Roxin, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Ed. Beck, München, 1922, S3. III, p. 47). V., también, el nuevo CPP Portugal, arts. 280 y ss., en especial, art. 281.

<sup>33</sup> Cf., por todos, Roxin, Claus, Strafrecht AT cit., S 2, XI, ps. 17 y s.; conviene la lectura de todo el parágrafo, ps. 7 y ss., y, también, del S 1, II, ps. 2 y siguientes.

<sup>34</sup> Cf., para una mejor definición de estos problemas, Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho procesal penal cit., t. I, 2a. parte, Cap. IX, ps. 369 y ss.; y Maier, Julio B J., La investigación penal preparatoria del ministerio público, S 2, ps. 13 y siguientes.

<sup>35</sup> Es en este último sentido que se pregona que el proceso penal es el termómetro o el barómetro de los elementos autoritarios o democráticos que contiene la Constitución del Estado (cf. Goldschmidt, James, Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1961, t. II, S 4, N° 30, p. 109; Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht cit., S 2, A, p. 8), al tiempo que se indica como una de sus funciones la de reformular el Derecho constitucional referido a la utilización del poder penal, suponiendo correctamente, aunque con desconocimiento de la realidad iberoamericana, que cumple, efectivamente, esa tarea.

Sobre la verdad como finalidad del procedimiento penal, ideal múltiplemente condicionado y redefinido por el Derecho penal y procesal penal, Maier, Julio B J., DPPa cit., S 8, D, ps. 562 y siguientes.

<sup>36</sup> Para darse cuenta de ello basta comparar los arts. 391 y 192 del CPP Nación (Argentina), en vigor desde hace un mes, que prevé el juicio público y una instrucción a cargo de un juez, con el art. 300 del Proyecto federal argentino de 1986, que no obtuvo sanción legislativa, también devoto del juicio público, pero instaurador de un método de investigación distinto (procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, desformalizado y bajo el control de los jueces, cuando algún acto requiera autorización o se pretendía que tuviera valor para el debate y la sentencia).

<sup>37</sup> De allí a la tergiversación total del juicio público, según sucede en algunos países o regiones iberoamericanas, transformándolo, de ordinario, en una lectura de actas escritas durante el procedimiento preliminar, inclusive ante un jurado (¿?, por ej.: El Salvador), hay sólo un paso, aspecto que le ha valido a este tipo de enjuiciamiento la crítica justa, inclusive de quienes lo defienden: cf. Niño, Luis, Perfil y rol del juez de debate, ponencia presentada al "Encuentro nacional sobre juicio oral", Ministerio de Justicia de la Nación, Argentina, Buenos Aires, 1992; Fernández Entralgo, J., El gran miedo, en "Jueces para la democracia" cit., dic. 1988, p. 7.

<sup>38</sup> Cf. CPP Italia (1989), arts. 326 y ss.; CPP Portugal (1988), arts. 262 y ss.; la OPP de la Rep. Fed. de Alemania, ya había abandonado la instrucción presidida por un juez de instrucción, completamente desde 1974 (l. StVRG: Primera ley para la reforma del Derecho procesal penal del 9.12.1974); en el sistema anglosajón nunca

existió esa vía.

<sup>39</sup> Así regulado en el CPP modelo para Iberoamérica, arts. 250 y ss. Hoy el CPP Guatemala, de reciente sanción, ha adoptado el método. Parcialmente, también, el CPP Costa Rica; en este país se estudia una adaptación de su Código al CPP modelo Iberoamérica. En Argentina: los códigos de las provincias de Córdoba y Tucumán, también de reciente sanción, siguen el modelo para Iberoamérica; parcialmente, también, el CPP Mendoza, Provincia que estudia una reforma similar a la Córdoba y Tucumán. El proyecto para Ecuador sigue, en este tema, el modelo iberoamericano y, aunque no tengo su texto, ha llegado a mi conocimiento que el CPP Perú seguirá el mismo rumbo. El Salvador ha creado una comisión que estudia la transformación de su sistema de administración de justicia penal y, en su seno, discute aun quien será el órgano encargado de la instrucción preliminar: parece existir un consenso mayoritario a favor de la solución del modelo iberoamericano. Brasil sólo procede, desde antaño, por la vía de la investigación fiscal preparatoria; no conoce el método de la instrucción formal, ni el oficio de juez de instrucción.

<sup>40</sup> En otros códigos: **audiencia preliminar** (cf. CPP Italia, arts. 405 y ss., 416 y ss.)

<sup>41</sup> Ver nota al pie N° 27.

<sup>42</sup> Es clásico, para el Derecho anglosajón, la institución, para este período, del Gran Jurado.

<sup>43</sup> Acerca del punto pronunció sentencia el Tribunal Constitucional de España, en dos casos, presentados por los mismos jueces que debían tramitarlos, que fueron acumulados, declarando, en definitiva, la inconstitucionalidad y nulidad de la ley orgánica 10/1980, en su parte pertinente (art. 2, párr. 2°, referido al procedimiento de urgencia), que permitía que un mismo juez realizara diligencias instructorias y presidiera el debate: cf. sobre ello el artículo de Fernández Entralgo, Jesús (uno de los jueces que planteó la cuestión), La posible inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional, en "Jueces para la democracia", Ed. Unigraf, Madrid, octubre 1987, ps. 19 y ss.; y las sentencias De Cubber (1984), Delcourt (1970) y Piersack (1982), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que contienen pronunciamientos en el mismo sentido, para casos similares, detectando la quiebra de uno de los derechos humanos de la Convención Europea, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial (art. 6, párr. 1), y procediendo en consecuencia.

<sup>44</sup> Cf. Maier, Julio B.J., La víctima y el sistema penal, en De los delitos y de las víctimas cit., N° 3, ps. 214 y ss., con los diferentes problemas relativos a la intervención de la víctima en el procedimiento común y su definición.

En el Proyecto para Guatemala, sancionado recientemente como CPP de esa República, esos problemas tenían mayor definición que en el CPP modelo Iberoamérica.

<sup>45</sup> Cf. Soler, Sebastián, que adelanta esa idea en La formulación actual del principio "nullum crimen", en Fe en el Derecho, Ed. T.E.A., Buenos Aires, 1956, ps. 277 y siguientes.

<sup>46</sup> Cf. Bustos Ramírez, Juan, Medición de la pena y proceso penal, en Hacia una nueva justicia penal, Symposium sobre la transformación de la administración de justicia penal, Boletín Oficial, Buenos Aires, 1989, t. 1, ps. 319 y ss.; Maier, Julio B.J., La censura del juicio penal, en "Doctrina penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984,

ps. 235 y ss. y bibliografía allí citada.

<sup>47</sup> Acerca de los antecedentes y de propuestas concretas tanto en el ámbito del Derecho penal material, como en el procedimiento penal versó el seminario de este año del Departamento de Derecho penal y criminología que yo dirigí. Dos trabajos, aún inéditos, que esperamos poder publicar, no sólo proporcionan información sobre el tema, sino que, además, proponen soluciones concretas para él: Magariños, Mario, Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena; Bertoni Andrés, La cesura del juicio penal.

<sup>48</sup> La compatibilidad del recurso de casación con la regla de las convenciones de derechos humanos (Conv. americana, art. 8, N° 2, h) que prevé la obligatoriedad de un recurso contra la sentencia condenatoria en Maier, Julio B.J., DPPa cit., § 7, D, ps. 510 y siguientes.

<sup>49</sup> Hasta qué punto ello es así puede mostrarlo, como ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español (v. nota 43): al juez que lleva a cabo o autoriza medidas de investigación o preliminares y aquél que interviene durante el juicio es intolerable, provocó toda una reforma del procedimiento de urgencia y, también, de la organización judicial española que se vincula con este tipo de procedimiento abreviado.

<sup>50</sup> Cf. sobre ello, Montequier, Del espíritu de las leyes, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1942, Libro VI, Cap. IV y 5, ps. 117 y ss., delitti y delle pene, en Opere, Ed. Mediobanca, Milán, 1984, § XIV, ps. 58 y s.; Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3ª edición, Ed. Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1967, §§290 a 293, ps. 332 y ss.; Carrara, Francesco, Programa del curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, trad. de la 11a. edición italiana por Soler, Sebastián, Gavier, Ernesto R. y Núñez, Ricardo C., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, t. 2, ps. 139 y ss., y §§ 916 y ss., ps. 305 y ss.; sobre la institución, su historia y sus posibilidades, Soriano, Ramón, El nuevo jurado español, Ed. Ariel, Barcelona 1985; Caballero, Ricardo J., Hendler, Edmundo S., Justicia y participación, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1988.

<sup>51</sup> Un profesor inglés, Lord Gareth Williams, que visitó hace escasos días Buenos Aires, contestó a las réplicas vernáculas acerca del jurado, ininteligibles para él (había leído tres artículos de la Constitución argentina que imponían esta forma de juzgamiento: el juicio por jurados), que él no podía imaginar un Estado autoritario cuyo sistema judicial incluyera a los jurados, y que no conocía, históricamente, una forma de gobierno autorocrática en presencia de tribunales integrados por jurados; parecía que, para él, esta institución era no sólo una de las bases, sino, antes bien, el primer fundamento de aquello que los ingleses deonominan democracia: el derecho a ser juzgado por un juzgado por un jurado de vecinos y no por funcionarios estatales. Recuerdo que el Profesor alemán, Dr. Albin Eser, expresó algo similar respecto de la justicia penal, concurso de ciudadanos sin el cual era escasamente concebible la idea de justicia correspondiente a un Estado democrático.

<sup>52</sup> Cf. Guariglia, Francisco, El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal, en "Jurisprudencia Argentina", Ed. Jur. Arg. s. a., Buenos Aires, 1992, N° 5777 (20.5.1992), ps. 4 y siguientes.

<sup>53</sup> Desconozco las modificaciones introducidas, aunque conozco que se dio de

*baja la participación de ciudadanos en los tribunales penales y que la organización judicial propuesta no tuvo eco. Hasta lo que conozco, la estructura general del proyecto fue respetada.*

<sup>54</sup> *No he podido enterarme del alcance de esta reforma, ni conozco sus textos, de manera que me es imposible ubicar esta reforma, valorar el resultado o avisar su futuro. Sin embargo, el opúsculo Poder judicial en el Perú: crisis y alternativas, debido al Instituto Justicia y cambio, formado por funcionarios judiciales del Perú (1989), publicado en "Jueces para la democracia", Unigraf, Madrid, setiembre de 1990, N° 10, ps. 75 y ss., erradica la idea de que algo ha cambiado y conduce a pensar en que la noticia es tan sólo un espejismo o un simple error de información.*

<sup>55</sup> *Como ejemplo, puede leerse, Carranza, Elías-Houed, Mario Mora, Luid Paulino-Zaffaroni, Eugenio Raúl, El preso sin condena en América Latina y el Caribe, I.L.A.N.U.D., San José, Costa Rica, 1983; Garita Vilchez, Ana Isabel, La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno, I.L.A.N.U.D., San José, Costa Rica, 1991; El ministerio público en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno, I.L.A.N.U.D., San José, Costa Rica, 1991.*

# CRISIS Y TRANSFORMACION DE LA JUSTICIA PENAL EN LATINOAMERICA

## Alberto M. Binder

### I. INTRODUCCION

#### A. ¿CRISIS?

Existe, dentro del ámbito de la justicia Penal, una extendida sensación de crisis, como resultado de factores cuyo examen en profundidad resultaría largo y aun tedioso. Entre ellos se cuentan el fin de la década de las dictaduras, el advenimiento de la democracia, nuevas formas de cultura política, una mayor sensibilidad internacional frente a las violaciones a los derechos humanos, el abandono de una concepción puramente economicista de la idea de mercado, la aparición del concepto de "desarrollo institucional", la presión social de todos aquellos sectores castigados por el terrorismo de Estado, la escasez generalizada de recursos -más dramática aún en el campo de la Administración de Justicia, la falta de modelos de Universidad. En síntesis, una multiplicidad de factores que parecieran ser indicadores inequívocos de una crisis de la Administración de Justicia.<sup>1</sup>

Sin embargo, toda reflexión sobre la pervivencia del sistema inquisitivo a lo largo de los siglos nos impone una cierta cautela a la hora de analizar la extensión y la profundidad de la crisis judicial. No

es posible olvidar que el sistema inquisitivo sobrevivió a la Revolución Francesa pese a que, como dijo Foucault, ésta fue también, en cierto modo, una revolución judicial. Sobrevivió el sistema inquisitivo a las críticas más agudas de pensadores de la talla de Jeremías Bentham o Montesquieu y, sobre todo, sobrevivió al gigantesco esfuerzo de la generación de la independencia, que tanto anhelaba ésta como el establecimiento de formas republicanas de convivencia, entre las cuales siempre tuvo un lugar preferente la Administración de Justicia Penal.<sup>2</sup>

Por ello, el primer problema consiste en determinar si efectivamente la Justicia se halla en crisis y de qué crisis se trata.

La primera advertencia que estimo necesaria tiene un tono casi admonitorio: no se debe creer que, por el mero hecho de que existe una "fraseología de crisis" o, incluso, una cierta "cultura de la crisis judicial", ello significa que efectivamente el sistema judicial ha entrado en crisis; al contrario, puede ser la mejor estrategia de supervivencia; en la naturaleza son muy numerosos los casos de animales inteligentes que se fingen heridos y aún muertos ...precisamente para conservar la vida.

El punto no es trivial ya que, si no se reconoce un estado de crisis, difícilmente podrá darse un cambio; en otras palabras, si se quiere cambiar la Justicia será necesario en primer lugar que ella, natural o planificadamente, entre en crisis; finalmente, la profundidad del cambio estará en función de la profundidad de la crisis.

Es importante, pues, determinar en primer lugar si existen algunos indicadores de esa crisis. La determinación precisa de la existencia, el lugar o el nivel en que se ha instalado esa crisis es precisamente una tarea de evaluación que, pese a los innumerables diagnósticos realizados en Latinoamérica sobre la Justicia Penal, no se ha profundizado aún.

Para ello es necesario tener en cuenta tanto los indicadores externos como internos. Unos y otros son importantes a la hora de definir y comprender la situación presente.

Sin embargo, en este punto es necesario realizar una nueva aclaración: no se debe confundir la "crisis de la Administración de Justicia" con la insatisfacción interna de sus miembros. Si caemos en esta confusión probablemente llegaremos a la conclusión de que, en realidad, no existe crisis alguna dentro de la Administración de Justicia, ya que internamente, salvo excepciones más o menos amplias, no existe en los jueces un sentimiento de crisis o de cuestionamiento acerca de la Administración de Justicia. Según el país de que se trate,

los jueces estarán más o menos conformes con sus sistemas judiciales y en gran medida esa conformidad o inconformidad dependerá de su nivel salarial, de las facilidades materiales con que cuenten, de la carga de trabajo que pese sobre cada uno, del prestigio social proporcionado por su puesto, etc. Sin embargo, como se ha dicho, es raro encontrar en los sectores profesionales de la Administración de Justicia, un sentimiento de crisis **fundado en su mal funcionamiento.**<sup>3</sup>

Por eso, el punto desde el cual se debe analizar si la Justicia está en crisis es **la perspectiva de las exigencias del Estado social y democrático de Derecho y la perspectiva del protagonismo social del sistema judicial.**

El primer parámetro -el de las exigencias que la Democracia plantea a la Administración de Justicia- no resulta de la mera confrontación de la realidad con un cierto programa político, sino también -y principalmente- de la comparación entre la realidad -tanto normativa de segundo nivel como social- con el **programa constitucional.**<sup>4</sup>

El segundo aspecto a analizar -el protagonismo social del sistema judicial- se relaciona directamente con la importancia que los otros poderes le otorgan a la Administración de Justicia, con la percepción social de la Justicia y con su propia vocación de poder.<sup>5</sup>

Si analizamos el estado de la Justicia Penal desde la perspectiva de las exigencias de una sociedad democrática basada en la legalidad, podemos detectar dos campos de análisis. En primer lugar, **el cumplimiento judicial de las garantías básicas**, previstas en las Constituciones y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. En segundo lugar, **la eficacia en la investigación de los delitos.**

Observemos el cumplimiento de las grandes garantías judiciales, pensadas como grandes "escudos protectores" de los ciudadanos frente al posible abuso del poder Penal y su uso arbitrario:

a) La primera y más importante de las garantías es la de **juicio previo**; a tal punto que, si ella desaparece, desaparecen con ella prácticamente las restantes garantías. **¿Qué es lo que ha sucedido en Latinoamérica con la garantía del juicio previo?** En la mayoría de los países se ha confundido este "juicio previo" con el simple trámite de un expediente, con una acumulación de papeles que no permite discusión alguna, que no da lugar a la inmediatez, donde la prueba ya está preconstituida en el sumario, donde el juez prácticamente no conoce a los sujetos procesales. En fin, se ha confundido "juicio" con un simple trámite administrativo, similar a cualquiera de los ruinosos expedientes que se forman en las innumerables oficinas burocráticas.<sup>6</sup>

b) Pero no alcanza, según la lógica garantista, con que exista simplemente un juicio, sino que ese juicio debe ser realizado por un juez, independiente e imparcial, y de un modo público. Una vez más, si observamos atentamente la realidad, veremos que no suele existir publicidad alguna y que, en muchísimos casos, el papel del juez previsto por la Constitución es desempeñado por un simple empleado -en el mejor de los casos un estudiante de Derecho- que dicta resoluciones, toma declaraciones, prepara proyectos de sentencias, atiende al público, en fin, realiza el trabajo sustancial, mientras los jueces emplean la mayor y mejor parte de su tiempo en firmar una infinidad de papeles inútiles y resoluciones de mero trámite (certificados, perdidos de fotocopias, traslados, vistas, etc)<sup>7</sup>. Por otra parte, si nos atenemos al criterio que da fundamento al principio de publicidad de los juicios -permitir el control ciudadano<sup>8</sup>- es evidente que no existe ningún tipo de control; al contrario, el ciudadano le teme a la Administración de Justicia, la considera un lugar extraño y peligroso, donde se emplean palabras raras y donde se juega el destino de las personas sin que ellas terminen de comprender quién ha tomado en verdad las decisiones.<sup>9</sup>

c) Algo similar ocurre con el **principio de Inocencia**, principio básico reconocido por todas las constituciones después de una larga historia de arbitrariedad por parte de los jueces. El principio de inocencia no es respetado en la práctica por nuestros sistemas judiciales. No sólo por el hecho -que cualquier abogado conoce- de que, una vez iniciado un sumario, el imputado deberá tratar pacientemente de destruir las innúmerables presunciones de culpabilidad que de hecho -y muchas veces también de derecho- existen así como los prejuicios que surgen de la propia rutina. Además, la cantidad de presos a la espera de juicio (cuyo porcentaje oscila en Latinoamérica entre un 60% y hasta un 95% de la población carcelaria) demuestra que el **verdadero ejercicio del poder penal** se encuentra en el dictado de la prisión preventiva y no en la sentencia de condena.<sup>10</sup>

d) Finalmente, debemos tomar conciencia de que **el derecho de defensa** tampoco es respetado en nuestros procesos como es debido. En primer lugar, porque un porcentaje altísimo de imputados no puede costearse un defensor particular y todavía no se ha desarrollado en Latinoamérica un adecuado sistema de defensa pública, que pueda satisfacer las necesidades de una abrumadora cantidad de imputados pobres; también, porque el Proceso Penal, en general, es reacio a admitir la función del Defensor y se le regatea información, se abusa del

secreto, no se le brinda apoyo para preparar la defensa, etc.<sup>11</sup>

Y si no existe el juicio previo, ni hay verdadera publicidad, el principio de inocencia es una quimera -porque la verdadera pena es la prisión preventiva- en innumerables casos no existe una verdadera defensa, los que actúan como jueces son en realidad empleados que hacen las veces de tales, etc.- ¿No es lícito, pues, preguntarnos si esto es una verdadera "Administración de Justicia"?

Nos hemos acostumbrado a considerarla de ese modo, pero el más mínimo análisis o confrontación con el programa constitucional nos demuestra que ese trámite al que llamamos pomposamente "Proceso Penal", nada tiene que ver con el Proceso Penal que desde la tradición liberal de principios de siglo pasado han pensado nuestros consituyentes.<sup>12</sup> El "Proceso Penal" que consiste en un expediente más o menos decoroso, en una acumulación de hojas gastadas que difícilmente alguien lea detenidamente, no es más que eso: un expediente, un conjunto de hojas, cosidas o engrapadas.

Analicemos ahora el Proceso Penal desde la otra perspectiva: su capacidad para llevar a cabo auténticas investigaciones, con los verdaderos instrumentos de la Democracia y el Estado de Derecho. Desde esta perspectiva, observaremos lo siguiente:

a) Que, desde un punto de vista **formal**, el sistema de Justicia Penal **sólo tiene capacidad para intervenir en los casos de delincuencia tradicional** (homicidios, hurtos, robos, algunas estafas), pero carece de una capacidad real para investigar los casos de mayor complejidad ("delincuencia de cuello blanco", corrupción estatal, etc).

b) Que, desde un punto de vista **sustancial**, el sistema de Justicia Penal **no tiene en realidad ninguna capacidad de investigación**, ya que sólo la Policía es, en los hechos, la que investiga y los tribunales se dedican, en el mejor de los casos, a ratificar los resultados alcanzados por la investigación policial. (Y esto, en algunos países; en otros, sólo los sectores de inteligencia de las Fuerzas Armadas cuentan con capacidad real de investigación.) Por eso, hablar de un "**Juez Instructor**" no implica solamente referirse a un problema de un sistema que no funciona... sino también una hipocresía.

c) Que, a pesar de lo que dicen las leyes, los sistemas procesales se caracterizan por un alto grado de selectividad irracional de los casos. En consecuencia muchos casos, en especial durante la etapa instructoria, "se quedan en el camino". Y esto no ocurre no de un modo

transparente y planificado (principio de oportunidad, "plea bargaining", "probation", etc.), sino por medio de mecanismos oscuros, irracionales e incontrolables. La experiencia demuestra que son precisamente esos mecanismos los que contribuyen a que las investigaciones complejas queden archivadas mientras "avanzan" los casos más sencillos.<sup>13</sup>

Esto demuestra que en este campo existe un gran dilema. Una democracia debe hacer frente al problema de la criminalidad con las armas de la democracia. Pero nuestros sistemas procesales no tienen esa capacidad porque han funcionado (o han sido pensados) como sistemas "perezosos", acostumbrados a utilizar la confesión del imputado como el mejor y más fácilmente disponible de los elementos de prueba. Por ello el proceso Penal, antes que encarrilar una verdadera investigación, se preocupa por ser lo suficientemente laberíntico como para tenderle "trampas" al imputado y que éste, de un modo u otro, termine confesando su delito. Ya no se trata de que existan "torturas" dentro del proceso, sino de que éste, comprendido como un todo, actúa bajo la misma lógica de la tortura.<sup>14</sup>

No hay juicio, no hay defensa, no hay investigación, no hay publicidad, no hay principio de inocencia, los empleados hacen de jueces, en fin: ¿de qué "Justicia Penal" estamos hablando?

Resulta interesante relacionar esta conclusión con la segunda perspectiva que habíamos señalado en el presente ensayo: la falta de protagonismo de la Justicia, la falta de credibilidad de la Justicia Penal no son sino una manifestación de su propia estructura burocrática. ¿Quién puede creer en una Justicia Penal que emplea palabras incomprensibles, que no toma en cuenta la Constitución, que no se interesa por las personas, que hace actuar como jueces a quienes no lo son? ¿No ha sido la percepción social, en este campo, mucho más ajustada y certera que la percepción de los juristas? ¿No nos hemos acostumbrado nosotros mismos, los abogados, a considerar como "asuntos normales" aquello que representa una escandalosa violación de las normas previstas en la Constitución Política?<sup>15</sup>

Sin embargo, cuando hablamos de crisis de la Justicia estamos hablando también de la profundidad de este fenómeno. La Administración de Justicia es burocrática, está sobrecargada de trabajo, carece de poder de investigación, no respeta las garantías ciudadanas previstas en la Constitución Nacional, no atiende a las personas, es lenta y formalista, está alejada de los ciudadanos y carece de prestigio social. Todos estos atributos son, en mi opinión, elementos de la crisis.

Pero todavía falta comprender algo más importante aún: la

crisis de la Administración de Justicia es un problema relacionado con la configuración del Poder Judicial y con la ubicación institucional de la Justicia, que se manifiesta -por ahora con mayor intensidad- en el campo de la Justicia Penal, pero que abarca todos los ámbitos de la Administración de Justicia.

## B. ¿TRANSFORMACION?

El problema de la crisis de la Administración de Justicia es la contracara del tema de su transformación. ¿Por qué "transformación" y no "reforma"? Porque no se trata simplemente de reorientar el rumbo de la Justicia Penal sino de provocar una reconfiguración y una reubicación institucional de la Justicia Penal en el contexto de una democracia remozada y repetuosa de los principios republicanos.

Hay quienes piensan que la crisis de la Administración de Justicia es una cuestión referida al trámite del procedimiento. Si se retocaran tales o cuales plazos, si se modificaran los requisitos de tal recurso, si se eliminaran tales vistas o traslados, el proceso Penal se "agilizaría" y recuperaría su antiguo prestigio y esplendor...

**Esto es falso.** Nuestra historia está colmada de reformas parciales e insustanciales; y el proceso Penal, siempre, se volvió a reacomodar a los viejos cauces históricos. Esta visión "procedimentalista", propia de la concepción del proceso que ha imperado largamente en muchas de nuestras universidades -quizás como un producto no querido de la "Teoría General del Proceso"-<sup>16</sup> resulta tentadora porque apela al "posibilismo": "solucionemos lo inmediato, dejemos las grandes reformas para tiempos mejores, poco a poco llegaremos al proceso que nos conviene, respetemos las tradiciones jurídicas del país... y otros tantos argumentos que se escuchan en todos los países". No son sino el nuevo lenguaje del conservadurismo, que para subsistir busca orientar el movimiento reformista hacia este procedimentalismo conservador (aunque utilice una fraseología de reforma).

Desde otra vertiente y con otras perspectivas, existe una posición que denomino el "tecno-procedimentalismo". Según ella, todo se podría solucionar con la aplicación de nuevas técnicas a la administración del caso, con un trámite más controlado e inteligente y con la incorporación de la informática al servicio del trámite judicial. Nada más alejado de mi perspectiva el negarle valor al recurso informático; al contrario, creo que es impensable cualquier transformación institucional que no incorpore masivamente la informática entre sus herramien-

tas. Pero de allí a creer que los problemas de la Justicia Penal en Latinoamérica se reducen al "case flow" o al "case tracking"... creo que existe un abismo.

Esta visión reduccionista esconde el gran problema básico de nuestras administraciones de Justicia, que consiste en que **nuestro Proceso Penal no está haciendo lo que nuestras constituciones dicen que debe hacer**. Y ello no se debe a un problema de trámite, ni de inteligente asignación de recursos y requiere, por lo tanto, una reorientación básica y estructural. Reorientación que, por supuesto, necesitará **también** de todos los recursos e instrumentos de la ciencia administrativa y de la informática.

Según otras visiones, la crisis -y, por consiguiente, la transformación necesaria- es un problema "organizacional". De acuerdo con esta concepción, existe una doble deficiencia organizativa que debe ser corregida: por un lado, la deficiente organización de la oficina judicial; por el otro, la deficiente organización de la estructura judicial como tal. Por supuesto, estas deficiencias organizativas existen y son graves. Más graves aún cuando la pobreza de recursos de nuestros países obligaría a una utilización más inteligente y cuidadosa de lo poco que hay. Sin embargo, no se puede decir que la insuficiencia de nuestra Justicia Penal se deba solamente a un problema de organización de la administración. Una vez más, nos enfrentamos a una visión "administrativista" y superficial.

Nadie niega que la organización y la aplicación de todos los elementos de la Teoría de la Organización sea fundamental e insoslayable.<sup>17</sup> Pero el diseño básico de la Administración de Justicia no depende de los criterios organizativos sino que, al contrario, son los criterios organizativos los que dependen del diseño básico (constitucional) del Proceso Penal que es, precisamente, lo que está en crisis y debe ser transformado.

Otros piensan que la crisis de la Administración de Justicia es un problema cuantitativo, derivado de una inadecuada provisión de recursos materiales. ¿Quién puede poner en duda tal escasez de recursos materiales, cuando una simple recorrida por los pasillos de los tribunales la hace evidente? La pregunta adecuada, sin embargo, es la siguiente: ¿cambiaría **sustancialmente** la situación de los tribunales si en lugar de desvencijadas máquinas manuales de escribir las hubiera eléctricas o computadores capaces de procesar y almacenar textos?

Nadie duda, tampoco, acerca de que seguramente algo cambiaría y sería muy beneficioso contar con una estructura física y recursos materiales, si no abundantes por lo menos ajustados a las

necesidades. Sin embargo, el servicio judicial en sí no cambiaría mucho, porque esta concepción deja intactos los vicios estructurales del sistema judicial.

Una variación de esta visión es la que piensa el problema y la transformación en términos puramente cuantitativos. "Aumentemos el número de juzgados, de secretarías, de cámaras de apelaciones y todos los problemas se solucionarán". Esta manera de ver el problema comparte con la anterior una perspectiva reduccionista de la transformación judicial. Pero, además de ello, pretende ocultar la ineficiencia con una inyección de recursos que sólo reproducirían los vicios del mismo sistema que se intenta cambiar. Este modelo de transformación ya ha sido intentando muchísimas veces y nunca ha logrado más que acrecentar la ineficacia.<sup>18</sup>

Finalmente, se sostiene que la crisis y la consiguiente transformación de la Justicia provendrá de una renovación de los jueces. "Si los jueces, los magistrados, los secretarios y los empleados fuesen mejores, el sistema judicial funcionaría bien." Nuevamente nos encontramos frente a una visión de la transformación que trabaja con ciertas verdades, pero incompletas. ¿Cuál es el factor determinante para que las cosas no funcionen como debieran? ¿Se trata del sistema, que está mal estructurado, o de los hombres, que no cumplen con las leyes o no hacen las cosas tal como se han establecido? Este problema, así planteado, es posiblemente insoluble; en particular, porque plantea un dilema que, en cierto modo, es falso. El buen juez, los buenos jueces, han encontrado a lo largo de la historia la forma de hacer las cosas correctamente; eso sí, con una gran cuota de heroísmo, de sacrificio y de imaginación. Pero esa actitud es excepcional.

Nadie podría negar el valor de la capacidad de los jueces en la estructuración de un buen sistema judicial. Hasta se podría decir que se trata de un factor determinante. Pero los sistemas institucionales y administrativos no deben ser pensados para jueces excelsos. Un buen criterio para el diseño de un sistema procesal consiste en estructurarlo de tal modo que **evidencie al juez malo y burocrático y fortalezca al juez bueno y diligente**. Nuestros sistemas procesales actuales funcionan del modo inverso: **ocultan al juez malo y burocrático, y dificultan o directamente atan de manos al juez bueno y diligente.**<sup>19</sup>

Pero el juez es también producto de **su ambiente organizacional y de la cultura administrativa** de modo que existen mutuas influencias entre el sistema procesal, tal como está estructurado, y el juez concreto. De hecho, cuando los sistemas procesales tienen ya un

tiempo largo de existencia, ellos mismos producen un "tipo" de juez y de abogado que se ajusta perfectamente a las exigencias de ese sistema. Ese juez y abogado **adaptados** constituyen el principal obstáculo para el cambio de los sistemas judiciales.<sup>20</sup>

Ya hemos visto que puede existir una crisis organizacional, de recursos, administrativa, de capacitación, de tecnología, etc. y que todas ellas tocan aspectos verdaderos pero parciales de la realidad.

La verdadera crisis judicial es más profunda y afecta a su **Identidad** y a su **ubicación institucional**, entendiéndose por esto último su espacio político propio, en el marco de una sociedad democrática y de un Estado de Derecho. Ambos aspectos están íntimamente relacionados entre sí, ya que la identidad última de la Administración de Justicia dependerá de la conciencia y efectividad de su misión política y ésta no podrá ser realizada por una Administración de Justicia que ha perdido el rumbo de su propia identidad.

Dentro del clásico esquema de división de poderes, no es tan importante la división meramente funcional como el control de los poderes entre sí y la distinta configuración de cada uno de ellos. ¿Cuál es, en este sentido, la configuración propia de la Administración de Justicia y su efectiva forma de control sobre los otros poderes?

La Administración de Justicia no es, simplemente, un poder más: es, en cierto modo, "un contra-poder" o, si se quiere el poder que, por su cercanía con los ciudadanos, es capaz de resguardarlos de los abusos del poder. Pese a las innumerables instancias políticas (o debido a ellas ...) el ciudadano común suele estar muy desprotegido, casi "a la intemperie social y política". En la sociedad de masas ese fenómeno se hace más grave aún, ya que en ella no existen casos individuales sino similitudes, no existen problemas singulares sino "casos", problemas generales. En consecuencia, el ciudadano común no encuentra una instancia de poder donde su caso, su situación particular, valga como tal, como pura individualidad.

Por eso la Administración de Justicia es un poder individualizado y, en consecuencia, personalizado. Cada juez, desde el Magistrado de la Corte Suprema hasta el más remoto juez de paz de provincia, resume la totalidad del Poder Judicial. En la Administración de Justicia no hay jerarquía (aunque exista una división funcional en instancias de juzgamiento) y su especial configuración reside en su **personalización**.

El Poder Judicial es el poder personalizado por excelencia y, en consecuencia, debe ser el poder antiburocrático por excelencia.

Todo esto es más claro aún cuando se analiza en el

contexto de la Justicia Penal. Ella se preocupa de los casos más graves, de aquéllos que, quizás, no tengan una verdadera "solución".

Por otra parte, cada vez con mayor intensidad la Justicia Penal debe cumplir esta función de "contrapoder" ya que la misión del Derecho Penal no consiste solamente en proteger al individuo de los ataques a sus bienes jurídicos de otros individuos sino, y cada día con mayor prioridad, de los ataques que provienen del propio Estado, en otras palabras, del abuso de poder de los gobernantes.

Es claro, pues, que una Justicia burocratizada, envuelta en la rutina, que no respeta las garantías básicas de los ciudadanos, atada por vínculos de dependencia externa e interna, con un alto grado de delegación de funciones, sobrecargada de trabajo, sin criterios adecuados de selección, en fin, una Justicia Penal que se asemeja más a cualquier dependencia de un Ministerio antes que a verdaderos "Tribunales de Justicia", no puede cumplir con esa función de control y contención. Además, toda la estructura procesal parece estar armada "para ahogar a las personas": tanto la personalidad del juez (que queda absorbida por entidades tales como "el juzgado", la "sala", etc.) como la de los litigantes y las propias partes. Tenemos pues un Proceso Penal que **despersonaliza** el litigio y, en consecuencia, le hace perder al Poder Judicial su esencia que es, precisamente, la personalización.

La transformación aparece así como una **re-configuración** del poder judicial. Re-configuración que va de la mano de su reubicación institucional.

Sin embargo, en este sentido es necesario salir de un círculo vicioso. Durante años y años, la Administración de Justicia ha reclamado un lugar de mayor importancia. Ha pedido presupuesto, ha bregado por la dignificación de la figura del juez, ha solicitado reformas, en fin: una larga serie de peticiones, siempre denegadas por la clase política que no ha visto la importancia y el interés que pueda tener el afectar más recursos a la Administración de Justicia. La continua letanía monárquica de la Justicia ha sido infructuosa. En el fondo, se trata de un grave error en el propio planteo: en ninguna sociedad política el poder es concedido; el poder se conquista.

El Poder Judicial no ha sabido conquistar su propio poder. En algunas ocasiones, porque ha preferido ser el acompañante pasivo y poco molesto de los gobernantes de turno, sin que importara si éstos eran legítimos o ilegítimos, tiranos o demócratas. Otras veces porque la Administración de Justicia no ha comprendido su esencia republicana y ha preservado las costumbres y las prácticas del sistema inquisitivo, sistema altamente "dependiente del monarca".

Lo cierto es que si la Administración de Justicia no se vuelca hacia su verdadera **fuerza de poder** -que es el servicio que le puede prestar a la comunidad, a los ciudadanos-, nunca logrará más que migajas del poder que le regalen otros. Si la sociedad siente que la Administración de Justicia es el poder más cercano a los ciudadanos, al que pueden recurrir directamente y que los protegerá incluso del propio Estado, entonces la Administración de Justicia adquirirá su **poder popular** y su fuerza de legitimidad.

## **II. DIEZ PRINCIPIOS PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL**

Sólo dentro del marco -todavía incierto y difuso reseñado en el punto anterior se pueden plantear, a mi juicio, los principios de una verdadera reforma de la Justicia Penal. En nuestros países ha comenzado a manifestarse una peligrosa tendencia a discutir "**modelos**" antes que discutir "**problemas**".

Veámoslo con un ejemplo: se plantea la discusión entre la pervivencia del sistema inquisitivo y la adopción de un sistema acusatorio; algunos ven la adopción de un sistema mixto como una posición intermedia y supuestamente realista.

Una actitud como esta confunde la presentación pedagógica de la evolución del derecho procesal Penal (presentación pedagógica que marca, ciertamente, su evolución política) con la necesidad de resolver los grandes problemas procesales y **a partir de allí** determinar el modelo que da solución a esos problemas.<sup>21</sup> Todo ello, por supuesto, en el contexto de la nueva configuración de la Administración de Justicia y su reubicación institucional en el marco de la división de poderes.

Los siguientes son, en mi opinión, los principales problemas que debe afrontar una verdadera reforma del Sistema Procesal Penal y los principios que deben regirla.

### **1. La preservación del juicio como el momento central de todo el proceso Penal.**

La visión procedimentalista del Proceso Penal, es decir, aquella que lo considera principalmente como un conjunto de trámites, ha hecho perder de vista el concepto de "juicio previo". De este modo, muchas veces se lo ha confundido con el concepto de "procedimiento legal regular". Sin embargo, si bien todo juicio previo es un procedimiento legal es también algo más que eso.<sup>22</sup>

Debemos comprender que todo el conjunto de garantías judiciales tiene directa relación con el poder penal<sup>23</sup>, ese poder tan fuerte que le hemos reconocido al Estado, por medio del cual puede encarcelar a las personas.<sup>24</sup> La primera manifestación del Derecho Procesal Penal como desarrollo del derecho constitucional de limitación al poder penal, es el **concepto sustancial de juicio previo**, es decir, el concepto de "juicio" en su acepción más originaria y genuína.

Un "juicio" es el momento procesal en el que una persona (el o los jueces) conoce, sin mediaciones, la prueba y los sujetos procesales (**principio de inmediatez**). Durante el juicio los sujetos procesales pueden presentar sus pruebas y contradecir su sentido y valor (**principio de contradicción**), se produce la prueba de un modo concentrado, y todo se realiza de un modo tal que el público en general puede controlarlo (**principio de publicidad**). Se trata, pues, del momento procesal donde se prueban los hechos y la responsabilidad del imputado.

Muchos de nuestros sistemas procesales han creído que la legislación secundaria tenía total libertad para establecer el procedimiento que quisiera, con tal que luego quedara predeterminado en la ley.

Esto no es cierto. La garantía prevista en los pactos internacionales y en casi todas las Constituciones responde a un concepto de "juicio" circunscrito por su evolución histórica y política. La legalidad del proceso es un elemento importante pero no reemplaza al concepto de juicio previo. Se podría afirmar, inclusive, que esta estructura del juicio, está inscrita en las condiciones elementales de la vida social y no puede ser modificada por el legislador.

Por supuesto, el procedimiento totalmente escrito no responde a este concepto sustancial de juicio previo, ya que se trata de una acumulación sucesiva de papeles, donde prácticamente no se prueba nada (todo se ha hecho en el sumario), donde prácticamente no se discute y donde, incluso, ni siquiera el juez dicta la sentencia sino que se limita a aprobar un proyecto presentado por el secretario u otros auxiliares.

Tampoco se ajustan al concepto de "juicio previo" aquellos juicios orales en los cuales la "producción de la prueba en juicio" ha sido desplazada por la incorporación de la prueba recolectada durante el sumario. Este grave vicio de los sistemas procesales llamados mixtos ha anulado en gran medida los logros de la incorporación del juicio oral y demuestra que la preservación del juicio oral no es independiente del sistema de investigación de los delitos.<sup>25</sup>

Esta recuperación de la idea sustancial del juicio (a la cual únicamente el juicio oral y público responde) es un problema complejo de política procesal. Depende de toda la estructuración del procedimiento en su conjunto y no sólo de la instauración de la modalidad oral en la etapa plenaria.

Veamos un ejemplo: la conservación de la figura del Juez de Instrucción y del sistema formal de instrucción ha ahogado siempre al juicio oral.<sup>26</sup>

En consecuencia, el primer problema que debe enfrentar una reforma procesal es la **recuperación o la instauración de un verdadero juicio**. No hay reforma procesal si se mantiene alguna de las parodias de juicio que ya existen en Latinoamérica (juicio escrito o juicio escrito encubierto bajo formas orales).

## 2. El rescate del poder de los jueces.

De la mano de la idea anterior viene ésta que resulta más amplia y abarcadora. Se trata de recuperar el sentido de lo verdaderamente jurisdiccional. En la mayoría de nuestros países, los jueces tienen a su cargo innumerables tareas de nulo contenido jurisdiccional, mientras ceden a personal auxiliar la mayor parte de las decisiones con verdadero contenido jurisdiccional.

Existen dos elementos que, a mi juicio, delimitan el terreno de lo propiamente jurisdiccional. En primer lugar, la solución del conflicto de fondo que ha motivado el proceso. Además, la resolución de las incidencias que se relacionan con dicho motivo o con la correcta estructuración del proceso. En segundo lugar, la preservación de las garantías judiciales.

Sin embargo, sabemos que nuestros jueces, de hecho, no se dedican con exclusividad a lo jurisdiccional sino que pierden buena parte de su tiempo en confeccionar resoluciones de mero trámite, autorizar copias, firmar el despacho, etc. ...mientras que los secretarios y auxiliares se hacen cargo de las decisiones con mayor contenido jurisdiccional.

Esta inversión de tareas es, en parte, resultado de la carencia de un auténtico "juicio". Si no hay un verdadero juicio, tampoco habrá verdaderos jueces.

Por eso, una reforma procesal debe preocuparse por rescatar la figura del juez, quitarle la enorme cantidad de trabajo puramente rutinario que pesa sobre él y preservar su actuación para lo verdaderamente jurisdiccional.<sup>27</sup>

### 3. Crear un verdadero "poder civil de Investigación".

Respecto de la cuestión de la investigación de los delitos existen diversos "mitos" que oscurecen el problema. Por ejemplo: muchos creen todavía que el juez de instrucción es un juez investigador, cuando la realidad demuestra que se trata de un "magistrado de escritorio" que administra expedientes pero que no realiza una verdadera investigación. Existe también lo que Cosacov ha llamado el "mito de la no-impunidad"<sup>28</sup>, sustentado en el principio de "obligatoriedad de la persecución penal", cuando el más simple análisis de la realidad demuestra que el sistema procesal sólo tiene capacidad para absorber unos cuantos casos, no siempre los más importantes.

Existen también otras formas irracionales de afrontar el problema: por ejemplo, cuando se percibe toda la actividad de persecución de los delitos como algo malo, como un resabio intocable del "Estado Policial" que debe ser destruido o, por lo menos, anatematizado. Otros desconfían intrínsecamente del Ministerio Público, a causa de su supuesta o real dependencia respecto del Poder Ejecutivo.

Todos estos prejuicios ocultan dos verdades importantes. En primer lugar ocultan que todo el peso de la investigación recae, casi con exclusividad, sobre la Policía. Y que esa Policía no está sometida a un auténtico control. Oculta, también, que ningún sistema procesal funciona correctamente si no cuenta con un verdadero sistema de investigaciones.

Por esa razón, un principio básico de cualquier reforma procesal penal es que debe preocuparse por establecer un auténtico poder de investigación: que tenga capacidad real para investigar los delitos, que utilice los instrumentos del Estado de Derecho; que sea, en consecuencia, respetuoso de los principios constitucionales y de la dignidad de la persona y que esté sometido a un verdadero control por parte de los poderes democráticos.<sup>29</sup>

Y dentro de la misión de crear un poder civil de investigación eficaz, respetuoso de la legalidad y controlable, creo que el Ministerio Público ocupa un lugar privilegiado. Existen todavía muchos problemas a resolver acerca de la estructura y organización del Ministerio Público, su ubicación institucional, su grado de jerarquización interna, etc.

Pero la sociedad moderna necesita que esta institución adquiera una configuración particular, que le permita actuar, en cierto modo, como una "interfase" entre el sistema policial y el sistema judicial. Este -hasta ahora- vacío institucional se siente y se ha acentuado en la sociedad moderna; y su efecto más negativo ha sido el descontrol del

sistema policial. Creo, pues, que urge una reflexión profunda acerca del papel del Ministerio Público en América Latina.<sup>30</sup>

#### **4. Reestructurar globalmente el Ministerio Público.**

Por las razones expuestas, el problema de la re-creación o reestructuración del Ministerio Público se ha convertido en uno de los ejes de todo proceso de transformación de la Justicia Penal. Y ello implica una profunda reflexión sobre la organización del Ministerio Público y el ejercicio de la acción penal. Aún en los más recientes proyectos de Ley de Ministerio Público, es evidente que se considera su organización como un reflejo de la organización judicial y se pretende aplicar conceptos -como el de competencia, por ejemplo- que tienen sentido respecto de la judicatura (ya que están en juego principios básicos como lo es el "principio de juez natural".)

Esta visión "refleja" del Ministerio Público lo organiza de modo similar y paralelo a la organización judicial. Esto da lugar a la existencia de figuras como la del fiscal de primera instancia, de segunda instancia, etc. Una organización de este tipo condiciona de antemano las posibilidades de que el Ministerio Público adquiera un papel más protagónico que aquél que desempeña actualmente.<sup>31</sup>

Por eso, la reestructuración orgánica del Ministerio Público no es independiente de la reforma del sistema global de investigaciones, ni de la estructura del proceso ni, en definitiva, del lugar institucional que se le quiera dar. Debemos tomar conciencia de que los problemas organizativos son, en última instancia, una consecuencia de los principios básicos que regulan el funcionamiento de cualquier institución.

No hay organización sin cimientos; pero tampoco existen cimientos si no hay una estructura organizativa que descansa en ellos.

#### **5. Ampliar la participación de las víctimas.**

La cuestión del ejercicio de la acción Penal **no** es un problema exclusivo del Ministerio Público. Hoy encontramos irremediablemente en crisis el concepto de monopolio estatal del ejercicio de la acción penal. Esta idea -ligada a procesos de centralización política siempre presentes en la historia de Occidente- ha fracasado en su fundamento pacifista ("el monopolio estatal evita la venganza") porque en muchas ocasiones el propio Estado ha sido el "proveedor social" de una violencia mucho más brutal que la que pudiera producir la violencia particular. Y también ha fracasado en su intento de subrogar el interés

de la víctima, porque lo único que se ha logrado es que la víctima, expropiada de su conflicto, no sea atendida por el Estado y deba sacrificar sus intereses a un dudoso interés general. El doble proceso de victimización es una realidad dolorosa, consecuencia de una premisa falsa.<sup>32</sup>

Por eso, el Derecho Penal en su conjunto y, en especial, el Derecho Procesal Penal, se encuentra embarcado en un profundo replanteamiento del lugar de la víctima. Esto implica que una reforma procesal penal debe estar abierta a estos nuevos planteamientos que implican cuestiones muy concretas, como la ampliación de los delitos de acción privada, la redefinición de los delitos de instancia privada, la apertura a modos nuevos y más informales de participación de la víctima en el proceso; en fin, todo un nuevo derecho procesal pensado desde la víctima, pero no desde la venganza.

La experiencia demuestra que no es cierto que la víctima busque la venganza. Lo que busca la víctima generalmente -con mayor sensatez que el Estado- es la reparación.

## **6. Modificar el régimen de la acción penal.**

Todo lo dicho hasta ahora implica una modificación profunda del régimen de la acción penal. El problema de la acción se ha ido diluyendo entre la intrascendencia y el conceptualismo, y ambos hicieron perder de vista que las normas relativas a la acción penal son las grandes reguladores del poder penal. En consecuencia, ellas deben ser las que más claramente reflejen los grandes postulados de una política criminal democrática.

No es posible realizar una reforma procesal verdadera sin afectar profundamente el régimen de la acción penal. Esta modificación se debe producir en la delimitación de los tipos de acción, en el ejercicio de la acción, en los casos de suspensión de la acción y en su extinción. Prácticamente, la intensidad y profundidad de una reforma procesal penal se mide por la intensidad de las modificaciones o innovaciones en cuanto al régimen de la acción penal.

Por otra parte, más allá de las viejas discusiones sobre la naturaleza de algunas instituciones (como la prescripción, por ejemplo) lo cierto es que se puede llegar a dos conclusiones:

- 1) Como el régimen de la acción penal debe ser coherente, es preferible que sea regulado unitariamente. En este sentido, no existen

razones definitivas para decir que deba ser regulado en el Código Procesal o en el Código Penal.

2) No obstante, dada la enorme trascendencia práctica y el impacto que tiene el régimen de la acción sobre todos los aspectos dinámicos del sistema judicial, es preferible regularla en el Código Procesal Penal.<sup>33</sup>

### **7. Simplificar el proceso.**

La simplificación del proceso es una tarea constante. Existe una suerte de fuerza que atrae al sistema judicial hacia lo formal, lo incidental, lo rutinario, el trámite. Quizás esta "tendencia de huída del conflicto-base" responda a cuestiones profundas de una organización o de la cultura humana que no alcanzó a dilucidar. Lo cierto es que, en la experiencia cotidiana de la vida judicial, observamos cómo, lentamente, los formalismos le quitan espacio a la solución del problema y, por lo tanto, van "complicando" inútilmente el proceso.

Por eso, simplificar el proceso implica establecer claramente la primacía de lo substancial por sobre lo formal. Y lo substancial es el conflicto humano que subyace al proceso. En este campo, la oralidad puede prestar un servicio mucho más grande que el de satisfacer algunos de los principios básicos del juicio. La utilización del mecanismo de la audiencia para solucionar todas las incidencias posibles sirve adecuadamente para lograr una mayor profundidad en el proceso Penal.<sup>34</sup>

### **8. Controlar la duración del proceso.**

Algo similar ocurre con el problema constante de la duración del proceso. Todavía no existe un estudio profundo acerca de la cuestión del tiempo en el proceso, que vaya más allá del análisis de los plazos y considere al tiempo en relación a la solución de los conflictos. Los tiempos mínimos y máximos del proceso, como condiciones de legitimidad de la Justicia, son problemas que superan el planteo tradicional de los plazos.

Por otra parte, una de las razones más fuertes de la insatisfacción social respecto de la Administración de Justicia es la duración del proceso. En este campo, es necesario buscar mecanismos más imaginativos, porque todos los tradicionales métodos de control ya han sido probados y han fracasado.<sup>35</sup>

## 5. Crear verdaderos sistemas de defensa pública.

El principio de defensa durante el proceso penal cumple una doble función. Por una parte, es una condición de la legitimidad del proceso penal dentro de un Estado de Derecho. Por la otra, es una "garantía de apoyo", ya que permite que las garantías sean controladas y puestas en práctica por el propio interesado. No podemos seguir proclamando que queremos sistemas procesales donde el imputado sea un "sujeto procesal" y no un "objeto del proceso" y, al mismo tiempo, desentendernos del hecho crucial de que una altísima proporción -sino la mayoría de los imputados carecen de la posibilidad de procurarse por cuenta propia de un defensor de su confianza.

Por otra parte, tampoco podemos conformarnos con sistemas de defensa pública más o menos eficientes pero que por lo general, en Latinoamérica, o bien no existen o bien están en manos de estudiantes o funcionan con un grado enorme de sobrecarga de trabajo.

El estudio y la implantación de sistemas más imaginativos de defensa pública, capaces de ofrecer un servicio eficiente y personalizado, es también uno de los grandes principios que deben regir una reforma procesal.

## 10. Acentuar el respeto a las garantías básicas.

Dejamos para el final lo que debería ser el principio de toda reforma procesal, con el objeto de destacar otros problemas que, muchas veces, son dejados de lado. La cuestión de las garantías es el principal problema del proceso penal porque su propia existencia se funda en la posibilidad de diferenciar el ejercicio del poder Penal de un simple hecho de fuerza. Sin garantías, no hay proceso penal. Y sin proceso Penal no hay Derecho Penal, sino pura fuerza del Estado.

Ello implica sacar todas las consecuencias del principio de inocencia respecto del régimen de excarcelación, sacar todas las consecuencias posibles del principio de legalidad de la prueba y de las reglas de exclusión, sostener verdaderamente el principio de igualdad de armas, darle toda su amplitud al "in dubio pro reo" acabando con todas las presunciones previstas en la ley o introducidas por la rutina, tomar auténticamente en cuenta el principio de fundamentación de las sentencias. En otras palabras: si el proceso penal es una síntesis culturalmente condicionada entre la fuerza de las garantías y la fuerza

expansiva del poder penal, el Estado de Derecho da un mensaje muy claro hoy en día acerca de cómo construir esa síntesis.<sup>38</sup>

### **III. EL PROCESO DE TRANSFORMACION Y LAS ACTITUDES DE LA COMUNIDAD JURIDICA.**

La transformación de la Justicia Penal, ¿será el resultado de fuerzas propias de la comunidad jurídica o de otras fuerzas sociales? Resulta muy difícil responder a este interrogante sin recurrir a una perspectiva histórica. Lo importante, en todo caso, es el hecho de que el dilema mismo señala, al menos, una mayor apertura del problema judicial.

Tradicionalmente, las reformas procesales han sido producto de cenáculos profesionales y rara vez se involucró en ellos el conjunto de la sociedad. Todavía no alcanzamos a medir la importancia de esta participación social. Pero ya estamos en condiciones de apreciar que, por diferentes caminos, la sociedad ya se encuentra participando en la transformación judicial.

Esta participación, por una parte, alienta a la comunidad jurídica; por otra parte, paradójicamente, la desorienta. Al mismo tiempo, significa la intervención, en el proceso de transformación, de fuerzas no siempre positivas. En efecto, muchas veces, alentados por los medios de comunicación, algunos sectores sociales solicitan un sistema penal más drástico, sin medir las consecuencias de una mayor represión sobre el conjunto de la sociedad.

En general, las posiciones asumidas por los distintos sectores de la comunidad jurídica responden a alguno de los siguientes tipos básicos -expuestos, obviamente, con un grado considerable de simplificación-:

- 1) Quienes piensan la reforma como un simple cambio de plazos, requisitos, etc., surgidas de la experiencia práctica cotidiana;
- 2) Quienes piensan la reforma como la incorporación del juicio oral, sin afectar otros principios del sistema procesal;
- 3) Quienes piensan la reforma como un acercamiento gradual hacia el sistema acusatorio;
- 4) Quienes piensan la reforma como un acentuamiento de los

aspectos represivos del sistema procesal, en consonancia con un aumento de penas, para "frenar" el aumento de la delincuencia;

**5) Quienes piensan una transformación de raíz del sistema procesal, instaurando, con diversos matices, el sistema acusatorio.**

Por supuesto, existen muchas posiciones mixtas y esta enumeración no representa, en modo alguno, una categorización absoluta de lo que cabe esperar del conjunto de los abogados de un país. Lo cierto es que estas posturas básicas han sido observadas en el curso de los procesos de reforma en distintos países de Latinoamérica.

Como ya hemos dicho, en un principio prácticamente no existe o no tiene fuerza un movimiento conservador puro. No obstante, tras la fraseología reformista se esconde un movimiento conservador profundo, que pretende preservar las antiguas estructuras poniendo "el vino viejo en odres nuevos".

Los sectores sociales no siempre tienen la capacidad como para comprender la profundidad de las diversas posturas porque el tema judicial ha estado tradicionalmente alejado de la lucha política concreta. De allí que sea urgente un esclarecimiento social de los temas en discusión y de su significado político.

En definitiva, el mayor desafío político y ético de la comunidad jurídica consiste en saber diferenciar sus propias necesidades y problemas corporativos de aquéllos de la sociedad como tal. En otras palabras, no pensar la reforma desde su propia perspectiva corporativa sino, al contrario, afirmar con vehemencia que el problema judicial **no es un problema de los jueces y abogados sino que es -y principalmente- un problema de los ciudadanos y del conjunto de la sociedad.**

#### **IV. ¿TIENE FUTURO LA JUSTICIA PENAL?**

Finalmente, y parafraseando un afamado ensayo de Gimbernat Ordeig,<sup>37</sup> cabe preguntarnos: ¿tiene futuro la Justicia Penal?

La pregunta admite, en principio, varias interpretaciones. Si por "futuro" entendemos que hay alguna posibilidad de que exista una Justicia Penal "buena" en sí misma, habrá que contestar, con Radbruch, que lo mejor que puede suceder es que descubramos una alterna-

tiva mejor que la Justicia Penal. Esta idea debe estar siempre presente, para tomar conciencia de que no es posible "enamorarse" de la Justicia Penal o del Derecho Penal. El mejor servicio que se les puede hacer, pues, es contribuir a su progresiva desaparición. Desde esta perspectiva, la Justicia Penal no tiene futuro.<sup>38</sup>

Pero también es necesario plantearnos una tarea válida y entusiastamente para nuestro horizonte vital.

Quizás la tarea más valiosa para nuestra generación sea la de encontrar un "espacio" más reducido -pero menos cuestionado para la Justicia Penal. Ello implica sacar del ámbito de la Justicia Penal todos aquellos conflictos que sean "reparables" y confiarle, específicamente, aquéllos que objetiva y subjetivamente no admiten reparación.<sup>39</sup>

Además, dentro de ese espacio reducido, cabe conformar la Justicia Penal a los órdenes naturales de la vida social, acercándola mucho más a la percepción que del proceso Penal tiene el hombre común.<sup>40</sup>

Por último, es menester **humanizar la Justicia Penal**. Y ello en un doble sentido. Por una parte, no afectar la dignidad de la persona, respetando esos escudos protectores que son las garantías. Por la otra, comprender definitivamente que eso que llamamos "hipótesis delictiva", "hecho justiciable", "objeto del proceso", no es otra cosa que un conflicto social, una relación social determinada, producida y vivida por hombres.

El proceso es una obra humana, pensada para intervenir en obras humanas. Y seguramente la Justicia Penal no tendrá futuro si persistimos en deshumanizar el proceso penal.

En definitiva, **reducir, simplificar y humanizar** es el programa realizable para una Justicia futura.

## CITAS

*'Al respecto se proponen, fundamentalmente, dos líneas argumentales básicas. Para una, no existirá desarrollo económico sin estabilidad política y no habrá estabilidad política sin democracia. La democracia, por su parte, necesita de una Administración de Justicia. Esa línea "economicista", en definitiva, explica muchos de los planes de cooperación. Una segunda línea argumental entiende que la lucha por la justicia social debe llevarse a cabo dentro del marco de un Estado democrático de Derecho ya que sólo de ese modo es posible asegurar que el espacio de lucha política no se convertirá en una guerra. La democracia, como espacio de lucha política, se convierte así en un logro a preservar y, para que exista una verdadera política de Derechos Humanos, es necesario contar con una Administración de Justicia eficiente. En una democracia, respeto a los Derechos Humanos está indisolublemente asociado a la eficacia de la Administración de Justicia. Esta línea también explica, en parte, otros programas de cooperación internacional. Lo importante es que las dos líneas argumentales no son contradictorias sino, al contrario, compatibles. Eso le ha dado a los planes de transformación judicial un cierto margen de consenso entre sectores que, en cuanto a otros temas, mantienen discrepancia muy grandes.*

*'Se debe tener en cuenta que el llamado "procedimiento mixto", establecido por el Código de Instrucción Criminal francés, de 1808 -y que alcanzó un gran nivel técnico con los Códigos italianos de 1913 y 1930, pese a los componentes fascistas de este último-, no representa otra cosa que la pervivencia del sistema inquisitivo, atemperado por el paso del tiempo y las exigencias políticas de la generación de la revolución francesa. Por eso se prefiere denominarlo "sistema inquisitivo reformado" (ver: Maier, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino", V. IB, Ed. Hammurabi, año 1989, pg 112 y ss.). En América Latina los sistemas mixtos -es decir, instrucción inquisitiva más juicio oral-, que tuvieron su máxima expresión en el Código de Córdoba de 1940, acentuaron la incidencia del sistema inquisitivo propia del procedimiento "mixto". De hecho, en muchos países habría que hablar de un "sistema inquisitivo encubierto", antes que de un "sistema inquisitivo reformado".*

<sup>3</sup> *No se debe olvidar el siguiente dato importante y reciente: los sistemas judiciales de muchos de nuestros países han sido testigos silenciosos del Terrorismo de Estado. En la década de las dictaduras latinoamericanas, el Poder Judicial llegó a su punto máximo de "irrealidad" y compromiso con el sistema, al seguir manteniendo su rutina "como si nada ocurriera" mientras la sociedad era asolada por prácticas aberrantes de violación a los Derechos Humanos. Piénsese que tampoco el hecho de que toda esa metodología saliera a la luz (informes Sabato, Rettig, Comisión de la Verdad, e.c.) tampoco generó una crisis interna en el Poder Judicial. Todo ello es síntoma de un "endurecimiento de la sensibilidad judicial" que no se debe subestimar.*

<sup>4</sup> *La mayoría de los sistemas judiciales latinoamericanos no responden siquiera a las exigencias constitucionales. Por otra parte, los jueces se resisten a aplicar las normas constitucionales y los pactos internacionales antes que la legislación secundaria (Código Procesal Penal), que es más "inmediata", aunque sea inconstitucional. Por eso, una "lectura constitucional" del proceso penal debe ser el objetivo principal de*

*toda enseñanza y capacitación en el tema.*

<sup>5</sup> Ver Binder, Alberto: "La función del juez en la sociedad democrática". Conferencia dictada en ocasión del juramento del nuevo período de Magistrados de las Cortes de Apelaciones. Quito, Ecuador, 16 de mayo de 1992.

<sup>6</sup> En este sentido, la Constitución Chilena es poco clara, ya que en su Art. 19, 3, dice: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento". La redacción de esta norma confunde, a mi juicio, la garantía de "procedimiento legal o regular" con la de "juicio previo" que, como según ha sido expuesto, tiene un contenido histórico y político muy preciso, asociado desde hace siglos a la idea republicana. En este sentido, la Constitución delega el problema en el legislador, lo cual no parece aconsejable, tratándose de una garantía tan básica y teniendo en cuenta la experiencia histórica de nuestros países. No obstante, la idea constitucional de un "racional y justo procedimiento" asociada al Art. 4 de la Constitución, según el cual Chile es una "república democrática", permite construir un verdadero concepto de "juicio previo sustancial". Ello a pesar de que, según se percibe, el Constituyente estaba demasiado influido por el sistema inquisitivo vigente. El Proyecto de Código de Procedimiento Penal del Ecuador es más claro a mi juicio, ya que incluye un concepto de "juicio previo": "Nadie puede ser penado sino mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de probar los hechos en un juicio, llevado a cabo conforme a los principios constitucionales ...." (Art. 167). Luego, el proyecto ecuatoriano establece la garantía de la legalidad del proceso: "La instrucción fiscal, la etapa intermedia, el juicio, la impugnación y la ejecución de la sentencia se deben realizar conforme a las normas establecidas en la Constitución y la ley (Art. 168). Ver las notas de la Comisión Redactora del Proyecto, que explican la diferencia entre estas dos garantías.

<sup>7</sup> Para un análisis del fenómeno de la delegación de funciones, ver: Binder, Alberto. "Independencia Judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde", en Revista Doctrina Penal, Año 1989. Resulta sintomático el hecho de que, por diversas razones, prácticamente toda la comunidad jurídica acepta esta práctica y se ha perdido la sensibilidad para reconocer que buena parte de la Administración de Justicia descansa en "semilegos" quienes, como ya lo advertía Sebastián Soler en "La interpretación de la Ley", no tienen ni la virtud del jurista ni el sentido común del lego. Sin embargo, seguimos hablando sobre la Justicia como si este fenómeno no existiera. Esto queda demostrado, en la práctica, por la casi inexistencia de estudios sobre este tema y la poca importancia que se le ha concedido en los diagnósticos realizados (por ejemplo, en los diagnósticos de ILANUD/FIU). La delegación de funciones es la máxima expresión de la degradación judicial. Ver asimismo, "Del código-mentira al servicio judicial" en Doctrina Penal, Año 1990.

<sup>8</sup> Si bien el Art. 454 del Código de Procedimiento Penal chileno establece la publicidad del plenario (o, por lo menos, de las audiencias de prueba), el concepto de **publicidad del juicio, tan propio de un sistema republicano, es incompatible con el procedimiento escrito**. Piénsese en lo que le sucedería a cualquier persona que solicitara participar, en carácter de simple ciudadano conciente, en las audiencias de prueba: sería considerado como un extraviado; con toda razón no se les ocurre a los

ciudadanos recorrer los tribunales pidiendo expedientes para controlar la Justicia: evidentemente, es un afán inútil.

<sup>9</sup> Por eso muchas veces los abogados realizamos, antes que un asesoramiento jurídico, un trabajo de auténtica "traducción cultural", ya que al ciudadano común le es incomprensible lo que sucede dentro del ámbito de la Administración de Justicia. Si hiciéramos un análisis objetivo de los usos lingüísticos de la Administración de Justicia, podríamos apreciar cuán alejado se encuentra del lenguaje natural, de modo que cumple todas las funciones de una jerga o una lengua criptica.

<sup>10</sup> La vigencia del principio de inocencia merece diversas consideraciones, que exceden los límites de este artículo. En primer lugar, la Constitución Política de Chile no es muy clara en cuanto a la adopción de este principio, aunque pareciera que puede ser extraído del Art. 19, 3, #5. Lo cierto es que no puede existir un proceso penal verdaderamente democrático sino se sostiene el principio de que el imputado debe ser tratado como un inocente. Las consecuencias más claras y directas de este postulado se relacionan con el régimen de la prisión preventiva. En este sentido, el literal e) del Art. 19, N. 7, plantea contradicciones con el principio de inocencia al admitir la prisión preventiva fundada en razones de defensa social.

<sup>11</sup> En cuanto al problema de la defensa pública en América Latina, consultar la investigación realizada por ILANUD - "La defensa pública en Latinoamérica", 1992-. En realidad, es posible decir que todavía no se ha solucionado adecuadamente el problema de la defensa pública, ni se ha encontrado un modelo de referencia claro para proyectar los diversos cambios que necesitan los países. Por otra parte, los sistemas inquisitivos son reacios a admitir la figura del Defensor, como resabio de la vieja idea de los inicios de la Inquisición de que el hereje o la bruja no podían ser defendidos porque eran "hijos del Mal y enemigos de Dios". El nuevo Código Procesal Penal de Guatemala prevé un sistema amplio de defensa durante el proceso, seguido en gran medida por el Proyecto de Código Procedimiento Penal del Ecuador. En la República de El Salvador, las últimas reformas al Código Procesal Penal -aun sin haber modificado la estructura del proceso- establecen uno de los sistemas de defensa dentro del proceso más garantizadores y respetuosos de los derechos del imputado (ver Decreto N. 238/92, que entró en vigencia el 11 de agosto de 1992).

<sup>12</sup> La claridad que sobre el problema judicial tenía la generación ilustrada de la independencia era mucho mayor que la de muchos supuestos especialistas de hoy en día. El programa libertario decimonónico, con todas sus falencias, comprendió mejor el carácter central de la Administración de Justicia en el marco de una República (Ver: Maier, Julio B. J.: "Derecho Procesal Penal", cit., pg. 173).

<sup>13</sup> Veamos un ejemplo: en Ecuador, el 91% de los casos quedan en la etapa instructoria y sólo el 9% pasa a plenario. Es evidente que creer que todo el problema procesal se resuelve con la implantación del juicio oral supone cerrar los ojos al verdadero problema. Al respecto, ver: Guerrero Vivanco, Walter: "Estructura del Proyecto de Código de Procedimiento Penal", Revista de Ciencias Jurídicas, San Salvador, Año 2, N. 5.

<sup>14</sup> En este sentido, resulta paradigmático el Código Procesal Penal actualmente vigente en la República de El Salvador el cual, aunque es de factura relativamente reciente (1974) y prevé para ciertos casos un procedimiento oral con jurados (para la

mayoría de los delitos el trámite es escrito) "compensa" la incapacidad del sistema judicial para investigar, con la confesión en el ámbito policial ("confesión extrajudicial") y una serie de presunciones de culpabilidad ("praesumptio dolis" y subsidiarias). Este panorama, en realidad, es bastante común en toda Latinoamérica.

<sup>15</sup> A pesar de ello, se sigue menospreciando la percepción social sobre la Administración de Justicia. Creo firmemente, sin embargo, que quienes tienen una percepción más equivocada de lo que es, en esencia, un tribunal son los sectores profesionales. Sería interesante realizar una investigación que demostrara las diferencias entre la "imagen" de un juicio entre la gente común y lo que los abogados entienden por un "juicio" o "causa".

<sup>16</sup> La "teoría general del proceso" que tanto se ha extendido en iberoamérica no ha producido a mi juicio beneficios para el campo del proceso penal. Y esto no por alguna falla consustancial a la idea de una teoría general del proceso sino que se debe a un paulatino deslizamiento del conflicto al trámite. Si la teoría general del proceso se la entiende como una teoría general de la solución de los conflictos con intervención de uno de los poderes del Estado, entonces ella todavía tiene mucho que decir a nuestros sistemas judiciales, que han perdido de vista el conflicto que es su razón de ser. Sin embargo, paulatinamente la teoría general del proceso se fue convirtiendo en una teoría general del trámite judicial, enredándose en innumerables conceptualizaciones y clasificaciones sin mayor importancia. Esto explica porqué razón muchos procesalistas formados en esa escuela a la hora de proponer soluciones sólo pueden proponer cambios en el trámite judicial, creyendo que allí se agotan las posibilidades de transformación.

<sup>17</sup> Al contrario, creo que la utilización de muchos de los elementos de la Teoría de las Organizaciones, concebida en el marco de la ciencia administrativa, son muy valiosos para una reelaboración de una teoría de la organización judicial, que supere los viejos problemas de la competencia, los impedimentos y las calidades de los sujetos procesales. Creo que este es un campo abierto con grandes posibilidades, que debe llevar a una utilización más profunda de la Teoría de los Sistemas.

<sup>18</sup> Este modelo de respuesta al cambio ha sido calificado por Paul Watzlawick como "más de lo mismo". Marca, pues, una actitud general ante cualquier tipo de cambio, pero también ante un cambio organizativo. Ver, asimismo, Alton Bartlett y T. Kaysera: "Cambio de la conducta organizacional", Ed. Trillas, México, 1982

<sup>19</sup> El dilema entre el modelo de la Justicia del Cadí y el modelo de justicia racional está planteado con toda claridad por Max Weber en la obra "Economía y Sociedad".

<sup>20</sup> Si bien el problema de la ideología de los jueces ha sido estudiado, no se ha analizado suficientemente el desarrollo de una cultura organizacional dentro de los sistemas judiciales. Bien se podría sostener la hipótesis de que esta cultura organizacional tiene mayor influencia en la mentalidad de los jueces que los problemas de clase o de grupos sociales.

<sup>21</sup> Por supuesto, los llamados "modelos procesales" no son el producto arbitrario de un buen esquema pedagógico. Ellos resumen, en cierto modo, una experiencia histórica que se cristaliza en grandes síntesis, como lo son los sistemas inquisitivos, acusatorio y mixto. Sin embargo, la construcción histórica de esos modelos se realiza a partir de problemas concretos y no de estructuras globales. Por eso, también una

reforma procesal debe construirse a partir de problemas concretos, claramente establecidos.

<sup>22</sup> Ver, al respecto, los Arts. 166 y 167 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal del Ecuador y las notas respectivas de la comisión redactora, donde se explica este mismo concepto. Una visión un tanto diferente, por lo menos en cuanto al aspecto argumental, es la que ofrece Julio B.J. Maier: "Derecho Procesal Penal", cit., V. Ib, pg. 240.

<sup>23</sup> En este sentido, se puede decir que en la base del proceso penal existe una pugna de fuerzas (entre las fuerzas de las "garantías" y las fuerzas expansivas del poder penal). Esta dialéctica entre eficiencia y garantía es, a mi juicio, la base fenomenológica del proceso penal. Ver Binder, Alberto. "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ed. Ad hoc, Buenos Aires, (en prensa), cap. 3.

<sup>24</sup> Sobre la necesaria referencia al poder penal, ver Binder, Alberto. "Política Criminal y Sociedad Democrática". Ponencia al Ier. Congreso Estudiantil de Ciencias Penales, Universidad de El Salvador, septiembre de 1992.

<sup>25</sup> Por tal razón, las normas que regulan la llamada "incorporación de la prueba por su lectura" en el juicio oral, es decir, las excepciones al principio de inmediación, son de vital importancia para regular las relaciones entre la instrucción y el juicio oral. Este es uno de los problemas esenciales del proceso penal moderno. Ver los artículos correspondientes en el Proyecto de Código Procesal Penal de Guatemala y el Proyecto de Código de Procedimiento Penal de Ecuador. Uno y otro siguen, con algunas variantes, el Modelo Iberoamericano. (Art. 300). De todos ellos, el Proyecto de Código Procesal Penal Ecuatoriano es el más restrictivo.

<sup>26</sup> Esa ha sido la experiencia del proceso penal mixto en Latinoamérica, aun con buenos textos legislativos como son todos los que responden a la orientación de Vélez Mariconde (Córdoba, Mendoza, Costa Rica). La adopción de este modelo de un modo acrítico, como ha sucedido en el sistema federal en Argentina, es una clara demostración de cómo una reforma, aparentemente estructural, se puede hacer bajo un espíritu conservador. Esto ha sido una constante en las reformas procesales penales federales en la República Argentina.

<sup>27</sup> Se ha aducido, equivocadamente, que la investigación tiene carácter jurisdiccional y, por lo tanto, aquello que es jurisdiccional no puede ser "traspasado" al Ministerio Público. Este argumento es falaz porque parte de una premisa altamente discutible. Investigar es tarea "jurisdiccional" en tanto se le atribuya esa atribución al juez. Desde el punto de vista del concepto político-institucional lo "jurisdiccional" está ligado a la solución del conflicto, a la preservación de los derechos y libertades fundamentales y, en todo caso, a la idea de imparcialidad. Quien investiga no puede ser imparcial porque la investigación, quierase o no, se relaciona con la idea de acusación.

<sup>28</sup> Cosacov, Gustavo: "El mito de la no-impunidad". Universidad de Córdoba, Argentina, 1988.

<sup>29</sup> Por ejemplo: es llamativa la ausencia de verdaderos estudios sobre la Policía en una sociedad democrática. En realidad, en Latinoamérica todavía no existe una verdadera doctrina democrática sobre el funcionamiento de la Policía y esto desorienta en gran medida a esa institución porque todos sentimos o decimos que no podemos

*prescindir de la institución policial pero tampoco se le trasmite un mensaje claro acerca de una función positiva y valiosa dentro del conjunto de la sociedad democrática.*

<sup>30</sup> *Ver la reciente investigación realizada por el ILANUD: "El Ministerio Público en América Latina", Costa Rica, 1992, de carácter predominantemente descriptivo, ya que no ahonda en los principales problemas de un Ministerio Público moderno.*

<sup>31</sup> *Esto no implica necesariamente una posición determinada dentro del problema de la ubicación institucional del Ministerio Público. Lo importante es que, si el Ministerio Público quiere cumplir una función relevante dentro del proceso penal, debe ser organizado en base a su función procesal. La legislación tradicional del Ministerio Público -inclusive leyes o proyectos modernos- lo siguen pensando como un conjunto de funcionarios que controlan o dictaminan. (Ver, por ejemplo, el Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público de Bolivia y los antecedentes allí recopilados.) Una estructura distinta, en el Anteproyecto de Ley del Ministerio Público que elaboramos con el Dr. Julio Maier (Doctrina Penal, 1989) y el Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público para el Ecuador.*

<sup>32</sup> *Ver Roxin y otros: "De los delitos y las víctimas". Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992. Asimismo, Revista "Justicia Penal y Sociedad", Año 1, N. 1, editorial: "La reflexión sobre la víctima desde un continente de víctimas". Sin embargo, creo que todavía la perspectiva de la víctima o lo que Roxin llama la "víctimodogmática", no ha alcanzado todavía un punto de equilibrio, ya que está demasiado teñida de elementos emocionales.*

<sup>33</sup> *Ver, al respecto, las normas del Proyecto de Código Procesal Penal de Guatemala (Arts. 9 y ss.) y del Proyecto de Código de Procedimiento Penal del Ecuador, con un régimen más simplificado aunque en algunos aspectos más innovador (Arts. 29 y ss.). Este último establece el principio de "subsidiariedad de la acción penal", por lo menos respecto de los delitos contra el patrimonio. El Artículo relativo a la extinción de la acción penal dice: "La acción penal se extingue (...) 1. en los delitos contra la propiedad, por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio, siempre que lo admitan el ofendido o el Ministerio Público, según el caso". Se discutió sobre la posibilidad de extender este régimen a otro tipo de delitos lo cual, en mi opinión, resulta conveniente.*

<sup>34</sup> *Sobre el problema general de la simplificación del proceso ver Binder, Alberto M.: "La simplificación del proceso", en "Justicia Penal y Estado de Derecho". Ed. Ad hoc, Buenos Aires, 1992. Ese trabajo insiste en un concepto de simplificación que no se reduzca a la "des-ritualización", sino que procure que el conflicto prevalezca por sobre el trámite.*

<sup>35</sup> *En este campo, el Proyecto de Código de Procedimiento Penal del Ecuador, Art. 253, adopta una postura radical. Si se quiere controlar verdaderamente el problema de la duración del proceso, se debe aceptar la consecuencia de la extinción de la acción penal. Todos los otros sistemas han fracasado.*

<sup>36</sup> *Una vez más, el programa garantista aparece como la senda más segura para el Derecho Penal y el Procesal Penal. Sin embargo, queda todavía pendiente determinar si es una tarea valiosa para el Derecho Penal en general la reorientación activa de la política criminal hacia la criminalidad no tradicional.*

<sup>37</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique. "¿Tiene futuro la dogmática penal?". En *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Tecnos, 1992.

<sup>38</sup> Creo que el mayor mérito de la perspectiva abolicionista ha sido consistido en clarificar el "telón de fondo" para cualquier política penal, aunque ésta no trate necesariamente de abolir "el sistema penal."

<sup>39</sup> Las afectaciones a los bienes jurídicos -de las que se ocupa el proceso penal- pueden ser reparables o irreparables, tanto objetiva como subjetivamente. De las afectaciones reparables, objetiva y subjetivamente hablando, bien podría dejar de ocuparse el proceso penal (y el principio de subsidiariedad de la acción penal es un buen camino para ello). Lo reparable objetivamente, pero irreparable subjetivamente (porque el titular del bien jurídico no acepta o no desea la reparación) también podría ser dejado de lado por el proceso penal, en base al principio de mínima intervención o economía del poder penal. Respecto de lo irreparable objetivamente, pero reparable subjetivamente (por ejemplo, el homicidio, en el que los familiares-víctimas aceptan y prefieren la reparación al castigo) es más discutible, pero se podría aceptar el retiro del proceso penal. Quedaría, en consecuencia, el programa mínimo de lo irreparable tanto objetiva como subjetivamente, como ámbito propio del proceso penal.

<sup>40</sup> Sin asumir una postura respecto del valor final de las estructuras lógico-objetivas, lo cierto es que la estructura dialógica del juicio (a la que responde el sistema acusatorio) podría ser considerada como una estructura elemental de la vida social, presente en muchos actos culturales (desde los económicos hasta los familiares). Como ya lo señaló Bentham, el proceso escrito nunca respondió a esta estructura natural. Si es así, el legislador debería respetar esta estructura, al menos si quiere realizar un programa legislativo adaptado a su cultura.

# LINEAMIENTOS GENERALES DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL Y EL CASO CONCRETO DE LA REFORMA EN EL URUGUAY

Luis Torello

En virtud de su experiencia en materia de gestión y política de la organización jurisdiccional y por el alto nivel jurídico que poseen los participantes de este Seminario, cabría ahorrar introducciones e ir directamente al meollo de este tema, que es el del examen de los resultados obtenidos en el Uruguay por la reforma procesal que implantara el proceso en audiencia.

Esa reforma procesal, que abarcó a las materias propias de lo que, genéricamente, denominamos "materia civil" por oposición a la "materia penal", lleva casi tres años de aplicación, en forma parcial, desde noviembre de 1989 y en forma total, desde enero de 1992.

Pero esa reforma procesal uruguaya no nace como hecho histórico aislado y producto exclusivo de factores internos; también factores externos fueron propicios para la concreción de este movimiento reformador.

Se hace necesario, entonces, examinar, aunque someramente, las circunstancias exógenas que dieron ambiente a la reforma y que, fundamentalmente, están constituidas por las fuertes críticas de que son objeto la generalidad de los sistemas procesales positivos por su falta de operatividad.

Prueba de ello lo fue la propia consigna bajo la que se desarrolló en Gante, en 1977, el Congreso Internacional de Derecho

Procesal. Bajo la sugestiva divisa "Para una justicia de rostro más humano", procesalistas de todas partes del mundo coincidieron en la necesidad de un proceso más ágil y más cercano al individuo.

En el área hispano-luso-americana, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha emprendido, desde la década del sesenta, una formidable tarea renovadora y ha visto, en ella, oportunidad propicia para lograr, a la par que soluciones procesales adecuadas, procurar se instalen, en los diversos países de Latinoamérica, sistemas procesales uniformes, en propósito acorde con el imperativo de unidad, que tanto se hace sentir en este momento histórico. En ese sentido y desde ya, cabe puntualizar, con especial énfasis, que el Código General del Proceso, vigente en el Uruguay, no es sino la adaptación, acorde con las peculiaridades nacionales, del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aprobado en el Congreso celebrado en Río de Janeiro en 1988 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y que dicho Instituto propone como pauta a seguir por los países del área en oportunidad de abocarse a reformas procesales.

El proceso, ha dicho STORME, se ha constituido en un eslabón fundamental en la historia de la civilización humana.

Lo normal, lo común, es que el derecho se realice de modo pacífico y fluido en el exclusivo ámbito de las personas, físicas o jurídicas, cuya conducta regula la norma positiva aplicable en el caso.

Lo corriente es que el ajuste al "deber ser" que impone la norma, no requiera de la actuación de instituciones e institutos externos al individuo para imponer, coactivamente, el cumplimiento de la conducta debida y propia de la situación jurídica en que se encuentra ubicado.

La simple compulsas de lo que acaece en la vida cotidiana nos demuestra que, en la inmensa mayoría de las veces, los contratos son cumplidos convenientemente por las partes, que las personas satisfacen las obligaciones que les incumben y que los derechos de cada uno son adecuadamente respetados por los demás.

En suma, que la observancia de la ley es, sin duda, la regla a la que se ciñen los individuos y que su conducta se adecua al "deber ser" impuesto por la norma, sin necesidad de estímulos externos.

Sucede, no obstante y en función de la inmensa suma de relaciones jurídicas que, en complejo entretejido, vinculan entre sí a los millones de individuos que integran nuestras sociedades, que se producen fracturas en éste, en general, armónico discurrir, sea porque se produzcan apartamientos respecto a la pauta de conducta que la norma determina para esa ocasión concreta, sea porque, existiendo

una disímil inteligencia respecto al sentido y contenido de la norma que regula la situación jurídica que vincula a dos o más personas, se susciten divergencias entre ellas en cuanto a cuál deba ser la conducta que habrá de implicar la satisfacción apropiada de lo preceptuado por el ordenamiento positivo.

En tales casos, en los que se verifican hipótesis de carencias de la inteligencia o carencias de la voluntad, así como en otros en que por la naturaleza del objeto en cuestión, el resultado que la norma sustancial asegura sólo puede obtenerse por la vía del proceso (procesos necesarios), la situación insatisfactoria debe ser eliminada si así lo reclama un interesado, por cuanto y de otro modo, el rasgo esencial del Derecho, su coercibilidad, desaparecería.

Sin perjuicio de los mecanismos alternativos de resolución de tales conflictos, todos los ordenamientos jurídicos han organizado sistema de heterotutela jurisdiccional oficial. El Estado, en síntesis, ha asumido como una de sus funciones esenciales, la de resolver este tipo de conflictos, interviniendo por medio de un conjunto de órganos -los jurisdiccionales- que cumplen esa función actuando de una manera reglada y en específicas circunstancias; esto es, por medio del proceso que, parafraseando a BARRIOS DE ANGELIS, podemos definir como la serie sucesiva de actos interdependientes, coordinados a la obtención de un cierto resultado: la adecuación del ser al deber ser, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La reforma procesal civil uruguaya se ha ceñido, como adelantáramos, al prototipo del Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo.

Ello se constituye en razón suficiente para dedicar una parte importante de este trabajo al examen de las circunstancias que impulsaran al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a emprender su redacción, al espíritu comunitario que la inspiró y, por fin, a una descripción general de sus principios orientadores y de las soluciones en que se concretan esos principios.

Desarrollo que no es ocioso, por cuanto y por más que la principal finalidad de este trabajo es la de transmitir la experiencia uruguaya y sus primeros resultados, siendo que el Código General del Proceso se encuadra exactamente en las pautas del Código Modelo, todo lo que se diga respecto a las características, lineamientos y principios propios de este último, es totalmente reeditable en relación al primero.

Las circunstancias que dieran impulso a esta labor del Instituto Iberoamericano del Derecho Procesal (en adelante: El Institu-

to), en el campo de los procesos civil y penal, son las mismas que en diversas áreas, como la científica, la cultural, la política y la económica, propician la institución de sistemas uniformes o la creación de organismos comunes para la región iberoamericana. Esas circunstancias no son otras que las propias de la clara conciencia de nuestros pueblos, de la impostergable necesidad de hacer efectivo el imperativo histórico de la unidad Latinoamericana, por considerarla el único camino viable para el cabal desarrollo de nuestros países y, también, como el único remedio idóneo para las múltiples vicisitudes que actualmente nos afligen.

Las exigencias de unas cada vez más fluidas e intensas interrelaciones, en todos los órdenes y la necesidad de superar problemas que nos son comunes, ha favorecido la idea de la uniformidad de la legislación como una de las respuestas a las exigencias de concretar la anhelada integración regional.

Ya en otros sectores de lo jurídico, diversos al procesal, juristas de nuestra región finalizaron, exitosamente, modelos de legislaciones uniformes para la materia penal y la tributaria.

Los procesalistas no han permanecido ajenos y, así, quienes se asocian en el Instituto vienen procurando, desde hace ya dos décadas, favorecer la uniformización de las normas que regulan los procesos civil y penal.

No se ha tratado, sin embargo, de meramente unificar los ordenamientos procesales actualmente vigentes en los países del área, lo que no presentaría mayores dificultades en virtud de su origen común y de la similitud de sus realizaciones en lo sustancial, sino de unificar reformando, siguiendo para ello ciertos criterios básicos en lo que generalmente coincidimos, porque estamos contestes en juzgarlos adecuados para lograr una mayor eficacia de las estructuras procesales.

Pues se ha dado la coyuntura de que en todos nuestros países se ha entendido necesario poner al día sectores de su legislación. Lo que no obedece a mera novelería jurídica sino al constatado envejecimiento de muchas de esas normas a causa del acelerado cambio que viene produciéndose en la realidad social que pretenden regular.

La esclerosis es más notoria en el campo procesal, donde son indisimulables las carencias de los ordenamientos procesales nacionales vigentes; tanto en el aspecto organizativo como en el procedimental. Trasuntándose en una justicia lenta, burocrática, incomprensible para el justiciable e incapaz, por lo general, de cumplir

con los requerimientos mínimos de nuestra época en una materia que, como el proceso, constituye garantía esencial para la actuación y defensa de los derechos y libertades de los individuos.

Decía COUTURE, poniendo de relieve la importancia de la función de la norma procesal, que las Constituciones de todos nuestros países contienen una promesa de justicia para sus habitantes, y que son las normas que regulan el proceso, a través del cual actúa la función jurisdiccional realizando el derecho en el caso concreto, las que explicitan la promesa constitucional, reglamentando la forma en que esa garantía de justicia se cumple.

El movimiento para la reforma de las instituciones procesales es, en estos últimos años, un hecho común en todos los países iberoamericanos; tal como claramente lo evidencian la asiduidad con que se modifican las leyes procesales y los múltiples y periódicos proyectos de reforma integral de sus Códigos procesales civil y penal.

La coyuntura de ese simultáneo movimiento reformista ha traído como natural consecuencia, la idea de agrupar esos intentos bajo reglas o bases comunes, aprovechando los resultados de experiencias locales y fundamentalmente, los aportes de la doctrina procesal iberoamericana que, preocupada con la actual situación de ineficacia de la función jurisdiccional, trabaja, analiza y propone soluciones, tomando en cuenta una realidad social, cultural, política y económica que, en lo esencial, es común en todos nuestros países.

Es quizá en el campo de lo procesal, más que en ningún otro de lo jurídico, donde los intentos unificatorios parecen contar con las mayores posibilidades de concretarse exitosamente.

El examen del derecho procesal vigente en los países iberoamericanos pone de manifiesto que, pese a la actual diversidad de los ordenamientos nacionales, existen múltiples similitudes que provienen de la comunidad de su origen y de una parecida evolución, derivada de las semejanzas del entorno social a cuyas necesidades esos ordenamientos tratan de satisfacer.

Se advierte, incluso, que muchos de los defectos y de las carencias que afectan por igual a las regulaciones nacionales, son los propios del ordenamiento originario del que provienen, ya que varias de sus características, como la escrituralidad, con la consecuente falta de intermediación, el desarrollo desconcentrado y en fases preclusivas, las fuertes limitaciones de los poderes del Tribunal, fueron mantenidas no obstante las reformas.

Escindida la primigenia unidad normativa, al fragmentarse la unidad política regional de la colonia y sobrevenida una diversidad

legislativa con el nacimiento de una pléyade de naciones independientes y acentuada, todavía, en la época actual, esa diversidad por obra de reformas cada vez más aceleradas, en un desesperado intento de adecuación a las nuevas exigencias, pero que siguen apegadas al vetusto molde original, ese origen común continúa, no obstante, siempre presente. Por lo que y pese a las particularidades nacionales, la esencial analogía de nuestros ordenamientos no ha desaparecido.

Lo que se ha constituido en un poderoso factor de acercamiento y confluencia; ya que esa analogía ha dado lugar a una notable canjeabilidad doctrinal y jurisprudencial, pues en virtud de esas coincidencias, no sólo los estudios de doctrina general (que y en puridad, no están sujetos a las particularidades del derecho positivo) sino, incluso, los análisis doctrinarios de institutos positivos específicos, los estudios sobre cuestiones también específicas y las concretas soluciones jurisprudenciales relativas a problemas procesales determinados, aunque arranquen de una particular disposición legislativa nacional, son en su inmensa mayoría, trasladables a parecidos problemas suscitados por la aplicación de textos legales concordantes de otros países del área.

Circunstancia que ha facilitado notoriamente el tráfico de ideas, las recíprocas lecturas, el fructífero acercamiento y el trabajo común de los procesalistas iberoamericanos, que en múltiples encuentros han constatado sus fundamentales coincidencias y donde, al amparo de ese poderoso aglutinador que es nuestro idioma común, las ideas han trascendido del ámbito nacional, expandiéndose hacia la región. Al punto que y sin hipérbole, podemos hablar de una doctrina procesal iberoamericana, cuyas ideas se plasman en una copiosa obra de diaria consulta en toda el área. Operándose, en los hechos y por función de ese trasiego de ideas, esa unificación que se procura, ahora, llevar a la práctica de manera más efectiva.

Es notorio como se recordaba, que en todos los países de Iberoamérica y desde hace ya bastante tiempo, se siente la imperiosa necesidad de la reforma de sus leyes procesales civiles y penales para y como exactamente puntualizaran GELSI y VESCOVI, en los fundamentos de las Bases Uniformes para la Reforma de la Legislación Procesal Civil de los países Latino Americanos, arrancar al proceso de su estancamiento y tradicionalismo exagerado.

Procurando una puesta al día acorde con las necesidades actuales y con las inmediatas que se avizoran. Dándole una mayor flexibilidad y adecuación a esta época, que no aprecia las formas ni por su antigüedad ni por su majestad, sino por su eficacia en cuanto a su función de garantía; que sigue apreciando la justicia como valor

fundamental, especialmente en relación a los más débiles; que no soporta al exasperante entretimiento en el obrar; que se sabe alejada de la comunicación y que quiere buscar los medios de obtenerla en cualquiera de los planos del quehacer humano. Y por lo tanto, también en el proceso reclamando una estructura que sea conforme con su verdadera manera de ser, que no es otra que la propia y natural a un plural y conjunto obrar humano (*actum triarum personae*), coordinado hacia un fin común y cuya humanización mediante una estructura dialógica, con modos de actuar simples, simultáneos, debe procurarse a toda costa, por manera que y en la exacta reflexión de BARBOZA MOREIRA, eliminemos la enorme distancia que actualmente separa a lo que hacemos en el proceso de aquello que sabemos que deberíamos hacer en él.

Es así que, localmente, en todos nuestros países, con mayor o menor amplitud y con variada fortuna, se intentan reformas que, con rara coincidencia, persiguen esos objetivos.

Y, también, que siempre comparecen, como temas explícitos o implícitos, de cuanto encuentro nacional o internacional que convoca a los procesalistas, el de la lentitud del proceso, el de la falta de inmediatez que lo vivifique y lo acerque al justiciable, el de la ineficacia práctica de las decisiones judiciales, y que se discutan soluciones que superen esas deficiencias.

Así como las coincidentes aspiraciones del predominio de principios que, como el de la oralidad bien entendida, logren la deseada inmediatez y eliminen la práctica de la delegación, el de la vigencia de la regla moral en el proceso, asignando al Tribunal, los poderes convenientes al efecto, para excluir conductas reñidas con la probidad. Reforzando, de esa forma, la credibilidad del proceso como instrumento civilizado e insustituible para la solución de los conflictos de intereses entre los hombres.

La coincidencia en este impulso reformista y en las bases esenciales que habrían de informar la reforma; la conciencia de que el momento es propicio para encarar una obra común que abrace a los países del área, ha cristalizado en una labor comunitaria de los procesalistas iberoamericanos integrados en el Instituto.

Esa labor se inició en las IV Jornadas celebradas en Venezuela en 1967, al resolverse comenzar un trabajo conjunto para preparar Códigos Modelos del Proceso Civil y Penal para los países del área. Continuó en las V Jornadas llevadas a cabo en Colombia en 1970, donde se trataron las Bases Comunes preparadas por los profesores argentinos Alfredo VELEZ MARICONDE y Jorge CLARIA OLMEDO,

para la materia penal y para la materia civil, por los profesores uruguayos Adolfo GELSI BIDART y Enrique VESCOVI.

Esas Bases fueron ampliamente discutidas y, llegado a un consenso respecto a su contenido y orientación, se encomendó a esos mismos profesores, preparar, respectivamente, sendos Anteproyectos de Códigos Procesales Civil y Penal, para servir de modelo en Iberoamérica.

Concretándonos al Anteproyecto del Proceso Civil, GELSI y VESCOVI, con quienes colaboré, prepararon un primer anteproyecto que se trató en las VII Jornadas celebradas en Guatemala, en 1981 y en las VIII, llevadas a cabo en Ecuador en 1982.

Luego, recogiendo y analizando las múltiples observaciones y críticas que se formularan en esas dos Jornadas, así como otras, que diversos miembros hicieran llegar por escrito, se reelaboró el Anteproyecto, concretándose en su forma actual, aprobada en las Jornadas de Rio de Janeiro, en 1988.

En las Bases que sirvieran de guía para la redacción del Anteproyecto se estableció, en apretada síntesis, que la reforma debía tomar en cuenta la realidad iberoamericana, con sus carencias económicas, técnicas y materiales, pero sin soslayar que nuestros países cuentan con un excelente y preparado patrimonio humano, en materia jurídica.

Así como que, tratándose de una programación destinada a provocar cambios, con el objetivo de transformar un determinado sector de la realidad social, se debía planificar, luego de un análisis científico del variado conjunto de factores influyentes en la problemática del proceso, de manera que y de entre varias soluciones, se optara no sólo por la más apropiada a la realidad del medio, sino por la más ajustada y conducente a lograr una mayor eficacia. En cuyo último aspecto y puesto que se trataba de proyectar normas de técnica, de reglas de conducta destinadas a la mejor obtención de un cierto fin, era imprescindible recurrir, para precisarlas y tal como modernamente sucede respecto a todo tipo de técnica, a la ciencia. Lo que en nuestro caso equivale decir, a la propia doctrina procesal iberoamericana, cuya madurez y desarrollo no pueden ser discutidos.

También se indicó que las reformas habrían de proyectarse considerando, además de la eficacia del proceso como instrumento idóneo para la realización de ciertos valores y fines que la comunidad aprecia, su encauzamiento en procedimientos racionales y comprensibles por el justiciable, con posibilidades de una real y efectiva comunicación entre los sujetos procesales, de manera que el proceso no

continuara, como hasta ahora, desasido de la realidad, sino estructurado conforme con su propia manera de ser y humana condición.

En razón de tales consideraciones se establecieron, como bases concretas, el procurar, sin desmedro de garantías, una sensible abreviación del proceso, estimándose que el método oral, mediante una estructura en la que la audiencia jugara un papel fundamental, era una eficaz solución técnica al efecto, conllevando la necesidad de prever un número suficiente de Jueces, debidamente preparados para actuar en este tipo de proceso, provistos de amplias facultades para dirigir e impulsar el trámite y, paralelamente, sujetos a responsabilidades en caso de omitir el uso de esas facultades.

El establecimiento de normas que impidieran el fraude procesal y conductas reñidas con la probidad efectivizando la vigencia de la regla moral en el proceso.

El aseguramiento de una real igualdad entre las partes, la vigencia del principio dispositivo, por regla general, en cuanto a la iniciativa del proceso civil, la determinación de su objeto y, por consecuencia, el ajuste de la sentencia al principio de congruencia.

La libertad en los medios de prueba, excluyéndose solamente los prohibidos por la ley o los que violen derechos humanos y su valoración por las reglas de la sana crítica.

El trámite judicial de la ejecución, dotándola de los medios necesarios para hacerla realmente eficaz, pero permitiendo, dentro de ciertos límites, el derecho de defensa del ejecutado.

La unificación y simplificación de los recursos, de manera que se impida su utilización con fines meramente dilatorios, sea del proceso, sea de la ejecución del fallo; consagración de un recurso extraordinario de revisión para permitir rever la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en circunstancias extraordinarias, expresamente determinadas, de dolo, fraude, colusión o indefensión.

El Anteproyecto de ajustó a los lineamientos dados por esas Bases al punto de no constituir sino su concreción y el desarrollo articulado de los principios y criterios que esas Bases establecieran.

En ocasión de su redacción se tuvo presente lo que COUTURE escribiera en la Exposición de Motivos de su Proyecto de Código de Procedimiento Civil para el Uruguay: "La redacción de un Código no es una obra académica sino una obra política. No tiene por finalidad consagrar principios de cátedra, sino solucionar los problemas que la realidad social, económica, cultural y ética presenta al legislador".

En nuestro caso, las Bases y, consiguientemente, el Ante-

proyecto, procuraron consultar debidamente las circunstancias propias del área sobre la que se espera influir, incluyendo soluciones practicable e idóneas para nuestros comunes problemas, sin perjuicio de atender a los criterios técnico-científicos en los que coincide en forma prácticamente unánime la doctrina procesal iberoamericana.

El Anteproyecto se encaró bajo la égida de tres principales directivas: simplicidad, probidad y eficacia.

Simplicidad, en primer lugar, al limitar el número de tipos procesales a su mínimo indispensable. A ese efecto y fuera de la necesaria previsión de los procesos preliminares, cautelares, e incidentales, se redujo el proceso de conocimiento a tres formas: la ordinaria, la extraordinaria, y la de estructura monitoria.

El proceso ordinario se convierte en el modo común de proceder; el extraordinario, que tiene una similar aunque más reducida estructura, se reserva para asuntos urgidos de pronta solución; el proceso de estructura monitoria, con posibilidades de fulminante culminación, si es que el demandado no deduce oposición, se aplica a pretericiones que aparecen dotadas, desde su inicio, de fuerte presunción de certeza o fehaciencia, en punto a su adecuación con la regla de derecho sustancial.

El proceso de ejecución tiene las lógicas variantes impuestas en razón del posible contenido de la condena (pagar suma de dinero, dar, hacer o no hacer alguna cosa).

Se regula uniformemente al proceso voluntario, previendo particularidades solamente para el sucesorio y el de declaración de la incapacidad.

Por virtud de sus especialidades, tienen regulaciones específicas el concurso y el arbitraje.

La cooperación judicial internacional, incluyendo el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, se prevé reproduciendo las actuales soluciones del derecho internacional privado y especialmente, en el ámbito americano, de la C.I.D.I.P.

Simplicidad también, en segundo lugar, en cuanto las estructuras proyectadas respetan lo que debe entenderse es la verdadera manera de ser del proceso, se aligeran de actos innecesarios y permiten la inmediación y la concentración, al girar en torno de la audiencia, que funciona como elemento central del proceso y que, en verdad, puede decirse que constituye su concreción.

Probidad, al procurarse mecanismos que aseguren la moralidad del proceso y que sus sujetos actúen con lealtad y buena fe.

### Así y en síntesis:

- carga de anticipar en la demanda y en la contestación toda la prueba que se intenta producir, evitando ocultamientos y maniobras;
- carga de contestar la demanda en el mismo acto en que se oponen excepciones previas, evitando la proposición de éstas con meros fines dilatorios;
- reglamentación del precepto **nemo tenetur edere se** en materia de prueba documental en poder del adversario, impidiendo los efectos de su ocultamiento;
- otorgamiento al Tribunal de amplios poderes para el rechazo de prueba inadmisibles, inconducentes, impertinentes o innecesarias y de incidentes maliciosamente promovidos; para dirigir el proceso con plena autoridad, evitando dilaciones y para aplicar sanciones a quienes lo obstaculicen indebidamente;
- desestímulo de las impugnaciones meramente dilatorias, acordando, en ciertos casos, efectos no suspensivos o diferidos a la apelación, admitiendo la ejecución provisoria de la sentencia de condena apelada; negando efectos suspensivos a los recursos de casación y revisión.

La eficacia del proceso es cuestión susceptible de un doble enfoque.

Uno, general, el de la ineficacia del servicio jurisdiccional como consecuencia de la lentitud del proceso, su excesiva demora en solucionar el conflicto y por las posibilidades de que provee la actual estructura al litigante malicioso, para agravar las consecuencias de este defecto, al facilitar dilaciones. En ese sentido, ya se han señalado las soluciones proyectadas para abreviar al proceso y hacer efectiva su moralidad.

El otro, más específico, refiere al problema del efectivo cumplimiento de las sentencias; a las soluciones para evitar la esterilidad de los fallos.

Es en la sentencia de condena donde hace crisis el problema de la eficacia; el "deber ser" que la condena determina requiere que el "ser", la realidad material, se acomode a lo que ordena el mandato.

El acreedor no queda satisfecho meramente con la sentencia que reconoce su derecho y condena al deudor a que haga efectiva la prestación adeudada; su satisfacción sólo se verifica cuando el deudor hace efectivo el pago ordenado por la sentencia.

Cuando el litigante condenado cumple voluntariamente la orden judicial, la adecuación del "ser" al "deber ser" impuesto, se opera

sin necesidad de intervención jurisdiccional, mas cuando así no sucede, es menester recurrir a la ejecución coactiva.

Se señalaba, en el Congreso de Würzburg de 1983, que: "hoy la ejecución forzada es prácticamente inexistente en la realidad cotidiana de la vida judicial. La ejecución depende, cada vez más, de la colaboración espontánea del deudor ejecutado, por lo que ella fracasa nueve de cada diez veces". Conscientes de que es desdichadamente exacta esta situación de verdadera frustración del cometido jurisdiccional, el Anteproyecto trata de asegurar la efectividad de la sentencia en varios momentos procesales. Primero, mediante medidas de orden preventivo, tendientes a impedir que durante el lapso que insume el proceso, se consumen maniobras que malogren su resultado. A ese efecto se contempla con gran amplitud la tutela jurídica preventiva mediante medidas cautelares, sin mengua de las debidas garantías del afectado por la cautela.

En esa misma línea, se asigna al Tribunal un poder cautelar genérico, con las consecuencias que ello implica en orden a la flexibilidad para adoptar medidas conducentes a evitar la lesión o daño del derecho y, por el método de la no taxatividad, una gran libertad para seleccionar la cautela más apropiada a las circunstancias, incluyéndose las medidas de tipo provisional así como las denominadas anticipativas, y sobre las cuales tanto y tan bien ha venido trabajando la doctrina brasileña.

Segundo, admitiendo con gran latitud, incluso de oficio, la imposición de conminaciones o astreintes, con su connatural efecto disuasivo del incumplimiento y, por el contrario, estimulante del cumplimiento voluntario de la decisión, obviando la ejecución forzada.

Tercero y por fin, se regula la ejecución forzada de manera simple, previéndose variantes procedimentales según que el contenido, la condena refiera al pago de suma de dinero o a dar, hacer o no hacer alguna cosa y, en estos dos últimos casos, según la fungibilidad o infungibilidad del hacer o del no hacer. El pago de suma de dinero por realización de bienes, tiene, igualmente, previsto un procedimiento simple.

En cuanto a los principios que orientan al Anteproyecto, se les reunió en los primeros Títulos del Libro I bajo el nombre de "Principios Generales" y contienen los lineamientos fundamentales sobre los que existe general consenso en la doctrina procesal iberoamericana.

En su articulación se prescindió de calificarlos, para respetar las diferentes categorizaciones doctrinarias. Su inclusión en la parte

inicial del Anteproyecto precisa su filiación y sirve, asimismo, de elemento para su interpretación, habiéndose procurado redactarlos con la mayor objetividad posible, por manera de no identificarse con corrientes doctrinarias determinadas y atendiendo, en lo esencial, a lo que compartimos.

Para aclarar las ideas técnico-políticas que fundamentan el Anteproyecto, caben, no obstante, algunas precisiones.

En relación a los opuestos principios: "inquisitividad u oficialidad" y "dispositividad", se opta por el criterio de procurar su armónica conjugación y coordinación.

Respetando una larga tradición, que se asienta en la concepción democrática y de respeto a la autonomía de la voluntad, se establece, como regla de principio, que solamente los interesados tienen la facultad de iniciar el proceso, de delimitar su objeto, definiéndolo en los actos de proposición (demanda y contestación) y, también, de aportar los hechos que fundamentan las opuestas posiciones.

Se prescribe, igualmente, que la sentencia debe ser congruente y, por consecuencia, que no puede resolver ni fuera ni más allá de lo pedido, ni dejar de decidir algo de lo propuesto. Las partes tienen la facultad de disponer del proceso, poniéndole fin abdicando de sus derechos, salvo que éstos sean irrenunciables.

Pero, para asegurar la eficacia del proceso y su aptitud como instrumento para realizar, en forma justa, el derecho en el caso concreto, se atemperan las consecuencias extremas del principio dispositivo y se introducen características propias del principio inquisitivo, que se entienden idóneas para el logro de esa finalidad. Consecuentemente, se asignan al Tribunal facultades de colaboración en la definición del objeto del proceso, para precisar aquello que las partes pretenden alcanzar por su intermedio se dota al órgano jurisdiccional de una amplia iniciativa probatoria; con lo que esa iniciativa resulta compartida, por igual, entre los sujetos procesales principales. Sin perjuicio de la facultad de las partes de pedir, de común acuerdo, su suspensión, se establece la perentoriedad de los plazos, impulsando al proceso de oficio. En ese mismo sentido deben considerarse los poderes del Tribunal en materia del control de los presupuestos procesales, dirección del proceso, prevención y relevamiento de nulidades.

En lo que concierne a la forma del proceso, siguiendo las directivas de las Bases y en la opción entre la oralidad y la escrituralidad, siendo que no se trata de elegir, por imposibilidad práctica, entre formas puras sino de un problema de límites, se estructuró un proceso

predominantemente oral. La estructura proyectada se caracteriza porque el proceso, luego de su preparación por actos escritos (demanda y contestación y, en su caso, reconvencción y su contestación) concluye con una audiencia oral, en la que el Tribunal y las partes entran en directo contacto así como con las diversas pruebas y demás elementos del proceso.

La audiencia se constituye en la base del proceso proyectado; en el ordinario, el extraordinario, el monitorio y, aún mismo, en el de ejecución, se hace de la audiencia el modo fundamental de actuar, el centro y núcleo del proceso.

A esa audiencia acuden, debidamente instruidos, el Tribunal y las partes; por cuanto esa audiencia se ubica luego que cada una ha expuesto, por escrito, su posición e indicado o acompañado la probanza con que pretende corroborar sus afirmaciones y cada parte, al igual que el Tribunal, ha tomado conocimiento de ello, por el mero expediente de la lectura de esos escritos.

En cuanto al contenido de lo que el Anteproyecto denomina, siguiendo prestigiosos antecedentes "audiencia preliminar", apuntaremos que a nuestro juicio, tiene dos diversos grupos de contenidos que podríamos denominar como constante", uno y "eventual", el otro.

Como contenidos "constantes" de la audiencia preliminar tenemos el conciliatorio, buscando la autocomposición del litigio o, al menos, simplificar su objeto mediante la eliminación de puntos de la controversia y, en segundo lugar el del saneamiento del proceso para depurarlo de aquellas irregularidades que podrían obstar al pronunciamiento de mérito; con lo que se sigue las huellas del despacho saneador del derecho luso-brasileño.

Como contenidos "eventuales", la audiencia preliminar ofrece, en la estructura ordinaria donde y como ya se señalara, existe prevista otra audiencia "complementaria", la producción adelantada de prueba y la también posible apropiación del contenido de esa audiencia "complementaria": producción de la totalidad de la prueba; formulación de las alegaciones y pronunciamiento de la sentencia; todo lo cual podrá darse en la audiencia preliminar si las circunstancias del caso así lo permiten. Las finalidades de esa audiencia preliminar, acordes con los contenidos mencionados, pueden resumirse, a nuestro juicio, en la de liquidar el proceso por medio de su autocomposición o, al menos, reducir su objeto, simplificándolo, al concretar las reales diferencias que separan a las partes, en cuya función desempeña un importante papel el Tribunal; en la de sanear al proceso, eliminando las irregularidades de tipo procesal; en la de delimitar y definir, de manera definitiva, el

objeto del proceso y de la prueba, descartando las inconducentes o innecesarias y en la preparación de la etapa posterior.

Eventualmente y si las características del caso así lo permiten, realización, en esa propia audiencia preliminar, de toda la actividad prevista para la audiencia complementaria; con lo que y en la propia audiencia preliminar existe la posibilidad de terminar el proceso.

La inserción de la audiencia como elemento central y principal del proceso proyectado y el consecuente predominio de la forma oral trae implicado, en primer lugar, la vigencia plena del principio de inmediación; el directo e íntimo contacto- puesto que se proscribe la delegación- de todos los sujetos del proceso entre sí y la directa asunción de las aportaciones probatorias por el Tribunal con la intervención también directa de las partes.

El proceso se realiza, así, en forma dialogal y conforme con su naturaleza humana. Se elimina, en segundo lugar, la dispersión de los actos procesales, que es la natural consecuencia de la forma escritural y se verifica, por el contrario, una concentración de los mismos en la audiencia, con la abreviación consiguiente: máxime al hacerse innecesaria una serie de actos, especialmente las notificaciones, puesto que se prevé que quienes asisten o debieron asistir a la audiencia, se tienen por notificados de las providencias pronunciadas en ella.

Corolario de la oralidad es la publicidad de la actuación jurisdiccional.

Pero publicidad entendida en su exacto y verdadero sentido: realización en forma pública de las actuaciones procesales de modo que cualquiera pueda presenciar su desarrollo entendiendo de lo que se trata, oyendo el planteo del diferendo, las pruebas que se aportan, las alegaciones y, por fin, la decisión jurisdiccional.

Sin perjuicio, por supuesto, de los casos en que superiores intereses de seguridad, de moral o de protección a la personalidad de alguna de las partes, impongan la reserva. No es ingenuo, en modo alguno, sostener que la publicidad constituye una de las más eficaces garantías para las partes y, también, para la propia comunidad, pues el proceso público permite la adecuada fiscalización de los órganos jurisdiccionales. Lo cual y si bien se piensa, no es sino la natural consecuencia del sistema democrático en cuanto no es concebible que uno de los poderes estatales actúe de otro modo que no sea de cara al pueblo.

Y la exclusiva forma procesal que permite la publicidad es la oral, ya que la forma escrita, a pesar de las disposiciones que

permiten el acceso al expediente de cualquier interesado, conduce, por obvias circunstancias y de modo natural, al secreto de las actuaciones.

En lo que atañe a las formalidades del procedimiento, es sabido que es impracticable todo sistema que se ciba a la ilusión de la absoluta libertad formal.

El Anteproyecto sigue, por consecuencia, el sistema de la predeterminación y de la legalidad de las formas procesales que, como es lógico, obedece y enraiza en la trascendente finalidad, procurada a través de la forma, la de representar una garantía para los derechos y libertades de quienes acuden al proceso para y precisamente, lograr su reconocimiento. De manera que y por medio de las previsiones de tipo formal, cada quien sepa, anticipadamente, con exactitud, cuáles son y cómo deben realizarse los actos preordenados a la obtención del pronunciamiento jurisdiccional reclamado.

Con acierto se señalaba en la Exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española, que: "Los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la Justicia; no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma".

En una similar línea, el Anteproyecto se afilia a un definido criterio de predominio del finalismo y del realismo, en tanto, si bien reconoce la necesidad de formas legales preestablecidas, proscribire, en cambio, el formalismo, las formas huecas, faltas de sentido y objeto, carentes de racional justificación.

Por esa razón no se instituyen fórmulas rígidas, sino un modo de actuar simple y sencillo, excluyendo solemnidades y ritualismos vacuos, previendo un proceder conforme y semejante al que se utiliza en la vida cotidiana, con lo que se procura, de ese modo, la necesaria humanización del proceso, haciéndolo inteligible para el pueblo.

Se prescribe expresamente, a esos efectos, la regla del predominio de la idoneidad del acto, a pesar de su eventual desajuste formal, en relación a la finalidad procurada. De manera que y pese a sus defectos formales, el acto será válido siempre que, sin afectar las garantías de la defensa en juicio, adopte una forma que permite la adecuada expresión de la voluntad de quien lo realiza y su igualmente apropiada trasmisión y recepción por aquellos a quienes se dirige.

La nulidad, por consiguiente es, en el Anteproyecto, una consecuencia extrema, que solamente se admite cuando el acto carece

de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad propia o cuando su irregularidad provoca indefensión.

En ajuste a idéntica intención se regula el tema de la valoración de la prueba.

Se instituye como criterio rector y exclusivo para valorar la eficacia probatoria de los medios de prueba, el racional, o sea el ajustado a las reglas de la sana crítica, que al incomparable decir de COUTURE: "representa la expresión más feliz del derecho comparado"; concepto que nos viene legado del Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado español, al referir a la apreciación de la prueba testimonial y que recogiera el artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

Se eliminan, por tanto, las tarifas o valoraciones predeterminadas y abstractas, por ser ajenas a la proteica realidad, imponiendo el principio de la racionalidad, conforme con los cambiantes parámetros de esa realidad, con ajuste al variado panorama de las posibilidades probatorias.

En ese sentido y de manera paralela, sin perjuicio de regular el elenco de medios de pruebas más usuales, se excluye su determinación taxativa, permitiendo la incorporación de todos aquellos que la experiencia o la técnica aportan para enriquecer las posibilidades de reconstruir o retener los hechos pasados que es necesario recrear, con toda la fidelidad posible, en el debate jurisdiccional.

Estos son, en una ojeada general y sin entrar en particularidades, los lineamientos del Anteproyecto.

Queda por señalar que y tal como se señala en su Exposición de Motivos, el Anteproyecto no pretende convertirse en derecho positivo, destinado a regir, efectivamente, en los países del área.

Es, simplemente, un intento de establecer pautas orientadoras, sobre la base de soluciones comúnmente admitidas y compartidas, concretadas en textos operativos, que aspiran a ser tomadas en cuenta, a servir de modelo, en futuras reformas legislativas nacionales, de manera de procurar una beneficiosa unificación de los ordenamientos procesales que habrá de repercutir en una mejor cooperación judicial internacional y, así lo creemos, en una sensible mejoría y perfeccionamiento del servicio de administración de justicia de nuestros pueblos.

Sin mengua ni desmedro, por supuesto, de las particularidades nacionales determinadas por los respectivos sistemas constitucionales y del mantenimiento de institutos procesales que, por recordar algunos, como el amparo mexicano o el mandato de seguridad

brasileño, ya están arraigados en la vida jurídica nacional y constituyen eficientes soluciones para las necesidades que les dieran origen.

Porque en todos nuestros países y en estos momentos, se siente la imperiosa necesidad de la reforma de sus vigentes ordenamientos procesales que ya no responden a las expectativas de los justiciables y que requieren adecuarse a las actuales exigencias de sociedades en evolución que reclaman, cada vez más, una justicia más eficaz y de más fácil acceso.

Esa necesidad es compartida, como no puede ser de otro modo, por quienes dedican sus afanes al estudio de esta vertiente del derecho, así por quienes son sus operadores y, desde luego, por los justiciables que, a la postre, son quienes sufren, en carne propia las falencias del sistema.

El panorama de la actual ineficacia, más o menos grave, de nuestros vigentes ordenamientos procesales conduce a concluir, racionalmente, que el legislador habrá de encarar, en tiempos seguramente próximos, dependiendo de la presión de las circunstancias coyunturales que exigen el cambio, una radical transformación de las normas relativas a la función jurisdiccional y, entre ellas, las que regulan el proceso.

Y si bien las leyes las dicta el legislador, éste, tratándose de cuestiones de índole técnica acude, para asesorarse, a quienes poseen esas técnicas, para elaborar los proyectos del caso.

No es aventurado suponer que los proyectos de reformas procesales civiles y penales se encomienden, en nuestros países, a los procesalistas, así como que éstos no habrán de prescindir de consultar el trabajo de sus colegas; sobre todo si se trata del realizado en forma colectiva por los nucleados en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que se presenta formulado en soluciones prácticas y operativas, siguiendo principios en cuya bondad coincide la doctrina científica y que se adecuan a las necesidades, particularidades y posibilidades de nuestra región.

Conforme con el esquema propuesto por los organizadores de este Seminario, se tratará la experiencia de la reforma uruguaya a través de tres diversos aspectos.

Primero, el diagnóstico de la realidad procesal civil, en sus sectores procedimentales y organizativos, en época anterior a la reforma.

Segundo, el proceso que llevó a la reforma, su estrategia y, a grandes rasgos, el contenido de los cambios.

Y, por fin, la evaluación general de sus resultados.

Pero para una más cabal comprensión de aquellos puntos, parece necesario dar una visión panorámica del ambiente humano, físico y político sobre el que se aplicó la reforma y, para ello, veremos someramente las características de mi país, su organización política y jurisdiccional, pues es indudable que esas circunstancias tuvieron y tienen una especial trascendencia en orden a la factibilidad de la reforma y a la posibilidad de su éxito.

El Uruguay es uno de los países menos extensos del continente (185.000 kilómetros cuadrados) y menos poblados (apenas 3.000.000 de habitantes).

Posee uno de los más altos índices de alfabetización de América (la enseñanza es gratuita en todos sus niveles, incluso en el superior) y las comunicaciones entre los diversos puntos del país son, en todas las épocas del año, ágiles y fluidas, facilitadas por una apropiada red vial y por la ausencia de accidentes geográficos que las dificulten.

Políticamente, está organizado como estado unitario y se divide en diecinueve circunscripciones territoriales, llamadas Departamentos, que son gobernados, cada uno de ellos, por un gobierno departamental dotado de una importante autonomía frente al gobierno central.

La Constitución asigna el cumplimiento de la mayor parte de la función jurisdiccional a un conjunto orgánico que instituye como Poder del Estado (el Poder Judicial) junto al Legislativo y al Ejecutivo.

Y se dijo "la mayor parte de la función jurisdiccional" porque un sector de la misma -el juzgamiento de la legitimidad de los actos administrativos y su eventual anulación- es de competencia de un órgano que no integra el Poder Judicial, ni ninguno de los otros dos Poderes, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que es un órgano de creación constitucional absolutamente autónomo y otro sector -el relativo a la justicia electoral- le está cometido a otro órgano, también autónomo y de origen constitucional: la Corte Electoral.

El Poder Judicial, y salvo criticables cortapisas en materia económica, se organiza y funciona como un verdadero Poder del Estado, tanto por la forma en la que son designados sus integrantes, por la autonomía con la que el órgano jerarca (la Suprema Corte de Justicia) gobierna al conjunto, como por la absoluta independencia con que cada Juez ejerce sus funciones.

En materia presupuestal, dispone de las partidas que le vota el Parlamento, el que también fija el sueldo de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia, disponiendo la ley que la retribución de

los demás magistrados se fije en diversos porcentajes (según su categoría) de aquella retribución.

El presupuesto total asignado al Poder Judicial no ha superado, jamás, el dos por ciento del presupuesto total; generalmente insume el uno por ciento y fracción.

El Poder Judicial se integra por una Suprema Corte de Justicia, compuesta de cinco miembros a quien la Constitución le asigna el gobierno y la administración del conjunto orgánico; los miembros de la Corte son elegidos por mayoría especial de la Asamblea General (la reunión de las Cámaras de Senadores y Diputados), siendo lo usual que el nombramiento recaiga en miembros de la magistratura, salvo muy raras y contadísimas excepciones.

A la Suprema Corte de Justicia le compete designar a los magistrados de todos los grados y categorías, requiriéndose, para el caso de integrantes de los Tribunales de Apelaciones, la venia del Senado.

En lo jurisdiccional, actúa como Corte Constitucional (le compete, en forma exclusiva declarar la inconstitucionalidad de la ley) y como Corte de Casación en todas las materias.

El resto del Poder Judicial se compone de los Tribunales de Apelaciones integrados por tres miembros, con competencia nacional y especializados en diversas materias (penal, civil, laboral y familia), que entienden de las apelaciones deducidas contra las sentencias dictadas por los Jueces Letrados de Primera Instancia.

Estos últimos son órganos unipersonales, la mayoría especializados en materias determinadas, aunque existen otros con competencia material múltiple, ubicados en las diversas áreas jurisdiccionales que abarcan todo el territorio del país.

Existen, por fin, Juzgados de Paz, que son también órganos unipersonales que entienden en asuntos comunes hasta una cierta cuantía y en otros específica (como por ejemplo, arrendamientos urbanos) sin límite de cuantía; estos Juzgados que tienen un territorio jurisdiccional más reducido que el de los Juzgados Letrados de Primera Instancia, se hallan diseminados por todas las zonas del país, incluso las rurales, por cuya razón y habida cuenta de la facilidad de las comunicaciones, el acceso puramente físico a las sedes jurisdiccionales no presenta, por lo común, ningún género de dificultades. Los Juzgados Letrados de Primera Instancia, actúan como órganos de alzada de los Juzgados de Paz pertenecientes a su jurisdicción territorial.

Antes de la reforma, el número total de jueces de todas las

categorías era, aproximadamente de trescientos; la mayoría de ellos letrados, pues excepción hecha de cierta categoría de Jueces de Paz (en especial los rurales), se exige la calidad de abogado para ser Magistrado.

Salvo el arbitraje y la conciliación previa ante los Jueces de Paz, no existían y tampoco existen actualmente, mecanismos alternativos para la solución de conflictos, previstos legalmente.

La situación antes de la reforma era, desde el punto de vista orgánico, discretamente satisfactoria: el Poder Judicial gozaba de efectiva independencia funcional y técnica, aunque padecía de una crónica carencia de recursos.

Nunca fue puesta en tela de juicio la honestidad y capacidad de los integrantes de la judicatura y aunque se advertía que su número no era suficiente, las propias características del sistema escritural permitía, a costa del alargamiento de los juicios, disimular esa carencia.

La falla del servicio jurisdiccional, en las materias no penales, derivaba del aspecto procedimental y se traducía en la excesiva prolongación de los juicios y en el alejamiento del Juez de la realidad sobre la que tenía que decidir por obra de la desesperante escrituralidad y consecuente falta de intermediación y concentración.

El sistema procesal entonces vigente, no era sino una variante del sistema español; el Código de Procedimiento Civil, que entrara a regir en 1878 tuvo, como antecedente principal, a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y, salvo modificaciones de detalle (las llamadas leyes de Abreviación de 1936 y de 1965) que no alteraron su esencia, se mantuvo en vigor hasta la aplicación, en noviembre de 1989, del Código General del Proceso.

Las principales características del Código de Procedimiento Civil eran, sintéticamente: la escrituralidad, la desconcentración, la ausencia de intermediación, la pluralidad procedimental, agravada, todavía, porque el legislador, cada vez que regulaba algún punto sustancial, solía instituir, al mismo tiempo, un procedimiento específico para el caso.

El Código de Procedimiento Civil preveía procedimientos con el sistema de la audiencia (alimentos, acciones posesorias); mas la habitualidad del procedimiento escrito produjo su natural efecto: la absorción de la forma oral por la escrita.

Los defectos y carencias de ese sistema, su falta de aptitud para permitir a la organización jurisdiccional cumplir de manera medianamente satisfactoria con su función que le es propia, eran inocultables.

El Código de Procedimiento Civil, decía COUTURE, al igual que su modelo, nació con retardo, aún con relación a la época en que fuera promulgado. No debe extrañar -continuaba el Maestro- que se hablara de reformarlo desde el día siguiente de su entrada en vigor.

El promedio de duración de la primera instancia de un juicio no bajaba de tres años y esa lentitud extrema en resolver los conflictos, la ajénidad del justiciable a lo que sucedía en el juicio en el que estaban en juego sus propios intereses y que derivaba de la forma procedimental escrita, se tradujo, a la postre, en un generalizado sentimiento de la ineficacia de la justicia y de su desprestigio como medio idóneo para resolver conflictos.

El diagnóstico de la realidad judicial uruguaya, en la década del ochenta y respecto a su actuación en todas las materias, incluida la penal, puede resumirse breve y simplemente, diciendo que, contándose con un plantel de Jueces técnicamente idóneos, de moral incuestionada, independientes y convenientemente seleccionados, los defectos del sistema procesal eran tales, que en la inmensa mayoría de los casos y acudiendo nuevamente a las palabras de COUTURE, la insólita duración de nuestra justicia neutraliza en absoluto sus virtudes; el tiempo, a pesar de las buenas intenciones, la hace penosamente inútil.

El afán reformista venía, desde vieja data.

El más radical intento de transformación y el más importante, luego de fracasado el tímido intento que supuso la Ley de Abreviación de 1936, lo fue, en 1945 el Proyecto del Maestro Couture que, pese a la reconocida autoridad de su autor, no tuvo el más mínimo eco en el ámbito legislativo.

En el área procesal civil, las cosas siguieron incambiadas en el Uruguay hasta 1985, salvo otro tímido retoque (la Ley de Abreviación de 1965) de muy magro resultado, pues mantuvo inalterada la estructura escritural que era el verdadero y esencial defecto del sistema.

Pese a reconocerse sin ambages los defectos del sistema procesal, la tenaz resistencia al cambio que parece ser propia de los operadores jurídicos, hacía abortar, de plano, todo intento de reforma que atacara, de manera radical, el meollo del problema.

Pero la prédica que comenzara Couture, atacando las viejas estructuras con fundamentos estrictamente fincados en los modernos estudios de la ciencia procesal, si bien no fructificó en la anhelada reforma, sí lo hizo en tanto y bajo su influjo, se formó un grupo de estudiosos del Derecho Procesal que, más tarde, en la década de

los sesenta, fundaron el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, nucleando a los docentes de esa materia de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

El instituto, merced a su extensa y profícua labor científica y de asesoramiento de los órganos legislativos, goza de un muy alto prestigio en el país; su obra se difunde, principalmente, por vía de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal que aparece, ininterrumpidamente, de manera trimestral, desde 1975 y que fuera declarada órgano oficial del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Durante un largo período, el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal insistió en la necesidad de una radical reforma del sistema procesal civil y penal. Sucesivos anteproyectos fueron formulados, siempre sobre la base del proceso en audiencia; tales anteproyectos, si bien no tuvieron acogida legislativa ni, al comienzo, la adhesión de los operadores, que veían con temor todo intento de reforma que implicara una radical transformación de la que era, hasta entonces, su forma habitual de actuar, fueron, no obstante, formando opinión sobre la necesidad de cambiar las cosas.

Desde la cátedra, en variadas conferencias y debates desarrollados a lo largo y a lo ancho de todo el país, los integrantes del Instituto cumplieron persistentemente una tarea de convencimiento de la imperiosa necesidad de la reforma procesal para dotar a la jurisdicción de un instrumento eficaz. Y, en cuanto a la dirección que debía seguir esa reforma, señalando, insistentemente, como medio idóneo para obtener ese objetivo, la erradicación de la innecesaria multiplicidad de estructuras, la simplificación de los procedimientos y la adopción de la forma del proceso en audiencia para lograr la adecuada actuación práctica de los principios de intermediación y concentración.

En 1985, abonado ya el campo convenientemente por virtud de esa intensa y sostenida prédica, coinciden un conjunto de circunstancias que propician la reforma.

En lo político, el Uruguay, luego de más de una década de gobierno de facto, restaura sus instituciones democráticas y la plena vigencia de su Constitución; integra el nuevo Gobierno, democráticamente elegido, como Vice Presidente de la República y Presidente de la Asamblea General, un destacado miembro del Instituto.

Existe un total consenso, en todos los partidos políticos, de la conveniencia y necesidad de llevar a cabo una radical reforma en el proceso civil para que la justicia actúe con eficacia y celeridad.

Paralelamente, tres miembros del Instituto, miembros, a su vez, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, han elaborado

el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que, como antes se viera, desarrolla los principios y soluciones propios del proceso en audiencia y que los más prestigiosos procesalistas iberoamericanos consideran el más apropiado para lograr un sistema procesal positivo, realmente operativo y eficaz y que conserva el necesario equilibrio entre la necesidad de celeridad y el respeto de las garantías del debido proceso.

Fue natural que el Gobierno encomendara a esas mismas personas la redacción de un Anteproyecto de Código Procesal Civil y éstas, en cumplimiento de lo encomendado, reeditarán la solución que ya habían elaborado para el Código Modelo, con los desarrollos y adaptaciones apropiadas a la realidad nacional.

En 1987 el Anteproyecto fue remitido por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo. Allá fue considerado, primero, por el Senado, cuya Comisión de Constitución y Códigos, integrada por varios juristas de muy alto nivel, provenientes de todo el espectro político, evidenciaron la voluntad de impulsar hasta su fin la reforma proyectada.

Esa coincidencia de voluntades políticas superó las naturales dificultades que, en virtud de la complejidad del funcionamiento de los cuerpos legislativos democráticos, supone la aprobación de una ley extensa y compleja como lo es, sin duda, un Código. Y donde las modificaciones, supresiones o innovaciones improvisadas ponen en riesgo la debida armonía de la estructura general.

El trabajo, en el ámbito reducido de la Comisión se vio, consiguientemente, facilitado al extremo y como en esa Comisión estaban representados todos los partidos y sectores políticos, se convino que, de mediar su aprobación en Comisión, el plenario del Senado aprobaría el texto a tapas cerradas.

Luego de ocho meses de constante labor de la Comisión, con la asistencia de los redactores del Anteproyecto y escuchadas y atendidas observaciones formuladas por la Suprema Corte de Justicia, Asociaciones de los diversos operadores judiciales (Magistrados, Abogados, Escribanos, etc.), todas las cuales versaban sobre cuestiones de detalle que no hacían a la esencia del sistema, se aprobó el texto definitivo que también fue aprobado por el Pleno del Senado y, posteriormente, por la Cámara de Diputados, luego de un similar estudio por una Comisión de ese Cuerpo Legislativo.

En octubre de 1988 se aprobó y promulgó el nuevo Código.

Pero, y como es sabido, las leyes procesales, las que meramente refieren al proceso, carecen por sí solas de aptitud para operar su deseada transformación en la realidad, dotándolo de huma-

nidad y eficacia. En último término, tratándose de un obrar humano, la consecución de las finalidades propuestas por toda reforma habrá de depender, fundamentalmente, de los hombres que realizan el proceso; de sus operadores técnicos.

Es imprescindible, en razón de la obvia conexión e interdependencia que existe entre esos dos sectores de la problemática procesal, proceder junto a las reformas procedimentales, a reformas de orden orgánico, eliminando el burocratismo judicial, la delegación de los poderes del Tribunal y el alejamiento de la realidad. A esos efectos, es preciso aumentar razonablemente, el número de Jueces y procurar que éstos, así como sus colaboradores procesales: los abogados, tengan una formación jurídica humanística apropiada, propiciando un cambio de mentalidad en los operadores procesales, formada hasta ahora, en función de un proceder esencialmente escrito, deshumanizado y desasido de la realidad.

Es así, que junto con la reforma del procedimiento, sugere de sus mismos redactores y por iniciativa de la Suprema Corte de Justicia, se sancionan normas que aumentan considerablemente el número de jueces, atendiendo, naturalmente, a que el sistema del proceso en audiencia, al requerir la atención personalizada del juzgador durante todo su transcurso, no permite la atención simultánea, aunque mediata y despersonalizada de varios asuntos como en el régimen escrito.

La intermediación y la concentración, la prohibición de la delegación, hacen necesario que se cuente con el número de jueces apropiados, so pena de que -y como así sucediera en países que implantaron el proceso en audiencia sin aumentar el número de jueces- luego de la etapa de proposición escrita (demanda y contestación), el sistema naufrague por congestionamiento, por el extenso lapso que media entre aquella etapa y la fecha de la audiencia preliminar, debido al exceso de asuntos.

También se otorgaron a la Suprema Corte potestades para distribuir los órganos jurisdiccionales territorialmente y por materia, para adaptarse a las posibles variantes de la coyuntura jurisdiccional y, similarmente, dentro de las posibilidades económicas del Estado, se incrementaron las partidas destinadas a procurar locales apropiados para los nuevos Juzgados y para cubrir las exigencias del proceso en audiencia.

La experiencia uruguaya tiene, por consecuencia, rasgos muy peculiares que posibilitaron la reforma y que no parece fácil se reediten en otros países.

La previsible resistencia al cambio en los operadores jurídicos (Jueces, Abogados, Fiscales, etc.) que acostumbrados a una cierta forma de proceder, veían con temor y desconfianza una modificación tan abrupta y radical, se vio superada por un conjunto de factores.

En primer lugar por la extensa y persistente labor del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal en favor de la reforma.

En segundo lugar, por la repercusión que en el ámbito jurídico del Uruguay tuvo la favorable recepción que en los medios científicos iberoamericanos e, incluso, europeos, tuviera el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

En tercer lugar y por fin, un factor que fue, quizá, el decisivo: la decidida voluntad de todo el espectro político, de llevar hasta su fin una reforma como la propuesta.

La conjunción de esos factores acalló la mayoría de las resistencias, muchas de las cuales, más que basadas en juicios científicos sobre el valor técnico del proyecto y sobre su aptitud para dotar de mayor eficacia al servicio jurisdiccional, eran debidas al temor que acompaña a toda propuesta de cambios radicales, en todos los órdenes de la vida.

El nuevo Código, si bien fue sancionado en octubre de 1988, recién entró a regir (y aún así, en forma parcial) en noviembre de 1989.

Ese lapso de más de un año entre su sanción y la entrada en vigor fue utilizado para desarrollar una intensa campaña de divulgación, mediante cursos, conferencias y debates, donde se explicó el sistema del nuevo Código a Jueces, Abogados, estudiantes, etc. Dichos eventos se cumplieron en diversos puntos del territorio y no sólo en su capital; fue aquí destacadísima la labor que cumplieron los miembros del Instituto.

Luego de esa tarea de divulgación, que incluyó videos y representaciones en vivo (a cargo de estudiantes de nuestra Facultad) de la nueva forma de proceder, muchos temores desaparecieron al advertir la similitud de los institutos del nuevo Código con los de la legislación anteriormente vigente, pues lo que constituye la diferencia esencial entre uno y otro modo de proceder, derivaba de la audiencia.

Paralelamente y habida cuenta que habría de proveerse un gran número de cargos en la Judicatura, a impulsos de la Suprema Corte de Justicia, de la Facultad de Derecho y del Ministerio de Educación y Cultura (a cuya órbita pertenece el Ministerio Público y Fiscal) se creó un Centro de Estudios Judiciales, donde nuestros

mejores profesores dictaron cursos para preparar a los futuros Jueces y Fiscales y a quienes ya se desempeñaban en esos cargos, para enfrentar las nuevas tareas que se avecinaban.

Por fin, en noviembre de 1989 entró a regir el nuevo Código, aunque de manera parcial, por cuanto si bien se aplicaba, de inmediato y para todas las nuevas causas propias de las materias incluidas en su ámbito, también se preveía que las causas anteriores (excepto en segunda instancia y en casación) continuarían rigiéndose por el viejo procedimiento.

Para superar el problema del trámite conjunto, en una misma sede, de dos diversos procedimientos, se estableció que los nuevos Juzgados creados para atender los requerimientos del nuevo sistema, entenderían en los nuevos asuntos, y que los Juzgados ya existentes, al tiempo de no atender asuntos nuevos, se dedicaban a la finalización de los que tenían en trámite, siguiendo el procedimiento anterior.

Complementariamente, se facultó a la Suprema Corte de Justicia para la paulatina incorporación de esos Juzgados "Viejos" al nuevo sistema, a medida que finalizaran o disminuyeran, sensiblemente, las causas del viejo sistema en que conocían.

Para procurar las mayores posibilidades de éxito de la reforma, se llevó a los nuevos Juzgados a Jueces calificados, que habían expresado su deseo de actuar conforme con el nuevo régimen, así como aquéllos especialmente preparados para esa tarea por el Centro de Estudios Judiciales.

Superados rápidamente iniciales desinteligencias, el sistema demostró que funcionaba; se desvanecieron temores y ninguna de las anunciadas catástrofes que pronosticaban alguno de los opositores a la reforma, ocurrió.

La inmediatez produjo sus naturales efectos y la resolución del conflicto se obtuvo en un notorio menor tiempo.

Transcurridos poco más de dos años de aplicación del nuevo Código, se constató que, salvo muy raras excepciones, no se producían congestionamientos de asuntos que determinaran dilatar la fecha de las audiencias.

Por lo demás, advertida la Suprema Corte de Justicia de la sensible disminución de las causas que aún seguían tramitando por el viejo procedimiento, dispuso que desde enero de 1992, todos los órganos jurisdiccionales pasaran a conocer según el nuevo régimen, sin perjuicio del trámite de las pocas causas viejas que aún restaban finalizar, según el régimen anterior. La medida implicó incrementar, de

manera importante, el número de Tribunales que entienden en el nuevo régimen y junto a los resultados de un sistema de distribución de asuntos, en la capital del país (que es donde reside casi la mitad de la población y donde tramita el mayor número de asuntos) por vía de una mesa central que opera un sistema computarizado aleatorio, alejó al menos temporariamente, la eventualidad de la congestión de asuntos en una misma oficina que afectara la celeridad del trámite.

Las características técnicas del nuevo Código uruguayo son las mismas que antes señaláramos respecto al Código Modelo.

Sin perjuicio de remitir a lo dicho anteriormente, cabe reiterar, sintéticamente, que el Código General del Proceso, si bien contiene ciertos procesos especiales (concurso, declaración de incapacidad, etc) y las correspondientes previsiones específicas para los procesos preliminares, cautelares y de ejecución, en materia de proceso de conocimiento instala solamente tres estructuras: la ordinaria, la extraordinaria y la monitoria.

El primero, aplicable de regla, está constituido por una etapa de preposición escrita (demanda y contestación), seguida por una audiencia multifuncional (tentativa de conciliación, saneamiento de las irregularidades formales, determinación del objeto del proceso y de la prueba) a la que sigue otra audiencia (la complementaria) destinada a evacuar la prueba y escuchar, las alegaciones de las partes; con lo que concluye la causa, siendo facultativo del Juez dictar sentencia en esa misma audiencia o diferir su dictado para otra audiencia, que debe ser fijada en un breve lapso (cuarenta y cinco días).

Existe la posibilidad de que en la propia audiencia inicial (llamada preliminar) se cumplan sus funciones específicas y, también las propias de la audiencia complementaria.

El proceso extraordinario solamente se aplica para pretensiones especialmente previstas (alimentos, posesorios, etc.) y solamente difiere del ordinario en que el procedimiento prevé una sola audiencia.

Por fin el procedimiento de estructura monitoria, se reserva para pretensiones (taxativamente enumeradas) que se caracterizan por estar dotadas, inicialmente, de una fuerte presunción de fehacencia o certeza (por ejemplo: la pretensión de pago de una suma que consta en un título ejecutivo); en tales casos la etapa de conocimiento del procedimiento tiene la posibilidad de una muy rápida culminación.

Presentada la demanda, el Juez examina si se configuran los presupuestos de admisibilidad y fundabilidad a los que se contingenta el acogimiento de la pretensión; si así fuera, se dicta una

providencia que acoge la pretensión y ordena proseguir con la ejecución (vía de apremio) cuya eficacia queda supeditada a que el demandado no deduzca oposición, lo que debe hacer en un plazo breve (diez días). Si no se produce la oposición, aquella providencia inicial adquiere la eficacia de sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y se ingresa a la etapa de ejecución. Si se deduce oposición esa providencia inicial no adquiere eficacia y se instala una etapa de conocimiento, a tramitar según el proceso extraordinario, que culmina con sentencia que decide la controversia.

El sistema del nuevo Código sigue ceñido al principio dispositivo (sólo las partes tienen la iniciativa del proceso: sólo las partes determinan su objeto y la plataforma fáctica en que sustentan su pretensión o resistencia; sólo las partes pueden disponer del proceso, la sentencia debe ajustarse a las reglas de la congruencia) pero acuerda al Juez amplias potestades probatorias y de dirección del proceso.

El rasgo más destacado del sistema es el de la plena vigencia del principio de inmediación (actuado a través del mecanismo de la audiencia) del de concentración y consecuente abreviación (también en razón del ya citado mecanismo procesal).

Los recursos se regulan de manera de desincentivar su proposición con ánimo dilatorio (efecto diferido o no suspensivo).

La ejecución se prevé con modalidades ágiles y eficaces, en modalidades ajustadas al contenido de la sentencia de condena.

Es obvio que el éxito del sistema del proceso en audiencia, cuyas ventajas no parecen discutibles, depende de que exista una debida proporcionalidad entre el número de jueces y el número de asuntos.

Ha sido preocupación de los responsables de poner en marcha la reforma atender prioritariamente, no sólo sus aspectos procedimentales sino los organizativos, procurando el número de jueces que se entendió necesario, adecuadamente preparados para las exigencias del nuevo sistema y convenientemente distribuidos, por manera de asegurar que, tanto por el criterio de distribución de la competencia en razón de la materia como en razón del territorio, no se produzca en alguna sede la sobrecarga de asuntos que constituye el mayor riesgo del sistema.

En un país que, aún ahora, no cuenta con una estadística judicial confiable y completa, ya que los datos actuales son fragmentarios y no obedecen a un criterio de registración uniforme, la determinación del número de jueces que se juzgó necesario y su distribución, fue

hecha, en verdad, adicionando a las conclusiones extraídas de un imperfecto conocimiento de la realidad, una cierta dosis de intuición.

Contamos, en este momento, con alrededor de 460 plazas de Juez, incluidas todas sus categorías (desde integrante de la Suprema Corte a Juez de Paz); lo que hace un promedio de un Juez cada 6.500 habitantes, y coloca al Uruguay, desde el punto de vista de la relación número de jueces-número de habitantes, en tercer lugar en el mundo, luego de Alemania y de Bélgica.

Como existen varios órganos pluripersonales (17), ese número de jueces se distribuye en alrededor de 400 sedes judiciales.

Claro está que no todas ellas entienden en las materias en las que se aplica el Código General del Proceso; 55 de esas sedes entienden, exclusivamente en materia penal y afines que tramitan por otro procedimiento; con lo que existen, entonces, aproximadamente 350 sedes que aplican el nuevo procedimiento.

Como se adelantara, funciona en Montevideo (la capital del país) y su departamento, una oficina que, mediante un sistema computarizado y aleatorio, distribuye los asuntos según su materia y cuantía, entre los distintos Juzgados que entienden en primera instancia, y determina, desde ya, el órgano al que le corresponderá la eventual segunda instancia.

Esa oficina comenzó a funcionar en enero de 1992 y es, actualmente una fuente de datos confiable, por su sistema de registración, respecto al número de asuntos ingresados en cada sede.

Si bien los datos son sólo del departamento de Montevideo, habida cuenta que allí habita casi la mitad de la población del país y que allí radica el mayor número de asuntos judiciales, no es aventurado, en modo alguno concluir, que su situación es reflejo de la del resto del territorio.

Las cifras que siguen y que abarcan el período 1/1/92 al 13/X/92 nos indican:

a) que a 24 Juzgados de lo Civil ingresaron, en ese período, un total de 4834 asuntos, lo que hace un promedio de 201 casos (poco más de 20 casos mensuales) para cada uno;

b) que a 30 Juzgados Letrados de Familia ingresaron, en ese período, un total de 13.881 asuntos, lo que hace un promedio de 463 casos (aproximadamente 48 por mes) para cada uno; respecto a estos Juzgados debe tenerse presente que gran número de los asuntos en

que conocen son de naturaleza voluntaria (4.708 son sucesiones) que, de regla, no requieren audiencia;

c) que a 10 Juzgados Laborales, ingresaron, en el período, un total de 1896 asuntos, lo que hace un promedio de 190 casos (alrededor de 20 mensuales) para cada uno;

d) que a 38 Juzgados de Paz ingresaron, en el período, un total de 44.668 asuntos: lo que hace un promedio de 1.176 casos (cerca de 120 mensuales) para cada uno; debe tenerse presente que un gran número de estos asuntos (no menos de 15.000) son simples intimaciones de pago que se agotan, con su práctica y que 6.463 asuntos son juicios ejecutivos (cuyo trámite monitorio determina, en muy alto porcentaje, que no haya audiencia) y que otro alto número (6.000 aproximadamente) consista en desalojos, que también y con iguales consecuencias que las antes señaladas, tramitan por un proceso de estructura monitoria;

e) que y por fin, a 2 Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo de reparación, ingresaron en similar período 261 asuntos; lo que hace un promedio de 131 casos (cerca de 12 por mes) para cada uno.

Aunque no disponemos de datos computarizados, las inspecciones periódicas revelan cifras que permiten concluir en una similar afluencia y distribución de asuntos en las diversas sedes del resto del territorio nacional.

Las cifras reveladas evidencian que no existe saturación de asuntos y que las audiencias pueden fijarse en fechas bastante próximas a las de la conclusión de la etapa escrita de proposición.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, según la naturaleza de los asuntos, le es posible a cada sede diligenciar de dos a cinco audiencias por día hábil. En asuntos complejos, como pueden serlo algunos de la materia civil, es difícil, por lo común, fijar más de dos audiencias diarias: pero en los más simples de familia (pensiones alimenticias, regímenes de guarda y visita, divorcios) es perfectamente posible fijar cuatro o cinco audiencias por día.

Promedialmente y tomando datos de las sedes ubicadas en Montevideo, la audiencia preliminar se fija a no más de cuatro meses (generalmente dos) contados desde la fecha de presentación de la demanda (el plazo para contestar es de treinta días); la excepción la constituye, en Montevideo, la materia laboral, en la que el plazo

promedial alcanza a los seis meses. Ello es debido, por lo común, al tiempo que insume la audiencia preliminar cuando se trata como generalmente sucede de una cantidad de trabajadores que deducen en forma conjunta su demanda (acumulación subjetiva de acciones).

Para acordar su exacto valor a los datos que sobre la duración de la primera instancia del proceso en audiencia daremos a continuación, es necesario tener en cuenta que muchos procesos tramitan por una estructura monitoria, cuya característica -tal como repetidamente hemos venido señalando- es la de que, no deduciendo oposición el demandado, el trámite se reduce a la demanda y a la providencia inicial que acoge la pretensión. En segundo lugar, que la conciliación intraprocesal, que obligatoriamente debe intentar el propio Juez de la causa en la audiencia preliminar, ha logrado un alto porcentaje de resultados exitosos. Ambos factores determinan que existan procesos de muy corta duración y ello influye, naturalmente, en el descenso del promedio general.

La duración promedio, de la primera instancia desde la fecha de la demanda, es de 6 meses en la materia de Familia, de 7 meses en la materia Civil y de 10 meses en la materia Laboral.

La segunda instancia, luego de modificado el régimen que imponía el estudio simultáneo del expediente por los integrantes de los órganos de alzada pluripersonales, por medio de reproducciones facsimilares, lo que determinaban una extensa demora de orden material, tiene un promedio de duración que no supera los 5 meses.

La evaluación objetiva y crítica de la reforma a casi tres años de su entrada en vigencia y a menos de un año de su aplicación por todos los tribunales que entienden en las materias abarcadas por el nuevo procedimiento, pone de relieve que el Código General del Proceso se ha constituido en un eficaz instrumento de mejora en la prestación del servicio jurisdiccional. El cambio de la actual situación respecto a la existente durante la vigencia del nuevo régimen, es notorio.

Claro está que en el cambio más relevante, la mayor celeridad con que finalizan los juicios, ha influido, obviamente, el mayor número de jueces y una mejor distribución de los asuntos.

Pero, a nuestro parecer, lo más destacable de la reforma lo ha sido la mudanza operada en el modo de proceder, como consecuencia de la introducción de la audiencia como núcleo o eje de todas las estructuras procesales.

La reunión del Juez con las partes y sus abogados; la directa asunción de las pruebas por el juzgador; la ahora personal

intervención de las partes en las actuaciones procesales; en suma, las consecuencias de la intermediación, han dado resultados más importantes que los de la mera abreviación de la duración del pleito.

La intermediación y el ejercicio de las potestades que la ley asigna al Juez para dirigir el proceso, para la averiguación de la verdad dentro de los límites propuestos por las partes, para la prevención y sanción de las conductas procesalmente maliciosas, están desterrando las prácticas dilatorias, los testigos mendaces, las pruebas inútiles o impertinentes.

La directa y obligatoria intervención del Juez en la tentativa de conciliación, que se realiza al comienzo de la audiencia preliminar, ha aumentado el número de los asuntos en los que las partes transigen. Y, en los casos que ese arreglo no se logra, se obtiene, al menos, por medio del reconocimiento o la admisión de hechos, una importante simplificación y reducción del material fáctico controvertido.

La opinión de los Jueces, Fiscales, Abogados y, en general, de todos los operadores jurídicos, luego que la reforma fuera puesta en funcionamiento y se produjera, al cabo de un cierto lapso, el necesario acostumbramiento a la nueva forma de proceder, es ampliamente favorable. Existen, es cierto, quienes continúan recordando con nostalgia los tiempos del proceso escrito y el menor esfuerzo personal que el mismo exigía; pero son los menos.

Pero lo que realmente interesa es la opinión de los justiciables; se ha advertido el cambio de actitud que ha tenido el grupo de usuarios del servicio y el mejor concepto que ahora les merece la administración de justicia en su sector no-penal.

En el anterior sistema escrito, la forma y modo en que se resolvía el litigio era para el justiciable, algo esotérico.

Se limitaba a firmar escritos que redactaba su abogado y que, por lo común, no entendía; sólo concurría al juzgado en caso de prueba de absolución de posiciones y, ni aún así, por virtud de la inevitable delegación, tenía lapso, cumplida una tramitación en la que no intervenía, alguien, a quien no conocía, decidía sobre el destino de sus bienes o intereses.

Las cosas son, ahora, muy diferentes. De regla y salvo rigurosas excepciones, la parte debe concurrir personalmente a la audiencia y ello le permite una percepción directa de cómo se desarrolla la actividad destinada a resolver el conflicto en el que está involucrada.

Ve, por consiguiente, cómo actúan el Juez y los Abogados: es invitada, junto a su contraparte, a llegar a un acuerdo o, en su caso, a aclarar sus divergencias; es participe del diligenciamiento de la

prueba y escucha, por fin, de labios del Juez, la sentencia que decide su causa.

Esa personalización y humanización del proceder judicial, su mayor comprensibilidad por los justiciables, ha concitado una mayor adhesión al sistema judicial de resolución de los conflictos; y ello, en estos tiempos, no es poca cosa.

Si bien la reforma del proceso civil está haciendo camino, en el Uruguay, no se ha dejado, sin embargo, de tomar previsiones para el futuro mediato e inmediato, a efectos de evitar contingencias que puedan hacerla fracasar.

La necesidad de preparar jueces para llenar los cargos que requería la aplicación del Código General del Proceso, dio nacimiento al Centro de Estudios Judiciales que funcionó y funciona, como escuela de jueces y de otros operadores y auxiliares procesales. Esa institución ha continuado su labor de preparación de magistrados y, en estos momentos, la Suprema Corte de Justicia selecciona, en principio, de entre sus egresados, a los futuros jueces, que previo a su ingreso al Centro deben haber obtenido su título de Abogado en la Facultad de Derecho.

Eso asegura el ingreso de personas especialmente preparadas para actuar en el proceso en audiencia y con un alto grado de adhesión a ese sistema.

Se está implementando un sistema idóneo de estadística que supere nuestras actuales carencias en esa materia. Dispondremos, muy próximamente, de datos exactos, cuantitativos y cualitativos, que permitan a la Suprema Corte de Justicia una correcta toma de decisiones en cuanto al número y distribución (por materias y por territorio) de las sedes jurisdiccionales, atendiendo a las necesidades detectadas.

Se está en camino de extender, abarcando todas las sedes cuyo volumen de trabajo lo requiera, el sistema (que ya funciona en muchas de ellas) de informática de gestión, para la documentación de la tramitación, y de informática documental, para facilitar el acceso a los antecedentes legislativos y jurisprudenciales. También se han instalado modernos sistemas de comunicación que enlazan a las diversas sedes entre sí y a éstas con el órgano rector del Poder Judicial.

Por otro lado, se ha advertido que la mayor eficacia con que se presta el servicio ha traído un aumento en el número de asuntos que se someten a la decisión de los órganos jurisdiccionales oficiales.

Quienes abdican de reclamar derechos de muy relativa importancia por saber que sólo obtendrían, eventualmente, su satisfac-

ción con harta demora y cuando ya el resultado carece de valor práctico, se ven animados ahora a plantear su reclamo, en el convencimiento de que será resuelto en un plazo razonable. La circunstancia ha llevado a examinar la posibilidad de regular mecanismos alternativos, tales como la mediación, que eviten la posible congestión de los órganos de la justicia estatal o, aún dentro de ésta, a la creación de juzgados de pequeñas causas (concepto que no debe reducirse a lo meramente cuantitativo), que actuarían en procedimientos más simplificados e informales en conflictos de escasa importancia pero urgidos de rápida solución.

Tengo el temor de que se piense que esta visión sobre el resultado de la reforma del proceso civil en el Uruguay sea la propia de quien, habiendo tenido la suerte y el honor de participar en su gestación, está tan comprometido con ella, que carece de la objetividad necesaria para evaluarla imparcialmente.

Estando convencido de las insustituibles bondades del sistema del proceso en audiencia, lejos estoy de negar que mi juicio no esté afectado por la parcialidad y el subjetivismo.

Otro, menos comprometido, sería más cauto en el elogio del sistema y menos optimista en la valoración de sus resultados; pero de lo que me hallo absolutamente seguro, es de que cualquier observador neutral de lo que sucedía y de lo que sucede ahora en la Administración de Justicia Uruguaya, no dejaría de señalar, como hecho cierto y comprobable, el sensible y notorio mejoramiento operado, luego de la reforma, en la prestación del servicio jurisdiccional.

Es cierto que existen, todavía, imperfecciones; el propio Código, incluso, exige una serie de imprescindibles retoques. Pero un balance general permite afirmar que esas imperfecciones pesan mucho menos que los logros obtenidos. Así como que tales imperfecciones, más que a defectos insuperables del sistema, se deben a fallas de los operadores jurídicos.

La transformación del poder judicial, para acomodarlo a lo que la más prestigiosa doctrina, desde KLEIN en adelante, conceptúan como el técnicamente más óptimo, no depende, simplemente, de sancionar una normativa cuyas soluciones sean el desarrollo y concreción de aquellos principios a ajustarse todo instrumento procesal idóneo para procurar la finalidad a la que está destinado.

Tratándose, en último término, de un obrar humano, la transformación efectiva depende, sobre todo, de las virtudes de los hombres que llevan a cabo ese obrar, de su franca adhesión al sistema

y de su voluntad de hacerlo funcionar de modo acorde a sus reglas y principios.

En esta etapa de consolidación de la reforma, el mayor esfuerzo lo estamos haciendo en el área de los operadores, especialmente en la de los jueces, procurando dotarlos de la formación adecuada, de manera que utilicen, con autoridad pero sin excesos, los mecanismos que el nuevo régimen procesal pone en sus manos para permitirles cumplir, en forma más humana, con mayor acierto y celeridad y con respeto de las garantías del debido proceso, el mandato propio de su oficio: dar a cada uno lo suyo.

# LA REFORMA PROCESAL EN COSTA RICA

## Dr. Olman Arguedas Salazar

### CAPITULO I

#### LA REFORMA PROCESAL CIVIL EN COSTA RICA

El largo camino recorrido para la elaboración del Proyecto del Código Procesal Civil se inicia en la sesión de Corte Plena N° 66 de 29 de setiembre de 1975, artículo XLIX, en la que se dispuso que de previo a celebrar cualquier convenio para la elaboración del Proyecto, debían establecerse y aprobarse las bases de la nueva legislación. Transcurrieron luego varios años que se dedicaron al análisis y crítica de las bases con participación de abogados tanto en Seminarios como en Congresos Jurídicos Nacionales que se celebraron en los años 1977 y 1979.

La Comisión Redactora fue nombrada por la Corte Plena en la sesión 71 del 27 de noviembre de 1978, artículo XXVIII, y quedó compuesta por los magistrados Miguel Blanco Quirós quien presidió, y Edgar Cervantes Villalta, y quien suscribe. La Corte me encomendó la elaboración de un Anteproyecto que comencé a redactar en junio de 1981 el cual fue posteriormente analizado por la Comisión Redactora. Ese anteproyecto comprendía 807 artículos y a nivel de Comisión se le introdujeron varias modificaciones, muchas de ellas propuestas por mí mismo, y se obtuvo como resultado de esa labor un proyecto provisional

que en el año 1983 fue motivo de análisis en conferencias, seminarios, reuniones, etc., realizadas en la Escuela Judicial, en el Colegio de Abogados y en diferentes lugares del país, hasta culminar con las comisiones preparatorias, las comisiones de trabajo y el plenario del Congreso Jurídico Nacional de 1983, que se llevó a cabo en el colegio de Abogados y que prácticamente comprendió de enero a julio de ese año, y que se dedicó exclusivamente al estudio del Proyecto. Después del Congreso Jurídico Nacional 1983, la Comisión, con pocas excepciones, sesionó una vez a la semana y se dedicó al estudio de todas las ponencias presentadas al Congreso, no sólo de las que fueron aprobadas sino también de las que no se pudo conocer en él por falta de tiempo, así como también de las que fueron rechazadas, e hizo en el Proyecto modificaciones y adiciones que ha estimado procedentes. La Corte Plena dio licencia con goce de sueldo a los Integrantes de la comisión hasta por el plazo de tres meses, a partir del lunes 9 de julio de 1984, durante los cuales se dedicó exclusivamente a la revisión y redacción final del proyecto.

## **I. GENERALIDADES**

Haré una descripción de las directrices que inspiran al Código Procesal Civil de Costa Rica, en las que se toman como punto de partida los principios de economía, celeridad y humanización. Al final haré una reseña breve de los resultados obtenidos, aunque es poco tiempo para que ellos se produzcan, pues el Código entró en vigencia el 3 de mayo de 1990, mediante ley N<sup>o</sup> 7130 de 16 de agosto de 1989.

Se sigue un orden lógico en cuanto a estructura se refiere. Divido en cuatro libros también, éstos tienen sus respectivos número y nombre; así, por su orden, el Libro I<sup>o</sup> se denomina "Disposiciones Generales", el Libro II<sup>o</sup> se denomina "Proceso de conocimiento", el Libro III<sup>o</sup> se llama "Proceso de ejecución" y el Libro IV<sup>o</sup> "Actividad judicial no contenciosa y disposiciones comunes". Los nombres que se le dan a los libros responden a criterios exclusivamente procesales, para no incurrir en la dualidad de la especialidad por razones jurídicos-procesales, distinción cuya importancia se deja para la doctrina. Pero para el Código Procesal Civil basta con las denominaciones indicadas, con el afán de simplificar. Esa idea de simplificación se refiere no sólo a la redacción de las normas procurando que tengan la suficiente claridad para ser comprendidas, sino también a la terminología que se ha usado y al procedimiento propiamente dicho.

Las disposiciones generales se inician con un título preliminar en donde se incluyen los principios filosóficos que inspiran al Código, siguiendo en esto la trayectoria de los Códigos Civil, de Familia, y de Procedimientos Penales. Ese título establecía la exención del uso del papel sellado, el cual pasó a formar el artículo 6º, con la finalidad de que el procedimiento se vaya desarrollando con rapidez, y evitar que haya indefensiones por falta de aportación de, a veces, únicamente un pliego de papel sellado. Responde este criterio a la tendencia hacia la humanización del proceso, es decir, que el litigante no tropiece para su defensa con obstáculos de carácter económico. El criterio escogido es el de que la indefensión sobrevenga como consecuencia de la propia inactividad de la parte, como se verá oportunamente. Lamentablemente el indicado artículo 6º quedó modificado en su redacción por la Asamblea Legislativa en el sentido de exigir un depósito de reintegro de papel, con base en la ley, y entonces, al no haber ley, la norma se ha tornado de imposible aplicación.

El inicio y el impulso son, respectivamente, a cargo de la parte y del juez, salvo que en cuanto al último fuera necesaria gestión de parte por disposición expresa.

Se consagra el principio de las dos instancias, las labores intelectuales de interpretación e integración cuando sea necesario llevarlas a cabo, y el carácter público de las normas procesales civiles, salvo las excepciones que corresponda.

## Libro Iº

El título Iº del mencionado Libro Iº regula las instituciones de la jurisdicción y la competencia estableciéndose la diferencia básica entre una y otra. La primera, como potestad de dirimir conflictos de orden jurídico con carácter de cosa juzgada; la segunda, esa misma potestad pero aplicada a casos concretos. Ante esa tesitura, la jurisdicción se pierde únicamente cuando el juez deja de serlo, por causas como renuncia del cargo, destitución, jubilación, y se suspende sólo cuando el juez no puede en ningún caso y por ningún motivo realizar ningún acto procesal, como por ejemplo cuando se le impone la sanción disciplinaria de suspensión, o cuando disúrta de vacaciones, o cuando se le otorga licencia especial. La competencia entendida como la jurisdicción del caso concreto, se regula por materia, cuantía, territorio, grado de instancia (competencia funcional) y conexión. La cuantía se establece en forma distinta según la naturaleza de la pretensión, así, una demanda reivindicatoria se estimará de acuerdo con el valor que el inmueble tenga, y una demanda en que se reclama

una deuda, por el monto de esa deuda más los intereses vencidos, y una de desahucio por el equivalente de la renta de un semestre. La materia tiene relación directa con el objeto del proceso, y entonces, la competencia se determina sin tomar en cuenta la cuantía. La cuantía tiene entonces como finalidad determinar la competencia del órgano jurisdiccional y limitar de antemano la pretensión pecuniaria del actor; ya no tiene entre sus finalidades efectos fiscales, porque se exime a las partes del uso del papel sellado. En cuanto a territorio, destaca la improrrogabilidad en algunos casos, cuales son: pretensiones reales sobre inmuebles, demandas derivadas del arrendamiento de inmuebles, cuentas provenientes de una administración, e interdictos, deslin-des, división de cosa común, concurso, quiebra, sucesión y actividad judicial no contenciosa.

La idea es la de que se distribuya en forma más equitativa el trabajo entre los órganos jurisdiccionales, pues manteniendo la prórroga para una gran mayoría como ocurre hoy en día, la voluntad del actor predomina si el demandado no hace oposición.

Como innovación se establece la competencia internacional siguiendo en este aspecto la trayectoria del Código de Proceso Civil Brasileño. Hay casos de competencia pero en los que podría haber sumisión a otro juez, como por ejemplo, cuando la obligación personal debe ser cumplida en Costa Rica, y otros casos de competencia exclusiva, como por ejemplo la demanda de carácter real sobre un inmueble situado en Costa Rica.

En este capítulo se incluye el principio de que la presentación de una demanda ante juez extranjero no produce litispendencia, porque en realidad hay dos jueces pertenecientes a dos estados soberanos; el razonamiento es el siguiente: se regula un problema de orden internacional en el sentido de determinar si un proceso establecido en el extranjero impide o no que continúe un proceso establecido en Costa Rica, cuando los elementos de la pretensión: sujetos, objeto y causa, son idénticos.

Estamos en presencia del fenómeno conocido como litispendencia, que a la postre pueden conducir a la cosa juzgada, siendo por ello innegable que aquélla es la antesala de ésta. Si consideráramos análogo el problema de una litispendencia interna con una litispendencia internacional, dejarían de tomarse en cuenta importantes diferencias que presentan ambas, tanto en sus presupuestos como en sus efectos.

Para resolver este problema como corresponde es necesario analizarlo en función de la sentencia extranjera y sus efectos en el

territorio nacional. Al efecto, es posible pensar en dos sistemas hipotéticos extremos, que nos darán soluciones opuestas. En el primero de ellos cabría suponer en todo caso la ineficacia de la sentencia extranjera, con lo cual la solución al problema planteado sería en forma negativa, es decir, no hay litispendencia, puesto que no habría equivalencia entre la actividad procesal nacional y la actividad procesal extranjera. Consecuente con lo dicho, la litispendencia extranjera no podría impedir la tramitación del proceso en Costa Rica. En un segundo sistema hipotético, cabría pensar en todo lo contrario, es decir, la sentencia extranjera tendría plena e incondicional eficacia, con lo cual dicha sentencia quedaría equiparada a la sentencia nacional. Si solucionamos el problema con este segundo sistema, lógicamente tenemos que concluir en que las razones que justifican la litispendencia interna serían las mismas que justificarían la litispendencia extranjera: evitar la duplicación de actividades procesales que conducirían a un mismo resultado: aún tratándose de actividades en Estados diferentes, a tenor del hipotético sistema, ambas sentencias, si se produjeran separadamente tendrían idéntica eficacia. Y, si la sentencia extranjera se produjera antes, carecería de eficacia la sentencia nacional. Pero los sistemas adoptados por las legislaciones y desde luego por la nuestra, no son ni uno ni otro de los indicados y que ofrecen soluciones extremas, sino que la solución del problema se hace a base de un sistema intermedio. Este consiste en que la sentencia extranjera será reconocida si reúne los requisitos que la legislación exige para ello; en el Código se establece en el artículo 705, cuyos incisos 3) y 4) incluyen dos nuevos requisitos que concuerdan precisamente con el numeral comentado. Por eso si establecido el proceso extranjero se imposibilitara el trámite del proceso costarricense, tomando en cuenta la posible idoneidad de la sentencia para surtir sus efectos en Costa Rica, y si por el contrario la sentencia no reuniera los requisitos que exige la norma antes mencionada, ello significaría una perjudicial paralización de la actividad procesal costarricense, y desde luego una violación de nuestra soberanía. En otras palabras, mientras esté en trámite el proceso extranjero, es imposible determinar si la sentencia reunirá los requisitos legales para tener eficacia en Costa Rica; no es posible olvidar que el proceso extranjero conducirá a la cosa juzgada, siempre que la sentencia extranjera equivalga a la cosa juzgada costarricense. Quiere decir que como la producción de esa cosa juzgada es eventual, la interposición del proceso extranjero no tendrá la virtud de impedir la continuación del proceso costarricense sobre el mismo objeto, por la misma causa, y entre las mismas partes.

Tomando en cuenta esas razones, se regula la eficacia y no solamente la ejecución, pues la primera se refiere al reconocimiento previo de lo declarado. Por eso es que si el punto a resolver es de competencia exclusiva del juez costarricense, la sentencia dictada por el juez extranjero no puede ejecutarse en Costa Rica.

No sobra decir que lo relativo a competencia por materia, cuantía y territorio, fue trasladado de la Ley Orgánica del Poder Judicial al Código Procesal Civil que es donde debe estar.

Los institutos que garantizan la imparcialidad de los juzgadores: impedimento, recusación, excusa y responsabilidad civil, están también regulados en este primer libro por referirse precisamente a la persona del juzgador; la responsabilidad civil es denominada demanda, y no recurso, puesto que en realidad es una demanda que da lugar a un proceso independiente aunque relacionado con uno anterior.

Destaca también en este libro, en los artículos 96 a 100 la regulación de los poderes y deberes del juez, que en el Código de Procedimientos Civiles estaban esparcidos por diversas normas unos, y otros ni siquiera se preveían. Por ejemplo en prevención de un acto simulado o móvil prohibido, esto es, un fraude procesal, el juez dictará sentencia declarando sin lugar la demanda; desde luego que ello ocurrirá siempre que el juez esté convencido de la existencia del fraude.

El título II<sup>o</sup> regula lo relativo a las partes, los defensores y la pretensión. En cuanto a las primeras se dispone expresamente, lo cual también es una innovación, la diferencia entre capacidad procesal y legitimación, como el libre ejercicio de los derechos, y la determinada relación jurídica con la pretensión procesal, respectivamente. Se regula asimismo una institución que antes no estaba prevista y que por ello, al no darse el fenómeno en la realidad, la sentencia debía ser desestimatoria, con la consiguiente pérdida de tiempo y de dinero. Nos referimos al litisconsorcio necesario, en cuyo supuesto, si en la demanda no se hubiera comprendido a todos los litisconsortes, el juez está en el deber de ordenarle a la parte que lo haga, bajo el apercibimiento de dar por terminado el proceso en su omisión. Se prevé también una institución nueva para el derecho procesal civil costarricense, que la tienen los ordenamientos alemán e italiano: la intervención voluntaria. Razones de economía inspiran el establecimiento de esta institución, pues el tercero podrá intervenir en un proceso en lugar de presentar su proceso por aparte. La intervención principal implica una pluralidad de partes, y desde luego pluralidad de personas. La razón es la de que el tercero es un pretendiente más, presentándose entonces tres partes: actora, demandado, e interviniente.

No contempla el Código a la acción, institución que aún hoy día es debatida, sino que se regula únicamente la pretensión, concepto que es considerado en forma unánime en la doctrina como acto procesal, como manifestación de voluntad. En el caso de que se formulen varias pretensiones en una misma demanda, se regula también la institución de la desacomulación para el supuesto de que las pretensiones no sean acumulables, y entonces el juez debe prevenir a la parte que escoja la de su interés, en cuya omisión el juez ordenará que se tramite la que corresponda según las circunstancias.

La acumulación de procesos, que antes se denominaba erróneamente acumulación de autos, también ha sido susceptible de una revisión en la que se ha concluido que la acumulación de procesos puede ser ordenada aún de oficio cuando ellos penden ante el mismo juez; y si penden ante diversos jueces, será a solicitud de parte con la consiguiente suspensión del trámite en ambos procesos, mientras se decide la acumulación, trámite que a su vez también fue simplificado.

En relación a los actos procesales, se establece que tendrán formas específicas sólo cuando la ley expresamente lo exija.

Tocante a las audiencias, comparecencias y juntas, en ellas se podrá hacer uso de la taquigrafía, la grabación y cualquier otro medio mecánico que sirva para documentar lo que se produjo en la audiencia, comparecencia o junta. La idea es que quede fiel reflejo de lo dicho, y no que el acta sea el resultado de la redacción, a veces incorrecta, de un funcionario o empleado.

Tanto en el anteproyecto como en el proyecto provisional se pensó modificar radicalmente el sistema de notificaciones, sustituyéndolo por el de notificación en estrados conforme al principio "Las partes están a derecho", manteniendo desde luego algunas notificaciones personales o por cédula, pero la abogacía hizo oposición, por lo cual se mantiene el sistema que existía, con algunas modificaciones.

El criterio antiformalista que inspira al Código ha inducido a establecer la nulidad sólo cuando haya habido indefensión, y cuando la ley disponga la observancia de determinada forma bajo pena de nulidad, al punto de que en otra disposición se establece que cuando la ley prevé formas sin pena de nulidad, cuando ellas no se observan, entonces el acto será válido si con él se consiguió el fin perseguido.

En lo relativo a la inactividad procesal, se establecen dos hipótesis: interrupción y suspensión. La primera consiste en que al impedido por justa causa no le corren los plazos, de modo que pasado el impedimento empezarán a correr los plazos. Ejemplo: el caso de enfermedad grave de una de las partes. La suspensión se produce por

otras causas: cuando se solicita la acumulación y cuando se haya declarado esta última respecto al proceso que tiene el trámite más adelantado, o cuando hay un proceso penal cuya decisión influye en la decisión del proceso civil.

En cuanto a formas anormales de terminar el proceso además de las ya conocidas de desistimiento y deserción, se han agregado la transacción, la conciliación y la renuncia.

Con respecto al desistimiento se establece la prohibición para llevarlo a cabo en cuanto a las partes, cuando se trate de un litisconsorcio necesario. La deserción también se agiliza en dos aspectos: plazo de abandono de tres meses y declaración de la misma aún sin gestión de interesado.

En un sólo artículo se regula la transacción, porque como en realidad es un contrato previsto en el Código Civil en el que se establecen las reglas correspondientes, el aspecto procesal consiste en determinar que el juez homologará el convenio. Si deniega la homologación, continúa el procedimiento. Igual situación ocurre con los acuerdos conciliatorios, los cuales serán homologados por el juez, producirán cosa juzgada y se realizarán mediante el procedimiento de ejecución de sentencia si así fuere necesario.

## **Libro IIº**

El libro IIº es dedicado a la regulación del proceso de conocimiento incluyendo los diversos tipos, y siguiendo un orden descendente, es decir, comenzando por el ordinario, y siguiendo con el proceso abreviado, el proceso sumario, y luego aquellos que resultan ser procesos especiales tanto por razones jurídico-materiales como por razones jurídico-procesales, pero sin denominarlos así, sino por su propio nombre. En esta parte se incluyen el proceso incidental, las tercerías, el proceso monitorio, el proceso arbitral, el juicio pericial, el proceso de disolución y liquidación de sociedades, los procesos civiles de hacienda, y los recursos de revocatoria, apelación, casación y revisión, denominados éstos genéricamente "impugnación de las resoluciones judiciales". Son en total catorce tipos de procesos, número razonable en un Código Procesal Civil moderno.

Entre las medidas o procedimientos cautelares, se ha modificado, entre las cauciones, la relativa a la garantía de costas, a la que se le ha dado un significado humanitario la oportunidad para pedirla es en la demanda o contrademanda, se ordenará en posterior resolución, y la consecuencia de no rendirlo es el no poder admitir la apelación de la sentencia, en el caso de que el obligado a rendirla fuera la parte

vencida. En esa forma no se perjudica el derecho de defensa en el proyecto, pues en toda la primera instancia se oye a ambas partes, aunque no hubieran rendido la mencionada garantía.

El proceso ordinario ha sido reestructurado. Una de las disposiciones en ese sentido ha sido la de que la prueba sea ofrecida en la demanda, contestación o reconvencción, conforme a los principios de lealtad en el debate y de celeridad, y conforme también con lo que se ha recomendado en numerosos congresos internacionales.

En esta forma se gana tiempo, pues no habrá plazo de ofrecimiento de prueba. La misma tendencia hay en la disposición que se ha incluido regulando las llamadas excepciones previas, entre las que se cuentan algunas que antes se resolvían en el fallo, como son la cosa juzgada, la transacción, la prescripción negativa. Estas excepciones son de fondo puesto que afectan a los presupuestos derechos, interés y calidad. Pero su determinación es tan sencilla que es mejor, por razones de economía procesal resolverlas interlocutoriamente bajo la denominación de "previas" que comprende también a las procesales. No obstante, esas tres excepciones podrán ser discutidas después, conservando, el carácter privilegiado.

El allanamiento a lo pretendido en la demanda implica el reconocimiento del derecho del actor, por lo cual, la economía procesal induce a que se dicte sentencia sin más trámite, salvo si el juez sospecha la comisión de un fraude procesal, en cuyo caso ordenará la práctica de las pruebas. Otra innovación en relación con este punto es el relativo a la posibilidad de dictar una sentencia parcial en el supuesto de que el allanamiento fuere parcial. En este caso, la parte con respecto a la cual el demandado no se allanó, deberá ser resuelta en la sentencia que oportunamente se dicte. Se exceptúan, desde luego, algunas pretensiones familiares.

Se establece también una institución que no estaba regulada en el Código derogado: la ampliación de la demanda y de la reconvencción. En este punto, como integrante de la Comisión Redactora, mantuve el criterio de que la ampliación debe hacerse antes de la notificación del emplazamiento, pues mientras no se notifique no hay litispendencia, en ausencia de la cual es cuando podrá ampliarse la demanda o la contrademanda. La conciliación, como medio de terminación anormal del proceso es regulada como trámite obligado y aquí se establece el procedimiento respectivo. Con el nombre de medidas de saneamiento se denomina la actitud del juez tendiente a evitar nulidades y evitar también que el proceso concluya con una sentencia inhibitoria.

En la fase probatoria o fase demostrativa cabe destacar el poder del juzgador de ordenar de oficio la prueba que considere necesaria, con lo cual se consigue también celeridad, pues con esa manera de proceder se conseguirá en muchos casos que en la fase dicha se evacúen todos los medios de prueba que sean necesarios, sin tener que acudir a la prueba para mejor proveer. No obstante, se ha conservado esta última, por la posibilidad de que fuere necesaria a pesar del poder otorgado mencionado al principio. Salvo la declaración de parte y la confesión, los demás medios de prueba son susceptibles de ser declarados inevaluables de oficio, lo que hará el juez una vez que se ha malogrado el señalamiento, excepto que hubiere culpa del órgano jurisdiccional, en cuyo caso la inevaluabilidad será improcedente. Se establece expresamente a quién corresponde la carga de la prueba y se adiciona el elenco de medios de prueba con los informes, y los medios científicos; el concepto de documento se amplía para comprender también los informes, planos, grabaciones magnetofónicas, filmes, discos, radiografías, etc., y en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo. A las presunciones, se les contempla a través de cuatro artículos, en los que se establece su valor probatorio. No obstante, todos los medios de prueba que aparecían regulados en el Código Civil, fueron trasladados al Código Procesal Civil, haciéndose los ajustes necesarios.

En la declaración de partes y en la confesión el interrogatorio se puede hacer oralmente o por escrito, conforme se establece en la sección respectiva. En la declaración de testigos, éstos serán examinados sobre los hechos, sin interrogatorio formal escrito, y las repreguntas se harán en la misma forma a continuación. Se elimina la tacha del testigo por ser una institución inoperante, siendo el juez el que analice, de acuerdo con la sana crítica, las declaraciones, tomando en cuenta desde luego, las relaciones de parentesco, laboral, interés u otras que pudiera tener el testigo con la parte que lo propone.

En el medio de prueba de reconocimiento judicial se establece el de personas, tomándose las medidas que sean del caso para no ofender su pudor u honestidad.

Los medios científicos tienen un parecido con los documentos, pero la diferencia radica en que la prueba, en lugar de ser preconstituida, se constituye o se produce en el proceso, para cuya aparición el juez podría ordenar, si fuere necesario, el dictamen pericial. Se incluyen entre los medios científicos, además de las radiografías, radioscopías, filmes, fotografías, análisis hematológicos, bacteriológicos y otros, las comunicaciones telegráficas, radiográficas, telefónicas

y cablegráficas, siempre que se hayan observado las leyes y reglamentos respectivos.

Se ha establecido también en forma expresa la concentración de la prueba, la cual debe practicarse en audiencias.

El plazo para sentencias comenzará a correr una vez evacuada la prueba.

En cuanto a apelaciones, éstas se limitan a las que establece el artículo 560, con respecto a autos dictados en primera instancia.

El proceso abreviado servirá no solo para las pretensiones de menor cuantía, sino también para las que indica el artículo 420 entre las que se cuentan, las de familia, la entrega material por el enajenante al adquirente, de un bien inmueble; la rendición de cuentas, la continuación o demolición de obra nueva, y la división de cosa común; todas ellas pretensiones de fácil decisión. Es un proceso con plazos más cortos, y con apelaciones también limitadas que son las mismas que existían en el código derogado, adicionada la lista con el auto que decreta apremio corporal, pues ninguna razón lógica hay para mantener el recurso en mayor cuantía y no concederlo en menor cuantía, cuando en ambos casos se trata de una limitación de la libertad. Actualmente sólo procede en materia de pensiones alimenticias. Se otorga el recurso de Casación, cuando proceda según la cuantía. De modo que los jueces civiles conocerán de procesos abreviados, cuando sean de mayor cuantía o inestimables. Es importante indicar que el apremio corporal ha quedado como posibilidad dentro de un procedimiento incidental de pensión alimenticia dentro de un proceso familiar.

En el proceso sumario se incluyen diez pretensiones entre las que están, entre otras, la pretensión ejecutiva, la de desahucio, la interdictal, la que versa sobre posesión o propiedad de bienes muebles excepto dinero, las cuales tendrán el mismo procedimiento que consistirá en un emplazamiento de cinco días, y limitación del conocimiento mediante la limitación de las excepciones oponibles, con lo cual sí se configura plenamente el concepto de sumariedad. Se limita el conocimiento, en consecuencia, tanto activo como pasivo.

Con sus respectivos nombres de orden procesal se regulan los siguientes procesos: incidentes, tercerías, monitorio, arbitral, pericial, disolución y liquidación de sociedades, civiles de hacienda, y de impugnación. Todos ellos son procesos de conocimiento pero cuyas diferencias en cuanto a sus finalidades imposibilitan que se les catalogue entre el sumario general. Por eso constituyen en nuestro criterio la categoría de los procesos especiales, pero como la especialidad puede justificarse por razones jurídico-materiales o bien por razones jurídico-

procesales, es preferible denominarlos individualmente por cada uno de sus respectivos nombres; con esta forma de denominarlos se simplifica el uso del Código tanto para sus aplicadores e intérpretes, como para los estudiantes. En esta parte del Código, y en lo referente a tercerías, destaca el cambio de nombre, las cuales se denominan tercerías de dominio, tercerías de mejor derecho y tercerías de distribución. Destacan asimismo dos figuras nuevas que son: el levantamiento de embargo sin tercería, ante cuya denegatoria el tercero podrá establecer la tercería, y el levantamiento del embargo mediante caución de que se pagará al actor su crédito si el tercero no demuestra su propiedad sobre los bienes. El monitorio, proceso ideado para la creación de títulos ejecutivos, podrá establecerse únicamente cuando el acreedor tiene un documento, sin carácter ejecutivo, en el que consta la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero. Característica fundamental es la de que no es posible alegar excepciones, pues con la simple oposición documentada, el proceso monitorio termina pudiendo entonces el acreedor acudir a un proceso posterior ordinario o abreviado. En este último supuesto hubiere sido sana la disposición de que la demanda ordinaria o abreviada se tornara inadmisibile en el supuesto de no haberse pagado en su totalidad al actor en la vía monitoria. El proceso arbitral ha sido configurado bajo el concepto de que no debe confundirse la jurisdicción común con la jurisdicción arbitral, lo que conduce a la justificada eliminación del recurso de apelación del laudo, conservándose para el arbitraje de derecho, y también para el de equidad, sólo el recurso de nulidad, con carácter irrenunciable. Eso aparte de la inclusión de algunas normas que son necesarias como por ejemplo, el plazo dentro del cual debe laudarse en defecto de plazo establecido por las partes, la facultad del presidente de tramitar cuando se trate de tribunal arbitral colegiado, designación del local para trabajar, posibilidad de designar un secretario, etc... El llamado juicio pericial no es más que una modalidad del proceso arbitral, por cuya razón está formando un capítulo más de esta materia.

Se regula el proceso de disolución y consiguiente liquidación de sociedades, absolutamente necesario, porque en forma equivocada el Código de Comercio remite a los actos no contenciosos, solución que es idónea únicamente para nombrar liquidador, pero no para decretar la disolución: se sobrentiende que se acudirá a este proceso cuando no hay acuerdo de los socios para disolver y liquidar.

En cuanto a procesos civiles de hacienda se dejaron subsistente sólo tres artículos, pues los aspectos medulares ya han

sido absorbidos por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa N° 3667 de 12 de marzo de 1966.

Bajo el nombre de "Impugnación de las resoluciones judiciales" se designa genéricamente a los recursos como típicos procesos de impugnación que realmente son, entre los cuales se encuentran la revocatoria, la apelación, la apelación por inadmisión, la apelación adhesiva, la casación y la revisión. Se establece la recurribilidad como regla y la ausencia de recursos como excepción: esta disposición es aplicable a todos los recursos, de manera que, al establecerse limitaciones, será sólo en los casos que la ley prevé expresamente que serán procedentes los respectivos recursos. La revocatoria se deniega en casos muy concretos, es decir, en aquéllos en los cuales no hay ningún recurso. Las apelaciones se limitan en número en las disposiciones generales que son aplicables al ordinario y a los otros procesos, salvo el abreviado y el sumario pues estos dos últimos tienen su propio elenco de resoluciones apelables. Tanto la revocatoria como la apelación serán motivadas, a fin de evitar los recursos tendientes a atrasar solamente, cuando se refieren a autos.

En el recurso de casación se le da entrada a la Casación per saltum, conocida con ese nombre en doctrina, y que se denomina en el Código casación directa, para cumplir con lo que se dispone en el artículo 133, pudiendo omitirse el paso por la segunda instancia con lo cual se conseguirá celeridad y economía. Se establece la ejecución provisional de la sentencia de segunda instancia, mediante la caución respectiva.

El recurso de revisión ha sido ampliado con las causales de indebida representación, contradicción con la cosa juzgada, cuando no se hubiere podido alegar una excepción por haber sido ausente el demandado en el segundo proceso, y proceso con curador ad litem de manera que no se pudiera ofrecer prueba oportunamente.

### Libro III<sup>o</sup>

La vía de apremio, que estuvo colocada como un capítulo del llamado juicio ejecutivo, ha sido trasladada a este Libro III<sup>o</sup>, puesto que con ella se regulan casos generales de ejecución, y no sólo del proceso ejecutivo. Entre los títulos ejecutivos que conducen a un proceso de ejecución pura se comprenden los ya conocidos de: sentencia, laudo, hipoteca, prenda con renuncia de trámites, cuyo elenco se adiciona con la transacción y los acuerdos conciliatorios.

En cuanto al embargo, se dispone el depósito de la suma por la cual se decretó y el exceso de ley si lo hubiere, a los efectos del

levantamiento. Se prohíbe a los jueces y alcaldes practicar embargos, se cambia el equívoco nombre de "juez ejecutor" por "ejecutor". Cuando se trate de bienes de difícil o costosa conservación, se ordenará su venta a gestión del interesado; si se trata de embargo de sueldos se entenderá que aquél se mantiene en el nuevo sueldo cuando el deudor cambia de puesto.

En el remate el depósito para participar ha de ser el 15% de la base, porcentaje que se elevará al 30% y al 50%, para aquellos casos de insubsistencia de dos remates por no pago de lo ofrecido por el postor. Se instituye el remate por delegación, en forma general, que ya se tenía en el prendario por disposición del Código de Comercio; también con el fin de eliminar al testaferrero se establece que cuando el postor ha sido eximido por el actor para hacer el depósito de la base para participar en la subasta, si no depositara luego el precio, se procederá a embargar, valuar y rematar, por el monto de la base.

En los procesos ejecutivos hipotecario y prendario la base de remate será la fijada por las partes en el acto o contrato. Si no se hubiere fijado, se establecerá pericialmente. Lo relativo al ejecutivo prendario que regulaba el Código de Comercio ha sido trasladado al Código Procesal Civil.

En el título relativo a la ejecución especial, se regulan los casos que contemplan todos los Códigos procesales antiguos y modernos, como son los casos de cantidad líquida, daños y perjuicios, cantidad por liquidar, condena de dar, condena de hacer, hecho personalísimo, condena a escriturar, condena de no hacer, rendición de cuentas y los casos análogos.

Los requisitos para ejecutar sentencias y laudos extranjeros se han visto aumentados con dos: que la pretensión sea de competencia exclusiva del juez costarricense, y que no exista aquí proceso en trámite ni sentencia que produzca cosa juzgada.

En lo referente al concurso de acreedores, se ha incluido una institución que tanto en épocas de crisis como en épocas con las declaratorias de concurso o quiebra: la administración por intervención judicial. Las Juntas han sido reducidas a cuatro casos: convenio preventivo, convenio entre los acreedores y el concursado, cuenta distributiva y distribución final.

## **Libro IV<sup>o</sup>**

En este libro se regula la actividad judicial no contenciosa, que no es otra que lo que antiguamente se denominaba "actos de jurisdicción voluntaria". El sistema que se ha ideado para este tipo de

procedimientos es el de establecer un procedimiento general al que se acudir  en los casos expresamente establecidos por la ley y también en los casos no comprendidos expresamente, pero regulados en leyes especiales, y procedimientos específicos, esto es, para casos concretos. Así, depósitos, enajenación, arrendamiento o hipoteca de bienes de menores o inhábiles, extinción de usufructo, uso, habitación o servidumbre, y cualquiera otra gestión no contenciosa que no tenga trámite especial, se tramitarán por el procedimiento genérico. Los casos concretos con procedimiento especial son: las oposiciones al matrimonio, insania, tutela y curatela, ausencia y muerte presunta, deslinde y amojonamiento, sucesión judicial y sucesión extrajudicial. Aparte de los dicho, destaca lo siguiente:

- a) La inclusión en este libro del proceso de insania, con un procedimiento sencillo, salvo oposición en cuyo caso debe acudirse al proceso abreviado;
- b) el establecimiento de la sucesión testamentaria extrajudicial, cuya tramitación es a cargo de un notario. Con lo primero no sólo se sale de una situación equivocada, sino que se economizan tiempo y dinero; con lo segundo se logrará descargar a los tribunales de buena parte de trabajo. En consecuencia, la estructura es la siguiente:

## **Libro I **

### **Disposiciones Generales**

Título Preliminar

Título I  Jurisdicción y competencia.

Título II  Partes, defensores y pretensión.

Título III  Actos procesales.

Título IV  Medidas cautelares.

## **Libro II **

### **Proceso de conocimiento**

Título I  Proceso ordinario.

Título II  Proceso abreviado.

Título III  Proceso sumario.

Título IV  Procesos especiales.

Título V  Impugnación de las resoluciones judiciales.

**Libro IIIº****Proceso de ejecución**

Título Iº Disposiciones comunes.

Título IIº Procesos ejecutivos hipotecario y prendario.

Título IIIº Ejecución de sentencia.

Título IVº Eficacia de sentencias y de laudos extranjeros.

Título Vº Concurso acreedores.

**Libro IVº****Actividad judicial no contenciosa y disposiciones comunes.**

Título Iº Disposiciones generales.

Título IIº Disposiciones especiales.

**CARRERA JUDICIAL**

Si bien es cierto el código derogado en muchas de sus disposiciones estaba envejecido, también lo es que los problemas, concretamente de lentitud, no dependen sólo del procedimiento, sino de las leyes de organización y más específicamente del nombramiento de los jueces y de la organización de los tribunales. En Costa Rica existe un Estatuto de Servicio Judicial, pero se hace necesaria su modificación o la promulgación por aparte, de una ley que con el establecimiento de requisitos especiales haga mejorar aún más, perfeccionándola, lo que hoy entendemos por Carrera Judicial. Al efecto, un proyecto en este sentido fue elaborado por mí, el cual fue enviado por la Corte a la Asamblea Legislativa, y fue publicado en La Gaceta Nº 8 de 11 de enero de 1984, páginas 3 y 4. De manera que el problema no se reduce sólo a leyes procesales, sino que además es problema humano y de organización. Todos estos factores trabajando al unísono darán como resultado un sistema judicial más perfecto.

No obstante tratarse de un problema humano y de organización, tenemos que admitir una realidad innegable y es la de que Costa Rica se siente satisfecha con sus jueces.

La judicatura costarricense honra al país y éste confía en aquélla. Pero a pesar de eso, es necesario y urgente resolver algunos problemas, tales como los nuevos sistemas para el nombramiento de los jueces y desde luego para el ascenso dentro de la carrera judicial. Jueces con independencia de criterio y con una vida privada intachable,

completan la calidad de la función jurisdiccional. Abreviarla significa hacerla oportuna y eficaz; eso se consigue con un procedimiento sencillo, estableciendo sanciones que combatan las actitudes maliciosas; buenos jueces y buen procedimiento constituyen los ingredientes de un buen sistema judicial.

## **DIRECCION, INICIATIVA, PUBLICIDAD Y HUMANIZACION DEL PROCESO**

Una de las directrices del Código es confiar al juez la dirección del proceso; no puede llevarse al extremo el principio dispositivo, porque entonces el proceso sería manejado por el más astuto. Para conseguir ese juez-director ha sido necesario aumentar sus poderes, como se nota fácilmente a través de todo su articulado. No obstante, la iniciación del proceso se mantiene confiada a los particulares, puesto que no al Estado a quien incumbe solicitar la protección de los derechos de carácter exclusivamente privado, o a lo sumo, derechos en los que hay un interés social de por medio. Pero una vez iniciado el proceso a petición de parte, su conducción hasta la sentencia debe corresponder al juez, sin dejar de tomarse en cuenta la posibilidad de que el proceso pueda terminar anormalmente, es decir, en otra forma que no sea la sentencia.

Preocupación que también resalta en el Código es la de hacer llegar al pueblo la justicia civil, lo que constituye uno de los aspectos que en doctrina se ha dado en llamar: "la penalización del proceso civil". No obstante, los medios no pueden ser idénticos a los que acude el proceso penal, porque la justicia penal se hace llegar al pueblo mediante la oralidad y la publicidad, principio éstos que mencionan como principios de carácter político, cosa distinta ocurre en la justicia civil, en la que esos dos principios funcionan como principios técnicos y no políticos<sup>1</sup>. De allí que en muchos lugares y ocasiones no se justifican ni la oralidad ni la publicidad en el proceso civil.

Adecuando los mecanismo procesales a la vida humana de hoy se humaniza el proceso; así, los nuevos medios de prueba documentales, la inclusión de los informes entre los medios de prueba, la posibilidad del uso de la taquigrafía, la grabación, e incluso las computadoras y la televisión, constituyen, entre otros, aspectos de la vida humana actual, que, al ser incorporados al proceso, logran conseguir su humanización<sup>2</sup>.

## **EL LITIGANTE**

Si bien es cierto la lentitud es ocasionada por el procedimiento formalista, también lo es que en un sinnúmero de casos aquélla es ocasionada por la actitud negligente de la parte o de su abogado. No es raro encontrarse con demandas en las que no aparece la firma de la parte o la del autenticante, o de recursos que se formulan con el único fin de atrasar el procedimiento, o de incidentes que son absolutamente improcedentes y que obligan a su rechazo de plano, o de ofrecimiento de pruebas superfluas que también deben ser rechazadas desde el inicio. Pero cabe pensar que un rechazo de plano de esas gestiones no perjudica tanto como cuando por el contrario se atiende la gestión, la cual es procesalmente inútil, a cuya tardanza, en casos concretos, lamentablemente estaría contribuyendo inconscientemente la judicatura. A remediar ese problema tienden la dirección del proceso por el juez con su consiguiente aumento de poderes.

## **DURACION DEL PROCESO CIVIL**

El proceso civil de duración prolongada da como resultado una mala justicia, no porque fuese desacertada, porque sí podría ser acertada, sino porque será ineficaz; más aún en épocas de crisis y de inflación pues el fallo tardío, aunque sea acertado en su solución, será de imposible ejecución, o cuando menos ineficaz como ya se ha dicho. Ocurre esa ineficacia cuando el fallo definitivo se produce dos, tres o cuatro años después del establecimiento de la demanda, y cuyo derecho del acreedor se verá perjudicado porque si fuere a una suma de dinero, ya éste se encuentra devaluado. A evitar esas situaciones perjudiciales tienden, entre otras, las siguientes instituciones acogidas en el Código, como son: la eliminación del trámite de apertura a pruebas en el ordinario, la limitación de las apelaciones en primera instancia, saneamiento, el rechazo de plano de gestiones improcedentes, orden oficiosa de recepción de pruebas en la fase probatoria, la ejecución provisional de las sentencias a pesar de haber sido recurridas en casación, entre otras.

El procedimiento, en consecuencia debe ser sencillo; las partes y el juzgador deben actuar con probidad; el fallo debe ser eficaz. Sencillez, probidad y eficacia, son las características generales del procedimiento que se propone en el proyecto como también lo propuso Couture<sup>3</sup>.

La intención de conseguir celeridad y economía son principios del derecho procesal que encuentran su fuente en el artículo 41 de la Constitución Política. El desenvolvimiento del principio de justicia pronta y cumplida es preocupación fundamental a través de todo el Código, pero es lógico que ese ideal no se puede conseguir sólo a base de acortar plazos o suprimir recursos, por ejemplo, sino a base de todo un programa que incluye no sólo el procedimiento, sino también al juez, a las partes, y a los terceros. De manera que todos esos factores unidos darán como resultado la economía y la celeridad. Entre esos factores tenemos la supresión del papel sellado para garantizar el cumplimiento del impulso procesal de oficio, la supresión del trámite de apertura a pruebas en el ordinario, el establecimiento de un elenco de pretensiones debatibles en procesos abreviado y sumario, etc.

## LA ORALIDAD

Se pensó en adoptar la oralidad en el proceso civil, tal y como funciona en este último, es decir, como principio técnico según afirmación de Chiovenda<sup>4</sup>. Porque a pesar de que se le pudiera establecer para aquellos procesos en los que hay un interés social, concretamente los procesos familiares, no se pensó establecer el principio hermano, la publicidad en forma irrestricta, sino en forma facultativa, debido precisamente a ese carácter técnico del principio. Si bien se podría afirmar que la oralidad y la publicidad caminan de la mano, ello es posible en el proceso penal, por el interés con que la sociedad se ve representada en él. Es decir, hay intereses públicos propios del proceso penal que ni siquiera se vislumbran en el proceso civil. Ahora bien, la oralidad es un sistema conveniente a todas luces, y en Europa ha ido ganando terreno: en Alemania en 1877, en Austria en 1895, en Hungría en 1911, en Italia en 1942<sup>5</sup>. En este sistema no puede pensarse que la oralidad es absoluta. Hay mucha dosis de escritura. Ocurre simplemente un predominio de los elementos orales sobre los escritos. De lo dicho se desprende que es indudable el beneficio que se conseguirá en cuanto a celeridad se refiere; no obstante, es necesario advertir que tomando en cuenta la cantidad de procesos existentes en cada uno de los circuitos judiciales, sería necesario crear un número grande de tribunales colegiados que responda a un previo estudio estadístico y a la circunstancia, propia de la oralidad y de la naturaleza de este tipo de procesos, de que celebrada una audiencia en la mañana, la sentencia deberá producirse en la tarde,

salvo desde luego que la prueba sea abundante por cuyo motivo fuese necesario celebrar otra u otras audiencias. Eso significa un fuerte egreso para el Estado lo cual contrastaría, en estos momentos de crisis, con la austeridad recomendada como una de las formas de solventar dicha crisis. Si a pesar de ello fuese posible el establecimiento de la oralidad cuando menos en materia familiar, eso significará sin duda alguna, un notable avance para el país que lo colocaría a la altura de otros que han avanzado notablemente en el derecho procesal civil desde años atrás. Esta experiencia podría conducir, si los resultados fueran halagadores, a la extensión del método oral a otras materias que regula el proceso civil, ideal que no ha sido posible realizar en otros países como Colombia, por ejemplo<sup>6</sup>, precisamente por razones de orden económico, por cuyo motivo la oralidad funciona allá en forma parcial. Muy importante es recordar que la oralidad no es una panacea procesal; al contrario, debe desaparecer cuando en la práctica no se produzcan los buenos frutos que doctrinariamente se le señalan. Así opinaron Klein al final del siglo pasado y Chiovenda al inicio del presente<sup>7</sup>. Por los motivos expuestos, se ha preferido proponer un procedimiento escrito sencillo, y que por sencillo será rápido, pues si planteamos como solución el sistema de la oralidad extendida a todos o varios procesos, podría malograrse la intención del Código.

Por su propia naturaleza, la materia familiar exige no sólo tribunales especializados sino también un procedimiento distinto. No sobra decir que el movimiento oralista en América es de gran significación, a saber: la reforma brasileña en 1940 y la posterior que ha culminado con el Código de Proceso Civil de 1973<sup>8</sup>, el proyecto del Dr. Eduardo Augusto García para la provincia de Mendoza, Argentina<sup>9</sup>, el Proyecto Lascano llamado también Proyecto del Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Universidad de la Plata<sup>10</sup>, y desde luego, el proyecto Couture<sup>11</sup>. Recuérdense las palabras de Wach: "el mejor procedimiento, en cuanto a la forma, será aquel que, libre de un doctrinarismo unilateral, una las ventajas de la oralidad con las de la escritura: un procedimiento que no es oral sólo en apariencia, y que, por otro lado, no perjudica los fines del proceso, la seguridad jurídica y la justicia, por causa del llamado principio de la oralidad"<sup>12</sup>. Por último debe recordarse que oralidad y oratoria son conceptos excluyentes entre sí, pues se trata de exponer mediante la palabra, y con toda claridad, los puntos de vista de las partes. De modo que ningún papel juega la posibilidad de que el juez llegara a ser impresionado por un abogado elocuente.

Hay procesos que son susceptibles de desenvolverse con

éxito en el método oral y otros no. Sobran comentarios en cuanto al proceso penal. Pero en lo referente al proceso civil hay algunas pretensiones que no es posible debatirlas oralmente, como por ejemplo una pretensión reivindicatoria, la declaración de concurso o de quiebra, declaración de incapacidad, en general la actividad no contenciosa, los procesos de ejecución, las sucesiones. La solución estaría en escoger el método oral para todas aquellas pretensiones que ameritan una solución que no pueda postergarse sin ocasionar perjuicios, es decir, urgente, dejando la escritura para todas aquellas pretensiones que exigen estudio detenido por parte del juzgador.

Sobre las anteriores ideas descansa la oralidad, debiendo repetirse aquí lo que se mencionó líneas atrás: la materia familiar exige tribunales especializados. Es decir, por ningún motivo se puede encargar el conocimiento del proceso oral a juzgados que conocen del proceso escrito; eso resultaría erróneo porque como también ya se dijo, para que la oralidad rinda sus frutos es necesario que el tribunal que conoce tenga un número razonable de expedientes que vaya en relación directa con los días hábiles. De lo contrario, la oralidad fracasaría<sup>13</sup>. Por eso, los procesos familiares son tramitados en proceso abreviado escrito, los que prevé el artículo 420, reservando el trámite incidental para aquéllos previstos en el artículo 489, como lo recomendó en su oportunidad la Comisión Redactora.

## LA PRUEBA

En el proceso oral el tribunal está frente a las partes, testigos y peritos, con lo cual aquél no sólo conoce a esas personas, sino que además, por el intercambio de opiniones que se produce en el debate, el tribunal llega con más rapidez a formarse el juicio del caso sometido a su conocimiento. Se produce sin duda alguna la inmediatez. En el proceso escrito no hay razón jurídica que pueda justificar el hecho de que no se produzca la inmediatez, como no sean razones de orden práctico como el exceso de trabajo, o peor aún, la voluntad negativa del juzgador.

En cuanto a estos dos problemas, el primer ha sido resuelto por nuestro legislador con el establecimiento del cargo de actuario judicial para aquellas oficinas en las que el juzgador se ve imposibilitado para recibir personalmente las pruebas confesional y testimonial, la primera de ellas una especie de la declaración de las partes. Con motivo de la existencia de este problema práctico, se promulgó la Ley

de Actuarios Judiciales N° 2759 de 9 de junio de 1961, sustituida luego por la actual Ley de Actuarios Judiciales N° 4322 de 11 de febrero de 1969. La Ley 4322, al igual que como lo hacía la Ley 2759, el deber procesal del actuario de recibir personalmente la prueba.

A fin de garantizar que las pruebas de declaración de parte, confesional y testimonial, serán recibidas personalmente por el funcionario respectivo en el Código se desecharon los interrogatorios presentados de antemano, con lo que la parte deja oculto lo que no quiere que quede constanding. En esta forma queda obligado el funcionario respectivo (actuario, juez, o alcalde), a participar activamente en el desenvolvimiento de la prueba, y no solamente a presenciirla. Tratándose de testigos la ausencia de la parte no es obstáculo alguno para su recepción, ya que el juzgador lo interrogaría sobre los hechos generales. Se introduce en esta forma una dosis de oralidad. Este tipo de prueba testimonial se recibe en audiencia y no mediante señalamientos individuales.

## **IMPULSO PROCESAL DE PARTE E IMPULSO OFICIAL**

Todo proceso tiene un procedimiento y éste constituye un engranaje de actos procesales colocados en la posición de causa y efecto. Así, la demanda es la causa del emplazamiento, y éste el efecto de aquélla. Esta marcha hacia adelante que es el proceso se va sucediendo en virtud de la actividad de la parte, o por el contrario, por obra de la actividad del juez. En el primer caso un poder y en el segundo un deber, ambos de impulso, van construyendo el procedimiento que todo proceso tiene. Se consagra en el Código el impulso oficial, en su artículo 1º como uno de los principios filosóficos inspiradores de aquél, con la consecuencia, absolutamente necesaria, de la responsabilidad por la demora. Es entonces en el resto del articulado que se dispondrá si un determinado acto procesal del juez deberá realizarse a gestión de parte. Si las partes tienen interés en conocer cuanto antes la decisión, y en la ley existe el interés de que los litigios no preñan indefinidamente, corresponde entonces a los jueces contribuir con la diligencia necesaria a llegar en el menor tiempo posible a aquella decisión. Este impulso oficial se ha establecido en el Código entre otros casos, para la declaratoria de deserción, para la declaración de inevacuabilidad de pruebas, para proceder al saneamiento, para la declaratoria de rebeldía por la no contestación de la demanda ordinaria o de la demanda abreviada, etc. A suprimir la caducidad de la instancia o deserción

tiende el impulso oficial, por lo que, manteniendo esa idea, en el Código se reduce el plazo de abandono a tres meses, y se ha dispuesto, como se ha dicho, que su declaración podrá ser hecha de oficio, sin perjuicio, desde luego de que pueda solicitarlo el demandado. Constituye el impulso oficial una de las manifestaciones del indiscutible carácter público del derecho procesal moderno, haciendo al juez partícipe del proceso, y no un simple espectador. Ese carácter público se establece en el artículo 5º del proyecto. Esta condición del juez de ser un verdadero director del debate no necesita una norma expresa que lo establezca: resulta del articulado. Como ha dicho Couture, no es concebible el juez sin interés en el litigio, como no se concibe un médico sin interés por el enfermo<sup>14</sup>. Se adicionó esa afirmación de esta manera: el interés del juez por el proceso lo convierte en parte imparcial. El alcance de esta afirmación es fácilmente comprensible.

## EL PROCEDIMIENTO

Labor difícil mas no imposible fue la de simplificar el procedimiento sin perjudicar el derecho de defensa. A ese fin tiende lo siguiente: ofrecimiento de la prueba en la demanda y contrademanda; motivación de los recursos de apelación con respecto a los autos; limitación del número de apelaciones; interrogatorios orales en la declaración de parte, confesión y declaración testimonial; establecimiento del proceso monitorio para construir títulos ejecutivos; eliminación de la citación de partes para sentencia; levantamiento del embargo por solicitud de tercero sin establecimiento de tercería; práctica del embargo con la anotación en el Registro solamente con relación a bienes inmateriales; establecimiento del proceso de insania, etc. Esa simplificación procedimental se complementa con la intención de descargar de trabajo a los tribunales con la inclusión en el Código de dos instituciones: el arbitraje estimulado en el procedimiento sencillo y sin recurso de apelación, y la sucesión extrajudicial ante notario.

## LA BUENA FE

Principios universales del Derecho Procesal son los de lealtad y probidad, o sea, la buena fe, que deben observar las partes en el desarrollo del proceso. Es necesario entonces tomar determinadas medidas que tiendan a eliminar y en su caso a sancionar, la

deslealtad, la falta de probidad y el fraude procesal. Contribuyen a conseguir esa finalidad: terminación del proceso sin pronunciamiento encunto al fondo, el aumento de poderes del juez, el rechazo de plano de gestiones impertinentes, las sanciones de orden económico, la motivación de las apelaciones, la ejecución provisional de las sentencias pendientes en casación, ofrecimiento de toda la prueba en la demanda y en la contrademanda, el interrogatorio oral cruzado, el uso de la taquigrafía y de la grabación, entre otras.

## **LAS GARANTIAS**

Las garantías o cauciones, han encontrado acogida en el Código a fin de hacer más eficaz la justicia y de no hacer caer a una parte en la impaciencia y la desilusión. Así, el embargante preventivo tiene que garantizar para que se decrete el embargo; ambas partes garantizarán las costas si lo piden recíprocamente, pero sin dejar de oírse en primera instancia al omiso; se podrá garantizar para ejecutar provisoriamente la sentencia recurrida en casación; se podrá otorgar garantía por un tercerista para levantar el embargo inmediatamente, lo mismo que el ejecutante para garantizar la restitución de lo percibido para el caso de que prospere la tercería; se deberá garantizar para mantener el embargo en el ejecutivo fracasado, cuando se ordenaría la vía.

## **EXTENSION Y EPIGRAFES**

Un Código Procesal Civil no debe ser muy extenso, pues en caso contrario desnaturalizaría los afanes de simplificación y sencillez; Códigos sumamente extensos dificultan su uso por los abogados y jueces, e inclusive su estudio en las Facultades y Escuelas de Derecho. Hoy en día se considera exagerado el número de artículos cuando exceda el millar, debido a que es posible redactar con claridad y sencillez las normas y previniendo pocos procesos especiales. Así, el Proyecto Couture comprende 613 artículos; el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco 635; El Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, Argentina, 698; el Código de Procedimiento Civil Colombiano, 700; el Código de Procedimiento Civil Italiano, 831 más 230 disposiciones de aplicación y 17 disposiciones transitorias; el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, México 956 más las disposiciones como título especial relativas a la justicia de paz con 47

artículos y 16 disposiciones transitorias; el Código del Proceso Civil brasileño con 1210 más 8 artículos transitorios; el de la nación Argentina, con 811 más 10 disposiciones transitorias. Como puede observarse, existe una clara y premeditada tendencia a reducir la extensión de los Códigos procesales civiles. Esa tendencia ha quedado satisfecha en el Código puesto que el mismo cuenta con 932 artículos sin contar los artículos transitorios y las normas derogatorias que son respectivamente 3 y 8. Cada artículo tiene su epígrafe que sirve para identificar su contenido. Esto facilita su localización tanto para los jueces y los abogados, como para los estudiantes, como ya se ha comprobado.

## EL NOMBRE DEL CODIGO

No se puede dar un nombre a una obra intelectual antes de hacerla, sino precisamente a su finalización, ellos es así porque el nombre será el reflejo de todas las ideas expuestas en el desarrollo de la misma, las cuales constituirán su esencia; de manera que no se trata solamente de un problema de terminología, sino dar un nombre que científicamente indique lo que se regula en el texto. En el texto del Código se regula el proceso civil y sus diversos tipos, siendo esos tipos de proceso las unidades, y el procedimiento la parte o las partes de esas unidades. Al efecto, Sentís Melendo dice: "Todas las palabras de nuestros idiomas latinos, y aún de los germanos, que comienzan por el prefijo o la partícula *proce*, contienen la idea de caminar, de avanzar, de sucesión. Todo en la vida es sucesión; todo tiene su proceso, que se realiza con un determinado procedimiento; el proceso es un recorrido; el procedimiento es la forma de realizarlo; hoy nos hemos acostumbrado a la idea de ver en el proceso al conjunto de actos que se suceden unos a otros; en el procedimiento, a la sucesión de esos actos. En todo itinerario y en todo recorrido, por corto que parezca, hay etapas y momentos; y el Derecho Procesal diferencia esas etapas mediante la preclusión, que ha alcanzado la categoría de institución procesal. Hoy vamos a contemplar el proceso y el procedimiento que se siguen para resolver las controversias que se llevan a los estrados judiciales. Lo que antes se denominaba Procedimientos Judiciales, como materia universitaria, se llama hoy Derecho Procesal. ¿Por qué no Derecho Procedimental?<sup>15</sup> Esa misma idea fue expuesta hace unos años cuando estaba en sus inicios la reforma procesal civil<sup>16</sup>. Por eso, al haber dejado atrás el procedimiento y estar situados ahora en el procesalismo científico, no hay razón alguna para que el Derecho Procesal es el

conjunto de normas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso<sup>17</sup>. Esta tesis es de aceptación, por lo cual, en el trabajo referido, se dijo lo siguiente: Tenemos que concluir en que si un determinado cuerpo de normas regula el proceso como conjunto armónico, su nombre no debe ser otro que Código Procesal y no Código de Procedimientos; porque si bien un cuerpo legal de esa naturaleza determina la forma de hacer el avance o recorrido a que se ha aludido, procedimiento, no es menos cierto que visto en su conjunto lo que en definitiva regula es al proceso, que, como contenido tiene al procedimiento. Y si como en el caso que nos ocupa, se trata de la regulación de un proceso en el que se debaten intereses de orden privado, su denominación correcta es entonces Código Procesal Civil.<sup>18</sup> Este nombre ostentan, entre otros, los Códigos alemán, austríaco, brasileño, guatemalteco, santafesino, y nacional argentino, así como también el código tipo para Iberoamérica, y el proyecto para el Estado de Morelos, México, del Dr. Fernando Flores García.

Atendidas las razones expuestas, el Código se denomina Código Procesal Civil.

## **CAPITULO II**

### **RESULTADOS**

El proyecto definitivo fue entregado a la Asamblea Legislativa en el mes de setiembre de 1985, es decir, diez años después de que se iniciaron los trabajos preliminares. El proyecto se convirtió en ley N<sup>o</sup> 7130 de 16 de agosto de 1989, y la cual dispuso la vigencia del Código a partir del 3 de mayo de 1990. Es decir, a la fecha el Código tiene dos años y unos meses de estar en vigencia, por cuya razón es oportuno ver los resultados obtenidos en la práctica, en toda su integridad. A esta data es posible observar sus buenos resultados en algunas de sus instituciones, pues hay otras que necesitan un poco más de tiempo para arraigarse en la conciencia de los justiciables.

Para ello solicité, a los diez meses de su publicación, la colaboración de cuatro oficinas judiciales de la capital de la República con la finalidad de tener un mejor elemento de juicio en cuanto a resultados prácticos, y el informe que recibí fue el siguiente: "San José, 18 de marzo de 1991. Breves comentarios sobre algunos temas del

Código Procesal Civil: el presente informe fue elaborado, en conjunto, por los Jueces y Actuarios de los Juzgados Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto, previo intercambio de opiniones en reunión celebrada al efecto. El resultado obtenido fue el siguiente: a) Sobre la brevedad del proceso: En general, se ha podido palpar una mayor celeridad en la tramitación y fenecimiento de los asuntos. Así por ejemplo, lo atinente a los diferentes casos de las incompetencias, especialmente, por territorio. Concretamente, a modo de ejemplo, en el proceso ordinario de mayor cuantía, el trámite de la eliminación de apertura a pruebas ha redundado en darle más rapidez al proceso, así como la figura de la inadmisibilidad que contempla el ordinal 291 del Código, pues las partes buscan en forma rápida el cumplir con lo que se echa de menos. Referente a las conciliaciones, se ha tomado como termómetro que generalmente, la mayoría de las veces no llegan y cuando lo hacen no se ponen de acuerdo. A escasos tres meses de la vigencia del Código, en su primer año, en el Juzgado Quinto Civil se efectuaron dos con resultado positivo; en el Juzgado Cuarto y los restantes, solamente una de ellas se pudo celebrar también con resultados positivos, pues las partes arreglaron y el proceso se dio por finalizado. Se estima que lo anterior obedece a que no existe todavía una buena disposición de los abogados litigantes en materia civil para apreciar bien la figura, pero posiblemente con el transcurso del tiempo dicha actitud llegue a cambiar. Asimismo, el incremento de las llamadas excepciones previas ha permitido también el finalizar el proceso en forma anticipada. b) Sobre el fraude procesal: no se ha presentado caso alguno que se tenga conocimiento. c) Brevedad en los procesos sumarios: ha influido en la rapidez, el elenco taxativo de las excepciones que ahora el nuevo Código permite, así como los casos de las incompetencias cuando la misma es improrrogable. La limitación de los recursos de apelación en los diferentes casos. En el caso del desahucio, a modo de ilustración, ha servido mucho el haberse acertado sustancialmente el plazo para oponerse a la demanda (de 8 a 5 días). Otro ejemplo es que al haberse acertado sensiblemente el plazo de la deserción, de seis a tres meses, ha permitido declarar desiertos, de oficio en la mayoría de los casos, muchos asuntos. Lo anterior redundo en descongestionar considerablemente los expedientes activos del Despacho y, por ende, alivia la carga de trabajo. ch) Arbitrajes: no se tiene conocimiento de que se haya presentado algún caso. d) Evacuación de la prueba: aunque se ha tratado no ha sido posible evacuar dentro del plazo ordinario que señala el Código, básicamente, por lo congestionada que está la agenda del Despacho. No obstante y, conforme avanza el tiempo,

posiblemente se pueda hacer. Finalmente, como observación final, un factor que ha conspirado es la situación que prevalece con los pronunciamientos de la Sala Cuarta cuando en materia civil ha habido que suspender algunos trámites para los efectos legales pertinentes. Finalmente, consideramos que resulta prematuro a la fecha ofrecer una opinión más profunda y concluyente sobre los resultados del nuevo Código Procesal Civil.

Como se puede observar, se ha logrado dar celeridad al proceso civil, que era precisamente uno de los fines perseguidos en la reforma.

Además, se ha logrado también que tanto los abogados, como los jueces, e incluso los estudiantes, tengan un fácil manejo del Código, debido a que cada artículo tiene un epígrafe que identifica su contenido. Como profesor universitario me he dado perfecta cuenta de esa facilidad con que los estudiantes comprenden el sentido de sus instituciones y, también la facilidad con que ellos localizan una norma determinada. Ese fácil manejo era también una de las preocupaciones que se tuvo en mente en la labor de reforma, lo cual, sin duda alguna, se ha conseguido. Es necesario, no obstante, hacer la advertencia de que el artículo 6 es el único de todo el Código que no tiene epígrafe, pero eso se debió a que la redacción final de esa norma no fue producto de la Comisión Redactora, de la cual formé parte, sino del órgano legislativo. Ignoro la razón por la cual se omitió darle su epígrafe a ese artículo 6.

Se ha logrado también que los jueces usen adecuadamente sus poderes, notoriamente aumentados en el Código, lo cual en muchas ocasiones se ha visto interferido por un fenómeno desde luego normal, pero que ocasiona atascamiento de expedientes y un atraso normales también ambas situaciones. Me refiero a lo que en su informe los cuatro juzgados mencionaron relacionado con la labor que realiza la Sala Cuarta de la Corte, o Sala Constitucional, pues efectivamente, la proliferación de los recursos de inconstitucionalidad ha provocado ese atascamiento y atraso que podemos calificar como legal. No sobra decir, que hasta la fecha, ningún recurso de inconstitucionalidad ha sido declarado con lugar, de los que se han dirigido contra normas que constituyen la columna vertebral del Código. Pero si se hace abstracción de ese tiempo durante el cual algunos procesos civiles sufren ese freno legal, se puede concluir sin temor a incurrir en error, que sí se ha logrado la pretendida celeridad que inspiraba al Código.

Como Catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, me correspondió integrar el Tribunal Examinador

en la réplica de la tesis para obtener el grado de Licenciada de la señorita Patricia Araya Serrano, y dicha graduada logró conseguir mediante entrevistas datos que resultan halagadores a dos años de la promulgación del Código, y que se obtuvieron de opiniones de jueces y abogados litigantes al comparar la duración del proceso civil bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles derogado y, su duración bajo la vigencia del actual Código Procesal Civil. Bajo la vigencia del primero y, según opinión de jueces un proceso sumario (ejecutivo o desahucio), el 66.67% duraba más de 6 meses, y, un 33.33% de 1 a 2 años; los procesos ordinarios un 35.70% tardaba de 1 a 4 años y, un 64.28% duraba 5 meses más. Según los abogados litigantes, los procesos sumarios, ejecutivos y desahucios, tardaban el 28.6% de 1 a 4 años, y un 71.4% cinco meses más; en cuanto a ordinarios, un 31.25% tardaba menos de 6 meses, un 31.25% más de 6 meses y, un 37.5% de 1 a 2 años. Eso contrasta con las opiniones de jueces y abogados en relación con la duración del proceso civil bajo el Código vigente, cuyo resultado es así: un 42.9% dura igual; el 57.1% es más rápido y, ninguno opinó en el sentido de que fuera más lento. Es elocuente la opinión de los abogados en el sentido de que el 12.5% dura lo mismo, pero el 81.25% dijo que el trámite es más rápido. Sólo un 6.25% de los abogados dijo que era más lento. En cuanto a la ordenación de pruebas el porcentaje de las que se ordenen por el juez es bajo: un 25% dicen los jueces y, un 23.1% afirman los abogados. En cuanto a respeto de los plazos, un 71.43% de los entrevistados dijo sí, y un 28.57% dijo no. En cuanto a los medios que se utilizan para la recepción de la prueba, es lamentable que el 100% utiliza el medio escrito, a pesar de que el Código es de apertura hacia otros medios. En definitiva, la duración del proceso civil, según los jueces, un 57.1% opinó que es más rápido, y en cuanto a los abogados litigantes el 81.26% opinó también en ese sentido. En cuanto a la ordenación de pruebas, en definitiva los porcentajes quedaron así: según los jueces, el 25% opinó que sí se ordena de oficio, y, el 75% dijo que no; los abogados litigantes se manifestaron un 23.1% en sentido afirmativo y, un 76.9% negativamente. Los siguientes cuadros son elocuentes en cuanto a lo dicho, por lo que se puede concluir en que se ha logrado celeridad, pero aún es necesario concientizar en que al juez se le aumentaron sus poderes para que se le considere un verdadero director del debate.

No fue posible obtener datos estadísticos emanados directamente del Departamento de Estadística de la Corte Suprema de Justicia, debido a que como la vigencia del Código de Procedimientos Civiles derogado no se aplicaba en toda su plenitud el impulso oficial,

entonces la duración de los procesos resulta exagerada, en lo cual no participaban los jueces, sino más bien la actitud pasiva y decidiosa de las partes. Véase cuadro estadístico.

En cuanto al uso que con frecuencia se haga de instituciones nuevas, la experiencia ha demostrado en estos dos años de vigencia que unas han sido muy bien aceptadas por el público y, otras en menor grado y otras, muy pocas, que a la fecha no han funcionado. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que entre las primeras están el proceso abreviado, el cual está destinado a debatir pretensiones que necesitan una solución más rápida, entre las cuales se cuentan las de carácter familiar y otras de carácter patrimonial como la continuación o demolición de la obra nueva que se había puesto en suspenso, el proceso monitorio, destinado a la creación de títulos ejecutivos, y el cual es de carácter documental, los nuevos medios de prueba como el documento entendido en sentido amplio, esto es, como todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, la motivación de la apelación cuando se impugna un auto, el impulso oficial, la deserción declarada de oficio, etc. Entre las segundas mencionaremos fundamentalmente a la conciliación como forma de terminación anormal del proceso y el arbitraje como forma sustitutiva en la resolución de conflictos de carácter jurídico con carácter de cosa juzgada. Entre las últimas incluiremos el fraude procesal, la intervención principal excluyente y, la casación directa, o *per saltum*. Considero que es necesario esperar más tiempo para que las instituciones que se usan poco o las que no se han usado del todo hasta ahora, lleguen a ser puestas en práctica, pues es de suponer que los abogados jóvenes, o los estudiantes que llegarán a ser abogados dentro de poco tiempo, son los que más conocimiento e información tienen sobre esas instituciones, lo que lamentablemente no ocurre con los abogados que se graduaron con anterioridad a la vigencia del Código, por lo menos en un alto porcentaje. Para ello se ha continuado con una labor de divulgación a base de seminarios para abogados, cuya asistencia siempre ha sido halagadora y cuyos resultados también lo son. Por ejemplo, ya se ven escritos presentados ante los juzgados y tribunales en los que se invoca el fraude procesal, con lo cual se ve la tendencia a que esa nueva institución funcione en la práctica. Lo que ocurre es que en esos casos en los que se ha invocado en realidad no ha ocurrido ningún fraude procesal. En otros casos es posible que haya algún temor por parte de los jueces a aplicar la sanción correspondiente, puesto que hemos tenido informes de que continúa la mala costumbre de "inventar" una causal de divorcio y presentar la demanda que realmente es hecha de

común acuerdo de los cónyuges, cuando éstos no pueden lograr la disolución del vínculo matrimonial por el mutuo acuerdo debido a que no ha transcurrido el tiempo que exige el Código de Familia durante el cual deben haber estado casados. En definitiva, es necesaria una concientización y esperar a que transcurran unos años más, para ver funcionando ese tipo de instituciones.

## CAPITULO III

### PROCESO PENAL

En el proceso penal sí se manifiesta la oralidad con toda amplitud. Y fue el actual Código de Procedimientos Penales promulgado mediante ley N° 5377 de 19 de octubre de 1973 al que le correspondió establecer el cambio del proceso escrito al sistema oral. Quien suscribe tuvo la experiencia del proceso penal bajo la vigencia del sistema escrito, de manera que me es imposible establecer algún parangón entre uno y otro. Por esa razón dejemos que sea el Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Dr. Luis Paulino Mora Mora, quien nos ilustre al respecto: "El sistema oral conlleva una mayor confianza en la actividad del juez, pues no todas las veces las actuaciones del juzgador pueden ser asentadas en documentos, pero también se posibilita una mayor fiscalización de aquella actividad al realizarse principalmente en audiencias abiertas al público el que tendrá así la oportunidad de enterarse directamente sobre la forma en que los jueces administran justicia, resultando así más democrática y cristalina esa importante función. En el sistema oral el juez debe tomar contacto directo con las partes y la prueba, es por ello que no puede constituirse en un simple espectador, él dirige el debate, acepta la prueba que resulta pertinente para resolver el caso y puede hasta acordar el recibo de nueva, para mejor resolver (En un sistema plenamente acusatorio esta posibilidad, -acordar prueba para mejor resolver- no debe tener cabida) cuando la que le ha sido aportada resulta manifiestamente insuficiente para hacer pronunciamiento. A efecto de permitir al juzgador un mayor acercamiento a la prueba y a los alegatos que sobre ella y la doctrina hacen el Ministerio Público, la defensa y los demás intervinientes, se señala como principio la inmediación de la prueba, esta se logra mejor, según ya quedó dicho, en el procedimiento oral, pues por medio de él se permite, aún más podría decirse que se exige que el juez tenga un

contacto directo con los medios de prueba y con los sujetos procesales que participan en el contradictorio, así sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente, llega al ánimo del juzgador la prueba. Para que la ventaja de la inmediación no se pierda, es necesario que el debate sea concentrado, no debe extenderse en el tiempo, por el contrario, debe tratarse, hasta donde ello sea posible, que se desarrolle en un solo acto. El transcurso del tiempo es el principal enemigo del recuerdo fiel de lo acontecido y por ello hace que los jueces y restantes intervinientes olviden detalles que pueden resultar importantes para la solución de la litis<sup>19</sup>. Lo anterior es una opinión autorizada desde luego que el autor vivió la experiencia del proceso penal con oralidad y publicidad durante sus años de juez superior. Y todo lo que se diga y se pueda en adelante decir en cuanto a ello es de nuestra aceptación, pero la realidad refleja unos datos que hacen pensar en que ocurre algo, quizás problemas relativos a la organización, que están produciendo otros resultados a los previstos en el proceso penal. Eso lo revelan los datos estadísticos que me permito acompañar.

Esos cuadros que a mi solicitud me envió el señor Jefe de la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial, revelan que la duración de un proceso penal que termina con sentencia es de mucho menor duración en los juzgados penales que en los tribunales superiores. Es de tomar en cuenta que ante estos últimos se conoce de delitos graves y por lo tanto con penas altas. En otras palabras, los tribunales superiores conocen de casos que tienen una notoria complejidad. Obsérvese que la duración del proceso penal en un juzgado penal oscila entre seis meses y tres semanas y nueve meses y tres semanas. En cambio, en los tribunales superiores oscila entre trece meses y diecisiete meses. La diferencia es grande. Véanse al respecto los cuadros 1, 2 y 3, anexos a la nota N° 286-EST-92 de fecha 27 de agosto de 1992, que aparece en las siguientes páginas.

Entre las razones por las cuales el proceso penal tiene esa duración se encuentran los motivos legales que impiden que se celebre el juicio oral y público, y que, por el contrario, se tenga obligatoriamente que suspender. Los motivos son muchos, entre los que se cuentan la ausencia del imputado, la ausencia del defensor, etc.. Y tan sólo en el segundo trimestre del corriente año 1992, de 1354 señalamientos, se celebraron 814 y se suspendieron 540. Los datos son elocuentes. Esto ocurrió en los 8 circuitos judiciales asentados de Tribunales Superiores, como consta en los cuadros 1 y 2 anexos a la nota N° 273-EST-92 de fecha 19 de agosto de 1992, que aparecen en las páginas siguientes.

En relación con los procesos penales de conocimiento de los juzgados penales, durante el mismo período se efectuaron 2409 señalamientos, de los cuales se celebraron 1145 y, se suspendieron 1264. Los motivos son los mismos anteriores cuya lista taxativa consta en los cuadros 1 y 2 anexos a la nota N° 274-EST-92 de 20 de agosto de 1992 y que forman las páginas siguientes también. En estos últimos datos se concluyen además los juzgados agrarios, cuyo procedimiento también se rige por la oralidad.

La situación descrita ha hecho nacer la preocupación a la Corte Suprema de Justicia, quien organizó por medio de la Escuela Judicial, una actividad académica denominada "Seminario de Administración de Justicia Penal", que se celebró en el mes de agosto en la ciudad de San José en la sede de la Escuela, al cual asistieron más de cien jueces de las Provincias de Guanacaste, Puntarenas, Limón, Cartago, Alajuela y Heredia. De dicha actividad surgió la conclusión de mejorar y acelerar el proceso penal, así como también evitar tantas nulidades. Las sugerencias nacidas de esa reunión, son en términos generales las siguientes:

- a) el juez debe ejercer un mayor control durante la instrucción;
- b) mayor capacitación al personal de apoyo;
- c) mayor comunicación entre defensor e imputado, y ofendido y Ministerio Público;
- d) estabilidad en los nombramientos de los funcionarios, pues esto no ocurre en las provincias alejadas de la capital de la República;
- e) eliminar totalmente la acción civil resarcitoria;
- f) modificar el art. 5º del Código de Procedimientos Penales para que el Ministerio Público tenga el criterio de oportunidad y pueda escoger cuál ilícito llevar a juicio;
- g) la instrucción es normalmente innecesaria, anacrónica. Es repetitiva y el aporte al sistema es mínimo;
- h) que el Ministerio Público sea fortalecido para investigar causas y establezca el requerimiento de elevación a juicio;

- i) deben establecerse cursos de capacitación para agentes fiscales y fiscales en servicio;
- j) deben eliminarse los juzgados mixtos para que los jueces puedan dedicarse como corresponde al juicio oral sin que se mezcle la materia penal con otras;
- k) cuando se trate de un delito sexual y la víctima sea un niño, el interrogatorio debe hacerlo un psicólogo o un psiquiatra con capacidad para llevar el interrogatorio, y que sea a través de ese profesional que repregunten las partes. Todo ello por proteger al menor que se siente agredido con preguntas de jueces, fiscales, defensores, que en muchas ocasiones no saben conducir el interrogatorio;
- l) cuando la prueba documental es abundante, debe prescindirse de la lectura para que el presidente del tribunal haga un resumen breve del contenido de esos documentos para informar al público que no conoce el expediente, porque cuando es abundante ese medio de prueba, su lectura a veces consumiría días, creándose un atraso.

Las anteriores sugerencia y conclusiones se dieron a la publicidad en el periódico La Prensa Libre del miércoles 26 de agosto del corriente año 1992.

**Cuadro N° 1**  
**DURACION DE LOS JUICIOS CON EL ANTERIOR**  
**CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES**  
**SEGUN JUECES**

TIPO DE JUICIO	MESES		AÑOS		MESES	
	- 6	+ 6	1 A 2	1 A 4	+ 5	+ 10
SUMARIOS	-	+ 6	1 A 2	1 A 4	+ 5	+ 10
(EJECUTIVOS Y DESAHUCIOS)	-	66,67%	33,33%	-	-	-
ORDINARIOS	-	-	-	35,70%	64,28%	-

*Fuente: Preguntas N°s. 1 y 2 del cuestionario aplicado el cual se presenta en anexo N° 2 hecho a jueces y alcaldes civiles del circuito de San José en Dic-90 y Ene-91.*

**Cuadro N° 2**  
**DURACION DE LOS JUICIOS CON EL ANTERIOR**  
**CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES**  
**SEGUN ABOGADOS LITIGANTES**

TITULO DE JUICIO	MESES		AÑOS			
	- 6	+ 6	1 A 2	1 A 4	+ 5	+ 10
SUMARIOS (EJECUTIVOS Y DESAHUCIOS)	-	-	-	28,6%	71,4%	-
ORDINARIOS	31,25%	31,25%	37,5%	-	-	-

Fuente: Preguntas N°s. 1 y 2 del cuestionario aplicado el cual se presenta en anexo N° 3 hecho a litigantes del circuito de San José en Dic-90 y Ene-91.

**Cuadro N° 3**  
**DURACION DEL PROCESO CIVIL EN EL**  
**CODIGO PROCESAL CIVIL EN RELACION**  
**CON LA LEGISLACION SEGUN ABOGADOS**  
**LITIGANTES**

CARGO	IGUAL	MAS RAPIDO	MAS LENTO
JUECES	42,9%	57,1%	0%
LITIGANTES	12,5%	81,25%	6,25%

Fuente: Pregunta N° 3 del cuestionario aplicado el cual se presenta en anexo 2 y 3, hecho a abogados - litigantes, jueces y alcaldes civiles del circuito de San José en Dic-90 y Ene-91.

**Cuadro N° 4**  
**ORDENACION DE PRUEBAS DE OFICIO SEGUN**  
**JUECES O LITIGANTES**

CARGO	ORDENA	
	SI	NO
JUECES	25,0%	75,0%
LITIGANTES *	23,1%	76,95%

\*Se refiere a la impresión de los litigantes respecto a la ordenación por parte de los jueces.  
Fuente: Pregunta N° 5 del cuestionario aplicado el cual se presenta en anexo 2 y 3, hecho a Jueces y Alcaldes Civiles, Litigantes del circuito de San José en Dic-90 y Ene-91.

**Cuadro N° 5**  
**CRITERIOS SOBRE LA DURACION Y EL**  
**RESPECTO A LOS PLAZOS DE ACTUACION**  
**EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL**

<i>DURACION</i>		<i>RESPECTO</i>	
<i>MAS CORTOS</i>	<i>MAS LARGOS</i>	<i>SI</i>	<i>NO</i>
100%	---	71,43%	28,57%

**Cuadro N° 6**  
**MEDIOS QUE UTILIZA EL DESPACHO JUDICIAL**  
**PARA EL RECIBIMIENTO DE LA PRUEBA**

<i>MEDIO</i>	<i>PORCENTAJE</i>
<i>ESCRITO</i>	100%
<i>GRABACION</i>	0%
<i>TAQUIGRAFIA</i>	0%
<i>PELICULAS Y OTROS</i>	0%

*Fuente: Pregunta N° 17, del cuestionario aplicado, el cual se presenta en Anexos 2 y 3, realizado en Dic-90 y Ene-91 a jueces y abogados del circuito de San José.*

Nº 236-EST-92

San José, 27 de agosto de 1992

Doctor

Olman Arguedas Salazar

Presidente Tribunal I Superior Civil

S. D.

Estimado señor

Conforme a su solicitud verbal del día de ayer me permito remitirle tres cuadros que muestran la duración promedio en los siguientes tipos de juicios para el período 1983-1991

	<u>MATERIA</u>	<u>OFICINA</u>	<u>TIPO DE JUICIO</u>
CUADRO 1:	Penal	Trib. Sup. Penales	Instruc. Formal
CUADRO 2:	Penal	Juzgados Penales	Citac. Directa
CUADRO 3:	Trabajo	Juzgados de Trabajo	Ordinarios

Para la materia civil no puedo brindarle este tipo de información, pues aunque hace unos años se recopiló, hubo de abandonarse por cuanto los resultados obtenidos no reflejaban con exactitud dicha duración, ya que los promedios eran bastante elevados debido a que una gran parte de los juicios habían permanecido abandonados por bastante tiempo, lo cual incidía directamente en la elevación de esos resultados.  
Atentamente

Lic. Emilio Solana Rio

**JEFE**

**SECCION DE ESTADISTICA**

## CUADRO N°1

**DURACION PROMEDIO DE LOS JUICIOS FALLADOS CON SENTENCIA  
POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES PENALES DURANTE  
EL PERIODO 1983 - 1991\***

AÑO JUICIOS	DURACION PROMEDIO	ETAPA	
		INSTRUCCION	JUICIO
1983 1660	13 mes. 0 sem.	9 mes. 1 sem.	3 mes. 3 sem.
1984 1788	12 mes. 1 sem.	8 mes. 1 sem.	4 mes. 1 sem.
1985 1919	13 mes. 2 sem.	8 mes. 1 sem.	5 mes. 0 sem.
1986 1799	13 mes. 1 sem.	8 mes. 1 sem.	5 mes. 0 sem.
1987 2240	14 mes. 2 sem.	8 mes. 2 sem.	6 mes. 0 sem.
1988 2453	14 mes. 3 sem.	8 mes. 3 sem.	6 mes. 0 sem.
1989 2466	14 mes. 1 sem.	8 mes. 3 sem.	5 mes. 2 sem.
1990 3568	15 mes. 3 sem.	9 mes. 0 sem.	6 mes. 3 sem.
1991 3414	17 mes. 0 sem.	9 mes. 3 sem.	7 mes. 1 sem.

\* Hasta 1989 los resultados que se indican, corresponden únicamente a los juicios en que se dictó una sentencia condenatoria. Para 1990 y 1991 incluye tanto las condenatorias como las absolutorias.

## CUADRO N° 2

**DURACION PROMEDIO DE LOS JUICIOS FALLADOS  
CON SENTENCIA POR LOS JUZGADOS PENALES  
DURANTE EL PERIODO 1983 - 1991\***

AÑO	JUICIOS	DURACION PROMEDIO
1983	3982	6 meses 3 semanas
1984	3682	6 meses 3 semanas
1985	2968	5 meses 3 semanas
1986	3289	6 meses 3 semanas
1987	3395	7 meses 1 semanas
1988	4166	7 meses 3 semanas
1989	3792	7 meses 0 semanas
1990	5351	6 meses 3 semanas
1991	4650	6 meses 2 semanas

\* Hasta 1989 los resultado que se indican, corresponden únicamente a los juicios en que se dictó una sentencia condenatoria. Para 1990 y 1991 incluye tanto las condenatorias como las absolutas.

**CUADRO N° 3**  
**DURACION PROMEDIO DE LOS JUICIOS ORDINARIOS FALLADOS**  
**CON SENTENCIA POR LOS JUZGADOS DE TRABAJO**  
**DURANTE EL PERIODO 1983 - 1991**

<i>AÑO</i>	<i>JUICIOS</i>	<i>DURACION PROMEDIO</i>
1983	1554	7 meses 3 semanas
1984	1531	8 meses 0 semanas
1985	1924	8 meses 3 semanas
1986	1949	8 meses 1 semanas
1987	1838	9 meses 2 semanas
1988	1280	8 meses 1 semanas
1989	1487	8 meses 1 semanas
1990	1681	8 meses 2 semanas
1991	1722	9 meses 3 semanas

N° 273-EST-92

San José, 19 de agosto, 1992

Señor Lic. Luis Barahona Cortés

Jefe a.i. Departamento de Planificación

S. D.

Estimado señor:

Adjunto le remito dos cuadros que informan sobre el número de delitos señalados, suspendidos y celebrados por los tribunales superiores del país durante el segundo trimestre de 1992.

Para este período se produjo el mayor número de señalamientos de los últimos tres trimestres, con un total de 1354. En ello contribuyó en parte el hecho de que entró a funcionar una sección emergente en el Tribunal Superior de Limón a partir del mes de abril.

La cantidad de debates que tuvieron que suspenderse fue de 540, lo que representa casi el 40% de los juicios que estaban señalados. Dicho porcentaje se encuentra en un punto intermedio entre los alcanzados en los dos períodos anteriores.

TRIMESTRE	DEBATES			PORCENTAJE		
	SEÑA- LADOS	CELE- BRADOS	SUSPEN- DIDOS	TOTAL	CELE- BRADOS	SUSPEN DIDOS
Octubre-Diciembre (91)	1247	769	478	100	61,7	38,3
Enero-Marzo (92)	1304	743	561	100	57,0	43,0
Abril-Junio (92)	1354	814	540	100	60,1	39,9

Un aspecto a destacar es que mientras en el primer trimestre de 1992 el Tribunal Segundo, Sección Primera fue el que presentó mayor porcentaje de suspensiones (50,4%), ahora ocupó el último puesto (25,3%).

En esta oportunidad correspondió al Tribunal de Limón, Sección Segunda, ser la oficina con mayor porcentaje de suspensiones (49,4%).

Las ausencias del imputado ya sea que se dictara o no la rebeldía, fue el motivo que ocasionó el mayor número de suspensiones con un total de 217 (40%), porcentaje que es diez puntos porcentuales superior al que ocurrió entre los meses de enero a marzo.

TRIMESTRE	AUSENCIAS Y REBELDIAS	% SOBRE EL TOTAL
Enero-Marzo (92)	167	29,8
Abril-Junio (92)	217	40,2

Este incremento fue contrarrestado por la disminución alcanzada en los siguientes motivos.

MOTIVO	SUSPENSIONES		
	ENERO- MARZO	ABRIL JUNIO	DISMINUCION
No se presentaron testigos	102	73	29
Anulación Requerimiento	71	54	17
Acción de inconstitucionalidad	63	46	17
	-----	-----	-----
TOTAL	236	173	63

Por motivos relacionados con la defensa hubo necesidad de suspender 52 debates (10%).

De usted atentamente, LIC. EMILIO SOLANA RIO

Nº 274-EST-92

San José, 20 de agosto de 1992

Señor

Lic. Luis A. Barahona Cortés, Jefe a.i.

**DEPARTAMENTO DE PLANIFICACION**

S. O.

Estimado señor:

Adjunto le remito dos cuadros que informan sobre el número de debates señalados, suspendidos y celebrados por los juzgados penales y agrarios del país durante el segundo trimestre de 1992.

Durante este período se efectuaron 2409 señalamientos lográndose celebrar 1145 de ellos lo que representa un 47.5%. Los juicios suspendidos ascendieron a 1264, con lo se alcanza el mayor valor en esta variable desde que se llevan este tipo de estadísticas. No obstante en términos porcentuales, los debates suspendidos registraron un pequeño descenso con relación al trimestre anterior.

TRIMESTRE	SEÑALAMIENTOS	JUICIOS CELEBRADOS	%	SUSPENDIDOS	%
<i>Octubre-Diciembre (91)</i>	2310	1168	50.6	1142	49.4
<i>Enero-Marzo (92)</i>	2169	953	43.9	1216	56.1
<i>Abril-Junio (92)</i>	2409	1145	47.5	1264	52.5

En términos absolutos los juzgados con mayor número de suspensiones fueron el de Limón y el de Puriscal con 115 y 109 casos respectivamente. Sin embargo es importante advertir que esas cantidades comprenden a los dos jueces existentes en tales despachos. Hecha esta observación se tiene que el juez con más debates suspendidos fue el Segundo de San José con 83.

Si el análisis se hace con base en los porcentajes los primeros lugares en cuanto a suspensiones fueron ocupados por los Juzgados Mixtos de Puerto Cortés y Golfito con un 79 y un 76% respectivamente, lo cual implica que de cada cuatro juicios que señalaron para debate en este trimestre sólo pudo realizarse uno.

Al igual que ocurrió en el caso de los tribunales Superiores, el 40% de las suspensiones se originaron por la no presencia o rebeldía del imputado, aunque en este período hubo un ligero descenso por este motivo con relación al trimestre anterior. Como contraparte se dio un

aumento significativo en los casos por acciones de inconstitucionalidad y ausencia de testigo.

<i>MOTIVO</i>	<i>TRIMESTRE</i>		<i>DIFERENCIA</i>
	<i>ENERO-MARZO</i>	<i>ABRIL-JULIO</i>	
<i>Ausencia de imputado</i>	355	270	85
<i>Rebeldía</i>	190	231	+41
<i>Ausencia de testigos</i>	166	201	+35
<i>Acción de inconstitucionalidad</i>	82	125	+43

En lo que respecta a las anulaciones del requerimiento de citación directa apenas hubo cambio (96 en el primer trimestre y 97 en el segundo).

Por cuestiones relacionadas con la defensa (ausencia, incapacidad, cambios, etc.) hubo 50 suspensiones (6%).

De usted muy atentamente,

Lic. Emilio Solana Río

JEFE

SECCION DE ESTADISTICA

**CUADRO N° 1**  
**DEBATES SEÑALADOS Y NO CELEBRADOS POR LOS TRIBUNALES**  
**SUPERIORES DEL PAIS, SEGUN MOTIVO DE SUSPENSIÓN DURANTE EL**  
**SEGUNDO TRIMESTRE DE 1992**

MOTIVO DE LA SUSPENSIÓN	TOTAL	TRIBUNAL																	
		I		II		III		IV		V		VI		VII		VIII			
		BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC	BECC		
TOTAL	840	44	49	24	38	8	37	48	37	37	30	30	20	30	30	20	30	40	
AUSENCIA DEL IMPUTADO	120	10	9	7	4			9	9	11									
REBELDE	81																		
AUSENCIA DE TESTIGOS	73	18	2	3	10		12	9	3	2				10					
ANULAR RES. ELECCIÓN JUICIO	84																		
POR ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	44	3	2	4	8		6	3	8	3									
AUSENCIA DE DEFENSOR	24	1	1	1	1		4	4	4	4									
AUSENCIA DEL IMPUTADO (JUSTIFICADA)	17		2	2			1	1	1	1									
AUSENCIA DEL DEFENSOR (JUSTIFICADA)	12																		
NO SE CITO AL IMPUTADO	11																		
AUSENCIA DEL JUZI	7																		
DE VARIO FECHA SERALARIENTS	7																		
POR CAMBIO DE DEFENSOR	6																		
RENUNCIO DEFENSOR PARTICULAR	4																		
IMP. FUE TRABAJADO DE CENTRO PENAL	3																		
CRONAS DE DEBATES (INDEFINIDOS)	3																		
FALTA PRUEBA NEGON RESOLVER	3																		
INCOMPETENCIA	3																		
TRIB. SUPLENTE NO PUDO INTEGRARSE	3																		
FALTA DICTAMEN MEDICO	3																		
NO SE NOT. AL DEFENSOR DEL IMPUTADO	3																		
EVASION	3																		
IMPUTADO LLEGO TARDE	3																		
IMP. NO FUE TRAB. DESDE CTRO. PENAL	3																		
AUSENCIA DEL FISCAL	3																		
DE ORDEN INSTRUCCION SUPLENTERIA	3																		
IMPUTADO FALLECIO	3																		
PARA REALIZAR PERITAJE	3																		
IMP. NO BUENO ABAND. CENTRO PENAL	3																		
DE ABAND. TODO LO ACTUADO	3																		
AUSENCIA DEL JUZI (JUSTIFICADA)	2																		
ACUMULACION	2																		
ESTRAVIO DE DOCUMENTOS	2																		
FISCAL DE ORD. AL RESURRIENTO	2																		
POR SOLICITUD DEL ACTOR CIVIL	2																		
POR APELACION ANTE CONSEJO MEDICO	2																		
DEFENSOR DE ORDEN	2																		
NO SE NOTIFICO AL ACTOR CIVIL	2																		
POR ERROR DE LIBERS A MED PRESO	2																		
IMPUTADO NO ACEPTO DEFENSOR PUBLICO	2																		
PERDIENTE ACCION CIVIL RESANCIONIA	2																		
ARREGLO ENTRE LAS PARTES	2																		
IMPUTADO PRESO POR OTRA CAUSA	2																		
RESOLVIENDO INCIDENTES	2																		
AUSENCIA DEL FISCAL (JUSTIFICADA)	2																		
POR RECURSO DE HABEAS CORPUS	2																		
OTROS	2																		

**CUADRO N° 2**  
**DEBATES CELEBRADOS Y SUSPENDIDOS POR LOS TRIBUNALES**  
**SUPERIORES PENALES DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 1992**

TRIBUNAL	DEBATES			% DE SUSPENDIDOS
	SEÑALADOS	CELEBRADOS	SUSPENDIDOS	
<b>TOTAL</b>	1354	814	540	39.9
Primero (I Secc)	91	47	44	48.3
Primero (II Secc)	93	53	40	43.0
Segundo (I Secc)	95	71	24	25.3
Segundo (II Secc)	97	62	35	36.1
Segundo (III Secc)	14	9	5	35.7
Tercero (I Secc)	84	47	37	44.0
Tercero (II Secc)	98	53	45	45.9
Pérez Zeledón	99	63	37	37.4
Alajuela (II Secc)	79	49	30	38.0
Alajuela (III Secc)	85	47	38	44.7
Cartago	72	44	28	38.9
Heredía	93	55	38	40.9
Liberia	109	74	35	32.1
Puntarenas	75	47	28	37.3
Limón (I Secc)	89	53	36	40.5
Limón (II Secc)	81	41	40	49.4

**CUADRO N° 1**  
**MOTIVO DE SUSPENSIÓN DE LOS DEBATES SEÑALADOS EN LOS**  
**JUZGADOS PENALES DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 1992**

MOTIVO DE LA SUSPENSIÓN	TOTAL	JUZGADO PENAL															
		I	II	III	IV	V	HATILLO	DESAR-	BOICOR-	IPEREZ	PURIS-	I ALA-	II ALA-	GRECIA	SAN	AGRARIS	
		S.J.	S.J.	S.J.	S.J.	S.J.	PARABOS	CHEA	TELEBON	CAL	JUELA	JUELA		CARLOS	S. CARLOS		
TOTAL	1264	40	88	80	63	32	13	36	44	22	109	46	49	14	30	1	
AUSENCIA DEL IMPUTADO	279	3	1	-	4	7	7	1	17	6	22	17	19	2	18	1	
REBELDIA	231	9	32	30	32	1	7	9	6	7	22	17	11	2	11	1	
AUSENCIA DE TESTIGOS	201	16	19	1	6	9	3	11	7	8	12	3	1	1	11	1	
ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	129	3	16	3	3	1	1	1	7	1	8	6	1	1	1	1	
AMALARGO REDUJERIMIENTO	97	1	7	7	8	5	1	3	1	1	13	1	1	1	1	1	
NO SE CITO AL IMPUTADO	32	1	1	-	1	1	1	2	1	1	23	1	1	1	1	1	
INCOMPETENCIA	30	1	1	-	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
AUSENCIA DEL DEFENSOR	30	2	1	-	3	1	2	1	1	1	2	1	1	1	1	1	
DE VARIO FECHA DESALAMIENTO	29	2	2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
FALTA DE PRUEBA RECIBI RESOLVER	18	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
NO SE CITO A UNA DE LAS PARTES	17	-	-	1	-	-	-	-	-	-	8	-	-	-	-	-	
AUSENCIA DE DEFENSOR	16	-	1	1	1	-	-	1	1	1	1	-	-	-	-	-	
FALTA DICTAMEN MEDICO	10	2	1	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
AUSENCIA DEL IMPUTADO (JUSTIFICADA)	10	2	1	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
INHIBITORIA JUEZ SUPLENTE	10	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
AUSENCIA JUEZ (JUSTIFICADA)	8	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
AUSENCIA FISCAL (JUSTIFICADA)	8	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
POR INHIBICION	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
IMPUTADO DE PRESENTE ESCRIBI	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
DE ORDEN INSTRUCCION SUPLEMENTARIA	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
IMPUTADO LLEGO TARDE	5	-	-	-	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-	-	
CAMBIO DE DEFENSOR	5	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
PARA REP. RECIBI MEDICO AL IMPUTADO	5	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
AUSENCIA DEL DEFENSOR (JUSTIFICADA)	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
DE TRANS. AL COJUEZ A OTRA OP. JUS.	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
RELAJADO DEFENSOR PRIVADO	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
EXPEDIENTE EN OTRA OFICINA JUDICIAL	4	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
POR OPOSICION DEL DEFENSOR	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
POR FALTA DE DOCUMENTACION	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
POR EXCEP. FALTA AGOT. VIA ADM.	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
AUSENCIA DE FISCAL	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	

## continuación Cuadro N° 1

RETIPO DE LA SUSPENSIÓN	JUEGOS PERAL																	
	SAB	CARTAG	TURRI-	HERE-	LIBERIA	AGRARI	CABA	NICOYA	AGRARI	SANTA	PUNTA-	SOLFITO	CDRRE-	AGR. CO-	GGG	LINOR	AGR.	POCDEI
	BARRO		ALBA	DIA		LIBERIA			NICOYA	CRUZ	RENAS		SONES	ARCIBRESI		LINOR		
TOTAL	27	94	46	69	36	2	48	28	2	33	18	28	18	1	16	118	2	79
ABSENCIA DEL IMPUTADO	14	14	20	13	11		19	8		12		10				27		31
REBELDIA	1																	
ABSENCIA DE TESTIGOS	1						10			9						12		11
ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	2	7	11	7	4		2	12		1						1		12
ANALISIS RENUNCIAMIENTO																		
NO SE CITO AL IMPUTADO																		
INCOMPETENCIA																		
ABSENCIA DEL DEFENSOR	1																	
DE VARIEDAD FECHA RECALAFIAMENTO		7																
FALTA DE PRUEBA HEICR RESOLVER																		
NO SE CITO A UNA DE LAS PARTES		9																
ABSENCIA DE OFENSIVO																		
FALTA DE DEFENSA MEDICO																		
ABSENCIA DEL IMPUTADO (JUSTIFICADA)	1																	
INHIBIDORIA JUEZ SUPLENTE																		
ABSENCIA JUEZ (JUSTIFICADA)																		
ABSENCIA FISCAL (JUSTIFICADA)																		
POR INHIBICION																		
IMPUTADO SE PRESENTO EBRI																		
DE ORDENO INTRUCCION SUPLEMENTARIA																		
IMPUTADO LLEGO TARDE																		
CAMBIO DE DEFENSOR																		
PARA REP. RECON. MEDICO AL IMPUTADO																		
ABSENCIA DEL DEFENSOR (JUSTIFICADA)																		
DE TRAB. AL COJUEZ A OTRA OF. JUS.																		
RENUNCIADO DEFENSOR PRIVADO	1																	
EXPEDIENTE EN OTRA OFICINA JUDICIAL																		
POR OPOSICION DEL DEFENSOR																		
POR FALTA DE DOCUMENTACION																		
POR EICER. FALTA ABOT. VIA ADM.																		
ABSENCIA DE FISCAL																		

continuación Cuadro N° 1

MOTIVO DE LA SUSPENSIÓN	JUZGADO PENAL																		
	SAN	CARTAGO	TURRI-	MERE-	LIBERIA	AGRARIO	CAPAS	NICOYA	AGRARIO	SANTA	PUNTA-	SOLFITO	CORRE-	AGR. CO-	OSA	LINCH	AGR.	POCOCI	
	RAVON		ALBA	SIA	LIBERIA	LIBERIA		NICOYA	NICOYA	CRUI	RENAS		BONES	REBONES		LINCH	LINCH		
POR INSTRUCCION INCOMPLETA	3																		
FALTA REALIZAR PERITAJE	1																		
ACUMULADO	2																		
ENVIADOS A PERICATURA FORENSE	1																		
CHOQUE DE DEBATES (FISCAL)	1																		
PARA SOLICITAR UN INTERPRETE	1																		
CAMBIO DE JUEZ	1																		
POR EXCEPCION DE COSA JUZGADA	1																		
CAMBIO DE PENAL A RED (SIA COMUNI.)	1																		
INCOMPATIBILIDAD CON DEFENSOR	1																		
POR NO HABER JUEZ NOMBRADO	1																		
ANULADO TODO LO ACTUADO	1																		
BOHARRIENTO	1																		
NO SE TRAB. IMPUT. DESDE CTRO. PENAL	1																		
PARTES SOL. RECONSTRUC. DE HECHOS	1																		
POR SOLICITUD DE UN TRIBUNAL	1																		
PENDIENTE ACCION CIVIL RESARCITORIA	1																		
POR ART. 190 C. PENAL (PREJUDICIALIDAD)	1																		
PENDIENTE RECURSO DE QUEJA	1																		
POR CONSULTA A SALA CONSTITUCIONAL	1																		
PRESCRIPCION	1																		
AUSENCIA DEL OFENDIDO (JUSTIFICADA)	1																		
CHOQUE DE DEBATES (DEFENSOR)	1																		
DEESTIMO	1																		
AUSENCIA DE JUEZ	1																		

MOTIVO DE LA SUSPENSIÓN	TOTAL	JUZGADO PENAL																	
		I	II	III	IV	V	HAYILLO	DESAR-	IGUICO-	PEREZ	PURIS-	I ALA-	II ALA-	BRECIA	SAN	AGRARIO			
		S. J.	S. J.	S. J.	S. J.	S. J.	PARABOSI	CHECA	TELESON	CAL	JUELA	JUELA		CARLOS	S. CARLOS				
POR INSTRUCCION INCOMPLETA	3																		
FALTA REALIZAR PERITAJE	1																		
ACUMULADO	2																		
ENVIADOS A PERICATURA FORENSE	2																		
CHOQUE DE DEBATES (FISCAL)	2																		
PARA SOLICITAR UN INTERPRETE	2																		
CAMBIO DE JUEZ	2																		
POR EXCEPCION DE COSA JUZGADA	2																		
CAMBIO DE PENAL A RED (SIA COMUNI.)	2																		
INCOMPATIBILIDAD CON DEFENSOR	2																		
POR NO HABER JUEZ NOMBRADO	2																		
ANULADO TODO LO ACTUADO	2																		
BOHARRIENTO	2																		
NO SE TRAB. IMPUT. DESDE CTRO. PENAL	2																		
PARTES SOL. RECONSTRUC. DE HECHOS	1																		
POR SOLICITUD DE UN TRIBUNAL	1																		
PENDIENTE ACCION CIVIL RESARCITORIA	1																		
POR ART. 190 C. PENAL (PREJUDICIALIDAD)	1																		
PENDIENTE RECURSO DE QUEJA	1																		
POR CONSULTA A SALA CONSTITUCIONAL	1																		
PRESCRIPCION	1																		
AUSENCIA DEL OFENDIDO (JUSTIFICADA)	1																		
CHOQUE DE DEBATES (DEFENSOR)	1																		
DEESTIMO	1																		
AUSENCIA DE JUEZ	1																		

**CUADRO N° 2**  
**DEBATES CELEBRADOS Y SUSPENDIDOS POR LOS JUZGADOS**  
**PENALES Y AGRARIOS DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 1992**

JUZGADOS	DEBATES			% DE SUSPENDIDOS
	SEÑALADOS	CELEBRADOS	SUSPENDIDOS	
<b>TOTAL</b>	<b>2409</b>	<b>1145</b>	<b>1264</b>	<b>52.49</b>
Primero S.J.	82	42	40	48.78
Segundo S.J.	128	45	83	64.84
Tercero S.J.	99	41	58	58.59
Cuarto S.J.	107	54	63	50.83
Quinto S.J.	94	62	32	34.04
Hatillo	47	34	13	27.66
Desamparados	60	24	36	60.00
Golcochea	77	33	44	57.14
Pérez Zeledón	62	40	22	35.48
Puriscal	159	50	109	68.99
Primero de Alajuela	91	45	46	50.55
Segundo de Alajuela	97	48	49	50.52
Grecla	43	29	14	32.56
San Carlos	65	35	30	46.15
San Ramón	45	18	27	60.00
Cartago	110	56	54	49.09
Turrialba	94	38	46	48.94
Heredia	138	69	69	50.00
Liberia	64	28	36	56.25
Cañas	89	44	45	50.56
Nicoya	81	46	35	43.21
Santa Cruz	53	20	33	62.26
Puntarena	93	75	18	19.35
Gollito	37	9	28	75.68
Puerto Cortés	19	4	15	78.95
Corredores	35	19	16	45.71
Llón	195	80	115	58.97
Cococí	127	48	79	62.20
Agrario San Carlos	1-	-	1	100.00
Agrario Liberia	3	1-	2	66.67
Agrario Nicoya	3	1-	2	66.67
Agrario Corredores	4	3	1	25.00
Agrario Limón	7	4	3	42.86

## CITAS

- <sup>1</sup> CHIOVENDA. *Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Traducción española de la 3ª edición italiana. Instituto Editorial Reus, Madrid, páginas 143 a 147.*
- <sup>2</sup> SENTIS MELENDO. *Estudios de Derecho Procesal. Tomo I. E.J.E.A. Buenos Aires 1967, páginas 219 a 237.*
- <sup>3</sup> *Proyecto, página 47.*
- <sup>4</sup> Véase nota (1).
- <sup>5</sup> CHIOVENDA, *ob. Cit.*, páginas 143 a 146.
- <sup>6</sup> DEVIS ECHANDIA, *Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, 3ª edición, Editorial ABC, Bogotá, 1979, página 47.*
- <sup>7</sup> Véase "El Proyecto de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz KLEIN", en *Estudios de Derecho Procesal*, Víctor FAIREN GUILLEN, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 309 y 319. Asimismo, CHIOVENDA. *Ob. Cit. Página 159.*
- <sup>8</sup> Marcos Alfonso BORGES, *Comentarios ao Código de Processo Civil, 2º volumen, Edicao Universitária de Direito Ltda. Sao Paulo, 1975, página 13.*
- <sup>9</sup> SENTIS MELENDO, *El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina, E.J.B.A., Buenos Aires, 1957, pág. 31.*
- <sup>10</sup> SENTIS MELENDO, *ob. cit.*, págs. 31 y 32.
- <sup>11</sup> *Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945.*
- <sup>12</sup> *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana. Traducción de Ernesto KROTOSCHIN, E.J.A., Buenos Aires, 1958, página 5.*
- <sup>13</sup> Al efecto, véase Couture, *Proyecto, páginas 69 y 70.*
- <sup>14</sup> *Proyecto, página 94.*
- <sup>15</sup> *Estudios, páginas 221 y 222.*
- <sup>16</sup> *Rápidos comentarios... en Revista Judicial N° 7, de marzo de 1978, página 42.*
- <sup>17</sup> *Derecho Procesal Civil. 3ª edición corregida, Tomo 1º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 31.*
- <sup>18</sup> *Rev. Cit. Página 42.*
- <sup>19</sup> *Ponencia presentada en la 2ª Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal, San Salvador, El Salvador, 14 al 17 de julio de 1992.*

# **ADMINISTRACION DEL PROCESO DE INTRODUCCION DE REFORMAS EN LOS TRIBUNALES**

**William Davis**

## **I. INDEPENDENCIA JUDICIAL: ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

Las polémicas de independencia judicial, los proyectos de leyes, los procedimientos legales y la política son los conceptos que reflejan la estructura en que funcionan los sistemas legales. Esta estructura está moldeada por los valores culturales que han tomado forma en la legislación y las instituciones que han sido creadas para administrar estas legislaciones.

Los conceptos de separación de poderes, de independencia del cuerpo judicial y de imparcialidad de la justicia tienen como propósito formar la estructura para que las instituciones ejerzan la confianza que han depositado en ellas los legisladores. Estos conceptos son aplicados por gente que refleja los valores culturales de su sociedad. El grado que exista de interacción entre estos conceptos, como metas que la sociedad debería esforzarse por alcanzar, depende ampliamente del consenso popular que haya para apoyar los objetivos que reflejan los valores culturales de la sociedad. La cultura se define como un sistema de valores, actitudes e instituciones que influyen en la conducta social e individual en todas las dimensiones de la experiencia humana.

La independencia judicial existe cuando los valores culturales apoyan este estado legal. Las expectativas se van creando con

la experiencia y las legislaciones le dan forma. La legislación esclarece las metas, pero sólo las expectativas que sustentan las conductas pueden alcanzar el logro y la mantención de la independencia judicial.

El fin de lograr el reconocimiento de la independencia judicial, en un sentido legal convencional, debe ir acompañado por apoyo social, traducido en confianza. El diálogo que permite el debate acerca de esta materia, lo constituye el requerimiento legal de que la independencia judicial sea legal y formalmente reconocida. Sin duda, el reconocimiento legal es el instrumento adecuado para garantizar la independencia judicial. Muchos países cuentan con constituciones que poseen esa tan deseada estipulación, sin embargo, los sistemas judiciales no manifiestan la deseada independencia en cuanto a la independencia judicial.

Los sistemas judiciales cuentan con su propia cultura. La característica cultural más común de los sistemas judiciales es mantener el statu quo o la estabilidad de las legislaciones. Esta característica influye en la forma cómo el sistema legal aborda el cambio y en cómo responde al mismo. Por lo tanto, es fundamentalmente importante entender esta realidad cuando se planea emprender un programa de reformas.

La implantación de programas de reformas diseñados para producir cambios profundos se encuentra obstaculizada por la dominante característica de los sistemas legales. Una de las claves más importantes para el éxito a largo plazo de los trabajos tendientes a lograr reformas es la forma en que la jefatura que aboga por las reformas enfrenta la inevitable oposición al cambio. Primeramente, debe tenerse claro que la oposición será manifiesta y verbal para mantener el statu quo. La ausencia de consenso en torno al origen de los problemas que provocan la reforma, a menudo es causa de desacuerdo en las opiniones acerca de si este cambio es o no necesario, o incluso si es o no aconsejable. Se requerirá que la jefatura responda a esta situación a través de diferentes medios. Algunas de las posibles respuestas a la oposición se estudiarán más adelante en la sección de estrategia y tácticas.

Un cambio en el carácter de las organizaciones requiere de alteraciones en el diseño de la organización y en sus procesos o flujos de energía. El diseño incluye estructuras estratégicas organizacionales, información formal, sistemas de toma de decisiones y sistemas de recursos humanos. Los cambios en los sistemas judiciales que no alteran los procesos no son cambios de gran escala. Los cambios

organizacionales a gran escala necesitan alterar la ejecución de los sistemas y que su eficacia sea medida por distintos medios. Los cambios profundos o de gran escala afectan los aspectos más fundamentales de la organización. El cambio profundo ocasiona alteraciones en la opinión y en los valores y en la manera en que el sistema es entendido. En definitiva, las reformas profundas repercutirán en el sistema completo o bien serán obstaculizadas por la resistencia al cambio.

La cultura es la enseñanza de cada experiencia grupal que da como resultado una visión comparada de la realidad, la que los reformadores tratan de alterar. Introducir cambios en la cultura de los sistemas legales es una tarea ardua y requiere que aquéllos que apoyan la reforma tengan una visión a largo plazo. Según la norma, las reformas en los tribunales se demoran al menos cinco años para pasar de una idea a un plan, a la aprobación e implantación del plan y a la necesaria adaptación en la conducta de las personas y las organizaciones.

La reforma más apoyada en los procesos legales de Sudamérica y América Central es el cambio de procesos escritos a orales. Curiosamente, en los Estados Unidos la reforma judicial más frecuente tiene relación con la administración judicial de los casos con lo que a los abogados se les quita el control fundamental sobre la marcha del pleito. Estos cambios sugieren que tanto los sistemas adversarios como los inquisitoriales están sufriendo reformas profundas en el carácter de sus actividades. Esta reforma busca redefinir la cultura del sistema. Ya que la cultura se aprende, para introducir cambios en el proceso, uno de los pasos más importantes es crear modelos o programas pilotos para desarrollar un nuevo paradigma. Se han establecido muchas reformas legales exitosas por medio de este método.

Este enfoque de la reforma busca crear un nuevo tipo de hipótesis que se considerará válida y, por lo tanto, se enseñará a los nuevos miembros como una nueva forma de percibir y relacionarse con el ambiente legal. La reforma legal está diseñada para cambiar el sistema y requiere del establecimiento de nuevas relaciones. Los reformadores no siempre entienden la importancia de la cultura al implantar sus objetivos.

Algunos de los factores sociales claves para contribuir a la implantación exitosa de la reforma son: la presencia o ausencia de un sistema ético que establezca y sustente la fe en las acciones de los funcionarios, el método de ejercer la autoridad (centralizado o descen-

tralizado) y la existencia de actitudes positivas con respecto al trabajo y las innovaciones.

Antes de examinar las razones de estas condiciones, debemos investigar algunos de los factores sociales que influyen en el logro de la independencia judicial. Estos factores reflejan los valores comunitarios, los que al estar presentes contribuyen a la vitalidad de la independencia judicial y, al no estarlo, impiden el acercamiento al objetivo.

Un aspecto que proporciona confianza lo constituyen los cimientos sobre los cuales los sistemas gubernamentales en sociedades pluralísticas ejercen sus funciones. Esta confianza emerge de un fuerte sentido de comunidad, donde aquéllos que gobiernan se identifican con el resto de la sociedad. Donde existe confianza se encuentra cooperación, colaboración y compromiso; por el contrario, donde no la hay y existe poca identificación con la totalidad de la sociedad, aparecen conceptos como la polarización, la confrontación y, con frecuencia, un gobierno autocrático.

En un sistema gubernamental donde las personas que cumplen funciones directivas no cuentan con confianza ni fe por parte de la sociedad, el énfasis en las medidas administrativas se pone en el logro de la conformidad y del control. Estas medidas no tan sólo anulan la creatividad y la iniciativa, sino que también se prestan para que los miembros de la jefatura se corrompan y se privilegien. Los sistemas judiciales que no consideran la necesidad de cultivar la confianza pública tienden a ser excesivamente centralizados. En esos sistemas, los trabajos para descentralizar la toma de decisiones son con frecuencia ineficaces, puesto que la directiva no ha intentado establecer la tan necesaria confianza en ellos. Entre los directores y el resto del sistema, los reformadores suelen pensar que el problema tiene relación con la toma de decisiones (centralizada o descentralizada), cuando en realidad el problema real lo constituye la ausencia de confianza.

Un sistema ético es un prerrequisito para lograr la independencia judicial, porque los jueces que no poseen un fuerte compromiso ético no cuentan con la confianza de la sociedad, del gobierno ni de sus colegas. La independencia judicial es un estado mental sobre la habilidad de una persona de ejercer libremente la confianza que la comunidad ha depositado en sus manos. El hecho de no percibir esta confianza o de no reconocerla contribuye a crear un ambiente de perpetua desconfianza, donde la reforma judicial tiene un limitado rango de impacto. Como ejemplo de esta observación se podría citar

una Corte Suprema que rechaza descentralizar la toma de decisiones porque desconfía de sus funcionarios judiciales.

En un sistema de tribunales donde los miembros de la directiva se preocupan del control, al igual que en otras organizaciones, la parte superior de la organización frena la dinámica de la reforma. Estos sistemas judiciales tienden a ser los más inclinados políticamente, ya que la directiva desea continuar apoyando a la rama ejecutiva. Los sistemas de tribunales que toman medidas legales extraordinarias para responder al ejecutivo disminuyen su independencia ante el público y la comunidad legal.

## EL AMBIENTE CULTURAL DE LA REFORMA JUDICIAL

El hecho de no entender el ambiente cultural para las reformas judiciales a menudo tiene el efecto de crear proposiciones que no introducen cambios significativos al sistema. No siempre se entiende esta distinción y los reformadores tienden a sobreestimar el impacto del cambio que se ha propuesto. Cuando se toma en cuenta la cultura, es necesario considerar los siguientes aspectos de la estrategia para implantar la reforma: el proceso legal escrito que crea un modelo de interacción entre los abogados y los tribunales y los nuevos valores organizacionales que los proyectos buscan establecer.

Los trabajos de reforma se ven dificultados en el punto de clarificar e identificar los valores. Generalmente, los valores defendidos reflejan el punto de vista de una sola persona acerca de la naturaleza de la realidad. Esta persona generalmente considera la solución que se propone como un parecer o un principio basado en hechos objetivos, pero es más común que otros no tengan el mismo grado de convicción, a menos que hayan compartido colectivamente en el desarrollo de la solución. Este escenario, que es tan vital para el proceso de reforma, no se encuentra comúnmente en América Central ni en Sudamérica. Las bases para crear coaliciones y para cultivar opiniones comunes acerca de la realidad actual y la solución propuesta generalmente no existen. Los trabajos de reforma se basan con frecuencia en el punto de vista de una sola persona y se implantan a través de la fuerza de personalidad o la posición oficial del reformador. Las reformas que tienen un valor perdurable requieren de muchos adherentes y sustentadores que deseen desafiar los valores de la época, los que deben ser alterados.

Si el cambio organizacional profundo acarrea una variación

del paradigma, existen implicancias en la forma en que el cambio se lleva a cabo. El cambio sistemático, profundo, requiere de una nueva forma de observar el mundo y una nueva forma de hacer las cosas. Antes de que esto pueda ocurrir, los directores deben tomar conciencia de las anomalías - demostrando que la manera normal de manejar las cosas no es efectiva. Este cambio generalmente implica que un cierto número de individuos y grupos claves ya aprecia la inhabilidad del sistema judicial para responder a la realidad. Este grupo requiere de apoyo, información y de constante exposición a nuevas ideas. Se debe tratar de aumentar el número de miembros de este grupo para alcanzar una cantidad importante, suficientemente grande, para efectuar cambios en un sistema complejo como lo es el poder judicial.

Cuando la reforma que se ha propuesto obtiene buenos resultados, se da un proceso gradual de alteración de los valores. El proceso de reforma requiere vigilancia constante, estímulo y supervisión. Si la reforma propuesta continúa funcionando, entonces la transformación se sustenta al ver que funciona correctamente. Por mi experiencia, puedo expresar que no más de un tercio de la comunidad legal apoya alguna reforma, que al menos un tercio se opone a ella y que un tercio no se compromete con la misma. Si la reforma tiene éxito, el tercio, que al principio no estaba comprometido con ella, va cambiando gradualmente su opinión y sus expectativas y el tercio que apoyaba la reforma se convence mucho más acerca de la capacidad de diagnosticar con precisión las enfermedades y de idear soluciones. Justamente es este proceso de crecimiento en la confianza en sí mismo de los defensores de la reforma que asegura el éxito de los trabajos de reforma. Los reformadores no deben preocuparse demasiado de los oponentes más habladores, puesto que al crear un consenso por medio de acciones exitosas, surgirá una masa crítica de individuos con diferentes puntos de vista para apoyar los trabajos que llevan a la reforma.

El cambio completo ocurre cuando el ambiente de la reforma se ha implantado exitosamente y las hipótesis acerca de la realidad incluyen aquellas contenidas en los trabajos de reforma. Esta etapa del desarrollo se ha alcanzado en Uruguay con la reforma al procedimiento civil. En otros países como Argentina se había limitado por algunos años los procesos orales en las provincias, pero estos procedimientos no se adoptaron formalmente hasta 1991. La mayor parte del resto del hemisferio se encuentra en el proceso de iniciar los trabajos de transformación a procesos orales. Ya que, hasta el momento, la experiencia es muy limitada, se necesita que haya más

reflexión y entendimiento acerca de la forma de manejar estos cambios complejos y potencialmente profundos.

La cultura limita la estrategia. Los reformadores judiciales aconsejan crear estrategias para mejorar los sistemas legales que no pueden ser implantados porque requieren de hipótesis, valores y maneras de trabajar, que son incoherentes con las hipótesis corrientes que influyen en el funcionamiento del sistema. Por ejemplo, este autor pensó que el sistema de tribunales de California, con su estructura descentralizada, podría beneficiarse creando más modelos de cooperación entre los tribunales para maximizar el uso de recursos limitados. La opinión de que existía necesidad de cambio no fue compartida por otros funcionarios en posiciones de mando.

A pesar de que un acabado estudio justificaba la opinión de que creando modelos de cooperación, el sistema podría ser más efectivo, la hipótesis que prevalecía era que el control local sobre el manejo de los tribunales era más importante que la cooperación. La anhelada reforma fue creada finalmente por la legislatura y no por el sistema judicial. A pesar de que los intentos para crear consenso fueron marginalmente exitosos dentro del sistema judicial, fue la legislatura la que adoptó que los tribunales coordinaran sus recursos. Como resultado de ello, el sistema perdió un grado de independencia, lo que ocurre cuando las personas que tienen que cumplir roles que impliquen liderazgo no detectan los problemas y otro poder del estado llena el vacío.

Existen diferentes opiniones acerca de dónde debería ocurrir el primer cambio: en la estructura, en el código, en la gente o en las actitudes y percepciones. Si dos áreas necesitan ser reformadas, ¿por cuál se debe empezar?. Hemos visto que tanto las actitudes como la estructura son artefactos de la cultura y cambiar artefactos, sin preocuparse de las hipótesis subyacentes, limitará el logro de la reforma.

En una próxima sección del artículo, se analizarán algunas estrategias y tácticas que han sido efectivas al tratar los intereses culturales en la reforma judicial.

## LIDERAZGO JUDICIAL Y CAMBIO

Muy pocas veces se les atribuye a las directivas judiciales el hecho de ser visionarias. Frecuentemente, los roles de liderazgo que se perciben como modelos son los de personalidades vigorosas que

tuvieron éxito al lograr que la legislación implantara reformas legales. La efectividad en el proceso legislativo es un aspecto vital del liderazgo judicial, sin embargo, la reforma duradera proviene de la creación de un ambiente que acepta el cambio. El desarrollo de un ojo crítico o de la autoevaluación, que inflexiblemente persigue mejoras, es la característica fundamental de una función directiva exitosa. El liderazgo procede de los niveles más altos del sistema como también del nivel de los tribunales. Idealmente, el ambiente que se nutre para apoyar la reforma ha permitido la creación de una sinergia dentro del sistema, que apoya iniciativas para lograr mejoras en cada nivel. Las tareas de quienes cumplen funciones directivas son relevantes en todos los niveles del sistema pues tanto el juez como el personal deben asumir un rol directivo en el nivel que les corresponde, e interactuar con la comunidad.

Los siguientes principios organizacionales son comunes para muchas organizaciones, pero son difícilmente encontrados en los sistemas judiciales. Es la ausencia en el uso de estos principios lo que produce crisis en los sistemas legales, los que más que ser vistos como estáticos, deben ser vistos como sistemas orgánicos que se adaptan constantemente a los cambios sociales.

## **PRINCIPIOS DE GOBERNACION EN LOS SISTEMAS JUDICIALES**

A continuación se presentan los principios que, al ser aplicados, contribuyen a la nutrición y al crecimiento de la independencia de los sistemas judiciales.

**PRINCIPIO 1** El poder judicial debe responsabilizarse por la examinación de todos los aspectos de sus actividades y de la entrega de justicia.

**PRINCIPIO 2** El poder judicial debe idear medios para realizar revisiones constantes de sus actividades y buscar maneras para mejorar su funcionamiento al igual que la entrega de justicia.

**PRINCIPIO 3** El poder judicial debe perfeccionar sus capacidades para manejarse independientemente de otros poderes del estado.

**PRINCIPIO 4** El poder judicial debe crear formas para medir su rendimiento e informar al público acerca de sus resultados.

**PRINCIPIO 5** El poder judicial debe inventar medios para implantar métodos que permitan hacer planes a futuro.

**PRINCIPIO 6** El poder judicial debe establecer un método para una continua renovación a través de la educación de los jueces y del personal de los tribunales.

**PRINCIPIO 7** El poder judicial debe incluir en su gobernación la participación de todos los niveles de jueces, abogados y del público.

**PRINCIPIO 8** La magistratura debe contar con rigurosos programas éticos para proteger la integridad del sistema.

El liderazgo implica generalmente que el Presidente de la Corte Suprema deberá asumir la responsabilidad por la dirección de la reforma. Sin embargo, en muchos programas tendientes a lograr reformas, las funciones directivas proceden de otras fuentes, como de los jueces de juicios y apelaciones, de profesores de leyes, de fiscales o grupos de ciudadanos. El deseo de inducir a un cambio proviene de aquellas personas que ven las deficiencias del sistema y que han descubierto algunas alternativas para tratar el problema.

Todos los esfuerzos que han tenido éxito para lograr reformas tienen las mismas características. El incentivo para el cambio proviene de pequeños grupos de personas muy dedicadas, que han formado cuidadosamente alianzas con otras organizaciones de pensamiento similar. Estas alianzas formarán una parte de una coalición que concentre la voluntad política de conseguir el cambio previsto en la reforma. A veces los trabajos de reforma son llevados a cabo por una sola persona y otras por un grupo de trabajo de amplias bases, el que tiene la ventaja de no ser identificado con la forma de pensar de un solo individuo. Otro ingrediente clave para el éxito son los trabajos adicionales para ampliar el círculo de apoyo de la reforma.

Se necesita que quienes cumplen funciones directivas construyan una base de apoyo político, que requiere que exista un extenso contacto, tanto con el poder legislativo como con el ejecutivo del estado. El hecho de crear coaliciones con estos dos poderes del estado es esencial para el éxito de la campaña. Cuando se encuentran involucradas personas claves de los poderes del estado en los grupos que trabajan por la reforma, ellas se convierten en las defensoras de la reforma en el área de poder estatal en que se encuentran. La reforma profunda toma lugar cuando los tres poderes del estado la apoyan.

## **CASO ESTUDIO N°1**

En el caso de estudio n°1, el incentivo para la reforma provino de un grupo de jueces y profesores de leyes que no tenían funciones directivas convencionales del sistema judicial. Sus trabajos para cambiar el enjuiciamiento civil de procedimientos escritos a orales duró bastantes años. Dirigieron seminarios, escribían al respecto e insistían que los cambios debían ser adoptados. La reforma tomó lugar cuando uno de sus integrantes llegó a ser vicepresidente del país. La Corte Suprema se opuso a la reforma hasta que se promulgó la ley.

Quienes tenían funciones directivas en el poder judicial limitaron su respuesta al mínimo de cambios administrativos. La mayor parte del diseño y de la planificación para implantar fue elaborada por grupos externos. Las capacidades ejecutivas del sistema no respondieron adecuadamente. La escuela judicial, que fue creada en medio de la adopción de la reforma, se convirtió en el vehículo principal para aclarar los propósitos del acto y para educar a la magistratura y personal clave. Durante el curso de la implantación del nuevo estatuto, cambiaron los miembros de la Corte Suprema y los dos nuevos miembros que se eligieron habían formado parte de un grupo de reforma. Inmediatamente asumieron roles directivos en la implantación de un código, por medio de visitas a los tribunales, discursos a grupos y de invitaciones a la prensa, para que continuara con el proceso de educación del público, asunto tan vital para lograr reformas profundas del sistema legal.

Este estudio sugiere que el cambio puede originarse fuera de la parte directiva del sistema. También corrobora el principio n°2 mencionado anteriormente, de que el sistema debe tratar de hacer revisiones en sus actividades y buscar los medios para mejorarlos. El liderazgo ahora se pregunta cómo modificar y mejorar el sistema actual y tiene en consideración una serie de pasos para lograr mejoras en sí mismo.

## **CASO ESTUDIO N°2**

En el caso n°2, las reformas se han centrado en el procedimiento penal. Durante cuarenta años, se ha propuesto modificar el código penal, incorporando procedimientos orales como los que existían en una jurisdicción. Se había creado una proposición durante un gobierno anterior. La reforma reflejaba algunos de los recientes cambios producidos en países europeos, como el aumento de las obliga-

ciones del fiscal, la creación de procesos orales y la eliminación de algunas de las funciones de los jueces, relacionadas con la investigación. Estos cambios representaban un alejamiento importante de los procesos existentes. Estos trabajos de reforma fueron llevados a cabo por profesores de leyes y poseían algo de apoyo formal del gobierno. El discurso público entorno a la necesidad de reformas fue destacado en los juicios a los Generales por sus acciones durante el régimen militar.

Las otras reformas legislativas habían sido preparadas durante casi treinta años por un reconocido juez de procesos penales y profesor de leyes, quien es actualmente el Presidente de la Corte Suprema, cuyas propuestas fueron menos importantes, pero tendían en dirección de la otra reforma. Con el cambio en la Presidencia, se incrementó el número de magistrados en la Corte Suprema, al mismo tiempo se eligió un nuevo Ministro de Justicia, quien había sido el juez del proceso a los Generales de las Fuerzas Armadas. Esta coincidencia en las funciones directivas impulsó la adopción del nuevo código de procedimiento penal. Incluso después de que se adoptó el código, no existía un plan cohesivo para implantarlo. La Corte Suprema tenía un rudimentario plan de cambiar los juzgados penales a un nuevo edificio que había tenido que ser reacondicionado para el uso de estas entidades. Fue el Ministerio de Justicia y no el sistema judicial el que se encargó de capacitar a los jueces, los abogados, al personal y al público. Aparentemente, el liderazgo del sistema judicial había mezclado opiniones en la legislación y, como institución, no ejercía visiblemente liderazgo en su implantación. El Presidente de la Corte Suprema y el Ministro de Justicia estaban obligados a crear programas de capacitación y orientación. La nueva escuela judicial no participó en la implantación de esta vital nueva reforma. Sólo el tiempo dirá que tan efectivo es el nuevo código.

En este caso de estudio, la ausencia de funciones directivas unificadas tuvo una repercusión en la implantación de la reforma. Aún así, se trabajó para asegurar que la nueva legislación fuera implantada adecuadamente. Nunca se había desarrollado un plan coherente de administración. Actualmente, este sistema no cuenta con capacidad planificadora y se encuentra recientemente empezando a desarrollar mejores sistemas estadísticos.

### CASO ESTUDIO N°3

Otro ejemplo digno de analizar lo constituye el caso n°3. La

proposición para el cambio en el código de procedimiento penal provino del entonces Presidente de la Corte Suprema, quien consiguió que expertos asesores externos hicieran un borrador del nuevo código. Su estilo autocrático de liderazgo para obtener la promulgación de la ley se convirtió en una razón para un mayor impasse en su aprobación por parte del Congreso. No se formaron coaliciones y se trabajó muy poco en cuanto a educar al público para lograr apoyo para este cambio. Como se había predicho, grupos de abogados se opusieron a los cambios y lo mantuvieron estancado en el Congreso por más de un año de lo que se había proyectado originalmente. Después de la promulgación de la ley, empezaron los trabajos arduos y extensos para crear un proyecto de implantación. Una situación algo parecida se dio en Perú, donde la implantación de los nuevos códigos de procedimientos penales y civiles fueron adoptados y postergados varias veces porque faltaba el plan de ejecución.

## **CARACTERISTICAS DE CADA EJEMPLO**

Son comunes de cada ejemplo las siguientes circunstancias:

- la oposición principal a la reforma proviene del interior del sistema judicial y legal,
- información inadecuada acerca de los regímenes jurídicos de los tribunales dentro del país,
- falta de capacidad administrativa dentro del sistema para ejecutar reformas legales complejas.

Estas condiciones existen en la mayoría de los sistemas judiciales e ilustran porqué es tan importante empezar a desarrollar las habilidades administrativas y ejecutivas de estos sistemas, para así mejorar la calidad de la justicia y de la autoadministración.

Sin lugar a dudas, el más exitoso de estos trabajos de reforma se ha dado en Uruguay. Las características de su éxito incluyen que el liderazgo del sistema finalmente obtuvo la reforma. La hábil administración del proceso de transición, a través de la escuela judicial, se convirtió en el centro de comunicación y educación y el establecimiento de un amplio consenso dentro de la comunidad legal y del

público, así como también con los otros poderes del estado. Un punto muy importante que el lector debe comprender es que el reformador debe tener una visión que le permita resolver problemas técnicos y legales que se originen durante el curso de la planificación y la implantación de la reforma.

La idea de lograr unidad de pensamiento requiere de un reconocimiento cultural de que los cambios efectivos involucran la participación de todos los sectores del sistema legal y del público. Al reconocer la existencia de una realidad cultural dentro de la comunidad legal, quienes proponen la reforma deben elegir primero las estrategias para abordar los impedimentos culturales al cambio. La herramienta más efectiva en este proceso serán los programas de educación judicial en que se discutan y analicen nuevas ideas. Ninguna forma de mejora técnica en la administración superará la necesidad de desarrollar una estrategia para tratar los aspectos educacionales del cambio.

## **II.-EL PROCESO DE CAMBIO: COMPONENTES DE LA ESTRATEGIA ADMINISTRATIVA**

Al emprender una tarea de reforma administrativa en los sistemas de tribunales, quienes cumplen funciones directivas deben entender la diferencia que existe entre la estrategia y la táctica, puesto que generalmente no se hace esta distinción. La estrategia requiere que aquéllos que dirijan los trabajos tengan una idea clara de lo que se desea lograr. Al principio, se debe tener claro cuál es el punto central de un programa de reforma, antes de que se desarrollen las tácticas.

Frecuentemente, el hecho de tener claro los resultados que desean obtenerse omite a los reformadores legales, puesto que mucho del movimiento de reforma ha sido procesal. A menudo un cambio en el código o en una sección de la legislación pasa por un cambio mayor. Sin embargo, el énfasis principal está en que la legislación autorice el cambio. Este punto parcial no da cuenta de otros cambios necesarios que deben acompañar al cambio legislativo. Quizás, el hecho de omitir la necesidad de incluir una definición de una estrategia para reformas en el diseño original, es lo que llevó a muchos reformadores a preguntarse porqué sus cambios legales no produjeron más cambios profundos. Es comprensible que tantos trabajos pasen por un cambio de proceso, ya que es de esa manera cómo los sistemas judiciales se perciben. Esta percepción se ayuda por la ausencia de metas definidas claramente para evaluar el rendimiento del sistema judicial. ¿Cómo

sabe uno si un sistema está operando adecuadamente?, ¿Existen medidas para acelerar la disposición de los casos o calidad de razonamiento en los casos que llegan a la Corte Suprema?, ¿Cómo se trata a los participantes en el proceso? Alcanzar un consenso de comprensión en torno a las preguntas básicas de los elementos claves acerca de cómo medir progreso es esencial para desarrollar una estrategia. Debido a que la mayor parte de los sistemas judiciales no han intentado organizarse acerca de este enfoque, este trabajo tomará tiempo y requerirá de un esfuerzo considerable para encontrar consenso en el gobierno, ya sea la Corte Suprema o una asamblea judicial.

Es común encontrar que las personas que cumplen funciones directivas no piensan en forma sistemática. El perfil de liderazgo más común es el que se centra en un simple tema, por ejemplo, en la reforma a la legislación penal. El liderazgo tiende a centrarse, sin considerar su impacto en el sistema completo o en el rol total del sistema sobre la sociedad. Este proceso mental que se centra en un sólo tema tiene la desventaja de no incluir en la reforma otros cambios deseados en el sistema. Por ejemplo, un cambio legislativo de un código penal podría incluir una reforma que contenga todos los aparatos de apoyo, una redefinición del rol del liderazgo local a iniciar el cambio y la inclusión de la participación pública en los trabajos de reforma.

En 1987, la asamblea legislativa de California promulgó una ley que requería el Consejo Judicial, el cuerpo creador de políticas para el sistema judicial, para llevar a cabo un programa de reducción de los retrasos en los nueve tribunales más lentos del estado. El sistema judicial de California tiene 1800 jueces repartidos a través de 58 condados. Cada condado tiene su propio aparato administrativo y opera independientemente uno de otro. El sistema tenía muy poca cohesión administrativa, tampoco llegaba a lograr un consenso acerca de su futuro. Los retrasos en los tribunales habían sido un problema creciente durante los últimos quince años y se estaba poniendo peor. Las funciones directivas del sistema no habían tomado las responsabilidades por las demoras de los fallos. Los tribunales de la misma jurisdicción no cooperaban los unos con los otros. Las funciones directivas locales de los tribunales no se concentraban en la obtención de ningún objetivo.

En este ambiente ocurrió el cambio impuesto por la legislación, porque el mismo poder judicial no había tomado la iniciativa. Hubo una extraordinaria oportunidad para incluir el deseado cambio en el programa de reducción de los retrasos en una estrategia mucho más amplia. El objetivo se basaba en establecer un sistema judicial que se

responsabilizara por sus actividades y realizara continuos esfuerzos para lograr mejoras en cada uno de sus niveles.

La forma de alcanzar este objetivo era por medio de un programa de reducción de retrasos en los tribunales. En vez de implantar estos programas en sólo nueve tribunales, la estrategia se centraba en estimular a todos los otros tribunales (51 en total), para llevar a cabo voluntariamente ese programa. Se desarrolló una estrategia que expresaba que la reducción de los retrasos era un objetivo muy loable que cada tribunal debía proponerse y así voluntariamente diseñaron sus propios programas, sin tener que aceptar soluciones impuestas por otros. Esta estrategia se ejecutó a través de sesiones para convencer a quienes desarrollaban funciones directivas acerca de los objetivos del programa. Otros treinta tribunales participaron voluntariamente en el programa, el que fue suficiente para crear una cantidad importante de sistemas judiciales dedicados a llevar a cabo programa de reducción de retrasos. El resultado final fue que el sistema completo sintió su impacto, no solamente los tribunales escogidos por la legislación. La sinergia que creó la expansión de los involucrados tuvo otros beneficios, como el hecho de poder ofrecer la oportunidad de proporcionar capacitación administrativa para los jueces presidentes, lo que llevó a una nueva definición de lo esperado por quienes cumplen funciones directivas locales. Estimuló a los jueces locales a hacerse cargo de la administración de los casos de los abogados. En este proceso, las funciones directivas también tuvieron que tomar la responsabilidad por el personal de apoyo administrativo del tribunal.

El propósito de lo anterior es ilustrar la necesidad de tener objetivos claros y una estrategia para implantar los objetivos. Cuando se considera la implantación de las reformas, quienes llevan a cabo funciones directivas deben maximizar sus esfuerzos, porque el nivel de tolerancia al cambio en los sistemas judiciales es muy bajo. Generalmente, la oportunidad de hacer cambios profundos se presenta muy pocas veces y si se pierde, impide que se se lleven a cabo trabajos posteriores.

## LAS TACTICAS

La relación existente entre la táctica y la estrategia es que la táctica implanta la estrategia, es decir, la táctica debe implantarse alrededor de la estrategia que refleja el objetivo. Al separarse estos dos ítemes, el reformador puede adaptar métodos específicos para implantar la estrategia.

Volviendo al ejemplo anterior, las tácticas usadas en ese caso son ilustrativas. El objetivo era tener un sistema de tribunales en que cada nivel tomara iniciativas, especialmente, para reducir el atraso de los fallos. Existían las normas, los estatutos y todos los atavíos legales tradicionales para llevar a cabo un programa, lo que faltaba era la actitud para introducir el cambio que era necesario que fuera perdurable para esta reforma. ¿Cómo se logra un cambio de actitud?

En el ejemplo de California se desarrollaron una serie de tácticas para estimular el logro del objetivo. La táctica principal la constituyó una participación extensa de todos los niveles del sistema en la implantación de la reforma. Notablemente, esta táctica se ha usado exitosamente por el autor en otros dos trabajos importantes de reforma: en los Juzgados del Estado de Kentucky y del Noveno Circuito Federal en los EE.UU.. Se eligieron comités consultivos para dirigir el proyecto, cuyos miembros fueron seleccionados por su reputación de individuos que se comprometen con sus objetivos, sin tener en cuenta sus preferencias políticas. De hecho, se consideró seleccionar personas de diversas ideas políticas para tener aceptación en diferentes facciones políticas. Los comités recibieron especial atención y apoyo de quienes dirigían el sistema. La idea era convencer a la mayor cantidad de gente posible, quienes, a su vez, convencerían a otras personas. El Presidente del Tribunal Supremo también hizo viajes a tribunales, tanto para visitarlos y estimularlos, como para demostrarles su apoyo por sus trabajos.

En todos los programas de educación judicial se invitaba a los jueces y a los abogados que apoyaban los objetivos para que hablaran con otros jueces y los estimularan. El programa se publicitó en los titulares de cada publicación legal, señalando a los tribunales que habían alcanzado sus objetivos. Estos artículos tenían un doble efecto de estimular a quienes habían participado en el proyecto y de mostrarles a otros tribunales el modelo de conducta deseado, ya que al enseñar el modelo, se inspirarían otras personas para continuar con trabajos similares. Se crearon premios especiales para los tribunales que habían conseguido implantar exitosamente algún cambio. El Presidente del Tribunal Supremo envió cartas de estímulo y en todos los discursos se hacía referencia a aquellos tribunales que habían tenido éxito o bien que estaban haciendo avances importantes. Una táctica esencial para el éxito es el uso de todos los medios de comunicación.

Otras tácticas vitales para el éxito de los programas de reforma las constituyen la educación y los viajes, como en el caso de Uruguay, puesto que las visitas a otras jurisdicciones donde se habían

hecho esfuerzos similares, generalmente, les demuestra a aquéllos que estaban involucrados en el manejo de procesos de cambio su utilidad, lo que demuestra a los dudosos que tales cambios pueden ocurrir y estimula a los responsables a aprender de los errores y de los éxitos de otros.

Un amplio conjunto de tácticas debería desarrollarse junto con la identificación de la estrategia, cuyo diseño debería proporcionar el marco de referencia para el desarrollo de los procedimientos. Los métodos deberían ser incluidos en una tabla de Técnicas de Evaluación y Revisión de Programas para identificar los límites de tiempo y las debidas fechas. La integración de todas las actividades en un sólo sistema coherente para la implantación de las revisiones es un componente esencial para la organización del proceso y para desarrollar las habilidades de quienes llevan las funciones directivas del sistema. El uso de un plazo límite de tiempo puede ayudar en la implantación de la reforma. De esta manera puede haber un manejo discreto de aspectos específicos del programa. Este mecanismo ayudará a identificar los puntos y la coordinación necesaria. El éxito del programa se incrementará significativamente si las tácticas se incluyen como parte del manejo total.

La táctica más importante es la educación. Es esencial que en cada programa de reforma se cuente con un amplio programa educacional, diseñado para todos los niveles del sistema judicial, los abogados, los litigantes y el público. Tal programa debe tener los siguientes elementos:

- 1.- Comunicar la intención de la reforma.
- 2.- Proporcionar participación interactiva por parte de los asistentes en el programa.
- 3.- Presentar el material por medio de diferentes medios para reforzar la comunicación.
- 4.- Contar con funcionarios judiciales claves de excelente reputación para dirigir la capacitación.
- 5.- Preparar materiales de referencia para apoyar el programa de capacitación.
- 6.- Organizar los programas en secuencias, para que los participantes

puedan conocer a fondo el material y crear consenso de apoyo a través de este proceso.

El programa educativo debe comunicar la intención de la reforma, no solamente sus aspectos técnicos. Las preguntas que se deben responder en el diseño del componente educativo son las siguientes:

- ¿Porqué se inició esta reforma?,
- ¿Qué es lo deficiente en el sistema actual?,
- ¿Cómo se mejorará el sistema una vez que se haya implantado la reforma?,
- ¿Cómo responde esta reforma a los objetivos del sistema?.

Estas preguntas se deben responder varias veces a través de la implantación del proceso para educar y adoctrinar a los responsables de la implantación con las ideas y conceptos de la reforma, usando materiales escritos. Nuevamente, los discursos claves de los directores del sistema judicial constituyen un medio vital para reforzar el mensaje y demostrar apoyo por el cambio. Quienes cumplen las funciones directivas deberían usar los medios de comunicación para informar al público, incluidas las conferencias de prensa y la televisión.

El sistema de justicia es una serie de interrelaciones entre entidades independientes, diseñadas para cumplir funciones complementarias. Mientras las funciones son complementarias, existe un conflicto de valores intrínsecos protegidos por cada entidad, que frecuentemente opaca el rendimiento de la función y ocultan los problemas reales en la operación del sistema. Una de las causas más frecuentes de esta condición, es que quienes realizan labores directivas no incluyen todos los sectores judiciales en el proceso de cambio.

Un análisis de los trabajos de reforma que tuvieron importantes dificultades en su implantación, revela una falta de coordinación de los componentes de educación y orientación, creando expectativas diversas entre los participantes. Para superar esos problemas se requiere que los que llevan el mando aclaren la dirección a seguir y que se hagan trabajos coherentes para lograr el mayor apoyo posible.

## **ENCUESTAS**

Una táctica exitosa que los reformadores pueden usar son las encuestas a la opinión pública, dirigidas exclusivamente al sector

judicial, lo que se hizo recientemente en Costa Rica. La Corte Suprema de ese país mandó a encuestar a la opinión pública para conocer las opiniones de la ciudadanía con respecto a las fortalezas y debilidades del sistema, la que reveló que existía un muy alto grado de apoyo (sobre el 70%) por el sistema, creyéndose ampliamente en la competencia e independencia del sistema. Al contrario, en una reciente encuesta realizada en Argentina, sólo el 16% de la población expresó que confiaba en el sistema. El impacto de la información categórica puede ser de satisfacción o de intensa centralización en las áreas que necesitan mejoras, como la reducción de los retrasos en las sentencias y, al contrario, con sólo un 16% de aprobación o de apoyo, incluso el reformador más ferviente puede ser desanimado. Serán quienes cumplan funciones directivas los que influirán, a corto plazo, en la respuesta a estas condiciones.

La encuesta a la opinión pública con respecto al poder judicial en los Estados Unidos comenzó en 1978, cuando el Centro Nacional para los Tribunales de Estado convenció a un equipo conocido nacionalmente a hacer una encuesta nacional, cuyos resultados se presentaron a los asistentes de una conferencia nacional, que se centró en la identificación de las áreas problema para lograr mejoras en el poder judicial. Al mostrar la encuesta en una conferencia nacional acerca de todos los temas relacionados con el poder judicial, se creó una enorme sinergia y consenso entre las personas con funciones de mando, en cuanto a los próximos pasos necesarios para realizar nuevas reformas.

## CONFERENCIAS

Otras tácticas que han demostrado ser útiles son las conferencias con seleccionados líderes de opinión, las que se ha probado que son un medio efectivo de centrarse en un grupo limitado para crear un consenso sobre la necesidad de reforma. El grupo con el cual se reúne empieza entonces a organizarse en grupos de trabajo para concentrarse en tópicos específicos. Esta táctica ha resultado muy útil en ambientes donde los que cumplen tareas de dirección no demuestran liderazgo ni resistencia al cambio.

Los reformadores judiciales tienden a centrarse en el contexto o texto de la ley y en la necesidad de responder específicas preguntas acerca del texto. Estas tendencias a menudo descuidan otra necesidad igualmente vital, que tiene relación con la evaluación de cómo se implanta la reforma. Esta sección del artículo se centra en ese

tema que debería considerarse al desarrollar una reforma o una campaña de modernización. Hay muchas maneras de proyectar un curso para lograr la reforma y las circunstancias particulares de cada ambiente deberían determinar exactamente cuál debería ser el curso de la reforma.

## **PARTICIPACION DE JUECES, ABOGADOS, PERSONAL Y PÚBLICO**

Las ediciones acerca del desarrollo organizacional sugieren que organizaciones profesionales se gobiernan mejor a través de la participación activa de los miembros profesionales. Los sistemas judiciales que se organizan jerárquicamente procuran gobernarse a sí mismos desde la parte superior. Este método de gobernación impide el involucramiento de aquellos oficiales que están frecuentemente en contacto con la realidad diaria de la entrega de justicia, jueces de juicios y funcionarios de los tribunales. Los sistemas que no incluyen a todos los funcionarios judiciales corren el riesgo de alejarse demasiado de la realidad y ni siquiera los reformadores más bien intencionados tendrían éxito. En estos países las proposiciones de reforma nacen de fuentes externas al liderazgo del sistema.

El trabajo de modernización y mejoramiento proviene frecuentemente de presiones externas donde personas y grupos muy motivados crean el programa de la reforma, los que llevan el mensaje de la reforma a la prensa y a la comunidad para crear la voluntad política necesaria para el cambio.

Los jueces de todos los niveles que participan en el proceso se convierten en los principales defensores del cambio. A través del uso de grupos de estudio, los directores de la reforma pueden convertir problemas complejos en piezas manejables y agrandar el número de gente involucrada en el proceso. Por ejemplo, si la estrategia consiste en integrar los procesos orales en el procedimiento penal, una fuerza de trabajo puede dedicarse a desarrollar el flujo de los casos a través del sistema y a identificar los intereses que deben ser protegidos en cada etapa. Otro grupo de estudio, formado por empleados de los tribunales, podría desarrollar un organigrama del sistema actual e identificar las responsabilidades de todos los actores del sistema - el juez, el fiscal, la policía, el personal de los tribunales, abogados y testigos. El enfoque permite que los responsables por el nuevo sistema

evalúen el impacto del cambio propuesto al mismo y, además, permite que los responsables por la educación identifiquen las nuevas habilidades y los nuevos deberes de cada actor del sistema. De esta manera el diseño de un sistema de educación se hace más fácil y más efectivo.

Un enfoque más extenso a la participación implica el involucramiento de organizaciones y sistemas que están relacionados con el sistema judicial. El equipo de reforma debería responsabilizarse por la contratación de personas y organizaciones para participar en tal tarea. Este aspecto de los trabajos de reforma es vital para crear consenso en la sociedad. Una de las formas más efectivas de cumplir con estas actividades es por medio de pequeñas reuniones donde se expliquen las ideas generales de la reforma y se generen comentarios y apoyo. Estas pequeñas reuniones generalmente son seguidas por una conferencia más importante con otras organizaciones donde existe la intención de formar una alianza de organizaciones y personas para apoyar la reforma. Estas alianzas llegan a ser muy importantes en el proceso político, donde bastante apoyo mejora ampliamente las oportunidades de éxito.

### III.- INFRAESTRUCTURA

Este aspecto del programa de reforma requiere de mucho estudio. El sistema necesita desarrollar la habilidad de manejar e implantar el cambio. En la mayoría de los países del hemisferio sur, las estructuras administrativas no se han desarrollado plenamente y luchan por lidiar con las actividades diarias y, a menudo, nuevos programas ponen demasiada presión en el sistema. Debe haber una evaluación de las fortalezas y debilidades en el sistema que deberían incluir las siguientes áreas: estadística, recursos humanos, administración de registros, capacidad de planificación, asistencia técnica, habilidades de administración financiera y la organización de la oficina administrativa. La evaluación debería probablemente contemplar el uso de servicios de asesoría externos, de manera de recibir la evaluación más imparcial posible. En varios países firmas consultoras han proporcionado servicios de bajo costo, como parte de su compromiso con los programas de reforma. La asesoría requerida no debería ser exhaustiva, pero sí lo suficientemente profunda para evaluar la organización.

El proceso revelará las percepciones más válidas de la

organización y también ayudará a identificar a las personas más competentes y respetadas. La búsqueda que se centra en la identificación de las fortalezas reducirá la resistencia natural a tal intervención y ayudará a construir una relación amistosa en vez de adversa. Esta estrategia también permite que el proceso comience centrándose en los aspectos positivos, no tan sólo en los negativos.

## RECURSOS HUMANOS

La piedra angular de cada organización la constituyen sus recursos humanos y una revisión de las políticas y la estructura de la oficina administrativa de los tribunales. Esta revisión debería centrarse en la identificación de las habilidades del personal y medirlas de acuerdo con las necesidades proyectadas de las reformas que se han propuesto. El tema administrativo requiere una revisión de los patrones que rigen al personal a través del sistema. En Colombia se llevó a cabo recientemente un examen donde se descubrió que se podía reducir el personal, estableciendo reservas de empleados. En Costa Rica se está implantando una reforma similar. En Venezuela se está contemplando el establecimiento de esa reforma en un nuevo tribunal. La mayoría de los sistemas judiciales está invirtiendo más del 85% de sus fondos en recursos humanos, lo que sugiere que este tema requiere de una intensa revisión. El objetivo debería ser evaluar dónde y cómo aumentar la efectividad del personal. Deberían estimularse los trabajos para experimentar con una variedad de modelos de personal, junto con la introducción de procesadores de texto.

La conversión a procesos orales ofrece una oportunidad para experimentar con actividades de apoyo de personal. Este método de organización proporciona un impulso adicional al cambio, al crear más especialización en funciones de apoyo de personal y reduciendo notablemente la duplicidad de las funciones del personal entre oficinas judiciales individuales. Por ejemplo, una oficina centralizada para recibir todas las quejas, administrar el personal de apoyo de los tribunales y mantener los registros, aliviaría a los jueces de una serie de tareas administrativas. Frecuentemente se requiere que los jueces manejen los procesos de litigación, al igual que un montón de detalles que los distrae de su misión principal de jueces, es decir, de la decisión de los casos.

## LA MANTENCION DE REGISTROS

Cualquier persona que entre a un tribunal del hemisferio sur se impresiona con el problema de la mantención de los registros. La reciente clausura de un edificio de tribunales en Buenos Aires, debido al excesivo peso de los registros que albergaban los juzgados del trabajo, es testimonio del problema. El proceso de los registros ha sido sustancialmente el mismo por muchos años. La mantención de los registros ocupa más espacio en los palacios de tribunales que en cualquier otra actividad.

La administración moderna ha pasado por alto los sistemas de tribunales-, con unas pocas excepciones en que se usan computadores en los tribunales. Existe una necesidad urgente en cada país de contratar profesionales que evalúen el sistema actual y comiencen a diseñar un nuevo sistema que se necesitará si existe un nuevo código civil o penal. Con la reforma a un código, existe la necesidad de cambiar el sistema de registros y los reformadores deberían tomar ventaja de cualquier cambio para mejorar esta área. Un proyecto de administración de registros traerá beneficios significativos a la operación del sistema. Los registros son vitales para un sistema judicial y se mantienen para contemplar las decisiones del sistema de tribunales y para preservar la estabilidad de la ley.

La introducción de procesos orales obliga a realizar una amplia revisión de los sistemas de registros, la que debería incluir una evaluación del uso de los formularios para facilitar el proceso de los casos. Los formularios sirven para facilitar el trabajo de los tribunales, al estandarizar la información que se obtiene y que es presentada al juez; también facilitan la operación de los sistemas de apoyo de los tribunales destinados a ayudar a los jueces en la decisión de los casos y, de igual forma, en el diseño de los sistemas computacionales para automatizar los procedimientos legales. En este campo podría ser extremadamente importante la asistencia técnica externa. Los sistemas de tribunales no han sido expuestos en gran forma al uso de scanners ópticos, nuevos sistemas de archivos y tecnologías diseñadas para reducir el flujo de papeles y permitir la exactitud y la larga vida de los registros.

## ASISTENCIA TECNICA

Una de las maneras más efectivas de ayudar en los trabajos de reforma de los tribunales es a través de considerar la creación de una

sección de asistencia técnica dentro de las oficinas administrativas que ofrecen asistencia técnica a los tribunales de primera instancia. Tal equipo puede ser un vínculo vital en el período de transición y puede visitar tribunales según demanda y trabajar con el poder judicial y los funcionarios de tribunales, para adaptarse a sus procedimientos y maneras de operar. Como el equipo se mueve de un tribunal a otro, será cada vez más experto en el manejo del proceso de cambio. Han ocurrido experiencias similares en la implantación de nuevos sistemas computacionales, donde los usuarios requieren de asesoría técnica.

Otra ventaja de tal equipo, es la detección de los problemas de una nueva legislación antes de que pase mucho tiempo. Ellos pueden informarle a las personas con cargos directivos acerca de sus observaciones y formular recomendaciones para hacer los cambios necesarios en el sistema. El oportuno sistema de prevención sirve para que el liderazgo judicial tome medidas correctivas y así evite la crítica al ejercer sus funciones de supervisión.

El establecimiento de tal servicio para ayudar a los tribunales es radicalmente diferente de los procedimientos comunes en Latinoamérica, pues el patrón dominante es tener una oficina de inspección que se responsabiliza de visitar los tribunales y comprobar la satisfacción con las demandas administrativas. Mientras que esta función es vital para manejar bien un sistema, no siempre lleva a la adopción de acciones correctivas ni a educar a los tribunales acerca de la forma más deseada de cumplir sus funciones. La dinámica de un servicio que ofrece asistencia, en comparación con uno que inspecciona, es muy importante. Volviendo al tema inicial acerca de ganar confianza, un servicio de asistencia técnica estimula el aumento de los niveles de confianza.

## INDEPENDENCIA FINANCIERA

Algunos países en América Central y Sudamérica han adoptado legislaciones que ordenan guardar un cierto porcentaje de fondos para el poder judicial. Costa Rica, con 4% del presupuesto total, fue el primer país en hacerlo. Argentina adoptó un sólo enfoque, la ley de autosuficiencia, que se basa en la premisa de que los tribunales serían financiados por varios impuestos y un cierto porcentaje de otros fondos. Paraguay ha adoptado una fórmula de obtención de financiamiento de un 6%.

Parece haber una percepción de que debe existir, como

financiamiento del poder judicial un porcentaje del presupuesto nacional, en parte por la prolongada historia del inadecuado aporte financiero que éste ha recibido. La poca prioridad que se ha dado durante la historia al poder judicial, por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, se refleja en la limitada ayuda financiera recibida. Por el nivel de apoyo, se podría decir que ha existido muy poco interés histórico en contar con un poder judicial independiente, fuerte y viable.

En las normas de la International Bar Association, adoptada en 1981, se hace referencia a la necesidad de financiar adecuadamente el poder judicial. Las justificaciones de las necesidades financieras no se han basado en una evaluación del rendimiento del sistema en la entrega de justicia, sino que más bien refleja un informe de las necesidades fiscales, como el número de piezas del equipo, viaje, número de empleados, etc. Es extremadamente raro encontrar un presupuesto judicial acompañado por un análisis exhaustivo de cómo la entrega de servicios de defensa pública afecta adversamente la entrega de justicia.

Los sistemas judiciales deben llegar a la etapa de desarrollo donde se integre la evaluación de la operación en el proceso de presupuesto. Los tribunales deben unir estas dos actividades en un informe de las necesidades y análisis de prioridades, para mostrar con precisión las necesidades del sistema. Los resultados del proceso presupuestario deben reflejar los resultados de prioridades, como se define por quienes cumplen funciones directivas en el sistema judicial. El desarrollo del presupuesto debe requerir un análisis de las operaciones actuales. ¿Cómo perciben el proceso los litigantes?, ¿Qué es lo que los empleados piensan que necesita cambio?, ¿Qué tareas están siendo realizadas por jueces que podrían ser mejor realizadas por empleados de los tribunales?, ¿Cómo podría el tribunal mejorar su rendimiento?, ¿Qué incentivos existen en el sistema para premiar la planificación y la sobriedad?. Generalmente, el incentivo consiste en gastar el monto apropiado, por temor de que se determine que esos fondos no eran necesarios. Este tipo de incentivo premia el comportamiento erróneo, creando crecientes niveles de desconfianza en el sistema.

En Colombia, Venezuela y en la Provincia de Buenos Aires se está implantando un proceso descentralizado, que confiere a los tribunales tanto la autoridad como la responsabilidad de administrar los fondos. Este proceso se basa en la creación de normas de administración que guían el gasto de los fondos e incentivan la administración de los mismos. Esta creación sigue un modelo de los tribunales federales

de los Estados Unidos. El sistema de juzgados federales ha sido durante su historia excesivamente centralizado. La oficina principal en Washington D.C. tenía el control total sobre la autorización para realizar gastos en los 94 distritos. Este control se ejercía a pesar de que en el nivel local existía personal y jueces competentes para administrar los fondos.

Este sistema estimuló la iniciativa local de responder al volumen de trabajo y crear nuevas alternativas en el proceso de aumentar los negocios en el tribunal. No existía un sistema para premiar a aquéllos que corrían el riesgo de tratar de mejorar el sistema. La existencia de estas condiciones en las empresas privadas indica que la entidad no sobrevivirá en el futuro. En este ambiente, se creó una proposición para crear tres proyectos pilotos para probar la idea de descentralización. Este enfoque permitió que quienes proponían el cambio examinaran su proposición y, para los oponentes, representó la oportunidad de evaluar la proposición, antes de tratar de llevar a cabo una actividad similar a través del sistema. La Conferencia Judicial de los Estados Unidos aprobó un estudio que duró tres años.

Los resultados del estudio apoyaron el objetivo de la reforma propuesta. El objetivo era evaluar si los funcionarios locales podían o no manejar los fondos y al mismo tiempo crear premios para aquéllos que ahorraran más. En este caso, el premio consistía en que se les permitía a los tribunales comprar computadores personales y procesadores de palabras con sus ahorros. Cada tribunal era capaz de acelerar en forma importante el rol de automatización, sin incrementar los costos del sistema.

La reforma en el proceso presupuestario no sólo tiene como intención aumentar la responsabilidad, sino que también crear un círculo más amplio de confianza dentro del sistema y crear un ambiente donde se estimulen la experimentación y la creatividad. Cuando se trata el cambio en una pequeña o reducida escala puede servir para probarlo, sin tener que poner en riesgo un cambio en el sistema integral. Estos conceptos se analizan raramente en América Central y Sudamérica. La ausencia de experimentación pone en riesgo la evolución y el desarrollo del sistema. Es necio descentralizar un sistema donde no existen sistemas adecuados de administración para asegurar que los fondos se usen correctamente. Para alcanzar la independencia financiera, al igual que los recursos adecuados, el sistema judicial debe ser capaz de demostrar su capacidad de gobernarse a sí mismo. Esta habilidad será representada por sistemas de contabilidad que aseguren la integridad financiera, auditorías regulares realizadas por entida-

des externas al sistema y por un cuidadoso manejo de los fondos durante un cierto período.

Generalmente, los sistemas de tribunales en América Central y Sudamérica no poseen programas presupuestarios, sino que agrupan los gastos en grandes categorías. La ausencia de un programa presupuestario inhibe su habilidad de descentralización, porque no se puede seguirle la huella a los gastos por categorías específicas. Si parte de una reforma se empeña en descentralizar el presupuesto, la administración central debe tener sistemas de control sofisticados. La independencia financiera le da mucha responsabilidad al sistema judicial. Una cuidadosa planificación de la contratación de profesionales competentes es absolutamente necesaria para asumir estas nuevas responsabilidades.

La introducción de procesos orales requiere diferentes tipos de espacio, de aumento en el número de jueces y personal de los tribunales y los gastos de los asistentes. Estos aumentos requieren justificaciones de adecuadas autoridades. En términos generales, cada país que ha llevado a cabo estas reformas no creó un programa que justificara sus gastos y por esa razón se convirtieron en una importante fuente de controversia. La planificación financiera inadecuada tuvo como resultado la demora de la implantación en cada país que ha adoptado tales cambios. En este momento Guatemala, Perú, Argentina, y Uruguay han pospuesto sus fechas de implantación por inadecuada preparación en cuanto a la planificación. La información no está disponible para proporcionar un análisis comparativo para otros que contemplan tales cambios.

## PLANIFICACION

Los sistemas judiciales han llegado a la función planificadora después de reconocer la necesidad de tener más medios efectivos de articulación de sus necesidades financieras. El motivo principal de la planificación ha sido la justificación de la nueva judicatura a los poderes legislativo y ejecutivo. Originalmente se centraba en identificar los métodos para evaluar el número de jueces que se necesitaban en un determinado lugar.

Para planificar, debe existir una base de información estadística que proporcione un medio de evaluación de la realidad del sistema judicial. El aspecto fundamental de la planificación para el poder judicial está constituido por los informes estadísticos. Las estadísti-

cas deberían proporcionar indicadores de todos los aspectos del sistema, tales como el número de casos pendientes y la tasa de disposición de los casos, para determinar el período de tiempo que se tomará para resolver aquellos casos pendientes, el promedio de tiempo que tomará disponer de los casos, las mediciones de tiempo en las distintas etapas de los procesos, el tiempo promedio para resolver los casos en diferentes jurisdicciones y las tendencias o indicadores en el sistema judicial.

La razón más importante para crear un buen sistema es la necesidad que tiene este poder del estado de responder al público por sus actividades. La estadística del poder judicial debe proporcionar una base para el discurso del público acerca de la condición de sistema legal y así motivar el más amplio involucramiento posible de la ciudadanía, académicos y otros en el estudio del sistema judicial. La revelación de la base estadística contribuye a la creación de un ambiente que facilite el estudio serio del sistema por fuentes externas al poder judicial.

La planificación permite al sistema judicial fortalecer su independencia. Como un poder separado del estado, es importante que cuente con la habilidad de evaluar su rendimiento y desarrollar apropiadas proposiciones de reforma. Lo que realmente estimula la confianza del público en el sistema judicial es la evaluación del sistema y el reconocimiento de las necesidades de mejoras. Sin embargo, ya que quienes tienen funciones directivas generalmente no están familiarizados con la forma de gobernar y, por lo tanto, con la forma de convertir lo negativo en motivos positivos para la reforma, no aprovechan las oportunidades que se les presentan.

Un tribunal de Costa Rica adoptó un plan de acción anual donde muestra un amplio rango de prioridades que desea tratar. Este sistema ha creado varios medios constructivos para recibir sugerencias; uno de los más importantes es la escuela judicial, que al término de cada sesión recoge las opiniones de los asistentes, en cuanto a las formas de mejorar el sistema, las que la escuela resume y transmite a la Corte Suprema. Este proceso contribuye a la calidad de las ideas y observaciones acerca de la forma en que trabaja el sistema. Esfuerzos similares han sido emprendidos por sistemas de tribunales en los Estados Unidos, donde se crean planes de acción anuales para destacar las prioridades que el sistema enfrentará durante el año. La mera adopción de un proceso de planificación tiene el efecto de combatir la primera enfermedad que enfrentan todos los sistemas judiciales, la preferencia de mantener el statu quo.

El poder judicial estudia un sistema diseñado para resistir

al cambio a través de diferentes medios. En la educación de los abogados, que pone énfasis en la forma de pensar y dar explicación racional que se centra en excepciones, se deja de lado el reconocimiento de modelos o visiones sistemáticas. Uno de los métodos efectivos de enfrentar este obstáculo es la implantación de un sistema de planificación y evaluación del rendimiento de los tribunales. En Norteamérica cada vez es más común que los sistemas de tribunales adopten planes anuales o bianuales. Este progreso ha aparecido después de muchos años de frustración luchando por la obtención de fondos y tuvo que crear la habilidad de proyectar su dirección futura en áreas como las necesidades de espacio, necesidades de automatización, etc.

Se ha hecho necesario proyectarse hacia el futuro para lograr la confianza pública. ¿Cómo quiere la sociedad que se entregue justicia?, ¿Cuáles son los factores que influirán en la entrega de justicia?, ¿Qué puede hacer el sistema judicial para anticiparse y prepararse para los cambios?

## ESTADÍSTICAS

Para llevar a cabo una reforma debe existir una buena base estadística para evaluar el sistema actual. Esta información sólo existe de manera parcial en Chile, Colombia, Costa Rica y Uruguay. Cada país lucha por obtener y apoyar la información estadística precisa. Este aspecto de la administración judicial necesita mucha atención por parte de los sistemas judiciales.

Al principio, el sistema necesita tener como mínimo un oportuno informe del archivamiento y de las disposiciones en cada categoría de la jurisdicción. Este informe debería incluir el tiempo entre cada intervención judicial y la tasa de disposición en cada etapa del proceso, lo que proporcionará a los reformadores la información fundamental sobre cómo se está realizando el sistema.

En 1978, en el primer estudio nacional sobre la reducción de los atrasos en las sentencias de los Estados Unidos, se descubrieron las siguientes áreas para evaluar el rendimiento del sistema penal y civil.

- Nº1 : Tiempo medio de procesamiento de los casos
- Nº2 : Todos los casos civiles: registros por tiempo de disposición
- Nº3 : Número de jueces - número registros (por categoría de casos)

La información puede reunirse a través de un muestreo de casos, que es la manera más rápida y efectiva de entender el esquema

en un corto tiempo. La muestra debería abarcar aproximadamente entre el 3 y el 5% de los registros normales, para obtener una muestra estadísticamente buena.

Documentar la realidad actual es un paso esencial en el desarrollo de un programa de reforma. Un ejemplo estadístico debe desarrollarse para fortalecer el conocimiento de la necesidad de introducir el cambio. Este paso debería ocurrir antes de desarrollar las propuestas para el cambio. Ninguno de los trabajos de reforma en América Central y Sudamérica han dado este paso preliminar, sino que han omitido este aspecto vital de la documentación para justificar la reforma propuesta.

## **CAPACITACION Y EDUCACION**

Cada reforma exitosa ha incluido un componente de capacitación importante. Cada funcionario debe entender la naturaleza del cambio, las razones para el cambio y su rol en la implantación de la reforma, lo que es aplicable tanto a los jueces como al personal de los tribunales.

Se debe crear un plan de capacitación, cuyas características más importantes deben ser:

-La interacción : todos los asistentes deben participar en análisis grupales y tener oportunidades de intercambiar ideas acerca de la reforma. Uruguay y, hasta cierto punto, Argentina, trabajaron extensivamente en este tema.

-El segundo aspecto del plan debe incluir la repetición. Para alcanzar los deseados resultados para tal cambio, deben hacerse sucesivas repeticiones para asegurarse de que se ha entendido la intención del cambio y se han discutido adecuadamente sus diferentes subdivisiones. La repetición también asegura gran probabilidad de encontrar respuestas similares en todos los funcionarios judiciales.

## **IV.- PUNTO CENTRAL DE LA REFORMA**

Las reformas legales tradicionales se han centrado en códigos y en requerimientos procesales legales específicos en torno a un área sustantiva de la ley. A pesar de que estos intereses son válidos y deberían ser evaluados, no deberían ser el centro de atención. Generalmente la reforma debería tocar tres aspectos claves de la justicia: la equidad, el acceso a la justicia y los retrasos. Cuando se

evalúan las propuestas para mejorar la administración de justicia, creo que se debería tocar uno o estos tres aspectos.

## LA EQUIDAD

La equidad es un componente esencial de un sistema de justicia; es tan importante como la entrega de justicia. Los sistemas de justicia deben tener un muy bien desarrollado sistema de equidad y estar conscientes de la forma cómo el sistema se presenta a los participantes como al público. La equidad incluye imparcialidad y la imparcialidad se refleja en el carácter y en la conducta de todos los funcionarios que trabajan en el sistema. Reconocer este vínculo vital incluye la importancia de un sistema ético que proporcione el marco de referencia para todos los participantes.

La imparcialidad y la equidad también tocan la necesidad fundamental de que un sistema de justicia esté consciente de los prejuicios que pueden influir en las acciones de sus funcionarios claves, por ejemplo, los prejuicios hacia las mujeres, las minorías, los pobres, etc., los que deben enfrentarse y superarse. Para ello se debe incluir la identificación de problemas, donde hay ejemplos de personas que los han superado y, al hacerlo, han creado un nuevo paradigma.

La equidad también implica que el sistema esté ejerciendo un constante control disciplinario sobre sus miembros. Un riguroso sistema ético asegura la vigilancia sobre las actividades de aquéllos que tienen gran poder y mantiene tranquilos a quienes cuyas tendencias puedan desviarse de los códigos de ética.

## ACCESO A LA JUSTICIA

El acceso a la justicia es esencial en una forma exitosa de gobierno democrático. La ciudadanía en todos los niveles de la sociedad debe confiar cada vez más en las acciones del sistema de justicia, para que persista el acuerdo consensual entre la ciudadanía y el gobierno. Los ciudadanos deben confiar en que pueden tener una jurisdicción imparcial para resolver sus problemas. Este punto de vista fue compartido por una encuesta en Costa Rica, donde el 80% de los encuestados mostraba gran confianza en el sistema judicial.

El acceso a la justicia implica el acceso a entidades independientes que pueden proporcionar soluciones a los problemas. Otros medios para resolver conflictos, como la mediación, el arbitraje, los juicios sumarios, etc., aparecen como alternativas a los sistemas

formales. Entre las razones claves para este desarrollo se encuentra el mayor reconocimiento de que los conflictos son diferentes y por lo tanto se deben resolver por medio de diferentes procesos.

El acceso a la justicia también puede incluir el uso de lenguaje no - legalístico para explicar los procesos de los tribunales , reuniones públicas para escuchar las percepciones del sistema y centros de justicia vecinales. Es importante aumentar el interés por el acceso a la justicia al más alto nivel de desarrollo de políticas. Las sociedades que no pueden resolver sus conflictos, a través de medios legales o legalmente sancionados, invitan a pensar en sistemas gubernamentales autoritarios. El retraso en la entrega de la justicia arriesga el concepto de la justicia. Cualquier sistema que confirme su entrega de justicia y no lo haga prontamente, falla en su misión fundamental. Los trabajos de reforma deben esforzarse por reducir los atrasos.

Se sugiere que existan diferentes maneras de resolver conflictos diferentes a los procesos adversarios formales. Estos conceptos ganan cada vez más aceptación en los trabajos de reformas legales, por el aumento en el reconocimiento de la rigidez de los procesos, los costos, el tiempo de decisión, la inadecuada preparación o educación de los jueces y la necesidad de tener procesos que permitan que aquéllos involucrados en el proceso continúen trabajando juntos. En 1977, cuando evaluamos los tipos de casos penales que llegaban a los tribunales, descubrimos que más o menos el 50% de los casos eran quejas que se basaban en circunstancias que no representaban importantes actividades delictivas y, en muchos casos, eran quejas sobre vecinos, ladrones, asaltos menores, etc. Algunos de los casos se convertían en crímenes mayores debido a la inadecuada resolución del caso por el tribunal. Los tribunales tenían cientos de estos casos y cada uno le quitaba mucho tiempo al juez y, por lo tanto, creaba atrasos y más presión para procesar los otros casos en menos tiempo. Los jueces sentían que la intervención judicial no era particularmente útil, porque era difícil reexaminar las causas del conflicto. Mientras sea difícil determinar la inocencia o culpabilidad en estos casos, los temas reales son las causas de los problemas.

En vista de estos factores, desarrollamos un programa de mediación dentro del tribunal, donde a la persona que entablaba la demanda penal se le daba la opción de buscar mediación en vez de procesos judiciales formales. Si la mediación no decide el caso, se puede llevar el caso a los tribunales. El programa ha trabajado efectivamente por quince años, otorgando más tiempo para los verda-

deros casos penales. Similarmente, en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos, se está haciendo lo mismo con jóvenes de menor actividad delictiva. Esta experiencia sugiere que las reformas a los procesos penales deberían considerar alternativas, especialmente por el apañamiento existente en las cárceles, generalmente por la alta detención de delinquentes menores.

La mediación no es un concepto nuevo, es una adaptación de lo que ha existido en algunas culturas por cientos de años. Notablemente, en la anciana y moderna China, la mediación constituyó el medio principal de resolver conflictos. La conciliación y la mediación son practicadas exclusivamente en la sociedad japonesa. En algunas partes de Africa las costumbres de las tribus también incluían este medio de resolver los problemas. En el Nuevo Testamento, en Corintios, Pablo les aconseja a los fieles no recurrir a los tribunales, sino que eligieran gente de su propia comunidad para que resolviera los conflictos. Mateo dice: "Bendecidos son los pacificadores porque serán llamados hijos de Dios". Desde principios de los años sesenta se ha recurrido al uso de la mediación en los tribunales que se encargan de casos familiares en Estados Unidos.

Algunas de las razones por las que otras formas de resolver los conflictos han ganado apoyo son los procesos que se han designado para educar a los participantes acerca de las necesidades de cada uno y proporcionan un modelo personalizado para resolver futuros conflictos entre ellos. De esta manera se puede ayudarlos a trabajar juntos, a aislar los temas que deben decidirse y ver que a través de la cooperación todos pueden obtener ganancias positivas.

Desde comienzos de la década de los 80, en California, se han proporcionado servicios de mediación en los divorcios, los que han servido para resolver sobre el 75% de los casos de divorcio sin tener que asistir a audiencias en los tribunales. El servicio ha permitido que los jueces dediquen más tiempo a los casos más difíciles.

En 1990, el Congreso de los Estados Unidos adoptó un Acto de Reforma a la Justicia Civil para los tribunales federales. Este acto requiere que cada distrito federal desarrolle un programa civil de reducción de retrasos, también requiere que se incluya en cada plan otros medios de resolución de conflictos. Los tribunales se encuentran ahora formalizando sus planes con proyectos de mediación, de temprana evaluación neutral, de arbitraje, de grupos de abogados que revisen los casos y hagan observaciones, etc. Esta reforma impuesta por el Congreso sigue otra acción de tres años antes, cuando se le pidió a cada oficina federal que desarrollara y usara otros medios en la

resolución de conflictos dentro y fuera de la oficina, con gente que necesitara estos servicios.

Las proposiciones modernas de reformas legales deben incluir otros medios de resolución de conflictos. No constituye una rivalidad para el sistema legal, sino que un proceso complementario, que al ser implantado le proporciona a la sociedad otras herramientas necesarias para resolver problemas. En este mundo moderno que une a todas nuestras sociedades y naciones, existen más oportunidades para todo tipo de conflictos. La búsqueda de armonía en este mundo lleno de conflictos encuentra ayuda en abogados que cuentan con mecanismos de resolución de conflictos para reducir el stress en el sistema gubernamental tradicional requerido en el procesamiento de casos. En cada trabajo de reforma debería considerarse una constante vigilancia, acompañada por un amplio análisis de las causas de retraso. Generalmente, el proceso legal depende enteramente de la memoria de los testigos que proporcionen las pruebas para el sistema. La memoria falla con el paso del tiempo, por lo tanto, pone en peligro el principio más importante de la justicia. Las demoras también implican que exista una serie de políticas y normas que determinen el marco de tiempo para el procesamiento de los casos. La existencia de tales políticas debería ser la base de demandas de financiamiento.

## CONCLUSION

El manejo de las reformas judiciales requiere de muchas habilidades y estrategias. La preocupación por la justicia se encuentra en cada sector de la población. Es necesario entonces que los reformadores entiendan el ambiente e identifiquen los factores que impiden el progreso. De este análisis deberían surgir una serie de estrategias y tácticas para implantar los trabajos de reforma.

Los trabajos de reforma deberían considerar la equidad, el acceso a la justicia, las demoras en los procesos y los objetivos a alcanzar. Estos valores claves deberían formar la base para diseñar conceptualmente el programa. Los procesos que permiten a las personas que resuelvan sus propios conflictos sin ayuda del estado, crean un saludable equilibrio en la sociedad.

Reformar el sistema judicial representa un accesorio necesario a la evolución de la sociedad humana. La comprensión de la

justicia y de sus implicancias requiere que tratemos continuamente de mejorar todos los intentos humanos. Cada paso debe ayudarnos en la construcción de un mundo que ofrezca garantías de las libertades tan deseadas e imponga las responsabilidades tan necesarias para una sociedad libre. El aspecto evolucionario de este intento que requiere vigilancia constante.

# Capitulo II

# EL CASO CHILENO

# EL PROCESO CIVIL CHILENO: UNA LECTURA DESDE EL DEBIDO PROCESO Y LA EFICACIA DE LA JURISDICCION DE CARA A LA REFORMA.

Raúl Tavolari Oliveros

Es manifiesto que en Chile, cual aconteció a lo largo de todo el Continente americano, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC) de 1855, se constituyó en el obligado modelo de los Proyectos de Códigos nacionales de Procedimiento Civil.<sup>1</sup> Como resulta de considerar, la enorme cantidad de artículos iguales, parecidos o semejantes que todavía subsisten en el Código y del hecho que los miembros de la Comisión que analizó el Primer Proyecto en sus 130 sesiones, desde mayo de 1874 a octubre 1884, efectuaron 35 citas o referencias expresas a la Ley de Enjuiciamiento Civil nombrada, en tanto, sólo 7 a las Partidas, 13 al Código francés, 2 al Código belga y 1 al sardo. La afirmación se ratifica, a la hora de revisar las menciones a autores de Derecho, desde que, en este punto, aparecen 5 menciones de Manresa, 4 de Reus, ( esto es, diríamos, la misma Ley) 2 de Miquel, 1 de Tapia, 1 de Escriche, 2 de Pothier y 2 de Merlin.

Alcalá-Zamora atribuye el éxito conseguido por la que llama "más que mediocre Ley de 1855"<sup>2</sup> a la parquedad extrema de sus innovaciones y a la fidelidad con que se empeñó en restablecer las

reglas de las antiguas leyes, al grado que en sus términos se la podría presentar como una versión articulada y actualizada de la Partida III con reemplazo del arcaico castellano del siglo XIII por el moderno del siglo XIX.

La conclusión a que se arriba, en orden a que nuestro legislador siguió los dictados de la LEC de 1855, es más que inquietante, como resulta de las consecuencias que, severamente, se han dejado sentir en la justicia civil chilena, a lo largo de su historia. Es que el proceso que la citada LEC de 1855 realizó - proveniente del Derecho Común -, significó que en pleno siglo XIX se reafirmaran las ideas del maestro Jacobo de las Leyes.

El *solemnis ordo iudiciarius* - escribe Montero Aroca - se mantenía vivo: la Partida III, formalmente era derogada pero, convertidas sus leyes en artículos, renacía de sus cenizas...<sup>3</sup>

No viene a cuento el análisis, en esta ocasión, mas resulta conveniente, apenas consignar, que la Ley de 1855 aparecerá tras el rechazo destemplado, de las clases jurídicas, a la famosa Instrucción del Marqués de Gerona - José de Castro y Orozco - promulgada el 30 de septiembre de 1853 y derogada, por audaz e innovadora, ignominiosamente, el 18 de mayo de 1854.<sup>4</sup>

Fenómeno curioso éste, del éxito de la LEC, en la América hispánica (Brasil seguirá las aguas de Portugal y regirán allí, las Ordenanzas Filipinas) puede atribuirse, empero, en opinión de Ortells,<sup>5</sup> a la unidad idiomática, a la comunidad de cultura jurídica, entre España y las ex-colonias, comunidad que, en cuanto a la ciencia del proceso, Alcalá - Zamora personifica a veces, en Vicente Caravantes y su obra y la continuidad respecto del viejo sistema de enjuiciamiento que suponía aquella ley y que la hacía fácilmente aceptable para las conservadoras clases forenses.

Encomendada, con escasa originalidad, la redacción del Código de Procedimiento Civil, a don Andrés Bello, quien rehusará, agobiado por otras funciones, se confiará, en 1856, a don Antonio Varas la tarea, mas éste también rehusará. Es sólo en la década siguiente cuando don Florentino González, sin encargo oficial, procede a redactar un Proyecto<sup>6</sup> cuya revisión se confía a don Francisco Vargas Fontecilla, a quien sucederá don Joaquín Blest Gana. Dos Comisiones se ocuparán de las revisiones hasta que, ya en sede parlamentaria, otra Comisión, esta vez, una Mixta de Diputados y Senadores, sesionando de noviembre de 1900 a enero de 1902, dará su aprobación final, para que, transformado en ley, durante ese año, comience el Código a regir, a partir del 1º de marzo de 1903.

## Principales reformas

Al Código - en su casi centenaria existencia - se han introducido numerosas reformas, siendo las de mayor envergadura y trascendencia, las que se deben a las leyes 3.390, de 1918, 7.760, de 1943 y 18.705 de 1988.

Se ocupó la primera, primordialmente, de la Corte Suprema<sup>7</sup> y del recurso de casación y, levemente, del juicio ejecutivo; la segunda, buscó acelerar la tramitación de ejecución de las sentencias; de incorporar la conciliación al sistema nacional, de agregar un artículo que, dispensando al juez del deber de dictar sentencia en el juicio ejecutivo, cuando no se opusieren excepciones, confiere, a este juicio, lo que he denominado un inadvertido y marcado tinte monitorio<sup>8</sup> etc.

La tercera, por último, buscando - también - agilizar las tramitaciones, confirió a todos los términos el carácter de perentorio (lo que nuestras leyes llaman "fatal") limitó algunas facultades de las partes y buscó realzar los poderes del juez.

## CARACTERÍSTICAS GENERALES

El Código de Procedimiento Civil chileno, como no podía menos de acontecer, se ajusta a los cánones tradicionales de su época, que siguiendo, en parte, a Cappelletti<sup>9</sup>, brevemente, sintetizamos:

- a) Predominio del elemento escrito a través del principio "quod non est in actis non est in mundo"
- b) Falta total de intermediación entre las partes y el juez;
- c) Falta de publicidad;
- d) Como los escritos provocan escritos, los términos se hacen interminables,; (hoy restringido por el carácter perentorio de los términos)
- e) Falta de control del juzgador sobre los actos del proceso, sobre las partes y sus defensores, que son dueños del mismo (Sache der Parteien)
- f) Impugnabilidad casi inmediata de toda resolución;
- g) Valoración legal de la prueba;
- h) Ninguna iniciativa probatoria durante el proceso y restringida, para la producción de la prueba retardada;
- i) Inadmisibilidad, salvo excepción irrelevante del hecho notorio en el ámbito de la prueba.

- j) Actitud enteramente pasiva del sentenciador a lo largo del proceso;
- k) Acentuado sistema de legalidad de formas

La codificación procesal americana, se lee en un ensayo clásico, responde totalmente a esta orientación de sello individualista y liberal que, aplicado al Derecho Procesal, podría reducirse a la fórmula, el juicio es una relación de Derecho privado, en la cual la voluntad de los particulares se sirve del Estado, como instrumento de discernimiento de la justicia y de coacción para cumplir el fallo si es necesario.<sup>10</sup>

### El principio dispositivo.

De la *Verhandlungsmaxime*<sup>11</sup>, resulta la idea que corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la disputa judicial o, invirtiendo los términos, que el Tribunal queda limitado a la consideración de lo que los litigantes han planteado ante él. Con prescindencia de la polémica doctrina, entre el sentido de la *Verhandlungsmaxime* y el principio dispositivo, escribe Millar<sup>12</sup> en su obra clásica, bajo este último, ha de entenderse que el proceso civil sólo se inicia por decisión de partes (*nemo iudex sine actore*); que son ellas las dueñas del *thema decidendum*, esto es, que el objeto de la controversia, planteado con la pretensión y la contradicción, les pertenece y que, por ende, le pueden poner término en cualquier momento.

Si aquí aparece el entero señorío de las partes sobre la discusión, sobre los HECHOS CONTROVERTIDOS, en algún momento de la historia, tal dominio se extendió al propio Derecho. Couture recuerda que conforme al Código de Procederes de Santa Cruz, el juez sólo podía aplicar el derecho que le suministraban las partes<sup>13</sup>, idea hoy superada con los brocardos *IURA NOVIT CURIA* o *DA MIHI FACTUM DABO TIBI IUS*.

No obstante, es preciso reconocer que el Código nacional, que había hecho del principio dispositivo un verdadero culto, viene hoy plegándose en retirada, como resulta del carácter perentorio atribuido a los términos; de la limitación establecida a la facultad de las partes para suspender el procedimiento; de la implantación del trámite de citación para sentencia, con su notable efecto preclusivo, en todos los procedimientos; con el agotamiento del derecho a suspender, en segunda instancia, la vista de las causas, por el sólo ejercicio del mismo, etc.

Con todo, de los más remotos tiempos, permanece la prohibición al juez para rechazar, liminarmente, la demanda "manifiestamente improponible"<sup>14</sup>, en los términos del Código Modelo, con su secuela de juicios notoriamente infundados que han de ventilarse íntegramente.

Tampoco se conceden al juez adecuados instrumentos para reprimir o sancionar el fraude procesal, como no sea la antigua norma que autoriza al Tribunal para declarar, en resumidas circunstancias, la nulidad procesal, reglamentada ésta, además, en una sola disposición del Código, a todas luces, insuficiente.

Recapitulando, creo necesario reconocer que, salvo modificaciones aisladas, parciales y menores, cuya intensidad, es cierto, aumentaron a partir de la ley 18.705, el "juicio ordinario" nacional, es igual al que implantó la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 que, a su turno, volviendo a las tradiciones - tras el rechazo a la nombrada Instrucción del Marqués de Girona - restableció, con cierta exageración hispánica, proclama Montero, el *solemnis ordo iudicarius*...

## EL DEBIDO PROCESO EN LA REGULACION PROCESAL CIVIL CHILENA

Si la noción del debido proceso parece encontrar en el Derecho patrio, una primera expresión normativa formal, con la Constitución Política de 1980, existe consenso en estimar que, como noción fundamental y orientadora de la actividad jurisdiccional, estaba incorporada al Código de antes de su misma vigencia, aunque parezca paradójal. En efecto, ya el Decreto-Ley sobre nulidades procesales, de 1837, consagraba causales de invalidez que el art. 768 del Código recoge hoy, como motivos de casación en la forma, amparando lo que, en esencia, constituye el contenido de la locución "debido proceso".

Arrancada del constitucionalismo norteamericano, la idea ha recibido acogida en todos los Ordenamientos y fue motivo de intensa preocupación de los redactores de la actual Carta quienes recelaron, empero, de utilizar los mismos términos<sup>15</sup> que la doctrina emplea pacíficamente, traduciendo la expresión "due process of law".<sup>16</sup>

En efecto, en el seno de esa Comisión, "...el señor Evans expresa que si se emplea escuetamente la expresión "debido proceso", tiene el temor - aunque es partidario de un texto escueto - de obligar al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente, como lo ha

señalado el profesor Bernales, de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona..."

Será pues, precisamente, por sendas proposiciones de los señores Bernales y Evans, que se introducen al debate las ideas de "justo proceso" (Bernales) y "racional" (Evans).<sup>17</sup>

Con todo, también los Comisionados repararon en la dificultad de definir el debido proceso y, en sus debates, se limitaron a apuntar elementos que lo conforman, aún cuando de ellos, dirá que, "...la esencia del debido proceso, está en una frase que expresase" previo oportuno conocimiento y adecuada defensa "porque ahí está todo el asunto".<sup>18</sup>

Es de deplorar, sin embargo, que en esa Sesión, al menos, no hubiere referencia al Pacto de San José de Costa Rica ni al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, cuyos artículos 8 y 14, respectivamente, contienen los elementos usualmente empleados en la conceptualización del debido proceso (derecho a ser oído, publicidad; juez independiente; imparcial, etc.).

Recuerda Alvarado Velloso, que sobre la noción (Debido proceso) se han dado siempre definiciones negativas que a lo sumo, pueden llegar a mostrar parcialmente el fenómeno, pero nunca en su totalidad, e invita a definir, positivamente, el concepto de debido proceso, pasando por la presentación inconfundible de la idea que lleva ínsita el sustantivo (proceso) y no el adjetivo (debido).<sup>19</sup>

Con todo, el estudio del destacado profesor Rosarino, en sintonía con las modernas concepciones procesales, destaca que "proceso" es un concepto lógico; constituye - enseña - la única figura jurídica que requiere para su existencia, la contemporánea presencia de tres sujetos determinados: Se trata de un concepto incomparable. El proceso es simplemente el proceso. Y punto.<sup>20</sup>

De cara a explicar el contenido, Alvarado dirá que el debido proceso supone cinco principios básicos, que son los PRINCIPIOS PROCESALES:

- 1) Igualdad de las partes litigantes
- 2) Imparcialidad del Juzgador
- 3) Transitoriedad de la serie consecucional
- 4) Eficacia de esa misma serie
- 5) Moralidad del debate

En consecuencia, un proceso sólo es tal, cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados, sin que obstene a la existencia misma del proceso, las llamadas reglas técnicas procesales - en rigor, debió decir, procedimentales - que se presentan

siempre en forma binaria o como pares antinómicos, a punto tal, que la elección por el legislador de una de las reglas, automáticamente desplaza a la contraria (v. gr. oralidad-escrituración; libertad de formas-legalidad de formas; publicidad-secreto, etc).

El debido proceso, concluye preclaramente Alvarado, - con quien, en este tema, como en tantos otros de la especialidad, coincido a plenitud - no es más ni menos que el proceso que respeta los principios que van inscritos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional.

Esta invitación a privilegiar la terminología procesal, utilizándola con rigor y precisión científicas, evita las tautologías: ora el proceso se ajusta a los principios reseñados y corresponde al concepto acuñado por la ciencia, ora los abandona y, en tal evento, pasa a ser una ficción o simulacro de proceso.

Me parece, entonces, que ya se puede predicar que, a estas alturas del desarrollo de la ciencia procesal, no existen "debidos" procesos: hay, en cambio, meramente, "procesos" y la palabra encierra un cúmulo de presupuestos que la explican sin que sea necesario adjetivarla.

En afán de promoción de la justicia y de la calidad del servicio que brinda, para exhortar a los operadores jurídicos, a no olvidar sus tareas y responsabilidades, empero, creo adecuado adherir al planteamiento del maestro argentino Morello, - uno de los más lúcidos y profundos pensadores del Derecho Procesal de nuestros días - que proclama que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio, exigen hoy conformar el PROCESO JUSTO. Para lo cual, agrega, de una manera cada vez más enérgica deberán vencerse las vallas que dificultan el ACCESO REAL a la jurisdicción. Sin ello, la efectividad, certeza, rapidez y resultado trascendente del procedimiento y el proceso en sí, continuarán siendo de verdad ilusorios, si no para todos, para una gran mayoría.<sup>21</sup>

## 1. LA IGUALDAD DE LAS PARTES

Con el prisma de lo expuesto, puede enfocarse el Código chileno, para estimar que la primera de las nociones, la de igualdad de las partes, resulta cabal pero formalmente amparada, lo que, en esencia y en esta época del devenir político, social y jurídico de los pueblos, no puede constituir novedad alguna ¿o es que puede sorprender el que se conceda, en la letra de la ley, las mismas posibilidades a

ambas partes del proceso?. Quizás la norma legal, que confiere al Consejo de Defensa del Estado, un aumento del plazo para contestar la demanda, igual, al previsto en el término de emplazamiento, entre el lugar en que el juicio se sigue y Santiago, constituya la<sup>22</sup> vulneración formal, a la idea de la igualdad de las partes en el ordenamiento procesal civil nacional.

Con todo, el problema de la igualdad de las partes no puede analizarse desde la cómoda postura de la estricta norma de procedimiento: ya no se discute, en nuestros días, que los económicamente carenciados experimentan una desigualdad que la mejor norma procedimental es incapaz de paliar. El maestro Florentino Cappelletti, infatigable precursor de lo que se ha dado en llamar el "acceso a la Justicia"<sup>23</sup>, escribe, con pasión:

"E' noto che il suaccennato movimento di studi si é rivolto, in particolare, al tema della povertá: quale giustizia per le persone e le classi piú povere? quali gli ostacoli che i meno abbienti incontrano nella loro domanda di giustizia, di tutela cioè loro devitti? quali deficienze d'informazione, di espressione, di difesa, di esecuzione sono causate dalla loro condizione economica e sociale? quali sono i doveri che uno "Stato sociale di diritto - il" social welfare state". I. "Etat providence", il "sozialer Rechtsstaat" - deve assolvere al fine di rendere effettiva e non meramente apparente e formale. l'eguaglianza dei propri cittadini davanti alla legge, questo grandioso ideale equalitario che é stato proprio della Rivoluzione liberale iniziata nel mondo occidentale alla fin del settecento?<sup>24</sup>

Tampoco se controvierte que el arcaico (y paradójal) "beneficio" de pobreza, que reconoce nuestra ley, como tantas otras originarias del modelo español, es insuficiente y de escasísima utilización y resultado.<sup>25</sup> Aunque, como suele acontecer, carecemos de estadísticas propias, vale bien considerar que en España, en 1976, sólo el 1,18% de los incidentes de pobreza fueron admitidos, en asuntos contenciosos.<sup>26</sup>

De otra mano, en Chile, tampoco la Corporación estatal de Asistencia tiene los medios, materiales y humanos para asegurar la asistencia jurídica eficaz, al tiempo que iniciativas privadas, diversas, ofrecen innumerables reparos. Así, las clínicas jurídicas, para estudiantes de Derecho, producen, en mi concepto un adverso resultado, tanto porque el estudiante carece de la solidez psicológica para el enfrentamiento de la realidad, en dimensiones, normalmente insolubles como porque las destrezas que adquiere, las obtiene con detrimento o menoscabo de su preparación jurídica; otras, iniciativas de

este tipo, persiguen finalidades políticas o ideológicas, que las descalifican.

De cara a una aprobación de este componente de la noción del debido proceso, habrá que convenir, que al sistema nacional aguarda, aún, una larga recorrida que, afortunadamente, parece haber comenzado, con el proyecto que, sobre la materia, depende en el Congreso Nacional.

## 2. LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

Tengo para mí que la imparcialidad del juzgador, el desinterés "objetivo" en feliz expresión de Andrés de la Oliva, aunque matizada por él mismo<sup>27</sup> no sólo integra la noción del debido proceso: es, preponderantemente, un elemento definitorio, identificador de la Jurisdicción. En una moderna concepción procesal, la cosa juzgada, usualmente empleada con este fin, y que muchos sistemas procesales de la antigüedad ignoraron, pierde importancia, frente a la idea de la imparcialidad; en punto a establecer el elemento de la esencia de la jurisdicción, entonces, me inclino, sin vacilaciones por la imparcialidad.

En palabras de la Oliva, en tanto la imparcialidad arguye que, a la ordinaria existencia de sujetos jurídicos en posiciones procesales contrapuestas, corresponde la Jurisdicción en una postura de neutralidad, la independencia consiste en la absoluta soberanía de cada órgano jurisdiccional en el ejercicio de su oficio, en términos que, en dicho ejercicio, los tribunales están únicamente sujetos a la ley y al derecho, sin otra dependencia.<sup>28</sup>

Etimológicamente, enseña Couture, independencia deriva del verbo "dependere", éste del latín *pendo-ere* "colgar, estar suspendido" y agrega que el significado de "estar bajo la potestad" del verbo *dependere* es de origen romance y no parece ser más antiguo que el siglo XVI<sup>29</sup> de tal manera que, a la hora de definir la independencia judicial, hará referencia a la condición inherente a los agentes del Poder Judicial, que consiste en poder dictar sus resoluciones como sus convicciones se lo dicten sin obedecer a instrucciones de ninguna otra autoridad y ateniéndose tan solo a lo que establece la ley.

Como en su Vocabulario, no incluye la expresión "imparcialidad", Couture, con maravillosa intuición, buscó extender la noción de independencia a ámbitos a que, naturalmente, no alcanza.

Es que, mientras "independencia" no constituye sino "falta de dependencia", según lacónicamente proclama el Diccionario de la

Real Academia, la imparcialidad es la "falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud", según la misma fuente. Se produce acá, el curioso fenómeno, consistente en que lo que ha de tenerse por el sentido natural y obvio de la palabra, tiene una precisión conceptual muchísimo más ajustada a la ciencia, que el empleado desaprensivamente por quienes la profesan.

El Derecho supranacional contemporáneo diferencia claramente ambos atributos y así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, demanda un juez independiente e imparcial, fórmula que el Pacto de San José de Costa Rica reproducirá, años más tarde. Es que, con esfuerzo y singulares condiciones propias, se puede llegar a ser dependiente e imparcial y se podrá ejercer jurisdicción. Quien, en cambio, sea independiente (no dependa de nadie: ni se subordine a potestad alguna) pero sea parcial, jamás ejercerá la jurisdicción.

En el vetusto derecho chileno, la situación es deficitaria: tradicionalmente, se ha creído ver que, al consagrar la ley, la necesidad de la independencia judicial, se está cubriendo el tema de la imparcialidad<sup>30</sup>, error que no por repetido y reiterado pierde su condición equívoca, aunque pueda explicarse por la época de establecimiento de sus normas.

La necesidad de la imparcialidad del juez, aparece en el debate suscitado por una de las Comisiones revisoras de los Proyectos de Código de Procedimiento Civil, a la hora de analizar la posibilidad de decretar el juez "medidas para mejor resolver". Así, en la sesión 9a. de 8 de Julio de 1874, en que se aprobó lo que hoy constituye el art. 159, se lee que "...el señor Gandarillas impugnó la imposición del número 1, que faculta a los tribunales para agregar de oficio, documentos al proceso, como ocasionada a graves males, cuales serían la parcialidad o apariencia de parcialidad en los magistrados...etc.

Los señores Santa María, Lira y el señor Presidente, sostuvieron sucesivamente dicha disposición, diciendo que la ley debía mirar en el magistrado una persona IMPARCIAL y recta, empeñada en buscar la verdad..."<sup>31</sup>

NO EXISTE DISPOSICION LEGAL que proclame la imparcialidad del juez como atributo de la jurisdicción<sup>32</sup> y, curiosamente, un año atrás, la proposición de incluir tal declaración en el Ordenamiento, provocó una airada y enérgica negativa de la Corte Suprema, que estimó se trataba de una expresión "desdorosa".<sup>33</sup> Seguramente, hoy, bajo la actual Presidencia de la Corte, en una perspectiva de común entendimiento y disipados los temores por los que el Tribunal estimó,

eran ataques a su integración e independencia, su opinión frente a este tema, será diferente. Podremos, entonces, aspirar a que, con la mayor jerarquía normativa, se proclame expresamente por el derecho interno nacional, la condición de imparcialidad como elemento primario del ejercicio de la jurisdicción.

En afán conclusivo y, en reconocimiento a la realidad de la situación, es menester consignar que el proceso civil nacional, no enfrenta problemas de parcialidad de los jueces, cautelada como queda, la innominada imparcialidad, a través de un eficaz inventario de motivos de inhabilidad en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales, en relación con los arts. pertinentes del Código de Procedimiento Civil, para concluir con la instauración de la presencia de circunstancias que obstan a la imparcialidad, como causales de casación en la forma.

### 3. TRANSITORIEDAD DE LA SERIE CONSECUCIONAL

(El tiempo en el proceso)

Bajo este epígrafe, se alude a la duración de los procesos, entendiéndose que, su prolongación en el tiempo, sin resolver el conflicto sometidos, por sí sola, es motivo de nuevo conflicto.

La cuestión ni es nueva, ni nos resulta exclusiva. "La angustia del gobernante en Colombia - escribe Jairo Parra - por el exceso y demora en la tramitación de los procesos, ha llegado a tal extremo que ha dictado la ley 23 de 21 de Marzo de 1991, por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales y se dictan otras disposiciones; en el mismo año, se expide el Decreto Número 2651, por medio del cual "se expiden normas transitorias" para descongestionar los despachos judiciales..."<sup>34</sup>

Si nos ha de consolar el que, de siempre y en todas las latitudes<sup>35</sup>, se duela el justiciable de la demora de los procesos, habremos de tener en cuenta las experiencias ajenas, para la mejor solución de nuestro propio problema. Con todo, ya se anticipó en la breve reseña de las principales reformas introducidas al Código, que la constante de todas ellas ha sido, precisamente, el afán de obtener la agilización de la respuesta jurisdiccional.<sup>36</sup>

Gracias a una notable investigación, que se viene repitiendo, provechosamente, podemos saber que, en Santiago, la duración media de un proceso ordinario, incluyendo ambas instancias, es de 500 días y que, con anterioridad a la vigencia de la reforma de la ley 18.705, era de 973 días.<sup>37</sup>

No hay quien, enfrentado al tema, no haya echado su propio cuádrío de espadas, apuntando las causas del retraso judicial. No seremos menos, pero seremos breves, para detallar pincipales motivos del retardo judicial:

**a) Los jueces sitiados**

Esta elocuente expresión de Morello<sup>38</sup> le sirve para graficar la situación en que se encuentra la Administración de Justicia, agobiada por una presión en cantidad y calidad de conflictos, muchos de los cuales, no revisten el carácter de verdaderas controversias y que, al amontonarse en los diversos órganos, impiden a los jueces la adecuada prestación. De otro lado, es imprescindible reparar como, en épocas de crisis, la lentitud del legislador, le impide llegar a tiempo con las soluciones que el sistema puede proponer, permitiendo que, en el interior, los Tribunales se abrumen de trabajo, asumiendo, al tiempo, la crítica del grupo social, que atribuye la falta de resultado, a la ineficacia del jurisdicente y no repara en la actitud omisiva del citado legislador. En nuestro país, son adecuados ejemplos, la crisis económica de comienzos de los 80, que copó las secretarías judiciales de procesos ejecutivos y el actual movimiento de reliquidación de pensiones previsionales que, en Santiago, cuando menos, atiborra los ingresos tribunalicios.

En la Exposición de Motivos de la Ley 10-92 de 30 de Abril de este año, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de España, publicada en el BOE de 5 de mayo pasado, leemos que "el orden civil tiene atribuído el conocimiento de asuntos no jurisdiccionales, cuya residencia en sede jurisdiccional dista de ser obligada. Esta atribución tenía sentido en épocas en las que el tráfico jurídico era mucho menor, la judicialización de la vida social, menos intensa y las garantías ofrecidas por otras instancias, nulas".

Cabe, con todo, agregar un nuevo elemento que la Exposición de Motivos aludida, brevemente enuncia y no analiza pero que, a las claras, tiene gravitante influencia en el resultado que nos ocupa, se trata de la democratización de las sociedades que, en la medida en que hace consciente al justiciable de sus derechos y de la posibilidad concreta de reclamarlos, aumenta, considerablemente, la litigiosidad ambiente.<sup>39</sup>

En este capítulo habrá que tener en consideración el número de jueces y su relación con la población a servir, para propiciar el aumento de los jueces, teniendo empero en consideración, que la solución del problema judicial NO PASA - SIMPLEMENTE - por la

creación de nuevos tribunales, como queda de manifiesto, con la conclusión que se sienta en la investigación de Carlos Cerda F., en orden a que "... la más que cuadruplicación del número de tribunales, NO CONTRIBUYO EN NADA a la reducción del tiempo medio de duración.. (de los juicios)...".<sup>40</sup>

En otras palabras, el creciente aumento de los ingresos sin la adecuada correspondencia de nuevos tribunales, contribuye grandemente, al retardo de los procesos, conclusión que en nada se disminuye si se la relativiza, en orden a que, ni es la única ni es la principal.

### **b) La inadecuación de los procedimientos.**

Elocuente ha resultado la comprobación estadística, en orden a que, tras la vigencia de la ley 18.705, conjunto de aisladas asistemáticas reformas procedimentales, el tiempo medio de duración de los procesos, se ha reducido considerablemente. Otorga una esperanza, en orden a que adecuadas normas del procedimiento contribuyen a la celeridad de los juicios.

Comenzamos haciendo referencia al *solemnis ordo iudicarius* con su organización garantística, en el sentido que toda alegación y contraalegación, y toda prueba y contraprueba, habían de tener su ocasión y consideración. Algo de aquello perdura, a no dudarlo en la ordenación procedimental nacional, como se comprueba con la extensa posibilidad de discusión escrita; con la de pruebas desde los inicios del pleito, con opciones de repetición, en la segunda instancia, para las más importantes (documental y confesional) con la amplia gama de resoluciones apelables, etc.

Quizás vale bien, traer a cuento, la experiencia española, con la Reforma Urgente de 1984, por la que, entre otras medidas, posiblemente, sin gran rigor científico, pero con incuestionable sentido práctico, se aumentó la cuantía de los asuntos que han de someterse a los trámites del juicio de menor cuantía, la que se fijó entre 500.000 a 100.000.000... de pesetas, (Arts. 483 y 484 de la LEC) esto es, aproximadamente, hasta US\$ 1.000.000 (un millón de dólares americanos), con lo que, ciertamente, pasó a constituirse en el juicio común, por excelencia, relegando al de "mayor cuantía" a una situación de extravagancia procesal, como es de imaginar.

No se regulan, en el procedimiento nacional, las acciones de mera certeza; tampoco, la casación *per saltum* ni el efecto diferido de la apelación, todas instituciones o modalidades que contribuyen, a mejorar la calidad intrínseca del servicio judicial, en el primer caso o agilizar los trámites en los dos últimos.

En el tema del procedimiento inadecuado, resurge el llamado de la convocatoria que hoy nos reúne; el contrapunto de escrituración y oralidad, ésta última con su provechosa secuela de la inmediación. A la presentación entonces, será menester repetir con Couture, que el proceso civil, ordinario chileno, es DESESPERADAMENTE ESCRITO y no reconoce licencias a la oralidad, como no sean los alegatos de la segunda instancia.

Siguiendo al maestro mexicano, Cipriano Gómez Lara<sup>41</sup>, recuerdo que un proceso con tendencia a la oralidad, observará las siguientes características, que sucintamente detallo:

- a) Concentración de actuaciones;
- b) Identidad entre juez de instrucción y juez de decisión;
- c) Inmediatez física del Juez con las partes;
- d) Inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias y desechamiento de todos los trámites o recursos entorpecedores;
- e) Sistema de apreciación probatoria del prudente arbitrio o de la sana crítica.

Un ardoroso defensor de la oralidad, el maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, ponía, empero en guardia de creer que la oralidad, por sí sola, extirpa de raíz los males del enjuiciamiento. Es más, si no se la encuadra en debida forma, lejos de corregir yerros e inconvenientes, será ella misma causa de graves daños...<sup>42</sup>

Con admiración, leernos el balance del Uruguay, que nos exhibe, comprensiblemente orgulloso, sus resultados... la experiencia de la audiencia preliminar se ha considerado sumamente favorable. Logramos, cumplir con los principios de inmediación, de concentración, de abreviación y de publicidad. En la gran mayoría de los juicios regidos por el nuevo sistema se ha obtenido un importante promedio ALREDEDOR DE UN 50% de conciliaciones en su mayoría totales...".<sup>43</sup>

**LA AUDIENCIA PRELIMINAR:** Un paso a la conciliación.  
(Una ausencia importante en el proceso nacional)

Principalmente obra del genial Franz Klein, que la implantó para su Ordenanza Procesal Civil de Austria, ha sido adoptada por el

Código de Brasil, cuyo "despacho saneador" tiene por objeto que el juez decida sobre la legitimación de las partes y la representación; cite, en su caso, a los litisconsortes necesarios y al ministerio público, oiga al actor y le permita aportar pruebas (- que se aportan con la demanda y la contestación-) en caso que en la contestación se aleguen hechos extintivos; verifique sobre la existencia del interés legítimo (económico y moral) declare las nulidades insanables, etc. También existe en México, a virtud de las reformas del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y, propuesto en el Código Modelo Para Iberoamerica, (Art. 300) encontró concreción última en el Código General del Proceso del Uruguay (Art. 340).

De las numerosas finalidades que se asignan a la audiencia preliminar -entre las que se destacan, purgar de vicios al proceso; concentrar el tema del debate me parece que debe realizarse aquella referida a la conciliación.

Este encuentro, previo y directo de justiciables, abogados y juez, la justicia "mirándose a los ojos", es la que nos hace falta; es la que debemos implantar, para evitar los engaños, las tardanzas injustificadas; los golpes alevés y, fundamentalmente, PARA QUE EL JUEZ PROVOQUE LA CONCILIACION.

Las carencias anotadas, se destacan, entre las de mayor importancia en el procedimiento civil chileno.

#### **d)El elemento humano.**

(Los operadores jurídicos principales)

Es conocida la cita de Carnelutti, referida a la forma de abordar las reformas: "...Primero LOS HOMBRES, segundo, la organización global de la estructura judicial y, tercero, las leyes procedimentales..."

##### **1) Los abogados.**

En el tema de la reforma procesal, habrá que tener en particular consideración la actitud de los abogados, las más de las veces, deseosos de "ganar" los pleitos y, por ende, sin entusiasmo para depurar al procedimiento de sus ripios y malformaciones, fuentes inagotables de sorpresas procedimentales. Al propio tiempo, somos los abogados fieles exponentes de una clase intelectual y laboralmente conservadora<sup>44</sup>, siempre proclives a mantener las normas que se nos enseñaron en la formación universitaria, a la que atribuimos bondades insuperables.

No existe, en el foro ni en el ambiente, en general, la sensación de reproche generalizado a los abogados que, a vista y

paciencia, recurren a la chingana; a los que sólo buscan entorpecer; a los que faltan a la verdad y se transforman en serviles instrumentos de clientes inescrupulosos.

Una reforma severa de los procedimientos, con agilización de trámites, abrevamiento de plazos, concentración de actuaciones y semejantes, demanda abogados responsables, dedicados y, especialmente, dispuestos a un trabajo exigente. La oposición, ya tantas veces citada, de los operadores jurídicos de la época, a la Instrucción del Marqués de Gerona, en la España anterior a la LEC es decididamente ilustrativa.

Como tanto otros, este tema enraíza en la formación de los abogados, esto es, en el trabajo universitario: será solamente en ese estadio, en el que podrá prepararse al abogado capaz de alegar por el procedimiento ágil y expedito. Cuando el futuro abogado escuche ensalzar este tipo de procedimiento; cuando las bondades y ventajas de una normativa que impida las dilaciones, triquiñuelas y trampas, le sean expuestas como el norte al que aspirar; cuando a ese estudiante se le enseñen los principios, que no las normas individuales y se le prepare para desempeñarse con las vigentes al día de su titulación, como con aquellas que sobrevengan, de manera que no tema al cambio procedimental ni jurídico, en general, se creará un operador jurídico adecuado y colaborador con un proceso de reformas.

## 2) Los jueces.

Me parece advertir, en nuestros días, lo que podríamos llamar un creciente movimiento a la judicialización de las soluciones, nacido del convencimiento, lógico, en orden a que ni es posible ni conveniente que el legislador resuelva todo lo que en un proceso se pueda plantear, tanto en su sustanciación como en su decisión final.

Se trata de una tendencia que comparto e impulso. Con todo, requiere de adecuada determinación de condiciones para operar: en otras palabras, a mayores atribuciones, poderes y facultades, mayores responsabilidades.

Tengo para mí, empero, que los jueces NO TIENEN FACULTADES y, en cambio, sólo deberes, compartiendo lo que afirma CLEMENTE DIAZ, en orden a que la distinción entre deberes y facultades - lo que el juez debe hacer y lo que él puede hacer - arranca de una superada concepción privado-civilística del proceso.<sup>45</sup> En la actual concepción procesal, publicista y marcada por lo que se ha dado en llamar, desde la "penalización del proceso civil"<sup>46</sup> hasta su "constitucionalización"<sup>47</sup> dadas las condiciones para el ejercicio de la potestad

jurisdiccional, el "hombre" juez, no puede abstenerse de desempeñar, en plenitud, sus funciones.

El tema, largamente debatido en función del ejercicio de las actividades probatorias, viene resolviéndose - creo -de manera uniforme hacia el sentido que postulo, como se comprueba con la cita de la siguiente declaración de la Corte Suprema argentina, efectúa Pedro J. Bertolino: "...que la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán en cualquier estado del juicio, la "facultad" de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos y TAL FACULTAD NO PUEDE SER RENUNCIADA, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable...".<sup>48</sup>

A mi turno, tengo expuesto, primero, que el criterio diferenciador entre facultad y deber, primordialmente, radica en la consecuencias de la inactividad, en términos que a la falta de ejercicio de una facultad no sigue más que el propio reproche o el arrepentimiento, en cambio, a la falta de ejercicio del deber, va aparejada una sanción, y, segundo, que en el ámbito del Derecho Público, las indicaciones en orden a que el funcionario "puede" o "podrá" realizar una actuación, son inexcusables mandatos a proceder, cuando concurra el supuesto fáctico previsto, por lo que concluyo afirmando que, el decretar medidas para mejor resolver no es discrecional para los jueces.<sup>49</sup>

El tema es relevante, desde que si los jueces tienen meros deberes y no facultades, el ordenamiento debería establecer sanciones para la inejecución.

Calamandrei explica, comentando la suerte del nuevo Código italiano, en su momento, que el problema no fueron las normas que otorgaban los poderes a los jueces, sino la reticencia de éstos en ejercer los tales poderes.<sup>50</sup>

Es decisivo, para la suerte de los litigios, un juez ejerciendo, en plenitud sus poderes, llamando a conciliación; precaviendo las nulidades; decretando, cuando correspondan, las medidas probatorias; rechazando, liminarmente, las incidencias dilatorias, sin hacerse involuntario partícipe, del afán dilatador de algún litigante.

Parte importante de la demora en la sustanciación de los juicios, se debe - a más de las razones ya consignadas - a la actitud de algunos jueces que se sienten funcionarios públicos, en el peor sentido de la expresión y están siempre proclives a terminar sus labores cuanto antes; a sentirse los indiferentes espectadores de lo que ante ellos ocurre sin compromiso, efectivo, con la suerte del proceso.

Estos juicios críticos, deben siempre entenderse efectuados a una minoría que, por destacada, llama la atención y en caso

alguno, han de entenderse formulados a todos los jueces chilenos muchos de los cuales, según he expresado en otras ocasiones, son verdaderos apóstoles al tiempo que las grandes víctimas del sistema. Es más, recorriendo el país, he podido comprobar como los problemas del Poder Judicial difieren considerablemente, entre los grandes centros poblacionales y los lugares de menor densidad y, todavía entre los primeros existen severas diferencias. En otras palabras, son distintos los temas judiciales de Valdivia y Santiago, pero también lo son, entre Valparaíso y Santiago y por ende - las soluciones que se propugnan han de reconocer estas diferencias.

Así por ejemplo, ante el proyecto, más tarde ley, de creación de Ministros sustitutos, para asumir la tarea de aquellos Ministros ocupados con procesos especiales, como Tribunales de primera instancia, en breve encuesta, que efectué entre las Cortes nacionales, demostró que, en los últimos cinco años, en la Corte de Punta Arenas, solo se habían sustanciado 5 causas por la ley 12.927 y se había nombrado un Ministro en Visita, según el art. 560 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales; en Puerto Montt, 9 y 14; en Valdivia, 3 y 7; en Chillán, no hubo delitos por la ley 12.927 y sólo se designaron 3 Ministros en visita por el C.O.T; en Antofagasta, 2 y 1; en Iquique, 12 y 3 y en San Miguel, 23 y 13

No obstante que el problema era exclusivamente metropolitano, se dictó una ley general sobre la materia...

Gran parte de las demoras procesales, derivan de la tramitación en segunda instancia, lo que ha motivado que prestigiosos abogados postulen el trabajo en doble jornada, provocando rechazo inmediato de los jueces<sup>51</sup>, en especial de la Corte Suprema que, informando el Proyecto que, en tal sentido enviara el Ejecutivo al Congreso, expresó su total rechazo, afirmando que los jueces que llegan a Ministros, tienen un rango, capacidad y jerarquía que obliga a confiar sin reserva en su responsabilidad: que sería el único Poder del Estado que tendría horario de trabajo establecido por la ley ( olvidando que ya existe tal horario y que sólo se pretendía la práctica de la docencia a los Ministros que es bastante útil para el Poder Judicial y para las Escuelas de Derecho).<sup>52</sup>

A pesar de lo anterior, es un secreto a voces, que las Cortes de Apelaciones fallan los recursos de queja ( una de las actividades que mayor tiempo les demanda ) dentro y no fuera de las horas de audiencia, como exige la ley; que las apelaciones sin alegatos, esto es, en cuenta, NO SE VEN en horas extraordinarias de audiencia, como

ordenó la reforma última y que las calificaciones también se hacen dentro de tales horas ordinarias.

Al propio tiempo, tampoco se cumple con la disposición que obliga a la inmediata integración de las Salas de las Cortes, en eventos de recusaciones de integrantes. En general, se percibe una falta de estricto acatamiento a disposiciones que imponen deberes funcionarios sin que exista la posibilidad, práctica, de hacerlas cumplir; se prevean sanciones para el incumplimiento o se exprese disconformidad por tal situación.<sup>53</sup>

Desde la óptica de los abogados<sup>54</sup>, en cambio, la situación parece ser diferente, según demuestra la encuesta que, como parte de sus actividades, realizó la Comisión sobre Reformas del Poder Judicial, del CEP, antes aludida.

En efecto, aparece allí que, mientras un 72,98% de los abogados entrevistados, estima que la Administración de Justicia, por los Tribunales inferiores es poco satisfactoria o muy poco satisfactoria; el porcentaje es de 70,28% referida a los Tribunales Superiores, al tiempo que, en comparación con la Administración Pública, en general, un 67,56% de los abogados estimó que ésta es más eficiente que el Poder Judicial...<sup>55</sup>

#### 4. EFICACIA DEL PROCESO

En punto a establecer el grado de eficacia del proceso civil, ha de volverse al ámbito de las duraciones, quizás como cuestión previa, desde que la mejor de las sentencias, pronunciada cuando las circunstancias fácticas la hicieron inactual, no sólo no resuelve la controversia, sino genera en los justiciables una explicable sensación de irritación, de impotencia y de desconfianza en las respuestas jurisdiccionales al tiempo que el comprensible deseo de buscar otras vías compositivas.

Esta eficacia corre a parejas con la actitud del sentenciador durante la tramitación y con las atribuciones y poderes que se le confieran: el moderno derecho procesal tiene superada la imagen del juez paciente espectador de la actividad que ante él se realiza así el más moderno Código Procesal Civil del Continente, el del Perú, promulgado el 4 de marzo pasado, para entrar en vigencia, el 1 de enero de 1993, dispone que "...cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probato-

rios adicionales que considere convenientes"<sup>56</sup>, al mismo tiempo que el Código General del Proceso uruguayo, faculta, en el art.24.4, al tribunal para "ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento y la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes", ello, sin perjuicio de reconocerle la posibilidad de la prueba retardada o para mejor resolver.

En íntima relación con la materia en debate, aparece el de la ponderación de la prueba. Al efecto hay que recordar que ha sido un lugar común, proclamar que el sistema chileno es el de prueba legal tasada. La conclusión es sólo parcialmente efectiva; numerosas disposiciones del Código, de entre las cuales, son paradigmáticas el art.426 inc 2o. ("Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento") y el 428 (Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales PREFERIRAN LA QUE CREAN MAS CONFORME A LA VERDAD..) sin olvidar, por cierto, lo dispuesto en los arts. 389 N° 2, 384 N° 3, etc.<sup>57</sup>

Con insistencia, se repite que los jueces nacionales carecen de atribuciones para ponderar la prueba, afirmación que la mera lectura de las disposiciones legales, desmiente.

Con todo, es imprescindible consignar, definitivamente, una regla general que entregue la valoración de la prueba a la sana crítica del juez o, meramente a su prudencia. La falta de una norma semejante, deja al sistema procesal civil nacional en una situación de verdadera arqueología judicial, al tiempo que ampara al que opta por el fácil camino de abstenerse del esfuerzo valorativo personal.

Sin embargo, es claro que no basta entregar poderes a los jueces, para asegurar la eficacia de sus decisiones y del proceso en general; es menester la personal decisión de éstos de ejercerlos, sin atender al clamor - inicial de los abogados - siempre dispuestos a estimar que la actitud del juez es parcial y contraria a su defendido.

También tienen los jueces posibilidades de actuación en la sustanciación misma de los procesos, de entre las cuales destaca, el llamado a conciliación, proponiendo bases de arreglo, como autoriza el art.262, actividad que no se verifica con el entusiasmo, la dedicación y la atención adecuadas, tornándose, muchas veces, en una rutina de previsible fracaso. Es que si el juez no ha estudiado, previamente el negocio, y reparado en las posturas de las partes, ni puedes proponer bases, ni puede hacer que ellas se convenzan de la conveniencia de la solución transaccional.

El tema anterior, guarda estrecha relación con la posibilidad y la necesidad de la intermediación; al juez que conoce a las partes y a los testigos, es difícil engañarlo; a aquel que asistió - personalmente - a la producción de la prueba, la convicción le llegará plena y total.

En el ámbito de la ejecución de las resoluciones, el sistema chileno, ha elevado al ámbito constitucional, (art. 73 de la C. Política)<sup>58</sup> el poder de los tribunales de hacer cumplir sus decisiones, de lo que cabe desprender que toda norma que disminuye, altere o impida tal poder será atacable de inconstitucionalidad.

En síntesis, no hay reparos que formular a la posibilidad de ejecución de las resoluciones, en cuanto necesario complemento o condicionante de la eficacia de la jurisdicción; los reproches se formulan al contenido mismo de las decisiones, por las limitaciones o falta de poderes que, para pronunciarlas, concede el ordenamiento al juez.

## 5. LA MORALIDAD EN LA SUSTANCIACION DE LOS PROCESOS.

Si toda actividad humana debe sujetarse a patrones éticos, son riesgo de terminar con la convivencia civilizada, el quehacer de los operadores jurídicos, vinculado al espíritu, pero también a las pasiones, deseos, iras, caprichos, ambiciones y envidias humanas, tiene necesidad extrema, de sujeción a los imperativos éticos.

El juez que actúe por motivaciones subalternas o el abogado que se preste para el amparo de los ilícitos pueden inferir un daño inconmensurable, no sólo a las personas directamente afectadas sino a la credibilidad del sistema mismo, de allí que el Ordenamiento tiene que fomentar, alentar o estimular, tales comportamientos, reprimiéndolos o sancionándolos cuando resulte posible. Existe entonces, una política premial que observar, para el estímulo y el desestímulo de las conductas de que se trata.

El art. 724 del Código, inmerso en la regulación del juicio de mínima cuantía, dispone que la prueba se apreciará en la forma ordinaria, pero el tribunal podrá, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia y según LA IMPRESION QUE LE HAYA MERECIDO LA CONDUCTA DE LAS PARTES DURANTE EL JUICIO Y LA BUENA O MALA FE CON QUE HAYAN LITIGADO ANTE EL ...al tiempo que el art. 88, determinando el monto de la consignación que ha de efectuar quien haya perdido en el juicio, dos o más incidentes, declara que el tribunal lo hará "considerando la actuación procesal de la parte y si

observare mala fe en la interposición de los incidentes, podrá aumentar su cuantía hasta por el duplo..."

## **CONCLUSIONES**

1) Construido, a partir de un modelo, ya antiguo en 1855, el ordenamiento procesal civil chileno, necesita una regulación enteramente nueva, para ajustarse al desarrollo de la ciencia y a las necesidades de los justiciables.

En esa regulación se incluirán las instituciones que la ciencia procesal actual ha acuñado, como la casación per saltum, el efecto diferido de la apelación; las acciones de mera certeza; deberá incluirse la potestad del juez, para desestimar, liminarmente la demanda notoriamente infundada; deberá conferírsele la autoridad e imponérsele el deber de velar por la marcha efectiva del proceso, estableciéndose sanciones para el incumplimiento. Se le autorizará para decretar las actuaciones probatorias que estime adecuadas y se le impondrá el deber de verificar por sí las actuaciones, prohibiéndosele la delegación de funciones.

2) El concepto de proceso, autónomo en la ciencia respectiva, excusa, a estas alturas, la adjetivación, tornando innecesaria la referencia a que sea debido, aún cuando pueda, por afán de mayor claridad y persuasión, hablarse de "proceso justo".

3) Todo proceso supone la concurrencia de un conjunto de circunstancias, cuya omisión lo excluye.

4) Se atenta contra dicha noción, cuando se rompe el equilibrio entre las partes, considerando ésta no sólo como la igualdad de oportunidades reconocidas en la ley procesal, sino también como posibilidad de acceso efectivo a la Justicia.

5) La imparcialidad del juzgador, elemento básico en la actividad jurisdiccional, no se agota en la independencia externa o formal; requiere de la actitud espiritual del juez que asegure neutralidad en el análisis.

6) No se atenta contra dicha imparcialidad, cuando el juez usa y ejerce los poderes y las posibilidades de actuación que el Ordenamiento le otorga, para la decisión de la controversia. Tampoco, cuando se le dota de la necesaria libertad, para apreciar y ponderar los elementos de convicción, en términos que no se vea nunca, en la disyuntiva de resolver contra su conciencia, resultado a que pueda conducir, un sistema de ponderación legal.

7) Es deber del sentenciador ofrecer a las partes, alternativas

conciliadoras, poniendo de relieve las fortalezas y debilidades de sus posturas, lo que no le impedirá pronunciarse sobre el fondo, en caso necesario.

La síntesis de las conclusiones, ha de tornarse en un encendido alegato en pro de la oralidad y la adopción de un proceso por audiencias, que incluya una preliminar, con todas las finalidades que a ésta se puedan asignar<sup>59</sup> y en un llamado a no detenerse por las admoniciones agoreras de quienes, cobijados en las cantinelas habituales, -la idiosincrasia especial de nuestro pueblo, sus tradiciones republicanas y otros standares comunes- están siempre atentos, para evitar las modernizaciones imprescindibles de nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, convenir en que todo comentario sobre procesos orales, ha de tener en cuenta, como apunta Blasco Ibáñez, en "La Barraca", y como no se cansa de predicar Fairén Guillén<sup>60</sup> la lección de simple eficacia que, por más de mil años, los días jueves, en el atrio de un templo valenciano, nos vienen dando campesinos iletrados, para renovarnos la fe en la Justicia.

## CITAS

<sup>1</sup> Antes de 1855, sólo tenían ley Código propios, Bolivia, con el famoso "Código de Procederes Santa Cruz" de 14 de noviembre de 1832 y Venezuela, con el "Código Arandino" de 19 de mayo de 1836.

<sup>2</sup> Cfr: "A propósito de una planeada Ley Procesal Civil Hispanoamericana" en "Estudios Procesales". Edit Tecnos. Madrid. 1975. pág. 200.

<sup>3</sup> Cfr: "Análisis Crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Centenario". Cuad. Civitas. Madrid 1982. pág. 53.

<sup>4</sup> Cuenta Fairén Guillén, que la Instrucción iba precedida de una exposición a la Reina, de durísima crítica contra el estado presente del proceso civil en España. Esa crítica, agrega, valiente y justa en muchas de sus partes, iba redactada en un lenguaje no menos duro, lo que acarredó a la obra la antipatía de la judicatura y la abogacía en general. Cfr.: Víctor Fairén Guillén; "La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855" en "Temas del Ordenamiento Procesal" Tomo I. Edic Tecnos Madrid, 1969 pág. 92.

<sup>5</sup> Cfr; Manuel Ortells "Tradición y Cambio en el Proceso Civil Iberoamericano" en Revista General de Derecho. No. 541-542. Valencia, oct.nov. 1989. pág. 6329.

<sup>6</sup> Cfr. Santiago Lazo: "Los Códigos Chilenos Anotados" Código de Procedimiento Civil, Poblete Cruzat Hnos., Edit. 1918. pág. XII.

<sup>7</sup> Es curioso comprobar, como en ese entonces, se vertían en el debate parlamentario, similares términos a los que hoy, escuchamos, se profieren en el Congreso, en torno al atraso de las causas en esa Corte, a la edad de los magistrados, etc. según constancias en el Boletín de las Cámaras, en que está publicada la historia de esta ley.

<sup>8</sup> Cfr. mi "El Título Ejecutivo en contra del Tercer Poseedor de la Finca Hipotecada" (Informe en Derecho) Gaceta Jurídica No. 141. Marzo 1992. pág. 7 a 23.

<sup>9</sup> Cit por Enrique Vescovi en "La Reforma de la Justicia en Uruguay", Edit Idea. Montevideo. 1990 pág. 7.

<sup>10</sup> Cfr: Eduardo J. Couture "El Derecho Procesal Civil Hispanoamericano" en "Estudios de Derecho procesal Civil" Tomo I, 3a. edic. Depalma. Bs. Aires. 1979, pág. 308

<sup>11</sup> Sobre el tema y su actualidad, véase "Wiederkehr der Eventualmaxime? de Fritz Baur en "Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio" Pág 1.661. México 1988 1a. Edic. Instit. de Investigaciones Jurídicas, UNAM. y la referencia al Modelo de Stuttgart, una experiencia que en Chile no debiéramos desatender.

<sup>12</sup> Cfr. "Los Principios Formativos del Procedimiento Civil". trad. C Grossmann. Ediar SA Bs Aires. 1945. pág 59.

<sup>13</sup> Cfr. E.J. COUTURE. ob. cit. pág. 315.

<sup>14</sup> "Si el Tribunal estimare que la demanda es manifiestamente improponible, la rechazará del plano, expresando los fundamentos de su decisión" dispone el art. 112.2 del Proyecto de Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica.

<sup>15</sup> Alvarado Velloso, destaca que si todas las Constituciones que rigen desde el Río Grande hasta la Tierra del Fuego, contienen el derecho aludido, utilizando al efecto casi las mismas palabras... ningún texto consagra la misma y exacta fórmula

de la norma norteamericana. Cfr: Adolfo Alvarado Velloso "El Debido Proceso", en *Gaceta Jurídica* 110 (año 1989) pág 8.

<sup>16</sup> Particularmente ilustrativo, es el debate que, en la Sesión 101 de 9 de enero de 1975, celebrara la Comisión y a la que asiste, especialmente invitado, el Profesor de Derecho Procesal, señor José Bernal Pereira. Cfr: "Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

<sup>17</sup> Cfr.: Págs. 14 y 15 de las Actas de la Sesión 101 mencionada en la nota anterior.

<sup>18</sup> La cita corresponde al constitucionalista Alejandro Silva Bascañan. Cfr. "Actas ... cit. notas anteriores.

<sup>19</sup> Cfr. ob. cit. pág. 10

<sup>20</sup> Estas ideas guardan notable armonía con la explicación que, lúcidamente, entrega Andrés de la Oliva, en relación a la naturaleza del proceso, invitando a terminar con la dependencia de conceptos extraños a la ciencia procesal, para explicar tal naturaleza. ("ya no resulta necesario tratar de "encajar" el proceso en un concepto jurídico de los clásicos"). Dirá que entendidos los conceptos como instrumentos de comunicación... el proceso es ahora y desde hace décadas, un concepto jurídico autónomo, Cfr.: Andrés de la Oliva S. "Derecho Procesal Civil". Tomo I, Barcelona. 1988. PPU. pág. 218...

<sup>21</sup> Crr. Augusto Mario Morello: "La reforma de la Justicia" Lib. Edit. Platense SRL. 1991. pág. 51

<sup>22</sup> El art. 15 del Decreto Ley, 2.573, otorga este plazo adicional, cuando el Fisco figure como demandado.

<sup>23</sup> En su libro "Efectivo acceso a la Justicia", que se detalla en la nota siguiente, el profesor Berizonce, explica que el desarrollo de este generalizado movimiento ha sido estudiado en la monumental investigación dirigida por Cappelletti, el llamado "Proyecto florentino sobre el acceso a la Justicia", conjunción de una extraordinaria labor colectiva e interdisciplinaria, realizada con método histórico comparativo y sociológico, en al década del 70 y que rematara en 1979 con la publicación de cuatro volúmenes, en seis tomos "...Access to Justice..."

<sup>24</sup> Cfr: Mauro Cappelletti. Prólogo al libro "Efectivo Acceso a la Justicia" (Propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho) de Roberto O., Berizonce. Lib. Edit. Platense SRL. La Plata. 1987.

<sup>25</sup> "...El problema es que el costo del privilegio de pobreza recae sobre abogados y funcionarios judiciales sobre los que no existe un control claro. Por eso no es aventurado decir que en verdad el costo del privilegio de pobreza recae fundamentalmente sobre el propio patrocinado que lo obtiene porque su caso "privilegiado" tiene una mayor demora y una deficiente atención..." ("Reformas al Sistema Judicial Chileno, en "Proposiciones Para la Reforma Judicial". Centro de Estudios Públicos". Stgo., 1991. Pág. 63).

<sup>26</sup> Cfr. Juan Montero Aroca "Introducción al Derecho Procesal", Pág. 168. cit. por Berizonce Roberto. "Efectivo... Cit. Pág. 39.

<sup>27</sup> "La imparcialidad, estrechamente relacionada con el desinterés objetivo - pero no igual a éste- (he aquí la matización), significa la posición trascendente de quienes ejercen la Jurisdicción respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio. "Cfr: Andrés de la Oliva. "Derecho Procesal". Cit. Pág. 8

<sup>28</sup> Cfr; A. de la Oliva. *ob y pág. cit.*

<sup>29</sup> Cfr; E. J. Couture "Vocabulario Jurídico" Edic. Depalmu. 2a. reimposición 1983. Bs. Aires.

<sup>30</sup> Es sintomático, que en los enjundiosos Comentarios de Balleteros a la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 1875, en el análisis al tema de la Independencia, no se formule referencia alguna a la imparcialidad.

<sup>31</sup> Cfr; mi "Diligencias Para mejor Proveer; Antiguos y Nuevos Problemas" (Relación al VI Congreso Provincial de Derecho Procesal. San Lorenzo. Santa Fé. Argentina. Noviembre 1991). Pág. 21.

<sup>32</sup> Esta afirmación debe entenderse referida al Derecho producido en el país, desde que, ratificados por Chile, los Pactos internacionales mencionados, la exigencia del juez "imparcial" es ineludible, al amparo de lo prevenido en el art. 5 de la Constitución Política.

<sup>33</sup> Emitiendo el informe que se le había requerido, sobre el Proyecto de Reforma a la Constitución del Ejecutivo, la Corte Suprema, por Oficio 5383, de Agosto de 1991, expresa: "El Mensaje del proyecto de reforma constitucional lleva a la conclusión que se persigue introducir normas que garanticen la auténtica independencia del Poder Judicial, dotándole de poderes amplios y suficientes que lo constituyan en verdadero garante de los derechos humanos y de las libertades públicas, pero en su fundamentación se consignan algunas expresiones que RESULTAN DESDOROSAS para los Tribunales de Justicia, como ser". Se establece en el Art. 73 (de la Constitución) que LOS JUECES SON IMPARCIALES EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES Y RESOLVERAN LAS CAUSAS DE QUE CONOCEN CON SOLO SUJECION A LOS HECHOS Y SIN INFLUENCIA, PRESIONES NI INTROMISIONES...

<sup>34</sup> Cfr; Jairo Parra Quijano. Ponencia al "Coloquio Sobre Administración de Justicia en Iberoamérica", Agosto de 1992, ciudad de México pág. 16.

<sup>35</sup> En la Exposición de Motivos de la Instrucción del Marqués de Gerona, se afirmaba "los litigios y reclamaciones jurídicas son hoy el espanto y la ruina de muchas familias .... son la muerte de la justicia misma.." cfr. Montero Aroca "Análisis Crítico.." cit. pág. 44

<sup>36</sup> Son, al efecto, particularmente elocuentes las palabras que el notable jurista que es don Oscar Gajardo Villarroel - mi profesor - pronunciara en la Cámara de Diputados en sesión Ordinaria de 15 de julio de 1943 cuando, como Ministro de Justicia de la época, hubo de presentar el Proyecto de reforma ante el Congreso. Dijo, en parte de su exposición, el Ministro, refiriéndose a la normativa nueva que proponía: "Un cuerpo de disposiciones ágiles que imperará de Arica a Magallanes, que irá barriendo con la modorra colonial, en materia de justicia que irá haciendo que la magistratura sea más y más respetada porque se le reconocerá un rol activo en la marcha social.... para barrer lo que hasta hoy está corroyendo nuestra nacionalidad, la demora, el papeleo, la instancia inútil, el formulismo sistemático, en síntesis toda esa cojunción de negativismos burocráticos, que se expresa con una palabra: el trámite.." Cfr. Boletín de la Cámara de Diputados.

<sup>37</sup> Cfr. Carlos Cerda Fernández. "Duración del Procedimiento Civil Ordinario en los Juzgados de Santiago" (Investigación patrocinada por FONDECYT) Marzo de 1992.

<sup>38</sup> Cfr; Augusto Mario Morello. "La Reforma de la Justicia". cit. pág. 9.

<sup>39</sup> En el año 1991, ingresaron a la Corte Suprema, 5.430 asuntos (de los cuales 2.880, esto es, el 53,03%, son recursos de queja, con lo que ésta se ha tornado - lejos - en la principal actividad de ese Tribunal) vale decir, más de 14 asuntos diarios, incluyendo Domingos, feriado judicial y festivos. La Corte resolvió 3.970 asuntos, pero como tenía un arrastre de 2.630, inició el año 1992, con una existencia pendiente de 4.090 asuntos, en términos tales que, si sólo se repite el ingreso del año 1991, la Corte deberá ocuparse, en 1992, de 9.520 asuntos, para resolver los cuales, debería dictar 26(!) sentencias diarias, trabajando, igualmente, Domingos, festivos y feriado judicial. (Fuente: Discurso de Inauguración de año Judicial de señor Presidente de la Corte Suprema. Diario Oficial 17 de Marzo de 1992)

<sup>40</sup> Cfr. "Duración de Procedimiento..." cit. pág.5.

<sup>41</sup> Cfr. Cipriano Gómez Lara; "La Oralidad en el proceso Civil Mexicano" Ponencia al XII Congreso de Derecho Procesal Mexicano. Memoria del XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal. UNAM México 1990. pág. 311 y siguientes.

<sup>42</sup> Cfr.: "Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)" Tomo II México. UNAM, 1972, pgs. 10-11. cit. por Gómez Lara. "La oralidad" cit. pág. 314.

<sup>43</sup> Cfr; Enrique Vescovi y María del Carmen Rucco "Los primeros resultados de la reforma de la Justicia en Uruguay". (Un balance a los 18 meses de la entrada en vigencia del Código General del Proceso) Edit Idea. Montevideo 1991. Prólogo.

<sup>44</sup> Sobre dicho conservadurismo, véase. Antonio Pedrals "La Innovación Jurídica". Prensas de la Escuela de Derecho de la U. de Chile. Valparaíso.

<sup>45</sup> Cfr: A. Alvarado: "Deberes y Facultades de los Jueces en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" en "Un Codice Tipo Di Procedura Civile Per L'America Latina". Cedam-Padova. 1990. pág. 111.

<sup>46</sup> Cfr. Couture: "Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano" en "Estudios..." cit. pág. 311.

<sup>47</sup> Cfr mi "Las Acciones Constitucionales en Chile" en "Estudios de Derecho Procesal". Edeval. Valparaíso. 1990. pág. 43.

<sup>48</sup> Cfr: Pedro J. Bertolino: "El exceso ritual manifiesto" Lib. Edit., Platense. La Plata. 1979. pág. 21.

<sup>49</sup> Cfr mi. "Medidas Para mejor Resolver Viejos..." cit. pág.

<sup>50</sup> Cfr: Piero Calamandrei

<sup>51</sup> Recuérdese la proposición, efectuada en el diario El Mercurio de Santiago, en este sentido, del Profesor de Derecho Civil de la Facultad de la Universidad de Chile, don Pablo Rodríguez Grez y la réplica del entonces Presidente de la Corte Suprema, don Rafael Retamal.

<sup>52</sup> Cfr Oficio 5383. Cit. pág. 48

<sup>53</sup> El Presidente subrogante de la Corte Suprema, en entrevista concedida a la periodista Raquel Correa, en el diario El Mercurio, reconoció que los jueces no cumplen con los plazos legales, atribuyéndolo, claro está, al exceso de trabajo.

<sup>54</sup> Sin comentarios, reprodujo parte de una publicación efectuada en el diario El Mercurio de Valparaíso, por uno de los más prestigiosos abogados de la zona, ex profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y ex funcionario judicial quien analizando el tema expresa: "Al efecto, el actual Presidente de la Corte

*Suprema, don Enrique Correa Labra, debe recordar el período de su presidencia en la Corte de Apelaciones de Valparaíso, al término de la cual faltaban expedientes para que los relatores hicieran las tablas para la semana siguiente, siendo que, a comienzos del año, los expedientes "para tabla" se amontonaban hasta en el suelo, por falta de estanterías para ordenarlos. Creemos que es posible revivir esta experiencia por un par de años en los Tribunales Colegiados de todo Chile con un sacrificio que toda la ciudadanía agradecería. En la Corte de Apelaciones de Valparaíso se trabajaba de lunes a sábado (lo que parece indispensable en períodos de gran atraso); las audiencias ordinarias del Tribunal se cumplían puntualmente desde las 14:00 a las 18:00 horas, es decir, las salas estaban constituidas y trabajando a esa hora. El Presidente llegaba al Tribunal una hora antes. Terminada la audiencia ordinaria y después de un corto receso de media hora se reiniciaba la audiencia, desde las 18:30 a las 19:30 o 20:00 horas, y en ese lapso se realizaban lo Plenos del Tribunal, en el cual se conocía de los recursos de queja, se acordaban los fallos y en la época correspondiente del año, se hacía, en esa jornada extraordinaria, la calificación de los funcionarios judiciales... (Cfr. Mario Alegría A. "Causas del recrudecimiento de la delincuencia: "¿Galgos o Podencos?". El Mercurio de Valparaíso, diciembre 16 de 1991).*

<sup>55</sup> Cfr. "Proposiciones para la reforma..." cit. pág. 377, 378.

<sup>56</sup> Art. 194. "Pruebas de Oficio" Cfr: "El Peruano", N° 4245 (marzo 4 de 1991), pág. 104, 781.

<sup>57</sup> Sobre el tema de la latitud del juez chileno para ponderar la prueba, he escrito en "El Proceso Civil Chileno" y en "El Código Modelo" en "Estudios..." cit. pág. 110.

<sup>58</sup> Dispone esa norma que "Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducente que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite, el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento ni oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar."

<sup>59</sup> Cfr.: Víctor Fairén Guillén. "Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar". Ponencia al Congreso "Un Codice Tipo Di Procedura Civile Per L'America Latina". Roma 26 al 28 de septiembre de 1988.

<sup>60</sup> Cfr.: Víctor Fairén Guillén. "El Tribunal de las Aguas de Valencia y su Proceso" (oralidad, concentración, intermediación, publicidad). Segunda edición. Valencia. 1988.

## **Comentarios de don Marcos Libedinsky a cerca de la Exposición de Raúl Tavolari**

Bien, una vez más, Raúl Tavolari, con esa claridad, precisión y profundidad a que nos tiene acostumbrados a quienes lo conocemos y a los que nos ha tocado escuchar sus charlas anteriores, ha expuesto en forma precisa cuál es la situación actual de nuestro Código de Procedimiento Civil.

Y así, a través de sus palabras hemos podido apreciar, en relación con las exposiciones que se hicieron el día de ayer, cómo nuestro Código se ha quedado estancado, anclado en el pasado. Y, además, con la característica tan especial que resaltaba el profesor Tavolari, en el sentido de que cuando se importó la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, que sirvió de modelo a nuestro Código, esa Ley ya se encontraba anticuada en su propio país de origen. Entonces, pensemos en la situación en que se encuentra actualmente, después de haber pasado tantos años.

En realidad es poco lo que podríamos agregar o reiterar en relación a lo manifestado por el profesor Tavolari. Entonces, en estos breves minutos de que disponemos, queremos abordar, rápida y sucintamente, algunos aspectos y reiterar otros de los ya expresados por el profesor.

Según ya lo hemos sostenido con anterioridad, creemos que no puede desconocerse, que existe actualmente en Chile un verdadero descontento popular hacia la administración de justicia y enfrentados nosotros - profesores, abogados y jueces- a indagar las

razones de esa insatisfacción general, no podemos dejar de reconocer que existen motivos ciertos y reales que justifican la falta de fe y confianza en la Administración de Justicia que es posible apreciar en la opinión pública.

Consecuentemente con lo anterior, debemos encaminar nuestros esfuerzos a recuperar esa confianza y a demostrar que la justicia correctamente administrada es capaz de garantizar los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos, ya que es esencial en una democracia que los ciudadanos tengan completa confianza en su administración de justicia y para eso se necesita contar, indudablemente, con un Poder Judicial fuerte, independiente y capaz de hacerse respetar. Y teniendo como meta esta finalidad, es que nosotros debemos encarar muchas de nuestras reformas procesales.

Periódicamente, como todos sabemos, han existido intentos de mejorar nuestra administración de justicia, pero ellos, hasta ahora, no han tenido éxito. Pensamos que esto ha sucedido por falta de un enfoque adecuado para encarar las reformas. En el limitadísimo tiempo de que disponemos queremos referirnos a los más importantes de estos enfoques que estimamos inadecuados.

Previamente recordemos que, como lo señala Adolfo Alvarado Velloso, recién citado por el profesor Tavolari, la regulación del proceso como medio de debate obliga al legislador a elegir algunas alternativas que se presentan para efectuar esta regulación. Estas opciones concurren respecto de los siguientes puntos fundamentales: 1) Quién debe iniciar el proceso ?; 2) Quién lo impulsará ?; Quién lo impulsará ?; 3) Quién lo dirigirá ?; 4) Habrá que imponer formalidades para el debate ?; 5) En su caso, cómo se discutirá en el proceso ?; y, finalmente, 6) Quién y cómo lo sentenciará?.

En cuanto a las facultades de dirigir e impulsar el proceso nuestro Código de Procedimiento Civil se ha quedado estancado, fundamentalmente, en el figura de un juez espectador sin que hayamos podido llegar a la de un juez director. En todo caso, Dios nos libre de la otra posibilidad: la de un juez dictador, porque un juez dictador puede ser peor que cualquier dictador de otra naturaleza que hayamos conocido. Pensemos en los poderes enormes que tiene, por ejemplo, un juez del crimen, verdaderamente aterradores si se dispusiera a hacer mal uso de ellos.

Permanece todavía, entre nosotros, la figura del juez como la de un árbitro de una pelea de box, cuya labor principal es la de levantar la mano del que resulte vencedor en la lucha y durante la pelea

misma le corresponde reparar a los contendores y evitar que se den golpes bajos o prohibidos.

En materia probatoria, fundamentalmente, urge otorgar mayores facultades al juez que le permitan esclarecer la verdad de los hechos discutidos. Recordemos la exposición del Dr. Maier cuando, en el día de ayer, nos hablaba de esa equivalencia entre verdad y justicia. Sabemos que en nuestro proceso civil no existe esa búsqueda de la verdad. Un proceso civil, con las características del nuestro, de lo único que trata en la etapa probatoria es de verificar las afirmaciones de las partes. El demandante formula ciertas afirmaciones y la prueba va destinada a verificar esas afirmaciones. Distinta es la situación, en un proceso penal. Ahí sí que el juez investiga. Ese juez instructor investiga y como resultado de esa investigación va a establecer ciertos hechos que le van a servir para afirmar en la acusación, que sabemos la efectúa el mismo juez, que se encuentran establecidos ciertos hechos, al parecer delictuales; y después, ese mismo juez, va a verificar en la sentencia si esas afirmaciones que ha hecho, en un carácter provisional, son verdaderas o no.

En el proceso civil, la investigación se ha hecho previamente, en forma extrajudicial. Los abogados y las partes mismas son los que han hecho esta investigación y la ley procesal civil les otorga ciertos medios para que, en situaciones especiales, puedan acudir a la ayuda del juez para realizar esa investigación. Me refiero a una institución que existe, en general, en todos los Códigos procesales latinoamericanos, esas medidas prejudiciales en su triple característica de preparatorias del proceso, probatorias y precautorias.

Esa es la situación en materias probatorias. No entendemos por qué en nuestra legislación no se le da todavía el carácter de general a disposiciones como el artículo 15 de la Ley 18.101, que fija normas especiales sobre arrendamientos urbanos y que establece que: "El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar los medios probatorios que estime pertinentes", además de facultársele para apreciar la prueba en conciencia. Por qué esta disposición se encuentra limitada sólo para los juicios especiales del contrato de arrendamiento?. Nos parece que no existen razones valederas para esta limitación.

No entendemos, tampoco, por qué una disposición como el artículo 724 del Código de Procedimiento Civil, que también citaba el profesor Tavolari, en cuanto permite al juez apreciar la prueba "según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él", debe

permanecer sólo para el juicio de mínima cuantía, que bien sabemos no tiene ninguna aplicación entre nosotros.

El hecho notorio, está mencionado sólo a propósito de la prueba en los incidentes, si bien ya desde hace largo tiempo la jurisprudencia le ha dado carácter general a la disposición respectiva.

Por qué sólo en el proceso de menor cuantía se contempla la apelación con efectos diferidos, que tan útil puede ser para no demorar la tramitación del un proceso?.

Podría ser muy apropiado en nuestro medio una reforma como aquella de la legislación española, que nos contaba el profesor Tavolari, que elevó la cuantía para el juicio de menor cuantía, pasando así a ser éste de aplicación general. En nuestro juicio de menor cuantía están suprimidos los escritos de réplica y dúplica, que nadan aportan para la etapa de discusión y sólo se prestan para confusiones en cuanto a lo que puede o no hacerse en esos trámites: adicionar determinadas acciones sin que puedan alterarse las que han sido objeto principal del pleito.

Ahora bien, un error frecuente en el que se ha incurrido en esos intentos de reforma a los que aludíamos al iniciar este comentario, es el de haber pensado que la eficiencia y celeridad - que tanto se echan de menos en la tramitación de nuestros procesos - se obtendrían por la vía de la simple reforma de los Códigos de Procedimientos. Este es el "reduccionismo procedimentalista" de que nos ha hablado el profesor Binder a propósito de intentos de solución que no son errados o falsos, pero sí insuficientes porque son sólo parciales. El profesor Binder, a propósito de un trabajo escrito que le conocíamos con anterioridad a su intervención en este Seminario, menciona un "reduccionismo cuantitativo"; un "reduccionismo de los mejores recursos humanos" y un "reduccionismo administrativo". Todos esos criterios parecen más bien destinados a evitar reformas que a realizarlas. Se limitan a proponer que se proporcione más de lo mismo. Más de aquello que ya se tiene. Más jueces o tribunales, mejores remuneraciones a los jueces, etc.

Creemos que las reformas deben encaminarse a modificar las estructuras y sistemas de la administración de justicia y no a la simple reforma de las leyes de procedimiento. Las reformas deben ser adecuadas a las posibilidades reales de nuestra sociedad. Qué sucede con la oralidad, por ejemplo, que es el tema central de este Seminario?. No dudamos que el proceso ideal deber ser oral: así habrá mayor concentración, verdadera intermediación, más celeridad y, en general, mejor justicia. Sólo podría justificarse mantener las actuaciones escritas para la demanda y su contestación. Pero toda la fase

probatoria - esa zona neurálgica del proceso como la llamaba Santiago Santís Melendo - debería desarrollarse oralmente ante el tribunal de la causa.

Cuan útil sería y cuanto simplificaría la tramitación de un proceso, por ejemplo, la existencia de una audiencia celebrada por las partes, y en presencia del juez, en que se fijaran los hechos a probar. Esta misma fijación de hechos podría, en mucho, facilitar las posibilidades de una conciliación.

Mientras no lleguemos a ese tipo de audiencias creemos que, en subsidio, sería aconsejable introducir en nuestra legislación disposiciones como las del artículo 120.2 del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y 130.2 del Código Procesal Civil del Uruguay que obligan al demandado al pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que a ella se hubieren acompañado y cuya autoría le fuere atribuida, estableciéndose que el silencio del demandado así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrá como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos.

Otro serio error, cometido entre nosotros, es el de haber dejado siempre los intentos de reforma, exclusivamente, en manos de letrados, sin requerirse el concurso y asesoramiento de expertos en otras disciplinas (ingenieros, administradores, por ejemplo) que inciden en nuestra estructura judicial y que podrían haber aportado, indudablemente, valiosas sugerencias en cuanto a aspectos tan importantes como son los de eficiencia, organización y métodos en el servicio judicial.

Muchas veces los problemas se originan no en una falta de recursos sino en una mala distribución de ellos.

Finalmente, siempre se ha dejado de lado, con anterioridad, todo lo relativo al problema de formación y capacitación de los jueces. Concretamente lo relativo a la existencia de una Escuela Judicial.

Recientemente hemos tenido oportunidad de señalar que, en nuestra opinión, y como lo sostienen muchos autores, toda discusión en torno a una reforma del sistema de administración de justicia quedará trunca si no se enfrenta, de una vez por todas, el problema de cómo atraer, seleccionar, entrenar y retener en el seno de la judicatura al mejor elemento humano sobre el cual ha de recaer la labor de impartir justicia. Cómo se puede obtener una buena justicia en mano de jueces que no han sido capacitados adecuadamente para el ejercicio de sus

funciones? Hernando Devis Echandía, gran procesalista colombiano, efectuaba un parangón similar al efectuado el día de ayer por el profesor Binder, diciendo que era algo así como si para enseñar a los estudiantes de medicina a operar, los dejarán solos sin el auxilio de ningún profesor, para que al cabo de 100, 200 o 500 asesinatos quirúrgicos por fin aprendieran a operar. En nuestro caso decía Devis, los jueces después de miles de asesinatos judiciales aprenderían, por fin, a administrar justicia.

Esta buena preparación del juez es esencial para una correcta administración de justicia. Recordemos, a propósito de esto y para finalizar, las palabras de Calamandrei: "El juez es el derecho hecho hombre; sólo de este hombre puedo esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto me promete la ley; sólo si este hombre sabe pronunciar a mi favor la palabra de la justicia, podré comprender que el derecho no es una sombra vana".

Perdonen si me extendí en exceso, y gracias por su atención.

## COMENTARIO DE CLAUDIO DIAZ URIBE A LA PONENCIA DE RAUL TAVOLARI

En primer término, quisiera agradecer a la Corporación de Promoción Universitaria la invitación a comentar el trabajo de quien goza un merecido prestigio como profesor y abogado y que se ha destacado, además, por un permanente interés en situar las instituciones de derecho procesal en un contexto temporal, para lo cual incursiona en la historia, y espacial, para lo cual no solo estudia el Derecho Comparado en los textos, sino que también a través de viajes y el conocimiento de personas y lugares.

Su trabajo sobre el debido proceso responde a estas características ya que analiza el tema de manera profunda y en un contexto histórico y espacial.

Debo reconocer, asimismo, que el tema me interesa de sobremañera y que tengo cierta experiencia en el mismo ya que me correspondió participar en una investigación sobre "Recepción de los Derechos Humanos en la Legislación Chilena" que se realizó en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales en el año 1988. Con posterioridad he podido seguir incursionando en la materia con motivo de los cursos de verano que la American University de Washington, D.C. ha realizado anualmente en Chile desde el año 1990 a la fecha.

De lo anterior surgen fundamentalmente algunas reflexiones y comentarios sobre el trabajo de don Raúl Tavolari que me permito compartir con ustedes.

## **UBICACION HISTORICA DEL PROCESO CIVIL ORDINARIO CHILENO**

Lo primero que me parece importante destacar del trabajo del profesor Tavolari, es que nuestro proceso civil ordinario, con sus características de escrituración, inmediatez y falta de concentración, responde al procedimiento que imperó en Europa hasta el siglo XIII y que es el modelo Romano-Canónico. Este procedimiento fue fuente tanto del sistema anglosajón como del sistema Europeo Continental. Sabido es que, primero en Inglaterra y luego en los países Europeos Continentales, se inició un movimiento de reforma hacia procedimientos regidos por la oralidad, inmediatez y concentración. España, sin embargo, permaneció al margen de este movimiento de reforma manteniendo el antiguo procedimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil España de 1855, la que tuvo influencia en todo Iberoamérica.

En Latino América, sin embargo, es posible observar manifestaciones de otros sistemas, como es caso de Cuba, donde es posible observar influencias del fallecido sistema soviético o, de Puerto Rico, con influencias del sistema anglosajón.

De manera tal que cuando analizamos nuestro procedimiento civil ordinario no podemos dejar de recordar que corresponde a un molde medieval, lo que por lo menos debería despertar cierta inquietud en cuanto a que requiere de adecuaciones a las exigencias actuales en orden a incrementar la intermediación, la concentración y la oralidad.

## **ADECUACION O NO A LAS EXIGENCIAS DEL DEBIDO PROCESO DEL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO DE MAYOR CUANTIA**

Dejando de lado las discrepancias terminológicas, que parecen muy atendibles ¿significa que un procedimiento escrito y no concentrado no constituye un debido proceso?

Si observamos los elementos que integran el concepto y que se encuentran establecidos en los Tratados Internacionales, estos dicen relación con que el Tribunal esté establecido con anterioridad, que sea Independiente e Imparcial, que se reconozca y regule de manera racional los Derechos de Acción y Defensa y que el proceso tenga una duración razonable.

Sin embargo, si la escrituración no afecta aparentemente el debido proceso, ¿por qué en el temario de este seminario se ha incluido "El Debido Proceso" y por qué en el título del seminario al final se ha puesto "la oralidad en los procesos".

Parece ser que en el subconsciente o inconsciente existe una vinculación. Buscando esta vinculación vienen a nuestra memoria las Jornadas sobre las nuevas perspectivas del Derecho Procesal que tuvimos el agrado de compartir el año pasado con Profesores Españoles Miguel Serra y Francisco Ramos. Nuestros distinguidos visitantes, tal vez caricaturizando, nos decían que lo realmente apremiante en estos momentos para el Derecho Procesal no son las teorías sobre la naturaleza del proceso o de la Acción o de la Jurisdicción sino el buscar la efectividad de proceso, esto es, si cumple o no con sus fines. Y si el proceso, como dice don Carlos Cerda, es el conocimiento de una contienda por parte de una juez para resolverla de manera justa, indudablemente que para un mejor conocimiento es conveniente un contacto directo entre el juez, las partes y los medios de prueba. Nuestro distinguido visitante Uruguayo, don Luis Torello, nos decía al respecto que la mediación en el proceso era como dar diagnósticos médicos por teléfono.

Si no se avanza en este camino la fuerza de las necesidades termina imponiéndose, y como ocurre con las nulidades matrimoniales, que son muchas veces divorcios con disolución de vínculo de mutuo acuerdo, lo que se supone esta prohibido, las tan críticas audiencias privadas responden o sustituyen esta falta de contacto directo.

## **EFFECTIVIDAD DEL PROCESO Y OTROS ASPECTOS DEL DEBIDO PROCESO**

Esta noción de efectividad sirve también para analizar otros elementos del debido proceso como son los de la "Igualdad" y la "Duración Razonable del Proceso".

Como bien lo ha señalado en su exposición el profesor Tavolari, no nos podemos contentar con que formalmente las reglas de procedimiento consagren una igualdad de las partes litigantes. Es necesario constatar si en el acceso efectivo a los órganos jurisdiccionales y a los recursos para procurarse una adecuada defensa existen o no los paliativos necesarios para las personas de bajos ingresos, respectos de los cuales le falta una "Igualdad de Armas". Sin duda que en nuestro sistema existe un camino bastante largo por recorrer en este sentido.

En cuanto a la duración del proceso, este parece ser un problema endémico del Derecho Procesal y debo reconocer que hasta donde llegan mis conocimientos, y así lo ha ratificado don Luis Torello en relación a Uruguay, no hay una gran diferencia en el tiempo entre la duración del proceso civil ordinario escrito y uno oral.

## **NECESIDAD DE ESTABLECER UNA NORMA GENERAL DE APRECIACION DE LAS PRUEBAS DE ACUERDO A LA SANA CRITICA**

El profesor Tavolari ha planteado tal necesidad.

Nosotros creemos que tal norma no es necesaria. El sistema de apreciación de la prueba en los procesos ordinarios declarativos, de mayor cuantía y sumario es precisamente ese. Lo anterior por cuanto el valor de plena prueba solo se asigna imperativamente a los documentos y a la inspección personal. Sin embargo, por la posibilidad de impugnación de los instrumentos, por las reglas de apreciación comparativa de los medios de prueba y atendida la existencia de las medidas para mejor resolver, el juez no está obligado a establecer una "verdad formal" distinta de la real o material sino que tiene normas que le permiten llegar a un convencimiento personal respecto a la forma en que acaecieron los hechos, utilizando las máximas de experiencia y los principios de lógica.

En estas materias, como en otras, más que un problema de crear o modificar normas positivas es un problema de como se asume la función de juez y se determina una conducta conforme a ello.

## **CLINICAS JURIDICAS E IGUALDAD PROCESAL**

El profesor Tavolari ha mencionado las Clínicas Jurídicas como un paliativo al problema del acceso a la justicia. Señala, sin embargo, que estas merecen reparos porque las destrezas que adquiere el estudiante son en desmedro de su preparación jurídica, y que el estudiante carece de la madurez psicológica para enfrentarse con la realidad.

Quisiera tomar estas ideas y tal vez mal interpretándolas usarlas para compartir otra reflexión. Podría desprenderse de ellas que la realidad y el derecho son entes separados. Que la escuela de derecho prepara al alumno dándole a conocer el Derecho para que después, una vez graduado, lo pueda aplicar a la realidad.

A lo anterior podríamos agregar que ese conocimiento del Derecho supone fundamentalmente el conocer e interpretar normas positivas.

Tal razonamiento puede llevar a absurdos que a mi entender forman parte de la llamada "Crisis de la Justicia", específicamente en lo que se refiere a la metodología de la enseñanza del Derecho.

Por ejemplo si aplicamos este criterio al tema del debido proceso,

podríamos decir que basta para concluir que este existe si las regulaciones positivas consagran los elementos del mismo. En otras palabras, el derecho existiría independiente de la realidad.

Esta dualidad nos parece artificial. No corresponde tratar de definir lo que es derecho, no tampoco creo tener una idea clara al respecto, pero lo que me parece indiscutible es que Derecho y realidad son una sola cosa y que una de sus expresiones características son los fallos de los Tribunales.

Personalmente no creo que hacer trabajar a los alumnos con casos reales o hipotéticos, vaya en desmedro de su preparación jurídica sino que al revés. La preparación jurídica requiere precisamente esos casos reales o hipotéticos, ya que el derecho, como juez o como abogado, se ejerce en base a casos y problemas concretos.

## **APROXIMACION A UNA EVALUACION DEL PROCESO PENAL CHILENO**

**Cristian Riego**

Parece absolutamente necesario el desarrollar una evaluación sistemática del proceso penal chileno, que abarque los diversos aspectos involucrados en éste, tanto los orgánicos, los procedimentales y sobre todo el funcionamiento práctico de las instituciones. Ello con miras a tener una imagen relativamente clara del estado de un subsistema estatal que da signos evidentes de agotamiento y crisis, pero sobre todo con el fin de contribuir a señalar líneas posibles de reforma que apunten a la solución de los problemas más graves que el proceso penal enfrenta.

No contamos en este momento con la información empírica necesaria para intentar realizar una evaluación verdaderamente sistemática, esperamos que ella surja de algunas investigaciones que están en proceso de desarrollo. Por lo tanto nos limitaremos aquí a dar cuenta sucinta de cuales son algunos elementos de la aproximación a partir de la cual hemos encarado la tarea de evaluar nuestro proceso penal.

Asimismo, una evaluación como la que se plantea, requiere de la elaboración de un modelo teórico que permita integrar los diferentes puntos de vista a partir de los cuales es posible realizarla y, sobre todo, que posibilite establecer las relaciones entre las distintas variables que son relevantes para comprender el funcionamiento de un sistema institucional tan complejo.

Como tampoco contamos en esta etapa con el modelo integrador mencionado, me conformaré con explicitar algunas de las hipótesis de trabajo que deberán ser validadas por el conjunto de la información que surja de las investigaciones en curso y del debate que esperamos en el futuro se abra sobre estos problemas.

El proceso penal es susceptible de ser evaluado desde múltiples puntos de vista y, dependiendo de cual de ellos se elija, surgirán criterios más o menos precisos que podrán ser utilizados como parámetros para esa tarea.

En esta ocasión, nos limitaremos a considerar los puntos de vista más convencionales, que se vinculan a los objetivos que comúnmente se atribuyen al proceso penal. Estos son, por una parte, la capacidad de esclarecer los hechos que son sometidos al conocimiento de los tribunales del crimen y de determinar las responsabilidades involucradas; y, por otra, la aptitud para garantizar los derechos de las personas que son inculpadas como responsables de los delitos.

De cada uno de los puntos de vista planteados surgen numerosos criterios que posibilitan aproximarse a determinar el grado de cumplimiento que el proceso está dando a los objetivos que se le atribuyen. En este trabajo no intentaré pasar revista ordenada a cada uno de esos posibles criterios, sino que intentaré resaltar algunos de ellos en torno al análisis de algunas características generales de nuestro sistema, que en mi opinión, concentran una parte importante de la responsabilidad por las dificultades que es posible observar en la satisfacción de los intereses señalados.

Como se verá, se trata de identificar algunas estructuras básicas de nuestro proceso, y plantear en torno a ellas los principales problemas que generan tanto en cuanto a su adecuación normativa como en cuanto a su funcionamiento práctico, teniendo siempre en cuenta la protección de los intereses y la consecución de los objetivos que hemos considerado como base de la aproximación elegida.

Estas estructuras básicas, no son otra cosa que las soluciones que nuestro sistema ha escogido para resolver algunas de las cuestiones más importantes que surgen en torno a la articulación de los objetivos que al proceso se atribuyen.

Gran parte del trabajo discurre sobre la hipótesis de que no es efectiva la idea, me parece que bastante generalizada, de que nuestro proceso hace una opción importante en favor del interés estatal punitivo, sacrificando en alguna medida los derechos de los inculpados. Por el contrario, como se verá, varios de los aspectos abordados tienden a mostrar como nuestro sistema no sólo es muy deficitario en

cuanto al trato que otorga a los que concretamente participan en él, sino que sus problemas ponen en tela de juicio su capacidad para responder seriamente a los objetivos punitivos que se le atribuyen y que se suponen relevados.

## **1) LA EXISTENCIA DE UN SOLO JUEZ CON LA TOTALIDAD DE LAS FUNCIONES**

### **1.1) La garantía de Imparcialidad del tribunal**

Al momento de la dictación del Código de Procedimiento Penal, a principios del presente siglo, el legislador tomó la opción de un sistema que concentra las facultades de juez instructor y sentenciador en un mismo magistrado, fundado en circunstancias prácticas que en ese momento no parecían posibles de ser superadas. No obstante, en el mensaje del Código se expresa con mucha claridad que esta forma de resolver el problema no parece a sus inspiradores la más adecuada y se entregan argumentos que permiten afirmar las deficiencias de esa solución: "El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario."

La concentración de funciones contemplada en el texto original del Código fue llevada a una expresión extrema en 1927, cuando por medio del Decreto con Fuerza de Ley 426 se suprimieron los promotores fiscales que ejercían el ministerio público en primera instancia. Con ello, el juez de la causa pasó a concentrar además de las facultades de instrucción y fallo, la facultad de acusar.

Resulta en mi opinión claro que este paso agravó la ya precaria situación de la garantía de imparcialidad, en efecto, además del compromiso involucrado en la conducción del sumario, el ejercicio de la facultad de acusar implica un compromiso formal con una de las tesis que deben ser debatidas en el plenario. Desde este punto de vista, ya no sólo se trata de una falta de imparcialidad subjetiva, supuesta, emanada de la interpretación de los hechos que el juez ha podido adquirir en el sumario, sino que estamos frente a una parcialidad objetivada del tipo de las que la propia Ley ha querido excluir, por

ejemplo, a través de las causales de implicancia de los números 5 y 8 del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales.

La opinión de la comunidad especializada ha sido tradicionalmente muy crítica respecto de la concentración de funciones y en varias ocasiones se han llevado a efecto importantes intentos de reforma que contemplaban la creación de jueces instructores, el restablecimiento del ministerio público en primera instancia o ambas cosas.

En el año 1963 se presentó un primer proyecto importante de reforma, éste implicaba entre otras cosas la separación de funciones entre jueces instructores y sentenciadores. Es interesante ver la claridad que respecto del problema de la imparcialidad manifiesta el mensaje del proyecto firmado por el presidente Jorge Alessandri y su ministro Enrique Ortúzar: "De hecho aparece menospreciada y disminuida la parte del juicio constituida por el plenario, que en doctrina y en el espíritu de nuestra ley, constituye el aspecto contradictorio del juicio, en el que se pretende, a través del debate entre la acusación y la defensa, las probanzas de cargo y descargo, unido al mérito del sumario, reunir en forma completa la materia que le permitirá al tribunal emitir su fallo. En la práctica, los hechos acreditados en el sumario resultan definitivos y los promovidos en el plenario desoídos, ya que el juez confía más en los antecedentes reunidos en la investigación, desentendiéndose de los que aportan las partes en el plenario, por estimarlos interesados, olvidándose que si esta parte del juicio criminal fuera dirigida por un juez que tuviera la oportunidad de presidir el debate, contribuirían a formar un juicio más exacto de la verdad que se busca, tanto a través del contrainterrogatorio de los testigos, como de la ratificación activa y ágil de las probanzas sumariales".

Con posterioridad, y luego de un proceso de debate bastante amplio en el que participaron la mayor parte de los estamentos interesados, durante el gobierno del presidente Frei, el profesor Rubén Galecio elaboró un proyecto que, si bien no se planteó como una reforma estructural, abordó una serie de materias importantes. Entre ellas, se contempló el restablecimiento del ministerio público en primera instancia con un rol importante en el proceso. Cabe recordar que ese proyecto fue aprobado en forma unánime en la Cámara de Diputados en 1969, quedando pendiente la terminación de su tramitación hasta el quiebre institucional de 1973.

En los años 1975 y 1976, el propio Galecio encabezó una comisión que retomó el impulso de la reforma y planteó un nuevo proyecto, basado en el anterior, pero que iba más lejos en cuanto a la

separación de funciones. En efecto este proyecto planteaba la introducción paulatina de los jueces de instrucción y la reposición del ministerio público en primera instancia.

No obstante, ninguna de esas iniciativas prosperó a pesar de no haber planteado reformas radicales al sistema.

Parece oportuno retomar ahora este debate. Si hace ya cerca de un siglo los legisladores tenían claridad en cuanto al problema de parcialidad que la concentración de funciones implicaba, no parece excusable hoy el persistir en una fórmula semejante. A los argumentos expuestos con anterioridad, es necesario agregar que durante el período transcurrido, nuestro sistema jurídico ha sufrido profundas transformaciones, parte importante de las cuales se vinculan a la recepción de un conjunto de derechos y garantías que se imponen de modo ineludible a los distintos subsistemas entre los cuales se encuentra el proceso penal.

Tanto la Constitución Política del Estado como los tratados internacionales de derechos humanos, han impuesto a nuestro sistema procesal penal el respeto a algunas garantías básicas que no son eludibles en el diseño de los mecanismos concretos de funcionamiento del proceso. La entrada en vigencia de varios de esos textos y el desarrollo de los principios del debido proceso tanto en el ámbito nacional como internacional, han reforzado de manera muy clara la obligación del Estado, en términos de garantizar la imparcialidad de los tribunales que conocen de los asuntos criminales.

A partir de textos como los mencionados, se han producido en diversos ámbitos, fallos de tribunales de alta investidura, que de manera reiterada han declarado la incompatibilidad entre la concentración de funciones y la vigencia de la garantía de imparcialidad del tribunal<sup>1</sup>.

En consecuencia, en mi opinión, resulta evidente que nuestro sistema procesal penal está puesto en cuestión en términos de la necesidad de corregir este grave defecto, más aún cuando es muy probable que las objeciones prácticas que se hicieron originalmente para la imposición de un sistema distinto hayan perdido validez debido a los cambios experimentados en el sistema judicial en el último siglo<sup>2</sup>.

## **1.2) El excesivo recurso a la segunda instancia**

Nuestro sistema se caracteriza por un recurso permanente a la revisión de las resoluciones del juez del crimen por tribunales superiores, especialmente a través del recurso de apelación y la

consulta, ello se traduce que prácticamente todas las resoluciones de relevancia en los procesos deben ser revisadas por las Cortes de Apelaciones, en muchos casos aunque no haya una parte interesada en ello.

El origen de esta fuerte tendencia al sometimiento de los asuntos a revisión por el tribunal superior se encuentra precisamente en la convicción de los redactores del código de la necesidad de imponer controles a la actividad del juez de primera instancia, cuyas funciones concentradas les hacían dudar de la suficiente garantía de imparcialidad.

En consecuencia, esta característica del procedimiento chileno tiene su origen en circunstancias bastante particulares de la época de la dictación del Código y que merecen ser revisadas en la actualidad.

No cabe duda que las aprehensiones de los redactores siguen siendo válidas, no parece concebible suprimir o reducir sustancialmente la doble instancia manteniendo al juez como único actor del proceso. No obstante, me parece necesario el plantearse la necesidad de reformas más integrales que permitan dar garantías de imparcialidad recurriendo a diseños racionales y modernos.

La fórmula actual me parece que presenta varios problemas. El primero de ellos es que como garantía resulta insuficiente sin perjuicio de reconocer que cumple una función en ese sentido. No está diseñado el recurso de apelación (o la consulta) con las características necesarias para suplir las deficiencias de garantías de la primera instancia, conserva importantes problemas de transparencia (las relaciones, por ejemplo), el conocimiento que los jueces tienen del proceso es absolutamente mediatizado y, en general, se trata también de un tipo de justicia con características administrativas, de difícil acceso a las partes y a la comunidad en general.

Además, la doble instancia, por lo menos en una versión tan intensa como la que nos rige, se constituye en un elemento que acrecienta la poca autonomía con que cuentan los tribunales inferiores. En la práctica los jueces de primera instancia tienden a desempeñar un papel muy subordinado que tiene como parámetro básico los criterios de actuación de la corte de la cual dependen. Ello tiende a reducir toda posibilidad de ejercicio de actividades creativas o de innovación por parte de los jueces, dando a su trabajo un carácter bastante burocrático.

Finalmente, y aunque no conozco antecedentes precisos al respecto, me parece que el sistema de los recursos reiterados a los tribunales superiores presenta graves deficiencias como forma de

organización y funcionamiento de los tribunales, siendo en alguna medida responsable de los problemas de demora, exceso de trámites, extravíos y otras irracionalidades presentes en nuestro sistema.

## 2) FOCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL SISTEMA, SELECCIÓN DE LOS CASOS.

Nuestro sistema procesal penal funciona sobre la base de los principios de necesidad del proceso penal, de irrenunciabilidad e indisponibilidad de la acción penal pública y de legalidad en cuanto a la actuación de los órganos del sistema. Esto implica que ningún órgano del sistema está facultado para seleccionar de entre las causas que se denuncian, aquéllas que aparecen como más viables para la continuación del proceso, pudiendo dejar de lado las en que los antecedentes se presentan como insuficientes. Menos aún existe la posibilidad de que algún funcionario califique la oportunidad de ejercitar la acción penal por parte del estado y que eventualmente renuncie a ella por causas de interés general. Tampoco se contempla sino tímidamente la posibilidad de abreviar el proceso cuando la actitud de colaboración del o los imputados permiten evitar la necesidad de producir la prueba necesaria para la condena.

En consecuencia, el proceso está diseñado bajo el supuesto de que el sistema judicial conocerá y fallará, o a lo menos agotará las posibilidades de investigación, de todos los hechos de relevancia penal que lleguen a su conocimiento.

Esta pretensión del proceso penal se estrella con los conocimientos emanados de la criminología moderna. Ella muestra que en cualquier sociedad la cantidad de delitos que se cometen es amplísima. Asimismo, la policía tiene una capacidad prácticamente ilimitada en términos de traer ante el sistema judicial hechos de relevancia penal. En consecuencia, la pretensión de transformar en un proceso todos los hechos de que los órganos puedan tomar conocimiento implicaría que los tribunales se verían muy rápidamente sobrepasados en términos de su capacidad, aunque se destinaran a su funcionamiento medios crecientes<sup>3</sup>.

Por otra parte, las disciplinas que estudian las diversas actividades del estado y las prestaciones de servicios en general, nos permiten comprender con claridad que en toda actividad pública existe una relación necesaria entre el logro de los objetivos perseguidos y los recursos destinados a su consecución, y que, consecuentemente,

frente a recursos escasos, es absurdo e irrealista plantear objetivos de carácter ilimitado.

Por lo tanto, desde este punto de vista, la actividad de los tribunales del crimen necesariamente tiene un componente de opción entre alternativas. Ni aún en teoría parece posible concebir un sistema que involucre a diversos servicios estatales, como es el sistema de justicia criminal, que esté encargado de cumplir con un conjunto ilimitado de objetivos, como es el perseguir todos los delitos que en una sociedad se produzcan, o al menos todos aquéllos que lleguen a su conocimiento.

En los países que han procedido en distintos momentos a la modernización de sus procesos penales, se han diseñado formas racionales y relativamente igualitarias de selección, que permiten a los órganos involucrados discriminar entre el conjunto de hechos que les corresponde conocer, aquéllos que merecen una preocupación prioritaria por parte del sistema.

A partir de las ideas expresadas es posible pensar que en nuestro sistema funcionan mecanismos informales que, de hecho, discriminan entre los distintos procesos y dan a las distintas situaciones tratamientos diferenciados. El problema consiste en que esos mecanismos son oscuros, se dan de modo no explícito, no están sujetos a ningún tipo de control y brindan espacio a la arbitrariedad y a la irracionalidad al interior del sistema.

En el hecho una gran parte de los casos no son tramitados, o los son de un modo burocrático, que no permite progresos reales, en tanto que sólo una proporción llega a ser objeto de un real agotamiento de las posibilidades de solución por parte de los órganos del sistema.

No resulta fácil determinar la forma precisa en que esta selección informal se produce ni cuáles son los elementos que determinan que algunos casos reciban mayor dedicación de parte de los tribunales y de los organismos que auxilian a éstos en su labor. Es por eso que en este trabajo nos limitaremos a presentar algunos antecedentes que dan cuenta de los resultados del trabajo de los tribunales del crimen, y que permiten pensar que probablemente los recursos con que el sistema cuenta no están siendo utilizados de manera racional.

No obstante, parece necesario prevenir del carácter absolutamente preliminar e hipotético de las ideas que se expondrán, puesto que es posible pensar que existen causas distintas a la irracionalidad en la selección, que pueden influir en los resultados producidos. En consecuencia, me parece que en esta etapa sólo cabe afirmar como cierto que existen razones para dudar sobre la forma en que se orientan

los énfasis con que el sistema aborda los diversos asuntos que llegan a su conocimiento.

## 2.1) Baja eficacia en el esclarecimiento de los delitos más graves.

Existen algunos antecedentes que indican que el proceso penal tiene una escasa eficacia en cuanto al cumplimiento de su objetivo de esclarecer y determinar las responsabilidades en los hechos delictivos que llegan a conocimiento de los tribunales. Prueba de ello sería el que de manera persistente las estadísticas muestran como del universo de causas terminadas en los tribunales del crimen la gran mayoría concluye por sobreseimiento temporal. Asimismo, un número importante termina por causas diversas, agrupadas bajo la expresión "otros motivos", y sólo un porcentaje bajo termina en resoluciones satisfactorias desde el punto de vista de la estructura del proceso, sobreseimientos definitivos o sentencias absolutorias o condenatorias.

### *DISTRIBUCION PORCENTUAL DE LAS CAUSAS CRIMINALES TERMINADAS A NIVEL NACIONAL POR CAUSALES DE TERMINO*

	<i>Sent. Cond.</i>	<i>Sent. Absol.</i>	<i>Sob. Defin.</i>	<i>Sob. Temporal</i>	<i>Otros Motivos</i>
1985	27,92	0,87	3,41	56,09	11,71
1986	27,73	0,95	2,97	57,56	10,79
1987	28,35	0,75	2,87	55,52	12,51
1988	31,43	0,87	2,73	52,76	12,21

Si partimos de la base probable de que la gran mayoría de las causas iniciadas corresponden a hechos verdaderos de alguna relevancia penal, parece evidente que los resultados mostrados representan una señal de fracaso del sistema, a lo menos desde el punto de vista de los objetivos que él mismo se plantea en su actual definición.

Tanto los sobreseimientos temporales como los "otros motivos" dan cuenta de un relativo fracaso en el cumplimiento de los objetivos del proceso.

Los sobreseimientos temporales se deben básicamente a la imposibilidad de continuar la investigación y esclarecer los hechos, y a la imposibilidad de ubicar a los sujetos que aparecen como responsables, no obstante también se incluyen en esta categoría

situaciones que tienen otro carácter, como son la existencia de una cuestión civil que debe ser resuelta previamente.

También en la causal "otros motivos" se contienen circunstancias que implican el fracaso relativo del proceso -como la desaparición física del expediente- junto con otras referidas a situaciones de carácter administrativo que no tienen el mismo significado, como por ejemplo la acumulación del proceso a otro o las contiendas de competencia.

Además de la constatación general de esta relativa ineficacia del proceso penal en el sentido precisado, parece interesante el examinar cómo estos resultados generales se manifiestan en forma específica en los procesos referidos a diferentes tipos de delitos.

Las estadísticas judiciales de los años 1989 y 1990 del trabajo de los juzgados del crimen de Santiago<sup>4</sup>, permiten ver de manera más específica como se descomponen las cifras globales.

La primera constatación importante tiene que ver con que los delitos en que el proceso se muestra más eficaz no están entre los más graves, con lo cual las cifras tienden a empeorar si limitamos el examen a aquéllos que aparecen como más importantes. En efecto, los delitos que mayor porcentaje de condenas respecto del total de causas terminadas registran para esos años son, para 1989 y 1990, la ebriedad con un 98,84% y un 99,86% respectivamente, seguida por otras infracciones a la Ley de alcoholes con un 91,04% para 1989 y un 98,27% para 1990, ubicándose en un tercer lugar el conducir en estado de ebriedad con un 83,47% para 1989 y un 80,19% para 1990.

Dada la gran participación de esos delitos -especialmente los dos primeros- en el total de los procesos, los porcentajes generales de término por sobreseimientos temporales y "otros motivos" aumentan drásticamente al considerarse las causales de término con exclusión de los procesos por esos delitos. En efecto, si nos limitamos al examen de los resultados para los delitos de mayor gravedad, veremos que las proporciones relativas de causales de término poco satisfactorias aumentan notablemente:

Como se observa, en los dos años considerados, y salvo en el caso del delito de homicidio, el porcentaje de sentencias condenatorias sólo en una ocasión sube del 10%, en tanto que los porcentajes de sobreseimientos temporales y "otros motivos", en la gran mayoría de los casos bordean el 90%.

Como se ha dicho, la eficacia del sistema de justicia criminal en el esclarecimiento y sanción de los diversos tipos de delitos está condicionado por diversas causas, las que no pueden ser excluidas de

**PORCENTAJES DE CAUSAS TERMINADAS POR CAUSAL DE TERMINO  
RESPECTO  
DEL TOTAL DE CAUSAS TERMINADAS  
(Juzgados del crimen de Santiago 1989)**

	<i>Sent. Cond.</i>	<i>Sent. Absol.</i>	<i>Sob. Defin.</i>	<i>Sob. Temp.</i>	<i>Otros Motivos</i>
HIURTO	7,83	0.79	1.32	74.90	15.17
ROBO CON VIOL. O INTIM.	8.87	0.50	0.33	73.61	16.69
ROBO CON FUERZA	3.56	0.17	0.35	72.49	23.43
VIOLACION	2.80	1.17	0.47	57.58	38.00
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	5.76	1.55	2.66	80.95	9.08
HOMICIDIO	24.56	1.75	1.40	34.74	37.54
LESIONES	4.32	0.81	0.42	62.99	31.47

**PORCENTAJES DE CAUSAS TERMINADAS POR CAUSAL DE TERMINO  
RESPECTO  
DEL TOTAL DE CAUSAS TERMINADAS  
(Juzgados del crimen de Santiago 1990)**

	<i>Sent. Cond.</i>	<i>Sent. Absol.</i>	<i>Sob. Defin.</i>	<i>Sob. Temp.</i>	<i>Otros Motivos</i>
HIURTO	15.09	0.50	0.14	76.89	7.38
ROBO CON VIOL. O INTIM.	7.79	0.37	0.12	63.79	27.92
ROBO CON FUERZA	2.59	0.29	0.09	78.23	18.80
VIOLACIÓN	3.40	0.79	0.79	76.18	18.85
TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES	4.18	0.92	3.66	79.22	12.03
HOMICIDIO	42.05	5.13	0.51	32.31	20.00
LESIONES	5.05	2.80	0.56	65.97	25.62

una comprensión cabal del problema<sup>5</sup>. No obstante, parece difícil dejar de tomar en cuenta que el rendimiento del proceso es en la mayoría de los delitos más graves mucho más bajo que el rendimiento promedio. Asimismo, resalta el que los rendimientos más altos se alcanzan en hechos de muy baja gravedad.

Las estadísticas publicadas por la policía<sup>8</sup> dan cuenta del mismo fenómeno, esto es, que la eficacia del sistema para esclarecer los delitos graves es especialmente baja, salvo en el caso de los homicidios.

También vale la pena tener en cuenta que en el caso del delito de homicidio la eficacia del sistema parece especialmente alta. La explicación más plausible es que ello se debe a que ese tipo de delitos presenta algunas ventajas en cuanto a las posibilidades de esclarecimiento, debido especialmente a que en muchos casos el victimario es una persona próxima a la víctima, lo que otorga un ámbito más reducido a la investigación.

No obstante, no cabe descartar, que en alguna medida el mayor porcentaje de éxitos se deba también al impacto que este delito provoca y a que su esclarecimiento es tenido entre los organismos del sistema como una prioridad importante de su actividad. De ser ello efectivo, se abona la idea de que es posible el dirigir u orientar la actividad de los tribunales y los órganos auxiliares, sobre la base de criterios de conveniencia en términos del cumplimiento de los objetivos que se definan como prioritarios.

## **2.2) El proceso como fuente de desigualdad**

Es bastante sabido que existe una fuerte tendencia de todos los sistemas penales orientada a centrar su actividad en los sectores más débiles socialmente. Desde ese punto de vista, no es extraño que nuestro sistema oriente su actividad de un modo muy preferente respecto de algunos segmentos de los grupos marginales.

No obstante, parece interesante examinar hasta qué punto algunos mecanismos propios del proceso y, en especial, la falta de un sistema transparente de selección de casos, estimula o favorece esta orientación discriminatoria.

En el caso de nuestro país, el carácter discriminatorio del sistema penal se expresa de varias maneras. Una de ellas consiste en el sometimiento a diversas formas de privación de derechos a grupos importantes de personas pertenecientes a los sectores de mayor debilidad social y económica, por hechos de escasa o nula gravedad, muchos de los cuales son cometidos con plena impunidad por sectores de mayor poder relativo. También se ejercen estas formas de actividad policial por medio de la detención por sospecha o bajo las facultades que la ley les concede para determinar las situaciones de delito flagrante.

Anualmente, una gran cantidad de personas son detenidas por la policía, son privadas de libertad por períodos que van desde algunas horas hasta varios días, son sometidas a numerosas formas de perturbación de sus derechos y son estigmatizadas por hechos de muy dudosa relevancia, tales como la ebriedad, la vagancia, la prostitución o la mera sospecha.

En general, no son propiamente el proceso penal ni el sistema judicial quienes dan lugar a estas formas de control tan extendidas y de aplicación tan discriminatoria. Por el contrario, en la generalidad de los casos los tribunales del crimen evitan las medidas más rigurosas en este tipo de hechos menores, dándoles una tramitación de tipo más bien burocrática.

No obstante, aún esa forma de actuar segregando estos hechos menores, produce a los afectados múltiples problemas, privaciones de derechos, molestias, y genera una estigmatización favoreciendo los procesos de exclusión social.

Es, sin embargo, en mi opinión, otro el problema principal: el proceso no se constituye en un mecanismo eficaz de control de la actividad policial. Como se ha dicho, la policía funciona en general sobre parámetros bastante autoritarios, produciendo un efecto de desigualdad bastante importante y contribuyendo a la marginalización de sectores de la población. Frente a ello, me parece que el sistema judicial no cuenta con los elementos necesarios para limitar esa actividad, restringiéndola a los parámetros propios de un sistema jurídico democrático<sup>7</sup>.

#### DETENCIONES REALIZADAS POR CARABINEROS 1989\*

<i>TOTAL</i>	658.011
<i>DELITOS CONTRA LAS PERSONAS</i> <i>(homicidio, lesiones, delitos sexuales)</i>	35.618
<i>DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD</i>	38.494
<i>CUMPLIMIENTO DE ORDENES JUDICIALES</i>	27.052
<i>EBRIEDAD Y OTRAS INFRACCIONES A LEY</i> <i>DE ALCOHOLES</i>	279.425
<i>OTROS (sospecha)</i>	132.399
<i>OTRAS FALTAS</i>	44.578

No existen datos equivalentes para la actividad de Investigaciones en 1989, sólo esa posible saber que ese año cerca de 30.000 detenidos fueron puestos a disposición de los tribunales de justicia por diferentes delitos. Según datos de otros períodos es posible presumir que otras 40.000 personas aproximadamente fueron detenidas por sospecha y luego liberadas.

Respecto de las características de los sectores afectados por esta actividad policial, cabe señalar que el grupo proporcionalmente más afectado es el constituido por varones, jóvenes, perteneciente a sectores populares urbanos.

Tampoco tienen muchas veces los tribunales la posibilidad de evitar su propia intervención en hechos de esta naturaleza<sup>9</sup>, que dan lugar a formas discriminatorias de represión, que si bien son menos masivas que las desarrolladas por la policía han venido cobrando una creciente importancia y se aplican igualmente sobre sectores vulnerables de la población.

Otro efecto discriminatorio importante que se produce en nuestro sistema de justicia penal dice relación con la baja accesibilidad que el sistema muestra frente a los problemas de seguridad que afectan a los sectores populares.

En un estudio anterior acerca de las estadísticas disponibles en materia de seguridad ciudadana<sup>10</sup>, surgió el hecho de que las denuncias por delitos comunes se concentran de modo muy fuerte en el sector poniente de la región metropolitana (aproximadamente un 30% de el total nacional), en tanto que los casos conocidos por el sistema ocurridos en sectores populares de la misma región son sustancialmente más bajos en términos proporcionales.

No parece verosímil de acuerdo con la experiencia comparada ni con el conocimiento que sobre los sectores populares se tiene, el pensar que éstos presentan tan baja incidencia de robos y hurtos. Por el contrario, la única hipótesis plausible es que por diversas razones los sectores populares no acceden, sino en proporción muy baja, a requerir del sistema la intervención frente a los delitos de los cuales son víctimas.

Una última situación que en mi opinión se vincula a la obscuridad o falta de transparencia en los procesos de selección tiene que ver con la incapacidad del proceso para dirigirse contra quienes tienen mayor poder relativo al interior de nuestra sociedad.

Es posible pensar que la mayor capacidad de defensa frente a la actividad punitiva del estado que presentan los sectores más integrados de la población es algo inevitable y consustancial a toda

sociedad que presenta importantes grados de diferenciación social y económica. No obstante, en el caso de nuestro país dicha situación parece ser bastante extrema. Es sabido que cada vez que los procesos penales se dirigen contra personas de mayor poder relativo, éstos tienden a frenar su impulso y prácticamente nunca llegan a las etapas finales.

Lo dicho es especialmente grave si se tiene en cuenta que algunos de los delitos más graves, en términos de su dañosidad social, aparecen originados precisamente en sectores con poder (por ejemplo: violaciones de derechos humanos, delitos económicos, narcotráfico). Ello importa pensar que el proceso y el sistema judicial difícilmente se encuentran en condiciones de afrontar algunos de los problemas sociales importantes que nuestra sociedad enfrenta y cuyo conocimiento se ha entregado o se planea entregar al sistema penal (lavado de dinero o asuntos del medio ambiente).

En síntesis, me parece que es posible sostener que nuestro sistema penal orienta su acción de modo muy desigual respecto de los diversos sectores de la población. La mayor parte de la actividad represiva recae sobre los sectores socialmente más vulnerables, sin que ello esté siempre justificado en la comisión de hechos de relevancia o gravedad. Por otra parte, el sistema no atiende los problemas de esos mismos sectores cuando ellos tienen la calidad de víctimas de los delitos y, finalmente, que el mismo sistema no se muestra capacitado para la persecución de los delitos, algunos de ellos graves, cuando éstos provienen de sectores sociales que cuentan con medios económicos, influencias u otros elementos que los hacen más fuertes frente a la intervención del sistema.

Un antecedente ilustrativo de lo dicho surge de un estudio realizado por la criminóloga Doris Cooper, que indica la residencia de las personas condenadas por sentencia dictadas por los tribunales de Santiago durante el año 1984<sup>11</sup>. De acuerdo con dicho estudio, en ese año ninguna condena recayó sobre residentes en las comunas de Providencia y Las Condes, en las que muy mayoritariamente habitan los sectores de más altos ingresos de la ciudad.

La estadística no es absolutamente concluyente, puesto que ese dato pudiera tener variadas causas, no obstante me parece que valida la hipótesis de que en nuestro país la justicia del crimen no tiene la capacidad de hacer recaer su peso contra los sectores de mayor integración social.

Los datos acerca del nivel educacional de la población penitenciaria coinciden con el estudio mencionado (población conde-

nada, promedio año 1991). En efecto, el 70.1% de los reclusos no pasó de la enseñanza básica y el 97.3 no pasó de la enseñanza media. Ello da cuenta de que la población penitenciaria pertenece de modo muy marcado a los sectores marginales de la población.

### **3) EL ESTATUTO DE LOS IMPUTADOS, LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LOS OBJETIVOS PELIGROSISTAS**

Otra de las estructuras centrales de nuestro proceso que me parece indispensable revisar es el régimen aplicable a los imputados, esto es, a quienes se encuentran sometidos al proceso en calidad de eventuales responsables de los hechos que se investigan o se juzgan<sup>12</sup>.

Como intentaré explicar, la forma en que nuestra legislación resuelve este problema provoca varias distorsiones que afectan de modo directo algunos de los intereses cuya satisfacción nos hemos propuesto evaluar.

#### **3.1) La presunción de inocencia y el auto de procesamiento.**

La situación de las personas sometidas a nuestro proceso penal se caracteriza centralmente por la sujeción de ellos, a un estatuto jurídico particular, el de procesado. En la práctica, esta condición se ha transformado en uno de los efectos más importantes del proceso, básicamente debido a que el sumario es habitualmente la etapa más prolongada y más decisiva desde el punto de vista probatorio.

Debido a ello, en muchas ocasiones el debate se produce en torno a esta resolución provisional, dado que las partes perciben con mucha claridad que es en la práctica a través de ella como se resuelven las cuestiones de mayor importancia y en un tiempo relativamente oportuno.

Incluso el legislador ha asumido de algún modo esta lógica, a través de la Ley 19.077 que buscaba mejorar la eficacia en la persecución de los delitos contra la propiedad. Ello se hizo por medio de reducir los requisitos para el sometimiento a proceso, desprecupándose totalmente de la persistencia de los problemas para llegar a la sentencia.

Esta condición jurídica especial, la de procesado, se caracteriza en primer lugar por una fuerte merma en el goce de los derechos reconocidos a las personas por el sistema jurídico. Por medio del auto

ciudadanos y se lo pone en una situación de "interdicción" provisoria. Esta, como sabemos, implica la prohibición de salir del país, la suspensión del derecho a sufragio cuando el delito merece pena aflictiva, la privación de otros derechos (por ejemplo: ejercer cargos sindicales), una anotación en el registro de antecedentes y, sobre todo, la pérdida de libertad por medio del sometimiento a la prisión preventiva.

Este conjunto de situaciones hace que en mi opinión la estructura del proceso penal chileno resulte contradictoria con uno de los principios básicos del debido proceso, como es la presunción de inocencia.

No es sorprendente esta contradicción entre la resolución que somete a proceso y la presunción de inocencia, ya que el fundamento de la primera es precisamente una declaración explícita de existir "presunciones fundadas" de participación del sujeto en el delito que se investiga.

La presunción de inocencia no está consagrada explícitamente en nuestra legislación doméstica, no obstante es posible inducirla de algunas de las garantías consagradas en la Constitución Política del estado así como del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal. Asimismo, varios tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile la consagran explícitamente.

La presunción de inocencia implica no sólo el que no se puede prejuzgar acerca de culpabilidad del imputado, sino que también implica tratar al sujeto consecuentemente durante el proceso, es decir, tratarlo como si fuera inocente, reduciendo las molestias o detrimentos en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso.

En consecuencia, me parece que desde el punto de vista de la presunción de inocencia no es aceptable el establecimiento de un estatuto jurídico especial para quienes se encuentran sometidos a un proceso penal. En calidad de inocentes presuntos, éstos debieran gozar de los mismos derechos y garantías del resto de los ciudadanos, y cualquier medida necesaria para el proceso que implique un detrimento en dicho goce debiera ser producto de una resolución especial, fundada autónomamente y sujeta al más amplio régimen de garantías.

### 3.2) La prisión preventiva y la peligrosidad

Como se ha dicho, uno de los efectos principales de la condición de procesado dice relación con la prisión preventiva como consecuencia directa de ésta. A partir de ese mecanismo y más allá d:

consecuencia directa de ésta. A partir de ese mecanismo y más allá de las críticas antes planteadas, es posible pensar que el fundamento de la prisión preventiva se encuentra en la presunción de responsabilidad. No obstante, surgen otros elementos determinantes que tienen que ver con el sistema diseñado en nuestro código y que se encuentran expresados en las causales que dan lugar a la negación de la libertad provisional, la que debiera otorgarse teóricamente como regla general.

El examen de los antecedentes empíricos disponibles demuestra que, en la práctica, la prisión preventiva se transforma en una causa a lo menos tan importante como la pena en cuanto a la determinación de privaciones de libertad, en efecto, desde hace algún tiempo el porcentaje de la población penitenciaria que se encuentra sometida a proceso (detenida o procesada) a nivel nacional es prácticamente igual que el de aquella condenada. En la región metropolitana el porcentaje de presos no condenados se eleva por sobre el 70% del total.

Son muchos los problemas que dan lugar a esta situación, de ellos me parece que en la actualidad el principal consiste en la introducción de criterios de peligrosidad que están contenidos en una de las hipótesis contempladas en el artículo 363, que consagra la posibilidad de negar la libertad provisional de una persona, por ser ella peligrosa para la seguridad de la sociedad.

Ni la redacción de la norma, ni sus antecedentes, ni las interpretaciones de la literatura posterior son precisas en cuanto al contenido que debe atribuirse a la expresión idea de peligro para la sociedad. No obstante tanto la redacción original del artículo 363, hoy modificada, como la práctica de los tribunales dan cuenta de que su aplicación o su exclusión se hacen sobre la base de un juicio acerca de las posibilidades de que el procesado incurra en el futuro en la comisión de delitos, no obstante la inclusión de otros elementos como la gravedad de la pena, el tipo de delito o la convicción sobre la participación.

La poca precisión del texto no permite establecer cuáles son los elementos específicos que deben ser tenidos en cuenta al formular este pronóstico y ello da lugar a un ámbito de facultades cuyo límite no se encuentra determinado.

Consecuentemente, muy habitualmente el juicio de peligrosidad considera los antecedentes de vida del sujeto que dan cuenta de contactos anteriores con el sistema (prontuario, ficha policial), pero también se toman en cuenta elementos que no tienen directa relación con un pronóstico sino con las características del hecho materia del proceso.

La introducción de objetivos peligrosistas al interior del proceso transforma a éste en el instrumento de una política criminal con fundamentos y objetivos diferentes a los planteados en su diseño. Ello da lugar, en mi opinión, a fuertes distorsiones por cuanto el proceso está diseñado teniendo como objetivo la determinación de responsabilidades y no la realización de una evaluación de la peligrosidad de los sujetos sometidos a él.

No es esta la oportunidad de debatir la necesidad, conveniencia o legitimidad del desarrollo de un sistema de control de corte peligrosista. Lo que si parece necesario es indicar los problemas que su inclusión introduce en un proceso que está diseñado para el establecimiento de responsabilidades fundamentadas en la culpabilidad.

En primer lugar, los elementos peligrosistas pueden constituirse en un estímulo contrario al avance del proceso en la forma en que se encuentra diseñado. Si el objetivo es retener a los peligrosos, no parece importante avanzar rápidamente en el trámite de la causa una vez que ese efecto se ha producido. Es más, un avance demasiado rápido puede impedir el cumplimiento del objetivo mencionado. No pretendo plantear que esto se produce de modo general y permanente, sólo pretendo ilustrar que la lógica peligrosista puede ser contradictoria con la de un proceso que busca el establecimiento de responsabilidades.

Las garantías propias de un sistema fundado en la peligrosidad deben estar diseñadas específicamente para un sistema de este tipo, para hacerlo compatible con las normas del debido proceso. El proceso nuestro, que, como se ha dicho, está diseñado para cumplir otros objetivos, no ofrece las garantías suficientes para constituirse en escenario de un juicio de peligrosidad.

Una de las garantías elementales de un sistema de medidas de seguridad basadas en la peligrosidad es el que la aplicación de las medidas se fundamente en una sentencia que declare la existencia de un delito y la participación del sujeto de que se trata. Evidentemente, en el caso de la prisión preventiva, ésta se aplica en forma previa a la sentencia, con lo que se asemeja a un sistema de medidas de las llamadas predelictuales, rechazadas desde hace mucho tiempo por los sistemas jurídicos democráticos.

Otras garantías elementales tienen que ver con los medios de defensa y el acceso a un debate transparente. En Chile, habitualmente la prisión preventiva es resuelta durante el sumario, en gran parte secreto y en que los medios de defensa se encuentran muy

disminuidos. Con ello, las posibilidades que el sujeto tiene de hacer valer su punto de vista no se condicionan con la gravedad de las consecuencias de la medida.

También es una garantía básica de un sistema de medidas, la determinación de éstas en cuanto a su duración. Por el contrario, la prisión preventiva puede prolongarse ilimitadamente en el tiempo, sujeta a la decisión de los jueces involucrados en su resolución.

En un sistema peligrosista, el contenido de las medidas debe estar adecuado a los objetivos perseguidos. Entre ellos, habitualmente se contempla la aplicación mínima de formas de privación de libertad debido a sus efectos perniciosos. Por el contrario, en general, medidas de este tipo contemplan variadas formas de control en libertad o restricciones menos intensas que la privación de libertad. En nuestro sistema, la peligrosidad da lugar como única posibilidad a la privación total de libertad en condiciones aún más rígidas que las aplicables a los condenados, para los cuales se contemplan varias posibilidades de regímenes más liberales. Ello es absolutamente contradictorio con criterios modernos de prevención especial que buscan alternativas distintas a la prisión ante la constatación de su fracaso.

Los criterios político criminales de la aplicación de la privación de libertad son distorsionados gravemente por la prisión preventiva fundada en la peligrosidad. En efecto, en nuestro sistema se contemplan varias instituciones que están destinadas a evitar que ciertos segmentos de la población responsable de delitos cumpla penas privativas de libertad, especialmente aquélla responsable de delitos de menor gravedad y que no tiene antecedentes delictivos anteriores. Ello basado en conocimientos bastante asentados que dan cuenta del pésimo rendimiento de la prisión y el mucho mejor de los sistemas de cumplimiento en libertad en cuanto a las posibilidades de no volver a incurrir en conductas delictivas.

Estos criterios político criminales, respaldados además por sistemas destinados a favorecer el cumplimiento de medidas en libertad, se ven distorsionados por la aplicación de la prisión preventiva en cuanto el fundamento de la política, excluir de la prisión a estos segmentos, resulta invalidado por efecto del proceso.

La libertad vigilada o la remisión condicional de la pena, por ejemplo, son medidas que están diseñadas sobre la base de que los sujetos que ingresan a ellas no deben ser encarcelados porque tienen buenas posibilidades de no volver a incurrir en delitos permaneciendo en libertad. La prisión preventiva sufrida durante el proceso hace que las posibilidades de reinserción de esas personas se reduzca, puesto

que implica el deterioro propio de la prisión que la medida busca precisamente evitar.

### 3.3) La prisión preventiva y el problema penitenciario

La enorme distorsión que esta confusión de objetivos del proceso genera, cuya expresión concreta es la gran cantidad de reclusos en calidad de procesados, da lugar a problemas importantes en el funcionamiento del sistema penitenciario.

No podemos entrar aquí al análisis pormenorizado de esas dificultades, pero resulta fácil imaginar que resulta muy difícil el manejo racional de un sistema penitenciario cuando la mayoría de la población reclusa se encuentra en una situación por definición provisional. De hecho, todas las políticas y los instrumentos diseñados al manejo de los problemas penitenciarios están pensados para su aplicación a los condenados<sup>13</sup>.

### 3.4) Control de los procesados liberados

Otro de los problemas principales de la forma en que en nuestro país se regula la situación de quienes están sometidos a proceso, se refiere a la imposibilidad de conseguir la comparecencia posterior de aquellos procesados o imputados que han sido puestos en libertad durante el proceso.

Es habitual que con la denuncia o en cumplimiento de alguna orden, la policía ponga a disposición del tribunal a uno o más sujetos imputados de los hechos que se investigan. El sistema de garantías presiona al juez en términos de liberar lo antes posible a dichos sujetos. En el caso de no haber antecedentes para procesar tiene un plazo breve para dejarlos en libertad, y en el caso de haber dichos antecedentes y dictarse en auto de procesamiento surge la presión por la libertad provisional.

Una vez acordada la libertad del sujeto no existen mecanismos efectivos que garanticen su comparecencia posterior, debido entre otras causas, a que la legislación no contempla de modo adecuado en sus diseños este aspecto prioritario de los requerimientos del proceso.

Esta deficiencia presiona a su vez en favor de la mantención de la prisión preventiva, planteándose la cuestión como una opción extrema entre los derechos del procesado declarados en la legislación y la posibilidad real de garantizar la continuación del proceso.

Me parece que esta situación tiene que ver con una disfunción entre los criterios originales de funcionamiento de los órganos del sistema y aquéllos surgidos con posterioridad como parte del proceso de incorporación de algunos derechos individuales a la normativa procesal penal. En efecto, a pesar de que desde hace ya algún tiempo la estructura del proceso tiende a implicar la permanencia en libertad de los procesados en espera de la sentencia, no ha existido un desarrollo correlativo de los mecanismos destinados a asegurar su comparecencia posterior.

En la experiencia comparada, el desarrollo de estos mecanismos se plantea como una de las cuestiones de mayor importancia a ser resueltas por los procesos de reforma. En nuestro medio, en cambio, la cuestión sigue apareciendo como un conflicto radical entre la libertad durante el proceso y la posibilidad de hacer cumplir la sentencia posteriormente, sin que haya espacio a la búsqueda de fórmulas que maximicen, en lo posible, la articulación de ambos objetivos.

#### **4) ESCRITURACION**

Me parece que como última cuestión resulta ineludible a lo menos mencionar los problemas del proceso penal que surgen a propósito del carácter escrito de éste. Esta cuestión, y la posibilidad de plantear un cambio a un sistema predominantemente oral, requieren de estudios detenidos y del examen de muchos antecedentes con los cuales no contamos. No obstante, me parece que se trata de un problema de la mayor importancia que se vincula a gran parte de las otras cuestiones que han sido planteadas.

Me parece que el carácter escrito de los procedimientos requiere con urgencia ser revisado, especialmente a propósito de la necesidad de mejorar la transparencia del sistema, tanto respecto de las partes como de la comunidad en general.

Es muy difícil que un proceso escrito pueda tener un carácter verdaderamente público en el sentido de ser accesible fácilmente a las partes y a la comunidad. De hecho, en nuestra realidad existen trámites que a pesar de no estar resguardados por el secreto, se hacen en la práctica inaccesibles, en gran medida debido a la dinámica propia del sistema escrito.

La falta de transparencia del sistema y las dificultades de acceso a los procesos es un factor importante que deteriora la credibilidad del mismo frente a la población. Esta falta de credibilidad genera

a su vez nuevos problemas, como por ejemplo la poca disposición de los ciudadanos a colaborar en los procesos. Todo lo cual da como resultado una grán distancia entre la generalidad de los ciudadanos y los órganos del sisetma de justicia criminal.

Asimismo, me parece que el tema de la escrituración debe ser puesto en cuestión a propósito de la posibilidad del ejercicio de los medios de defensa de los imputados. En tal sentido parece difícil dar cumplimiento a estándares modernos en cuanto a las facultades de defensa sobre la base de un procedimiento escrito.

De hecho, la falta de acceso de las personas a los jueces constituye uno de los principales elementos que determinan la precaria situación en que se encuentran las garantías en cuanto a su real vigencia.

Otra de las cuestiones centrales que se vinculan a la escrituración es la falta de contacto inmediato del tribunal con los demás elementos del proceso, en especial los medios de prueba. Ello tiene importancia en cuanto a la posibilidad de mejorar la eficacia del sistema en cuanto a la persecución de los delitos.

La falta de esta inmediación se traduce en la generalizada práctica de la delegación de funciones, cuya permanencia me parece incompatible con los requerimientos que por parte de los diversos sectores interesados se formulan al sistema de justicia penal.

Prueba de ello es que los casos más importantes respecto de cuya resolución se manifiestan interesados sectores de relevancia en la vida social, comúnmente son entregados al conocimiento de ministros de corte que si se encuentran en condiciones de tener un contacto directo con el proceso, mejorando así sustancialmente los resultados de las investigaciones.

**BIBLIOGRAFIA**

1. Schüler-Springorum, Horst. "Cuestiones Básicas y Estrategias de la Política Criminal". 1989, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 83 Págs.
2. Muñagorri, Ignacio "Sanción penal y política criminal", 1977 Ediciones REUS S.A. , Madrid, 242 Págs.
3. Mednick Sarnoff A. y Shoham, S. Giora. "Nuevas Sendas en Criminología" (Exploraciones interdisciplinarias e interculturales), 1979 Lexington Books D.C. Heath an Company, Lexington, Massachusetts. Traducción en español, Viqueira de Pazos, Isabel. 1981, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 347 Págs.
4. López-Rey y Arrojo, Manuel. "Compendio de Criminología y Política Criminal", 1985, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 329 págs.
5. Cafferata Nores, José I. "La Seguridad Ciudadana Frente al Delito y otros trabajos", 1991, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 102 Págs.
6. Rico, José María (compilado por), "Policía y Sociedad Democrática", 1983, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 297 Págs.
7. Bustos Ramírez, Juan; Valenzuela Bejas, Manuel. "Derecho Penal Latinoamericano Comparado", Tomo I, Parte General, 1981, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 326 Págs.
8. Rico, José M. "Las sanciones penales y la política criminología contemporánea", 1987, 4ª edición en español, Siglo Veintiuno Editores S.A., México, 153 págs.
9. Zipf, Heinz. "Introducción a la Política Criminal", 1979, Edición Española ENDERSA, Editoriales de derecho Reunidas, Madrid, 200 págs.
10. Maier, Julio B.J. "La Reforma del Proceso en el Marco del Sistema Penal", en Cuadernos de la Cárcel, 1991, Ediciones La Galera. Buenos Aires. págs. 11-22.
11. Garita Vilchez, Ana Isabel. "El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno: Bolivia, Colombia, Costa Rica , Ecuador, Guatemala y Panamá", ILANUD, San Jose 1991, 243 páginas.
12. Ministerio de Justicia, Universidad Católica de Valparaíso. "Estudio Jurídico Estadístico para la proposición de reformas procedimentales, Informe Final. Tomo I, Proceso Penal", 1987, 119 páginas, Inédito.
13. Cerda Fernández, Carlos. "La oportunidad en el proceso penal", 109 páginas, Inédito.
14. Rico, José María. "Crimen y Justicia en América Latina", tercera edición en español, Siglo Veintiuno editores, México 1985, 318 páginas.

15. Maier, Julio. "Situación de la Justicia Penal y Problemas de los Sistemas Escritos y de la Organización de los Tribunales", en Congreso Regional sobre la Reforma de la Justicia Penal, ILANUD, San José 1991, 10 páginas.
16. Roxin, Claus; Arzt, Gunther; Tiedemann, Klaus: "Introducción al Derecho Penal y al Proceso Penal Procesal". 1ª edición en alemán, 1988. 1ª edición en español, Editorial VVK, S.A. Barcelona, 1989. 279 págs. notas y comentarios de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer.
17. Andrés Ibáñez, Perfecto; Conde-Pumpido Tourón, Cándido; Fernández Entralgo, Jesús; Perez Mariño; Varela Castro, Luciano. "La Reforma del Proceso Penal". Editorial Tecnos, S.A., 1990, Madrid. 251 Págs.
18. Maier, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, Buenos Aires. 2ª Edición Tomo 1 [vol.a] Fundamentos. El Derecho procesal penal y su inserción en el orden jurídico. 467 Págs. Tomo 1 [vol.b] Fundamentos. El Derecho procesal penal como fenómeno cultural. 627 Págs.
19. Granados, Francisco. "El ministerio Fiscal" (Del presente al futuro), 1989, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 365 Págs.
20. Cafferata Nores. José I. "La Seguridad Ciudadana Frente al Delito y otros trabajos", 1991, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 102 Págs.
21. Montón Redondo, Alberto. "Juzgados y Tribunales Españoles" (Orígenes y Atribuciones), 1986, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 142 págs.
22. Capítulo Criminológico 14 "Los Operativos Policiales Extraordinarios en Venezuela: dos acercamientos reflexivos al problema", Hernández, Tosca, 1986, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo. Venezuela, 256 págs.
23. Giménez Cabral, Arnaldo. "Código de Procedimientos Penales", Legislación Paraguaya Vigente, 1987, Editorial El Foro, Asunción, Paraguay, 542 págs.
24. Maier, Julio B.J. "La Reforma del Proceso en el Marco del Sistema Penal", en Cuadernos de la Cárcel, 1991, Ediciones La Galera. Buenos Aires. págs. 11-22.
25. Tommasino, Armando. "Principios, Derechos y Garantías en el Proceso". "Ejecución penal", 1990, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, págs. 96.
26. Tommasino, Armando. "Pacto de San José y Proceso Penal Uruguayo", 1989. 1ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, págs. 65.

27. Binder, Alberto. "Estrategias para la Reforma de la Justicia Penal", en Congreso Regional sobre la Reforma de la Justicia Penal, ILANUD, San Jose 1991, 13 páginas.
28. Maier, Julio. "La Víctima y el Sistema Penal", en Congreso Regional sobre la Reforma de la Justicia Penal, ILANUD, San José 1991, 57 páginas.
29. Quezada Meléndez, José. "El Nuevo Proceso Penal Chileno", Ediar Cono Sur Ltda., Santiago 1991, 253 páginas.
30. López, Osvaldo. "Derecho Procesal Penal Chileno", Ediar Editores Ltda., segunda edición, Santiago 1983, 507 páginas.
31. Fontecilla, Rafael "Tratado de Derecho Procesal Penal", Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, tres volúmenes 1401 páginas, Santiago 1978.
32. Rodríguez Ramos, Luis "Justicia Penal. Comentarios de sentencias del tribunal constitucional y del tribunal supremo", Ediciones Akal, Madrid 1990, 204 páginas.
33. Carrio, Alejandro "Garantías constitucionales en el proceso penal", Editorial Hammurabi, reimpresión de la segunda edición, Buenos Aires 1991, 224 páginas.
34. López Barja De Quiroga, Jacobo "El convenio, el tribunal europeo y el derecho a un juicio justo", Ediciones Akal, Madrid 1991, 299 páginas.

## CITAS

<sup>1</sup> Al respecto, es posible encontrar diversos fallos tanto del tribunal constitucional español como la Corte Europea de Derechos Humanos en el sentido indicado. Antecedentes al respecto es posible encontrar en Rodríguez Ramos, Luis "Justicia Penal", op. cit., en López Barja de Quiroga, Jacobo "El convenio, el tribunal europeo y el derecho a un juicio justo", op. cit.

<sup>2</sup> Los obstáculos prácticos que los redactores del Código de Procedimiento Penal invocaron para elegir el sistema de concentración de funciones no sólo tuvieron que ver con la pobreza del país -elemento que aún se mantiene- sino también con el relativo despoblamiento de grandes zonas, con la existencia en muchos lugares de un solo tribunal o de ninguno. En consecuencia, parece oportuno revisar más detenidamente la efectiva existencia de obstáculos que habitualmente se invocan para evitar encarar una reforma.

<sup>3</sup> La situación planteada se ve acentuada en nuestro país dado que el catálogo de hechos definidos como delito es tan amplio que abarca muchas situaciones que forman parte de las actividades habituales de parte de la población y que no revisten mayor gravedad. Buenos ejemplos se encuentran en delitos como el adulterio, la sodomía, algunos de los descritos en la Ley de Alcoholes o en el Libro III del Código Penal sobre faltas.

En consecuencia, esta constatación no solo dice relación con el proceso penal sino también con la legislación sustantiva, respecto de la cual es necesario plantearse seriamente la necesidad de un proceso de descriminalización.

<sup>4</sup> Se trata de cifras no publicadas, extraídas de los formularios de datos llenados en los tribunales del crimen y que se encuentran en el Instituto Nacional de Estadísticas para su procesamiento.

Es necesario hacer presente que los datos del año 1989 no son comparables con los del año 1990 debido a que hay varias distorsiones que invalidan las cifras consideradas en términos absolutos. En consecuencia, en este trabajo sólo se utilizan como ilustración general de las proporciones representadas por cada categoría en el año respectivo.

<sup>5</sup> Por ejemplo es evidente que el delito de violación tiene componentes característicos que dificultan especialmente su aclaración, tales como, problemas de prueba o falta de colaboración de la víctima en la continuación del proceso.

<sup>6</sup> Nos referimos a las estadísticas publicadas por Carabineros e Investigaciones de Chile, que dan cuenta de la actividad de cada uno de esos cuerpos durante cada año.

<sup>7</sup> Respecto de el exceso de intervenciones policiales por hechos menores es posible encontrar antecedentes cuantitativos en Riego, Cristián "Juventud y Represión Penal", publicado en Cuaderno de Análisis Jurídico 21 "Sistema Penal y Seguridad Ciudadana", Publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago 1992.

<sup>8</sup> La suma de los rubros detallados no llega al 100% puesto que sólo se presentan los más importantes para efectos ilustrativos.

<sup>9</sup> Según las estadísticas de gendarmería, anualmente son sometidos a privaciones

*de libertad de corta duración, en recintos penitenciarios, cerca de 100.000 personas, de las cuales una importante cantidad no es sometida a proceso. En el hecho, los recintos penitenciarios presentan una proporción de aproximadamente un 10% de su población que está constituida por una población flotante de detenidos.*

*Alguna parte de esa cifra se explica por la sola intervención de la policía, pero otra parte corresponde a resoluciones emanadas de los tribunales del crimen.*

*Una cuestión que parece importante resaltar a propósito de esto es el que esta cifra ha tenido un aumento muy acelerado en la década de 1980 a 1990, creciendo mucho más rápidamente que las demás categorías en que se clasifica la población penitenciaria.*

<sup>10</sup> *Riego, Cristián "Delitos de robo y hurto, información disponible acerca de su realidad y la respuesta penal", en Cuaderno de Análisis Jurídico No 21, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1992.*

<sup>11</sup> *Estudio citado por Avila, José María en "Camino a la Cárcel, La Crisis del Sistema Carcelario, La Nueva Delincuencia en Chile", Ediciones SEI, Santiago 1991.*

<sup>12</sup> *Es evidente que la utilización que se da aquí al término imputado tiene connotaciones diferentes a las que se le atribuyen ordinariamente y que lo asimilan al de inculpado. Ello en cuanto se incluyen en este trabajo bajo esa denominación a todos quienes se ven sometidos al proceso, se encuentren o no afectados por un auto de procesamiento o una acusación.*

<sup>13</sup> *Nos estamos refiriendo a elementos de naturaleza distinta que van desde los programas de trabajo, capacitación, educación, hasta los beneficios de salida de fin de semana, salida diaria, libertad condicional, incluyendo al indulto que es utilizado habitualmente como un recurso para el manejo del problema penitenciario.*

## COMENTARIO DE HAROLDO BRITO CRUZ A LA PONENCIA DE CRISTIAN RIEGO R.

Yo creo que cuando se acepta hacer un comentario respecto de alguna ponencia, en el fondo se está aceptando referirse de algún modo a los aspectos más positivos de la ponencia. Sin duda parece que ese es el encargo, por lo menos yo lo he entendido así. Pero, en este caso, creo que lo que tendré que hacer es precisamente lo contrario y referirme a los aspectos más repudiables que surgen del diagnóstico que nos ha hecho Cristián Riego, porque de él se concluye que no es mucho lo que del proceso penal se puede destacar como cosas positivas.

Cristián Riego nos ha señalado una serie de fenómenos y circunstancias, que a mí me parecen incuestionables, que le dejan muy poco mérito a la justicia criminal en nuestro país. De allí que parezca un contrasentido lo que haya que hacer, pero no creo que haya grandes cosas de las cuales ocuparse hoy día, como para destacar en un sentido positivo.

Lo que hay que señalar como negativo es mucho, y sin duda que un comentario de 15 minutos como el previsto para ahora, no puede consultar cada una de esas cosas.

Yo creo que el problema del proceso penal, es sin duda el problema fundamental que tiene la ciencia penal actual en nuestro país.

Creo que las reformas intentadas hasta ahora, que no pasan de ser simples modificaciones, hechas con el propósito de ganar celeridad, no son desde luego suficientes, si creemos que el problema es enfrentar realmente el proceso penal con un criterio de reforma integral; con un criterio de reforma que incorpore una serie de elementos que son propios del sistema de derecho procesal, y que incorpore todos aquellos conocimientos de la criminología, de la sociología, y de todas estas ciencias que forman el conjunto de las ciencias penales, para que pueda decirse a su respecto que es una actividad que podemos los jueces hacer con absoluta tranquilidad.

Si fueran dos o tres los problemas o las cuestiones negativas del proceso penal, el problema sería simple; pero son muchas, por ello insisto, en que no es posible hacerse cargo de ellas en su integridad en un simple comentario.

Quiero destacar, a lo menos, algunas características que quisiera ver en el proceso penal chileno y que no las encuentro.

Como primera cosa, quisiera ver un proceso en que tuviésemos reales garantías de eficacia en cuanto al esclarecimiento de los hechos. Indudablemente que los valores que están comprometidos en el proceso son de la mayor importancia, y el delito, este hecho que es objeto del proceso penal, está relacionado con una serie de valores, con una serie de bienes jurídicos que son fundamentales para una sociedad sana. De tal modo que, como primera cosa, yo personalmente, y sin duda todos, quisiera garantía de eficacia en cuanto al esclarecimiento de los hechos. También creo que es interesante, y de la mayor importancia, poder tener un juicio penal realizado efectivamente por quien es el llamado a hacer el juicio penal; desde luego que no es posible aceptar así, tranquilamente, la escasa o nula participación del juez en una serie de actuaciones dentro del proceso penal, que van a servir de base y que son el sustento de la decisión.

También quisiera ver en el proceso penal adecuadas garantías para los procesados, y, finalmente, razonables posibilidades de reparación para las víctimas.

Esas tres son las cuestiones que a mí me parecen en este momento como fundamentales.

Estas cosas, aunque sabidas, habrá que repetirlas por mucho tiempo, porque formar convicción a su respecto en quienes tienen la posibilidad de efectuar el cambio, no es cosa fácil.

Por otra parte, quiero ocuparme de algunos de los problemas señalados por Cristián Riego. Fundamentalmente quiero señalar lo que, sin duda, puede ser ya una escandalosa inobservancia del

principio de la inmediación. Para nadie puede ser novedad oír que los jueces delegamos prácticamente toda la etapa del conocimiento; la excepción del proceso penal es el realizado directamente por el juez, un juez que esté realmente vinculándose con la prueba, recibéndola; yo creo que esa es la excepción.

Cristián Riego señalaba en su ponencia que ese efecto, se lograba con la designación de ministro en visita; o sea, una persona que realmente tiene todas las posibilidades de tiempo para dedicarse a lo que cada uno de los jueces debíamos hacer: recibir la prueba. Es una situación realmente escandalosa, porque ocurre que quienes escrituran la prueba, fundamentalmente la prueba testimonial y las declaraciones de los inculpados, carecen de toda posibilidad de conocer la relevancia de las circunstancias y hechos que le están siendo expuestos, de las cuales se levantan actas, sobre las cuales los jueces fundamentamos las sentencias. De modo tal que de la declaración del inculpado, de la declaración de los testigos, en la sentencia no es posible, o no debe esperarse mucho de ella, porque, sin duda, quien deja las constancias, quien forma el expediente, es una persona que no está en condiciones de captar realmente las circunstancias de los hechos. Y sabemos que fundamentalmente el juicio penal, a veces, es el problema de los hechos: un adecuado establecimiento para una calificación también adecuada.

De modo tal que la inmediación, la falta de observancia a este principio es una de las cosas que gravita de modo más negativo en el proceso penal.

Otro de los aspectos que debe destacarse es la actuación de la policía dentro del proceso penal.

Por las mismas razones, por la estructura del proceso penal, por la imposibilidad de actuar siquiera conforme a la mala estructura del proceso penal actual, porque la realidad es que ni siquiera es posible actuar conforme a ella, la policía en nuestro país tiene o ha ganado dentro del proceso penal un rol que le es impropio. Indudablemente, la policía debe cumplir funciones al interior del proceso, pero las desarrolla con unas características que sin duda son ajenas.

La influencia de la policía dentro del proceso, a mi modo de ver, es tal que muchas veces el tribunal se limita a reproducir en la sede judicial las actuaciones de la policía. Muchas veces es escaso el análisis de la orden de investigar por parte del órgano investigador que es el tribunal. De modo tal que la orientación del proceso penal, y en definitiva sus resultados, son consecuencia de la actividad policial. Una actividad policial que no responde necesariamente a criterios jurídicos.

Yo creo que fundamentalmente la policía actúa guiada por un afán represivo y este afán represivo trasladado al proceso lo deja con esta orientación, con esta característica, como si fuese la represión el único objetivo del proceso penal. Este elemento que queda, entonces, al interior del proceso por la actuación policial, yo creo que es otra de las cosas negativas de ser destacadas.

Es posible vincular estas dos cosas con el problema del Ministerio Público. Creo que hay que intentar que esta institución opere efectivamente en nuestro país. Tenemos un mal llamado "Ministerio Público" que cumple funciones exclusivamente en segunda instancia, fundamentalmente informes; una actividad de apoyo al tribunal de segunda instancia; no sé de actuaciones del Ministerio Público en primera instancia no obstante ser hoy día facultativas. Y la necesidad de este Ministerio no deriva sólo del viejo problema de que sea un funcionario distinto el que acuse del que sentencie. No parece ser ese el problema en relación con el Ministerio Público; no parece ser esa la única razón por la cual debemos pensar en apoyar al Ministerio Público para que, sobre todo, opere efectivamente en primera instancia. Tiene una importancia fundamentalmente en la pesquisa, en el establecimiento de los hechos, en una relación con la policía; tiene una relación fundamental con quien debe ejercer la acción penal, quien debe ser el titular de la acción penal; la acción penal debe ser compartida con el ofendido. Son cuestiones que deben ser resueltas y que permitirían, en el momento en que lo estén, un proceso penal sin duda mucho más eficaz en todo orden de ideas.

Creo que la presencia del Ministerio Público sería fundamental, también, en cuestiones como la selección de la acción penal pública. Porque aquí ha llamado la atención, y muchos se han preguntado si yo quiero enfrentar el tema desde una perspectiva de juez. Efectivamente, nosotros hacemos selección, fundamentalmente en primera instancia, con criterios bastante ajenos, incluso, a motivaciones certeras, racionales, razonables, seguras. En Chile se deja de procesar a mucha gente, los que delinquen por primera vez, los que delinquen en delitos de escaso daño, por una razón muy simple: porque no es posible procesar a todos, porque los tribunales tienen muchas causas y porque parece bueno que los jueces tengan esta actitud generosa que puede responder a criterios personales. Pero sería interesante ejercer la misma actividad con criterios fundamentalmente jurídicos y teniendo siempre presente la significación y real incidencia de este fenómeno que es el delito.

Estas dos o tres cosas que pueden ser consideradas como motivo

de comentario, yo creo que también pueden ser tenidas en cuenta para sacar alguna conclusión provisoria; pero en todo caso creo que es bueno tener presente que un diagnóstico como el que se nos ha entregado hoy día: un diagnóstico negativo respecto de nuestro proceso penal, el haber conocido las experiencias de los países que nos visitan, nos pueden hacer llegar a una conclusión -insisto, absolutamente provisoria, pero en todo caso, fundamental- de que las cosas, de que el proceso penal puede ser hecho también de otro modo.

A nosotros nos cuesta, sobre todo a los jueces, imaginarnos la posibilidad de que aquello que hemos venido haciendo por mucho tiempo de un modo determinado, pueda ser también realizado de un modo distinto.

Un diagnóstico negativo, experiencias positivas en otros países, estudios que vienen de muchos años, conocimientos empíricos, yo creo que por lo menos nos compromete a concluir de que lo que venimos haciendo mal puede hacerse en otras condiciones.

Muchas gracias.

## COMENTARIO DE EDUARDO NOVOA ALDUNATE A LA PONENCIA DE CRISTIAN RIEGO R.

Mi propósito es comentar ciertos aspectos que no han sido tratados por el ponente don Cristián Riego, como una manera de estimular la discusión y el debate acerca de circunstancias muy defectuosas y anómalas que posee nuestro sistema procesal penal.

La ponencia ofrece un diagnóstico, mas no propone soluciones. Esto creo que es importante tenerlo presente. Es una apunte para la discusión y el análisis y, como tal, me parece una propuesta sumamente interesante. Creo que allí se han tratado no sólo aspectos procesales sino también se les ha engarzado con el derecho penal material, con la dogmática jurídica, con aspectos de política criminal, incluso, con puntos de vista criminológicos.

La visión que entrega la ponencia sobre el sistema procesal penal es sumamente pesimista en cuanto a subsistema de organización de control del Estado. Creo que casi todos compartimos su apreciación central de que el sistema procesal penal muestra signos evidentes de agotamiento y de crisis, lo que parece ser un rasgo común a todos los sistemas estructurados según el modelo inquisitivo, y cuyas carencias fueron ayer lúcidamente expuestas por los Profesores Binder y Maier.

El informe del Profesor Riego postula que al proceso penal se le tiene como deficitario en un doble sentido; en el trato a los imputados,

en el sentido de que no resguarda adecuadamente sus derechos y libertades y, por ende, no cumple una función garantista hoy día en Chile; y en los objetivos que se propone el proceso penal como ejercicio del *ius puniendi*, ya que sus finalidades han sido totalmente desvirtuadas.

Se indican allí algunas situaciones que concitan críticas unánimes:

**a) Existencia de un juez con la totalidad de las funciones jurisdiccionales.**

Esta es una realidad que afecta gravemente el debido proceso y el compromiso que debe asumir el juez del crimen con la necesaria imparcialidad en el ejercicio su función propia. Es sintomático que ya el Mensaje del Código de Procedimiento Penal, que va a cumplir la centuria, cuestionara la imparcialidad de la función jurisdiccional penal cuando un mismo juez conduce la investigación, acusa a los responsables y falla la controversia, asumiendo tres funciones diversas que las modernas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales postulan deberían quedar radicadas en personas diferentes.

En todo caso, el criterio de separar la función de instrucción del de sentencia no soluciona los defectos del sistema inquisitivo, que no posee en nuestro procedimiento penal ningún correctivo acusatorio. El plenario del procedimiento penal chileno no es el juicio propiamente tal por cuanto no tiene componentes contradictorios reales; no posee tampoco el carácter de público, mucho menos tiene connotaciones orales; el juez no preside el debate entre la acusación y la defensa de manera de conocer y percibir por sus sentidos cuál es la dimensión del problema que se somete a su decisión y estar así en situación de apreciar la posición psicológica de las partes. Los jueces desarrollan un sentido muy especial, por ejemplo, para saber cuándo un imputado dice realmente la verdad o cuándo falta a ella. Pues bien, la función intermediadora me parece fundamental si se quiere estructurar un sistema penal que realmente haga justicia en los problemas que debe resolver.

**b) La proposición sugerida y desarrollada en el día de ayer por el Profesor Binder, de establecer una selectividad controlada en los asuntos que deben ser materia del juicio penal, abandonando los criterios absolutos de legalidad y de Irrenunciabilidad de la acción penal, es algo digno de considerar. Pienso que es necesario estudiar la posibilidad sería de reemplazarlos por criterios de oportunidad y discrecionalidad.**

El sistema penal, nos dice la ponencia, está imposibilitado -y todos los sabemos- para conocer y fallar todos los hechos de relevancia penal que se traen a su conocimiento y cuya posibilidad de planteamiento a los tribunales del crimen es prácticamente ilimitada. Aquí, pienso yo, debe existir una interrelación con el derecho penal material.

La dificultad, en parte, podría corregirse con la descriminalización de conductas que representen poca dañosidad social, haciendo realidad en principio de ultima ratio que informa al derecho penal. Cuando el ordenamiento jurídico no tiene otras herramientas para impedir el grave daño social que las conductas humanas ilícitas representan, entonces debe recurrirse a la sanción drástica del derecho penal. Pero si es posible contar con vías alternativas, sin caer por cierto en los excesos del abolicionismo, creo que sería necesario plantearse seriamente la búsqueda de esas vías alternativas.

No obstante, se echa de menos en la ponencia el que no haya aludido a un aspecto que incide en la saturación del sistema.

Se trata del ejercicio abusivo de la acción penal pública por hechos que no tienen la calidad de delito o que constituyen únicamente incumplimiento voluntario de obligaciones civiles. Hay una búsqueda deliberada en muchos litigantes del camino penal para la solución de conflictos de índole civil, lo cual conduce al atochamiento del sistema. Debiera quizás estudiarse la posibilidad de introducir una suerte de encuesta previa sobre el hecho presuntamente delictivo, similar a la averiguación previa del derecho procesal penal mexicano, en que el Ministerio Público reúne las evidencias y pruebas sobre la existencia del hecho y datos verosímiles de la responsabilidad presunta del autor del hecho, como requisito de admisibilidad de la acción penal pública.

**c) Nos parece certero el reproche de que el sistema penal es incapaz para dirigirme eficazmente en contra del delincuente de cuello y corbata, dotado de poder económico y social. Los delitos económicos y financieros desbordan la capacidad de los jueces letrados y deben, por su complejidad y dificultad, ser llevados al conocimiento de Ministros Visitadores, lo cual muchas veces altera el normal funcionamiento de las Cortes de Apelaciones.**

**d) La ponencia alude a la "presunción de inocencia". Creo mejor denominarlo "principio de inocencia", el cual, en mi opinión, es un status del imputado mientras no se le condena por sentencia a firme. En este sentido, jurídicamente sería deseable reducir al máximo los detrimentos que el auto de procesamiento implica**

**para los inculpados y, el efecto suspensivo de derechos que dicha resolución conlleva, ser reducidos al mínimo necesario para que se cumplan los fines del proceso.**

**e) Participo de la idea esbozada por el Profesor Riego de que la prisión preventiva no debe llevar envueltos objetivos de tipo peligrosistas, los que son ajenos a la estructura del proceso penal. La privación de libertad del enjuiciado durante la tramitación de la causa no es una medida predelictual o que deba tender a finalidades de prevención especial, pues ello es función de la pena y no de un mecanismo cuyo alcance específico es asegurar a la persona del delincuente para que no se frustren los fines del proceso penal.**

**f) La crítica a un recurso excesivo de la segunda instancia no la comparto cuando ella se usa a favor del reo y para revisar decisiones que afectan sus derechos o prerrogativas o su libertad.**

Para terminar quisiera decir algo sobre la estructura del proceso penal y los requisitos para que interactúe como sistema de control social en un estado democrático y de derecho.

La ponencia pone de relieve que no se ha resuelto adecuadamente, en una síntesis apropiada, las proposiciones contrapuestas que se dan en la controversia penal. La pretensión punitiva del Estado siempre aparece "desbordando" los derechos y garantías de los imputados. Esto obedece a que existe en el sistema inquisitivo que nos rige, la idea, ya resaltada por Binder, de que con el mal no se transa y que es necesario darle una lucha sin cuartel, porque lo que en definitiva importa no es tanto la intangibilidad de la libertad y dignidad de las personas sino más bien la intangibilidad de la potestad estatal que trata de tornar al proceso penal en *prima ratio* del sistema sancionatorio. De este modo, esa pretensión punitiva pasa a constituirse en una suerte de "fetichismo" cuya consecución debe lograrse a toda costa, sin recepcionar exigencias de política criminal o de conveniencia social, que muchas veces requieren, para ser satisfechas, sólo de soluciones pragmáticas y de buen sentido.

**Muchas gracias.**