

Los principios constitucionales del proceso penal

Alberto Wray

El sistema procesal, dice el artículo 192 de la Constitución, hará efectivas las garantías del debido proceso. De esta manera queda definida la finalidad general de la legislación procesal, que no es otra que constituirse en medio para asegurar la eficacia de uno de los derechos que el Estado garantiza a todas las personas: el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, reconocido expresamente por el numeral 27 del artículo 23 de la Constitución.

Resulta imprescindible entonces dilucidar el alcance y contenido de este principio constitucional. ¿Cuáles son las garantías del debido proceso? ¿Cómo se concreta su observancia?

El propósito de este artículo es ofrecer algunos elementos de respuesta para estas preguntas, a partir del análisis ya efectuado en un trabajo anterior, en el que se abordó el tema desde una perspectiva general¹. Aquí se procurará concretar ese análisis al caso del proceso penal.

LOS PRINCIPIOS GENERALES

Además de las reglas consignadas en el artículo 24 de la Constitución, que formal y explícitamente se consideran elementos del debido proceso, hay otros principios establecidos en la misma Constitución que tienen directa incidencia procesal y que deben ser examinados previamente.

El principio de publicidad

"Salvo los casos expresamente señalados por la ley", dice el artículo 195 de la Constitución, "los juicios serán públicos."

La publicidad se considera una garantía de la justicia, en cuanto permite que la colectividad controle su administración, al tiempo que ofrece a las partes un entorno de transparencia adecuado para el pleno ejercicio de sus derechos. Por eso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye a la publicidad entre las garantías judiciales mínimas (artículo 8, núm. 5).

El principio comprende tanto la posibilidad de que el pueblo asista directamente a las actuaciones (publicidad inmediata), como la de recibir información respecto al desenvolvimiento de éstas a través de los medios de comunicación colectiva (publicidad mediata).

La difusión pública de las incidencias del proceso penal, sin embargo, no está exenta de peligros. *Beling* advierte concretamente cuatro: el desprestigio del imputado, cuya presunción de inocencia se ve inevitablemente resentida por el solo hecho del procesamiento; la tentación que la difusión pública genera en los protagonistas del proceso -fiscales, abogados, jueces- a buscar su lucimiento, con desmedro de la eficacia de su papel procesal; la posibilidad de que se busque la publicidad del proceso como un fin en sí, desvirtuando su naturaleza, abusando del derecho y burlando el derecho material².

La existencia de estos peligros y en general la posibilidad de que el ejercicio de este derecho, convertido en garantía fundamental, se constituya en amenaza contra los fines de la justicia, ha hecho que se establezcan límites y excepciones. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admite expresamente que la prensa y el público puedan ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios "por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia" (Art. 14, núm. 1).

Por exigencia constitucional, los casos de excepción al principio de publicidad deben constar expresamente en la ley (Art. 195), de manera que en Ecuador no está la cuestión librada a la discrecionalidad judicial.

El mismo artículo 195, sin embargo, introduce una importante limitación: prohíbe que se admita la transmisión de las diligencias judiciales por los medios de comunicación, así como "su grabación por personas ajenas a las partes y a sus defensores"³. Propiamente, no se trata de una re-

serva sobre la información, sino de una limitación sobre el empleo de ciertos medios para difundirla. Se ve claramente en ella la intención de preservar la majestad del recinto judicial y el normal decurso de los actos procesales.

Aunque el Código de Procedimiento Penal⁴ no contiene una norma expresa en la que se recoja de manera general el principio de publicidad, la imperatividad de éste queda asegurada por las disposiciones ya citadas. Sin embargo el Código reitera el principio con respecto a ciertos actos: la publicidad de la denuncia (art. 44) y la publicidad de la audiencia de juzgamiento (art. 255), con respecto a la cual, por cierto, establece importantes excepciones, como enseña se detalla.

En realidad, el Código contempla tres situaciones de excepción al principio de publicidad:

a) El artículo 215 impone la reserva durante la indagación previa. El alcance de la prohibición no puede afectar el derecho de defensa, ni las demás garantías del debido proceso, como la misma norma lo advierte en forma expresa. Se trata de una fase en la que todavía no hay elementos suficientes para imputar a una persona determinada la comisión del delito, puesto que en cuanto existan tales elementos el Fiscal debe iniciar la instrucción, conforme a la expresa disposición del artículo 217. Es lógico que las actuaciones orientadas a la búsqueda de tales elementos se mantengan en reserva, lo cual no significa que el Fiscal pueda prescindir de las garantías procesales, de manera que, si debe adoptar medidas para las cuales se requiera de autorización judicial, deberá previamente obtener dicha autorización (art. 215, inciso 2), en cuyo caso la reserva se extiende también al juez y a los funcionarios judiciales.

b) Cuando el proceso tenga por objeto el juzgamiento de los delitos contra la seguridad del Estado y de los delitos sexuales, comprendidos en los Títulos I y VIII del Libro II del Código Penal, respectivamente, la audiencia debe ser reservada y desarrollarse solamente con la presencia del acusado, el acusador, los defensores, el Fiscal, el Secretario y, si fuere del caso, los testigos y los peritos, sin que pueda violarse la reserva ni durante la audiencia ni después de ella. El hecho de que la disposición, contenida en el primer inciso del artículo 255, conste entre los principios generales aplicables a la etapa del juicio, genera la interrogante respecto a la posibilidad de que la reserva se extienda también a la fase de instrucción y la audiencia preliminar si el proceso versa sobre esos mismos delitos. Aunque no se coincida con la conveniencia de la medida, hay que reconocer que las razones y propósitos que haya tenido el legislador no se cumplirían a menos que la reserva se extienda también a las demás fases del proceso.

c) El segundo inciso del mismo artículo 255 establece una tercera excepción al principio de publicidad. "En ningún caso", dice, "el juez o magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, ni antes ni después del fallo". A pesar del lugar en el que consta dentro de la estructura del Código, como un segundo inciso colocado a continuación de otro que contiene una regla aplicable a las audiencias en ciertos procesos, es innegable que se trata de una disposición de carácter general, destinada a regular la conducta de los jueces o magistrados en todo proceso ("en ningún caso") y duran-

te todas sus fases ("ni antes ni después del fallo"). El quebrantamiento de la prohibición se castiga con la destitución.

Toda restricción a la libertad de información es peligrosa y el peligro es doble cuando la limitación recae sobre la publicidad del proceso, puesto que no solamente se limita el ejercicio de un derecho fundamental, sino que además se elimina un mecanismo de control social sobre la administración de justicia que, como se dijo antes, constituye en último término una garantía para las personas.

De ahí que las limitaciones al principio de publicidad deban ser tenidas siempre por el legislador como un remedio extremo para males graves y deban aplicarse en la dosis mínima indispensable para prevenirlos. En este sentido, entre las limitaciones impuestas por el nuevo Código, hay algunas que no se justifican.

No se ve la necesidad, por ejemplo, o la utilidad procesal de imponer la reserva en los procesos por delitos contra la seguridad del Estado. Al contrario, la naturaleza del delito obligaría más bien a que, para evitar cualquier abuso del poder, se cuente con la publicidad como garantía de la justicia.

En cuanto a los delitos sexuales, la única razón que justifica la reserva es la necesidad de proteger la intimidad de la víctima. Este propósito se cumpliría suficientemente mediante una norma que considere a la limitación como uno de los derechos del ofendido, de manera que solamente se la imponga cuando la intimidad de la víctima, su honra o su imagen puedan sufrir menoscabo.

Conviene recordar dos observaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la publicidad de los juicios. La primera tiene que ver con el alcance de las limitaciones, sentándose el criterio de que, aun en los casos excepcionales en los que la reserva está permitida por los instrumentos internacionales, dicha limitación no puede alcanzar a la sentencia.

La segunda observación se refiere a la naturaleza del procedimiento. O'Donnel la resume de la siguiente manera:

"Reviste especial importancia en la materia la doctrina del Comité, que considera el procedimiento penal escrito incompatible con el derecho del acusado a un proceso público. Si bien hasta la fecha todos los casos examinados por el Comité, relativos al procedimiento penal escrito, se han referido a civiles juzgados por tribunales militares, sus decisiones sobre este asunto no se refieren a la naturaleza del tribunal. Incluso, en el primer caso que dio origen a esta posición, el país denunciado argumentó que el procedimiento escrito no era exclusivo de los procesos ante los tribunales especiales, sino que estaba previsto por la legislación ordinaria del país y explicó en forma pormenorizada las oportunidades que el procedimiento escrito ofrece al acusado para acompañar el proceso y defenderse mediante la intervención del abogado defensor. Podemos concluir, por lo tanto, que la opinión del Comité, reiterada subsecuentemente en otras decisiones, no se limita a procesos ante tribunales de excepción, sino que se aplica a todo proceso penal escrito"⁵

De esta manera, la garantía de publicidad queda vinculada al carácter oral del procedimiento.

La oralidad

La sustanciación de los procesos mediante el sistema oral, quedó convertida en exigencia constitucional desde agosto de 1998.⁶

No es usual que se mire a la oralidad como una garantía. El enfoque más extendido la trata como una modalidad que presenta algunas ventajas funcionales frente al proceso escrito, normalmente vinculadas con la agilidad y el despacho expedito.

En realidad, las ventajas del sistema oral tienen que ver más con la calidad del resultado, que con la mera agilidad en el despacho. La esencia del sistema, en efecto, reside en la posibilidad de contradicción de la prueba desde el momento mismo en que está siendo presentada, de tal manera que el juez tiene la posibilidad de establecer su alcance y limitaciones como resultado del enfrentamiento entre los puntos de vista de la defensa y la acusación; pero tiene también la posibilidad de vincular esa prueba con las demás, dentro del mismo clima contradictorio. La inmediación y la concentración, a las que alude también la disposición constitucional, resultan inseparables de la oralidad. El rigor en la prueba conduce a una justicia de mejor calidad. En materia penal, cuando la carga de la prueba recae íntegramente en la acusación, el rigor en la prueba se constituye en garantía de la defensa.

Así hay que entender las disposiciones del nuevo Código respecto al decurso de la audiencia preliminar (art. 229) y al transcurso del juicio (art. 258).

Podrían surgir dudas respecto al carácter oral del procedimiento para la presentación de la prueba en los delitos de acción penal privada, por la ausencia de referencia expresa, puesto que el artículo 373 solamente dice que en caso de no lograrse conciliación "el juez recibirá la causa a prueba por el lapso de quince días, durante el cual se practicarán todas las que pidan las partes".

La exigencia constitucional obliga a que los jueces apliquen el sistema oral en la presentación y contradicción de las pruebas en toda clase de proceso, de manera que cualquier duda quedaría despejada mediante el reconocimiento de la imperatividad de este principio, en cuya virtud, también en los juicios por delitos de acción penal privada tendría que señalarse día y hora para que tenga lugar la audiencia de prueba.

Por otra parte, esa es la solución que el mismo Código ha previsto para otros procedimientos especiales, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 381⁷.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Al tratamiento procesal es plenamente aplicable la garantía general reconocida por el numeral 3 del artículo 23 de la Constitución, en cuya virtud, todas las personas gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Ese es el sentido que tiene la declaración constante en el artículo 14 del Código.

La igualdad no significa, por cierto, supresión de las diferencias inherentes al distinto papel que cada sujeto procesal está llamado a cumplir: así, por ejemplo, atribuir la carga de la prueba a la acusación, no constituye discriminación, sino consecuencia inevitable de la presunción de inocencia. De lo que se trata es de que tanto la acusación como la defensa litiguen en igualdad de condiciones, es decir,

que dispongan de oportunidades similares para sustentar y defender sus posiciones.

Con toda razón, San Martín Castro considera inseparables la contradicción y el principio de igualdad: una contradicción efectiva en el proceso y la configuración de parte que se da a los sujetos procesales, exige, según el jurista peruano, "que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión"⁸. De ahí que la igualdad entre los sujetos procesales sea todavía más necesaria en el proceso oral, cuya esencia y cuya eficacia residen, precisamente, en su carácter contradictorio.

Más que con respecto a las otras garantías fundamentales, la tarea del juez resulta determinante en cuanto a precautelar la igualdad procesal, amenazada de ordinario no tanto por un tratamiento desigual en la ley, cuanto en los hechos, es decir, en el decurso mismo del proceso, cuyas incidencias pueden crear situaciones de ventaja indebidas a favor de alguna de las partes.

Pero el principio de igualdad tiene también otra dimensión, más general, en cuanto alude no ya al tratamiento de las partes dentro del proceso, sino a la existencia de fueros que conllevan el establecimiento y mantenimiento de tribunales especiales, distintos de los ordinarios, para que se ocupen del juzgamiento de ciertas personas.

En esta perspectiva, la existencia de tribunales militares y policiales no resiste el análisis de constitucionalidad, si se atiende al significado y alcance del principio de igualdad.

II. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Se denomina así, en general, al reconocimiento de poderes discrecionales al Ministerio Público para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción penal en un caso concreto. En este sentido, se contrapone al llamado principio de legalidad, en cuya virtud el Fiscal que conoce que se ha cometido un delito tiene la obligación de actuar, con prescindencia de cualquier consideración relativa a las posibilidades reales de prueba o a la poca significación social del hecho.

El concepto engloba en realidad dos dimensiones cualitativamente distintas: la apreciación de las posibilidades de prueba (*oportunidad técnica*), por una parte y, por otra, la consideración de factores relativos a la conveniencia social del procesamiento (*oportunidad plena*). Si la determinación de estos factores está librada a la apreciación del Fiscal, se hablará de oportunidad discrecional y si tales factores están expresamente señalados en la ley, se tratará de una oportunidad reglada.

El sistema todavía imperante con el Código de 1983, está regido por el principio de legalidad: el fiscal tiene la obligación de presentar su excitativa al juez y éste, ante cualquier *notitia criminis*, la obligación de instruir el sumario⁹. Desde las reformas constitucionales de 1998, al Ministerio Público le corresponde un nuevo papel en el proceso penal, delineado por el artículo 219 de la Constitución, cuyo inciso primero dice:

"El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales

competentes e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal"

El alcance de esta disposición no ha sido suficientemente analizado. Sostengo la tesis de que se trata de una norma que consagra, aunque deficientemente expresado, el principio de oportunidad técnica en el ejercicio de la acción penal.

Las consideraciones en las que se sustenta esta tesis son las siguientes:

En primer lugar, en el texto constitucional debe notarse, porque tiene un sentido secuencial, el orden de los enunciados: prevenir en el conocimiento, investigar y, finalmente, acusar a los infractores ante los jueces, pero siempre que el fiscal encuentre que hay fundamento.

Llama ciertamente la atención la frase inicial, con la que se enuncia uno de los principios en cuya virtud suelen decidirse los conflictos de competencia entre los jueces. Hay que entender que lo que el legislador constitucional tuvo en mente al redactar la norma, es el sistema actual, en el cual es el juez quien da inicio a la investigación o al menos ordena que se la practique, al instaurar el sumario. De ahí que, con un sentido más práctico que técnico, queriendo cambiar la situación actual, dispuso que fuera el fiscal quien "previniera en el conocimiento de la causa", es decir, actuara antes que el juez dentro del proceso penal.

Lo cual significa que según la Constitución, ante la *notitia criminis* debe actuar el fiscal, no el juez y debe hacerlo con dos propósitos: dirigir la investigación y, de *hallar fundamento* como resultado de ella, acusar, es decir, ejercitar la acción penal pública.

Si la Constitución exige que el fiscal, para acusar, deba hacerlo con fundamento y después de haber investigado, quiere decir que no considera suficiente para el ejercicio de la acción penal a la sola *notitia criminis*.¹⁰ Allí está ya el principio de oportunidad técnica, que es la base del sistema acusatorio.

No se trata de la oportunidad plena ni, mucho menos, de una oportunidad discrecional. El texto constitucional no apoyaría una interpretación en ese sentido, puesto que el ejercicio de toda potestad conlleva, junto con la facultad, también una carga: la de ejercitar la acción cuando exista fundamento para ello.

El Código concreta ese principio constitucional. Guerrero señala, refiriéndose al proyecto en cuya elaboración participó, los momentos en los que se reconoce discrecionalidad al fiscal para que evalúe la *oportunidad* de su actuación. Dos resultan especialmente importantes, por su incidencia definitiva en el decurso procesal: la discrecionalidad para resolver si se inicia o no la etapa de instrucción y la discrecionalidad para acusar o pedir el sobreseimiento.¹¹

En cuanto a la apreciación fiscal sobre el inicio de la instrucción, el artículo 38 del Código considera dos supuestos: cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito y "cuando existe algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso". Con esta expresión, el legislador alude tanto a las cuestiones prejudiciales, como a la falta de evidencia para hacer la imputación que en la práctica es, sin duda, el más frecuente obstáculo legal para el desarrollo del proceso. No hay que olvidar que según el artículo 217 del Código, para que el fiscal resuelva el inicio de la instrucción deben existir fundamentos suficientes "para imputar a una persona participación en un hecho delictivo".

En cuanto a la discrecionalidad para acusar o pedir el sobreseimiento, el artículo 226 del Código la hace depender exclusivamente del mérito para promover juicio contra el imputado.

Adicionalmente, para el ejercicio de esta discrecionalidad por parte del Ministerio Público han de considerarse necesariamente los principios generales impuestos por la Constitución.

En primer lugar, como se dijo, el propio artículo 219 al tiempo que le confiere al fiscal la facultad para ejercer la acción penal, le impone también la carga, es decir, la responsabilidad de ejercitarla apenas encuentre que para ello hay fundamento.

De otro lado, no hay que olvidar que a la Constitución debe mirársela y enténdersela como un todo. De manera que hay otros principios que limitan el ejercicio de esa discrecionalidad por parte del Ministerio Público.

San Martín Castro advierte, con razón, que en la aplicación del principio de oportunidad a cada caso, el fiscal está limitado por los principios de proporcionalidad e igualdad, pero considera que además, "*en aras del control efectivo de las decisiones de la fiscalía, resulta imprescindible la intervención judicial cuando la víctima cuestione la abstención o cuando el imputado considere que determinadas obligaciones o lineamientos reparatorios son desproporcionados*"¹².

La cuestión que surge siempre que se trata de reconocer al fiscal cierta discrecionalidad para decidir si promueve o no el proceso, es la relativa a la discrepancia en la apreciación sobre los méritos. Si se tiene en cuenta que tal discrepancia puede fundarse tanto en la pura y simple diferencia de criterios, cuanto en la existencia de motivaciones ilícitas, se advertirá la inconveniencia de dejar sin controles a esta fase de la actuación del Ministerio Público. Lo que San Martín recomienda es que la decisión mediante la cual el fiscal decide no ejercer la acción penal o desiste de promoverla, sea sometida al control judicial. Así acontece en el nuevo Código; pero, según los artículos 39 y 231, si el juez no comparte el criterio del fiscal, debe remitir el expediente al fiscal superior, cuyo criterio prevalece aun sobre el del juez y el del acusador particular.

Este es sin duda uno de los aspectos más polémicos del nuevo sistema. La solución obedece a la intención de impedir que contra el criterio del Ministerio Público, se ejercite una acción cuya titularidad le pertenece y evitar así la desnaturalización de la acción penal que ha conducido a la instrumentalización del proceso en función de los más diversos propósitos.

El principio de oportunidad, en efecto, se apoya en otro, conceptual y lógicamente anterior: el del carácter público de la acción penal.

Sin embargo, en el estado actual de cosas, la solución no satisface plenamente. En efecto, mientras no se cuente con un Ministerio Público plenamente independiente y profesional, el principio de oportunidad, en lugar de reportar beneficios sociales, podría llegar a convertirse en amenaza peligrosa para los ciudadanos.

La solución no pasa por la restricción o la eliminación del principio de oportunidad, que es indispensable para el buen funcionamiento del sistema acusatorio, sino por la reforma inmediata y radical del Ministerio Público.

III EL DERECHO AL JUICIO

El principio recogido por el artículo 1 del nuevo Código en cuya virtud la condena ha de ser la consecuencia de un juicio, es decir de un proceso dentro del cual hayan sido probados los hechos y declarada la responsabilidad del imputado, se concreta, desde la perspectiva de los intereses de éste, en un derecho al juicio.

No a un juicio cualquiera, sino a uno rodeado de ciertas características que se concretan bajo la forma de garantías procesales, consideradas indispensables por la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

El derecho a un juicio sin dilaciones

La celeridad es uno de los principios exigidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ y por la Constitución¹⁴.

Son dos los aspectos en los cuales este principio tiene incidencia práctica: la estructura del proceso penal y su desenvolvimiento en el caso concreto.

Pocas veces la estructura de un proceso penal se manifestará en sí misma inadecuada y disfuncional. Casi siempre sus defectos se apreciarán como resultado de la observación de lo que acontece generalmente. La estadística se levanta, en estos casos, como prueba de cargo contra la concepción procesal que en la realidad se ha plasmado, con prescindencia de las intenciones que pudieron haber impulsado al legislador.

Este es precisamente el caso del sistema introducido con el Código de 1983: el alto porcentaje de presos sin condena, la diferencia impresionante entre el número de procesos que se inicia y el número de procesos que culmina con sentencia, el porcentaje ínfimo de sentencias condenatorias y el tiempo medio de duración de los procesos, no pueden sino conducir a la conclusión de que se está ante un sistema inadecuado y disfuncional.

Especial relación con el tema de la celeridad procesal guarda la posibilidad de que pueda hacerse la imputación antes de que se haya practicado investigación alguna. Efectivamente, en el antiguo sistema, el proceso comienza formalmente atribuyendo, aunque fuese de modo provisional, la comisión del delito a una persona y debe durar, en la fase instructiva, un plazo limitado que jamás se cumple, porque el resultado de una investigación no aparece sino en función de las circunstancias que han rodeado al delito y de los medios y de la capacidad técnica de los investigadores. En consecuencia, la realidad que las estadísticas muestran, es un resultado del sistema en sí.

En otros casos, puede suceder que aunque las estadísticas no condenen al sistema en general, o lo hagan en forma menos contundente que al nuestro, el manejo procesal de un caso concreto evidencie dilación.

Cuando la demora indebida o injustificada se produce estando el imputado bajo prisión preventiva, existen remedios especiales cuyo alcance se examinará más adelante. Pero cuando el proceso penal se prolonga en el tiempo sin que se haya privado de libertad al imputado, también hay un quebrantamiento de las garantías procesales básicas y habría lugar a especial reparación. Este aspecto de la duración prolongada del proceso debería considerarse como una circunstancia relevante, al apreciar la indemnización a la que el injustamente procesado sin duda tendría derecho.

El derecho a un tribunal independiente e imparcial

La independencia e imparcialidad del tribunal es una de las garantías indispensables en todo proceso y, tal vez con mayor razón, en el proceso penal. La idea de un juicio justo es insostenible si esas características no adornan al órgano estatal a cuyas manos se han confiado las decisiones fundamentales dentro del juicio. Por eso, tanto la Constitución como los instrumentos internacionales exigen que el juicio se desarrolle ante un juez independiente e imparcial¹⁵.

La independencia alude a la posibilidad de adoptar decisiones sin estar subordinado al arbitrio de otro. La imparcialidad, a la inexistencia de vinculaciones con el conflicto o con los sujetos procesales, si tales vinculaciones pueden generar interés en un determinado sentido de la decisión.

Generalmente, el examen de la imparcialidad suele limitarse al ámbito extra procesal, es decir a factores o circunstancias externas al proceso. Sin embargo, también puede verse afectada la imparcialidad por la manera cómo se concibe el papel del juez. Así, en el sistema establecido por el Código de 1983, se espera que el mismo juez que dirigió la investigación, se pronuncie sobre los resultados de ésta y determine si existe o no mérito suficiente para llamar al imputado a juicio. En último término, se le está pidiendo al juez que se pronuncie sobre el éxito o el fracaso de su propia investigación. En semejantes circunstancias, resulta difícil hablar de imparcialidad.

El derecho a no ser distraído de su juez natural

El principio establecido por el número 11 del artículo 24 de la Constitución, impide el establecimiento de jueces o tribunales ad-hoc.

En la práctica, los atentados contra este principio pasan más bien por el sometimiento de un civil al fuero militar, mediante disposiciones que extienden el ámbito de competencia de los tribunales militares bajo estados de excepción o por motivos de seguridad. Es el caso del artículo 145 de la Ley de Seguridad Nacional, de cuya inconstitucionalidad no queda duda, a la luz de la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuya opinión las garantías judiciales no se suspenden durante los estados de excepción, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁶

El derecho a una tutela judicial efectiva

Cuando la Constitución asigna al sistema procesal la función de "hacer efectivas las garantías del debido proceso"¹⁷, está demandando una intervención judicial tutelar. Sería necio atribuir al enunciado un sentido más restringido, que no asigne al juez un papel activo en orden a garantizar la vigencia de tales garantías, porque supondría que éstas pueden ser eficaces por sí solas. De aquí se derivan dos consecuencias:

a) La función tutelar es inseparable de las tareas y del quehacer del juez y se extiende, por lo mismo, a todas las fases del proceso. En este sentido, la disposición del numeral 1 del artículo 27 del CPP, en cuya virtud se asigna al juez competencia para "garantizar los derechos del imputado y del ofendido durante la etapa de la instrucción fiscal", no debe entenderse limitativa ni restrictivamente. También en las otras etapas del procedimiento los jueces y el tribunal penal tienen igual responsabilidad. Lo que ocurre es

que el legislador quiso resaltar esta atribución expresamente, debido a la circunstancia de que en general las actuaciones en la fase de instrucción no tienen carácter judicial, puesto que es al Ministerio Público a quien corresponde desarrollarlas.

b) Las exigencias del debido proceso no son formalidades prescindibles, sino requisitos sustantivos del juicio. No puede pasarse sobre ellas en aras de la celeridad, de la urgencia, de la gravedad del delito ni de ningún otro principio.

Non bis in idem

El derecho al juicio comprende también una limitación respecto de la posibilidad de reiteración de éste: ninguna persona puede ser juzgada más de una vez por un mismo hecho.¹⁸

Se trata de una aplicación al proceso penal del principio universal de la cosa juzgada, pero con la particularidad de que su efecto proviene no solamente de la sentencia absoluta, sino también del sobreseimiento.

El Código limita este efecto al sobreseimiento llamado definitivo¹⁹ y permite que en caso de sobreseimiento provisional, pueda el fiscal intentar una nueva acusación, siempre que lo haga dentro del plazo legalmente previsto.

Esta posibilidad de nuevo juicio produce una ruptura en el principio non bis in idem, que no se justifica. La distinción entre los efectos para el imputado del sobreseimiento provisional y del definitivo, tal vez explicable dentro del sistema de ejercicio obligatorio de la acción penal, no encuentra sustento una vez admitido el principio de oportunidad. Si el fiscal está obligado a evaluar los elementos de que dispone antes de hacer la imputación, quiere decir que tales elementos son lo suficientemente convincentes y razonables para sostenerla. Si después de la actuación desplegada por el propio fiscal durante la fase instructiva, tales elementos no han podido ser suficientemente sustentados, no se ve motivo para que quien sufrió la imputación sin fundamento, quede sujeto a la posibilidad de un nuevo proceso por la misma causa. El carácter provisional del sobreseimiento, con los efectos descritos, solamente sería admisible cuando el Ministerio Público expone causas razonables y justificables que permitan esperar que dentro de un plazo podrán agregarse nuevos elementos de juicio, como cuando se espera la llegada de informaciones del exterior o la presencia de un testigo ausente.²⁰

El derecho a una instancia plural

Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la Convención Americana²¹ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²² incluyen entre las garantías judiciales al derecho de toda persona inculpada de delito, a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

En el sistema introducido por el nuevo Código,²³ como en el actual, la facultad de impugnar una decisión judicial mediante recursos, está limitada a solamente los casos establecidos; lo cual está plenamente justificado, para evitar innecesarias dilaciones en el curso del proceso.

Así, están previstos los recursos siguientes:

a) Del auto de prisión preventiva: cabe apelación (343 CPP) y amparo (422 CPP).

b) Del auto de llamamiento a juicio o del de sobreseimiento, cabe apelación (343 CPP).

c) De la sentencia, cabe apelación solamente si se trata de acción penal privada o de procedimiento abreviado (343 CPP). Pero cabe nulidad (332 CPP), casación (349 CPP) y revisión (359 CPP), en los casos expresamente contemplados para cada recurso.

Dos son los problemas que surgen en relación con la forma en que los Códigos suelen concretar esta garantía.

El primero tiene que ver con la dificultad para dar curso a una apelación en el proceso oral, sin sacrificar la inmediación y, evidentemente, el carácter oral del procedimiento. Mayer observa con razón que una apelación en sentido estricto en el procedimiento oral, debería dar lugar a un nuevo juicio. La imposibilidad de que esto se admita y también la inconveniencia de hacerlo, lleva necesariamente a reconocer, como lo ha hecho la Corte Interamericana, que la garantía de la instancia plural queda satisfecha con la posibilidad de ejercitar recursos que permitan controlar los errores de derecho en la sentencia o en el procedimiento, como ocurre con los de casación y nulidad, aunque no conduzcan a una nueva evaluación de los hechos.

El segundo problema se refiere, precisamente, a la naturaleza garantista del recurso. Mayer dice que si la Convención Americana califica al recurso a una instancia superior como una garantía para el imputado, en estricto sentido habría que eliminar la posibilidad de que recurran el Ministerio Público o el acusador particular, cuando la decisión judicial libera de cargos al imputado. Sin embargo, al menos en la doctrina de la Corte Interamericana, de lo que se trata es de que las decisiones judiciales en cuya virtud se atribuye o afirma responsabilidad penal, puedan ser revisadas en beneficio del imputado, sin que eso signifique necesariamente que en virtud de la aplicación de otros principios, iguales recursos deban reconocerse a los otros sujetos procesales.

No deja sin embargo de tener razón el reconocido procesalista argentino, porque, como se verá de inmediato, la posibilidad de que recurran quienes sustentan la acusación, si lo hacen junto con el imputado o procesado, abre la posibilidad de que el recurso contribuya a que se agrave la situación procesal de éste, con lo cual desaparece el carácter garantista del recurso.

La prohibición de la *reformatio in pejus*

Al resolver la impugnación de una sanción, dice la Constitución,²⁴ no se podrá empeorar la situación del recurrente; al tiempo que el Código de Procedimiento Penal²⁵ precisa que "ningún tribunal superior podrá empeorar la situación jurídica del acusado, si fuere el único recurrente".

Este principio es consecuencia del anterior: si el recurso es una garantía para el imputado o el procesado, no cabe que sea utilizado en su contra, agravando su situación procesal.

Sin embargo, resulta evidente la diferencia en el alcance del principio tal como está plasmado en la Constitución, por un lado y tal como lo ha concretado el Código, por otro. La disposición constitucional no establece limitación ni condicionamiento. Dice, simple y categóricamente, que no se podrá empeorar la situación del recurrente, mientras que el Código prohíbe la *reformatio in pejus* solamente cuando el imputado o procesado es el único recurrente.

IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio en cuya virtud toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶ y por la Constitución, es la base y supuesto fundamental del debido proceso penal.

La presunción, según el derecho nacional, se extiende hasta que el proceso culmina con sentencia ejecutoriada.²⁷ Se trata, además, de una presunción que no admite demostración en contrario, lo cual significa que aunque la evidencia sea incontrovertible, mientras no haya sentencia ejecutoriada el imputado o procesado debe recibir el tratamiento de una persona inocente.

Faúndez²⁸ identifica al menos cuatro efectos o consecuencias trascendentales de este principio:

a) La carga de la prueba le corresponde a la acusación. El imputado no está obligado a demostrar su inocencia, sino que ésta se impone en virtud de la presunción.

b) La calidad de la prueba debe ser tal que permita sustentar la condena *más allá de toda duda razonable*. Es la aplicación a la apreciación de la prueba del viejo principio *in dubio pro reo*.

c) La actitud del tribunal, llamado a garantizar los derechos del reo, evitando que en virtud de la imputación reciba un tratamiento incompatible con su condición de persona inocente; y,

d) La exclusión de consecuencias negativas antes de que se dicte sentencia definitiva y, por consiguiente, *el derecho a la libertad durante el proceso*.

A estas consecuencias debería agregarse otra, relativa a la interpretación de las normas procesales. Si el imputado o procesado es inocente, los casos de duda han de resolverse en el sentido que más le favorezca. El principio *in dubio pro reo* resulta así de la aplicación de uno más general, que gobierna la interpretación en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos: el principio en cuya virtud ha de preferirse la interpretación que resulte más favorable a la efectiva vigencia de las libertades y demás garantías.

V. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

"La libertad", en sentido amplio, como comprensiva de las libertades concretas referidas a las distintas manifestaciones de la personalidad, es uno de los derechos que el Estado garantiza a toda persona.²⁹

En orden a garantizar la libertad personal, la Constitución regula no el ejercicio de ella, sino solamente los casos y la forma en que puede ser limitada: "*Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley...Nadie podrá ser incomunicado*".³⁰

Las limitaciones a la libertad: la pena y las medidas cautelares

La legislación contempla dos casos generales de limitación de la libertad personal: el primero, es la aplicación de una pena privativa de libertad, declarada en sentencia; el segundo, como consecuencia de la adopción de una medida cautelar de carácter personal.

Los principios relativos a la aplicación de la penal no son procesales: es una cuestión sustantiva, de manera que aquí no serán materia de análisis. Conviene tal vez advertir nada más que la privación de libertad como sanción es exclusivamente penal y que, como efecto de la reserva especial prevista en la Constitución, los casos a los que se aplica y su tiempo máximo de duración, deben estar previstos expresamente en una ley preexistente.

En cuanto a las medidas cautelares, tienen un carácter eminentemente procesal, en cuanto persiguen fines exclusivamente relacionados con el proceso: a fin de asegurar la inmediación del imputado o acusado en el proceso, dice el artículo 159 del CPP, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal.

Las medidas cautelares de carácter personal, según el art. 160 del CPP, son la detención y la prisión preventiva.

La primera se efectúa con propósitos investigativos. Su duración no puede extenderse más de 24 horas y no necesariamente supone que exista indicio alguno de participación delictiva. No por ello puede practicarse injustificadamente, requiere de orden judicial y está sujeta, en lo aplicable a su naturaleza precaria, a los mismos principios protectivos que la prisión preventiva.

La prisión preventiva es una medida privativa de libertad que se aplica antes de que haya sentencia firme y que constituye por lo mismo una excepción al principio de libertad durante el proceso. Su gravedad y consecuencias obligan a un prolijo examen de los principios a los que está sujeta su adopción.

Las medidas cautelares: principios para su aplicación

Nada tiene que ver la gravedad del delito, con la procedencia de la prisión preventiva. No es, como antes se dijo, una pena, sino que persigue finalidades inherentes al desarrollo del proceso. Esto sustenta al primero de los principios cuya observancia debe considerarse: el principio de necesidad procesal, en función de conseguir alguno de los objetivos siguientes: asegurar la comparecencia del imputado al juicio o asegurar el cumplimiento de la pena, según el artículo 167 del CPP.

Principio de excepcionalidad

Aunque se persiga alguno de los objetivos procesales señalados, la prisión preventiva no puede adoptarse sino de manera excepcional, es decir cuando no haya otra alternativa o remedio adecuados al propósito procesal y la consecución de éste se vea realmente amenazada. Así lo señala el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas*", dice en su artículo 9, "*no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*".

Esta es una consecuencia del derecho a la libertad durante el proceso. Para asegurar el cumplimiento de los objetivos procesales sin sacrificar excesiva e innecesariamente el bien superior de la libertad, los sistemas procesales han establecido medidas alternativas. El Código las contempla, aunque con carácter innecesariamente limitado, porque hace depender su aplicación de la gravedad del delito, no de circunstancias estrictamente procesales, relativas a la condición personal del imputado. Dice el artículo 171:

"Sustitución.- Siempre que se trate de un delito que no exceda de cinco años, y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas:

- a) El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga;
- b) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que él designe;
- c) La prohibición de salir del país, de la localidad en la que reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal".

El abuso de la prisión preventiva como medida cautelar ha sido observado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,³¹ en cuya opinión el problema obedece fundamentalmente a deficiencias en el sistema procesal.

Principio de proporcionalidad

Una medida tan grave como la prisión preventiva, que significa una negación al principio de libertad durante el proceso, no se justifica cuando la infracción que se persigue se castiga con una pena privativa de libertad mínima. El nuevo Código, al igual que el de 1983, prohíbe adoptarla si la pena privativa de libertad prevista para el delito que se juzga es inferior a un año.³²

Tampoco se justifica que la medida se prolongue por un tiempo que se acerque a la duración de la pena en sí. El legislador constituyente, entre las reformas introducidas a la Constitución en 1998, incluyó una mediante la cual limita la duración de la prisión preventiva a seis meses en los delitos sancionados con prisión y a un año en los castigados con pena de reclusión.³³

Principio de legalidad

La posibilidad de la aplicación de la prisión preventiva depende de la concurrencia de determinadas circunstancias expresamente previstas en la ley. El Código³⁴ exige que concurren las siguientes:

a) Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;

a) Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito;

b) Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

c) La determinación legal de los supuestos que facultan la adopción de la medida, o mejor dicho, la circunstancia de que ésta no sea discrecional sino que se encuentre legalmente determinada, permite que el cumplimiento de dichos supuestos en cada caso, sea susceptible de revisión o examen por vía de recurso, cuya existencia constituye en sí misma una garantía exigida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.³⁵

El Código contempla dos procedimientos de control diferentes y complementarios: un recurso de apelación para ante el superior de quien dictó la medida, que está franqueado tanto al imputado como al Ministerio Público,³⁶ y uno de amparo, susceptible de plantearse solamente por el imputado.³⁷

Principio de la prueba suficiente

Si la ley exige que la aplicación de esta medida preventiva dependa de la producción de ciertas circunstancias, éstas deben, evidentemente, probarse.

Además, para asegurar que se respete el carácter excepcional de la prisión preventiva, es necesario también que se pruebe la condición de peligro concreto. Es decir que aun que se cumplan los supuestos previstos por el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, si está segura la presencia del imputado y la normalidad del desarrollo del proceso, no procede la prisión preventiva.

VI. EL DERECHO DE DEFENSA

Como efecto de la presunción de inocencia, las imputaciones en contra de una persona son enunciados esencialmente controvertibles: su veracidad está en duda, mientras no se la demuestre.

De esta manera se abre la puerta a la transformación del procedimiento de condena en una controversia racional, cuyo desarrollo es posible solamente si la posibilidad de defenderse queda garantizada para el acusado.

El derecho de defensa está reconocido expresamente en la Constitución, la cual lo extiende a todo tipo de procedimiento y no solamente al proceso penal.³⁸ Además, expresamente protege la defensa en todos los estados y grados del proceso, lo cual elimina toda posible duda respecto a la necesidad de que se respete este derecho cuando se trata de providencias interlocutorias u otras de parecido carácter en que se dilucidan cuestiones previas.

El Código de Procedimiento Penal reconoce al derecho de defensa carácter inviolable³⁹

El reconocimiento constitucional del derecho de defensa es, sin embargo, mucho más que la simple afirmación de la posibilidad de defenderse y se manifiesta en una doble dimensión: como *garantía procesal* y como *derecho subjetivo*.

En su *dimensión procesal*, el derecho de defensa se expresa y concreta en un conjunto de garantías que limitan la actividad de la acusación y la del órgano jurisdiccional y están contenidas en dos principios fundamentales del proceso penal: el de *contradicción* y el *acusatorio*.⁴⁰

La posibilidad de que el imputado pueda intervenir en la controversia, defendiéndose de los cargos supone, en primer lugar, el reconocimiento a su calidad de *parte procesal*. La combinación entre este reconocimiento y el principio de igualdad, da lugar al nacimiento del *principio de contradicción*, que consiste en la existencia para ambas partes de la posibilidad efectiva de exponer sus pretensiones y de sustentarlas ante un juez imparcial.

El principio de contradicción comprende, como señala Maier: *la imputación, la intimación y el derecho de audiencia*;⁴¹ es decir, la necesidad de que los cargos que se formulan consistan en la relación clara, precisa y circunstanciada de un delito (*imputación*); que esa relación sea efectivamente conocida por el imputado de manera oportuna (*intimación*), y que el imputado sea oído y pueda presentar su defensa antes de la resolución (*derecho de audiencia*).

El *principio acusatorio* define ciertas condiciones en las que debe realizarse el enjuiciamiento y, entre ellas, asigna las funciones o papeles⁴² procesales específicos a cada uno de los actores. La especificidad excluye cualquier confusión o fusión entre tales papeles,⁴² de manera que debe haber diferenciación entre el órgano que ejerce y mantiene la acusación y el órgano que juzga; así como entre el órgano encargado de la fase de investigación y el órgano que decide sobre la procedencia de la condena.

En cambio, en tanto derecho subjetivo, el de defensa consiste en un conjunto de prerrogativas para hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, que se ejercen tanto personalmente por el imputado (*defensa material*), cuanto por su abogado defensor (*defensa técnica*).

En este sentido, el derecho de defensa comprende:

1. *El derecho a ser informado de los cargos existentes en su contra.*

El ejercicio de la defensa se vuelve imposible, a menos que se conozca el contenido de la acusación. El derecho a ser informado de los cargos existentes se constituye así en uno de los requisitos fundamentales para la estructuración del proceso.

De otro lado, esta vinculación funcional con el derecho de defensa, impone ciertas características a la información que debe proporcionarse al imputado, la cual debe ser *inteligible, completa y oportuna*.⁴³

La exigencia de que la información sea inteligible resulta especialmente importante cuando la diversidad cultural es una característica del medio e incluye diversidad de lenguas. Por eso se explica la alusión expresa de la Constitución a que la información ha de ofrecerse en la lengua materna del imputado⁴⁴. Pero no es esa la única posible limitación cuya presencia podría volver ininteligible a la información acerca del contenido de la acusación. También el analfabetismo como condición cultural podría producir el mismo resultado, si la información se consigna por escrito.

Información completa es la que contiene todos los elementos necesarios para sustentar la defensa, es decir, tanto los relativos a la naturaleza de la acusación, como a su *causa*⁴⁵. La incriminación es el resultado de una decisión de un órgano del poder público, que debe motivarse como las demás y, como se verá más adelante, supone tanto una mención explícita de los hechos que se consideran incriminatorios y de las normas sustantivas que se estiman infringidas, como una explicación acerca de la pertinencia de la aplicación de las normas sustantivas a los hechos.

La oportunidad tiene que ver con el momento en que la información se pone a disposición del imputado. La Convención Americana de Derechos Humanos exige que la comunicación de los cargos sea "previa y detallada".⁴⁶ Esto significa que el imputado ha de disponer de ella antes del momento procesal en que deba hacer valer su defensa. Como se verá más adelante, esta garantía mínima se vincula así estrechamente con el derecho a disponer del tiempo necesario para preparar la defensa, de manera que el "antes" se convierte en "con anticipación suficiente". De otro lado, debe tenerse presente que el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos requiere que la comunicación se produzca "sin demora", lo cual ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el sentido de que la información acerca de los cargos debe proporcionarse "tan pronto como una autoridad competente formule la acusación"⁴⁷. Ambas exigencias deben conciliarse.

2. *El derecho a no incriminarse*

El derecho de toda persona a no incriminarse, reconocido por el artículo 81 del Código, figura entre los principios del debido proceso consagrados por la Constitución⁴⁸ y entre las garantías procesales mínimas exigidas por la Convención Americana de Derechos Humanos.⁴⁹

3. *El derecho a contar con asesoramiento legal competente*

Comprende tanto el derecho a defenderse personalmente o a designar un defensor, como el derecho irrenunciable a exigir que se le proporcione uno por el Estado.

No se trata de una mera forma. El asesoramiento legal competente⁵⁰ debe reflejarse en el desarrollo del proceso y supone, en primer lugar, la posibilidad de comunicarse libre y privadamente con el defensor⁵¹. La jurisprudencia estadounidense ha ampliado la garantía de manera que comprenda aun a la calidad profesional de la defensa, de tal modo que aunque el imputado haya contado con un defensor, la garantía no habría quedado satisfecha si éste ha actuado de manera manifiestamente incompetente.

Para precautelar la eficacia de este derecho a contar con un defensor, la Constitución prohíbe que se interroge a una persona, aun con fines de mera investigación, sin la asistencia de un abogado defensor y anula la eficacia probatoria de las diligencias que no cumplan con este precepto.⁵²

4. *El derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para la preparación de su defensa*

La concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, consignada como una de las garantías mínimas de la administración de justicia por la Convención Americana (CADH 8:2,c) y por el Pacto Internacional (PIDCP 14:3,b) atienden a la existencia de un conjunto tanto de condiciones fácticas sin las cuales no podría desenvolverse una defensa idónea: la comunicación libre y sin interferencias entre el imputado y su defensor, el acceso del defensor al expediente y a todos los medios necesarios para la preparación de la defensa; como de derechos complementarios: el derecho a intervenir en la prueba⁵³; a contradecir la prueba de cargo y a actuar pruebas de descargo⁵⁴.

El significado restrictivo que tiene en el nuevo Código el concepto de prueba, podría provocar dudas sobre el alcance de este derecho en la práctica. En efecto, *prueba* solamente es la presentada ante el tribunal durante el juicio, de manera que no tiene ese carácter el conjunto de datos y elementos fácticos reunidos por el Fiscal durante la indagación previa y la fase de instrucción. Aún más, el Código impone reserva sobre las actuaciones de la Fiscalía durante la indagación previa, aunque deja a salvo los principios del debido proceso. ¿Pero, qué significa esto en la práctica? ¿Si estas actuaciones no son pruebas, qué son? La misma pregunta cabe con respecto a las actuaciones de la fiscalía durante la fase de instrucción.

El Código utiliza la expresión "elementos de prueba" para designar a los datos obtenidos por la fiscalía. Esta distinción entre "prueba" y "elementos de prueba" corresponde a la que la doctrina continental hace entre "*actos de investigación*" y "*actos de prueba*". San Martín Castro, siguiendo a Ortells Ramos, identifica cinco diferencias⁵⁵:

a) Mientras el acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una afirmación hecha por una de las partes en el juicio, el acto de investigación persigue esclarecer los hechos para determinar en qué medida es posible hacer esa afirmación en juicio. Se refiere por consiguiente a una mera probabilidad: el acto de investigación actúa a manera de una precondition del acto de prueba.

b) La eficacia jurídica del acto de investigación consiste en servir de fundamento para que se dicten resoluciones de imputación o medidas limitativas de derechos de carácter cautelar, que tienen siempre carácter provisional, mientras que la prueba persigue sustentar la sentencia, es decir, la resolución definitiva sobre el fondo.

c) Mientras los actos de prueba se apoyan en un juicio de mera probabilidad, los actos de prueba están destinados a sustentar un juicio de convicción plena. De ahí que para el llamamiento a juicio sea suficiente la probabilidad razonable, mientras que para la condena, la mera probabilidad es insuficiente. La presunción de inocencia solamente queda desvirtuada con la convicción, más allá de toda duda razonable.

d) Mientras los actos de investigación no requieren del concurso necesario del imputado, cuya identidad puede todavía no haberse determinado, los de prueba no tienen eficacia sin la oportunidad de contradicción plena.

e) Mientras los actos de investigación son anteriores al juicio, los de prueba se practican dentro de éste.

La distinción, como se aprecia, guarda cierta similitud con la que existe en la doctrina estadounidense, entre *evidencia* y *prueba*; en la cual la palabra *evidencia*⁵⁶ sirve para designar a cualquier realidad sensorialmente perceptible que pueda dar cuenta de los hechos o servir para inferirlos; mientras que la expresión *prueba*⁵⁷ se reserva para la evidencia ya presentada y admitida en juicio.

Los "elementos de prueba" o, para emplear la denominación doctrinariamente apropiada, los actos procesales de investigación, le sirven a la fiscalía para sustentar ante el juez sus pretensiones: la acusación y el consiguiente pedido de llamamiento a juicio, o que se autorice alguna medida cautelar, pero nada más. En sí mismos estos elementos de prueba no ofrecen mérito alguno para condenar. Así, por ejemplo, la información que un testigo proporcionó a la fiscalía, y que consta transcrita en el expediente, no tendrá valor alguno como prueba a menos que esa persona rinda su testimonio ante el tribunal durante el juicio, con plena oportunidad de contradicción. La mera "reproducción" de lo actuado en la instrucción carece de efecto probatorio alguno.

En todo caso, no cabe duda de que el derecho de defensa exige pleno acceso de la defensa del imputado a esos elementos de prueba y la posibilidad de ofrecer otros elementos de descargo, si fuere del caso. El artículo 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aunque con una terminología que se presta a equívocos, puesto que llama pruebas a los elementos que según el Código no lo son, garantiza el pleno ejercicio del derecho de defensa.⁵⁸

5. *El derecho a que se excluya la prueba ilegalmente obtenida*

Este derecho actúa como una garantía post factum para el principio de la legalidad de la prueba,⁵⁹ en todos aquellos casos en los que pretende hacerse valer el valor probatorio de evidencias obtenidas con infracción a lo dispuesto por la Constitución y la ley.

El artículo 80 del nuevo Código desconoce toda eficacia probatoria a cualquier actuación preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales y extiende el mismo efecto a "todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías".

6. *El derecho a que las decisiones sean motivadas*

El principio establecido por el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución, debe ser el que con mayor frecuencia se quebranta en la práctica de jueces y funcionarios administrativos. Dice la norma: "*Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se haya fundado y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho*".

El empleo de fórmulas vacías de contenido por su ambigüedad extrema, ha servido para encubrir la falta de motivación. "Niégase por improcedente", "acéptase por ser legal" o "por cumplidos los requisitos del artículo tal, ordénase", son algunos de los casos más frecuentes.

En ninguno de estos casos se reúnen los tres elementos que según la disposición constitucional son necesarios para que exista motivación:

a) Determinación clara y precisa de los antecedentes de hecho relevantes. No se trata de hacer un recuento cronológico de todos los hechos o una relación de todas las pruebas o actuaciones procesales. Ese recuento no constituye motivación. Para que la haya es preciso seleccionar los antecedentes de hecho relevantes y señalar por qué lo son. Solamente de esta manera se podrá después establecer la correlación entre los hechos y las normas.

b) Identificación de las normas o principios jurídicos aplicables. No se satisface esta exigencia con la sola cita. Ni siquiera basta la transcripción textual de la norma. Ningún texto normativo se explica por sí mismo, de manera que es indispensable identificar de manera expresa los supuestos de hecho y las condiciones de aplicación cuya producción determina la procedencia de la consecuencia normativa.

c) Explicación acerca de la pertinencia de la aplicación de tales normas o principios a los antecedentes de hecho. Si se ha identificado tanto los hechos relevantes, como las condiciones de aplicación de la norma o principio en cuestión, es posible establecer la correlación, tradicionalmente expresada bajo la forma de un silogismo simple.

Si falta alguno de estos requisitos, podrá haber enunciación de antecedentes, pero no motivación. Es fácil advertir que no se está aquí ante una exigencia más o menos arbitraria del legislador constitucional, sino ante un requerimiento lógico para que la defensa pueda ser idónea. La noción del proceso como una controversia racional sería irreal si no se exige que toda decisión quede expuesta tanto en su contenido, como en la estructura lógica que la sostiene, porque si ha de haber controversia, ésta solamente puede versar sobre los distintos elementos de dicha estructura: los hechos; el alcance y las condiciones de aplicación de las normas y la correlación entre los hechos y las normas.

Esta necesidad de coherencia lógica, impone dos principios aplicables al contenido de la motivación:

a) *El principio de la singularidad personal de la incriminación*, en cuya virtud si en un mismo acto procesal se incrimina a varias personas, la motivación debe ser individual, para cada una de ellas, puesto que de la aplicación de las normas van a surgir consecuencias individuales para cada imputado.

b) *El principio de congruencia*, en cuya virtud la motivación no solamente debe ser formalmente coherente, es decir lógicamente construida, sino que debe haber tam-

bién *coherencia material*, es decir correspondencia entre lo que ha sido materia de la imputación o de la acusación y lo que es materia de la decisión que trata de motivarse.

La doctrina y la jurisprudencia constitucional española han sido especialmente cuidadosas en la identificación de los defectos de congruencia que pueden afectar a las decisiones judiciales y han distinguido: la incongruencia omisiva o *ex silentio*; la incongruencia *extra petitum* y la incongruencia por error. El propio Tribunal Constitucional Español explica el alcance de su tesis, de la siguiente manera:⁶⁰

"El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y petitum). Ciñéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse, tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio, como en el caso que nos ocupa, los motivos del recurso de apelación formulado, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi. En lo que ahora interesa, además de distinguir nuestra jurisprudencia entre la llamada incongruencia omisiva o ex silentio, que se producirá cuando el órgano judicial deja sin

contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, y la denominada incongruencia extra petitum, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, también singulariza la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia (SSTC 28/1987, de 5 de marzo, FFJJ 4, 5 y 6; 369/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 111/1997, de 3 de junio, FJ 3; 136/1998, de 4 de julio, FJ 2; 96/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 113/1999, de 14 de junio, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 4). En efecto, se trata de supuestos, como el actual, en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta".

Por supuesto, no toda incongruencia tendrá relevancia constitucional. Para que haya quebrantamiento de los principios del debido proceso, se requiere que el defecto lógico produzca indefensión; es decir que haya quebrantamiento del principio de contradicción, por existir alteración sustancial de los términos de la controversia.

Como puede advertirse, el principio de congruencia no es aplicable solamente a la motivación. Se refleja en ella, pero gobierna todo el proceso.

NOTAS

1. Alberto Wray, El debido proceso en la Constitución, *Juris Dictio* número 1, pág.
2. Ernst Beling, *Derecho Procesal Penal, Labor*, Barcelona, 1945, Pág. 148
3. La misma prohibición consta en el artículo 255 del nuevo Código de Procedimiento Penal, aunque referida exclusivamente a la audiencia en ciertos procesos. La reiteración, con carácter más limitado, se explica por el hecho de que el Proyecto del nuevo Código fue elaborado antes de la vigencia de la prohibición constitucional, incorporada por la Asamblea que aprobó las reformas de 1998. No cabe duda de que, a pesar del carácter limitado de la prohibición del Código, prevalece la más general de la Constitución.
4. A menos que expresamente se aluda al expedido en junio de 1983, toda mención al Código de Procedimiento Penal hecha sin tal especificación ha de entenderse referida al nuevo Código publicado en el Registro Oficial de 13 de enero del año 2000.
5. Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, pág. 168.
6. Dice el artículo 194 de la Constitución: "La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e inmediatez"
7. Dice la disposición: "Ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio, el Presidente remitirá el proceso a la Sala de la Corte Superior o de la Corte Suprema que corresponda, a fin de que sustancie la etapa del juicio de acuerdo a las normas previstas en el Título III del Libro IV de este Código, en lo que fueren aplicables".
8. César San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal*, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima, 1999, Vol. I, pág. 76.
9. Walter Guerrero Vivanco, *El sistema acusatorio oral*, Pudeleco, Quito, 1998, pág. 152.
10. Contrasta esta norma, por ejemplo, con la de la Constitución italiana, según la cual "El Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal".
11. Walter Guerrero Vivanco, *El sistema acusatorio oral*, págs. 160 a 162.
12. César San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, pág. 228
13. Art. 14, núm. 3, lit. c): "Toda persona tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas"
14. Art. 23, núm. 27.

15. PIDCP, art. 14, núm. 1; CADH, art. 8 núm. 1.
16. Opinión Consultiva número...
17. Artículo 192: El sistema procesal hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará ésta por la omisión de formalidades.
18. CADH Art. 8, núm. 4: "El inculpado absuelto por una sentencia firme, no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos".- CPP Art. 5: "Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho".
19. Artículo 246 CPP: "El sobreseimiento definitivo del proceso da fin al juicio y, en consecuencia, impide iniciar otro por el mismo hecho.- El sobreseimiento definitivo del imputado impide que éste, en el futuro, pueda volver a ser encausado en el mismo proceso o en otros que se inicien por el mismo hecho.- El sobreseimiento provisional del proceso suspende la sustanciación del mismo durante cinco años; y el sobreseimiento provisional del imputado lo suspende por tres años..."
20. El Anteproyecto de Código Procesal Penal para la República Dominicana, en cuya elaboración participaron Binder y Mayer, limita el sobreseimiento provisional al caso en el cual "los elementos de prueba resultan insuficientes para fundar la acusación, pero el Ministerio Público justifica la posibilidad de obtenerlos" (Artículo 314).
21. Art. 8, literal h).
22. Art. 14, núm. 5
23. Art. 324
24. Art. 24, núm. 13 (in fine)
25. Art. 328
26. Art. 8, núm. 2
27. Art. 4 CPP: "Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable"
28. Héctor Faúndez Ledesma, Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (El Derecho a un juicio justo) Universidad Central de Venezuela, Caracas 1992, págs. 250 a 256.
29. Const., Art. 23, núm. 4
30. Const., Art. 24, núm. 6
31. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, Washington, 1997, págs. 29 a 32.
32. Art. 167 CPP
33. Const., Art. 24, núm. 8 y CPP Art. 169
34. Art. 167 CPP
35. Art. 9, núm. 4
36. Art. 172
37. Art....
38. "Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento" (Constitución, artículo 24:10)
39. La defensa del imputado es inviolable (Artículo 11 CPP).
40. César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, Vol. I, págs. 72 a 75
41. Julio B.J. Maier, Derecho Procesal Penal, Bs. Aires, Editores del Puerto, 1996, T. I, págs. 554 a 556.
42. César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, Vol. I, pág. 74.
43. 24:12 Const. "Toda persona tiene derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna de las acciones iniciadas en su contra"
44. En el mismo sentido: el art. 8:2,a de la CADH ("El inculpado tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no habla o no comprende el idioma del tribunal") y el art. CPP 13: "Si el imputado no entendiera el idioma español, podrá designar un traductor. Si no lo hiciere, el Fiscal o el tribunal lo designará de oficio. El Estado cubrirá los costos de las traducciones".
45. Héctor Faúndez Ledesma, Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pág. 287.
46. Artículo 8, núm. 2, letra b)
47. Héctor Faúndez Ledesma, Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, página 288.

48. Const. 24:9 "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal". También Const. 24:4,2 "Toda persona al ser detenida, será informada de sus derechos a permanecer en silencio".
49. Artículo 8, núm. 2, letra g)
50. CPP, artículo 12: "El imputado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el juez debe designarlo de oficio antes de que se produzca su primera declaración.
- El juez o tribunal pueden autorizar que el imputado se defienda por sí mismo. En ese caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica".
51. El artículo 8, núm. 2, letra d) de la CADH reconoce el "Derecho del inculpado para defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor"; al tiempo que la letra e) del mismo artículo se refiere al "Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado" si el inculpado no ha nombrado defensor.
52. Artículo 24, número 5.
53. CPP, artículo 11, inciso 2: "El imputado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas".
54. El artículo 8, núm. 2, letra f) de la CADH incluye entre las garantías mínimas al derecho de la defensa a interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de otras personas, como testigos o peritos.
55. César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, Vol. II, pág. 584
56. "All the means by which any alleged matter of fact, the truth of which is submitted to investigation, is established or disproved" (Blaks Law Dictionary)
57. "The effect of evidence; the establishment of a fact by evidence" (Idem)
58. Artículo 26 LOMP: "El Ministerio Público garantizará la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en la indagación previa y en la investigación procesal para que puedan intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo".
59. Artículo 83 CPP: "Legalidad de la prueba.- La prueba solamente tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito".
60. Segunda Sala, sentencia 213 de 18 de septiembre de 2000.