

## “EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ADJETIVO EN AMÉRICA LATINA “<sup>1</sup>



**JOSÉ SÁEZ CAPEL**

### **Programa Justicia Penal y Derechos Humanos ILANUD**

Para no empezar con las presentaciones Señor Viceministro, Presidente de la Academia, diríamos queridos colegas, colegas del Poder Judicial, colegas del ejercicio de la profesión, alumnos y alumnas que también lo hay, señoras y

---

<sup>1</sup> Transcripción de la conferencia brindada en la “Jornada Internacional Reforma Integral al Código Penal Boliviano”; realizada en La Paz el 11 de enero de 2008

señores y porque no los que se encuentran ahí en las otras aulas, que bueno son como los melómanos que van al teatro Colón de Buenos Aires y que se me meten allá arriba en el gallinero y que no están cerca del teatro, pero a veces son la gente que más conoce del lugar, a ellos también los saludos.

Bueno me toca a mí, referirme a los códigos sustantivos, a los códigos adjetivos y penales de la región en el último cuarto de siglo en América Hispana y en el Caribe se está desarrollando un proceso en algo parecido a lo que aconteció en la época de la Europa del siglo IX, cuando a raíz de la sanción del Código Procesal Penal de Napoleón, se empezó a cambiar todos los sistemas inquisitivos, que de alguna manera habían gobernado políticamente la vieja Europa, tanto desde el “Malleus Maleficarum” como desde la *“Constitutio Carolina”* y las viejas Leyes de las Partidas del Rey Alfonso el Sabio de Castilla y León, este trabajo que ha tenido vigencia en nuestra América Latina y hasta no hace mucho, el libro de las leyes, el libro del Rey Alfonso, fue la recepción del Derecho Romano Bizantino en la Europa Occidental y por ende del ingreso de un sistema que respondía a un método universitario que era el *“inquisitio”*, una nueva paradigma de investigación y que hizo que, durante casi siete siglos nuestros tribunales de Occidente, fueran cajas cerradas, gabinetes de estudio mediante la tortura oficial, donde no existía el Ministerio Público, donde el Juez tenía ambas funciones y casos que han sido hasta paradigmáticos, en el año 1927 en la hermana República de Chile suprimió el Ministerio Público y tenía un Juez tan inquisidor que era Juez de Instrucción y

Juez de Sentencia, es decir yo me ponía la capucha para investigar dictaba el auto de procesamiento y como no le iban a condenar, caramba, era la perfección del sistema político, este sistema punitivo que las ideas preclaras de la revolución Francesa y los iluministas de alguna manera quisieron cambiar y lo paradójico es que en nuestra región, desde el Río Grande hasta la Tierra del Fuego, Repúblicas que incluso nos ponemos el título de Repúblicas, no muchos países del orbe delante de su nombre le ponen República de Bolivia o República Argentina o República Oriental del Uruguay, sino que directamente España, Italia, Francia.

Repúblicas que nos calificamos de tales que las vertientes político jurídicas fueron mamadas en la Convención de Virginia de los Estados Unidos de América, más allá del sistema federal unitario y por supuesto en los pensadores del iluminismo pues bien, teníamos Constituciones liberales y sin embargo nuestro Derecho Procesal no representaba lo que eran estas constituciones y como ustedes bien saben queridos amigos, el Derecho Procesal y el Derecho Penal no es nada más que la instrumentalización del Derecho Constitucional.

Este sistema casi paradigmático en muy pocos lugares de la región nos rigió; no rigió en Cuba porque bueno la actual República de Cuba fue colonia del Reino de España hasta el tratado de París de 1898 y en consecuencia cuando logró al principio su anexión a unos protectorados de los Estados Unidos y después en 1904 su independencia total, Cuba tenía rigiendo la Ordenanza Procesal Española de 1888 y en consecuencia era lo más moderno en procesal en ese momento de

la historia, hubo casos como el que mencionó esta mañana Raúl Zaffaroni el Código de Livingston, Livingston era un jurista que cuando la Louisiana fue comprada por los Estados Unidos de América, estableció un código de naturaleza continental, no de "*common law*", para el Estado de Louisiana, un código muy prestigioso en el Sur de los Estados Unidos pero que nunca tuvo sanción parlamentaria, sin embargo faltó que en los años 30 del siglo XVIII un gobierno progresista como fue del Presidente Gálvez de Guatemala, lo pusiera en práctica y el pueblo de Livingston donde incluso les ha hablado esta mañana Raúl tuvo una escasa vigencia en Centroamérica, también en Nicaragua.

En el resto de la región seguimos con los códigos inquisitoriales que todos ustedes, todos nosotros o la mayoría de nosotros hemos estudiado con esos códigos, en la Argentina el Código O'barrio regía en el orden federal cuando ya en España había dejado de ser código, sin embargo hasta año 1992 fue nuestro Código procesal escrito una instrucción hecha por un Juez de instrucción, un proceso de sentencia escrito también, todo justicia de gabinete, con muy pocos derechos a la defensa por más que esto se proclamaba. Esto empezó a cambiar y no porque yo sea argentino lo diga, pero es un orgullo para los argentinos sino para los Cordobeses, que en 1939 dos profesores de la Universidad Nacional de Córdoba, un penalista y un procesalista, Don Sebastian Soler y Don Alfredo Vélez Mariconde hicieron un Código que de una administración bastante progresista de un gobierno radical Cordobés, estableció por primera vez en mi país y por primera

vez en América, si digamos por primera vez pues hubo un pequeño esbozo oral pero muy chiquitito de los Galeses de la Patagonia que no vale la pena mencionar ahora, esta fue la primera vez que una provincia, en un Estado de la Federación Argentina se estableció un código procesal oral, donde la instrucción preparatoria la tenía un Juez de instrucción todos ustedes conocen en una etapa intermedia y por supuesto el juicio oral. Este Código tuvo una gran influencia tanto del Código Italiano de principios del siglo del 1913 como del Código de York, cosa que no lo estigmatiza ni mucho menos, más allá de la terminología fachista de Alfredo Rocco, hay que reconocer que era un hombre socialista y por supuesto tuvo una gran influencia de la Ley Procesal Española y de la Ordenanza Procesal Alemana, este Código que de a poco fue abriendo camino en mi país ustedes bien saben la Argentina no es un país unitario es un país federal donde los códigos de fondo son facultades del congreso nacional en tanto que los códigos procesales se los da cada una de las 23 provincias y el Estado de Buenos Aires, es decir a los 24 Estados federales que componemos la confederación Argentina, sin perjuicio de que haya algunos códigos que sean muy semejantes a otros pero hasta no hace mucho hemos tenido coexistiendo hasta que la provincia de Santa Fe derogó el Código, meses pasados, un Código escrito bien inquisitorial al lado del Código procesal que nosotros aplicamos en la ciudad Autónoma de Buenos Aires que es casi una copia del Código Procesal Penal Modelo para América Latina.

Pues bien, el primer país de la región que empezó, por supuesto la región en los años 70, 80, la influencia de las concepciones de seguridad nacional, mucho no agarraban, pero había un país al cual yo particularmente quiero mucho, que es la República de Costa Rica a la cual me une mi pertenencia al ILANUD y este país, sancionó el primer código procesal en materia oral con una instrucción preparatoria también todavía medio Napoleónica hecha por Jueces de instrucción y la parte semejante a la producción de prueba, y como todavía vivía Alfredo Vélez Mariconde el gobierno de Costa Rica lo llevo a don Alfredo a que les preparara el código y esto coincidió a casi 28 años, 27 años con el nacimiento del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente que tanto ha hecho en la Región no sólo para el establecimiento de normas procesales modernas sino también para normas penales que respeten los derechos humanos. Pues bien, esto no es una modificación al Procedimiento Penal, esto es un cambio de paradigma, lo que se ha hecho en la región es cambiar los procedimientos penales, así la República de Chile lo ha hecho y acá se ha criticado injustamente al Código Procesal Penal boliviano, yo particularmente creo que el Código que ustedes tienen es un Código de excelente factura, el Código Procesal Penal Boliviano está casi tomado textualmente, del Código Procesal Penal Modelo que no es más que, aquél modelo que se hizo en el Congreso de Río de Janeiro y que ha servido de modelo a las Repúblicas que han adquirido nuevamente el carácter de tal y gobierno democrático, si ustedes comparan artículo por artículo vuestro Código con el

Código de Chile, se van a dar cuenta que no hay grandes diferencias, si, hay una diferencia fundamental, como decía el presidente Williams Clinton Doctor de Economía, la República de Chile invirtió 450 millones de dólares para implementar un Código que también con todas las estructuras judiciales, estableció nuevos jueces, estableció nuevos edificios, empezó a implantarse, por supuesto que tiene criticas no es perfecto, en Chile, si bien tiene sus problemillas en las Cortes Superiores de Distrito que siguen con la mentalidad inquisitorial y bueno algunos de ustedes seguro que han ido a ver el modelo y se darán cuenta que no todo es perfecto, el grave problema que tiene la República de Chile es la falta de una perfecta Defensoría Pública, que es lo que si tiene el sistema Costarricense, los Ticos cuando reformaron por segunda vez su código no solo crearon un código unas normas, una instrucción preparatoria hecha por el Ministerio Público, sino que al Ministerio Público y la Defensa Pública y se le dio los medios necesarios para de que en alguna manera pudieran llevar su misión acá.

De nada vale que nosotros critiquemos al Código Procesal Penal de la República de Bolivia sino le damos los medios al Ministerio Público, les rebajamos los sueldos a los Magistrados y lamentablemente cuando la Policía de seguridad le retira su colaboración, como ocurrió días pasados en meses pasados, el Ministerio Público no tiene como investigar. Vean, yo creo que no tenemos que ser hipócritas nosotros no les podemos pedir a los Códigos más que aquello para los cuales los Códigos fueron hechos, los Códigos no nos van a dar seguridad jurídica, la seguridad jurídica y la seguridad, nos lo va a dar que no haya gente que tenga

necesidades básicas insatisfechas, si nosotros tenemos una gran población juvenil que no está escolarizada y que tampoco trabaja, lo lógico es que tengamos más delitos y con ningún código perfecto, ni con el mejor Poder Judicial del mundo, eso lo vamos a solucionar, si nosotros tenemos que hay carencia de trabajo en los campos y la gente emigra a la ciudad, con todos los problemas que esto acarrea, la criminología ha dicho siempre que esto es más delito, yo no quiero meterme más en este tema porque no me extrañaría que el amigo y profesor Carranza, Carranza es una personalidad que aprovechenla, es el único filósofo que yo conozco que se dedica a la criminología, no es penalista, es filósofo y dirige un instituto de Derecho Penal.

Nosotros no vamos a lograr buena política criminal si no tenemos buena política social, de nada nos vale cambiar los recursos cambiar las penas aumentar o bajar las penas, darle más medios a la Policía o menos medios a la policía, si lo que no tenemos es política social, los ingleses que de esto mucho saben hace 150 años vienen estudiando la proporción entre los delitos contra el patrimonio y la crisis económica y es necesario señores, nosotros en nuestra América morena no vamos a poder ser realmente libres, con Códigos por el solo hecho de tenerlos, tenemos que tener un Poder Judicial que sea un digno Poder del Estado, no podemos tener un Poder Judicial que no tenga intangibilidad del salario, a los Jueces no se le puede rebajar el sueldo porque es la forma como que los más capaces se van o como los incapaces son corruptos se quedan; otra cuestión fundamental para tener un Poder Judicial que valga el nombre de tal es que por lo

menos, por lo menos el 6% del presupuesto de la Nación se destine a este Poder Judicial y por supuesto evitar, que el Poder Judicial tenga interferencia.

Cuando yo hablo de las interferencias del Poder Judicial siempre pienso en Piero Calamandrei, ese gran luchador del fascismo que fue uno de los padres de la Constitución Italiana del 47, fue el creador del Consejo de la Magistratura Italiana. Si ustedes me preguntaran ¿cuál es el modelo a seguir?, pese a nuestro sistema que no necesitaría el Consejo de la Magistratura, pero bueno lo hemos comprado lo tenemos y hemos creado órganos burocráticos que tienen estadísticas dos años después, que se la necesita, que realmente no es una real elección y concurso para elegir a los mejores para la designación de jueces, y el Consejo no me estoy refiriendo al Consejo de la Magistratura Boliviana, me refiero al Consejo de la Judicatura de toda América Latina incluso los de mi país, incluso son ternas políticas, abogados, magistrados. Señores de la misma forma que el Presidente de Diputados y del Senado maneja su posición política, de la misma forma que el Presidente de la República maneja la administración, yo creo que en nuestros países es hora que el Presidente de la Corte sea la cabeza del Poder Judicial.

Y para eso yo si me dieran a elegir, elegiría el modelo de Calamandrei, el Consejo de la Magistratura en Italia está compuesto por dos terceras partes de Jueces electos por el libre voto de sus colegas, un tercio por catedráticos elegidos por el Parlamento Italiano, y ustedes me dirán ¿no hay corporativismo? No, fíjense que la Magistratura Italiana, hizo polvo la corrupción de la cuestión de “manos limpias “ me gustaría ver que magistratura en nuestra América morena hace polvo a un

Presidente de la República antes que deje el poder después es fácil, se dice que el derecho penal sirve para los pobres y para los enemigos políticos después que dejan el poder, pues bien ese Consejo de la Magistratura Italiana tuvo muchos muertos, no crean que fue gratuito a Falcone lo mató la mafia y no fue el único Juez de Italia que lo mato la mafia, sin embargo se persistió, modificaron el sistema político, lucharon contra las Brigadas Rojas sin necesidad de aplicar la teoría de la seguridad nacional, bien saben ustedes que cuando Aldo Moro fue secuestrado, al General de la Chiesa le ofrecieron la posibilidad de que torturando a un individuo se supiera donde estaba el ex Primer Ministro de Italia, de la Chiesa que también después lo mató la Mafia dijo una cosa que para mí es también paradigmático: *“Italia se puede dar el lujo de soportar la muerte de Aldo Moro pero Italia no se puede dar el lujo de reimplantar la tortura para salvar el odio”*, yo creo y vuelvo a repetirles que ustedes no se tienen que hacer ilusión de que con un Código de factura bárbara, finalista, causalista o lo que a ustedes le gusten, van a solucionar los problemas penales de Bolivia, los problemas penales de Bolivia se solucionan con una buena Magistratura elegida por sus miembros, bien pagada, bien preparada y por supuesto con un Tribunal de enjuiciamiento que aquél que meta la mano en la lata o reciba sobresueldos de un Estado extranjero, sea expulsado del mismo, yo creo y les vuelvo a repetir que hay muchos modelos y todos muy parecidos pero lo que importa es la puesta en práctica, el modelo de ustedes es también muy parecido a la República de Ecuador, sin embargo la falencia de los ecuatorianos es que no tienen una gran Defensa Pública, yo creo

mis queridos colegas de la Magistratura de Bolivia, que la pelota esta en la cancha del lado de ustedes, son ustedes los que tienen que demostrar que la Judicatura Boliviana es digna de ser la Judicatura de la República. Muchas Gracias.