

CATALOGADO

EL DERECHO DE DEFENSA EN LO PENAL

Dr. Ricardo Falla Cáceres.

*Doctor en Derecho de la Universidad de El Salvador,
actualmente dedicado al ejercicio de la profesión en
Ahuachapán.*

INTRODUCCION

Parece, a primera vista, que el tema de la presente Tesis, si bien no carece de alguna importancia, jamás ha sido puesto en duda y está ya suficientemente discutido para que amerite su planteamiento en un trabajo de grado. Mas, como puede apreciarse con una rápida ojeada a cualquier periódico de cualquier día, o escuchando una radio o un televisor cualquiera, se ha tomado en moda de algunos periodistas el arremeter demagógico y constante contra todo abogado o estudiante de leyes, que en legítimo ejercicio de su derecho, osa patrocinar o auxiliar a los procesados ante los Tribunales del Crimen.

Si solamente fueran esos periodistas los que así procedieran, la cuestión merecería únicamente el desdén, pues no debe esperarse mucho de quienes hacen de la explotación del escándalo un fácil "modus vivendi", y, además, por los viejos prestigios de un aforismo que enseña no esperar peras del olmo. Pero ocurre en verdad que en todos los ámbitos de la opinión pública se advierte un reverdecimiento del ancestral sentimiento de repulsa contra la Abogacía y los Abogados, en especial en contra de los que intervienen en la defensa criminal. Vemos, sino con asombro, con dolorosa consternación, que en los corrillos amigables, en la conversación privada, en la charla familiar, en dondequiera, en fin, que se habla de un crimen y del abogado que media en el proceso, más pareciera ser el abogado el criminal y no el reo que defiende.

Y aunque ya sabemos que la profesión de la Abogacía es la más calumniada, denostada y combatida de todas las que el hombre ejerce en su perenne afán de ganarse la vida, y que no es de ahora que la dura invectiva y la sangrienta ironía se han trenzado alrededor de una y otros, como aquellas de Quevedo cuando dice: "lo grave de la Abogacía es que antes del litigio todo consiste en saber si esta cosa es tuya o es mía; y después del litigio todo consiste en saber si es de

tu abogado o es de mi abogado"; es necesario, y es tiempo ya, que los que hemos puesto corazón y esperanza en el áspero empeño de bregar entre Leyes y Juzgados, alcemos la palabra en defensa de la profesión que hemos aprendido a conocer y a amar como a un sacerdocio.

Porque si no en balde han transcurrido los años y los siglos y es cierto que con el tiempo todo en el Mundo cambia y se transforma, es de esperarse que también han de cambiar esos viejos y equivocados conceptos. A varios siglos estamos de cuando América fue descubierta y entregada como maravillosa fruta a la voraz codicia de los Conquistadores, y las ideas y sentimientos de aquellos tiempos, cuando de la abogacía se trata, no han cambiado en absoluto. A principios de la Conquista, un Rey de España dio un decreto que prohibía a los abogados su entrada a las colonias porque creíase que "venían con ánimos de que haya pleitos" (1); cuatrocientos años después, todavía hay quienes que con el mismo criterio niegan a dar cabida en los reinos de la moral a la abogacía y a los abogados.

Créese que el abogado vive del litigio, lucra con las diferencias y el odio entre los hombres, medra a la sombra de los crímenes y que es, aún más, hábil provocador del pleito mismo. "Pica-pleitos" le ha llamado la sabiduría popular y el concepto lo recogen regocijadamente doctos e indoctos. Ya Lope de Vega lo decía en ágiles versos:

*"Pero si el infierno es
¿Cómo escribanos no vemos?
—No los quieren recibir
porque acá no inventen pleitos".*

Peio pleitos los hay y los habíá, con abogados o sin abogados, mientras el Hombre sea Hombre, mientras el hombre continúe siendo, como afirma Hobbes, el lobo del hombre. Y, muchas veces, el pleito no es más que "la última instancia de la Abogacía"; la "vista pública" de la profesión. Su rostro más visible y el más penoso. El vulgo solamente ve la batalla final; ignora las largas y difíciles escaramuzas previas: la angustia de la consulta; las noches en vela de estudio y reflexión; el agotador empeño en convencer al cliente de la inutilidad del litigio; los serenos intentos de llevarlo por caminos de paz y de concordia. Y cuando al fin se llega al pleito, es porque, por lo menos,

(1) Dr. B. García Victória. Discurso. Revista de Derecho Procesal. Buenos Aires. Año 1º, Nº 20, pag. 230.

el abogado ha creído honestamente determinar los exactos límites de los intereses y derechos de su cliente y la necesidad de su patrocinio *jurídico*.

Pero es en la defensa en lo criminal donde el abogado encuentra la mayor incompreensión y sorbe la amargura de los ataques más crueles e injustos. Se ciegan las fuentes de la inteligencia y de la razón y sólo afloran los oscuros veneros de la ira. El crimen despierta como primera reacción miedo y cólera. Y en brazos de esos mismos sentimientos se envuelve al abogado para condenarlo y anatematizarlo. Desde que Caín, haciendo célebre la quijada del primer burro de la creación, iniciara la cadena de crímenes, dolor y sangre que todavía nos anega en pleno siglo XX —en este siglo maravilloso y paradójico, siglo de cohetes y átomos, de guerras sin piedad y de inefables sacrificios, de Bien y de Maldad en sus más exquisitas manifestaciones— un mismo sentimiento primitivo de terror y de venganza nos sacude, nos conmueve y nos lanza a la vorágine de convulsivos histerismos. . . Porque sólo en causas de histeria podemos encontrar la explicación de esa confusión y mixtificación de sentimientos de los que se hace gala cuando se intenta juzgar a los abogados. Desde los remotos tiempos en que la Historia se confunde con la Leyenda, el Miedo y la Ignorancia se han aliado en explicable contubernio para combatir a la abogacía. El abogado es atacado siempre y en cualesquiera circunstancias en que actúe. Se le tacha de venal si gana el pleito, y de ignorante o de Judas si lo pierde; y es mal director para el que sucumbe; errado consejero para el imprudente; redomado hipócrita para el de mala fe; y cobardemente precavido para el osado.

En el campo penal todos esos vicios y defectos adquieren mayor gravedad y trascendencia. Para el ciudadano común y corriente, como como para el que se precia de civilizado o de erudito, el abogado criminalista es una especie "sui generis" dentro de la fauna delincidental. Para los ojos miopes de sus gratuitos detractores, "el defensor", en todos los casos y casi sin excepción, se acerca a la liza, penetra al palenque y combate en el debate judicial penal —rota su espada de límpida verdad, mancillado su casco de resplandeciente Justicia rendido en el pendón donde tremola el Derecho y desgarrada su recia armadura de Leyes y Ciencias— esgrimiendo las armas bajas y rimes de la mentira y del falso testimonio, prostituida su ciencia, vendida su conciencia, malabarista de las leyes y del derecho, para officiar de Verdugo y crucificar a la Justicia ante el altar del Becerro de Oro.

Son esas las razones de este trabajo. Estudiante de Derecho por imperio de íntima y fervorosa vocación, llego al final de la carrera sin haber perdido ni la fe ni la esperanza con que la iniciara. Cada día me siento, por el contrario, más amante de la profesión que escogiera. Aspiro —como proclama Couture— a seguir amándola y comprendiéndola de manera tal que cuando llegue el día en que un hijo “me pida consejo sobre su destino”, no vacile un instante en señalarle la Abogacía como la más alta cima a que puede aspirar su esfuerzo. (2)

Y aunque considero que no obstante los tiempos que vivimos de técnicos y especialistas, el abogado no puede llamarse tal si no conoce y ejerce la plenitud de la abogacía; desde hace mucho tiempo he sentido una especial preferencia en tratar de conocer y comprender ese mundo extraño y desconocido de la delincuencia. Estudiarlo, para poder entenderlo y poder encontrar su explicación —si acaso la tiene— ha sido preocupación constante de mis afanes de estudiante. En seguimiento de esa preocupación he llegado —casi sin darme cuenta— a ejercer de defensor. Tal vez sin mucha ciencia, tal vez sin mucho éxito, pero, en cambio, con apasionado entusiasmo y con entera buena fe.

Leyendo, además, he encontrado muchos libros escritos por plumas magistrales que nos hablan de los problemas de la abogacía en general, de la defensa civil en particular y poco, muy poco de la defensa criminal. Culpa, indiscutiblemente, de la escasez de mis lecturas y no de la falta de autores o de libros.

Por todo ello he escogido este tema. Lejos de mí la pretensión absurda de suplir lo que no he encontrado en las bibliotecas, escribo para poner la mínima aportación de mi esfuerzo en la defensa de una de las ramas de la profesión más cara a mi espíritu y, como pocas, vilipendiada e injuriada. Como elemental deber de honradez intelectual: porque, si los que creemos en la bondad y necesidad de la defensa criminal no lo hacemos: ¿Quién la defenderá entonces?

Y luego, porque ya es llegada la hora de que los abogados criminalistas batallen tesoneramente y sin tregua porque el reo —como lo quería Enrico Ferri— deje de ser “un maniquí viviente, sobre el que pega el Juez el número de un artículo del Código Penal”, y nos acordemos, cuanta vez intervengamos en juicio de defensa de un delincuente, que no todos los hombres son creados iguales, que no todos

son reproducción idéntica de un mismo patrón y que cada uno debe ser juzgado en su precisa y particular individualización. Que en acatamiento de la "superstición de la legalidad", en aceptación del inexorable imperio de la ley, no nos olvidemos jamás que se están juzgando hechos humanos y no actos jurídicos y tengamos siempre presente al "Hombre", protagonista, víctima y centro alrededor del cual gira y se plasma todo el sistema procesal penal.

Muéveme, pues, más que nada, un anheloso ánimo de clarificar ideas y conceptos. De arrojar las sombras de la maledicencia y de los prejuicios tendidas en torno al abogado criminalista. Me preocupa establecer los linderos de lo que es y debe ser la defensa en lo criminal; analizar los conflictos entre ella y la moral; y desentrañar los que surgen entre el interés de la Sociedad en perseguir al delincuente y los derechos de éste, que los tiene, irrenunciables e inalienables, aunque sea por la única razón de ser humano.

La porfía es alta y menguadas son mis fuerzas. Pero he de intentarla. Modestamente, pero defendiendo tenaz y altivamente el derecho que todos tenemos de ser los únicos jueces de nuestra conciencia. Con pasión quizá, pero sin violencia. Sin que me arrede el denuedo y la imprecación, porque he puesto la fe en aquel luminoso pensamiento de don Angel Ossorio y Gallardo: "Hay que ser refractario al alboroto. Soportar la amargura de una censura caprichosa e injusta, es carga aneja a los honores profesionales. Debajo de la toga hay que llevar coraza. Abogado que sucumbe al que dirán debe tener su hoja de servicio manchada con nota de cobardía. Cuando se ha marcado la línea del deber, hay que cumplirla a todo trance. El viandante que se detiene a escuchar el ladrido de los perros, difícilmente llegará al término de su jornada". (3)

DOS PALABRAS

Hemos creído conveniente, para el desarrollo del tema a tratar y para evitarnos innecesarias repeticiones, intentar primeramente una visión panorámica y de conjunto del escenario donde se ejercita el alto derecho de la defensa penal.

Naturalmente, esta visión no puede ser completa ni exhaustiva, dada la naturaleza del trabajo y los apremios de la brevedad. Sin

(3) Dr. A. Ossorio y Gallardo "El Abogado —I— El Alma de la Toga" Edit. EJEA Buenos Aires. 1956
Pág. 55

embaigo, se hace inevitable por lo menos una visión general, porque ocurriendo que la defensa penal es precisamente el ejercicio activo de los derechos y garantías humanas dentro del proceso criminal, sin pergeñar la esencia de éste, sus fines y objetivos, sus límites y contornos, se hace en verdad difícil penetrar al estudio de lo que es la defensa y de sus vívidos y palpitantes problemas.

Esa es la razón por la que comenzamos este trabajo con un título que hemos llamado "GENERALIDADES". En él, como en el resto, no pretendemos hacer ciencia, sino que recoger el pensamiento de los demás para ponerlo al servicio de los derechos del hombre, de los fueros humanos, sacrificados por el proceso penal salvadoreño en un inútil intento de lucha contra el crimen.

De la Ciencia no nos ampara más que "la insobornable pasión por la verdad" (4), y las palabras de aquellos que antes que nosotros descubrieron los principios y razones de las cosas. Por ello, la constante cita, el repetido acudir a las voces de otros, no por burdo deseo de presumir erudición, sino por la impenosa necesidad de calibrar nuestro pensamiento para la angustiosa búsqueda de la verdad.

CAPITULO I

LA FUNCION PENAL

1.—Concepto.

I—Entre los fines que por propia naturaleza pertenecen al Estado. se encuentra el ejercicio de la función penal, que tiene por objeto fundamental la lucha contra la delincuencia, y que es ejercida por aquél en forma privativa y autolimitada.

Ha quedado fuera de cualquier discusión, el reconocimiento del Derecho a Castigar que posee el Estado. El "ius puniendi", negado por unos y aceptado por otros en el pasado, es ahora universalmente reconocido, aunque se difiera en cuanto a su naturaleza, ya considerada como derecho subjetivo, ya como potestad estatal. (5)

Esta facultad punitiva es ejercida contra la delincuencia. El Estado, al sancionar las infracciones a la ley penal, persigue fines de

(4) Dr. Mariano Ruiz Funes "La Actualidad de la Venganza" Edit. Losada Buenos Aires 1944 Pág. 29
 (5) Dr. M. Odegero "Derecho Procesal Penal" Tomo I Edit. IDEAS Buenos Aires 1952 Pág. 3

defensa social, en el sentido de proteger a la Sociedad en el goce y disfrute de sus derechos, y la misma vida del Estado y de sus Instituciones, puestos en peligro unos y otros por el ataque del mundo criminal.

Na cabe, dentro de los fines de este trabajo, extenderse en el planteamiento de los fundamentos filosóficos del ius puniendi; únicamente recordemos que las teorías del Derecho de Penar se pueden dividir en absolutas, que penan porque se delinque; en relativas, que penan para que que no se dilinca; y en mixtas, que pretenden conciliar la utilidad con la justicia. (6)

II—Entre nosotros, dentro de la teoría de los tres poderes que conforman la estructura estatal, la exclusividad del ejercicio de la facultad punitiva por el Estado, se encuentra consagrada en la Constitución Política. El Art. 167 manifiesta corresponder “únicamente al Poder Judicial la facultad de imponer penas”, y el Art. 81, además, establece que pertenece al Poder Judicial “la potestad de hacer juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil y laboral”.

La anterior aseveración admite ciertas excepciones. El Poder Legislativo, cuando se erige en Tribunal para conocer en los ante-juicios, en los casos que la misma Constitución indica, está participando de la función jurisdiccional del Estado. Así mismo ocurre cuando el Poder Ejecutivo, por medio de los tribunales respectivos conoce en materia contencioso-administrativa, y cuando, en uso de la facultad constitucional del Art. 167 inc. 2º, conoce de ciertas infracciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, pudiendo imponer penas de arresto y multa.

III—El carácter privativo de la función penal, lo hallamos, así mismo, establecido en la Constitución. Los principios rectores del Derecho Penal Liberal, “nullum crimen, nulla poena sine previa lege”, “nulla poena sine legale iudicio” y “nemo iudex sine lege”, han sido reconocidos por nuestra Carta Magna en sus Arts. 164 y 169: “Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”; “Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”. Concorre a fortalecer estos principios la disposición del Art. 172, que prohíbe darle efecto retroactivo a las leyes.

(6) Dr. L. Jimenez de Asua “La Ley y el Delito” Edit “Andres Bello” Caracas 1945 Pág 49

La disposición del Art. 164 consagra igualmente la garantía de que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa. (Res judicata, nobis in idem).

Se reproducen estos principios en el Código Penal, en su Art. 1º: “Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley”; y en su Art. 2º, que, al establecer la atipicidad más absoluta, manifiesta: “En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión, y no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y . . .”. Y en el Código de Instrucción Criminal, en el Art. 9º, que dice: “Corresponde a las autoridades ordinarias el juzgamiento de los delitos y faltas comunes cualesquiera que sean el Estado y condición de las personas responsables”.

IV—La misma Constitución, en su Art. 166, inciso último, al incorporar dentro de nuestro derecho positivo los conceptos de la “peligrosidad”, reclama el respeto a lo que podríamos llamar el principio de que no existe indicio de peligrosidad, ni medida de seguridad, sin una ley previa que los establezca. Al mismo tiempo, consagra la exclusividad del Poder Judicial en la aplicación del nuevo régimen del Estado Peligroso.

V—La autolimitación de la función penal se encuentra en varias normas constitucionales y legales, tales como el Art. 159 C. P., que establece la inviolabilidad de la correspondencia y su falta de fe en las actuaciones judiciales; el 165 C. P., que limita el registro y pesquisa de la persona y afirma el respeto a la morada; el 166 C. P., que reglamenta la detención y prisión de la persona, fijando en tres días el término de la detención provisional; el 168 C. P., que fija los delitos que pueden ser castigados con la pena de muerte, y prohíbe la prisión por deudas, las penas infamantes, las perpetuas, las proscriptivas y toda especie de tormento; el 170 C. P., que ordena que un mismo juez no puede serlo en diversas instancias en una misma causa; el 171 C. P., que inhibe avocarse causas pendientes o abrir juicios fenecidos; y el 178 C. P., que, al ampliar la competencia de los Tribunales Militares en períodos de suspensión de garantías, fija límites a dicha competencia; y las normas legales que desarrollan estos principios y las que establecen otras garantías al procesado.

2.—*Momentos de la Función Penal:*

I—Podemos individualizar tres momentos distintos en el ejercicio de la función Penal:

a) La sanción de la Ley Penal. O sea el momento en que el Estado define los delitos, las faltas y los estados peligrosos, y determina las penas y las medidas de seguridad.

b) La aplicación de la Ley Penal. O sea el momento en que se desenvuelve la actividad estatal para aplicar la Ley Penal, declarando el Derecho Penal al caso concreto y el sometimiento del delincuente, o mejor dicho, del sujeto infractor, a la pena o a la medida de seguridad. Todo a través de los órganos jurisdiccionales adecuados y por medio de un juicio que garantice y tutele aquellos derechos que pertenecen a la esencia del hombre.

c) El tercer momento reside en la ejecución de la pena o de las medidas de seguridad, es decir, del cumplimiento de la pena y del sometimiento a las medidas de seguridad.

Siguiendo a Eugenio Florian, (7), podemos decir que estos tres momentos se concretan así: a) El momento de la conminación abstracta; b) el momento del juicio; y c) el momento de la ejecución. Para Florián, el momento "a" corresponde al Derecho Penal y los "b" y "c" al procedimiento penal. No obstante la anterior opinión, así como la de don Luis Jiménez de Asúa, quien, en cambio, considera que la ejecución es parte del Derecho Penal, nosotros pensamos que el tercer momento, la ejecución, pertenece al Derecho Penitenciario que tiende a convertirse en un Derecho autónomo.

3.—La Conminación Abstracta:

I—Decíamos que el primer momento de la función penal corresponde a la definición de lo que el Estado considera como delitos, faltas y estados peligrosos, y a la determinación de las penas y medidas afines.

En el primer momento, en su empeño de lucha contra la delincuencia, el Estado pretende con la definición de las conductas antisociales y de las penas y medidas similares, amenazar a los posibles infractores de las normas que garantizan la paz y la seguridad social. Aunque afirmábamos que la función penal es uno de los fines del Estado, creemos que en realidad esta función no es finalista en si misma, sino que es el medio por el cual el Estado trata de mantener la paz, proteger la seguridad colectiva, asegurar la libertad y los derechos del

(7) Eugenio Florián "Elementos de Derecho Procesal Penal" Trad. de L. Prieto Castro Edit. Bosch s/a
Pág. 14

hombre, tanto respecto del Estado mismo, como en sus relaciones con los otros hombres, así como salvaguardar sus bienes jurídicos y morales. La función penal, en su primera etapa, consiste, pues, en conminar, en amenazar a los posibles infractores de las normas de la convivencia humana, con males inmediatos, con el objeto y la pretensión de que se abstengan de violar tales normas.

Como ya advertíamos anteriormente, ya no cabe, dentro del Derecho Salvadoreño, que dicha conminación abstracta se concrete a la descripción de los delitos y faltas y a la determinación de las penas. Desde que se incluyeron en nuestra Constitución los presupuestos de la peligrosidad, o de la "temibilidad", como le llama Rafael Garófalo, su máximo Pontífice, a la descripción de las infracciones penales y a la amenaza de la pena, hay que añadir los estados peligrosos y las medidas de seguridad.

Concretando, el momento "a", la conminación abstracta, consiste en la definición de las conductas humanas que el Estado considera como delitos, faltas o estados peligrosos, y la descripción de las penas y medidas de seguridad que aplicará a quienes cometan los primeros o se coloquen en la situación de los últimos.

II—Al hablar de conductas extendemos este término aún a los estados peligrosos, pues con excepción del numeral 13º del Art. 4º de la Ley de Estado Peligroso, ésta siempre exige la manifestación de un hacer, de una conducta voluntaria, para que el individuo se coloque dentro de sus límites

III—En nuestra legislación, encontramos este momento "a" repartido en tres grupos de leyes. Son ellos. 1º) Los Códigos Penal y Militar; 2º) La Ley de Estado Peligroso; y 3º) Varias leyes que definen delitos y faltas y sus correspondientes penas, como, entre otras, la Ley Agraria, la Ley de Policía, etc.

4.—El Momento del Juicio:

I—En el Art. 164 de la Constitución Política, se asienta el principio de la necesidad e imprescindibleidad del juicio, del proceso, como único medio o sistema posible para que el hombre pueda ser privado de su vida, de su libertad y de su propiedad o posesión. La garantía del proceso ha devenido en norma constitucional. El proceso es el único vehículo para la realización del Derecho Penal. (Nulla poena sine legale iudicio).

El Art. 169, a su vez, declara que el Proceso Penal debe ser conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por tribunales previamente establecidos. Se confirma y se amplía el anterior postulado y se consagra el "Nemo iudex sine lege". La misma disposición destierra los procedimientos y Tribunales extraordinarios del Derecho Salvadoreño.

Además, el Art. 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prohíbe a los Tribunales y jueces dictar reglas o disposiciones de carácter general sobre la aplicación e interpretación de las leyes. Estando igualmente prohibido que los procedimientos pendan del arbitrio de los jueces, quienes no pueden dispensarlos, restringirlos ni ampliarlos (Aits. 2º Pr. y 566 I.).

II—El Estado, como ya dijimos, tiene el derecho y el deber de someter al infractor de la Ley Penal al cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad. Pero para que ello ocurra, es necesario que medie previamente una sentencia que reconozca este derecho en el caso concreto.

Y para llegar a la sentencia, es imprescindible el juicio, el proceso, que debe rodearse de las máximas garantías a la persona humana. Es decir, lograr la defensa de la Sociedad, pero sin sacrificio ni mengua de los derechos que el hombre posee por el simple hecho de serlo. Dificil síntesis, labor por demás ímproba, pero de cuya realización depende que se viva bajo un régimen de Derecho o de cualquier otra cosa, que pudiéramos llamar Derecho Totalitario o Derecho Revolucionario, pero lo cual de Derecho únicamente tendrá el nombre.

5.—El Momento de la Ejecución:

I—Media vez se ha realizado en el proceso, por el órgano jurisdiccional competente, el Derecho Penal al caso concreto, se llega a la tercera fase de la función penal: a la ejecución de la pena o de la medida de seguridad.

El Derecho Positivo Salvadoreño, a nuestro juicio, está informado por la Escuela Penal Clásica. Sus tres postulados fundamentales: el delito como ente jurídico; su imputabilidad basada en el libre albedrío y en la responsabilidad moral; y la pena como sanción remuneratoria y expiatoria y como medio de tutela jurídica; poseen plena vigencia dentro de las concepciones de nuestros Códigos.

Nos interesa referirnos por el momento, al tercer postulado: el

cual encontramos rigiendo el momento de la ejecución en nuestra Legislación. Vemos, así, que el Art. 1º del Código de Instrucción manifiesta: "Juicio criminal es el que tiene por objeto la averiguación y castigo de los delitos y faltas". Y las disposiciones de la parte especial del Código Penal, que tipifican los delitos y faltas y establecen sus sanciones, usan igualmente el término "castigar": Art. 355: "El parricidio será castigado"; Art. 357, reformado: "El reo de asesinato será castigado..."; el Art. 210: "Será castigado con..."; el Art. 229: "Será castigado con las penas..."; el Art. 470, reformado: "Los reos de hurto serán castigados: 1º) Con seis meses... si el valor de lo hurtado pasare de diez colones y no excediere de veinticinco; 2º) Con un año... si excediere de veinticinco y no excediere de cien colones; 3º) Con dos años... si excediere de cien... y no pasare de trescientos". Etc. Tenemos, pues, que los Códigos consideran la pena como sanción expiatoria y remuneratoria, estableciendo su proporcionalidad cuantitativa como en el presente ejemplo, pues además de que cada delito tiene adaptada su pena paralela, vemos que también se castiga en conformidad al valor del daño causado. Lo cualitativo en la proporcionalidad de la pena lo hallamos en las disposiciones que reglamentan que se tome mayor o menor cantidad de pena, según los elementos siguientes: Grado de ejecución del delito (Consumado, frustrado, etc.); mayor o menor participación del sujeto delincuente (Autor, cómplice, etc.); y circunstancias de la ejecución del delito (Atenuantes y agravantes). (8)

II—En el Art. 16 Pn., al referirse la ley al lugar del cumplimiento de la pena, establece la posibilidad de medidas de corrección, pero privativamente para los menores delincuentes; al decir: "Mientras se fundan legalmente establecimientos penales o escuelas de corrección, destinadas exclusivamente para menores delincuentes..."; pero en cuanto a los demás reos seguía considerando la pena como castigo y expiación. Admitiendo el Código únicamente la libertad condicional en los casos de que el reo condenado a presidio o prisión menor, siempre que hubiere observado buena conducta en las primeras tres cuartas partes de su condena; con el cargo de que si cometía nuevo delito, se le agravaría la nueva pena con la parte que se le había perdonado; pero lo cual no obedecía en realidad a que la ley tendiera a considerar la posibilidad regenerativa de la pena, sino que era un simple perdón. (Nota "A"). Con las reformas de noviembre de 1957, cuando se injertan en el Código Penal la libertad condicional y la

(8) Código Penal Salvadoreño Arts 9, 10, 42 y sigta y 52 y sigta

remisión condicional de la pena, en los Arts. 19 y 67 A, B y C, se admite, por una parte, que el reo adquiriera “hábitos de trabajo, orden y moralidad”, que le conceden, llenados los correspondientes requisitos, la rebaja de la pena de prisión mayor en la mitad y la de presidio en un cuarto, condicionado a ciertas medidas cautelares y a que no cometa un nuevo delito dentro del tiempo de la rebaja y una tercera parte más; y, por la otra, a que se le remita la pena de prisión mayor o menor, cuando se den ciertas circunstancias y se cumplan ciertos requisitos, con el fin de darle oportunidad de regenerarse.

III—Es digno de hacer notar que la suspensión de la sentencia condenatoria en casos de delitos que merezcan prisión mayor o menor, que es una de las últimas conquistas de nuestro ordenamiento penal para los delitos comunes, ya existía en nuestra legislación desde el año de 1918, cuando se promulga el Código de Justicia Militar vigente, el cual, la aceptaba en delitos castigados con prisión mayor o menor cometidos por un oficial, atendiendo a que no hubiere cometido otro delito militar o común a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del reo. Esta remisión o suspensión de la condena dura un lapso de cinco años, en el cual, si el condenado no comete un nuevo delito militar o común, o faltas militares graves o muy graves, la primera condena queda extinguida. En caso contrario la primera pena se aplicará sin confundirla con las posteriores, y para éstas se tomará en cuenta la reincidencia (Art. 21).

IV—Nuestra Carta Magna, por otro lado, rompe violentamente con la concepción clásica del Derecho Penal. En el Art. 168, reduce el ámbito de la pena de muerte, destierra las penas perpetuas, las infamantes y las proscriptivas y toda especie de tormento, y ordena que los Centros Penitenciarios se organicen con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos. Ya no es la pena expiación y castigo, sino que está imbuida de una intención correccional. La Constitución establece la pena y la medida de seguridad como doble arma de lucha contra el crimen, pues en el Art. 166, inciso último, da cabida a los presupuestos de la peligrosidad. La defensa social penetra al campo del Derecho patrio, siendo “El Salvador el primer país en el mundo que da cabida en su Código Penal, en su Ley Fundamental, al derecho del Estado de defenderse contra los sujetos peligrosos que no han delinquido, pero que se espera que delinca”, o sea “las medidas preventivas de defensa social, como medio científico

de la lucha estatal contra la delincuencia”, (9). La norma constitucional, ha sido desarrollada posteriormente por la Ley de Estado Peligoso, dictada el 22 de mayo de 1953.

Como vemos, el Derecho Constitucional Salvadoreño y algunos amagos legislativos pretenden una reestructuración en la ejecución de la pena. La pena comienza a perfilarse como instrumento de readaptación, de corrección, de regeneración, en contra de la pena como castigo o expiación. Además, el proyecto de Código Penal, recoge los principios del “arbitrio judicial” y de “la sentencia indeterminada”, los que, junto con el “estado peligroso”, constituyen las tendencias actuales del Derecho Penal, en observancia de lo que se ha dado en llamar “la tregua de las escuelas”, planteando los problemas penales desde un punto de vista político-penal.

V—Esperemos que esas nuevas y vigorosas tendencias del Derecho Penal Salvadoreño logren su madurez cierta y duradera; que la promesa no se quede en esperanza, porque en nuestro país, para nuestra desgracia, casi siempre la belleza de los propósitos se destroza en la falsedad de las realizaciones. Hace años que estamos hablando de Centros Penitenciarios Modernos y la realidad nos demuestra que la crueldad, la suciedad, la injusticia, lo ruin y lo absurdo, han llegado a su grado más alto en nuestras prisiones y cárceles; que éstas, pese a todo, no llenan más función que la de servir de “universidades del crimen”. La Ley de Estado Peligoso urgía de material humano y de instituciones adecuadas para su correcta finalidad, y seis años después todavía no han sido creados ni proveídos, de manera que la desesperada profecía de Manuel Castro Ramírez, es una tremenda realidad “En El Salvador tenemos una perfecta ley de Estado Peligoso, pero la más peligrosa de las leyes, por inútil”. (10)

CAPITULO II

EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO

6—Concepto de Proceso Penal:

I.—El Proceso civil atañe generalmente a las cosas, a los nego-

(9) Dr. Manuel Castro Ramírez h. Conferencia “La Ley de Estado Peligoso” Revista “Ciencias Jurídicas y Sociales” Tomo V Nº 28 San Salvador, 1953, Pág. 57

(10) Dr. Manuel Castro Ramírez Conferencia citada Pág. 53

cios, a los bienes. La persona humana es contemplada en planos secundarios y casi siempre en relación con los intereses económicos. Fuera del matrimonio, del divorcio, de la capacidad civil, de la protección a los menores y otros pocos casos, opera sin mayor contenido humano. En cambio, el proceso penal es el drama —desnudo y cálido— de la misma vida. El proceso penal absorbe al ser humano con todas sus virtudes y con todos sus defectos. Le debe tomar y analizar en la plenitud de sus pasiones y de sus vivencias. Pesar y medir en todos sus actos externos y debe, también, penetrar audazmente en el mar insondable de su conciencia. No puede ni debe constreñirse al ser que se mira y que se siente, sino que debe, por propios imperativos, tenderse vigilante sobre la vida social escudriñar entre las tormentas y varivenes de la vida afectiva, descender al misterio de la vida íntima, recorrer los laberintos de la vida intelectual y llegar, como especie de bisturí, hasta dentro de las propias entrañas, para hurgar —ávido y anheloso— entre las vísceras y órganos que conforman la vida fisiológica . . .

El proceso civil considera al individuo apenas como un personaje secundario que gira en torno a los bienes materiales. El otro, el proceso penal, hace, en cambio, del individuo, del ser humano, el eje sobre el cual se asienta toda la vida. En el primero, pudiéramos decir, el hombre es como un planeta diminuto dentro de un sistema solar. En el segundo, es el centro, el sol mismo que atrae y rige todo lo demás.

Solamente dándole preponderancia al hombre, respetando sus derechos esenciales, acatando sus íntimas facultades, estableciendo la plenitud de su dignidad y asegurando la plena vigencia de las garantías que le acompañan por su naturaleza humana, podemos comprender y aceptar el Derecho de Castigar dentro de una Sociedad organizada, que ha de realizarse necesariamente por medio del Proceso Penal. En la eterna pugna entre el hombre que pretende rehuir la responsabilidad de sus culpas y la Sociedad o el Estado que pretende castigarlo, debe llegarse al establecimiento de la armonía entre esos dos derechos. Sin mengua del uno ni del otro, sin que en defensa del hombre delincuente se llegue a la impunidad, y sin que en castigo del crimen nos olvidemos de la Justicia y volvamos a los excesos de la Venganza.

II.—Dijimos ya, que el objeto del proceso penal es el juzgamiento de conductas humanas, de hechos del hombre. No puede aceptarse dentro de él, el duro rigorismo de la ley y los fríos principios de la lógica jurídica. Esta es la esencia del proceso penal. Hasta que nos demos cuenta, hasta que sintamos las diferencias profundas y trascendentales

de los dos procesos, llegaremos al establecimiento de los exactos contornos de la función penal. Nuestro Código, realizado y plenamente imbuido de los principios del "castigo" como máxima aspiración y fin último de las leyes penales y procesales, no ha dejado, no obstante, de sentir el profundo impacto de la vida y de las razones o sin razones que no conocen la frialdad de los silogismos y la cerrada preceptiva de las leyes, pero que llegan a encontrar justificación en las profundidades de la conciencia y del corazón humano. El Código de Instrucción Criminal, al establecer las reglas que deben normar la conducta de los Jurados en el gravísimo momento en que, como dioses, tienen en sus manos el poder tremendo de condena o libertad, les dice: "La ley no pide a los jurados cuenta de los medios por los que han llegado a formar su convencimiento: la ley no les prescribe las reglas de las que deban deducir la plenitud y la suficiencia de una prueba: ella les prescribe interrogarse a sí mismos en el silencio y en el recogimiento y buscar en la sinceridad de su conciencia qué impresión han hecho en su razón las pruebas producidas en contra y en defensa del acusado.

La ley no les dice, tendréis por verdad tal hecho verificado por cierto número de testigos; ellas no les hace sino esta sola pregunta que encierra la extensión de sus deberes: ¿Tenéis una íntima convicción?" (255 I.).

III.—Establezcamos la armonía profunda entre los derechos del delincuente y los de la Sociedad que persigue su delito; logremos la feliz conjugación de estos dos derechos antagónicos, hagamos de la función de juzgar, serena deliberación que realice el derecho al caso concreto, sin excesos expiatorios, sin histerismos deformadores, sin inmorales condescendencias; para que juzgar sea en verdad hacer justicia y se destierre del proceso la venganza y la impunidad.

Respetemos al hombre en su esencia, en sus derechos, en su dignidad. Que no se transformen o se pierdan en holocausto de una falsa Justicia. Defendamos el lugar preponderante que ocupa dentro del proceso penal. Porque cuando el orden se transforma y el hombre se vuelve algo menos que un peón en el complejo tablero del ajedrez estatal, la libertad desaparece del proceso penal y se llega a los linderos del Derecho totalitario. Y el día en que es privado del derecho de defensa y prevalecen dentro del juicio valores secundarios, se llega a la total negación del derecho mismo. Si en el proceso no existe libertad, es sintomático que tampoco existe en los demás campos de la actividad estatal. Nos encontramos ante dictaduras de derecha o de izquierda, o de hombres o partidos, porque la libertad es el sustentáculo

del Derecho y sin Derecho no existe Democracia. Y los Tribunales y el Proceso Penal se vuelven sangrientas mascaradas que hacen irrisión de la Justicia.

7.—*Concepto Jurídico del Proceso Penal:*

I.—Decir proceso, es sentar la idea de algo en movimiento. Proceso viene del latín “processus” y deriva de “procedere”, que significa “ir en realidad o figuradamente algunas personas o cosas unas tras otras guardando cierto orden” (11). Significa, pues, algo que se mueve ordenadamente.

Dentro de nuestra legislación se usan indistintamente los términos juicio y procedimiento para expresar el ordenamiento de actos y formalidades que se suceden desde el momento en que un hecho humano presumiblemente delictuoso ocurre, hasta el momento en que se verifica con la sentencia la actuación final del Estado. (Arts. 2^o, 28 I., etc.).

Para Pessina, —proceso es “la secuencia de actos que constituyen el movimiento del derecho para el castigo del culpable”, y para Carrara, “la serie de actos solemnes con los cuales ciertas personas legítimamente autorizadas, observando cierto orden y formas determinadas por la ley, conocen de los delitos, de sus autores, a fin de que la pena se aparte del inocente y se inflinja al culpable”. De manera que durante mucho tiempo, el proceso no ha consistido más que en un conjunto de actos y formalidades ordenadas a la averiguación de los delitos y al castigo de los culpables, sin entrar a la investigación de su naturaleza jurídica.

Pero a mediados del siglo pasado se comenzó a advertir que el proceso no era solamente el tradicional conjunto de actos y formas, y se dió principio al estudio de su esencia jurídica. Primero en referencia al proceso civil, más tarde aplicada al penal, surgió la teoría de la relación jurídica. Esta teoría está basada en el concepto romanístico del juicio (*iudicium est actus trium personarum: iudicia, actoris et rei*), y consiste en que “la ley procesal, al disciplinar los requisitos previos (presupuestos) y los efectos de los actos que se realizan en el proceso, atribuye a las personas que participan en él derechos y obligaciones. Los actos procesales que la ley reglamenta aparecen desde el punto de vista jurídico como ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones, por lo cual, dado este tejido de facultades y

(11) Diccionario de la Lengua Española Madrid 1947

obligaciones en el que se manifiesta la actividad procesal, es indudable que el contenido del proceso toma las características de relación jurídica". (12)

Oskar Bulow, en 1868, fue el creador de esta teoría, sentando, en pocas palabras, la tesis de que "el proceso contiene una relación jurídica de naturaleza esencialmente procesal". (13)

Además del concepto romanístico del proceso, esta teoría se basa en la idea enunciada por Hegel y por Bethmann-Hollweg, de que, desde la demanda hasta que el juez resuelve sobre ella, existe en el proceso un estado de incertidumbre, en el cual las partes tienen derechos y deberes (14)

Al admitirse la teoría de la relación procesal, debe admitirse igualmente la de los "presupuestos procesales", basamento de la primera, o sea, las condiciones necesarias para que se constituya dicha relación. Se puede decir, en forma más concreta, que "los presupuestos procesales penales son las condiciones mínimas cuyo cumplimiento es necesario para que exista, genéricamente, un proceso en el cual el órgano judicial pueda proveer". (15)

II.—La teoría de la relación jurídica ha sido aceptada como válida dentro del proceso penal por varios autores, entre ellos, Manzini, Florián, Massari, Vannini, Gabrieli. La niegan, entre otros, Goldschmich, para quien no hay necesidad de dicha teoría para fundar la obligación del juez en el proceso, porque esta obligación deriva del Derecho Público, que impone al Estado la de administrar justicia mediante el juez, y a éste se le impone su cargo en relación al Estado y a las partes, afirmando la teoría de "la situación jurídica".

Señalando que la teoría de la relación jurídica es puramente abstracta, desligándose completamente del objeto de proceso, Wach estableció la teoría de la existencia de la protección jurídica, "entendiendo por tal el derecho subjetivo público procesal de la parte, a que el Estado le otorgue la protección jurídica procedente según el derecho material mediante una sentencia favorable" (16).

Esta teoría fué duramente combatida, y ha sido completamente abandonada. Otros autores han pretendido encontrar la explicación jurídica del proceso en la teoría del proceso como Institución. Se dice

(12) E. Florián Obra cit. Pág. 80

(13) M. Oderigo Obra cit. Pág. 32

(14) M. Oderigo Obra cit. Pág. 32

(15) E. Florián Obra cit. Pág. 85.

(16) E. Jimenez Asenjo "Derecho Procesal Penal" Edit. Revista de Derecho Privado" Madrid s/a Pág. 69

que el proceso no es en realidad una relación jurídica, sino un compuesto de relaciones que van del juez a las partes y de parte a parte; no siendo posible que la relación jurídica pueda designar el todo del proceso, ya que no es más que una parte de su contenido. Guasp considera al proceso como “un complejo de actividades, relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva a la que figuran adheridas, sea o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad”, definiéndola como “serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una protección fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello”. El proceso debe entenderse como una institución, concebida como un sistema u organismo jurídico formado metódicamente, de acuerdo con ciertos principios que persiguen la obtención de una sentencia. Jiménez Fernández (17), define el proceso “como la institución reguladora de los actos de las partes y del juez, encaminadas a la justa efectividad de los derechos subjetivos mediante la coaccionabilidad jurisdiccional”.

III.—Creemos que por la naturaleza de este trabajo, basta con el ligero recuento que hemos hecho de las teorías acerca de la esencia jurídica del proceso, porque en ningún momento hemos pretendido penetrar en la profundidad de ésta en relación con nuestro proceso penal, sino que prestar mayor atención al aspecto objetivo que ofrece nuestra legislación.

Así, vemos que desde que un acto o un hecho humano viola cualquiera de las normas que consagran la Paz y la Seguridad colectiva, el Estado inicia una serie de actos y formalidades concatenadas que llevan por finalidad mediata la lucha contra la delincuencia, y como inmediata la realización de la ley penal al caso concreto, por medio de una sentencia que así lo establezca. Usando la terminología de la teoría de la relación jurídica, ha surgido un hecho que al reputarse o considerarse como delito, ha hecho nacer la relación jurídica que se desenvuelve entre el Estado y el hechor, llevando como contenido la aplicación de la ley penal a éste último.

Vemos, igualmente, que la sentencia a la que tiende el proceso como finalidad inmediata que realizará el derecho al caso concreto, no puede ser siempre condenatoria. De la misma esencia del Derecho Penal surgen las posibilidades de la absolución: cuando el hecho presumiblemente delictuoso no es en realidad delito; cuando el autoi

(17) Jiménez Fernández cit por De Pina “Derecho Procesal (Femas)” Edit Botas 1951 23 Ed Pág 194

de la infracción no es responsable de su hecho, en observancia de cualquiera de las circunstancias que nuestra ley llama genéricamente eximentes; etc. Del Derecho Procesal surgen otras posibilidades: no se establece la medida mínima del cuerpo del delito o de la delincuencia; o el hecho ya ha sido juzgado con anterioridad; o ya se extinguió la acción para su persecución; etc. Además de la amplia posibilidad de que los Jurados consideren que el presunto delincuente no es culpable, en acatamiento de cualquiera de aquellas razones que, ya dijimos, no admite el Código, pero sí la conciencia humana.

Esta serie de actos y formas por medio de los cuales se llegará definitivamente a establecer la culpabilidad o la inocencia del inculgado, deben correr a cargo de un órgano apropiado. Este no puede ser más que un Tribunal, que un Juez, que posea la facultad de administrar justicia penal, que participe del "momento del juicio" en la función penal del Estado. Demás es decir que dicho tribunal debe encontrarse establecido por la ley previamente al hecho que juzgará. (Art. 169 C. P.) No puede, pues, el Estado, nunca y en ningún caso, crear tribunales especiales o extraordinarios para el juzgamiento de una conducta humana, cualquiera que sea su crimen y cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes. Estos tribunales deben ejercer la potestad exclusiva que posee el Estado de juzgar. De este modo, creemos que se da uno de los elementos fundamentales de la teoría de los "presupuestos procesales": Un órgano jurisdiccional penal legítimamente constituido. (18)

Tenemos, pues, establecido que la potestad de juzgar pertenece al Estado en forma exclusiva, quien la ejerce por medio de un tribunal previamente constituido al hecho de que se trata, el cual participa de la función penal del Estado y deberá realizar la ley penal al caso concreto. Pero todo este hacer judicial debe verificarse a través de un modo de proceder, de una serie de actos y formas a las que debe ceñirse obligatoriamente el tribunal en la averiguación de los hechos y en el juzgamiento del hechor. Esto constituye el procedimiento penal, el que no puede quedar al arbitrio del juez o de las partes, porque, si así fuera, la función de juzgar se saldría de sus límites. Es necesario y es imprescindible que estos procedimientos se encuentren también preestablecidos por la ley al hecho que se trata. Art. 169 C. P.) La Constitución veda igualmente al Estado el establecimiento de procedimientos especiales o extraordinarios.

(18) E. Florián *Obra cit.* Pág. 86

Naturalmente, el proceso debe de tener un objeto, un fin principal. Dijimos anteriormente que la finalidad mediata del proceso penal es servir de instrumento de lucha en contra de la delincuencia. También afirmamos que su finalidad inmediata consiste en la aplicación de la ley penal al caso concreto. El proceso tiende, pues, a la imposición de una pena o de una medida de seguridad. Su esencia es eminentemente penal. Debe de proveer sobre materia penal, aunque accesoriamente pueda conocer de materia distinta. (Arts. 68 Pn. y 42 al 48 I.) Creemos que en ésto consiste el segundo elemento de los "presupuestos procesales": una relación concreta de derecho penal.

Por otra parte, el Art. 164 de la Constitución Política, consagra el derecho de que nadie puede ser privado de su vida, de su libertad, de su propiedad y posesión, sin haber sido OIDO y vencido en juicio. Esta disposición establece, además de la garantía del juicio, la garantía de la defensa. De allí se desprende la necesidad de que el sujeto sobre el cual se deduce una relación de derecho substantivo, dicho de otro modo, de que contra quien se ejerce la actividad punitiva del Estado, tenga la plena facultad de contradecir la imputación o de excluirse de la relación de derecho penal. De acuerdo con nuestro Código de Instrucción, este sujeto puede hacer uso de su derecho constitucional de defensa de distintas maneras, que no son del caso expresar en estos momentos. Solamente recordemos que el reo, el imputado, puede defenderse por sí mismo, o por medio de una persona distinta, o por sí y por medio de otros al mismo tiempo. (Art. 54 I.)

La acción penal no puede pertenecer más que al Estado. Siendo éste el titular del Derecho de castigar, a él corresponde el ejercicio de la acción penal que nace del delito. Dejemos por un lado, el análisis de la esencia de la acción penal, la que, en realidad, no puede nacer exactamente del delito, pues entonces no nos explicaríamos los casos de procesos que llegan a establecer que un hecho delictuoso no ha ocurrido, o que no es delito, etc., y digamos con nuestro Código: "De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable..." (Art. 42 I.) Ahora bien, el ejercicio de esta acción corresponde exclusivamente al Estado, pero éste la puede ejercer por medio de sus órganos propios dedicados a esta función específica: Ministerio Público, llamado entre nosotros Fiscalía General de la República; por el propio tribunal juzgador, dada la naturaleza especial de nuestro proceso que ha concedido al propio tribunal dicho ejercicio, a través del procedimiento de oficio, o sea del principio de la "oficialidad" (Art. 28 I.); o por medio de cualquier persona particular, con excepción de las que la ley prohíbe este derecho. (Arts. 32 y 33 I.)

Dentro de nuestro proceso, encontramos la intervención necesaria del Fiscal en toda causa por delito perseguible de oficio y en las de delitos privados, cuando los ofendidos fueren menores de edad o incapaces y carezcan de representante legal. (Art. 62 I., reformado).

Son estos dos elementos los que completan la teoría de los presupuestos procesales: la presencia de un órgano regular de acusación y la intervención de la defensa.

IV.—Con lo expuesto anteriormente creemos que es posible llegar a fijar el concepto del proceso penal salvadoreño; el que deseamos establecer sin mayores pretensiones, pues somos los primeros en darnos cuenta de nuestras limitaciones, sino que en obediencia de las necesidades del trabajo.

Digamos, entonces, siguiendo los lineamientos de la definición que propone Florián, que el Proceso Penal Salvadoreño es el conjunto de actos y formalidades pre-establecidos por la ley, mediante los cuales los órganos jurisdiccionales competentes, también pre-establecidos por la ley, con la intervención necesaria del Fiscal, y, potestativa en el sumario y necesaria en el plenario, de la defensa, observando ciertos requisitos, proveen esencialmente a la aplicación de la ley penal al caso concreto.

Afirmamos que es necesaria la intervención fiscal, pues así lo ordena el Art. 62 I., reformado, y potestativa la defensa en el sumario, porque la necesidad de ésta surge entre nosotros del auto de elevación a plenario en adelante (Arts. 189 I., reformado; 270 I., N^o 2^o); y decimos que se provee esencialmente a la aplicación de la ley penal, pues pensamos que aunque ésta se aplica en forma primordial, también se aplica la misma ley procesal, como en los casos de sobreesamiento (Art. 181 I., Nos 2 y 3), o de absolución por los jurados; así como la ley civil o mercantil en otros casos, como cuando se resuelve sobre la responsabilidad civil (Arts. 2065 y siguientes del Código Civil), y en casos tales como la quiebra (Arts. 479 Pn. y siguientes; 791 Com. y siguientes).

8.—Procedimiento Penal Salvadoreño:

I.—Podemos decir que los procedimientos penales salvadoreños

se pueden dividir en tres clases: el procedimiento penal propiamente dicho, que comprende las formas de proceder en la averiguación de los delitos y faltas que describe el Código Penal, al que habría que agregar el procedimiento para realizar los postulados de la novísima Ley de Estado Peligroso; los procedimientos para hacer efectivas las normas penales del Código de Justicia Militar, incluidos en el mismo; y los procedimientos para conocer en ciertas infracciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas que se encuentran excluidas del conocimiento del Poder Judicial y sujetas al de las Autoridades Administrativas, aunque con la limitación de que éstas no pueden imponer más penas que las de arresto hasta por quince días y multa, pudiendo la multa ser permutada por arresto, en el caso de que no sea pagada, pero el cual en este caso, no podrá durar más de treinta días (Art. 167 C. P.)

II.—El Proceso Penal propiamente dicho se encuentra reglamentado por el Código de Instrucción Criminal y por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la que establece la organización de los Tribunales, las competencias y da ciertas normas de procedimiento. Además, de acuerdo al Art 566 I., por el Código de Procedimientos Civiles en todo lo que no estuviere modificado expresamente por el Código de Instrucción.

Este procedimiento, así como todos los demás, está regido en primer término por la Constitución Política, la que fija y limita los principios procesales que se deben necesariamente observar en todo procedimiento penal, así como en la constitución y creación de jurisdicciones y de cargos judiciales.

9.—*Antecedentes Históricos:*

I.—El Proceso Penal Salvadoreño encuentra sus antecedentes más remotos en el Derecho Romano, el cual fue llevado al resto de pueblos europeos por las triunfantes legiones romanas, recibiendo entre ellos España, el influjo de sus instituciones y principios, que concebían el derecho como función eminentemente estatal, con sus órganos jurisdiccionales bien delimitados, con sus jueces, sus procedimientos, sus medios de prueba, y la intervención del acusador y del defensor. Sobre la influencia romana, España recibe la de otros pueblos de origen germano, que invaden la península ibérica y le injertan su derecho y sus instituciones, aunque fue necesaria la obra de siglos para que se pudiera llevar a cabo la fusión del derecho romano con el germano, especialmente el visigodo, los cuales incluyeron dentro del derecho

español las pruebas de Dios, la lucha judicial y la presencia casi inútil del Juez.

De estos derechos, lentamente va surgiendo un derecho procesal netamente español, con la indudable participación del derecho Árabe, pues sometida como fue España a la conquista arábiga, aunque casi siempre les respetaron las formas y fueros de gobierno a los distintos Reinos y Ciudades hispanas, indiscutiblemente hizo sentir su influencia, tal como lo vemos con la presencia dentro de nuestro derecho de innumerables palabras de origen árabe, como alcalde, alcabala, y casi todas las que comienzan con "al". (18)

El Fuero Juzgo, el Fuero Viejo, el Fuero Real, Las Partidas son las grandes obras legislativas que rigen en España hasta el momento del descubrimiento de América y es, entonces, que "Cristóbal Colón cruza el Atlántico y sobre el puente de mando de la Santa María, lleva las Partidas y el Fuero Juzgo y América construye su proceso a imagen y semejanza del español" (19). Ya en tiempos de la Colonia es promulgada la Recopilación de las Leyes de Indias (1680), dictadas especialmente para las colonias americanas. Durante esa época también rigen en América la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805).

II.—El Derecho Español continúa rigiendo durante los primeros tiempos de la vida independiente. Así, vemos que el numeral 7º del Acta de Independencia del 15 de Septiembre de 1821, ordenaba: "Que entre tanto, no haciéndose novedad en las autoridades establecidas, sigan éstas ejerciendo sus atribuciones respectivas, con arreglo a la Constitución, decretos y leyes, hasta que el Congreso indicado determine lo que sea más justo y benéfico". El decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, del 2 de Julio de 1823, convocada en el Acta de Independencia, ordenaba igualmente que continuaran rigiendo la Constitución, leyes y decretos de la antigua España, "en todo lo que no sean opuestos a la independencia y libertad de los pueblos, nuestros comitentes, y en todo lo que sea adaptable". (20)

III —En 1855, la Recopilación de las Leyes del Salvador, obra debida al Padre de la Legislación Salvadoreña, Presbítero Isidro Menéndez, recoge las distintas disposiciones, tanto de las leyes españolas, como de las dictadas por las Asambleas de la Federación y del Estado

(18) E Couture Obra cit Pág 45

(19) R Padilla y Velasco Discurso "Centenario del Código de Procedimientos Judiciales Discursos" Edit Ministerio de Cultura San Salvador 1958 Pág 43.

(20) Isidro Menéndez "Recopilación de las Leyes del Salvador en Centro America" 2ª Edic Imprenta Nacional San Salvador 1956 Tomo I Pág 20

del Salvador, que se encontraban vigentes a la fecha. En la recopilación se encontraban las normas y reglas para proceder en las causas criminales, así como las que establecían la organización de los Tribunales de Justicia. Entre las cuestiones interesantes de dicha reglamentación, se encontraban las que establecían que los Jueces de 1ª Instancia debían ser nombrados por elección popular, lo que fue establecido por la Ley del 26 de Febrero de 1835. Esta Recopilación se llevó a cabo durante el gobierno del General don José María de San Martín, siendo Ministro del Interior el Lic. I. Gómez.

IV.—El 20 de Noviembre de 1857, en el gobierno de don Rafael Campo, y fungiendo siempre como Ministro del Interior, así como de Relaciones Exteriores, el Lic. Ignacio Gómez, se promulga nuestro primer Código de Procedimientos Judiciales, que comprendía los civiles y criminales. De nuevo fue el Padre Menéndez quien redactó este Código, siendo revisado por una Comisión formada por el mismo Padre Menéndez y por los licenciados Gómez y Eustaquio Cuéllar, aunque este último se retiró antes de finalizar la revisión. Este Código establece el recurso de Exhibición Personal, en una forma bastante distinta de la actual, pues ordenaba que “siempre que apareciere, por la declaración jurada de un testigo fidedigno o por otra prueba semiplena, que alguno está detenido en prisión o se halla en custodia ilegal y hay motivos para creer que será sacado fuera del Estado o sufrirá un daño irreparable, antes que pueda ser socorrido en el curso ordinario de la ley, la Corte deberá dictar orden inmediata para apoderarse de la persona reducida a prisión y para aprehender a la persona o autoridad que la tenía en custodia ilegal para enjuiciarlo criminalmente”.

Disposición tan sabia y de tan profunda esencia libertaria, que era garantía firme del ciudadano ante el atropello de los poderes desorbitados, que con tanta dolorosa frecuencia suelen burlarse de las leyes y de los tribunales de Justicia; tal como no hace muchos años, cuando revolucionariamente, las autoridades policíacas irrespetaban la libertad y los derechos de un grupo de estudiantes universitarios y de obreros, llevándolos de un lugar a otro, en escarnioso juego de “escondite”, burlando a los ingenuos jueces ejecutores y a la Honorable Corte Suprema de Justicia. Lástima que dicha disposición haya sido derogada en subsiguientes codificaciones, porque hubiera sido muy útil en estos tiempos de Democracia y de libertad revolucionaria, para evidenciar que todavía es cierta la vieja invocación de Cicerón: “¡Cedant arma togae!”; o que ésta se ha transformado, ante

la impudicia policíaca, en una máxima nueva y más “revolucionaria”. ¡Cedat toga armis!

También establecía el Código de 1857, el recurso de queja por atentado, para corregir las violaciones de la ley por los tribunales, y el cual se conserva aún.

V.—El 2 de abril de 1831, se dictó una instrucción que señalaba el “orden de procedimientos de los juzgados de 1ª Instancia, en las causas criminales”; ley que fue promulgada por la Asamblea llamada “refractaria” que fungía en ese tiempo, y que no fué ratificada por la Asamblea legítima, lo que no fue obstáculo para que fuera observada por la práctica constante de los tribunales, existiendo hasta un auto acordado del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 7 de enero de 1834, que ordenaba a todos los juzgados que se cifieran a dicha instrucción para la secuela de las causas criminales. (21)

En dicha instrucción se observan ya los lineamientos esenciales que después tomará el proceso penal salvadoreño, pues ya se admitía la acusación y la denuncia, (Art. 2º), y el procedimiento de oficio, que era considerado como subsidiario, a falta de acusación o de denuncia (Art. 11). El juicio se dividía en las dos partes principales de sumario y plenario (Art. 7º), y parece ser que la defensa solamente era admitida en el plenario, aunque para los menores de 25 años se establecía la necesidad de que nombraran curador para su defensa, y si no lo hacían se lo debía nombrar el juez de oficio (Art. 16). Además, ya en la ley del 11 de septiembre de 1820, se reglamentaba el objeto de los sumarios y de los plenarios, el primero de los cuales no debía tener más objetivo que “la averiguación de la verdad, averiguada que sea plenamente por la comprobación del cuerpo del delito y por la confesión del reo, o por el dicho conteste de testigos presenciados, de modo que se pueda dar cierta sentencia, debe terminarse el sumario, y procederse al plenario desde luego”.

VI.—El Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, de 1857, se encuentra precedido de una interesante exposición de motivos en la que se concreta la ciencia jurídica más avanzada de aquellos tiempos y se explican las razones fundamentales para ciertas reformas y ciertas inclusiones. Decían en ella sus redactores que “Formará época en nuestro foro y tribunales y aún producirá un trastorno momentáneo en el orden moral”, refiriéndose, en materia procesal penal, a la inclusión de la garantía del Habeas Corpus, trasladado del de-

(21) I Menéndez Obra cit Pág 357

recho anglo-sajón, y la cuestión de los debates en el juicio criminal, los que estaban reglamentados en el sentido de que antes de que el Juez pronunciara sentencia, se debía oralmente alegar de parte del acusador o del Promotor Fiscal y contradecir por el defensor del reo, pudiendo los primeros replicar, el defensor duplicar, “y por fin se concedería la palabra al reo, para que exponga lo que convenga”. (Arts. 1256 y siguientes).

VII.—Dicha exposición de motivos ya insistía en la necesidad y primordial importancia de la calidad moral y jurídica del Juez, antes que la perfección de los instrumentos procesales, pues decían: “pues de poco serviría que los procedimientos estuvieran bien formulados, si permitieran lugar a los abusos, y si los jueces no debieran forzosamente ofrecer, en sus cualidades personales, las garantías que han menester los derechos de los particulares y los intereses de la causa pública. En esas cualidades personales está, pues, fundada la única seguridad que puede exigir la ley para los fallos judiciales: seguridad que viene a exigir a su vez precauciones también personales, porque no son dables otras”. Calidad moral del Juez que ha sido demanda permanente en el derecho salvadoreño, y cuya ausencia, ocurrida tan a menudo, obligaba que los redactores del Código de 1857, afirmando que era natural y lógico que “cuando dos disputan sobre un derecho o un hecho cualquiera, sometan la decisión a persona que por sus cualidades les inspire toda confianza de que su fallo será dictado por el saber y la justicia”, exclamarán: “¡Y cómo pretender que en lo que están interesados los derechos de todos, no concurra la misma seguridad y confianza que en lo que sólo interesa los derechos de uno o dos!”

VIII.—Este Código reglamenta ya la presencia dentro del proceso penal de los “Agentes” o “Promotores Fiscales”. o sea el antecedente de la moderna figura del Fiscal del Jurado, fundamentándose, en la exposición de motivos, en el argumento de que era “un contrapropósito y aún un absurdo” que el Juez haga las funciones de parte, “pues —decían— con tal método ni se descubren los delitos, ni se obra imparcialmente, porque el cargo es esencialmente diferente y aún contrario a las resoluciones; y que es, de consiguiente, necesario que alguno se apeone por la vindicta pública”. Argumento, aún en la actualidad, de fuerza insoslayable, pues de todos es conocido la impotencia judicial para averiguar los delitos, y, más grave aún, como algunos jueces “se enamoran” de los resultados de su investigación, siendo después verdaderamente difícil que admitan las nuevas pruebas

que se recogen en el plenario, aunque éstas sean mil veces más ciertas que las del sumario. La Institución del Promotor Fiscal —afirmaban— ya existía de antemano, pues era práctica consuetudinaria, de origen en el derecho eclesiástico, y recogido por el derecho español para toda causa grave, y que dicha práctica, aún no autorizada por ninguna ley se había establecido por el uso. Pero que después de la Independencia se olvidó la enunciada práctica y se seguían las causas únicamente de oficio.

IX.—La exposición también se quejaba de la inutilidad de los testigos como medio de prueba para la averiguación de los hechos, manifestando que dicha prueba solamente debía admitirse por necesidad y como supletoria. La argumentación en tal sentido, permanece en estos tiempos plenamente efectiva: “Como las costumbres se han relajado hasta el exceso y ya no se tiene respeto al juramento sagrado, ni se temen las penas y consecuencias de un perjurio, no hay cosa que hoy no pueda probarse, mucho más cuando litiga un poderoso, un hombre temible o de intrigas y relaciones. Para todo se encuentran testigos en el día, y no hay cosa que no pueda probarse con ellos”.

Los remedios que se les ocurrían al Padre Menéndez y al Licenciado Gómez, para superar los defectos de la prueba testimonial, eran de que se volviera público el debate en esa parte del juicio, tal como textualmente lo dicen: “Para refrenar el atrevimiento de los testigos, o que los jueces escriban lo que aquellos no hayan declarado, como se ve frecuentemente, el único remedio es que las declaraciones se den en público y a presencia de las partes; es decir, que el debate sea público en esta interesante parte del juicio. Nada deja de desear, a este propósito, la luminosa y fundada teoría admitida en Inglaterra, donde los testigos tienen por testigo y por Juez de sus calificaciones y sus fallos el poder más terrible e imparcial del mundo: la opinión pública”. Pero tal como nuestra realidad lo indica, cien años después todavía dicho remedio es ineficaz y se hace necesario la búsqueda de otra forma de poner paro al falso testimonio.

Dicho informe también reconocía el derecho a no confesar que el reo tiene (consagrado por la Constitución vigente en aquella época), cuestión ésta que es actualmente una de las más reacias a ser admitidas por la opinión pública.

El Código de 1857 también estableció la reglamentación del Tribunal del Jurado, el cual por la Constitución vigente en ese tiempo era reconocido como privativo y único para los delitos de abuso de

la libertad de prensa y como potestativo en los delitos de traición, rebelión y demás contra el orden público. Dicha reglamentación fue proveída únicamente por un deseo de los redactores del proyecto de adelantar tiempo y trabajo para el caso de que la Legislatura decidiera darle efectividad a la norma constitucional, porque, pese a ella, el jurado no funcionaba todavía.

X.—El 12 de enero de 1863 fue promulgado el nuevo Código de Procedimientos Civiles y de Instrucción Criminal por el General Gerardo Barrios, Presidente de la República, y por el Lic. don Manuel Irungaray, Ministro de Relaciones y de Gobernación. Había sido redactado por los licenciados don Angel Quiroz, Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, y don Tomás Ayón, Ministro de Justicia, de Instrucción Pública, de Negocios Eclesiásticos y Rector de la Universidad. Este Código aparece ya dividido en dos partes: el Código de Procedimientos Judiciales y el de Instrucción Criminal. Es aquí cuando nuestro Código de Instrucción toma este nombre, el cual ha conservado hasta la actualidad.

XI.—Viene después la edición de 1878, arreglada por el Licenciado don Balbino Rivas, y la que aún no contempla el juicio por jurado, aunque éste fue establecido definitivamente por la ley del 8 de marzo de 1873.

XII.—El 3 de abril de 1882, se promulga una nueva edición del Código de Instrucción Criminal, siendo presidente de la República el Dr. Rafael Zaldívar. Fue redactado por el Dr. José Trigueros y los licenciados Antonio Ruiz y Jacinto Castellanos. Aparece ya la revisión de la sentencia, y el juicio por jurados, quienes conocían de todas las causas por delito sometidas a la competencia de los Juzgados de Primera Instancia.

XIII.—La egolatría del General Carlos Ezeta, le lleva en 1893, a publicar una nueva edición de todos los Códigos vigentes, entre ellos el de "Agricultura", el cual nunca ha existido. La razón fundamental para dicha edición parece ser la oportunidad de que el señor Presidente adornara los mencionados Códigos con su fotografía.

XIV.—Los doctores Manuel Delgado Prieto, Teodosio Canianza y Salvador Gallegos redactan en el año de 1902 importantes reformas a los Códigos, incluyendo el de Instrucción, las que fueron publicadas el mismo año sin formar una edición especial.

En 1904 es editado nuevamente nuestro Código, revisado por el

D1. David Castro; en 1916 aparece otra edición arreglada por los doctores Belarmino Suárez y Emeterio Oscar Salazar; luego en 1926; y por último en 1948, bajo el gobierno del General Salvador Castaneda Castro y revisada por el Dr. Reyes Arieta Rossi, sigue la edición vigente en la actualidad.

En el mes de noviembre de 1957 se hacen algunas reformas al procedimiento penal, muchas de ellas fundamentales y bastante atinadas.

10.—Origen del Nombre del Código de Instrucción Criminal:

I.—Nuestro Código de Instrucción Criminal, como ya lo dijimos, aparece denominado así desde el Código de 1863. Este Código tuvo entre sus antecedentes "El Reglamento de Justicia" del 26 de septiembre de 1835, que era el ordenamiento procesal penal que regía la materia en España en dicha época. A la vez, su nombre proviene del "Code d'instruction" francés, incluido en la obra legislativa conocida con el nombre de "Código de Napoleón" en el año de 1808. Caprichosamente, en afán de innovación, nuestros legisladores tomaron dicho nombre, sin advertir que en el idioma francés la palabra "instruction" quizá tiene un significado más apropiado para la materia que su traducción al español, pues el término "instrucción" se deriva del latín "instructio", "instructionis", que expresa la acción de instruir o instruirse. Su imperativo "instruere", significa literalmente enseñar o doctrinar.

Creemos que esta palabra no llena ninguna exigencia gramatical, ni lógica, ni técnica, pues, aunque en una de sus acepciones sugiere la idea de proceso, de juicio ("3er Curso que sigue un proceso o expediente que se está formando o instruyendo") (22), en realidad es demasiado ambigua o equívoca para que se justifique su uso, a más de haber en nuestro idioma otras palabras que con mayor propiedad podían llenar su lugar. Tan ambigua es, que llamándose así nuestro Código, puede dar hasta idea de que se trata de un libro didáctico que sienta normas para la enseñanza criminal de los individuos.

Por otra parte, la palabra "criminal" significa, en una de sus acepciones, "las leyes, institutos o acciones destinadas a perseguir y castigar los crímenes y delitos" (23). De tal manera que para la Real Academia, este término no está usado incorrectamente para calificar el procedimiento penal. No obstante, creemos que es más indicada esta

(22) Diccionario cit

(23) Diccionario cit

última palabra, pues el Código se limita a dar las normas para la aplicación de la ley penal al caso concreto.

11.—*División del Código:*

I.—Nuestro Código se compone de tres libros: el primero, versa sobre la administración de justicia en la primera instancia; el segundo, sobre la segunda y tercera instancia (ésta ya desaparecida por la Ley de Casación), sobre la ejecución de las sentencias, el cumplimiento de las penas, sobre la rehabilitación y sobre la revisión de las sentencias; y el tercero reglamenta las cárceles, la vigilancia de éstas y rige el auto de exhibición de la persona, el Habeas Corpus, la primera y más hermosa de las garantías del salvadoreño y, por desgracia, la más violada y menos observada por la inveterada práctica de nuestras autoridades policíacas. Posee, además, un título final que contiene disposiciones generales sobre el procedimiento.

12.—*Juicio Criminal:*

I.—Su artículo primero establece que “Juicio criminal es el que tiene por objeto la averiguación y el castigo de los delitos y faltas”.

La palabra “juicio” deriva del latín “iudicio”, “iudicare” y en una de sus múltiples acepciones gramaticales significa: “Conocimiento de una causa, en la cual el Juez ha de pronunciar sentencia” (24). Dicha palabra corresponde estrictamente “al momento culminante de la función jurisdiccional, en la cual el juez declara el derecho” (25). En realidad, este vocablo está mal usado por nuestro Código, pues se refiere más bien al momento de juzgar, al momento de pronunciarse sentencia o veredicto. Pero la significación legal, la que se remonta a la antigua historia del proceso y tiene una tradición de siglos que le ha concedido un cierto prestigio y que es de una aceptación casi general, tiene un significado similar al de proceso.

Nuestro Código, en su artículo primero, no expresa realmente un concepto de “juicio”. Se limita a manifestar que “juicio es el que tiene por objeto. . .”, usando una verdadera redundancia: juicio es el juicio que. . . Pero, realmente, ha querido significar el conjunto de actos y formas que tienen por objeto la averiguación de los delitos y el castigo de los culpables.

(24) Diccionario cit

(25) M Oderigo, Obra cit Pág 31

II.—El mismo Código divide el juicio, o sea el proceso, en ordinario y sumario (Art. 2º). El criterio para esta división reside en la mayor o menor plenitud de trámites y en la naturaleza de la infracción perseguida. El juicio ordinario para la persecución de los delitos, el sumario para el castigo de las faltas y de las infracciones a la Ley de Policía.

El Código de Procedimientos Civiles, hace una división un tanto distinta, pues los considera ordinarios y extraordinarios (Art 9º Pr.), siendo, igualmente, su criterio diferenciador la plenitud de los trámites y solemnidades y la materia sobre la que versan.

En ambas divisiones, el valor tomado en cuenta es la importancia de unas y otras causas. Para las causas más importantes el juicio ordinario; para las de menor categoría, el extraordinario o el sumario. Esta división no ha dejado de criticarse ya que se considera que el Estado no debe distinguir en la atención que presta a los asuntos judiciales de sus gobernados.

13.—Su forma externa:

I—Históricamente el proceso penal adquiere dos formas fundamentales: la acusatoria y la inquisitoria. La preeminencia del proceso acusatorio es uno de los logros de la batalla constante del hombre por la libertad. Cuando ésta llega un momento y un lugar determinado de la Sociedad, el proceso será acusatorio. Cuando la libertad declina, cuando menguan sus íntimas y profundas substancias, el proceso penal se torna en inquisitorio.

En la Grecia antigua el proceso fué acusatorio. La Democracia ateniense no concebía sistema más eficaz para la protección de la libertad de sus ciudadanos, que la forma acusatoria del proceso. En Roma, en sus épocas áureas y grandiosas, el proceso fué igualmente acusatorio, heredado del Derecho Griego. Sin acusador no existía proceso; era necesario que un ciudadano se erigiese en acusador para que el Estado romano diera lugar al proceso. Sin acusador, el crimen quedaba impune. Así lo afirma Cicerón: “Si quis accusatorem non habet, non debet honoribus prohiberi”, “Nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest”. (26)

El proceso romano tenía como elementos esenciales al acusador, al reo y al juez. Búlgaro, refiriéndose a dicho proceso, dice: “Judicium

(26) Cicerón en la defensa de Roscio Citado por E. Florián Obra cit. Pág. 63 Nota 1

accipitur actus ad minus trium personarum: actoris intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in medio cognoscentis". (27) Era la lucha del acusado contra el reo, con el juez como máximo árbitro.

El proceso inquisitorio hace su aparición histórica a impulsos de la Iglesia Católica. En su lucha contra la herejía, el "crimen majestatis" de la Religión Católica, la Iglesia se sirvió del proceso inquisitorio para derramar los mares de sangre con los que inútilmente pretendió ahogar a los disidentes. Inocencio III le da inicio y Bonifacio VIII lo pone en práctica, Luis XIV, en su "Ordenanza Criminal", llega, como observa Gairaud, a la "codificación completa y definitiva del proceso inquisitorio". (28)

Las características esenciales del proceso acusatorio son la acusación, la defensa y la decisión. Las secundarias son la oralidad, la publicidad y la contradicción. En el inquisitorio, la fundamental es la falta de defensa y aún de acusación, pues el juez, el "inquisidor", podía adoptar las tres funciones; siendo sus formas secundarias el secreto y la escritura.

II.—En El Salvador, podemos decir que hemos adoptado una forma mixta. Nuestro proceso, se encuentra dividido en dos fases: la sumaria o instrucción y la plenaria. Esta división procede de la Revolución Francesa, cuya Asamblea Nacional, al decir de Florián, sentó las bases del proceso dividido en dos partes: la instrucción y el juicio oral. En la primera fase todo había de realizarse en secreto por el juez, en la segunda, todo había de verificarse en público, ante el tribunal, con acusación y plena defensa, en juicio contradictorio

La división del proceso salvadoreño en sumario y plenario, no coincide exactamente con la división francesa. Esta misma fue más tarde desprovista de su rigorismo primitivo y bastante atenuada fue incluida en el Código de Napoleón. De allí, ha llegado a los nuestros.

En nuestro país existe para las faltas un procedimiento brevísimo y sencillo, el que nuestro Código llama "Sumario" (Art. 2º I.), y el cual no debe confundirse con la primera etapa del juicio, a la que nos estamos refiriendo. Este juicio "sumario" se caracteriza por su extrema brevedad (El Código aspira a que dure apenas veinticuatro horas) por ser eminentemente oral (Art. 313 I.), y porque en él no es necesaria la presencia de un defensor, excepto que el reo sea au-

(27) E. Florián, Obra cit. Pág. 65

(28) E. Florián, Obra cit. Pág. 66

sente o se fugare (Art. 326, inc. 2º I.), y tampoco la de un acusador o del Fiscal (Art. 305 I); y consta únicamente de una fase.

En el procedimiento común, es decir, el que siguen los Jueces de 1ª Instancia para la instrucción de las causas sujetas a su competencia, la fase sumaria comprende desde las primeras diligencias hasta el auto de elevación a plenario inclusive (Art. 148 I.), y tiene una duración máxima de noventa días (Art. 189 I., reformado); término pretendidamente perentorio y que fue ordenado para poner coto a los sumarios larguísimos o indefinidos, pero el cual siempre encuentra maneras de ampliarlo la tradicional inercia de nuestros juzgadores.

Como afirmábamos anteriormente, nuestra fase sumaria difiere fundamentalmente de la "instruction" que se admitía en tiempos de la Revolución Francesa, pues excluye el secreto, admite la defensa, aunque potestativa (Arts. 166 y 174 I.), y requiere la intervención fiscal (Art. 62 I., reformado). El reo y su defensor pueden intervenir en las actuaciones sumarias y pedir la confrontación de los testigos con el reo, presentar pruebas, presenciar el examen de los testigos, interrogar a éstos y repreguntarlos, etc.

El Juez posee amplias facultades investigatorias, gozando de absoluta libertad para recoger pruebas, ordenar diligencias, resolver sobre los pedimentos de la defensa y de la acusación o del fiscal, acordar la procedencia o improcedencia de ciertos actos, etc., procediendo a la averiguación de los delitos de oficio, basado en cualquier noticia o dato que posea.

Si durante los noventa días a que se refiere el Art. 189 I., el Juez encontrare que el hecho no es en realidad delito (Art. 183 I., N° 1º); o que el reo está exento de responsabilidad (Arts. 183 I., N° 4º, 8-524 Pn., etc.); o no se establecen los elementos suficientes para la plena prueba del cuerpo del delito o de la semiplena de la delincuencia del reo (Art. 183 I., Nos. 2º y 3º); o se comprobare la excepción de cosa juzgada; etc., el Juez deberá sobreseer definitivamente, excepto en los casos de falta de comprobación adecuada del cuerpo del delito o de la delincuencia del reo, en los que puede abrirse de nuevo el proceso dentro de los dos años siguientes al sobreseimiento ejecutoriado en casos de delitos graves y dentro de uno en casos de delitos menos graves. El sobreseimiento pone fin al proceso definitiva o momentáneamente.

Pero si se comprobare plenamente el cuerpo del delito y semiplenamente por lo menos la delincuencia del reo, en las causas que debe conocer el jurado, el Juez debe elevar la causa a plenario (Art.

189 I., reformado, inc. 1^o), aunque no se encuentre depurado el informativo, lo que se deberá hacer, a juicio prudencial del Juez, durante el término probatorio. En las causas no sometidas al conocimiento del Tribunal de Conciencia, la elevación a plenario se hará al estar el proceso depurado, para lo cual el Juez goza igualmente de amplias facultades discrecionales (Arts. 189 y 163 I.)

III.—El auto de elevación a plenario es el que da nacimiento a la fase contradictoria del juicio, con la intervención necesaria de la defensa, para establecer por medio de la más amplia discusión la inocencia o culpabilidad del procesado, para llegar a la correspondiente sentencia (Art. 188 I.).

Al decir nuestro Código; “discutir contradictoriamente”, está afirmando la necesidad de la defensa y del organismo fiscal, lo que se confirma con la disposición del Art. 192, la que además establece la publicidad irrestricta y necesaria del plenario. En esta fase plenaria, durante el término probatorio, puede presentarse toda la prueba que el reo o su defensor y el fiscal o el acusador, consideren conveniente. (Art. 202 I.).

La esencia del plenario consiste en la contradicción, o sea la defensa y la acusación actuando como fuerzas generalmente antagónicas que procuran, por un lado, establecer la culpabilidad del presunto reo, y, por el otro, desvirtuar dicha imputación, demostrando la inocencia del procesado, y procurando que el reo sea respetado en sus garantías procesales y humanas, y que se guarden las formas y modos del proceso. El Juez sigue teniendo poder de investigación (Art. 189 I.), de disposición (Art. 200 y 239 I.), pero en el momento de la vista pública está supeditado a los jurados (Art. 238 I.).

El momento culminante de la fase plenaria de nuestro procedimiento, es el debate público de la causa ante el tribunal del jurado. Aquí es donde realmente deviene oral nuestro proceso y donde se advierte más claramente la discusión contradictoria de la inocencia o culpabilidad del reo. Durante el debate público, la defensa y la acusación tienen una relevancia mayor y el juez es disminuido en sus poderes, quedando casi como un mero espectador, encaigado únicamente de que la instalación del Jurado se realice legalmente, que las partes hagan uso de la palabra con la moderación debida, que el público asistente guarde orden y compostura, etc.

IV.—Nuestro Jurado está formado por cinco personas, entre las cuales se elegirá por los mismos un presidente y un secretario. Los

jurados son escogidos en el momento de la vista pública de una lista de quince personas calificadas y citadas con anterioridad. Juzgan con la más amplia facultad de examen de la prueba, de acuerdo con el sistema llamado de libre convicción o de conciencia.

El Jurado, garantía indiscutible de la libertad y de la justicia, necesita entre nosotros de profundas reformas, que no son del caso expresar aquí, porque a veces está sujeto a ciertas influencias y a ciertos inconvenientes que desvirtúan su categoría de tribunal imparcial e insobornable.

14.—Modos de Iniciar y Seguir el Proceso:

I.—Nuestro proceso penal puede iniciarse de varias maneras y seguirse en dos formas.

Se inicia de oficio (Art. 27 y 28 I.), por acusación (Art. 30), por denuncia (Art. 42 I.); por aviso (Arts. 33 y 594 I., inc. último); por excitativa especial, en los casos de delitos de calumnia e injuria contra las autoridades públicas (Art. 422 Pn.); por comunicación, que deben dar al juez los funcionarios públicos con respecto a los delitos oficiales que cometieren subalternos (Art. 216 C. P.); por “dar cuenta” a la Corte Suprema de Justicia, obligación a la que están sujetos los Jueces de 1ª Instancia y el Juez General de Hacienda, con respecto a los delitos oficiales que cometieren los Jueces de Paz y los Administradores de Renta respectivamente (Art. 396 I.). Puede hablarse también de la “queja”, a la que se refieren los artículos 28 y 33 I.

El proceso se sigue, es decir, se tramita, de dos maneras, de oficio y por acusación. La regla general es que todos los delitos dan lugar a proceder de oficio, con excepción de los de persecución privada, en los que es necesario que preceda acusación o denuncia (Arts. 401, 422, 422-C, 389 Pn.); además, en los delitos de injuria y calumnia cometidos en juicio, para poder proceder es necesaria previa licencia del Juez o Tribunal donde se cometieren (Art. 421 Pn.); y en el caso del Art. 539 N° 9 Pn., que tipifica la falta que consiste en la injuria liviana de palabra, es necesario un especial requisito que dicha disposición llama “reclamo”.

El procedimiento de oficio consiste en la actuación del juez por sí, sin necesidad de que otras personas distintas ejerciten la acción penal o le pidan el cumplimiento de los actos y formas que constituyen

el proceso, o sea, siguiendo el principio esencial del sistema inquisitorio: la pesquisa.

El procedimiento de acusación reside en la intervención de una persona particular, quien, ejercitando la acción penal, pide que se instruya el informativo para conocer de un delito o falta, obligándose a la prueba del delito acusado, siguiéndose la tramitación de la causa en la misma forma que las de oficio, con la diferencia en que en la acusación deben notificarse al acusador y al acusado las providencias que se dictaren. El acusador puede presentar las pruebas de los hechos que acusa, pero el juez puede siempre tomar de oficio las que considere conveniente, si el delito fuere de los que dan lugar a proceder de oficio. Si el delito fuere de persecución privada, se limitará a recibir las pruebas que le presenten las partes. (Arts. 62, 64, 360 I. y siguientes).

Nuestras leyes usan el término equívoco “promover” (Art. 64 I), para indicar la obligación del Fiscal del Jurado de iniciar la formación de causas criminales en los delitos perseguibles de oficio; lo que no demuestra claramente si lo deberán hacer por medio de acusación, o simplemente poniendo en conocimiento de la autoridad competente los delitos o faltas de que tengan conocimiento para que se juzguen a los culpables, como lo ordena la letra 1) del Art. 3º de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Antes de las últimas reformas al procedimiento penal del año de 1957, existía un modo de proceder “*sui generis*”, que era el que se seguía cuando el denunciante se reservaba el derecho de mostrarse parte después de la denuncia; pues, si lo hacía, el procedimiento se tramitaba como acusación. Esta manera de proceder era sin duda anómala, por lo que con buen criterio fué suprimida (Art. 51 I., reformado), no pudiendo ahora la denuncia dar lugar a que su ejercitante se muestre parte en el juicio, debiendo formular acusación en forma legal si quiere intervenir en él.

II.—Dentro de los procedimientos confiados a los órganos comunes, existen algunos que requieren requisitos especiales cuyo cumplimiento se hace necesario para poderse iniciar el proceso; así como algunas formas igualmente especiales de proceder.

Encontramos que en los delitos de rapto, violación y estupro no se puede proceder sino en virtud de denuncia o acusación de la persona agraviada o de su representante legal; pudiendo el juez iniciar el proceso de oficio solamente en caso de que la persona agraviada

sea incapaz para denunciar o acusar y carezca de representante legal (Art. 401., reformado). En los delitos de estupro y de adulterio, como en los de calumnia y de injuria, debe, además proceder conciliación (Art. 363 I.). Y en el de adulterio, a más de la acusación, se requiere que ésta sea deducida contra ambos culpables por el cónyuge inocente (Art. 389 Pn.). En los de calumnia e injuria cometidos por medio de la prensa no es necesaria la conciliación (Art. 363 I., Inc. último), y no es tampoco necesaria la acusación cuando sean cometidos contra la autoridad pública, corporaciones o clases del Estado, pues basta la excitativa especial del Gobierno a la que se refiere el Art. 422 Pn.

En cuanto a los delitos y faltas cometidas por menores y enajenados mentales se sigue un procedimiento especial reglamentado por los Arts. 367 al 375 I.; cuyo requisito esencial, en el caso de menores, consiste en la previa declaratoria de que el menor de quince años y mayor de diez obró con discernimiento, lo que debe hacerse exclusivamente basado en un dictamen médico-legal hecho al menor por dos facultativos o peritos en su defecto, a presencia del Juez. En caso de ausencia del menor, creemos que el Juez debe abstenerse de proceder, pues el reconocimiento no puede hacerse más que teniendo a la vista al menor y nunca sobre prueba subsidiaria de su desarrollo físico y capacidad mental. En cuanto a los enfermos mentales, deberá recogerse información sobre su locura o falta de razón y efectuarse un reconocimiento médico-legal sobre dicha locura y sus circunstancias, ocurriendo que si no es posible efectuar dicho examen, el Juez deberá también abstenerse de proceder, excepto en el caso de que ya estuviere con anterioridad declarado loco (Art. 373 I.), pues entonces se declarará su irresponsabilidad.

También existe un procedimiento especial para declarar la responsabilidad de los funcionarios judiciales por delitos o faltas cometidos en ejercicio de su cargo y en razón de éste, establecido por los Arts. 376 al 402 I.

El Código también reglamenta especialmente la forma de proceder en los delitos cometidos con abuso de la libertad de prensa. (Arts. 345 al 352 I.); e igualmente define otras formalidades procesales cuando el reo es ausente (Art. 353 al 359 I.).

CAPITULO III

LA JURISDICCION Y LA COMPETENCIA PENAL

15.—*La Jurisdicción penal:*

I.—“Jurisdicción” proviene de las expresiones latinas “jus di-

cere” o “jurisdiccione”, que indican la idea de declarar el derecho. Es la potestad o facultad que posee el Estado de conocer de los conflictos entre sus habitantes, o entre éstos y el mismo Estado, y sobre las violaciones a las normas legales, y de resolverlos, juzgando y sentenciando de acuerdo con las leyes.

En las leyes substantivas se manifiestan provisiones abstractas e indeterminadas, lo que hace necesario su individualización y su determinación para que dichas leyes sean aplicadas.

Esta facultad estatal de “decir el derecho” es una, pero ejercida por el Estado en distintos ámbitos y sobre distintas materias, lo que aparentemente lleva a la idea de que existen distintas jurisdicciones, tales como la civil, la penal, la laboral, la mercantil, etc.

II.—Ahora bien, a la facultad o potestad de declarar la ley penal al caso concreto, mediante un juicio legítimo, llámasele “jurisdicción penal”. Y, ésta, como las otras, no puede concretarse a la simple declaración del derecho al caso concreto, sino que debe de tener igualmente la potestad o facultad de poder hacer efectivo lo resuelto. Así mismo, para poder hacer efectiva esta declaración del derecho, debe de ejercer otra facultad, que es la de dictar y aplicar normas para la ejecución de las sentencias; o sea, en la jurisdicción penal, para la ejecución de las penas o de las medidas de seguridad que son el contenido de la sentencia condenatoria.

De tal manera que la función esencial del juez penal es el ejercicio de la “jurisdicción penal”, es decir, de la facultad estatal de decir el derecho, de aplicar el derecho penal al caso concreto. Y consta de dos elementos fundamentales: la decisión y el imperio, éste último comprendiendo el poder de ejecutar la sentencia y de aplicar las normas necesarias para su ejecución.

Dentro de la facultad de aplicar el derecho, se implica la facultad de declarar inaplicables las leyes, cuando éstas fueren inconstitucionales a juicio del juez; pues, de lo contrario, el juez estaría violando la Constitución. (Art. 95 C. P.). La misma Constitución consagra la facultad exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, de ser el único tribunal que puede, de modo general y obligatorio, declarar la inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos y decretos, en su forma y contenido, ya sea de oficio o a petición de cualquier ciudadano. (Art. 96 C. P.)

La Jurisdicción penal, ya hemos visto, solamente compete al Poder Judicial, excepto en ciertas cuestiones en las cuales conocen

las autoridades administrativas en forma gubernativa (Art. 167 C. P.). Nuestra Constitución establece en el último inciso del Art. 166, que la aplicación de las medidas de seguridad es potestad exclusiva del Poder Judicial, lo que, a nuestro juicio, era innecesario porque dicha facultad está incluida por su propia naturaleza en la función penal del Estado, y, conforme al Art. 81 C. P., ésta es ejercida únicamente por dicho Poder.

Sin embargo, dados los vicios y defectos de nuestros gobernantes, que conceden y aceptan con peligrosa frecuencia la indebida ingerencia policial en los asuntos eminentemente jurisdiccionales, la repetición del precepto constitucional no deja de tener cierta utilidad.

III.—La jurisdicción penal es ejercida por el Estado a través de órganos adecuados, cuya actividad debe realizarse necesariamente en el proceso penal.

La jurisdicción penal se subdivide en dos formas fundamentales: la jurisdicción ordinaria y la extraordinaria. La primera consiste en la aplicación normal de la ley penal por órganos previamente establecidos al hecho de que se trata. La extraordinaria se caracteriza por la creación especial de órganos o instituciones para determinada clase de delitos, creados ocasionalmente, atendiendo a acontecimientos o circunstancias especiales. Ya expresamos, que nuestra Constitución veda este derecho al Estado Salvadoreño.

Este concepto de jurisdicción “extraordinaria” debe entenderse en sentido de especialidad, de alteración de los órganos y normas comunes de la administración de justicia, para diferenciarla de otra “jurisdicción” que pudiere creerse que es extraordinaria, que contempla nuestra legislación (Arts. 44, 212, 214 C. P.). Esta jurisdicción realmente no es extraordinaria, sino que son únicamente ciertos privilegios procesales de que gozan ciertas personas por razón del cargo público desempeñado, para evitar que las altas funciones del Estado queden sujetas a los peligros de juzgamientos inmotivados, y aun a que el Poder Judicial, en determinado momento, pudiera tratar de destruir la independencia entre los tres poderes del Estado, procesando a los funcionarios de los otros poderes.

También no debemos confundir el concepto de “jurisdicción extraordinaria” con las jurisdicciones o competencias especiales por razón de la materia a juzgar, o por el fuero de guerra o militar, que no son más que subdivisiones de la jurisdicción ordinaria. Y desde que ad-

mitimos la "peligrosidad", también concurre otra división especial de la jurisdicción ordinaria.

17.—Los Organos Jurisdiccionales Ordinarios:

I.—Dentro de nuestra legislación como venimos afirmando, los órganos de la administración de justicia, se pueden dividir en: ordinarios propiamente dichos, y en órganos especiales que comprenden los tribunales a cargo del Fuero Constitucional, del Fuero Militar, del Fuero de Hacienda y del Fuero de Peligrosidad.

II.—Órganos Ordinarios Propiamente Dichos:

Los órganos ordinarios que pudiéramos llamar comunes, se dividen por razón del delito o de la falta, en Juzgados de 1ª Instancia y Juzgados de Paz.

A los Juzgados de Paz corresponde el conocimiento de las faltas que describe el Código Penal en su Libro 3º, en la primera instancia: de las infracciones de la Ley de Policía, a prevención en la Capital de la República con el Juez Especial de Policía, y en el resto de la Nación a prevención con los Alcaldes de las poblaciones; y de instruir las primeras diligencias en toda causa por delito sujeta al conocimiento de los Jueces de 1ª Instancia, lo mismo que la instrucción de todas las diligencias que éstos les sometan en los mismos juicios. (Arts. 3º y 4º I.).

De las faltas conocen en segunda instancia el Juez de 1ª Instancia competente, por medio del recurso de apelación (Art. 315 I.)

Hay Jueces de Paz en todas las poblaciones de la República (Art. 84 C. P.); debiéndose entender por población todas las cabeceras departamentales, las cabeceras de distritos y las demarcaciones municipales, que son las divisiones territoriales de la Nación. De manera que el término "población" que usa la Constitución debe entenderse como comprendiendo todos los núcleos de habitantes que se encuentran reunidos en un lugar determinado y organizados en municipio, los que pueden ser de tres clases: Ciudades, Villas y Pueblos. Por tal razón no son poblaciones los Cantones y los Caseríos, que son otras formas o núcleos más o menos organizados en los que se agrupan los habitantes salvadoreños. (Ley del Ramo Municipal).

Para ser Juez de Paz se requiere ser salvadoreño por nacimiento o naturalización, mayor de veintiún años, de moralidad e instrucción

notorias, estar en el ejercicio de los derechos de ciudadano y no haberlos perdido en los tres años anteriores a la elección. (Art. 38 L. O. del P. J.). Son de nombramiento de la Corte Suprema de Justicia, la cual los podrá escoger de una lista de personas hábiles y competentes que forman los Alcaldes de todas las poblaciones de la República y que son remitidas a la Corte por medio de los Jueces de 1ª Instancia que conocen de lo civil en el respectivo distrito judicial. El Art. 38 de la Ley citada, ordena que en las poblaciones donde hubiere estudiantes de Derecho, éstos serán preferidos para los cargos de jueces de Paz.

Los Jueces de Paz, además de la jurisdicción penal, se encuentran investidos de la Civil, para ciertas causas por razón de la cuantía, y para ciertas diligencias que les pueden delegar los Jueces de 1ª Instancia de lo Civil.

La importancia de los juzgados de Paz es grandísima en la administración de justicia, por lo que es verdaderamente lamentable que, sobre todo en el instruir de la República, el cargo de Juez de Paz sea una de las prebendas y canonjías políticas más codiciadas, y que concurren a sostener el monopolio del poder que mantienen los Partidos Oficiales que gobiernan exclusivamente la Nación casi desde su vida independiente. La función de juez de paz es tan codiciada, no por el sueldo, sino por las "gangas" y por la influencia política de que gozan sus titulares.

III.—El conocimiento de los delitos en primera instancia se encuentra sometido a los Juzgados de 1ª Instancia. Generalmente estos tribunales ejercen conjuntamente la jurisdicción civil y mercantil con la penal (Art. 14 L. O. del P. J.) En ciertas ciudades principales existen Juzgados de lo Penal que tienen a su cargo el ejercicio exclusivo de la jurisdicción penal. Los hay en San Salvador, Capital de la Nación, donde son cinco, numerados correlativamente y que conocen a prevención de los delitos en el ámbito de la ciudad, y tienen repartida la competencia en los lugares y poblaciones aledañas; en San Vicente, Zacatecoluca, San Miguel, Sonsonate y Santa Ana, donde son dos, los que conocen a prevención en el lugar de su residencia; teniendo divididos los otros lugares de su comprensión; y en Ahuachapán, donde solamente es uno. (Art. 131 L. O. del P. J.)

Para poder ser Juez de Primera Instancia se requiere constitucionalmente ser salvadoreño por nacimiento o naturalización, abogado de la República, de moralidad y competencia notorias; estar en el

ejercicio de los derechos de ciudadano y no haberlos perdido en los tres años anteriores a su nombramiento.

En segunda instancia, por medio del recurso de apelación, conoce en las causas por delito las Cámaras de Segunda Instancia competentes (29), las cuales también conocen en consulta en toda causa por delito castigado con pena que no sea de prisión menor o multa (Art. 280 y 431 I.)

De las sentencias de las Cámaras de Segunda Instancia, se admite el recurso de casación ante la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya sea de las causas que han conocido por apelación o consulta (Art. 26 de la Ley de Casación).

Existe además el recurso de revisión de las sentencias ejecutoriadas pronunciadas en toda causa criminal por delito, en ciertos casos (Art. 509 I.), el que se deberá interponer ante el Juez a quien le compete ejecutar la sentencia, el cual recogerá las pruebas y mandará suspender provisionalmente la ejecución de la sentencia, remitiendo los autos originales y las diligencias instruidas al Tribunal que pronunció la sentencia que causó ejecutoria (Art. 511 I.)

18.—Fuero Constitucional:

I.—Hasta la Revolución Francesa que proclamó la igualdad de los hombres ante la ley, éstos se dividían en libres y esclavos, y los libres en plebeyos y nobles. A los libres correspondía la mayor plenitud de derechos, pues los esclavos casi no los tenían, y entre los hombres libres, eran los nobles quienes poseían mayor suma. En materia penal, estas divisiones daban lugar a distintas penalidades según la categoría del delincuente, si acaso no a la impunidad, así como al sometimiento a distintos fueros, según la calidad de las personas. A tal grado, que hasta las formas de cumplir las penas eran distintas, tanto que para la ejecución de la pena de muerte la espada era privilegio de los nobles, y el garrote “vil”, o la horca, la forma de ejecutar a los plebeyos.

De la Revolución Francesa a la actualidad, la gran mayoría de las constituciones establecen el principio de la igualdad de los hombres ante la ley. Ya sin el rigorismo de los revolucionarios franceses, quienes no aceptaban ni siquiera las atenuantes, en acatamiento inexorable de dicho principio, llegando hasta la creación de la guillotina, que

(29) Código de Instrucción Criminal Salvadoreño Arts 279, 432 433 I

perseguía la igualdad en la ejecución de la pena de muerte. Nuestra Constitución, en su artículo 150, acepta y reconoce el principio de la igualdad.

II.—No obstante, y en todos los países, se reconocen excepciones a este postulado. En cumplimiento del Código de Bustamante, El Salvador acepta que “están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante, los Jefes de los otros Estados que se encuentren en su territorio” (Art. 297); y que “gozan de igual exención los representantes diplomáticos de los Estados contratantes en cada uno de los demás, así como sus empleados extranjeros, y las personas de las familias de los primeros que vivan en su compañía. (Art. 298). Tenemos pues que reconocer la inviolabilidad de los Jefes de Estado y de los diplomáticos extranjeros acreditados ante nuestro Gobierno, así como de sus empleados extranjeros, y de sus parientes que vivan en su compañía. Tal reconocimiento tuvo lugar, no hace muchos años, en el caso del hijo de un diplomático sudamericano que cometió un homicidio por imprudencia en estado de ebriedad, y del cual tuvo conocimiento el Juzgado 3º de lo Penal de San Salvador.

Estas excepciones al principio de la igualdad a las que nos venimos refiriendo, están constituidas por la inviolabilidad, a uno de cuyos casos nos referimos en el párrafo anterior, y por la inmunidad, que en realidad son verdaderos privilegios penales en razón del cargo o función desempeñada por la persona delincuente, justificados en el Derecho Público Constitucional o el Derecho Internacional, tal como lo afirma Florián (30). Y las prerrogativas procesales, que tienen su fundamento en la misma Constitución Política.

III.—El Jefe de Estado goza en casi todas las constituciones de inviolabilidad. Su justificación se ha encontrado aún en el Derecho Divino, del que se suponían investidos los monarcas, y también en el esplendor de la monarquía, como dice Binding (31). Entre nosotros, regidos por un Derecho que se supone democrático y republicano, el Jefe de Estado, el Presidente o el Vice-Presidente de la República, en su caso, no goza de inviolabilidad. Responde por cualquier delito que cometa, no gozando ni siquiera de inmunidad durante el período de su cargo, pues está sujeto a su juzgamiento, solamente que rodeándolo de ciertas garantías y formalidades que constituyen en realidad una prerrogativa constitucional procesal.

(30) E. Florián. Cit. por J. de Asúa. Obra cit. Pág. 23

(31) Carlos Binding. Cit. por J. de Asúa. Obra cit. 239

Así advertimos que el Art. 212 de la Constitución Política, juntamente con una serie de funcionarios tales como los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, los Ministros y Subsecretarios de Estado, el Procurador General y el Fiscal General de la República, el Presidente y los Magistrados de la Corte de Cuentas, los miembros del Consejo Central de Elecciones, del Consejo Nacional de Salud Pública, los designados a la Presidencia, los representantes diplomáticos, conjuntamente con el Presidente y el Vice-Presidente de la República, responden ante la Asamblea Nacional por los delitos comunes y oficiales que cometan.

Pero no es realmente la Asamblea quien habrá de juzgarlos. Esta se concreta a determinar, oyendo a un Fiscal de su seno y al indiciado, o a su defensor, si hay lugar o no a formación de causa. En el caso de que la Asamblea determine que no hay lugar a formación de causa, las diligencias se archivarán. Y en el caso de que declare que sí hay lugar a formación de causa, el indiciado será suspenso en el ejercicio de su cargo, no pudiendo, por ninguna razón, continuar en su desempeño, y se pasarán las diligencias a la Cámara de lo Penal de 2ª Instancia de la 1ª Sección del Centro, con asiento en San Salvador. (Art. 212 y 215 C. P., y de la L. O. del P. J.)

La Cámara antes dicha conocerá en primera instancia, procederá de acuerdo con los procedimientos ordinarios y someterá el conocimiento de la causa al Tribunal del Jurado, sirviéndose de las listas de jurados de las que disponga el Juzgado Primero de lo Penal de San Salvador. (Art. 283 I. reformado). Después de la Constitución de 1950, que establecía que una de las Cámaras de Segunda Instancia conocería en la primera instancia en el caso de los funcionarios del 212 C. P., se reformó el Código de Instrucción —en una de las tantas reformas políticas a las leyes a las cuales nos tienen acostumbrados los gobiernos que nos han venido rigiendo, debido al monopolio del Poder Político y Legislativo que mantienen— en el sentido que fueran dichas causas del conocimiento del Tribunal del Jurado, para permitir la absolución de un alto funcionario que había cometido un delito pasional y el cual había confesado, de manera que como ordenaba el procedimiento vigente en esa época, la Cámara, obligada a juzgar bajo el sistema de las pruebas legales, debía necesariamente condenarlo.

De las resoluciones proveídas en estos casos por la Cámara de Segunda Instancia de lo Penal de la Primera Sección del Centro, dadas en primera instancia, conocerá en segunda instancia la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, y en el recurso de Casación,

la Corte en Pleno, con excepción de la Sala que conoció en 2ª instancia. (Art. Preliminar Ley de Casación).

Si la sentencia definitiva es condenatoria, por el mismo hecho quedará depuesto de su cargo el funcionario culpable. Si fuere absolutoria, volverá al ejercicio de su cargo, si éste fuere de los que se confieren por período determinado y no hubiere concluido el período de la elección o del nombramiento. (Art. 215 C. P.)

IV.—Algunos problemas se presentan en el caso de que la Asamblea diga que no hay lugar a formación de causa. El artículo 212, tantas veces citado, ordena que en dicho caso, las diligencias se archiven. Si esta resolución tiene fuerza definitiva o no, es uno de los problemas más difíciles que se presentan. Nosotros creemos que esta resolución de la Asamblea no causa estado, porque si así fuera la Asamblea estaría fungiendo como Tribunal Jurisdiccional, absolviendo al funcionario delincuente; además de que, según la razón de este Fuero o prerrogativa procesal de que gozan los antes dichos funcionarios, que no es más que la de evitar los peligros que podrían devenir para la paz pública y el orden constitucional de un procedimiento por motivos políticos, o con provecho de éstos con posterioridad al procesamiento, dichos fines están cumplidos durante el período de funciones del culpable o presunto delincuente. Media vez ha transcurrido el término de ejercicio del cargo de dichos funcionarios, no existe razón para que no se pudiera iniciar la correspondiente acción penal ante el tribunal competente, sin que en ningún caso se pudiera alegar la prescripción de los delitos, pues cuando está suspendida la acción penal, ésta no prescribe. Porque indiscutiblemente, la razón en muchos casos, para que la Asamblea se pronuncie en el sentido de que no hay lugar a formación de causa, no es de que el delito no exista, o no haya prueba de la delincuencia del acusado, sino que es en acatamiento de conveniencias políticas, a las que obedece precisamente la excepción constitucional. En tales casos, la impunidad adquirida con tantos inaceptables para los principios de justicia que norman y justifican la función penal estatal, violando todos los postulados de la responsabilidad penal del delincuente, y desvirtuando la esencia de estos preceptos constitucionales que no consagran más que una prerrogativa procesal de la que goza el funcionario únicamente durante el período de su cargo.

También creemos, no obstante que intervinimos en años recién pasados en una acusación ante la Asamblea para el juzgamiento del ex-Presidente de la República General Maximiliano H. Martínez, por

los crímenes que cometió durante su dictadura, que en estos casos, si se intenta juzgar a los funcionarios a que se refiere el Art. 212 C. P. cuando ya éstos han finalizado el período de sus funciones, no es necesaria la previa determinación de la Asamblea de si hay o no lugar a formación de causa, por las mismas razones expuestas en el párrafo anterior.

V.—En cuanto a los diputados ante las Asambleas Legislativas y Constitucionales sí existe la inviolabilidad, pero sólo en referencia a los delitos que pudieran cometer con las opiniones o votos que emitan como tales (Art. 43 C. P.) Dicha inviolabilidad es justificada por algunos por el hecho de que al votar u opinar los diputados lo hacen como representantes del Pueblo; pero la verdadera razón más parece residir en la necesidad de que gocen de una irrestricta libertad en el ejercicio de sus funciones, y que éstas no sean restringidas por el temor de las consecuencias penales que su dicho o voto pudiera acarrear.

Por los delitos oficiales que cometan, los diputados se encuentran sometidos al mismo procedimiento que los funcionarios a los que nos hemos venido refiriendo con anterioridad. Arts. 213 C. P. y 23 I., reformado).

Por los delitos comunes el procedimiento es distinto. Cuando los delitos comunes sean graves, o sea los que están sujetos a la pena de muerte, presidio o multa que exceda de doscientos colones (Art. 5º Pn.), procederá declaración de la Asamblea de que hay lugar a formación de causa, debiendo, en este caso, ser destituido el culpable y sometido a los tribunales comunes competentes. Por los delitos menos graves y por las faltas, o sean los delitos que la ley reprime con las penas de prisión mayor o menor, o multa que pase de veinticinco y no exceda de doscientos colones, y las infracciones que la ley castiga con las penas de arresto o multa que no pase de veinticinco colones (Arts. 5º y 6º Pn.); serán juzgados por el Juez competente, sin previa declaración de que hay lugar a formación de causa, pero no podrán ser presos, ni llamados a declarar, sino hasta que concluya el período de su elección. (Art. 44 C. P.)

VI.—Las faltas oficiales y comunes que cometan los funcionarios a que se refiere el Art. 212 C. P., en conformidad al Art. 23 I., reformado, deben ser juzgadas en juicio sumario por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, pero hasta que hayan cesado en el desempeño de sus cargos, permaneciendo mientras tanto suspensa la

prescripción de la acción penal. La misma disposición parece referirse a las faltas oficiales y comunes que cometan los diputados; pero, conforme a la Constitución, las faltas cometidas por los diputados deberán ser juzgadas por los tribunales comunes. (Art. 44 C. P., inc. 2º).

VII.—De manera que se puede afirmar que en El Salvador, los funcionarios del Art 212 C. P. y los diputados, excepto por las opiniones y votos que emitan, no gozan de inviolabilidad ni de inmunidad. Únicamente los Jefes de Estado extranjeros y los Diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la República, así como sus empleados y parientes, gozan de inviolabilidad, pues no pueden ser juzgados en el país por ningún delito que cometieren. Los diputados gozan de inviolabilidad pero sólo por las opiniones y votos que dieran. Los derechos que amparan a los funcionarios referidos y a los diputados son prerrogativas constitucionales, pues “la inviolabilidad supone que aquél que goza de ella no puede ser castigado; la inmunidad resguarda contra toda persecución penal mientras el cargo transitorio dura; y la prerrogativa alude tan sólo a las garantías de antejuicio o de procedimiento especial a favor de ciertas personas”. (32)

VIII.—Además, tenemos establecido que los jueces de 1ª Instancia, los de Paz y los Gobernadores Políticos Departamentales gozan igualmente de una prerrogativa procesal para su procesamiento penal por los delitos oficiales. Esta prerrogativa consiste en que debe preceder una declaratoria de la Corte Suprema de Justicia de que hay lugar a formación de causa, para que los puedan juzgar los tribunales comunes competentes. Por los delitos y faltas comunes se encuentran sometidos a los procedimientos ordinarios. (Art. 215 C. P.)

IX.—Nuestra legislación usa constantemente los términos “delitos y faltas oficiales.” (Arts. 212, 213, 214, 215, 216, C. P., Art. 23 I., reformado, 25 I.,) (derogado), sin que encontremos una definición o concepto claro de ellos; aunque creemos que se refieren a aquellos delitos o faltas que no pueden ser cometidos sino por los funcionarios públicos en razón del cargo desempeñado, constituyendo una violación a los deberes y obligaciones que el mismo cargo les impone. En este último sentido encontramos la disposición final del Art. 211 C. P., que dice: “todo funcionario civil o militar, además de estar obligado

(32) L. Jiménez de Asúa. Obra cit. Pág. 238

a. ser fiel a la República y cumplir la Constitución, atendiendo a su texto, cualesquiera que fueran las órdenes, resoluciones, decretos o leyes, lo está “al exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable de acuerdo con las leyes”. Por funcionario público debe entenderse legalmente que lo es “todo el que, por disposición de la ley, por elección popular, o por nombramiento competente, participe de funciones públicas”. (Art. 353 Pr.)

19.—Fuero de Hacienda:

I.—Hemos visto que nuestra legislación hace una serie de divisiones de la jurisdicción ordinaria, sometiendo a tribunales y procedimientos especiales el juzgamiento de ciertos delitos o de ciertas situaciones no delictuosas, tales como las causas militares, las de hacienda y las de “peligrosidad”, a más del procedimiento excepcional del Fuero constitucional.

Hemos visto, igualmente, que este Fuero constitucional obedece a razones de alta conveniencia política y constituye una prerrogativa constitucional de excepción.

En cuanto al procedimiento de “peligrosidad”, éste se justifica en la naturaleza distinta y especial de las situaciones o estados peligrosos, que no siendo delitos ni habiendo penas, necesitan un especial modo de proceder para que no se desvirtúe su razón de ser.

En cuanto al Fuero de Hacienda, que es una división especial de la jurisdicción ordinaria por la materia del delito cometido, no encontramos en verdad una razón de peso para su justificación, ya que este Fuero viola los principios de igualdad de las personas y el de unidad de procedimientos. Es cierto que tiene antecedentes históricos e ilustres, pues se remonta a las épocas del Imperio Romano, cuando existían los “advocate fisci” y los “procuratores caesaris”, funcionarios originalmente al cuidado de los bienes del Príncipe, pero que llegaron a ser tan preponderantes que gozaron del derecho de juzgar en todas las cuestiones en las que tenía interés el Fisco (33). No obstante sus ilustres antecedentes, creemos que es indicado su desaparecimiento, pues no hay fundamento para la existencia de tribunales especiales para la primera instancia de estos asuntos, pues su naturaleza no reclama Fuero Privativo.

(33) Juan José González Bustamante “Principios de Derecho Procesal Mexicano” 2ª Edic. Edit. Botas México, 1945 Pág. 95

El Fuero de Hacienda lo heredamos del derecho hispano, el que en un principio lo ejercía el superintendente general, por sí o por sus delegados, para conocer en todos los negocios civiles y criminales que pudieran interesar a la Hacienda Pública. Por Real Orden del 27 de noviembre de 1835 se reglamentó que los intendentes generales ejercieran funciones de jueces de 1ª instancia.

II.—Entre nosotros, el régimen del Fuero de Hacienda, lo encontramos establecido en la siguiente forma: en la Recopilación de Leyes del Padre Menéndez, en el Título I, del Libro V, bajo el rubro “Organización de los Tribunales y Juzgados del Estado, y sus facultades”, aparece reglamentado que “Los Jueces de 1ª Instancia ejercerán en los negocios de Hacienda Pública las funciones que les atribuyen las leyes que actualmente rigen”; y que “Las facultades de los Jueces de 1ª Instancia se limitarán precisamente a lo contencioso, sin que en manera alguna puedan mezclarse en lo económico o gubernativo. (Arts 121 y 122). “En el Art. 32 del Reglamento de aguardiente del 2 de septiembre de 1830, se establecía que los Jueces de 1ª Instancia podían conocer “en todos los asuntos de clandestinos”, ordenando el siguiente artículo, que “Los Receptores de Alcabalas cuidarán del cumplimiento de este Reglamento ; y ya sea que noten contravención en los asentistas, o que tengan noticias de clandestinos, darán avisos oficiales al Intendente o Alcaldes o Jueces de 1ª Instancia, para que procedan a lo que haya lugar”. De manera que hasta el 20 de abril de 1841, que se dicta un Decreto del Gobierno, reglamentando la dirección y administración de la Hacienda Pública, el conocimiento de las causas que interesaban al Erario Nacional, corrían a cargo del Intendente General, de los Jueces de 1ª Instancia, y de los Alcaldes, éstos últimos con funciones jurisdiccionales similares a las actuales de los Jueces de Paz. Dicha ley crea el Juzgado General de Hacienda, pero únicamente con facultades jurisdiccionales en lo contencioso-administrativo, conociendo sólo en materias más o menos similares a las de las Direcciones Generales de Contribuciones en la actualidad

Por la ley del 21 de octubre de 1947, se suprimió el Juzgado General de Hacienda y se estableció ya claramente la jurisdicción privativa en las causas en las que tuviere interés la Hacienda Pública. El conocimiento de dichas causas corría a cargo de un funcionario denominado Intendente General, lo que establecía el Art. 104 de la referida ley: “Corresponde al Intendente General, conocer y determinar en todas las causas de negocios contenciosos civiles y criminales en que sea interesada la Hacienda Pública”; conociendo todavía los

Jueces de 1ª Instancia y los Gobernadores, en sus partidos respectivos, hasta ponerlas en estado de sentencia, en el cual debían remitirlas al *Intendente General* para que conociera en 1ª Instancia. (Art. 105). La Competencia privativa de Hacienda en causas criminales aparece más claramente en el Art. 120 de la misma ley, el cual afirmaba: “En las causas de fraude contra la Hacienda, no habrá otro Fuero ni jurisdicción que la privativa y peculiar de este ramo”.

El Decreto Legislativo del 13 de marzo de 1848, suprime la Intendencia y adopta parte de las disposiciones de la Ley de 1841 y de las de 1847, ya citadas, restableciendo en su Art. 2º, el Juzgado General de Hacienda, con las facultades y atribuciones conferidas por la Ley del 21 de octubre de 1847 a las Intendencias, correspondiéndole desde esa época el conocimiento privativo de las causas de interés al Erario Nacional.

En 1857, en el primer Código de Procedimientos Judiciales, en el Art. 1019, establece los delitos sujetos al Fuero de Hacienda: “En los delitos de extorsión o estafa, falsificación de sellos, de títulos o despachos de la Autoridad Pública, de extravío, usurpación o malversación de caudales públicos del Estado, Iglesia o de los establecimientos públicos sostenidos a costo del Tesoro, de fraudes o contrabandos, de falsificación de monedas y los demás que por el Reglamento de Hacienda se sujeten a la jurisdicción de ésta, el Juez de la misma conocerá privativamente, sin distinción de Fuero ni domicilio, conforme al capítulo único, título 7º de esta parte”.

En el Código de 1863, se excluyen los delitos de extorsión y estafa, apareciendo la jurisdicción privativa de Hacienda, en la siguiente forma: “Art 9: En los delitos de contrabando, de fraude, extravío, usurpación o malversación de caudales públicos, o de los establecimientos costeados por el Tesoro, de falsificación de moneda, de papel sellado y en lo demás que por el Reglamento de Hacienda se sujeten a su jurisdicción de ésta, conocerá el Juez de Hacienda privativamente sin distinción de Fuero ni domicilio. El contrabando de aguardiente queda sujeto al conocimiento de la autoridad ordinaria, mientras no se disponga otra cosa”.

En los siguientes Códigos, la disposición aparece en formas más o menos parecidas, consagrando el Fuero Especial de Hacienda; y desde 1888 se incluye el conocimiento de las causas por contrabando, sin distinción de clases.

El procedimiento de Hacienda se encuentra a cargo del Juez Ge-

neal de Hacienda, con asiento en la capital y competencia en toda la República. Conoce privativamente de todos los asuntos penales y civiles en que estuviere interesado el Erario Nacional, con excepción de lo contencioso-administrativo (Art. 13 L. O. del P. J.)

La fase sumaria del juicio de Hacienda es instruida por los Administradores de Rentas, funcionarios de nombramiento del Poder Ejecutivo en el ramo de Hacienda, con asiento en todas las cabeceras departamentales y con competencia en el respectivo departamento para conocer en dicha fase. En la capital de la República, el Administrador de Rentas conocerá a prevención con el Juez General de Hacienda de las primeras diligencias.

El Art. 322 I., reglamenta la competencia privativa de los Administradores de Rentas de cierta clase de faltas, puesto que afirma que éstos determinarían los juicios sumarios de contrabando por cantidades que no pasen de diez colones, con apelación al Juez de Hacienda.

Los juicios de Hacienda están excluidos del juzgamiento del Tribunal del Jurado, juzgando el Juez conforme al sistema de pruebas legales; y aplicando el procedimiento común en parte, de los Arts. 148 al 180, y del 193 al 209 I.

De las sentencias del Juzgado General de Hacienda conoce la Cámara de lo Penal de la 1ª Sección del Centro, en asuntos penales; y de las resoluciones de ésta se admite el recurso de Casación.

Los requisitos para ser Juez General de Hacienda son los mismos que para Juez de 1ª Instancia del Fuero Común.

19.—Fuero Militar:

I.—El Fuero Militar se encuentra, en parte, reglamentado por el Art. 11 I, que ordena que “Las autoridades militares respectivas conocerán de las causas criminales que el Código Militar sujeta a su jurisdicción”. Constituye, pues, una jurisdicción especial o, mejor dicho, una competencia privativa por razón de la materia, o sea en razón de los delitos o faltas puramente militares, cometidas por miembros de las fuerzas armadas de la República.

El procedimiento militar, así como sus tribunales y órganos, está regido por el Código de Justicia militar, promulgado el 4 de octubre de 1918, el que fué redactado por una Comisión integrada por los doctores Juan Delgado Prieto y Emeterio Oscar Salazar. Este Código

es a la vez penal y procesal, conteniendo la definición de todos los delitos y faltas militares y el ordenamiento procesal para su investigación y castigo.

El Fuero Militar se justifica en la Constitución Política vigente de 1950, la cual en sus Arts. 93 y 116, inciso último, establece, respectivamente: "Gozan del Fuero Militar los miembros de la Fuerza Armada en el servicio activo, por delitos y faltas puramente militares. Se prohíbe el Fuero atractivo"; "Para el juzgamiento de los delitos militares habrá tribunales y procedimientos especiales".

El fundamento del Fuero especial militar se hace recaer en la necesidad de procedimientos penales para el juzgamiento de los delitos y faltas militares, por la naturaleza del ejército y la necesidad de resguardar la disciplina y el orden, sobre todo en tiempo de guerra. En el informe de la Corte Suprema al Poder Legislativo, previo a la promulgación de dicho cuerpo legal, se sostenía que las razones justificativas del Fuero Militar eran las indicadas, pues afirmaban: "La jurisdicción militar no obedece al privilegio o fuero de una clase, sino a la naturaleza íntima de los hechos: como la de Hacienda o de Comercio, es privativa, no privilegiada: debe ejercerse sobre hechos peculiares del militar, y muchas veces en circunstancias de vida o muerte para el Ejército y aún para la Nación: de aquí nace la necesidad de adoptar modos y métodos especiales para prevenir aquellos hechos".

Nuestro Código de Instrucción es diminuto y ambiguo en la definición de las causas sujetas al conocimiento de los tribunales militares, pues únicamente indica que éstos conocerán de las causas que el Código Militar sujeta a su jurisdicción, lo que se presta a las mayores irregularidades ya que —entonces— basta con que el Código Militar sujete cualquier causa a su competencia para que ésta se convierta en privativa de dicho Fuero. Sin embargo, tal como lo establece el Art. 93 C. P., serán causas militares las de los delitos puramente militares cometidos por miembros activos de la Fuerza Armada, lo que ya define dos requisitos: el delito o falta "puramente militar" y el cometimiento de éstos por militares en actual servicio. Reside, pues, en la esencia de lo que es "puramente militar" la calificación de dichas causas, conjuntamente con el hecho de que sean cometidas por miembros activos del Ejército. En el informe rendido por la Comisión redactora se manifiesta que delitos militares son "sólo aquellos hechos que constituyen infracción al derecho militar y que pueden afectar la existencia, la organización y el cumplimiento de los fines de las instituciones militares o la disciplina que en todas debe reinar".

Como se ve, la Comisión carecía de un concepto claro de las infracciones militares, pues decía que lo son todas aquellas que vulneran el derecho militar, no viene en definitiva a definir absolutamente nada. Siempre permanecerá la duda de lo que se entenderá por derecho militar y dependerá del criterio del legislador establecer cuando ciertos hechos atacan la disciplina, la organización y los fines del Ejército.

I.—Ramón Rianza (34), dice que “El Derecho Penal Militar se constituye como una rama especial del común, de cuyos principios se nutre, por virtud de las consecuencias a que lleva la organización profesional”.

Los abogados —continúa— en el ejercicio de su cometido, los médicos en el desempeño de su misión, los ingenieros en el cumplimiento de sus actividades técnicas, todos los que trabajan, en una palabra, han de ajustarse a un conjunto de preceptos que mirados en relación con los individuos, se erigen en deberes profesionales, cuya transgresión ha de estar celada por la ley, con tanto más vigor cuanto más interés presente para la Sociedad y el Estado el oficio que se trate”.

Y prosigue: “Así vemos que una serie de profesiones cuyo ejercicio ofrece escasa importancia para la vida social, sólo tienen como límites especiales en el desempeño de su cometido, simples reglas de policía; otras ven limitada su actividad por preceptos reglamentarios, cuyas infracciones se traducen en multas y demás correctivos; y, por último, los funcionarios públicos, como órganos del Estado, tienen ya un derecho penal especial, en todos los Códigos penales hay, en efecto, preceptos numerosos que definen y castigan las extralimitaciones de los funcionarios en el desempeño de sus cargos”.

Por estas razones, manifiesta el autor citado, “El Derecho Penal Militar forma entre esos derechos penales profesionales que pudieramos llamar, el grupo más importante y desarrollado. Sí, como queda dicho, la importancia de las transgresiones y el desarrollo de los preceptos que las definen y castigan, se mide por el interés social que el ejercicio de cada profesión encierra, seguramente no habrá ninguna que exceda al de la militar”.

Otros autores defienden la autonomía del derecho penal militar y lo justifican con abundantes y parecidas razones (35); entre las cuales se encuentra la opinión de Octavio Vejaz Vásquez (36), la que

(34) Cit por J de Asua ‘Tratado de Derecho Penal’ Tomo II Edit Losada Buenos Aires 1950 Pág 1106

(35) J de Asua Tratado Pág 1108 y sigts

(36) Citado por J de Asua Tratado Pág 1108

coincide con la de los autores de nuestro *Código Militar*, ya que sostiene que el Derecho Penal Militar: “trata esencialmente de mantener la disciplina mediante la represión de los delitos”.

Jiménez de Asúa, por el contrario, afirma que “no han logrado persuadirnos tantos y bien ligados argumentos. Nos ha sido imposible olvidar la frase atribuida a Napoleón: “La ley militar, es la ley común con gorro de cuartel”. Nada hay desprovisto de posible controversia. La sustantividad y razón de ser de la Justicia Penal del Ejército ha sido negada por el Auditor de Guerra belga, Gerard, diciendo: “que el Estado militar es una especie de anomalía en la sociedad moderna”. Y el fino criminalista francés Gabriel Tarde afirmó que todo lo que se relaciona con el Ejército es “una mera supervivencia histórica”, y que, como el duelo, sólo vive como reflejo o como secuela del pretérito, en virtud de preocupaciones históricas que se van desvaneciendo progresivamente”. (39)

III.—Nosotros, por nuestro lado, creemos que las razones aducidas por Riaza para justificar el derecho penal militar no convencen del todo, pues si la razón fundamental para la existencia de dicho derecho especial es la importancia o interés social que cada profesión encierra, vemos que hay profesiones de mayor importancia que el Ejército y que no obstante no ameritan sustantividad y adjetividad especial, sin dejar de reconocer que dicho argumento sería válido en épocas de guerra, cuando si el ejército adquiere contornos de alto interés, y se hace necesario resguardar con medidas excepcionales su disciplina.

Pero ni en tiempos de guerra y mucho menos durante la paz, consideramos lícito someter a los civiles a la jurisdicción y competencia de los tribunales militares. Ya hemos visto que nuestra Constitución prohíbe el Fuero atractivo (Art. 116); prohibición que se encontraba incluida en la Constitución vigente en la época en que fue promulgado el Código de Justicia Militar, lo que no fue inconveniente para que en dicho ordenamiento se aceptara el juzgamiento de civiles por los Tribunales del Fuero Militar. La Corte Suprema de aquel entonces justificaba la violación del precepto constitucional razonando: “en el Art. 256 dispone que los individuos pertenecientes al Ejército Activo, están sujetos privativamente a la jurisdicción y procedimientos militares, por todas las infracciones previstas en el proyecto; agregando, como

(37) Jiménez de Asúa. Tratado Pág. 1108

(38) Código de Justicia Militar Informe de la Corte Suprema.

(39) Código de Justicia Militar Informe de la Comisión Redactora

excepción, que en campaña los autores de dichas infracciones, cualesquiera que sea su estado o condición, quedan sujetos a la jurisdicción y procedimientos militares. A primera vista parece que esa excepción peca contra el Código fundamental en su Art. 136, que limita el Fuero de guerra a los individuos del Ejército en actual servicio, y prohíbe el Fuero atractivo, mas, con vista del Art. 5º, Ley de Estado de Sitio, interpretación auténtica de los principios constitucionales contenidos en los artículos 39 y 68, fracción 24, de la Constitución, esa duda desaparece. En la ley de referencia se establece la jurisdicción militar, sin limitación alguna, sobre los culpables de traición, rebelión y sedición, y de delitos contra la paz, independencia y soberanía de la República y contra el Derecho de Gentes; y según el Art. 1º de la mencionada ley constitutiva, el Estado de Sitio se decreta en los casos de guerra exterior y de rebelión y sedición. Consecuencia lógica de esos preceptos es que, en circunstancias tales, la jurisdicción ordinaria desaparece, y surge la militar, no como Fuero atractivo, sino como medida de defensa nacional, y a esas circunstancias se refiere el proyecto en examen". La Comisión Redactora, por su parte, argumenta en este sentido: "Aunque por regla general, los delitos puramente militares sólo pueden ser cometidos por militares, está fuera de duda que también los particulares pueden y deben ser responsables por tales delitos, como lo reconocen las legislaciones extranjeras. Esto ocurre con frecuencia en los delitos de espionaje militar, insultos a centinelas, salvaguardias, etc., participación en motines, rebeliones y sediciones militares, contrabando en tiempo de guerra, y en todos los casos de complicidad en los delitos militares. La necesidad de reprimir estos hechos aumenta considerablemente cuando se está en estado de guerra, porque entonces la vida de la Nación depende de las instituciones militares de una manera íntima y directa, y les debe todo el apoyo que la sanción penal da al imperio del derecho. Siguiendo estos principios, se ha dispuesto que las penas establecidas en el proyecto se apliquen sólo a los militares infractores, excepto en los casos en que expresamente se señale pena para los particulares".

La argumentación de la Corte para justificar el juzgamiento de los civiles por los tribunales militares, como queda dicho, se fundamentaba en la disposición del Art. 1º de la Ley constitutiva del Estado de Sitio, que permitía que éste se estableciera en casos de guerra exterior y de rebelión y sedición. Parecida disposición contiene la Constitución del 50, pues el Art. 178 ordena que suspendidas las garantías, será de la competencia de los tribunales militares, el conocimiento de los delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición, y los demás de-

litos contra la paz y la independencia del Estado y contra el Derecho de Gentes. De tal manera que la Constitución establece una excepción al principio del Art. 93, excepción que no alcanza a legalizar todo el contenido del Art. 255 a que nos referimos. Este dice: "Están privativamente sujetos a las jurisdicciones y procedimientos militares, los individuos pertenecientes al Ejército Activo, por todas las infracciones previstas en este Código, y, en campaña, todos los individuos de cualquier estado o condición, por los mismos delitos"; de manera que conforme a él, en tiempos de guerra los tribunales castrenses son competentes para juzgar todos los delitos que define el Código de Justicia Militar cometidos por cualquier individuo. Y la Constitución suspende la prohibición del Fuero de atracción únicamente para un grupo de delitos, entre los cuales no se encuentran todos los puramente militares según dicho Código. De modo que el Art. 255 es inconstitucional en parte.

IV.—Hemos hipertrofiado la justicia militar hasta el grado de llevar a su conocimiento los delitos de los hombres civiles. Como afirma Asúa, "el militarismo triunfa, hasta conseguir que, contrariando los más elementales principios del enjuiciamiento, la víctima sea juez" (40). Porque al someter al Fuero Militar los delitos de rebelión y sedición —con sólo decretar el Estado de Sitio— estamos convirtiendo al Ejército en Juez y parte. Cuando un grupo de hombres se alza contra el gobierno, se están alzando contra las fuerzas armadas, perpetuas sostenedoras de cualquier régimen, y es difícil, verdaderamente difícil, que en tales casos se logre hacer justicia. La condena de los alzados es irremisible, aunque el pueblo entero se encuentre erguido en ejemplar y civil gesto de rebeldía; y no se encuentren más voces que las perennemente a sueldo de infamia, que muerdan la desgracia de los vencidos.

Creemos que el derecho especial militar solamente se justifica en épocas de guerra o, a lo menos, en épocas de graves perturbaciones del orden público, con la salvedad de la parte disciplinaria del mismo. Así piensan, entre otros, el Dr. Eduardo F. Guiffra, quien en el año de 1927 presentó ante la Cámara de Diputados argentina un Proyecto de Ley que declaraba abolida la jurisdicción militar, excepto en tiempos de guerra (41). Y pensamos, además, que no debe contemplar jamás el caso de civiles sometidos a su jurisdicción privativa. Para Antón y Jiménez de Asúa (42), "el Fuero marcial debe tener un límite

(40) Jiménez de Asúa Tratado. Pág. 1109

(41) Citado por J. de Asúa. Tratado Pág. 1110; nota 3

(42) Jiménez de Asúa Tratado. Pág. 1111

subjetivo, y sólo ha de aplicarse a los hombres de armas, y un fin objetivo circunscripto a los actos atentatorios a la existencia del Ejército y a la disciplina y técnica bélicas”.

V—A más de la cuestión del sometimiento de los civiles al Fuego castrense, encontramos en este ligero recuento del procedimiento militar, la gravísima cuestión de la competencia de los fiscales militares para instruir las primeras diligencias y el sumario. El Art. 236 dice: “Para que la institución fiscal pueda prepararse debidamente los datos que servirán de base al enjuiciamiento criminal ante los respectivos tribunales, están facultados los fiscales para hacer todo lo necesario a efecto de comprobar el cuerpo del delito y la delincuencia, sin más limitaciones que las garantías establecidas por la Constitución”. Los Arts. 271 al 276 inclusive, reglamentan que la acción penal sólo puede seguirse por denuncia de la institución fiscal; que el fiscal debe instruir las primeras diligencias, tanto de los delitos militares como de los comunes cometidos en el interior de cuarteles y demás lugares militares o guardados militarmente; que deben actuar bajo pena de nulidad asistidos de un secretario; que el fiscal puede incautarse de todos los objetos o papeles que a su juicio pueden servir para el establecimiento de la verdad; y que en casos de delitos flagrantes, las atribuciones del fiscal pueden ser ejercidas por los jueces y por los jefes militares. El 283, por su parte, ordena que “en tiempo de guerra y si no hubiere Juez o no fuere hábil para conocer, el fiscal militar que haya instruido las primeras diligencias continuará conociendo hasta terminarlo”. Notamos, pues, las desmedidas facultades de la fiscalía militar. Si bien la cuestión de las primeras diligencias y el ejercicio de la acción penal privativamente por el fiscal, están de acuerdo con las modernas tendencias del derecho procesal penal, no podemos aceptar la instrucción por el fiscal de las primeras diligencias y, menos, del sumario en las condiciones prescritas por el Código, pues sería convertir a los fiscales en jueces y partes. Aceptaríamos la instrucción de las primeras diligencias por el fiscal, como medio necesario para que pueda deducir la acción penal que se le ha confiado privativamente, pero siempre y cuando no tuvieran más valor que para ese efecto, y fuera necesaria su ratificación ante el Juez, con plena intervención del reo y de su defensa, para que produjera efectos legales en contra de él. En la forma actual, aún cuando se pueden ratificar dichas diligencias, es cuestión potestativa del funcionario que instruya el sumario y como ya hemos visto que éste puede ser el mismo fiscal, puede resultar que no se ratifiquen y que se ratifiquen mal, para daño del reo y de sus derechos. La Comisión Redactora justifica esta cuestión, de la manera

siguiente: "Hubiéramos querido que en todo caso fuera un Juez el encargado de instruir el sumario; pero puede suceder que en tiempo de guerra no exista Juez o, si existe, no sea hábil para conocer. Para evitar los daños que la retardación de justicia acarrearía, era indispensable autorizar al fiscal militar para suplir al Juez en ese caso, y lo aceptamos así porque el sumario no constituye juicio sino sólo una preparación del juicio contradictorio". Pero esta argumentación peca gravemente, pues aún suponiendo que el juicio sumario no fuera en verdad juicio, éso no evita los posibles daños al reo, más cuando hay otros intereses diferentes a los jurídicos para su condenación; y, además, la confusión entre la función de acusar y la de juzgar permanece, siendo patente el agravio al derecho.

VI.—Se puede decir que el Derecho Penal Militar Salvadoreño se divide en dos partes: el derecho disciplinario y el penal propiamente dicho.

El primero está constituido por las faltas muy graves, graves y leves (Arts. 198 al 208 del C. J. M.); reprimidas con las penas de arresto hasta por noventa días, Separación del Servicio, Suspensión del Mando y Suspensión de Clases, pero conforme al 207, estas penas pueden agravarse según las circunstancias de conducta e índole del culpable, con las bartolinas, plantón, fagina o pelotón de maniobras, por parte o todo el tiempo del arresto.

En casos de soldados y clases corresponde a los jefes inmediatos la imposición de las penas, quien dará cuenta al jefe del cuartel para que fije la duración de éstas (Art. 33). Los jefes de cuerpo pueden suspender provisionalmente a los jefes y oficiales de su mando, dando cuenta al Ministerio de Guerra para que resuelva lo conveniente (Art. 34). Los jefes militares impondrán arresto a sus subordinados, dando cuenta al jefe de cuartel para que fije la duración, si se tratare de faltas leves, y al Ministro de Guerra, en caso de faltas graves o muy graves.

VII.—Para el Derecho Penal Militar propiamente dicho, el procedimiento es mucho más complejo, siendo necesario llenar todas las formas del proceso militar

Ejercen la Jurisdicción Castrense los siguientes órganos judiciales: los jueces y fiscales militares; los consejos de guerra, que pueden ser ordinarios, de oficiales generales y extraordinarios; el General en Jefe del Ejército y el Jefe expedicionario en campaña; el Comandante General del Ejército; y las Cámaras de 2ª Instancia (Arts. 209 y

214); a los que hay que agregar la Corte Suprema de Justicia, que conocerá en el récurso de Casación de las resoluciones de la Cámara de 2ª Instancia (Art. 26 Cas.). También ejerce funciones jurisdiccionales el Auditor de Guerra, quien deberá asesorar a las autoridades y tribunales militares desempeñados por personas no letradas (Art. 245); y se le oirá en otros casos, siendo su dictamen el que resolverá (Art. 278).

No cabe, por obvias razones, extenderse en el planteamiento del desarrollo y esencia del procedimiento militar. Únicamente hemos querido señalar su especialidad dentro de nuestro ordenamiento procesal y algunas cuestiones de relevante importancia. A éstas, tendríamos que agregar como conquista la suspensión de la condena, a la que nos referimos anteriormente (Tít. I, Cap. I, N° 5, sección III); y el implantamiento del principio de la conveniencia para la persecución de las causas (Art. 279: No se practicarán las diligencias del sumario y se suspenderá todo procedimiento, cuando apareciera manifiesta y claramente que el hecho no constituye delito, o cuando su prosecución fuera de evidentes o muy probables funestas consecuencias para los fines militares o las operaciones del Ejército en tiempo de guerra, o para fines políticos internacionales. En estos últimos casos la suspensión sólo podrá durar un año.), y antes del plenario se puede suspender también (Art. 229 N° 2). Señalemos también el principio de que solamente por orden del Ministerio de Guerra y del Comandante del cuerpo, en sus casos, puede instruirse el sumario en todo proceso militar, quienes, además, calificarán si es o no delito, quienes son los inculcados y qué tribunal o autoridad le toca conocer (Arts. 277, 278, y 280). Así como que el sumario es estrictamente secreto. (Art. 289); pudiéndolo ser igualmente el plenario, a juicio ampliamente discrecional de la autoridad judicial que lo celebre, lo que en la práctica permite una justicia secreta.

Para finalizar, notemos que los procedimientos militares cambian notablemente según si es tiempo de paz o de guerra, volviéndose, en este último caso, todavía más estrictos y peligrosos para los Fueros de la justicia y el derecho.

VIII.—El proceso penal militar requiere urgentemente de enjofa profunda. Se debe de poner a tono con la Constitución, que al limitar los casos de imposición de pena de muerte, lo ha vuelto en este aspecto prolongadamente inconstitucional, puesto que el Código de Jus-

ticia Militar propina con harta generosidad dicha pena. Se debe también restringir absolutamente la ingerencia castrense en las conductas civiles, dejándolo ceñido a los límites esenciales que ordena la Ley Fundamental. Se debe, así mismo, rescatar la dignidad de los jueces militares, ahora simples peones de la autoridad castrense; y reducir las ilimitadas facultades de los fiscales marciales. En fin, rescatar el derecho y los valores humanos, completamente atropellados por dicha ordenanza penal.

20.—*Fuero de Peligrosidad:*

I.—El procedimiento de peligrosidad, o sea el que persigue la declaración del estado o situación peligrosa de aquellos cuya conducta, vicios o enfermedades los coloquen —como define don Luis Jiménez de Asúa— en “la muy relevante probabilidad para convertirse en autor de un delito o para cometer nuevos delitos” (43), es un procedimiento de naturaleza eminentemente penal. Dicho procedimiento enfoca la *lucha estatal contra la delincuencia por medios que permiten a la Sociedad defenderse del delito inminente, en ejercicio del derecho de legítima defensa que posee*. Y aunque en este procedimiento no es posible hablar de delito, ni de pena, ni de delincuente, desde el momento que es instrumento de lucha contra el crimen, se encuentra colocado dentro de la función penal del Estado, cuyo objetivo mediato es éste precisamente.

II.—Nosotros tenemos antecedentes no tan lejanos, pero dolorosos, de la peligrosidad ejercida en forma represiva y violenta, vulnerando las garantías jurídicas y humanas. Ha sido costumbre —nunca suficientemente condenada— la captura imotivada y “preventiva” de parte de los organismos policíacos de la escoria humana, de todas esas vidas sin rumbo y esperanza, de todos esos pequeños delincuentes, pequeños muchas veces por la edad y otras por la cuantía del delito, de todos esos individuos proclives al crimen o despeñados ya en una desenfundada carrera delictuosa, de todos esos “malvivientes” —como les llama Eusebio Gómez con acertada palabra— a quienes además de la peligrosidad, les une el común denominador de la miseria. Esto ocurre en vísperas de fiestas y de acontecimientos públicos notables; a más de cierta costumbre de exterminio —en regímenes pasados— ordenada y metodizada, llevada a cabo por el hambre y el abandono, de sin número de delincuentes, sobre todo jóvenes, cuya reincidencia

(43) Citado por M. Castro Ramírez Conferencia cit. Pág. 49

sospechada —jamás probada— les llevaba a la muerte en la fatídica celda número 18. . .

Esta peligrosidad se fundamentaba aparentemente en la Ley Represiva de Vagos y Maleantes del 18 de julio de 1940, que no vino más que a cubrir con ropaje legalista esa práctica inveterada. Esta ley ha sido duramente atacada por juristas y pensadores de la talla de don Mariano Ruiz Fúnes, quien se refería a ella, diciendo: “El jurista de menor cuantía o el espectador superficial, el técnico del derecho que cree que éste puede emanar de cualquier poder, sin plantearse la cuestión previa de su legitimidad, o el que se conforma con lo que lee, dejando en reposo el sentido crítico, pensarán seguramente que la ley de peligrosidad de la República centroamericana es en efecto una ley” Y lo negaba, fundamentándose en razones que, refiriéndose al gobierno tiránico y sangriento del General y Filósofo Maximiliano H. Martínez, tienen por desgracia cierto sabor de actualidad “Un ligero análisis, que no puede eliminarse de la obra de un penalista que tiene clara conciencia de sus deberes, desvanece estas ilusiones. La Cámara que aprueba esta ley es la obra de un poder personal sin limitaciones. Los ministros que la refrendan son secretarios de gabinete designados por un dictador. El llamado presidente constitucional, que en efecto desempeña un cargo que tiene su origen en un mandato legítimo, ha convertido ese mandato en una tiranía en la que se mezclan, merced a extraños delirios, los asesmatos en masa con la pedagogía. Junto al crimen por sicarios aspira a convencer a sus víctimas que le guían unas preocupaciones humanistas. El inconsciente es un enemigo de los poderes crueles y amorales por eso esta ley se llama represiva. Represión que rompe todas las censuras de la inteligencia y de la conducta, que no ignora ningún exceso ni ahorra tortura alguna y que cesa un día por la protesta ejemplar de todo un pueblo, que pretiere morir en masa a soportarla”. (44)

La Ley Represiva de Vagos y Maleantes fue derogada por la nueva Ley de Estado Peligrosa, publicada el 25 de mayo de 1953, la que fue elaborada con base de un proyecto redactado por el mismo don Mariano Ruiz Fúnes. Esta ley es realmente bastante perfecta, como no podía serlo menos, dada la ciencia de su ilustre autor. Pero se carece de todos los elementos humanos técnicos y competentes y de las instituciones o establecimientos adecuados para su efectividad práctica

(44) M. Ruiz Fúnes “Una Experiencia Represiva de Peligrosidad” Revista Ciencias Jurídicas y Sociales Año 1º Nº 30 San Salvador 1947 Pág 7

El procedimiento de peligrosidad se encuentra confiado a jueces de Peligrosidad con categoría de Tribunales de 1ª Instancia y con idénticos requisitos para sus titulares que los de estos últimos (Art. 1º). La competencia de dichos juzgados está circunscrita a su territorio y no puede extenderse fuera de sus límites (Art. 2º).

Posteriormente se reglamentó que la jurisdicción peligrosa estaría a cargo de un sólo Juez de Peligrosidad, con competencia en toda la República y con residencia en la capital.

III.—El procedimiento consiste en un expediente pericial de peligrosidad y de una información sobre la vida anterior del presunto peligroso, el que puede ser detenido durante el informativo en un establecimiento adecuado, con separación total de los peligrosos declarados (Art. 8). El procedimiento se inicia de oficio, o a petición de cualquier autoridad, o por denuncia de un particular, previamente calificada por el Juez (Art. 9). El peritaje puede ser hecho por los peritos adscritos al tribunal o por profesionales libres nombrados por el Juez.

Aunque la ley no dice claramente en qué debe consistir la información y el peritaje que dará lugar a la declaración de la peligrosidad, el Dr. Castro Ramírez h., sostiene que el Art. 6º da margen para que dicha información y dicho peritaje recojan los elementos necesarios para la declaración de la peligrosidad, que son: "a) examen de la personalidad del hombre en su triple aspecto somático, psíquico y moral; b) la vida anterior al acto peligroso; c) la conducta del agente, posterior a la comisión del hecho revelador del estado peligroso; d) la calidad de los motivos; y e) el acto que pone de manifiesto la peligrosidad". (45)

En dicho procedimiento son parte el Fiscal General de la República por sí o por medio de sus agentes, y el presunto peligroso, su representante legal o su apoderado, y en su defecto el Procurador General de Pobres por sí o por medio de sus agentes (Art. 10).

La información de la vida anterior del presunto peligroso se hará por medio de un grupo de trabajadores sociales adscritos al Juzgado, quienes deben también efectuar labores de vigilancia de los liberados condicionales (Art. 24).

De la competencia de la ley están excluidos los menores de dieciocho años (Art. 3), sin duda por la intención del legislador de crear

(45) M. Castro Ramírez Conferencia cit. Pág. 52

tribunales de menores, lo que todavía no se ha realizado. Y las conductas peligrosas son en número de veinte categorías, en las que se encuentran contemplados desde los vagos hasta los pederastas, pasando por los tintorillos y los testigos falsos habituales.

21.—*La Competencia Penal:*

I.—El poder de administrar justicia que poseen los tribunales penales constituye la jurisdicción penal, correspondiéndoles de manera general el juzgamiento de las causas criminales.

Dentro de dicha Jurisdicción, hemos visto que se hallan ciertos tribunales de Fuego especial, o sea que les corresponde el conocimiento privativo de ciertas causas. Lo que —como venimos sosteniendo— no significa que existan jurisdicciones distintas, sino que divisiones de la misma por razón de la materia, o por la calidad de las personas delincuentes. Se trata en realidad, de competencias especiales, porque se encuentran, tal como sostiene Manresa, en la relación de género —que es la jurisdicción— y la especie —que es la competencia. Esto lleva a la confusión e imprecisión de usar los términos jurisdicción y competencia, en ciertos casos, como similares.

Para Kish (46), la medida en que la jurisdicción se halla atribuida a un órgano jurisdiccional, constituye la competencia. Más apropiadamente, Manresa (47), la define como “la facultad atribuida a un organismo oficial de conocer determinados negocios con exclusión de los demás”. Manuel Urrutia Salas, reclama como el contenido de la competencia “la esfera de atribuciones dentro de la cual la ley ha colocado los negocios que debe conocer cada tribunal” (48). Estas definiciones de competencia, permiten la confusión entre competencia entendida como división de la jurisdicción ordinaria, y la competencia en sentido estricto, o sea la división del trabajo de los tribunales —ordinarios o comunes y especiales o forales— para que conozcan separadamente y con exclusión de los demás de cierta clase de asuntos penales.

Porque la división del trabajo se vuelve imperativa también en el seno de la administración de justicia, y se hace necesaria la separación de las causas para que se distribuya equitativamente la facultad de hacer justicia, lo que sucede tanto en los juzgados ordinarios como en los especiales.

(46) Citado por E. Jimenez Asenjo. Obra cit. Pág. 251

(47) Citado por E. Jimenez Asenjo. Obra cit. Pág. 252

(48) Manuel Urrutia Salas. “Compendio de Derecho Procesal” Edit. Jurídica de Chile, 1919. Pág. 276

II.—Pero la confusión de la competencia persiste si no encontramos una división de ésta, atendiendo a los factores ya enunciados. Digamos, entonces, que la competencia puede dividirse en especial y en concreta. Entendiendo por competencia especial la división de la jurisdicción ordinaria por razón de la materia (juzgados Militares, de Hacienda, de Peligrosidad), o por la calidad del sujeto infractor (Prerrogativas constitucionales para el juzgamiento de Jefes de Estado, altos funcionarios, diputados, magistrados, etc.) Y por competencia concreta, la separación de negocios o asuntos, en obediencia a la división del trabajo, de los que conocerán los distintos tribunales de una misma competencia especial. O sea que cada clase de tribunales que nuestras leyes reconocen, poseen la capacidad de ejercer la totalidad de atribuciones conferidas legalmente a cada clase de éstos; es decir, los tribunales militares, por ejemplo, tienen competencia especial o absoluta de conocer en los delitos puramente militares cometidos por miembros del Ejército; los tribunales de Hacienda, la de conocer privativamente en los delitos que interesan a la Hacienda Pública; y los tribunales ordinarios, la capacidad de conocer en todos los asuntos penales por delito o falta no sometidos a un Fuero especial, lo que constituye su competencia especial o absoluta. Cuando esta facultad de conocer, se determina subjetivamente por ciertas reglas, como si se trata de delitos o faltas, del lugar en que se cometen, etc., estamos en presencia de la competencia concreta o relativa al órgano particular de cada clase de tribunales que conocen exclusivamente de cierta clase de materias en virtud de su competencia especial.

Entre nosotros, la estrechez de nuestro territorio, obliga y permite que algunas de esas clases de tribunales especiales estén constituidas únicamente por un tribunal o juzgado (Juzgado General de Hacienda, Juzgado de Peligrosidad) con jurisdicción en toda la República, lo que reduce el ámbito de la competencia concreta y solamente deja subsistentes la división de instancias y la Sala de Casación.

El Fuero Militar, en cambio, admite todas las reglas y clases de la competencia concreta, pero se encuentra sujeto, en este aspecto, al procedimiento común (Art. 267 C. J. M.)

Entonces, a la división del trabajo de hacer justicia en cada orden de tribunales, a la atribución y capacidad que cada uno de ellos posee de conocer en determinado asunto penal del mismo género y especie, con exclusión de todos los demás, llamaremos competencia. O sea la parte subjetiva, determinada concretamente, que cada tribunal de

cada clase de ellos que admiten las leyes, posee de conocer y decidir, ejercitando la facultad estatal de administrar justicia penal.

III.—Conforme a Enrique Jiménez Asenjo (49), los caracteres fundamentales de la competencia penal son los de ser forzosa o legal, imperio obligable y absoluta.

Legal, porque posee la característica de que las partes no tienen el poder de disposición que se permite en materia civil de acudir o no libremente ante los tribunales jurisdiccionales o bien de decidir mediante transacción o compromiso. Por ello, la jurisdicción penal es necesaria y formalista. La ley impera; y su imperio obliga a los tribunales a proceder de oficio, cuanta vez un hecho del que tengan noticias presente los aspectos formales de delito o falta. Reside, pues, la legalidad en la formalidad y necesidad de la jurisdicción, por lo que la competencia, tanto la especial como la concierta, es irrenunciable.

Siendo el Fuego común irrenunciable, por tal razón, si un delincuente es procesado por un juzgado especial, si su delito es común, aunque no rechace la especialidad del Fuego en su declaración o posteriormente, no por ello se tendría por renunciada la competencia ordinaria.

El Código de Instrucción, al manifestar: "Corresponde a las autoridades ordinarias el juzgamiento de los delitos o faltas comunes, cualesquiera que sea su estado o condición de las personas responsables", está estableciendo el principio de legalidad de la competencia.

La competencia es también imperio obligable. La imperio obligabilidad se hace residir en la imposibilidad de que las partes acudan por resolución propia ante un tribunal distinto del competente, tal como ocurre en asuntos civiles.

Nuestro Código no se refiere expresamente a la imperio obligabilidad, pero ésta se desprende de varias disposiciones, entre ellas, las del Art. 13.

La competencia penal no admite prórroga de ninguna naturaleza, ya por razón de la materia, ni por la clase de infracción, ni por la jerarquía de la persona ni por el lugar, como se admitía en las legislaciones antiguas. Únicamente, como excepción, nuestro derecho la admite desde las recientes reformas al Código de Instrucción, en el caso de la erradicación del proceso, reglamentado por el Art. 13 I., reformado, y a la que nos referiremos más adelante.

(49) E. Jiménez Asenjo. Obra cit. Pág. 253

La tercera característica de la competencia penal es la de ser absoluta. Es decir, que el Juez de la acción lo es de la excepción; y que nunca y bajo ningún pretexto, pueden las partes interferir en el proceso, mediante el desistimiento, abandono, transacción, etc.

22.—Reglas de la Competencia:

I.—Entendiendo la competencia en el sentido de competencia concreta, surgen varias cuestiones que son resueltas por distintas reglas procesales. Estas cuestiones son las de la competencia por materia; competencia por el territorio o demarcación judicial donde se comete el delito; y la competencia en orden a la conexión. Dentro de nuestra legislación, los Arts. 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 22 resuelven los problemas indicados. El Art. 23 se refiere a la competencia en razón de las prerrogativas constitucionales, el que, conjuntamente con el 24, desarrollan los principios constitucionales que rigen estas prerrogativas.

II.—Los asuntos penales se distribuyen entre los distintos tribunales que constituyen un orden o clase de lo que hemos llamado competencia especial, para que conozcan exclusivamente de ellos, conforme a una serie de reglas que pueden concretarse en tres principios: el de la competencia por materia (*rationa materiae*); por razón del territorio (*forum ratione loci*); y por razón de conexión (*forum conexitatis*).

Por razón de la materia, en sentido estricto, los negocios penales se determinan por la gravedad del delito o infracción, o por criterios de una supuesta lucha más atinada contra la delincuencia.

Entre nosotros, hasta la reforma del mes de noviembre de 1957, los delitos comunes estaban sujetos al juzgamiento por el tribunal del jurado; pero se creyó que ciertos delitos, por su proliferidad y gravedad (hurtos y robos), o por la mínima cuantía de la pena (multa de doscientos colones y prisión menor), requerían el juzgamiento por el Juez de 1º Instancia, ya que los jurados solían absolver esta clase de infracciones, por lo que fueron excluidas de su competencia.

Ha sido la clásica división tripartita de las infracciones penales, las que ha informado el criterio diferenciador por la gravedad de la materia. El Código de Napoleón las dividió en crímenes, delitos y contravenciones, encomendando su juzgamiento, respectivamente, a los tribunales de 1ª Instancia, a los tribunales correccionales o "Assises" y a los jueces de Paz.

De allí recogimos nosotros la competencia para las faltas o contravenciones de los juzgados de Paz; y para los delitos, la instrucción por los juzgados de 1ª Instancia y el juzgamiento por los jurados; abarcando en el término delito las divisiones francesas de crimen y delito.

De modo que de las faltas conocen los jueces de Paz, en el juicio conocido como "Sumario" (Art. 3º); y de los delitos corresponde el juzgamiento por regla general a los jurados, y la instrucción a los jueces de 1ª Instancia y de Paz (primeras diligencias y otras que les encomiendan los jueces de 1ª Instancia. (Art. 4º)

El juzgamiento de los delitos —como queda dicho— corresponde por regla general al Tribunal del Jurado; excepto los delitos de robo y hurto, cuando de la instrucción resulte plenamente comprobada la delincuencia del procesado; y los delitos reprimidos con pena de multa que no pase de doscientos colones o de prisión menor, siempre que los delincuentes no fueren reincidentes; debiéndose seguir en estos casos el procedimiento que se ocupa en las causas de Hacienda, en lo que fuere aplicable (Art. 283 I., reformado).

Dentro de la competencia por materia, se colocan los grados en el conocimiento de la infracción. Para las faltas es solamente admitida la doble instancia, correspondiendo al Juez de 1ª Instancia el conocimiento en apelación de las sentencias de los jueces de Paz de su distrito judicial (Art. 315 I.). Para los delitos, además de la doble instancia, existe el recurso de Casación. A las Cámaras de 2ª Instancia correspondeles conocer en apelación de las resoluciones de los Juzgados de 1ª Instancia en su correspondiente demarcación judicial, y a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, conocer en el recurso de Casación. También tenemos la consulta de las resoluciones de los juzgados de 1ª Instancia por las Cámaras de 2ª Instancia, cuando las partes no apelaren de las sentencias o se conformaren con ellas (Arts. 280 y 431 I.); y el recurso de revisión de todas las sentencias condenatorias por causas, por delitos, cuando se den circunstancias específicas (Art. 509 I.).

III.—Por razón del territorio, la competencia se determina por la división del territorio nacional en distintas demarcaciones judiciales, en orden de una mejor y más ordenada administración de justicia. En obediencia a este principio los jueces de Paz conocerán del juzgamiento de las faltas, y de la instrucción de las primeras diligencias y otras que les ordenaren los jueces de 1ª Instancia en las causas por delitos, en

todos aquellos que se cometieren dentro del ámbito municipal del lugar de su residencia. Pero en los delitos cometidos en el lugar de la residencia del juez de 1ª Instancia, cuando las circunstancias del hecho o las personas que en él han tenido participación, ya sea como ofendidos o agresores, determinen un grave escándalo social, aquel funcionario practicará las primeras diligencias personalmente, bajo pena de multa de cincuenta colones (Art. 149 I.). Al Juez de 1ª Instancia corresponde la instrucción de las causas por delito, y el juzgamiento de las mismas corresponderá al Tribunal del Jurado, excepto en los casos a los que nos referimos anteriormente.

Para la determinación de la competencia en el conocimiento de los delitos debe estarse también a lo que ordena el turno en los lugares donde *hubiere más de un juez, ya fueren de la 1ª Instancia y de Paz.*

Naturalmente, los casos no pueden darse siempre tan simplemente, por lo que la ley ha previsto algunas situaciones complejas. Así, establece el Código que para los delitos simples será competente el juez del lugar donde se cometió el hecho (Art. 13), excepto en los delitos de robo y hurto, para los que será competente el juez del lugar donde se *captura al delincuente con los objetos robados o hurtados, con la condición de que si lo reclamare el juez del lugar del hecho, se remitirá el delincuente con las diligencias instruidas.* (Art. 16).

Para el delito cometido en dos territorios distintos o el cometido en la línea divisoria entre dos demarcaciones judiciales, serán competentes a prevención los jueces de ambas demarcaciones. (Art. 13).

Como excepción a estas reglas se estableció al reformarse el Art. 13, que la Corte Suprema de Justicia, a su juicio prudencial, cuando considerare que el delincuente no será juzgado con imparcialidad por el Jurado del lugar que correspondiera, ya elevado el juicio a plenario y antes de instalarse el tribunal de conciencia, a solicitud del Fiscal General de la República, de los defensores o de oficio, podrá ordenar que el juicio se someta a un juzgado distinto del que estuviere conociendo obvio es decirlo, que solamente a un tribunal del fuero ordinario o común.

Creemos que esta disposición viola el principio de impropiedad de la competencia, y que puede producir más daños que beneficios. Si la razón para la reforma fue la del temor de juzgamientos parciales, más lógico hubiera sido que se encaminara la reforma a dotar a los jueces de los instrumentos jurídicos necesarios para evitar en todos los juicios los excesos de la pasión que llevan a que en la

justicia prive muy a menudo la impunidad o la venganza. Sin embargo, en el estado actual del proceso salvadoreño, no deja de producir ciertos beneficios la erradicación del proceso.

En términos generales los jueces penales son únicamente competentes para conocer de los delitos cometidos dentro del territorio nacional, pero se ha admitido la necesidad de que además conozcan de ciertos delitos verificados fuera de las fronteras patrias. En este sentido se encuentra la disposición del Art. 18 I., reformado, el cual la amplía por diversas razones, entre las cuales se hallan las de proveer al juzgamiento de los delitos de ciertas personas que en obediencia a los Tratados Internacionales suscritos por El Salvador gozan en el país donde los cometieran de inviolabilidad (Agentes diplomáticos, cónsules, por delitos oficiales, etc.); los cometidos por salvadoreños contra salvadoreños, pues al hacerse imposible la extradición de los nacionales quedarían los delitos cometidos por éstos en connacionales impunes, y otros delitos en los cuales, por la razón de que sus efectos se producen en el país, requieren su juzgamiento en éste (defraudación, etc. cometidos por funcionarios salvadoreños o extranjeros al servicio de la República; los de falsificación de monedas y otros valores financieros; etc.).

También serán juzgados por los tribunales salvadoreños los autores, cómplices o encubridores extranjeros de los precitados delitos, cuando fueren aprehendidos en la República, o entregados por los gobiernos de su país o donde residan conforme a los Tratados (Art. 19 I.) .

En los casos de los Arts. 18 y 19 I., será la Corte Suprema de Justicia la que determinará cuál tribunal debe juzgar los delitos comunes; y si fueren de los que interesan al Estado Nacional o de carácter militar, tocará al Juzgado General de Hacienda y a la correspondiente autoridad militar, respectivamente. (Art. 21 I., reformado).

Como excepción al principio de que el juez del lugar juzga el acto, se encuentra también la disposición del Art. 22 I., el que ordena que en casos de rebelión o sedición será la Corte Suprema la que designará entre todos los jueces del fuero común el que deberá juzgar a los indiciados. Esta disposición permite, sobre todo en épocas de violencia y odio político, que aun no constituyéndose tribunales extraordinarios, puedan los salvadoreños quedar sujetos a los peligros y excesos de éstos, pues por desgracia siempre no dejan de haber entre nuestros jueces, más de uno dispuesto a hincar la rodilla y a abjurar de su investidura para ejercer las escarniosas funciones del verdugo.

En los delitos que nuestro Código llama “cometidos con abuso de la libertad de imprenta”, encontramos otra excepción al principio de la territorialidad de la competencia. El Art. 345 I., la reglamenta en la siguiente forma: “Conocerán a prevención en los delitos a que se refiere el presente Título: 1º El Juez del lugar en que estuviere la imprenta que hubiere hecho la publicación; 2º El Juez del lugar en que la publicación apareciere fechada; 3º El Juez ante quien se acuse, denuncie o se avise en su caso, el delito cometido, cuando se tratare de una publicación clandestina o impresa fuera de la República; 4º El Juez del domicilio del autor o editor si el impreso tuviere firma conocida”.

IV.—Las cuestiones de la competencia por conexión se procuran resolver dentro de nuestra legislación por las disposiciones de los Arts. 14 y 15 I. Pero no se logra cabalmente pues quedan fuera algunos casos de ella.

El Art. 14 reglamenta el caso de que un mismo delincuente cometiera diferentes delitos en diversos lugares, pero siempre pertenecientes a los delitos sujetos a un mismo fuero de competencia especial.

En tal caso, será juzgado por todos los delitos, si es capturado, por el juez que lo aprehenda o por el juez a quien se le remita primero; acumulándose lo actuado por los distintos jueces a esta causa

Si el procesado no es aprehendido, el proceso más reciente se acumulará al más antiguo; debiéndose, también, acumular la causa más reciente a la anterior si siguiéndose distintos procesos para varios reos, uno o más de éstos son reos comunes en una causa.

El Art. 15 establece las reglas de la competencia para el caso de que un mismo reo haya cometido varios delitos de distinta entidad foral o de competencia especial, como de Hacienda, militar o común. Será —entonces— juzgado por la autoridad especial a la que corresponda el delito o delitos reprimidos con pena más grave, y después por los otros jueces; lógicamente, que por los delitos del primer juzgamiento sea condenado a la pena de muerte y ésta no sea conmutada o indultado el reo.

Si los delitos tienen una pena similar, juzgará al delincuente la autoridad que le aprehenda, remitiéndolo después con la ejecutoria de la sentencia a cualquiera de las otras autoridades judiciales para que se le siga juzgando.

Pero si los delitos a los que nos referimos han resultado de un

mismo acto o hecho, o cuando uno de ellos es medio necesario para cometer el otro, la autoridad común los juzgará todos.

“Los autores, cómplices y encubridores estarán sujetos por regla general al mismo juez que juzgue a los autores, pero el Art 17 I, reglamenta que si uno de los procesados goza de fuero constitucional, será el tribunal que la Constitución señala para el juzgamiento de éste, el que juzgará a todos los demás. Esta disposición se fundamenta en la necesidad de no dividir la contienda de la causa, puesto que la verdad legal podría ser perjudicada en el caso de que un tribunal absolviera a unos y otro condenara al resto.

El Art 570 I., resuelve también la competencia en los casos que una misma persona fuere reo de delitos y faltas comunes, ordenando que sea juzgado en el proceso en que se juzguen los delitos, bajo el procedimiento que corresponda para éstos; y en caso de que la misma persona cometa delitos o faltas que den lugar a procedimientos de oficio y otros u otros no, se deberá proceder separadamente por los que den lugar a procedimientos de oficio, sin esperar que se llenen los requisitos necesarios para iniciar el procedimiento por los otros a instancia de parte.

TITULO II: LA DEFENSA PENAL

CAPITULO I

BREVE RECUENTO HISTORICO DE LA DEFENSA

23.—La Defensa en la Historia:

I.—Pretender establecer los contornos de la defensa penal a través de la historia de la Humanidad, es tarea suficiente para llenar varios y largos tomos. Únicamente hemos querido remontar ligeramente la mirada por el pasado, para aprender como ha sido considerada la defensa desde los tiempos más antiguos de la vida del Hombre

Y hemos visto que la defensa ha sido fuero humano desde que el Hombre comenzó a vivir como tal; que el Hombre ha librado la ardua batalla por la Libertad en todas las formas y por todos los medios, y que ésta ha hecho siempre crisis en el proceso penal, por lo que la defensa es la primera en sufrir los sobresaltos de los azares y de los

peligros, ya que la defensa y la libertad están unidas entrañablemente. Y por ello, la defensa padece cuando la libertad declina o cuando menguan sus íntimas esencias.

Desde que el Hombre abandonó la composición privada —pues comprendió que la vida humana y sus bienes jurídicos y morales son valores tan altos que no pueden compensarse con dinero— y buscó en el proceso la forma y la medida para trocar la Venganza por algo superior que es la Justicia, la defensa ha surgido como fuerza necesaria. El proceso penal nace en los albores de la Humanidad revestido de la forma acusatoria, porque el Hombre intuyó, que la verdad no puede encontrarse sino es por el concurso de dos fuerzas antagónicas e iguales que mantengan el equilibrio, y por una fuerza distinta a las dos que juzgue serenamente, sin las violencias y excesos de la pasión. Intuyó, también, que la inocencia del culpable debe ser *presumida hasta la demostración contraria*, porque de otro modo sería sembla sobre el prejuicio las raíces de la Justicia, y entonces los frutos de ésta serían la cosecha del odio y de la venganza.

El hombre descubrió también que la verdad no la podía adquirir de por sí; que se hacía necesario un medio o un modo de poderla aprehender y captar. Así nació la prueba. Ella es la base sobre la que se asienta la Justicia. Y la Justicia ha padecido y recorrido, y padece y recorre aún, un largo viacrucis, porque no le ha sido dable encontrar una prueba que le dé seguridad de certeza, porque certeza y prueba a menudo no son cosas parejas e idénticas. La prueba no ha sido siempre el medio suficiente y eficaz de encontrar la verdad, porque la verdad es algo tan indefinible, tan etéreo, tan inconsútil, que suele escapar de las manos ávidas que pretenden asirla. La verdad —ha dicho Couture— “es como si fuera de granos de arena que se nos escurren de entre los dedos”.

La prueba ha venido fracasando desde hace largos años. Cuando el hombre aun no aceptaba a explicarse las fuerzas y fenómenos naturales, creyó en la Magia como explicación de ellos, y, entonces, la prueba se revistió de todos sus misterios y de todas sus supersticiones, y, así, surgieron las ordalías, las pruebas del fuego y del agua. . . Pero luego el Hombre encontró a Dios, y creyó en él como Creador y Juez Supremo de todo lo existente, y las pruebas mágicas se transformaron en el Juicio de Dios, en el combate sangriento y reñido de los Campeones, cuyas lanzas y espadas guiaba la mano invisible de la Divinidad para señalar con el triunfo la verdad. Y creyó también en otros hombres y por ello más tarde el dicho del testigo fué la máxima expresión de la

certeza. Mas, cuando el Hombre se olvidó de la Magia, y comprendió que Dios no se manifiesta cubierto de bélicos arcos, y advirtió que la voz de los hombres es falsa y vana, buscó en el propio culpable la prueba de la verdad. Nació la confesión como "la reina de las pruebas", y por obtenerla no se ha vacilado en emplear todos los medios, aún los más brutales y escarniosos. La Justicia se hizo secreta y buscó la oscuridad, como para ocultar la vergüenza de su ignominia, y es —entonces— que el proceso penal se torna en inquisitorio. La defensa es arrojada violentamente de su seno y la misma acusación es privada de su papel. El Juez recoge las tres funciones, hace una de las tres fuerzas procesales, y les añade una cuarta. Tenemos, pues, al Inquisidor que es Juez, Acusador, Defensor y Verdugo a un mismo tiempo.

Pero el Hombre reacciona contra la tortura, contra la ignominia y contra el dolor y rescata, una vez más, sus viejos y eternos derechos. Además, ocurre que comienza a poner la fe en un nuevo valor: la Ciencia. Y naturalmente, busca en ella la medida de las pruebas. Se inicia la era del Laboratorio y la Técnica. La razón de la Justicia continúa siendo la búsqueda de la verdad, pero hoy en la Ciencia ha depositado su esperanza de encontrarla.

Pero hoy, como ayer, la defensa es todavía necesaria en el Proceso Penal. Y lo será mientras la Justicia quede librada a las manos del Hombre, porque toda obra humana, aún la Ciencia, es falible y azarosa

24 — *Breve Recuento:*

I.—En el antiguo Egipto, cuna de la civilización, la función de juzgar estaba encomendada a un Tribunal independiente del Poder Real, a cargo del Sacerdocio, de entre cuyos miembros se escogían sus treinta jueces y su presidente. Este Tribunal conocía de todos los asuntos civiles y criminales. Se admitía la acusación y la defensa, y la persona del reo estaba asistida de varias garantías: Los que acusaban falsamente estaban sometidos a la pena de la calumnia; los reos convictos de falso testimonio eran castigados con la pena capital, creyéndose que su crimen era doble: uno contra la Divinidad, en cuyo nombre juraban, y otro contra la majestad de la ley, ante la cual lo hacían; y al Juez que se le probaba que habían con malicia absuelto a un culpable o condenado a un inocente, se le infligían penas duras y rigurosas. (50).

(50) Alberto Brenes Cordova "Historia del Derecho" Edit. Tipografía Lehmann 1913 San Jose Costa Rica Pág. 13 y sigs.

II.—En el Viejo Testamento ya se encuentra reconocida y reglamentada la defensa en juicio. Este era necesario, lo mismo que la prueba, para la imposición de la pena, como se desprende del siguiente pasaje: “El cual, hecho el proceso a ambos, confesando ellos el delito, los mandó ajusticiar” (51). El Juicio estaba confiado a los gobernantes del Pueblo Judío, quienes se denominaban “Jueces” y ejercían el poder político y la administración de la Justicia, lo que fue establecido por Moisés, tal como se dice en el Libro del Exodo: “Y habiendo escogido de todo Israel hombres de pulso y firmeza, los constituyó jefes del pueblo”, los cuales “administraban justicia al pueblo en todo tiempo, y las causas más graves las remitían a Moisés, juzgando ellos solamente las más fáciles” (52). Entre las leyes que dictó Dios a Moisés en el Monte Sinaí, además de los diez mandamientos, se encuentran varias que establecen los delitos y las penas, las que obedecían a la Ley del Talió: “y en general se pagará ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie” (53); aunque ya se reconoce el caso fortuito, solamente que fundamentado en la voluntad de Dios: “Quien hiere a un hombre, matándolo voluntariamente, muera sin remisión”. “Que si no lo hizo adrede, sino que Dios dispuso que casualmente cayese en sus manos, yo te señalaré un lugar en que podrá refugiarse”. (54). También existen ciertas disposiciones o consejos para bien gobernar, que afirman la necesidad de la verdad en la justicia: “No des oídos a los calumniadores, ni te prestarás a decir falso testimonio a favor del impío”; “No sigas a la muchedumbre para obrar mal, ni en el juicio te acomodes al parecer del mayor número, de modo que te desvíes de la verdad; “Ni aún del pobre has de tener compasión, tratándose de la justicia”; “Huye de la mentira. No harás morir al inocente y al justo, porque yo aborrezco al impío”. (55).

Los defensores eran reconocidos como protectores de las viudas, de los huérfanos, de los mentecatos, de los menores y de los ignorantes (56). “Aprended a hacer bien, buscad lo que es justo, socorred al oprimido, haced justicia al huérfano, amparad a la viuda” impreca Isaías en sus profecías, porque Israel “la ciudad fiel, y llena de juicio, se ha convertido en una ramera” y la que fué “en otro tiempo alcázar de Justicia, ahora lo es de homicidios”, ya que sus “magistrados son desleales, y van a medias con los ladrones; todos ellos gustan de regalos; corren tras del interés; no hacen justicia al huérfano, y no

(51) Sagrada Biblia Trad. T Torres Amt Edit Revista Católica El Paso Texas 1946

(52) Biblia Lib del Exodo Cap XVIII. Vers. 25 y 26

(53) Biblia Lib del Exodo Cap XXI Vers 24

(54) Biblia Lib del Exodo Cap XXI. Vers 12 y 13

(55) Biblia Lib del Exodo Cap XXIII Vers 1, 2, 3 y 7

(56) J. J. González Bustamante Obra cit Pág 139

encuentra apoyo en ellos la causa de la viuda"; y por ello levanta contra los jueces su voz amenazante: "¡Vosotros, que por regalos absolvéis al impío, y despojáis al justo de su derecho!": "¡Hay de aquellos que establecen leyes inicuas, y escriben continuamente sentencia de injusticia para oprimir a los pobres en juicio y hacer violencia a los desvalidos de mi pueblo, para devorar cual presa a las viudas y saquear a los huérfanos!". (57).

La defensa era reconocida plenamente: "Salid ahora a defender vuestra causa, dice el Señor: alegad si tenéis alguna razón fuerte, dice el Rey Jacob". (58), continúa diciendo Isaías; lamentándose de que no se encuentren hombres de bien para defender la justicia: "Y así es que el recto juicio se volvió atrás, y la justicia se paró a lo lejos de nosotros, visto que la verdad ha ido por tierra en el foro, o tribunales, y que la rectitud no ha hallado entrada. Y la verdad fue puesta en olvido; y quedó oprimido o hecho presa de los malvados aquel que se apartó del mal; vió esto el Señor e hirióle en los ojos el que ya no hubiese justicia; y vió que no quedaba hombre de bien; y se pasmó de no encontrar quien se pusiese de por medio"; (59). Y, así mismo, vemos que Elifaz exhortaba a Job: "Llama, pues, algún defensor tuyo, si es que hay quien te responda", (60). Y Job, en sus "lamentaciones", afirma la existencia del proceso, de la defensa y de las pruebas, al clamar: "Aún cuando yo tuviere alguna cosa que alegar por mi parte, no la alegaré, sino que imploraré la clemencia de mi juez"; "Si se trata de poder, es poderosísimo; si de equidad en el juzgar, nadie osa dar testimonio a favor mío"; "Aparte de sobre mí la vara de su justicia; y no me asombre con el terror que me causa; entonces hablaré sin que me amedrente su vista, que estando con tanto temor, no puedo deponer en mi defensa" (61). Ya el mismo Job advertía la falta de libertad del reo, intimidado por el poder terrible de la justicia. Job, como Isaías, confirman que desde hace milenios de años la justicia no siempre ha estado en manos limpias y probas, pues si éste imprecaba a los jueces que por regalos absolvían al impío, aquél se queja de que "La tierra comúnmente es entregada en manos del impío, el cual con sus riquezas venda los ojos de los jueces que la gobiernan" (62).

Y entre los consejos que su madre daba al Rey Samuel, leemos:

- (57) Biblia Profecía de Isaías Cap. II. Vers 17, 21, 23; Cap V Vers 23; Cap X Vers 1 y 2
 (58) Biblia Profecía de Isaías Cap. XLI. Vers 21
 (59) Biblia Profecía de Isaías Cap. LIX Vers 14, 15 y 16
 (60) Biblia Lib de Job Cap V Vers 1.
 (61) Biblia Lib de Job Cap IX Vers 15, 19, 34 y 35
 (62) Biblia Lib de Job Cap IX Ver 24

“Abre tu boca a favor del que es mudo, o no puede defenderse, y en defensa de todos los pasajeros. Abre tu boca, decide lo que es justo, y haz justicia al desvalido y al pobre”. (63).

III.—La Justicia en la India es función que corresponde al Rey asistido de Brahman y consejeros pudiéndose, en ciertos casos recomendar a un Brahmán de reconocida sabiduría la instrucción de la causa (64). La tradición reconoce dos clases de litigios: Los de naturaleza civil (dhana-samudhava) y los criminales (Insa-Samud-bhava). El rey preside el tribunal de su capital, al que va cada día. Las tradiciones indígenas conciben el soberano ideal “rindiendo justicia, como San Luis bajo el roble de Vincennes”. Y en todas las plazas fuertes de su reino hay un pretorio, que se encuentra orientado hacia el Este y adornado con ídolos y estatuas, además de una corona y un trono que simbolizan al rey ausente. En las aldeas es el “gramani”, especie de alcalde hereditario el que imparte justicia. La función judicial, en teoría, “debiera comprender diez elementos: el juez supremo, que dicta la sentencia; el rey, que castiga; los jueces, que investigan el hecho; el dharmasatya, la smrti (tradición), de la que procede el juicio; el oro, el fuego, el agua que sirven para las ordalías, confirmación sobrenatural del juicio humano; el contable que valúa daños y multas; el escriba y el alguacil”. (65).

Aparece ya la función de la justicia con jueces, investigadores, pruebas y medida en las penas. Se admite la defensa y la acusación, cuyos alegatos aportaron sólida contribución a la reflexión lógica (66). Las leyes de la administración de justicia, así como los delitos y las penas, se encuentran primordialmente en el “Libro de las Leyes de Manú” (Manava Dharmasatya), compuesto de 2,680 “slokas” o versículos, y que constituye uno de los Códigos más antiguos de la Humanidad, atribuido a un personaje casi mitológico llamado “Manú”, del cual recibe su nombre.

Este Código recoge la vieja aspiración del Hombre de que la justicia sea la expresión de la verdad y que la pena no se inflija más que al verdadero culpable. Declara que “cuando la justicia herida por la injusticia comparece ante el tribunal y los jueces no la amparan, se dañan a sí mismos”; que “El castigo injusto destruye la gloria y la buena fama en esta vida, e impide la felicidad en la otra; por lo que

(63) Biblia Los Proverbios Cap. XXXI Vers 8 y 9

(64) A. Brenes Córdova Obra cit. Pág. 31

(65) P. Masson Oursel y otros “La India Antigua y su Civilización” Trad. por Vicente Clavel Edit. UTEHA México s/a Pág. 87

(66) P. Masson Oursel Obra cit. Pág. 89

el rey debe huir de la injusticia a toda costa"; que "El Rey que castiga a los inocentes y absuelve a los criminales cúbiase de ignominia y se irá al infierno". (67). Se advierte, pues, además la aspiración de que la justicia sea el punto medio entre la impunidad del culpable y el castigo injusto del inocente.

Las leyes de Manú desconfían del testigo, pues recomienda a los jueces cautela y cuidado en su examen: "El testimonio es puro cuando contiene la verdad: la verdad hace prosperar la justicia y debe ser declarada por todo el mundo." (68).

IV.—La Justicia revela en Grecia, mejor que cualquier otra institución, ese perfecto equilibrio entre el poder público y la libertad individual que fué el ideal de Atenas en el siglo V." (69).

En el Pueblo reside el poder soberano, quien lo ejerce por medio de los Magistrados. Como consecuencia del pensamiento democrático ateniense, la Justicia había dejado de ser monopolio de los Eupátridas, y la ejercía el pueblo, que era el Señor, Juez y Legislador. El Areópago era el Tribunal Supremo, marco grandioso para la grandiosa elocuencia griega, porque en Grecia era la palabra el instrumento del gobierno y de la justicia.

El proceso ático resguarda firmemente los derechos del individuo. La omnipotencia del Pueblo brinda total seguridad al ejercicio de los derechos de cada hombre. El proceso es eminentemente acusatorio, aun al exceso, porque nadie podía ser procesado, cualquiera que fuese su crimen, si alguien no se erigía en acusador. "No hay magistrados que tomen la iniciativa de una demanda, ni ningún tribunal de acusación, ningún ministerio público que apoye la causa de la Sociedad" (70). Ni el homicidio, ni ninguno de los crímenes terribles, puede ser juzgado sin la voz del que acusa, la que debía ser la de un pariente del ofendido. Solamente las causas de interés popular admitían la acción pública, pues cualquier ciudadano podía ser acusador. Pero ni aún en éstas podía nacer el proceso sin la demanda acusatoria.

La defensa era consecuencia lógica de la acusación. Conforme a G. Glotz (71), el proceso penal griego por homicidio reunía las características siguientes: "La acción comienza por una ceremonia dra-

(67) A Brenes Córdova Obra cit. Pág. 31

(68) A Brenes Córdova. Obra cit. Pág. 32

(69) G Glotz "La Ciudad Griega" Trad de Jose Almoyna Edit UTEHA México s/a Pág 196.

(70) G Glotz Obra cit. Pág 197

(71) G Glotz Obra cit. Pág 189

mática: los parientes van ante el muerto y colocan una lanza sobre el montículo sepulcral, lo cual equivale a la declaración de guerra. Luego sigue una proclama del Rey que excluye al acusado de los lugares sagrados y aun del ágora, hasta el día del juicio: es la excomunión. La instrucción se hace en tres sesiones contradictorias, que tienen lugar con un mes de intervalo. El juicio se celebra al aire libre para que los jueces y el acusador escapen al contagio que propagaría la mancha del acusado. Ese día, el rey se quita la corona. Antes del debate se ofrece un sacrificio en el que se inmolan un morueco, un cerdo y un toro; ante el altar, las dos partes prestan solemnemente un juramento declaratorio sobre los hechos de la causa. En el Areópago, se ponían en pie sobre dos bloques de roca, la piedra de la injuria y la piedra de la implacabilidad. Cada parte tenía derecho de hablar dos veces. Después de su primera defensa, el acusado podía todavía prevenir una sentencia por medio de un exilio voluntario y el abandono de sus bienes. Si los sufragios se dividían en partes iguales entre la acusación y la defensa, el acusado se beneficiaba de lo que se llamaba el sufragio de Atenea, en recuerdo del voto que Atenea dio, según la tradición en favor de Orestes. Al bajar la colina de Ares, el absuelto iba a la gruta de las Euménides para apaciguar y agradecer a las Diosas por medio de un sacrificio”.

La administración de justicia era compleja en Atenas. Existían diferentes tribunales que ejercían distintas competencias. El homicidio, por ejemplo, no podía ser juzgado sino por ciertos tribunales que presidía el Rey. El más ilustre de ellos era el Areópago, reunido en la colina de Ares, cerca de la gruta consagrada a las Euménides. Se le consideraba como “el más venerable y el más justo de los tribunales” (72). A más del Areópago, especie de tribunal supremo, se encontraban tres clases de tribunales, formados conforme a las leyes de *Dracón por 51 efetas*. El *Paladión*, para los homicidios involuntarios y otros de menos gravedad. El *Delfinión* para el caso de que el Rey, encargado de la instrucción en el Areópago, resuelva que el homicidio es excusable o legítimo, como los casos de muerte por error, en juegos, o por haber encontrado a la víctima en flagrante concubito con la esposa, madre, hija o concubina libre del homicidio. Además, existían tribunales para juzgar cierta clase de reincidentes, y otros para los delitos de lesiones. (73).

La defensa, originalmente personal del acusado, admitió más

(72) P. Lis. Citado por G. Glotz. Obra cit. Pág. 198

(73) G. Glotz. Obra cit. Pág. 198 y sigs.

taide la representación del "patrón" o del amo (74). La defensa estaba, pues, plenamente reconocida. Los jueces tenían obligación de escuchar a las dos partes y decidir justamente. Así se desprende del párrafo siguiente, tomado del juramento de los jueces: "Escucharé al acusador y al acusado con toda imparcialidad, y daré mi voto conforme al fondo preciso de la causa. Si soy perjuro, que perezca yo y mi casa; si soy fiel a mi juramento. ¡Ojalá pueda prosperar!" (75).

Los principios de la igualdad imperantes en el proceso griego, se manifiestan hasta en la presencia en los tribunales del reloj, de la clepsidra, que medía la jornada, dividiéndola en tres exactas partes: una para el acusador, otra para la defensa, y la tercera para la deliberación de los jueces. (76)

Una breve ojeada a la reglamentación de la defensa en el derecho ático, la podemos encontrar en los párrafos que transcribimos: "En el fondo, el presidente se sienta en una tribuna de piedra, desde la que domina toda la asistencia. Cerca de él están su secretario o escribano, su heraldo y los alcaides encargados de la policía. Ante él, la tribuna de los abogados. A su derecha e izquierda, otras dos tribunas, donde se colocan las partes, mientras no toman la palabra. En el centro, una mesa sobre la cual, después de la votación, se escrutan los sufragios. Al igual que en la Asamblea, también se comienza con un sacrificio y una oración. Después por orden del presidente, el heraldo da lectura en voz alta de la lista de las causas pendientes de juicio, pues en una sola sesión se despachan varios procesos privados, pero si se trata de procesos públicos, no se da audiencia sino a uno. Luego, el escriba lee la demanda o el acta de acusación y después la declaración que opone la defensa. Al demandante y al demandado se les concede la palabra por turno. Cada uno tiene que hablar por sí mismo, salvo los incapaces, mujeres, menores, esclavos, libertos y metecos, que son representados por un tutor legal, su dueño o su patrono. El demandante que no se siente capaz de hacer él mismo su discurso, lo encarga a un especialista, un logógrafo, y se lo aprende de memoria; pero ni uno ni otro se atreven a confesarlo. Además, el acusado y aun el acusador pueden pedir permiso al tribunal para hacerse ayudar o reemplazar por un amigo más hábil en hablar; la autorización es rara vez negada, con la condición de que el abogado (sinegora o síndico) no perciba emolumentos. En ese caso, el interesado puede limitarse a decir algunas palabras de introducción y pasar la palabra a

(74) G. Glotz, *Obra cit.* Pág. 207

(75) G. Glotz, *Obra cit.* Pág. 202

(76) G. Glotz, *Obra cit.* Pág. 208

su asistente, o hacer corroborar su discurso por una peroración enérgica o una explicación complementaria. Esta ayuda mutua era de uso corriente en los procesos políticos, y los miembros de las *hetanías* oligárquicas la consideraban como una de sus principales obligaciones” (77).

V.—En Roma, en los primeros tiempos del Derecho, la defensa se encuentra confiada al asesor. Existiendo ya una especie de defensoría de oficio, pues el Colegio de los Pontífices designaba anualmente un sacerdote para atender la defensa de los plebeyos, ya que el conocimiento del derecho les estaba vedado a estos últimos, pues era privilegio de los patricios. Más tarde, a consecuencia de las luchas entre unos y otros, adquirieron los plebeyos el derecho de ejercer su propia defensa.

Existe la Institución del Patronato, constituido por los Patronos y la Clientela. Esta se formaba, según parece, de los descendientes de los esclavos manumitidos y de algunos plebeyos y extranjeros que buscaban el amparo y apoyo de los patricios. La clientela, no obstante su condición libre, se encontraba obligada a vivir bajo estrecha relación de dependencia. Nada poseían de su particular propiedad, porque sobre todos sus bienes ejercían los patronos el derecho de señorío. Las obligaciones de la clientela residían en servir al patrono en la guerra, ayudarle en la paz en sus labores, contribuir a la dote de sus hijas y pagar sus deudas (78).

Pero esta institución casi idéntica a la esclavitud, nos demuestra por otra parte, la importancia fundamental que para el pueblo romano tenía el ejercicio de la defensa. Porque si las obligaciones correlativas del Patrono con la Clientela consistían en ayudarle en sus dificultades económicas y sostenerlos cuando caían en la miseria, es, sin duda alguna, la obligación fundamental del Patrono la de patrocinio sus causas y defenderlos ante los tribunales de justicia.

La institución del Patronato, después de las luchas reivindicativas de los plebeyos, se debilitó profundamente, llegando a desaparecer casi totalmente al advenir el Imperio. (79).

El derecho de que un tercero pueda ejercer la defensa del reo se asienta en la costumbre, al romperse los velos del derecho tradicional y exotérico. (80). Primero fué admitido que un orador represen-

(77) G. Glotz. Obra cit. Pág. 207.

(78) A. Brenes Córdova. Obra cit. Pág. 74.

(79) A. Brenes Córdova. Obra cit. Págs. 73 y 74.

(80) J. J. González Bustamante. Obra cit. Pág. 140.

tara al reo en el proceso penal para defender sus intereses. Era el "patronus" o "causidicus", experto en el arte de la Oratoria, pero que no es técnico en derecho, en el cual debía instruirle el "advocatus", jurisperito y práctico en el razonamiento forense.

La función de la defensa se encontraba reglamentada por el Digesto (Lib. I. Tít. III), en el capítulo denominado "De procuratoribus y defensoribus", el que establecía las normas y reglas del patrocinio jurídico.

Roma floreció con grandes juristas y oradores. Entre los más notables, recordemos a Cicerón, en quien se concentra la más rica y esplendorosa oratoria romana. Aunque en puridad no podía ser considerado como jurista, era bastante instruido en derecho e hizo célebres y brillantes defensas, como la de Roscio, acusado de parricidio. La familia de los Quinto Mucio Scévola, entre ellos Publio, célebre por negarse, en calidad de Cónsul, a tomar las severas medidas que exigían los Patricios en contra de Tiberio Graco. El segundo se opuso a Syla cuando luchaba contra los dos Marios; y el tercero, al decir de Cicerón, era "el más grande orador entre los jurisconsultos y el más grande jurisconsulto entre los oradores". Por último, mencionemos a Emilio Papiniano, quien no necesita de su primer nombre para ser conocido como uno de los más grandes oradores y juristas romanos. Algunos le consideran como el primer mártir de la Abogacía, pues afirman que murió por haber condenado en el Senado el fratricidio de Caracalla.

VI.—En la Edad Media, dadas las complejas circunstancias políticas y sociales y la organización jurídica de los distintos pueblos europeos, se pierde, en parte, la acentuada estructura y formalismo del proceso penal romano y se desvirtúa su profunda esencia jurídica. Se penetra a un campo donde priva la venganza privada, la hermandad, el vasallaje, la disposición y los juicios de Dios, con todas sus distorsiones y excesos.

VII.—En el Derecho Germánico se admite el "intercesor" (Fuisprech), con naturaleza de representante del acusado. La defensa se ejercía por medio de fórmulas rígidas y estrictas que se debían de usar, pudiendo el defensor o "intercesor", si se equivocaba, ratificar sus afirmaciones, no así las partes, cuando éstas hacían personalmente su defensa. La Constitución Carolina (1532), reglamentó el ejercicio del derecho de defensa en juicio, reconociendo al acusado el derecho de hacerse representar por terceros. El defensor intervenía en el pro-

ceso penal para presenciar la recepción de la prueba y formular peticiones, aunque si el reo confesaba, debía concretarse a solicitar su perdón. (81).

VIII.—En la Francia feudal, la administración de la justicia se había degenerado tanto que en la época del Emperador Carlomagno, según expresa Mercader (82), “las escuelas de derecho podían aliviarse del estudio de los viejos pergaminos y buscar su inspiración en los clásicos gimnasios de Esparta”. Era que el juicio de Dios, bajo la influencia de los sentimientos caballerescos, imperaba en la función judicial del Estado hasta el grado de que “el foro francés pierde su brillo, desde que las garantías de la justicia se correlacionan con la fuerza y la destreza de los campeones”. (83).

El duelo judicial se encuentra profundamente arraigado y aunque la defensa mantiene sus fueros también se degenera, pues convierte su misión en la de negar los hechos y exigir la espada como máximo método de prueba. Y con todos los cuidados de no hablar nunca en nombre propio, sino que en el de sus patrocinados, porque si no lo hacían, la prueba se volvía contra los defensores, quienes debían empuñar las armas. Tal ocurrió al abogado Hugo de Fabrefort, en el juicio seguido contra Américo de Dufort, pues en la apelación interpuesta por Aymard de Mointaigne, Fabrefort omitió manifestar que hablaba en nombre de éste y fué obligado a cruzar su espada contra un famoso espadachín. Es desde entonces que se oye en los tribunales franceses la frase: “Precaución oradores”. (84).

El mismo Mercader relata que la fórmula tradicional de la demanda y la contestación era la que sigue: “Quedan mis hechos propuestos así como los habéis escuchado, monseñores; concluyo de modo que, si aquel a quien demando los confiesa, los tengáis por ciertos y le condenéis a entregar cuerpo y bienes al Rey —nuestro señor— por las causas que dejo expuestas y le impongáis tal pena, preconizada por los usos y costumbres, por la naturaleza del caso, o por mi deseo. Y, si los niega yo digo que mi señor tal (el del pleito) no los podrá probar por testigos u otros medios bastantes. Pero probará, en cambio, por sí o por su arma, en campo cerrado como gentil hombre igualado en caballo, armas y otras cosas necesarias útiles y convenientes al empeño de la batalla y, en tal caso, conforme a su nobleza os dará su esfuerzo”.

(81) J. J. González Bustamante Obra cit. Pág. 140

(82) Dr. Amílcar A. Mercader “Abogados” Revista de Derecho Procesal Año 1º Nº 3º Buenos Aires 1943. Pág. 254.

(83) A. Mercader Obra cit. Pág. 254

(84) A. Mercader Obra cit. Pág. 255

El Abogado arrojaba su guante en el pretorio y el contrario debía responder en términos análogos, agregando al final de la defensa: “y, en cuanto a los hechos propuestos, en caso de que la Corte prefiera la batalla, mi cliente los niega, dice que miente quien los propone y, para él o para su alma, queda a sus órdenes”. (85).

IX.—Se afirma que la defensa no existió en el proceso inquisitorio, porque el inquisidor resumía las tres funciones procesales: acusación, defensa y decisión. Carpov, en cambio, sostiene que la defensa existía ejercida por el Procurador de la Defensa, elemento del proceso como el Fiscal, pero que tanto la actuación del uno como del otro, pasaban desapercibidas por el predominio del juez en el proceso; de suerte que el defensor estaba de más y era el juez quien asumía sus funciones cuando aparecía de los autos su inocencia. El derecho de defensa fué totalmente desterrado de algunas legislaciones inquisitorias, como la Ordenanza Criminal de Austria de 1803 y otras; pero estaba plenamente admitida en Prusia, por ejemplo, en la Ordenanza Criminal de 1805. (86).

Mas, en el proceso inquisitorio, la falta de defensa es hasta cierto punto, consecuente y concordante con el concepto y fundamentos justificativos de dicha forma de proceder. Desde el momento que la función de la justicia se verifica por la infalibilidad divina de los jueces, se suponía que cuando el reo era inocente y se encontraba en estado de gracia, Dios mismo debía infundirle fortaleza para resistir los suplicios de la confesión (87). Y así tenía que ser Dios presente en el juicio, no podía más que velar por la justicia; y era —entonces— la máxima expresión de la defensa, manifestada en su poder que hacía callar al inocente.

X —En España, fuera de los tiempos dolorosos de la Inquisición y de los no menos dolorosos del Franquismo, se ha admitido siempre el derecho de defensa, y sus leyes se ocupan con loable preferencia de proveer que el acusado tenga defensor, quien debe estar presente en todos los actos procesales. El Fuero Juzgo y la Nueva Recopilación (Ley III, Tít. 23, Lib. 5), facultan a los jueces para que exijan a los Profesores y Abogados del Foro, que destinen parte de las horas de su trabajo diario, en la defensa de los pobres y desvalidos (88).

El juicio penal español tiene antecedentes constituidos —como en

(85) A. Mercader. Obra cit. Pág. 255.

(86) J. J. González Bustamante. Obra cit. Pág. 111.

(87) A. Mercader. Obra cit. Pág. 257.

(88) J. J. González Bustamante. Obra cit. Pág. 111.

muchas partes— por el duelo judicial, el juicio de Dios, con todas sus ordalías, y, además, lo que se llamaban pruebas vulgares, como el juramento, la del agua y de fuego y, en fin, todas aquellas pruebas en las que se creía que Dios se manifestaba.

XI —Es en Inglaterra en 1215, con la Carta Magna, impuesta a Juan Sin tierra por los Barones laicos y eclesiásticos, donde surge con violenta determinación de legalidad y respeto, la consagración jurídica del derecho de defensa. La Carta Magna reglamenta el derecho de defensa a través de la regulación del juicio penal: “Ningún hombre libre puede ser detenido, preso ni desposeído de lo que legalmente se halle en su poder; como tampoco privado de sus libertades, puesto fuera de la ley, desterrado, ni castigado de ninguna manera, sino por sentencia legalmente pronunciada contra él por sus iguales o pares, según la ley del país”.

Estas garantías fueron reafirmadas por las Provisiones de Oxford, en 1258, a instancias de 24 Barones del Reino, y reforzadas con el famoso e ilustre decreto de Hábeas Corpus, el cual estableció que a nadie podía mantenerse preso sin someterse a juicio, reglamentándose en el mismo, el pronto juzgamiento o la pronta liberación de los presos. Su nombre lo obtiene de las primeras palabras latinas con las que comenzaba, las cuales literalmente significan “que tengas cuerpo”. (89)

Es verdaderamente paradójico que Inglaterra, gobernada por una monarquía secular y por la Aristocracia y el alto clero refugiados en la Cámara de los Loes, sea ejemplo y paradigma de la democracia y de la libertad. El sistema parlamentario inglés, con sus Cámaras de lo Común y de los Loes, ha venido evolucionando para ponerse a tono con los tiempos y ha permitido que las instituciones judiciales se mantengan como verdaderos bastiones de la libertad. Por ello, afirma Duruy (90), no ha habido “democracia más aristocrática ni aristocracia más democrática, que el pueblo y la nobleza de Inglaterra”. Esto viene a reafirmar la vieja idea que no son tanto las instituciones y las leyes las que conforman la libertad y democracia de los pueblos, como el carácter y el civismo de los mismos.

El derecho inglés, tradicional y consuetudinario, viene respetando desde la Carta de Juan Sin Tierra, los principios de que el juicio penal debe ser público, inclusive el sumario; que el reo no debe ser

(89) A. Brenes Córdova. Obra cit. Pág. 159.

(90) Mencionado por A. Brenes Córdova. Obra cit. Pág. 161.

jamás comunicado; que el Juez no debe interrogarle en secreto o fuera de audiencias, y aun en éstas debe primero advertirle que nadie está obligado a acusarse a sí mismo; que la defensa es amplia y plena, teniendo el reo derecho a nombrar defensor desde el primer momento, quien debe asistirlo durante todos los trámites procesales.

Después de leerle al indiciado los pliegos de cargo, el juez lo invita a escoger el modo de que prefiere ser juzgado: si por vía de confesión o por vía de negación (*To plead guilty or not guilty*) (91). Si se prefiere la forma de confesión, reconociendo la verdad de los hechos que se le imputan, todavía el Juez le hace ver la responsabilidad que su confesión le aparea y lo requiere con benevolencia a que retire su confesión. Si insiste en ella, se prescinde del jurado y de los alegatos y se le condena. Si, en cambio, elige la forma de la negación, es sometido al procedimiento regular y público, al que asisten los miembros del Tribunal, los jurados, que son doce, los testigos de cargo y de defensa, el acusador o el procurador general, el reo y su defensor, y el abogado de la parte contraria en ciertos casos.

La Fiscalía no está plenamente desarrollada, pero existe el Procurador General (*Attorney-general*); y en casos de muertes violentas o de causas desconocidas, interviene el Coroner, especie de Juez instructor.

La defensa está confiada a los abogados, divididos en dos clases que se reparten las funciones de la misma: Los "counsellor", "solicitors", que son los directores técnicos, y los "barrister", que alegan en estrados; a más de los "Attorney" o procuradores que se encargan de los menesteres y diligencias de la instrucción. (92).

XII.—Después de la Carta Magna, el documento más trascendental para la afirmación de los derechos y garantías humanas, es la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, decretada por la Asamblea Revolucionaria Francesa en el año de 1789. La misma Asamblea, el 29 de septiembre de 1791, expide un nuevo ordenamiento procesal penal, que consagra los principios de la obligatoriedad de la defensa penal y el de que el acusado debe disfrutar de todas las libertades necesarias para prepararla. Desde el interrogatorio el acusado tiene el derecho de nombrar defensor y en caso de que se negare o no pudiera hacerlo, surgía el nombramiento de defensor de oficio por el Juez. Desde esa época es que se consagra

(91) A. Brenes Córdova. *Obra cit.* Pág. 153

(92) A. Brenes Córdova. *Obra cit.* Pág. 154

el derecho del reo a no ser juramentado ni obligado a declarar. Para González Bustamante (93), los principios que regulan el ejercicio de la defensa en juicio, desprendidos de la Declaración de los Derechos del Hombre, son: "1º Libertad ilimitada en la expresión de la defensa. 2º Obligación impuesta a los jueces, para proveer al acusado de un defensor, en caso de rehusarse a designarlo. 3º Obligación impuesta a los profesores de Derecho y Abogados, para dedicar parte de las horas de su trabajo a la atención de la defensa de los pobres de solemnidad. 4º Prohibición absoluta a las autoridades judiciales para compeler de algún modo a los acusados a declarar en su contra. 5º Derecho reconocido al inculcado para la designación de defensor desde el momento en que es detenido. 6º Derecho del defensor para estar presente en todos los actos procesales, sin que pueda vedársele el conocimiento de las actuaciones practicadas a partir de la iniciación del procedimiento. 7º Obligación impuesta a las autoridades judiciales de recibir las pruebas que ofrezca el acusado dentro de los términos señalados para su admisión, estableciéndose como excepciones que las pruebas confesional, documental y la inspección judicial y reconstrucción de hechos, pueden rendirse hasta la audiencia que precede al fallo, siempre que concurren causas bastantes que demuestren que la prueba no fue presentada en el período de sumario por causas ajenas a la voluntad del promovente. 8º Obligación de las autoridades de auxiliar al inculcado para obtener la declaración de personas cuyo examen solicite".

XIII.—Pero el derecho de defensa se encuentra sometido siempre a las influencias del odio y de la venganza, y, pese a la Revolución Francesa, es de nuevo desconocido en años posteriores. Negado a veces, reprimido otras, desvirtuado muchas, el derecho de defensa sufre las alternativas de la libertad. Cuando ésta triunfa, la defensa es plena y completa. Cuando la libertad cae ante los embates de las formas totalitarias de gobierno, la defensa le acompaña en la caída. Rusia prohíbe una vez la presencia de abogados defensores; pero se ve obligada a restablecerla con posterioridad, aunque confiada al cuerpo de defensores de oficio del tribunal. Aunque la Constitución Soviética en su Art. 111, reconoce el derecho de defensa del reo, el Código de Procedimientos Penales establece: "Art. 468. Se verán las causas sin intervención de las partes". Más flagrante violación al derecho de defensa no es dable encontrar .(94).

En Italia, en los tiempos del Fascismo, la defensa sufre también

(93) J. J. González Bustamante. Obra cit. Pág. 144

(94) S. Mora y P. Swierniak "Justicia Soviética" Bilbao, España 1947 Pág. 92

los embates de las fuerzas totalitarias, llegándose hasta prohibir a los abogados el patrocinio de los delincuentes acusados de delitos "gravemente peligrosos para el orden social y político del Estado" (Nov. de 1929). (95).

El régimen nacional socialista alemán expidió el 21 de febrero de 1936, la ley que regulaba el ejercicio de la abogacía como tendiente a la conservación del pueblo alemán y al afianzamiento del sistema nazi. Se consagra el principio de que "si un abogado se encuentra en la necesidad de aconsejar a un dañado del pueblo o del Estado, debe defender en todo momento los intereses del pueblo alemán". El abogado es considerado en primer término como mandatario de éste y sólo secundariamente como mandatario del reo. (96)

XIV—Terminada la última guerra europea, el mundo sobrecogido de terror y anhelante de paz, deposita su esperanza de encontrarla en la estructuración de la Organización de las Naciones Unidas. Se cree que un sistema jurídico será la solución pacífica de las discordias internacionales y se piensa, además, que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". Surge, entonces, la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

Esta declaración establece una vez más la garantía de la defensa y de los demás derechos humanos. Esperanzadora declaración que se ha hecho tizas en el transcurrir del tiempo.

La defensa es regulada así: "Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Artículo 11-I: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

En nuestra América, en este Continente de la esperanza jamás lograda, la defensa ha sido objeto de varias declaraciones interamericanas. La Carta de Bogotá y otras, reafirman la existencia de los derechos del Hombre. Pero quizá en ninguna parte del mundo es más

(95) J. J. González Bustamante. Obra cit. Pág. 147

(96) J. J. González Bustamante. Obra cit. Pág. 147

notoria la ausencia de las garantías y de los derechos humanos. Como afirma Jiménez de Asúa, "las dictaduras surgen y resurgen en Hispanoamérica" y no son otra cosa más "que la continuidad de sus viejos métodos, en que alternan la violencia y el fraude disfrazados con títulos de moda, como el negro semidesnudo que toca su encrespado cráneo con sombrero de copa". (97).

Pero la defensa y los derechos humanos persisten, como la aspiración profunda, a veces rota, descalabrada, hecha pedazos, pero jamás vencida, del Hombre por la Libertad. Algún día se habrá de alcanzar; mientras no se logre, no cejemos nosotros, donde quiera que sea el lugar que la vida nos coloque, en rechazar toda sugestión que pretenda destruirla, cualquiera que sea el pretexto y cualquiera que sea la intención.

CAPITULO II

LA DEFENSA COMO DERECHO HUMANO

25.—La Defensa como Derecho del Hombre:

I.—La persona humana posee derechos superiores y anteriores a la ley positiva. Derechos que nacen con ella y que son consecuencia de su naturaleza. Como rezan las inmortales palabras de la Declaración de Independencia de Filadelfia: "Consideramos como evidentes por sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que están dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; entre los que figuran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. ."

La entidad hombre es un conjunto de derechos, cuya falta o pérdida le desnaturaliza completamente. Son de su propia esencia y deben acompañarle durante todas las alternativas y circunstancias de su vida.

En el goce y disfrute de sus derechos naturales y esenciales reside precisamente su alta categoría humana.

El Derecho a la vida es consecuencia directa del hecho de nacer, pues sería absurdo concebir el nacimiento del hombre sin que le

(97) L. Jiménez de Asúa. Tratado Pág. 150

acompañe el derecho de vivir. La conservación de la vida es derecho inalterable e irrenunciable.

No puede concebirse tampoco al hombre si no es en razón de su libertad. Decir hombre es afirmar la idea más excelsa de la libertad. Pensar en el hombre como simple partícula encadenada al movimiento del Estado y en servicio de éste, es admitir la tiranía en todas sus formas. El hombre nace libre sin más límites que la libertad de sus semejantes.

El hombre posee también el Derecho a la Dignidad. Dignidad y hombre son dos ideas que se justifican la una con la otra. La dignidad es la diferencia fundamental entre el hombre y la bestia, porque sin ella el hombre es simple animalidad.

Los valores eternos del hombre se complementan con la búsqueda de la felicidad. El hombre aspira esencialmente a ser feliz, y ésto es la meta de todas sus obras y motivos. No podemos admitir que el hombre nace para la desgracia, para la miseria o para el dolor, porque sería pensar diminuto su concepto integral y justificar la explotación del hombre por el hombre. Así como la libertad, la búsqueda de la felicidad tiene un límite en la felicidad de los otros hombres. El olvido frecuente de esta verdad lleva a los excesos repugnantes de que el hombre sea todavía siervo de las apetencias y concupiscencias de los otros hombres.

Y precisamente porque todos los hombres son libres y dignos, y porque todos poseen el derecho a la vida y a la felicidad, es que los hombres no pueden dejar de ser iguales. Si uno hubiera que fuera superior a los demás hombres, la igualdad naturalmente desaparecería y con ella la existencia de los demás valores humanos. Porque la igualdad reside en el igual derecho que todos los hombres tienen al goce y al respeto de dichos valores.

II.—Desde los tiempos más remotos y en las más antiguas civilizaciones, el hombre ha luchado en defensa de sus derechos esenciales. Y el instrumento de su lucha ha sido ese valor imponderable e indefinible que es el Derecho. Por ello se puede decir con toda razón que la Historia de la Humanidad es la Historia del Derecho y que la historia del derecho es la batalla perenne y jamás rendida del hombre por la libertad. El hombre ha librado la pelea por la libertad contra los otros hombres; tribu contra tribu, pueblos contra pueblos, naciones contra naciones; y no cesa, ni cesa, ni rinde su demanda. El hombre es una conducta: la erguida conducta de la libertad.

Porque ha ocurrido que siempre han existido otros hombres que creen que el Destino de la Humanidad es el de servir a los intereses bastardos e inconfesables de su egoísmo. Que el Hombre no tiene más derechos que los que el Estado o los otros hombres les reconocen o conceden. Y que antes que los derechos del hombre se encuentran los superiores de la Sociedad, ante la cual aquéllos han de sacrificarse, aunque en el sacrificio se pierda la vida y los Fueros y privilegios humanos.

Y todo esto se fundamenta a través de la Historia en distintas razones y motivos. A veces, en la idea superior de los Dioses; otras, en el derecho divino de los Reyes; o en los derechos del pueblo; o en el imperio de la Raza o de la Nacionalidad. Pero el Hombre, que no renuncia jamás a su calidad de tal, porque la libertad y los demás derechos son de su propia esencia, se alza contra los Dioses, abate a los Reyes, o destruye los ídolos del moderno paganismo nacionalista.

Y cuanta vez esto ocurre, afirma y declara poseer derechos inalienables e irrenunciables. Y Por mantenerlos, y por protegerlos, y por defenderlos, han corrido ríos de lágrimas y la sangre ha salpicado las páginas de la Historia.

Pero la afirmación de esos derechos y facultades humanas carecería de valor si el hombre no poseyera el derecho a la Seguridad. Es decir, el derecho de ser respetado en su esencia, sus Fueros y privilegios. Porque de otra manera, siendo el hombre como es eminentemente social, habiendo entregado parte de sus derechos al Estado para que éste le garantice el disfrute del resto, la Seguridad surge como el cúmulo de garantías y formalidades que el Estado debe observar para privarle o disminuirle de sus derechos esenciales. Ya que si estos derechos tienen un límite infranqueable en los derechos de los demás hombres, cuanta vez un hecho o un acto humano los viola o los daña, el Estado, investido del poder jurisdiccional, debe restituirlos a sus límites anteriores si aún es posible, o castigar al violador si la restitución no es factible. Y este castigo no puede consistir más que en la pérdida o disminución de esos derechos.

III.—Por eso, cuando el Hombre se coloca en situación de que se discutan sus derechos, le ampara la garantía del proceso. Ya sea dentro de la órbita civil o dentro de la penal, el Hombre no puede ser privado ni disminuido en sus derechos si no es por un Tribunal independiente o imparcial, que le oiga en condiciones de absoluta igualdad.

Le ampara, pues, la garantía de la defensa. La defensa es derecho

eterno, de igual valor que los demás derechos y garantías que el Hombre posee por ser Hombre. El Poder Jurisdiccional del Estado no puede ser ejercido si no se le garantiza al Hombre la plena efectividad de la defensa, que, al fin y al cabo, no consiste más que en ese derecho a ser escuchado, en condiciones de absoluta igualdad, por un órgano judicial, independiente e imparcial. La sentencia es el fin último, tanto del Proceso Civil como del Penal. Solamente la sentencia puede privar al Hombre del todo o de parte de sus derechos fundamentales. Mientras no exista sentencia, las cosas, en el proceso civil, quedan como estaban; y en el proceso penal, debe presumirse la inocencia del procesado, hasta que se demuestre lo contrario, lo que no puede hacerse más que por medio de un juicio público, dentro del cual sea cierta y plena la garantía de la defensa.

Peo resulta, también, que el Hombre, cuando por un hecho suyo, cierto o incierto, es sometido al Proceso Penal, por esa misma circunstancia ha dejado de ser igual. Las gravísimas consecuencias que pueden desprenderse del Proceso le han restado, parcial o totalmente, su libertad psicológica. Un hombre amenazado por todo ese aparato tremendo, intimidador y muchas veces violento, de la función punitiva estatal, carece de la libertad de juicio y de razonamiento suficiente y necesario para poder defenderse. Además, el hombre puede ser privado de su libertad física, por precaución o prevención, antes de la sentencia. Todas estas circunstancias harían negatoria la garantía de la defensa, porque el ejercicio de ésta sería limitado o imposible. De aquí surge la necesidad del patrocinio jurídico. El abogado defensor es la fuerza que nivela la igualdad de los hombres dentro del Proceso, de cualquier Proceso, pero más y sobre todo dentro del Proceso Penal. La presencia del abogado defensor dentro del Proceso Penal es garantía de honda esencia humana, justificada, precisamente, por la necesidad de que el Hombre sea oído en condiciones de absoluta igualdad. Por ello es, así mismo, irrenunciable e inalienable.

26.—*El Derecho de Defensa:*

I.—Aunque creemos que llamar “derecho” a esa facultad inalienable y esencial del hombre que constituye la defensa, no es propiamente atinado, no hemos vacilado en hacerlo, porque dada la hora en que vivimos en la que los conceptos y valores fundamentales sufren de una creciente mixtificación que los llevan hasta su confusión total, es necesario recalcar que la defensa, a más de facultad inseparable de

la misma esencia del hombre, constituye un derecho del que nadie, ni él mismo, puede privarlo.

El hombre está obligado, en el tejido de relaciones cambiantes y movedizas que conforman la vida, a permanecer en perenne estado defensivo para no sucumbir ante el ataque del mundo que lo rodea. Desde los glóbulos blancos, infinitesimales y primarios instrumentos de la defensa humana, que en los escondidos manantiales de la sangre se mantienen librando la eterna pugna del hombre contra la enfermedad y la muerte, hasta el combate áspero e ingrato de ganarse el pan de cada día con el sudor de la frente, la vida humana es una larga batalla sin término ni fronteras.

Aunque superadas, por miles o millones de años, las épocas brutales en las que el hombre tenía que combatir —casi con las manos desnudas— contra las fieras en la selva y en la pradera, el mundo moderno ofrece siempre el mismo espectáculo de lucha. Si bien hoy ya no combatimos contra fieras aullantes y osadas que llegaban hasta el propio umbral de la caverna o de la choza; si bien hoy ya no vagamos dispersos y sin tregua por las anchas tierras sin caminos ni albergues, en desesperada búsqueda del diario yantar; si bien ahora ya no tenemos que matar para poder ver la luz del nuevo amanecer; todavía el mundo nos brinda un sustituto, más tremendo y más cruel, de la vieja lucha por la supervivencia.

El hombre es una mezcla informe de sentimientos y de emociones, de instintos y de pasiones, de inteligencia y de bestialidad, con fugaces instantes en que la intuición le señala la preeminencia del espíritu sobre la materia, atisbando apenas en la esencia de su propio ser, desconocido aún para él mismo, en la cerada noche de su ignorancia. Y la vida es consecuencia de su naturaleza. Y, así, vemos a la humanidad recorriendo los largos caminos de la Historia, sin saber de dónde viene, sin saber a dónde va, titubeando, cayendo, levantándose y continuando en su deambular sin rumbo y sin destino. Y la vida es lucha. El hombre combate sin cesar contra sí mismo, o contra los demás hombres, o contra el Estado, o contra los elementos. Nace, vive y muere luchando. Y al morir, lo hace con la esperanza de que la interrogante infinita de la muerte se resuelva, por lo menos, en un lugar de calma y de paz, donde encuentre el sosiego al que eternamente aspira y que la vida le niega siempre.

Y en su lucha, al hombre se le deparan dos caminos. El uno, limitado por las fronteras de las leyes, de la moral y de los convencio-

nalismos. El otro, sin más límites que la voluntad, que rompe las leyes, se buila de la moral y se desatiende de los convencionalismos. Si al hombre le es dable escoger, es la pregunta que divide a la Filosofía en dos grandes campos: la que antepone el espíritu y cree en el libre albedrío, y la que hace de la materia y de las fuerzas de las circunstancias la explicación del hombre y de la Historia. Obre libremente el hombre, o impelido por las fuerzas ciegas del Destino, la verdad es que según escoja uno u otro camino, así habrá de colocarse dentro o fuera del Derecho Penal.

La ley de la selva continúa vigente. La lucha es perenne, sin pedir y sin dar cuartel. La civilización la cubre de ropajes distorsionadores que transforman sus aspectos externos, pero su esencia permanece intangible.

Y la misma civilización es la que nos tiende las más habilidosas emboscadas y nos depara las más arteras asechanzas. Las balas de los revólveres en manos huérfanas de responsabilidad y ávidas de emociones y de "hombría"; las ruedas de los modernos bólidos, conducidos por héroes imberbes que en el vértigo de la velocidad rescatan los pedazos de sus espíritus, rotos por los complejos y las neurosis; el crimen irrazonable e imbécil de los ebrios que sólo en el alcohol encuentran el resorte para elevarse de su mediocridad o de su cretinismo; los mil accidentes distintos con que pagamos en precio de dolor los beneficios del progreso; la Ciencia en manos de Gobiernos que en nombre de la Libertad y de la Dignidad del Hombre, rellenan los mares de cadáveres y cubren de sangre y lágrimas los continentes devastados; o los crímenes de los diminutos Césares de opereta, que expolian a los pueblos y hacen el arte de gobernar horrenda teoría de cárceles y muerte; han trocado la vida de la selva en pálido reflejo de lo que puede ser el odio, y la estupidez, y el crimen elevados a sus más brutales expresiones.

Es todavía la hora del lobo. El hombre sigue siendo el lobo del hombre.

II.—Pero algo hemos avanzado. Ya al hombre no le es permitido hacerse justicia por sí mismo. El Estado le ha arrebatado de las manos la espada de la venganza, y la ha trocado por el fiel de la balanza, que mide y pesa los actos humanos. La venganza tiene ya una medida y un límite, y hace siglos que pugna por transformarse en justicia.

Los tiempos de la venganza individual ya han pasado. Ya los hombres no pueden arreglar entre sí sus diferencias cuando sus hechos violan las normas que aspiran a la humana y pacífica convivencia. El Estado se ha vuelto el exclusivo poseedor de la función penal, y ejerce la jurisdicción privativamente. Máximo árbitro de los conflictos humanos, es señor de la Libertad y de la Vida de los Hombres. Pero todavía no ha logrado calibrar el ingrátido punto donde se sustenta la medida de la Justicia y, todavía, la "vindicta pública", la histeria y el miedo pesan sobre los frágiles platillos de la balanza, y la venganza atisba, pronta al sangriento zarpazo.

Por ello es que podemos decir con don Mariano Ruiz Funes, que "el proceso es el sustituto civilizado de la auto-defensa, como lo es la pena de la venganza". (98).

III.—Hemos convertido al Estado en el depositario del ansia, de la aspiración insobornable del hombre por la Justicia. Le hemos entregado el derecho de dispensarla, pero nos hemos reservado el de exigirle que la haga real y verdadera. Si bien nos hemos sometido al imperio estatal no hemos enajenado los derechos que nos acompañan por la razón de ser hombres, de los cuales no se nos puede privar, ni podemos renunciar, porque entonces dejaríamos de serlo.

Le hemos dicho: ¡Toma tú, como órgano supremo de la Sociedad, el poder tremendo que es la Justicia; pero respeta nuestro derecho a la Libertad, respeta nuestro derecho a la Vida, respeta nuestro derecho a la Dignidad, respeta nuestro derecho a la Felicidad; y, cuando nos prives de ellos, óyenos antes, y pesando nuestras razones, y las de nuestros contendores, y las tuyas propias, descarga sobre nosotros el peso de nuestras culpas, sin más ni menos medida que la que nuestros hechos merezcan.

Solamente así puede ser la Justicia.

IV.—¡Oyenos antes! Este es el presupuesto fundamental de la Justicia: "Nadie puede ser condenado sin haber sido OIDO y vencido en juicio". La defensa no consiste más que en el escuchar del Estado de la voz del procesado. Pero esta voz puede ser la inocencia o la del crimen; en el acierto en la distinción difícil reside el substráctum de la Justicia.

El Proceso Penal debe ser la máxima garantía de la inocencia,

(98) M. Ruiz Funes Obra cit

porque el Derecho no tiene más alternativa que considerar inocente al procesado hasta el día en que la sentencia establezca lo contrario.

Cuando un hecho o un acto humano viola las normas, las reglas, que garantizan el derecho que todos tenemos de nacer, vivir, crecer, multiplicarnos y morir en paz, todo el aparato estatal de la Justicia Penal se pone en movimiento. Ha surgido un crimen que ha cosechado dolor, lágrimas, sangre o muerte, y el culpable debe ser castigado. Al no bastar la prevención, es necesario que se descargue el peso terrible de la Ley, para restablecer el equilibrio.

Si el movimiento de la actividad estatal que constituye el Proceso Penal, llevara como inexorable destino el de declarar la culpabilidad del infractor y el de someterlo a los rigores de la pena, toda la violencia del proceso se justificaría en sí misma. Mas, resulta que el fin del Proceso Penal no puede ni debe ser jamás únicamente la inflicción de la pena. El fin último y esencial del Proceso Penal es el de establecer la Justicia. Y la Justicia no puede basarse más que en la certeza.

Y la certeza como fin procesal se descompone en varias partes, fundamentales todas e íntimamente entrelazadas. la certeza de que un hecho ha ocurrido; la certeza de que este hecho constituye delito; la certeza de que alguien, individualizado y determinado, lo ha cometido; y la certeza de que ese alguien es legalmente responsable de su hecho.

Si al Estado le fuera permitido poseer la certeza por sí mismo, como facultad de su propia naturaleza, como la potestad milagrosa de la infalibilidad, el proceso penal sería totalmente innecesario.

Però resulta que el proceso es obra del hombre, y, como toda obra humana, es eminentemente falible. La Justicia es casi un azar, y el hombre renuncia a su calidad de tal si se entrega en brazos del Estado con los ojos vendados y los oídos cerrados, sin ver a dónde lo conduce, sin expresar sus razones, sin contradecir las contrarias, sin que se le oiga y sin que se le juzgue

La Defensa, en fin, no es más que el ejercicio de los derechos del individuo, la afirmación de las garantías de la persona humana, la consagración de su inalienable derecho a la Paz y a la Libertad, y el acatamiento a los Fueros de su Dignidad.

Sin defensa no podemos aceptar ni justificar el proceso. Esta es su concepción fundamental. Por ello, recojamos las palabras del ilustre Couture. "El destino del proceso se liga, así, al destino del derecho y el destino del derecho se liga al destino del individuo. Como en el

juicio de Orestes, en *Las Euménides*, todo Juez debe decir, con las palabras que el trágico puso en los labios de Palas Atenea, aún frente a la acusación de haber matado a una madre, que “nunca habría justicia si habiendo dos partes sólo se ha oído la voz de una”. Y agreguemos nosotros que por no haberlo hecho, más de una vez, a lo largo de la larga historia del hombre, se tiñeron en sangre las manos de la justicia”. (99).

27.—*La Misión de la Defensa Penal:*

I.—Ya hemos visto que el proceso penal es la suma de tres fuerzas distintas, indisolublemente ligadas y las tres igualmente necesarias para definir el derecho al caso concreto. Aparentemente separadas, como persiguiendo fines diferentes, las tres concurren al proceso íntimamente entrelazadas para que el objeto fundamental de éste pueda realizarse cabalmente. Si penetramos al análisis del proceso, veremos que tanto la acusación, como el Juez y la defensa, persiguen la definición de la justicia.

La acusación batalla por obtener la condena del procesado, la defensa pugna por la libertad de éste, y el Juez busca ávidamente la verdad. El proceso entero es juego de pasiones: la pasión de la acusación por la condena, la pasión del Juez por la verdad, y la pasión de la defensa por lograr que la investigación de los hechos, que la apreciación de las pruebas, no se deformen, ni se desvíen, ni se distorsionen. Si consideramos “que para alcanzar, o, cuando menos, para aproximarse a las altas cumbres de la verdad, se necesita ascender gradualmente bajo la mordedura constante y atormentadora de la duda” (100), no podemos menos de sentir la importancia trascendental y fundamental de que el proceso sea la síntesis del Juez de la tesis de la acusación y de la antítesis de la defensa. El juicio penal dejaría de serlo si no se admitiese la contradicción. La contradicción es la piedra de toque de la verdad, y solamente así la puede encontrar el juzgador.

II.—Reflexionemos sobre la importancia que juega la defensa en el proceso. Veamos cómo su verdadera misión no es la que el vulgo generalmente cree. Como afirma Manzoni, la defensa no puede ser “patrocinadora de la delincuencia, sino del derecho y de la justicia en cuanto pueden estar lesionados en la persona del imputado”. Porque en verdad el defensor lo que persigue es que el juzgamiento del

(99) E. Couture “Introducción al Estudio del Proceso Civil” Edit. ARAYU. Buenos Aires 23 Ed 1953 Pág. 41

(100) José Guarneri “Las Partes en el Proceso Penal”

presunto culpable se realice de manera que se respeten sus derechos esenciales, que se acaten las formas y modos del proceso, que se escuchen las razones explicadoras de su conducta, que se investigue sobre su capacidad mental y psicológica, y, que, en fin, se le oiga ampliamente, para que las gravísimas consecuencias del proceso se verifiquen en un clima tal que no lesionen ni el derecho ni la justicia en la persona del procesado.

Si hemos concebido el proceso como el reducto inexpugnable de la Libertad; si nuestros cuerpos legales tienden al aseguramiento de la libertad del hombre y del respeto a sus bienes jurídicos y espirituales, ya que creemos que el Estado es el servidor de la persona humana y no los hombres siervos del Estado, debemos llegar lógicamente y consecuentemente a aceptar que para que permanezca intangible el respeto al hombre, que para que el proceso continúe siendo el reducto inexpugnable de la Libertad, es necesario que el hombre pueda ejercitar en juicio la más amplia y completa de las defensas.

No podemos menos de concebir que el hombre es inocente mientras no se demuestre lo contrario; que no existe más verdad legal que la establecida por la sentencia. Pero para llegar a la verdad legal es necesario transitar por los difíciles caminos del proceso. Y para que el presunto culpable pueda llegar al fin de los caminos sin que la justicia sufra y el derecho mengüe, el reo debe de acompañarse del técnico conocedor de las leyes, y, sobre todo, conocedor de la vida, para que le ayude a sobrepasar los obstáculos, le defienda de las celadas que la acusación suele tenderle, y le aparte las cargas y molestias innecesarias del proceso. Cuando nuestro espíritu se yergue en rebeldía al advertir las consideraciones que la misma ley y los juzgadores guardan por el procesado cuyo crimen es evidente, es porque nos olvidamos de estas sencillas razones. Ya dijimos, y volvemos a insistir en ello, que si el proceso penal sirviera únicamente para declarar la culpabilidad e infligir el necesario castigo, todas esas molestias y todas esas violencias procesales se justificarían en sí mismas. Pero como no es así, y no puede serlo tampoco, tendremos que aceptar todas las garantías que el proceso ofrece, como naturales y consecuentes con la concepción liberal que tenemos de la vida. Y no liberal en el sentido de doctrina económica que el concepto posee, sino de liberalismo de espíritu, que se asienta en la creencia de que el hombre es eminentemente libre y que sólo por excepción puede perder la libertad.

III.—Juzgar es altísima función del Estado. Y por alta que es, y por peligrosa que suele ser también, es que debemos insistir, siempre y

cualesquiera que sean las circunstancias políticas y sociales que vivamos, que esa función debe revestirse de la máxima cantidad de garantías. Llevamos tan dentro de nosotros mismos —apenas dormidos y no muertos— los resabios de la barbarie, que estamos prontos a descargar sobre nuestros adversarios la explosión brutal de la venganza. Nuestra primera reacción ante el ataque o ante la injuria, es alzar la mano en airado ademán de represalia. Por eso mismo es que juzgar es cuestión tan profundamente delicada y difícil.

Nuestro primer impulso es ver solamente las cosas desde el punto de vista de nuestra propia conveniencia, y hacemos violencia a la idea de escuchar las razones de los demás. Esencialmente egoístas, buscamos siempre la satisfacción parcial de nuestros deseos e intereses. Cuando el hecho ajeno viene a dañar injustamente nuestros derechos o nuestros bienes, el egoísmo se levanta exacerbadamente, acompañado de los instintos ancestrales de la venganza y del odio. Es casi contra nuestra naturaleza encomendar la solución de nuestros conflictos a la imparcial decisión de un tercero, aunque este tercero posea exclusivamente el poder de administrar justicia. Creemos que buscar el amparo de las leyes es índice de cobardía y que es manifestación de virilidad buscar en nosotros mismos la medida de nuestra justicia. Si así fuera, si dejáramos a cada quien decidir cuál es su derecho, juzgar continuaría siendo el viejo ejercicio de la venganza sin límite y sin medida posible.

IV.—Y si vemos que éso “de decidir el derecho”, si éso de juzgar, es cuestión difícil y delicada en épocas normales, cuando más o menos se goza de paz y tranquilidad social, tenemos que comprender que grave se torna el problema, como juzgar se vuelve casi una imposibilidad material, cuando las circunstancias políticas y sociales se transforman, y la pasión se agiganta y somete a su imperio desmedido todas las células del cuerpo social, convirtiéndose, entonces, la justicia en una dantesca caricatura. Hablar en tales épocas de justicia es una sangriante ironía “porque —en frase de Calamandrei— en tiempos de tiranía o de odios civiles desencadenados, pareciera como si viera a faltar el terreno en que pueda echar raíces cualquier forma de justicia imparcial y ordenada”. (101).

Los autores suelen expresar el concepto de la abogacía en tres funciones: la consulta, la conciliación y la lucha. Y es por ello que cuando agotados los recursos de la paz, inútil el consejo y no lograda la conciliación, el abogado debe de reclamar las armas y marchar al

(101) Prieto Calamandrei “Elogio de los Jueces escrito por un abogado” Edit. EJEA Buenos Aires 1956 Prólogo Pág. XXV

combate jurídico. Para Couture, “es aquí donde la abogacía se hace heroica”. Porque la abogacía, cuando el abogado lo es realmente, está siempre sometida a la amenaza, a la represalia, al crimen mismo. Más de un abogado ha sucumbido en defensa de los intereses y derechos de su cliente. Cosa que no nos ha de extrañar porque ya sabemos también que abogado que vacile, mejor haría en renunciar a su calidad de tal. Pero cuando los vientos huracanados del odio político soplan sobre las contiendas humanas, entonces la abogacía es más que heroica, porque entonces suele ser sinónima de la muerte. La Historia nos brinda ejemplos de inmarcesible gloria: aquel Nicolás Favier (102), defensor de los Girondinos ante la Convención Francesa, que exclamaba patético y heroico: “Traigo a la Convención la verdad y mi cabeza. La Convención puede disponer de mi cabeza después de haber escuchado la verdad”. O aquel Pierre Gandoy (103), también en Francia, que defendió al Médico Baithas, inocentemente condenado por muerte de uno de sus enfermos, que logra cambiar su persona —ya agotados todos los recursos legales— por la del ilustre médico, y cuando el alba llega el verdugo en busca de su víctima, encuentra a Gandoy que le dice: “Debes matar a un hombre cuyo genio, puede prestar, todavía, grandes servicios a la humanidad. Es más útil que yo; tómame entonces, pues estoy listo para morir”. Carlos VI le indulta al pie del patíbulo y más tarde le hace miembro del Parlamento. O aquellos abogados cubanos, que hoy en estos días, arriesgan la vida y la libertad por defender a los asesinos que no más ayer masacraban al pueblo cubano, pero que —con todo el respeto y la admiración que la Revolución Cubana nos merece— son grandes y se revisten del ropaje de los héroes cuando ante los Tribunales Revolucionarios continúan librando la antigua batalla de la abogacía porque primero se escuche la voz del reo antes de descargar sobre él el peso tremendo de la justicia, como igualmente ayer lo hacían defendiendo a las víctimas de la brutal y sangrienta dictadura de Batista.

La abogacía significa siempre contienda y riesgo. El abogado defensor permanece siendo el arriesgado y esforzado paladín de la justicia, que batalla sin tregua y sin descanso por el respeto a los derechos esenciales del hombre, porque en la justicia no pesen el odio, y la venganza, y la histeria, que distorsionan la verdad, vulneran el derecho y la transforman de nuevo en la barbañe desatada. Y debe también el abogado luchar por la misericordia, porque la misericordia y la sabiduría son “las dos grandes formas del entendimiento humano” (104).

(102) E. Couture “Tres Conferencias” Pág. 27

(103) A. Mercader. Obra cit. Pág. 241

(104) E. Couture Prólogo al “Elogio de los Jueces” de Calamandrei. Pág. XXI

V.—Entre todas las profesiones que el hombre desempeña en la sociedad, ninguna como la abogacía para entender lo que puede ser el sacrificio y el heroísmo del hombre por los demás hombres. La abogacía debe ser un sacerdocio porque es la profesión que tiene como función la defensa del más alto de los bienes humanos. Podemos pasarnos sin todo, lo único esencial para vivir es la Libertad". (105). Y por éso al abogado no le queda más recurso que vivir luchando contra todos: lucha contra la acusación y contra el mismo juez en el proceso; lucha contra la sentencia condenatoria ante las Cámaras de 2^a Instancia; contra las de éstas, vuelve a luchar en casación ante la Corte Suprema; lucha contra la autoridad constituida y contra sus actos, porque éstos a menudo vulneran los derechos de su cliente; y lucha contra la misma ley, cuando ésta viola los principios constitucionales, demandando su inaplicabilidad o pretendiendo la declaración de su inconstitucionalidad; lucha, en fin, constantemente y en todo lugar. Jamás a un hombre se le exige tanto como al abogado.

El destino del abogado es la lucha. Pelea por sí mismo y por la profesión, cuando pelea por los demás. Porque al pelear por el derecho ajeno, pelea por los fueros propios y por los de la profesión, dado que la abogacía está sujeta siempre a todas las limitaciones, porque nunca se ha dejado de tener la voz sin miedo del abogado. La libertad de expresión es su primer derecho, ya que sin ella el abogado no podría serlo nunca jamás: ¿Cómo es posible concebir un abogado que defiende a los demás, sin poder expresarse con plena libertad? ¿Sin poder escoger los recursos y los caminos, sin más límites que su propia voluntad? Para el abogado no deben existir más fronteras que las de la Moral; pero ésta no debe quedar sujeta al criterio extraño y, mucho menos, al oficial. Abogado que permita que se le coarte la palabra, deja de serlo para convertirse en cómplice de la injusticia. El abogado debe ser el único juez de su conciencia.

Al abogado se le exige la lucha por el derecho y por la libertad con mayor razón que al resto de los hombres. Así como el Sacerdote debe ser el primero en el ejemplo cuando de la ley de Dios se trata, así el abogado debe ser el primero en la lucha contra la tiranía. Por eso los eternos lacayos de los regímenes violadores de la ley y la justicia, no pueden llamarse abogados, aunque sean profundos pozos de sabiduría y de técnica jurídica, y se escuden en ellas precisamente para justificar su vergonzoso papel de defensores del atropello y de la violencia gubernamental. El abogado no puede concebirse sino inflamado

(105) A. Ossorio y Gallardo. Obra cit.

por la pasión insobornable por la verdad y por la justicia, batallador perenne por la libertad, contra todo y contra todos. De no serlo así, “será —como lo dice don Angel Ossorio y Gallardo— un ganapán del derecho, podía ser, quizá, un hombre de ciencia; abogado, no”. (106).

VI.—Pero —como ya lo afirmamos— el abogado no alcanza la santidad del heroísmo más que en épocas desafiadas de odio y de venganza. Es entonces la hora de catar la calidad humana y profesional del abogado. Como lo dice un ilustre jurista belga: “Nunca se tendió una idea clara de lo que representa la abogacía como sacrificio y como entrega hasta el día en que haya habido necesidad de defender ante un tribunal revolucionario, ante tribunales militares, ante cortes de ocupación, no ante jueces de justicia sino ante jueces de venganza. Cuando estemos defendiendo a un hombre cuya sola defensa nos ponga en contra de toda la opinión pública del país, cuando estemos defendiendo la causa de un hombre cuyas ideas estemos aborreciendo, pero que el ministerio de la abogacía nos impone este deber” (107).

VII.—Pero en nuestra Patria no hay necesidad de tribunales revolucionarios ni de cortes de ocupación, ni de causas de hombres cuyas ideas estemos aborreciendo, para que el ejercicio de la defensa nos coloque en contra de toda la opinión pública del país. Se ha distorsionado tanto la misión de la defensa, se ha confundido tanto la razón del proceso, que las gentes, angustiadas por el crimen, frenéticas e histéricas, quieren ver en todo procesado un culpable, en todo culpable un condenado, y en todo condenado un ejecutado; sin oírle ni vencerle, abominando de las garantías del proceso y de los fueros de la defensa en juicio.

La defensa de cualquier causa —aun la de la inocencia— suele sentar al abogado en el banquillo de los acusados del tribunal terrible de la opinión pública. Y éste no admite distincos, ni grados ni tonos, y condena irremediamente a todos los abogados: a los pulcros y a los sucios, a los honestos y a los perversos, a los más y a los menos honrados. Y el fallo es inapelable. Y por él estamos condenados a cargar sobre nuestros hombros el peso de nuestras culpas y de las ajenas. ¡Maravillosa herencia que legaremos a nuestros hijos! ¡La

(106) A Ossorio y Gallardo. Obra cit. Tomo II Pág. 17

(107) Citado por Couture “Tres Conferencias” Pág. 27

herencia del inmotivado descrédito y de la pública mala fama! Pero —¡son tan hondos los ministerios de la abogacía!— que pese a todo, a la mala fama y a la deshonra pública, a la abrupta injuria y al ruin escarnio, seguimos cargando nuestra cruz. . . ¡Y con sólo una vez que hacemos resplandecer la verdad y arrancamos al inocente de las garras de la venganza, nos damos por bien pagados por toda la infamia y por toda la ignominia que se descarga sobre nuestras espaldas!

CAPITULO III

PROBLEMAS DE LA DEFENSA

El ejercicio de esa facultad o derecho humano que llamamos defensa, cuando viene a salvaguardar los eternos fueros del hombre dentro del proceso penal, se encuentra sujeto a todos los ataques, a todas las voces anidas y violentas, que variando de grados y tonalidades, pretenden fundamentalmente destruirlo o negarlo. La argumentación se basa en todas las ideas y usa de todos los recursos, pero existen dos formas de ataque que son las más persistentes y despiadadas: las que niegan la defensa porque creen que se encuentra en conflicto con el interés de la Sociedad, y las que creen que la defensa penal se encuentra desamparada de la Moral. Para todas esas voces agrias y armadas de indignación y de vituperio, la función de la defensa dentro del proceso ha llegado a confundirse con la fuerza que persigue la impunidad o que patrocina la delincuencia.

Por ello hemos creído que los problemas de la defensa se pueden contemplar desde dos puntos de vista, desde el de la Sociedad y el de la Moral.

28.—La Defensa y la Sociedad:

I.—La sociedad es castigada rudamente por el delito; herida en sus partes vitales y generosas por la descomposición criminal; fustigada y lacerada por la diaria y repetida violación a la ley penal. El crimen se levanta de frontera a frontera con perfiles angustiosos, y la vida humana, y los bienes de los hombres, y el honor y el pudor, son irrespetados de manera tal que la República entera parece vivir bajo los signos terribles del terror y de la sangre.

Desde el delito de mínima cuantía, el apenas perceptible y que casi no deja huella, desde esas lesiones y agresiones a las que nos tienen

acostumbrados las comadres de los barrios bajos, y esos delitos de hurto que son más que famélicos; hasta el crimen de sangre o sexual espantoso, el que se reviste de los caracteres más brutales y asquerosos, y los delitos de estafa en grandes proporciones, y esas malversaciones de caudales públicos —moderna forma de entrar a saco al Tesoro Nacional con la patente de corso de la impunidad oficial— toda la gama polifacética del delito rige la hora actual salvadoreña.

Sacudida y conmovida por el crimen sin mengua y sin límite, temerosa y acongojada, la sociedad reacciona exigiendo de los Poderes Públicos el replanteamiento del problema delincuencial y la búsqueda urgente de soluciones atinadas y efectivas, insistiendo casi siempre en el aumento de los medios de represión y en la dureza de las penas. Se pretende resguardar el orden público, proteger los bienes jurídicos y morales, salvaguardar la paz social, y esa desaforada ansia de rigor y de dureza se fundamenta aun en la piedad por las víctimas pasadas, presentes y futuras del ataque criminal.

Se piensa, con sobrada razón, que la sociedad no puede ni debe permanecer indiferente ante la amenaza real y concreta del delito, y sin razón alguna, que si los medios actuales de prevención y de represión son insuficientes, en ejercicio del derecho de legítima defensa que a la sociedad le asiste, deben buscarse medidas de distinta entidad, aun violatorias de las garantías humanas, porque la sociedad se encuentra situada en una encrucijada que no le permite escoger.

Se clama en todos los tonos que el proceso penal salvadoreño es incapaz de librar la lucha contra la delincuencia, que sus instituciones fundamentales han fracasado lamentablemente en su cometido; que el proceso, los tribunales y la misma ley penal están profundamente viciados en su raíz. El Jurado es objeto de los ataques más violentos y repetidos, alegándose con inusitada insistencia que se ha transformado en la fácil puerta de escape de los criminales empedernidos, y que sus fallos son la concretización ostensible de la más vergonzosa impunidad.

Se sostiene que la lógica elemental indica que cuando ocurre un conflicto de valores, hay que sacrificar los menos valiosos para salvar los más nobles y altos; y que, naturalmente, en el conflicto entre la sociedad que se defiende y el criminal que la hiere, no queda más remedio que escoger los de la sociedad. Se insiste en la idea de que el máximo rigor en la pena y en la investigación de los delitos, es la mejor defensa contra el crimen, ya que la sociedad —afirman— debe

defenderse, a como pueda y den lugar las circunstancias, del ataque inmisericorde de las fuerzas delictuosas; llegándose a justificar que en la violación de la ley y del derecho y en el irrespeto a las garantías del hombre, se encuentra el sistema más eficaz para detener la ola de sangre y de crimen que amenaza destruir a la Nación.

Por ello, se predica combatir el crimen con el crimen, el delito con el delito, en obediencia de un sentimiento casi general que partiendo de la legítima exigencia de que el Estado aborde con vigor y efectividad el problema delincencial, por desgracia y “por paradoja se basa en proclividades inconscientemente agresivas de los que al pedir el alza de la represión demandan un freno contra sus propias impulsiones” (108), pero que ha llegado a distorsionar en tal forma a la opinión pública que ésta propugna por la legalización de los sistemas brutales y estúpidos con los cuales las autoridades policiales pretenden luchar contra la delincuencia.

Un clamor general se levanta contra los abogados que intervienen en los procesos penales, a los cuales se les considera con lógica muy singular, coautores, o por lo menos, cómplices de los delincuentes que representan o asisten, pues se cree que el defensor penal es el instrumento por medio del cual los criminales obtienen la impunidad de sus delitos, evadiendo el castigo que merecen sus culpas. Y el mismo derecho de defensa se encuentra sometido a los ataques más demoleedores.

II —Y lo lamentable, lo verdaderamente lamentable, es que esas voces airadas y violentas no dejan de tener razón. Hay que reconocer honestamente que muchos abogados son en verdad una vergüenza para la vieja e ilustre profesión de la abogacía; abogados duchos en trapizondas y en recursos inmorales, hábiles en el ejercicio de la mentira y de la calumnia, prontos al testigo falso y a la falsa imputación, dispuestos siempre a cambio de unas cuantas monedas a vender su impudicia y su desvergüenza. Pero éstos, al fin y al cabo, no son los más, y tampoco lo son todos los que en el concepto público pasan por tales. En esto como en todo, la exageración conduce a las generalizaciones injustas y festinadas. Y así como los hay en la abogacía, existen en todas las demás profesiones y oficios, algunos que desnaturalizan la esencia de su menester.

Y también debemos reconocer, a fuer de honrados, que el proceso

penal, y los jurados, y las diversas instituciones procesales son hasta cierto punto ineficaces para librar la urgente lucha contra la delincuencia. Que se impone la reforma profunda y real de nuestros cuerpos legales, porque en verdad las cuestiones procesales no andan como debieran, ni cumplen con sus fines y objetivos. Pero de ésto, a llegar a aceptar las conclusiones absurdas que la opinión pública, que los ignorantes y los doctos desprenden de la situación que atraviesa la Nación, hay un largo e irreductible trecho. No es con el aumento en el rigor y en el dolor de las penas, no es justificando los excesos policiales, no es negando la necesidad del patrocinio jurídico y los fueros insoslayables de la defensa en juicio, que el problema delincencial puede ser reducido a sus verdaderos términos. Cuando todas las soluciones que se consideren posibles persiguen únicamente atacar el problema en sus manifestaciones y efectos, cuando todo tiende al castigo y a la represión, el problema del crimen no es realmente atacado. Indiscutiblemente se lograría una acción bienhechora si se consiguiera la modernización y tecnificación de la investigación del delito, y la reforma de los instrumentos jurídicos, y el aumento y modernización de los centros penales; pero mientras las raíces del mal, las verdaderas causas del delito permanezcan sin ser tocadas y combatidas, el crimen continuará proliferando y llenando de terror y consternación a la sociedad.

Lo que ocurre es que todas las cosas las solemos contemplar a través de los cristales distorsionadores de los prejuicios, y lo que en realidad sucede es que planteamos el problema fuera de sus límites lógicos y justos. Sin duda alguna, la sociedad posee derechos respetables, dignos de la más cuidadosa atención; pero la existencia de estos derechos sociales no deben destruir los derechos que todos los presuntos delincuentes tienen, como ya lo dijimos, aun por la sencilla y única razón de que son seres humanos. La sociedad, o el Estado, que para el caso son lo mismo, tienen indiscutiblemente el derecho a castigar, poseen el *ius puniendi*, y lo ejercen con toda justicia cuando pretenden someter al delincuente, o al que se teme que lo sea más tarde, al castigo de la pena o a las medidas cautelares o de seguridad. Pero la premisa que se debe observar antes de aplicar la pena o la medida de seguridad, es que la acción punitiva del Estado se ejerza sólo y únicamente sobre el verdadero culpable o peligroso, y nunca antes de que su culpabilidad o su peligrosidad sea demostrada o establecida por medio de un juicio normal, en el cual tengan plena vigencia las garantías procesales, entre ellas primordialmente la de la defensa. Es decir, que el culpable debe ser castigado, irremediabilmente castigado, pero hasta

después que tenga “su día ante la corte”, como se dice en el derecho inglés, o sea la oportunidad que le permita alegar lo conducente a la explicación de su conducta, o deponer todo lo necesario para su defensa, porque sin oír previamente la justicia no puede castigar a nadie.

Pero hay voces ásperas que lanzan a todos los vientos la idea de que la defensa y, sobre todo los abogados, deben desaparecer del proceso penal. La Inquisición es una supervivencia en ciertas mentes desquiciadas e insanas que todavía en el talión ven diminuta la medida de la pena. Todo lo miden y analizan de acuerdo con sus propios espíritus, de los cuales nunca se ha dicho verdad más cetera que la de las palabras de Alexander y Staub: “la afinidad subterránea a menudo notable, del mundo de los criminales con sus perseguidores, puede explicarse por este proceso. Con una parte de su alma, la parte inconscientemente pulsiva, todo hombre, y más particularmente el perseguido celoso del criminal, está del mismo lado que este último”. (109).

Y como señala el ilustre maestro Jiménez de Asúa, en el fondo del alma popular, en el fondo de todas estas cuestiones que se debaten, lo que existe es una subconsciente inclinación expiacionista que pretende al infligir la pena, el sometimiento de un dolor al delincuente, que al ser pena se reputa justo. Y afirma que “por desgracia en estas horas se apercibe un enorme retroceso; imperan los más oscuros impulsos instintivos, la expiación se arriaga y la venganza se actualiza”. (110).

Y por todo éso es nuestro temor que por fin en el proceso lleguen a privar esos oscuros instintos, y la histeria y los resabios de la venganza pesen más ser sus frágiles platillos que la Justicia y sus íntimas substancias. Porque si bien la sociedad necesita defenderse del crimen, requiere resguardarse del delito, esa defensa y ese resguardo no deben traspasar ciertos límites necesarios para que la función penal no se transforme nuevamente en la barbarie legalizada y sin frenos.

Porque la justicia, al fin y al cabo, no es más que el viejo derecho de venganza que ha encontrado un límite y una medida, y por desgracia la venganza es más propia de nuestra naturaleza. Y la encontramos disfrazada y confundida en lo más profundo de nuestra alma, acechante y presta siempre a su violenta explosión, que al rebasar toda medida y todo límite, desnaturalizaría precisamente la esencia de la justicia.

(109) Alexander y Staub Citados por M Ruiz Funes Obra cit Pág 43

(110) L. J. de Asua Mencionado por M Ruiz Funes Obra cit Pág 42

III—Pero el argumento que con más fuerza es expuesto es el que consiste en que la sociedad, colocada por el exceso del delito en la disyuntiva de defenderse contra éste o perecer, no debe de vacilar en emplear cualquier medio capaz de detener las corrientes criminales que corren desbordadas. Que el proceso, viciado por la acción de los abogados que ejercen el derecho de defensa, es completamente ineficaz de seguir sirviendo de instrumento de lucha contra el crimen, por lo cual es preferible que ésta sea enfocada y ejercida directamente por las autoridades policíacas, sin ningún control jurisdiccional y haciendo uso de cualquier medio, por inmoral y antijurídico que éste sea.

Y el periodismo salvadoreño, con pequeñas y homosas excepciones, es el primero en la absurda argumentación. Levantan indignadas oleadas de protesta contra los fallos de los tribunales de conciencia, viendo en ellos uno de los principales factores determinantes del auge delincencial. Y los abogados defensores sufren con frecuencia la mordedura despiadada de los perros de presa del periodismo amarillista, que se solazan y regodean en la pintura vívida de los aspectos más negros y asquerosos del delito. Esforzados paladines, dignos de mejor causa, del exceso en la pena y en la persecución de los delitos, se deleitan con la descripción de los detalles más escabrosos, con profusión de fotografías y de escándalo. Hasta rueda por ahí un periódico que un buen día, ¡asombrémonos ante el cinismo y la impudicia de ciertos periodistas!, tituló un ya muy famoso editorial con el sugestivo nombre: “Látigo contra el crimen” (111). Pero estos nuevos inquisidores, estos Torquemadas de moderno cuño, olvidan con ligereza harto lamentable que uno de los factores criminógenos más notable es la descripción de los crímenes, el abuso de las fotografías, y el destacamiento de los detalles obscenos y asquerosos; que mil veces más efectivos en el aumento y difusión de la criminalidad, son las historias y los cuentos, tantas veces repetidos, de crímenes famosos, que los abogados que ejercen el bíblico oficio de defender a los demás; que las tinas e historietas cómicas, con su desenfrenada idealización de los gangsteres y ladrones, prenden con desgraciada facilidad en la fértil imaginación de los niños y de los que ya no lo son; que los mismos periódicos, en fin, son uno de los factores impulsores del crimen más graves en la problemática delincencial del país. ¡Ah estos vendedores del pan nuestro de cada día de escándalo y de mentira! ¡Famosa prensa independiente, pronta para la condena de los crímenes de los pobres y de los miserables, mil veces más dignos de misericor-

(111) La Prensa Grafica Editorial San Salvador

dia y de perdón que de castigo! ¡Prensa independiente que no admite subvenciones, pero que acepta las monedas con que se pagan las dobles páginas, largas y sabiamente aburridoras, de los discursos de nuestros modernos próceres! ¡Prensa independiente que calla los pecados de los poderosos, los crímenes de los que todo lo pueden, pero que destaca a diario los pecados de los humildes! ¡Prensa buena para la condena de los abogados y de la defensa, pero que nunca jamás ha hecho un esfuerzo serio por estudiar los graves problemas nacionales, en cuenta los del delito, porque ésto no causa honorarios, ni venta fácil, como los discursos presidenciales o los llamativos titulares del crimen del año!

IV.—Decíamos que la pugna, que los conflictos que surgen entre los derechos de la sociedad a defenderse del crimen y de los criminales, ejerciendo el derecho de penar, o sometiendo a los peligrosos a la acción preventiva estatal, y los derechos de éstos que se concretan en la defensa, se debería de resolver en el sentido de obtener una armonía plena y profunda. Si la sociedad exige el castigo, porque es necesario y justo que el concepto de Beccaria de “que no haya un lugar en la tierra donde el delito quede impune” adquiera plena vigencia y efectividad; también es necesario que la sociedad se defienda del delito por medios adecuados, sin olvidar jamás que el delincuente es un hombre, y que por ello tiene ciertos derechos y ciertas garantías cuyo desconocimiento no podemos aceptar. Que hay que permanecer vigilantes para impedir que la función de la justicia se desnaturalice con la indebida ingerencia de otros sentimientos e instintos, cuidándonos especialmente de cerrar la puerta de nuestro proceso a los deseos de venganza, porque éstos, despertados por el delito que produce, como lo dice don Mariano Ruiz Funes, “una verdadera rebelión de la dignidad colectiva”, y que, como continúa diciendo: “Se trata de una indignación que a veces adopta formas incoercibles, capaces de romper todos los frenos inhibitorios y de anular los poderes críticos” (112), pueden llegar a extremos de tanta gravedad, dentro y fuera del proceso, que este último podría llegar a convertirse en los rampantes fueros de la barbarie y de la venganza actualizadas y legalizadas.

Y creemos igualmente que los peligros actuales del proceso penal, el cual somos los primeros en reconocer que no llena sus fines de instrumento de lucha contra la delincuencia, son, en todo caso, preferibles a los peligros tremendos de romper con todos los frenos y todas las medidas, tanto en la pena y en su imposición, como en la investiga-

(112) M. Ruiz Funes. Obra cit. Pág. 36

ción del delito. Que aparentemente, la sociedad se defiende del crimen en forma más efectiva cuando las fuerzas policiales oficializan la tortura y el crimen mismo, cuando la defensa es casi negada en el juicio, cuando se ponen trabas al desempeño de las funciones procesales de los abogados, cuando la pena se aumenta y se rigoriza. Pero viendo bien las cosas se advierte que entonces la pena ya no lo es, "porque ya no existe una proporción razonable entre delito, culpabilidad y pena"; que la justicia se ha perdido porque la investigación demasiado a menudo señala al inocente como culpable, y el verdadero culpable tampoco es analizado y castigado en la forma exacta como lo requiere la necesidad, y, en fin, volvemos a la venganza que "mira al pasado" y nos olvidamos de la justicia que "debe mirar al porvenir" (113).

V.—Cada día que transcurre es más notable y pertinaz la indebida ingerencia gubernamental en las cuestiones de la justicia. Todavía no hace muchos años, el Presidente de la República, conmovido ante una sentencia legalmente proveída, ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada, en la cual se condenaba a un criminal de los que hay muchos, a sufrir la última pena, en uso y ejercicio del poder omnímodo del que se creen investidos él y todos los militares que durante los últimos treinta años monopolizan el poder político, violentamente sustrajo de las manos del juez al asesino condenado e imposibilitó que se cumpliera la sentencia. E inmediatamente después se procedió a la reforma del Código Penal, de manera que en obediencia al principio de la retroactividad de la ley penal cuando la nueva ley es favorable al reo, la sentencia ya no podía aplicarse con posterioridad, por aumentarse los requisitos penales exigidos para la aplicación de la pena de muerte. Lo notorio es que durante los años de gobierno de este presidente era notable el apareamiento por las carreteras y los montes de cadáveres anónimos, aparentemente fusilados por las fuerzas policiales, lo mismo que la existencia de la célebre celda N^o 18, en los recintos de la Dirección General de Policía, donde morían de hambre y desamparo, los pobres rateros, la escoria humana, condenada a la muerte por la soberbia policial, sin forma de proceso y sin garantía alguna.

Y situados ya dentro de nuestra realidad legal, en la que la función investigatoria del delito se ha confiado a las manos de las Policías Nacional y de Hacienda, y a la Guardia Nacional, por verdadera *incuria de nuestros administradores de justicia y de nuestro flamante Ministerio Público, o Fiscalía General*, nos encontraremos con abismos de ignominia que repugnan a las conciencias de los hombres libres.

(113) M Ruiz Funes Obra cit Pág 37

En conformidad al Art. 20 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Policía de Investigaciones Criminales estará obligada a recibir y cumplir las órdenes del Fiscal General y del Agente General Permanente de la Fiscalía, en todo lo referente a las funciones propias de la referida ley. Con sólo esta disposición vemos lo inadecuado del funcionamiento de la Policía de Investigaciones Criminales, más conocida con el nombre de "Judicial". En cualquier lugar del mundo, la policía investigadora de los delitos depende del Fiscal o de los Tribunales, con plena independencia de las autoridades administrativas. Entre nosotros, por el contrario, es dependencia directa de la Policía Nacional, y sus sistemas investigatorios exceden a los antiguos y desechados de la inquisición española. Y lo afirmamos sin exageración, pues cualquiera que conozca el clima donde se desarrolla por la Policía la Investigación de los delitos, tendrá que darnos la razón. El secreto más absoluto rodea la investigación de los hechos, el reo es incomunicado de sus parientes y no se permite la ingerencia de los abogados defensores. Y la investigación es enderezada tendenciosamente al establecimiento de la culpabilidad del reo, negándole en la forma más absoluta todas las garantías y derechos. La confesión policial es un rito rodeado de todas las solemnidades del antiguo derecho, porque si bien ya no se encuentra el verdugo, "el ejecutor de las altas obras", enmascarado y asistido de todos los instrumentos de la vieja tortura; en cambio, encontramos agentes de la policía, casi todos proclives al oficio, ya no con las tenacillas de hierro calentadas al rojo vivo, ya no con el potro, y la rueda y el embudo, y el látigo de cinco puntas, pero si manejando con estupenda eficiencia el cigarrillo encendido, y la capucha y el bastón de hule, y todas las formas modernas de infligir el dolor, como las corrientes eléctricas aplicadas a los órganos sexuales, y la incomunicación, y la tortura mental, todas ellas formas, tan brutales y efectivas como las otras, para obtener la confesión.

¿Y cuál es el resultado de todo este dolor y de toda esta tortura? Que aunque algunos jueces admitan el valor probatorio de las actuaciones policiales, el Jurado, juez último y a menudo insobornable, desecha siempre estas pruebas y absuelve a los procesados, aunque sean culpables, porque intuye que la Justicia no puede basarse en la tortura y en la ignominia.

Por ello es que al analizar la forma de la investigación del crimen en el país, al advertir la barbarie uniformada y armada del poder público, al advertir todos esos sistemas brutales e imbéciles con los que se pretende investigar la verdad, al darse cuenta de la demagogia

que pretende cubrir con manto de ciencia y técnica los pobres recursos de la investigación, no sabemos si echarnos a reír a carcajadas de la estulticie policial, o ponernos a llorar, con largas lágrimas amargas, de ver como el derecho, y la justicia, y la verdad son atropellados y prostituidos por los llamados a defenderlos. ¿Cómo no han de sublevarse nuestras íntimas creencias? ¿Cómo no habremos de sonrojarnos y de indignarnos? ¿Cómo no alzar el grito levantado de repudio y de protesta. . . ?

VI.—Toda esta desenfrenada actuación podría terminar con unas cuantas reformas al Código de Instrucción. Bastará para impedir la tortura y la coacción en la investigación del delito, con reformar el Art. 415, en el mismo sentido que se hizo en las postimerías del año de 1957. Esta disposición aparecía antes de la reforma antes dicha en la siguiente forma: “La confesión extrajudicial probada por dos testigos, el cotejo de letras, una sola presunción o dos o más dependientes una de otra, forman semi-plena prueba”. En noviembre del año citado, fue cambiada por la siguiente: “La confesión extrajudicial, no rendida ante agentes de la autoridad, probada por dos testigos, y el cotejo de letras, forman semi-plena prueba”. Pero pocos meses después a iniciativa del Poder Ejecutivo, se volvió a su texto anterior.

Además, se hace necesaria la inclusión en nuestro derecho de una disposición que ponga coto a la tortura y a la barbarie policial, no solamente en cuanto a la “confesión” extrajudicial, sino que en referencia a todo el actuar de nuestras autoridades, por desgracia tan sedientas de violencia y tan propicias a la arbitrariedad. La Constitución Cubana dispone: “todo hecho contra la integridad personal, la seguridad o la honra de un detenido será imputable a sus aprehensores o guardianes, salvo que se demuestre lo contrario”, (114); disposición que sería digna de tomarse en cuenta, sobre todo si se legislara en el sentido de que la imputación se presumiría en contra de los jefes superiores de las fuerzas a las que pertenecieran los aprehensores o guardianes, si acaso, como sucede tan a menudo, no se pudiese establecer quiénes son éstos.

La confesión extrajudicial ha sido duramente atacada, en la forma en que nosotros la tenemos, por varios y distinguidos juristas. El Dr. Angel Góchez Castro, de ilustre memoria, afirmaba: “seguir

(114) Mencionada por el Dr. Arturo Zeledón Castrillo. Discurso. Revista Foro. Tomo I. Nº 9. Santa Ana. 1954. Pág. 23.

dando eficacia a las confesiones dadas en la Policía o en la Guardia, sería convertirse, los tribunales, en cómplices de procedimientos ostensiblemente violatorios de la Constitución y por añadidura constitutivos de delito común". (115). Y el Dr. José María Méndez, profesor universitario de Código de Instrucción Criminal, se lamenta en su tesis doctoral de la fe que se le presta a la confesión extrajudicial, diciendo: "Y es que no es necesario tener muy viva la imaginación para darse cuenta de que resulta fácil establecer una confesión extrajudicial falsa, porque el temor del perjurio se vuelve pequeño sabido lo difícil que sería comprobar la falsedad de los testigos que la establecen".

Pero para desgracia de la Justicia, de la venerable y augusta Justicia que debe presidir los juicios de los hombres, los valores humanos están siendo sacrificados por los excesos en la investigación y en el juzgamiento de los crímenes.

VII.—El conflicto de la sociedad y el hombre no debe resolverse en la pérdida de las garantías humanas, en la negación del derecho de los reos, en la misma destrucción de los fueros y privilegios de la defensa en juicio. Al contrario, jamás encontrará la sociedad mayor respeto para sus derechos esenciales que en un proceso normal, pleno de garantías procesales, en el cual el Derecho Penal se realice serenamente, sin violencias inmotivadas, sin los impulsos histéricos que mueve el miedo, sin la sangrienta huella de la venganza y del odio. Porque sólo así es posible realizar la justa aspiración de Beccaria de "que no haya un lugar en la tierra donde el delito quede impune", porque admitir otra cosa sería únicamente cambiar el destinatario de la impunidad. El crimen corriente quizá —aunque muy difícil— no quedaría impune; pero la impunidad más absoluta y afrentosa regiría para el crimen oficializado de los perseguidores y juzgadores del delito.

Y, además, si la función Penal fuera ejercida por medios y formas que volviera ineficaz el derecho de defensa; si el proceso se transformara en el despiadado e incontenible desbordamiento de la venganza legalizada; si no tuviera nunca el reo el derecho de luchar con todo vigor para escapar del castigo; la sociedad terminaría por perder definitivamente la fe en la Justicia. Porque se dudaría de la verdad de las resoluciones judiciales en forma insoportable, ya que los hombres se preguntarían si la justicia es posible cuando el reo no es oído y la defensa no es admitida. Las interrogantes inquietadoras surgirían con fuerza tremenda: ¿Si este reo hubiera sido oído y defendido plena-

(115) Dr. Angel Gochez Castro "El Caso Yan y la Investigación Policiaca" Revista Foro Tomo I Nº 12 Santa Ana 1955 Pág 6

mente, habría sido condenado? ¿Es inocente o es culpable? ¿Sin defensa, quién nos garantiza que se ha hecho justicia?

Y todo lo que se quiere ganar, se terminaría perdiendo totalmente.

29.—*La Defensa y la Moral:*

I.—Don Angel Ossorio y Gallardo, en su maravilloso libro “El Alma de la Toga”, comienza el capítulo de la Moral del Abogado con las siguientes palabras: “¡He aquí el magno, el dramático problema! ¿Cuáles son el peso y el alcance de la ética en nuestro ministerio? ¿En qué punto nuestra libertad de juicio y de conciencia ha de quedar constreñida por esos imperativos indefinidos, inconsútiles, sin títulos ni sanción y que, sin embargo, son el eje del mundo?”. La respuesta es todavía la misma interrogante irresoluta.

La moral del abogado, como la moral de todos los hombres, es un concepto sujeto a todas las influencias y a todas las ideas. Buscamos aún una moral ideal, que fije normas comunes e irreductibles, pero que no nos es dable poseer. ¿Moral? Sí, la moral es del contenido del derecho y de la función del abogado. ¿Pero, moral desde el punto de vista de quién? ¿Del moralista católico? ¿O del moralista protestante? ¿O del ateo? ¿O del materialista? ¿O es que hay una sola moral, vigente para todas las razas y naciones, igualmente vigente para todas las inteligencias y culturas? Nuestra fe y nuestras ciencias nos llevan a inclinarnos por la solución católica: una sola moral, como una sola es la única religión verdadera. Mas la realidad nos indica cosa diferente porque vemos que la moral, como el derecho, se transforma con sólo una frontera que se salte.

Y si ésto ocurre reflexionando alrededor de los conceptos de la moral abstracta, cuando fijamos el pensamiento en la moral concreta, en la definición de lo que será ético en determinadas circunstancias, aunque podamos coincidir en la idea abstracta de la moral, veremos que cada quien encontrará igualmente una solución distinta al idéntico problema.

“El abogado debe repeler toda causa injusta”. Este es un precepto que adoptando diferentes modalidades se encuentra en todos los Códigos de Moral Profesional de la Abogacía. En éso, todos estamos de acuerdo. Pero para llegar precisamente al concepto definido y concreto de cuando una causa es justa o injusta, es que surge la inquietante cuestión: ¿Cuál debe ser el criterio a seguir? ¿El del abogado “y” o

“x”, el del sacerdote “b” o “c”, o el de cualquier gañán que osa señalar los difíciles contornos de lo que debe ser la moral? ¿Debemos someter la imponderable decisión de resolver sobre cuestión tan grave y delicada, a criterios movedizos y cambiantes, sujetos a todos los prejuicios y sometidos a todas las influencias? La única respuesta es la negativa. Eso solo le compete a nuestra íntima conciencia.

II.—¿Puede aceptarse la defensa de un asunto que a nuestros ojos sea infame?, se pregunta Ossorio y Gallardo. Nosotros, como él, contestamos con un “no” rotundo y absoluto. La infamia está vedada a cualquier hombre, máxime cuando sea como el abogado el primer defensor de la justicia. Pero, ¿cómo encontrar ese punto difícil e ingrátido donde se asienta la diferencia entre la infamia y la justicia? No nos queda más recurso, como ya dijimos, que acudir a nuestras propias e íntimas substancias, pues, como continúa diciendo el mismo autor, “las normas morales son difíciles de juzgar por el múltiple y cambiante análisis mundano, mas no son tan raras de encontrar por el juicio propio antes de adoptar decisión”. Debemos, pues, analizar profundamente las exterioridades y las interioridades de cualquier asunto que se nos proponga antes de prestarle nuestro patrocinio jurídico, para medir o pesar su justicia o su injusticia intrínseca, que será lo que nos de la pauta a seguir de acuerdo con las normas de nuestra conciencia.

Mas, como lo afirma el mismo Ossorio, es necesario concederle un margen considerable al criterio individual de la moral. No puede ser la misma ética la que rija los actos de los esquimales o de los hotentotes, que la moral que observan los pueblos de la culta Francia, de la riente Italia o de la severa Inglaterra. Los conceptos fundamentales de la Ética varían igualmente de acuerdo con la filosofía o modos de vida que posee cada pueblo en particular. La moral rusa, por ejemplo, considerará necesariamente como anti-ético ciertos hechos que la moral norteamericana ni siquiera tomará en cuenta. El derecho penal ruso castigará como gravísimo delito cualquier hecho que vaya en contra del control estatal de la economía, y el derecho norteamericano castigará en cambio, cualquier ingerencia estatal dentro de la iniciativa privada. Ciertos pueblos orientales consideran como ético y necesario el concubinato y la poligamia, y la civilización occidental consagra el matrimonio monogámico. Algunos pueblos nómadas han establecido como moral el abandono de los ancianos y de las personas inutilizadas por el imperio de la necesidad de conservar el escaso alimento para los más aptos y jóvenes, y otros pueblos legislan y protegen profusamente a la ancianidad y a los desvalidos. Y éso

es en referencia a lo que podríamos llamar moral social. Colocados dentro del campo de la moral particular veremos igualmente que son distintos los contenidos que la moral tiene dentro de la conciencia de cada quien. Influencias sociales, educativas, económicas, culturales, etc., tienen necesariamente que influir poderosamente en los grados de moralidad que poseen las distintas clases sociales de un mismo país, y los diferentes sectores dentro de una misma clase. Baste señalar el concepto que del matrimonio y del simple "amancebamiento" se tiene en nuestras categorías sociales. Para unas, la falta del matrimonio se juzgará deshonrosa; para otras, el "amancebamiento" se considerará como necesario y preferible al matrimonio.

III—Pero volviendo a las cuestiones de la moralidad profesional del abogado, podemos advertir que dos abogados, absoluta e igualmente honrados los dos, pueden, en cierto momento, adoptar posiciones diametralmente opuestas dentro de un mismo proceso. ¿Será porque alguno ha sucumbido ante la tentación de cuantiosos honorarios y ha antepuesto el interés a la honestidad? ¿O será porque uno de ellos ha declinado su calidad de hombre ante las amenazas y las coacciones? No, no necesariamente. Cada uno de los dos puede perfectamente haber llegado a la conclusión de que está patrocinando una causa justa, porque los motivos y razones expuestos por sus clientes les han convencido, o porque uno cree que es justa la situación de su cliente por la protección de la ley, y el otro cree que la ley es injusta al proteger dicha situación, o por cualquier otra razón semejante. Entre los derechos del abogado debemos reclamar el de que se presuma su buena fe, mientras no se demuestre lo contrario.

Y debemos defender también el derecho de ser los únicos jueces de nuestra conciencia. Quedar expuestos constantemente a los ladridos voceros de la condena pública inmotivada e injusta, además de ser cosa sumamente incómoda, es contraria a los fueros y a la esencia de la profesión de la abogacía. La causa será justa o injusta, según lo señalen nuestras propias convicciones y nada más que ellas.

IV.—¿Pero, —se preguntará más de uno— cómo es posible que la conciencia de un abogado pueda encontrar justo y ético el patrocinio en juicio de un asesino alevoso? ¿Cómo es que la causa de un vulgar ratero, reincidente hasta la saciedad, puede ser considerada moral? ¿Cómo puede concebirse que un abogado defienda a un gangster —de esos que por desgracia pululan— cuyo crimen o crímenes son evidentes y brutales? Nos atrevemos a decir que no hay abogado que se precie de serlo, que pueda considerar como justa y moral una de esas causas.

Los abogados, sacerdotes de la justicia antes que profesionales del derecho, “no deben ser —como afirma Manzini— patrocinadores de la delincuencia”.

Y es que, obvio es decirlo, no hay el mismo contenido de moralidad y justicia, o no lo hay absolutamente, en la causa de uno de esos criminales, convictos de cien crímenes distintos, anegados de sangre y de maldad, que en la causa de un hombre que, por decirlo en frase ajena, “ha entrado al crimen por la puerta ancha de la ley”; de un hombre que ha delinquido por salvar la propia vida o la extraña; de un hombre que ha obrado a impulsos de la necesidad apremiante que no le permitió otra alternativa; o de un hombre que ha sido empujado por las fuerzas ciegas del miedo insuperable. Las supuestas posiciones morales son substancialmente diferentes: cuando se defiende al primero, se defiende la vileza; cuando se defiende a cualquiera de los últimos, se defiende la desgracia.

V.—Mas, a pesar de todo, para nosotros el problema de la injusticia o justicia de las causas está vigente solamente para los asuntos civiles, comprendiendo en ellos todas las materias jurisdiccionales, con exclusión de la penal. Para ésta, para las causas por delito o por estados peligrosos, creemos que el problema cambia de contornos y facetas.

En materia civil no es difícil explicarse las razones por las cuales no se debe patrocinar o amparar la injusticia. En esos casos la defensa causará en terceros un perjuicio evidente. Al propugnarse por la injusticia de uno, se daña directamente la justicia de su contendor. En su libro “Moral Social”, el Padre Paul Steven, Rector del Seminario Mayor de Burdeos, sostiene: “En materia civil, el abogado debe rechazar o abandonar las causas que los clientes no pueden sostener sin injuria para otro”, y lo fundamenta en que: “Si la causa es ciertamente injusta y el abogado la reconoce como tal, una de dos; o la gana con perjuicio de la otra parte, o la pierde y ocasiona a su cliente gastos inútiles”. Dicho Sacerdote Católico acepta como moral la defensa civil en caso de duda, pudiéndose asumir y continuar mientras permanezca la duda.

Por otra parte, los mismos principios de la Teología Moral, como los del Derecho Canónico, señalan la defensa en el juicio criminal como un derecho innegable del reo, tal como se ve en la siguiente disposición: “1655. N° 1. En el juicio criminal el reo deberá tener siempre un abogado elegido por sí o dado por el juez”. (Código de Derecho Ca-

nónico, Lib. IV, Cap. I.). Y un conocido autor, el P. Antonio M^a Arregui, S. J., en su libro "Compendio de Teología Moral", al referirse a la licitud de la pena de muerte, requiere como requisitos necesarios los siguientes: "a) que conste con certeza un crimen grave, probado en juicio, y dejando siempre al reo opción para defenderse"; (Pág. 192).

De manera que la misma Iglesia Católica no hace distinciones entre la moralidad o inmoralidad de los procesos penales, sino que al contrario reconoce la defensa como un derecho esencial del hombre y una necesidad procesal. Así lo manifiesta otro autor católico, el Padre Francisco J. Connell, Profesor de la Universidad de Washington, al decir: "El principio general rector en las causas criminales es que el acusado tiene derecho a quedar exento de sanción mientras no se prueba con certeza moral que la merece". (116).

Porque en el proceso penal, la licitud de la defensa no se fundamenta en la moralidad más o menos cierta de la causa que se defiende, sino que en la necesidad de la asistencia jurídica de todo procesado, como consecuencia de su calidad humana y como ejercicio de sus derechos y garantías. Y, además, la defensa de un criminal no tiende generalmente a dañar el derecho de un tercero; y luego que la defensa no se requiere tanto como garante del reo, como patrocinio del procesado —como lo manifiesta Carnelutti— sino como defensa del proceso. La situación comienza a cambiar de aspecto. Y lo cambia más aún si consideramos, tal como lo enuncia Manzini, que el defensor penal es patrocinador "del derecho y de la justicia en cuanto pueden estar lesionados en la persona del imputado".

VI.—Tenemos, pues, elementos que nos conforman la defensa en lo penal como substancialmente distinta de la defensa en lo civil. A ellos hay que agregar que en el proceso civil nadie está obligado a defenderse. Es más, se puede renunciar aun a la jurisdicción y confiar la resolución del conflicto a un árbitro o a un amigable componedor; o renunciarla sin siquiera hacer uso de la acción; o desistir de ésta, o abandonarla, o transar en el pleito. La jurisdicción penal, en cambio, es privativa del Estado y de su exclusivo ejercicio; y no es renunciabile; y no se puede transar sobre la acción penal ni sobre sus resultados; ni abandonarse ni desistirse. Si el acusador, en su caso, lo hiciere, el juez debe llevar el proceso hasta su fin. Los casos en que se necesita querrela privada no son más que una excepción, confirmatoria pre-

(116) F. J. Connell "Moral Pública y Profesional" Edit. El Perpetuo Socorro Madrid 1958 Pág. 166

cisamente de la regla. La defensa penal es necesaria; sin defensa no existe el proceso penal.

La defensa penal es necesaria e imprescindible, por no serla tanto del procesado como del proceso mismo, porque evita que el derecho y la justicia puedan ser lesionados en la persona del reo, y porque concurre a mantener la igualdad jurídica de éste. Cuestiones que nos interesan a todos y no únicamente al procesado, porque la igualdad, la justicia, el derecho y las garantías del proceso, son valores en cuya persistencia está empeñada la Sociedad entera.

VII.—Y al contemplar las cuestiones del proceso y de la defensa desde otro punto de vista, el problema cambia otra vez de características. Decíamos anteriormente que la filosofía se escinde en dos campos bien delimitados y antagónicos: uno que sostiene la existencia del libre albedrío, de la libertad del hombre en sus actos y obras, y otro que niega la libertad de obrar y explica las conductas en razón de las fuerzas que operan sobre la voluntad, haciendo a ésta impotente para la escogitación. Si colocamos la explicación de los delitos dentro de las teorías negatorias del libre albedrío, el hombre no puede ser jamás responsable de sus actos y tendremos que llegar a aceptár que no existen delincuentes sino que enfermos, y que como lo señalaba en su Cátedra el Dr. Manuel Castro Ramírez h.: “la medicina habrá de tragarse al derecho penal”. En tal caso, no existiría el supuesto conflicto entre la moral y la defensa, porque ésta tendría que convertirse en función de distinta entidad, especie de coadyuvante al veredicto-diagnóstico, para que éste se ciñera a los postulados de la Ciencia Médica. Y, naturalmente, al desaparecer el derecho penal, el proceso, tal como lo concebimos en la actualidad, desaparecería también, convirtiéndose en un “chequeo” de la personalidad física, psicológica, biológica, fisiológica, etc., del delincuente-enfermo. Y el juez ya no sería un técnico en derecho, sino más bien un conjunto de especialistas en medicina y psicología; y los Centros Penitenciarios se transformarían en instituciones de naturaleza tal que no se advertiría la línea divisoria entre el manicomio y el hospital.

VIII.—Pero aún situados dentro de las realidades de nuestro Código Penal, de corte clásico e informado de la teoría del delito como ente Jurídico, y de la responsabilidad moral y el libre albedrío del delincuente, y de la pena como expiación, remuneración y medida de tutela jurídica, debemos concluir en la inexistencia del conflicto entre la moral y la defensa penal, desde el punto de vista de la justicia e injusticia intrínsecas de las causas criminales. Comprendemos perfec-

tamente que las causas penales, los delitos mejor dicho, se revisten a veces de excesos tan repugnantes y asquerosos que rebasan toda la maldad que de por sí tiene todo delito. Habrán, pues, causas más repugnantes que otras; causas más espantosas que otras; pero no causas más morales ni menos morales, más justas ni menos justas. Para el abogado no existe conflicto entre la Ética y la defensa en referencia al punto moral que contiene la causa o asunto penal patrocinado. Existen conflictos morales en la función de la defensa penal, pero son de naturaleza distinta.

El proceso penal es un conjunto de actos y formalidades que se desarrollan llenando ciertos requisitos. La ley los establece previamente al hecho delictuoso, y deben correr a cargo de tribunales competentes también previamente establecidos. Estos principios son parte del contenido jurídico-liberal de nuestro proceso penal. Velar porque estos actos y formas se cumplan en la investigación y juzgamiento de los delitos, llenando los debidos requisitos, es parte de la función de la defensa. Cuidar que solamente los hechos previamente tipificados como delitos o estados peligrosos den nacimiento al proceso, es otra de sus funciones. Vigilar porque los tribunales sean los competentes y ordinarios, será otra de sus facultades y obligaciones. Debe también la defensa propugnar por el estudio de la personalidad del delincuente, para que le sean aplicadas las eximentes o atenuantes, cuando éstas dependan de su naturaleza síquica o física; y establecer las otras circunstancias que eximirán o disminuirán de pena al procesado. La cuidadosa atención de que la realidad del hecho, la certeza del culpable, y la verdad y honestidad de las pruebas, no se distorsionen ni se destruyan, es parte esencial de la defensa. Esto último es de trascendental importancia en nuestro proceso, porque demasiado a menudo el juez se olvida que su alta misión es *impartir justicia* y la trueca por las funciones escarosas del verdugo.

IX.—Vemos, entonces, que la defensa no puede ser de por sí inmoral. Al contrario, observamos que la función de la defensa es eminentemente ética, pues es de la conveniencia y esencia de la moral que cada quien responda únicamente de sus culpas; y que se establezca la certeza antes del castigo; y que los locos, los mentecatos, los niños, y los demás reos en iguales o parecidas circunstancias, estén fuera de la represión jurídica, como lo están de la moral.

La defensa es, pues, obra, además de humana, buena y moral. ¿Y cómo no habría de serlo, si ya Job e Isaías, desde las páginas sabias y ancianas de la Biblia, reclaman sus fueros y privilegios?

¿Si Saint Ives, Patrón de los Abogados, escaló los remos de los cielos? ¿Si Santo Tomás Moro es abogado y santo? ¿Si San Nicolás, abogado también, le disputa a San Ivo el Patronato de la Abogacía? ¿Y si el mismo Jesús ofició de abogado, y en el juicio de la mujer adúltera hizo la más bella y sublime de las defensas? Y eso sin contar las legiones de santos civiles que en la Historia de la Humanidad, han arriesgado la libertad y la vida por ejercer el más alto oficio humano.

X.—Y que no se nos diga que la defensa será moral cuando sea gratuita, cuando el abogado no gane por ella el salario de su oficio, cuando las rutilantes monedas, despreciadas y codiciadas al mismo tiempo, no paguen la voz de la defensa, porque ese es un argumento pobre y sin razón. El abogado es un profesional del derecho y, aunque como muy bien lo dice Don Angel Ossorio y Gallardo, antes que eso es el Sacerdote Liberal de la Justicia, no por ello debe estar condenado al hambre y a la miseria. Aun la misa, siendo misa, —afirma el Dr. Arturo Zeledón Castrillo— no deja de serlo aunque por ella se pague un estipendio. (117).

XI.—¿Por qué —entonces— es que la función de la defensa y los abogados están siempre sujetos al concepto público de la inmoralidad? ¿Será porque nosotros estamos equivocados, y es la profesión de la Abogacía una de aquellas que tiene un contenido intrínseco de inmoralidad y de maldad? ¿O será porque los hombres suelen juzgar estas cuestiones desde puntos de vistas errados e interesados? Creemos que es por esta última razón. La Abogacía no es anti-ética e inmoial por sí sola. Habrían abogados inmorales y perversos; cosa que es bastante diferente. Y habrán defensas inmorales y perversas igualmente; pero no porque la defensa lo sea, sino porque algunos usan en ella métodos perversos e inmorales. El abogado es un hombre igual que todos los hombres, tan igual al comerciante como al ingeniero, tan igual al médico como al cerrajero. Puede ser, como ellos, más o menos honesto, más o menos honrado; pero no existe razón para juzgar al abogado de acuerdo con patrones o normas de una decencia abstracta. Por ello creemos que no se pueden encontrar diferencias por razón de la ética entre las distintas profesiones y oficios del género humano.

“A lo sumo, —escibe el Dr. Amílcar A. Mercader— podrá sostenerse que el abogado soporta las más asiduas tentaciones porque debe manejar negocios ajenos de un modo ciertamente discrecional en que la naturaleza técnica de sus servicios dificulta el contralor inmediato

de los extraños. Y aún podrá decirse que su diaria ejercitación crítica y su hábito combativo lo desembarazan y le toman más intrépido y ágil cuando se siente inclinado a salvar las distancias —no siempre visibles— que promedian entre el sentimiento de su deber y el inconfesable interés de su egoísmo”; “pero, continúa el mismo autor, todo eso no lleva más que a consideraciones de grado y medida que no abastecen la explicación de la desconfianza, cuando se generalizan contra todos los titulares del oficio”. (118).

Y lo que es más, es que esta misma observación puede hacerse con respecto de los médicos, de los ingenieros, y aun de los zapateros. Por todo ello, la medida de la honestidad solamente la podrá definir la forma en que cada cual ejerza su ministerio.

XII.—Pero indiscutiblemente algo existe en la función del abogado y de la defensa que hace que ninguna profesión sea tan denostada y combatida que la abogacía. Podría ser que siendo la función del abogado tan pública y notoria, esté sujeta a la mayor vigilancia y crítica del público indocto. Que son tan altos y nobles los fueros de la abogacía, que por su misma altura y nobleza despierta con mayor frecuencia e intensidad los bajos reparos de la envidia. Que los curiosos y vagos que son los más que presencian las lides de la justicia pública, juzgan las cosas con singular ignorancia y con ligereza lamentable. Que los más ásperos en la invectiva calumniosa, son casi siempre los mismos que su propia experiencia litigiosa no les permite desembarazarse de los prejuicios de la parcialidad. Y, además de todo ello, ocurre que por la misma ignorancia y parcialidad que juzgan en las cuestiones forenses, la opinión pública a menudo rodea con la aureola de la inmoralidad a los abogados que más se destacan en las batallas judiciales. Confunden las cosas de tal modo, que para ellos, pasmados y absortos en su estulticie, por la dialéctica y la legítima habilidad, por la ciencia y la técnica, por el saber y la elocuencia asombrosa de ciertos abogados, cuando el veredicto es contrario a lo que la común opinión esperaba, no hallan más razón explicatoria que la inmoralidad y perversidad del abogado. Recojan estos abogados el rastrero insulto como honroso galardón de su alta categoría profesional.

Lo que sucede es que las gentes juzgan mal la profesión de la abogacía, y más mal juzgan la función de la defensa. Confunden la inmoralidad de la defensa con las defensas inmorales, porque la falta

de ética y de justicia se encuentra, en las causas criminales, en los medios y modos de defensa. Si tuviéramos que juzgar a Cristo y a Judas, veríamos que la infamia no se encuentra necesariamente en la defensa de Judas, ni la Justicia en la defensa de Cristo. Para empezar tendríamos que admitir que en ambas causas la defensa es una necesidad y un derecho del reo que no le podemos negar. La defensa se fundamenta antes que en otra cosa "en la idea de la igualdad que se necesita para restablecer el equilibrio en favor de las personas a quienes ciertos sucesos colocan en situación de desventaja" (119). Después tendríamos que observar las maneras como se comporta cada abogado para llegar a definir cual de los dos es inmoral o no. Y así notaríamos que el defensor de Cristo, si usara de testimonios falsos, si sobornara a los jueces, si mintiera en el derecho, si falseara los hechos, si indujera al error, estaría haciendo una defensa tan inmoral e injusta, como justa y moral sería la causa de Cristo en sí. Y el de Judas, si actuara en el proceso conforme a las normas éticas, sin hacer uso más que de los recursos legales y lícitos que la ley le brinda, como negar la culpabilidad, contradecir el dicho de los testigos, alegar causales de atenuación o eximencia, etc., defendería en forma moral y justa, aunque la causa de Judas sea la de la infamia.

XIII.—Pero en esto de las formas y medios de defensa justos o injustos, también concurre la cuestión de cuales serán unos u otros. Nosotros nos hemos encontrado con más de un pobre hombre revestido con pretensiones de erudición, que nos ha llegado a sostener que no pueden haber recursos lícitos cuando por un fajo de malolientes billetes se defiende a un criminal y que si los hay cuando se defiende gratuitamente. Tales abismos de ignorancia no admiten contradicción. Valga únicamente como ejemplo de hasta donde se llega en la condena inmotivada de la Abogacía.

Uno de los problemas más graves que se presenta en la defensa penal, es de resolver si es ético y justo que el abogado defienda al criminal cuando le consta a ciencia cierta la culpabilidad de éste. Es un problema que se presenta desde tiempos remotos, y es concomitante con la duda que se presenta sobre si los abogados deben defender delincuentes reconocidos. Se cuenta que el famoso jurisconsulto romano Papiniano prefirió morir bajo el hacha del verdugo, antes de defender al Emperador Caracalla por la muerte de su hermano Geta. Ortolán (120) refiere que cuando el joven emperador fratricida le en-

(119) A Mercader Obra cit Pág 229

(120) A Mercader Obra cit Pág 262

comendó su defensa ante el Senado, Papiniano se negó diciendo: “Es más fácil cometer un crimen que justificarlo”. Esto es negado por otros historiadores que afirman que Papiniano ya había muerto cuando ocurrió la muerte de Geta. Cicerón parece que tampoco justificaba la defensa del criminal cierto o conocido. San Alfonso María de Liguorio, en cambio, sostuvo que la defensa aun de los peores criminales es inalienable. Para nosotros el problema se tiene que resolver consecuentemente con nuestra opinión de lo que es la defensa, y, por lo tanto, consideramos que no existe conflicto al respecto entre la moral y la defensa.

En este sentido se pronuncia el Padre Steven, ya citado, manifestando: “En materia criminal, el abogado puede aceptar la defensa de cualquier causa, aunque esté cierto de la culpabilidad de su cliente”, y lo confirma al decir: “En los países civilizados se nombra incluso un abogado de oficio, cuando el procesado no tiene o se niega a elegir uno. Esta práctica quiere evitar el abuso de las penas y respetar todas las formas jurídicas de cualquier proceso”. Y el Padre Francisco J. Connell, igualmente citado con anterioridad, se manifiesta en forma similar: “el abogado defensor, aunque sepa que su demandado cometió el crimen de que se le acusa, puede legalmente echar mano de todos los recursos lícitos y legales para evitar el veredicto de culpabilidad” (121) Y el Derecho Canónico, lo hemos visto ya, obliga a la intervención del abogado defensor en cualquier proceso. Y así tiene que ser porque la defensa es fuero del hombre, derecho anterior y superior a toda ley positiva.

XIV.—En cuanto a lo que constituirá recursos lícitos o ilícitos, siendo como es cuestión del fuero propio de cada defensor, no queremos pronunciamos personalmente, pues creemos que la conciencia de cada quien indicará en mejor forma lo conveniente. Únicamente recogeremos las palabras de los dos sacerdotes que hemos venido mencionando, por considerar que pueden dar la pauta a seguir. Dice el Padre Steven: “Puesto que el abogado habla en nombre del acusado y puede comportarse como éste, le está permitido utilizar todos los medios honestos capaces de probar que la culpabilidad de su cliente no está jurídicamente establecida, que no se han tomado suficientemente en consideración algunas circunstancias atenuantes, etc. Pero en ningún caso el abogado tiene derecho a recurrir a la mentira propiamente dicha, en sus palabras, apelando a falsos testigos, recurriendo a expedientes falsos, etc. Tampoco tiene el abogado derecho a calumniar,

(121) F J Connell Obra cit Pág 166

so pretexto de debilitar los testimonios contrarios a sus clientes, a los testigos de cargo o divulgar sus defectos ocultos. En virtud de su cargo, el abogado tiene obligación de defender con esmero las causas de que se hace cargo. Debe instruir concienzudamente la causa, preparar su defensa y defender a su cliente con convicción. (122). Y Connell afirma: "En otras palabras, puede buscar en la evidencia alegada por el acusador todos los requicios y brechas, puede acentuar los hechos que demuestren que el acusado pudo no estar en la escena del crimen, relatar todas las circunstancias que presenten al reo como persona de integridad, intentar invalidar la denuncia con argumentos legales, etc. Naturalmente está prohibido jurar en falso o inducir a los testigos a mentir sobre el caso. Pero siempre que se mantenga dentro de la realidad de los hechos, puede ordenarlos de tal manera que induzcan al Jurado a pronunciar veredicto de no culpabilidad. Si uno de los testigos defensores, sin previo acuerdo ni connivencia con el abogado, depone un falso testimonio, el abogado no tiene obligación de indicar dicho perjurio. Si llegara a descubrirse, le crearía una difícil situación, sobre todo si tal falso testimonio fuera de vital importancia para la causa. Nunca le es lícito proponer el perjurio como algo que él juzga verdadero. A lo más le sería permitido afirmar que el testigo hizo el aserto en cuestión y de ello podría sacar una conclusión hipotética al tenor siguiente: "John Smith depone haber visto al acusado en Nueva York a las siete en punto de la tarde en que se perpetró el crimen. Luego, si el reo estaba en Nueva York a esas horas, no pudo haber cometido el crimen de que se le acusa". (123).

XV.—Está bien, pues, la condena motivada y justa de ciertos abogados, de esos verdaderos patrocinadores de la delincuencia, que han llegado a olvidarse de la esencia de la función de la defensa y confunden ésta con la de obtener la libertad de su cliente, a todo costo y por cualquier medio. Para ellos venga en buena hora la imprecación y el repudio, porque ellos son culpables en parte que la profesión de la Abogacía goce del descrédito público, de que su fama no sea buena y limpia. Pero no confundamos en ningún momento a unos con otros, a los que defienden las causas aparentemente inmorales, con plena justicia y limpieza, y a los que defienden cualquier causa, aún las justas, por los caminos de la más discutible honestidad.

(122) Paul Steven "Moral Social" Edit FAX Madrid 1955 Pág 457

(123) F J Connell Obra cit Pág 166

TITULO III:

LA DEFENSA EN LA JUSTICIA PENAL

CAPITULO I

*LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA PENAL**30.—Los Principios de la Justicia Penal:*

I.—La Justicia se encuentra informada de ciertos principios que le imprimen su sello particular y hacen que se convierta en una justicia democrática —que descansa en último extremo en el concepto de la libertad del Hombre— o en una justicia totalitaria —que persigue fundamentalmente la defensa de grupos o clases del Estado y el predominio de sus intereses egoístas.

La Justicia Penal Salvadoreña pretende ser una justicia democrática. Aspiración no siempre lograda, pero latente en las instituciones que la conforman. Por ello, el proceso penal ha sido concebido —permítámonos otra verbosidad apologética— como el reducto inexpugnable de la libertad; el cual, aunque actúa como instrumento en la lucha contra la delincuencia y en la salvaguardia del orden jurídico, procura conciliar el interés de la Sociedad con los derechos y garantías de la persona humana.

La justicia penal se fundamenta —y consecuentemente el proceso penal— en dos principios esenciales: No debe inspirarse en los intereses particulares de un grupo o clase del Estado, sino que debe tutelar la generalidad de los intereses públicos; y debe ser independiente, es decir, fuera de la influencia y predominio de cualquier fuerza extraña a ella, sobre todo del Poder Ejecutivo.

En estos principios se encierra el concepto de la democracia en la justicia penal. Cuanta vez un régimen dictatorial o tiránico se enraiza en un país determinado, estos principios son los primeros en sucumbir ante la opresión.

Tal ocurre, por ejemplo, en la justicia penal soviética, la que descansa en el principio de la relatividad, enunciado por Lenin, y que se encuentra en letras de oro en todas las salas de justicia rusas: “El tribunal es un instrumento del poder del proletariado y de la clase

trabajadora rural” (124). Este principio usurpa el lugar de la independencia y generalidad en el proceso penal. Las consecuencias del relativismo llevan a la justicia a convertirse únicamente en el instrumento de dominación y de venganza política del grupo social o de la persona o personas que ejercen los gobiernos de los pueblos. En Rusia, el predominio y supremacía del proletariado obrero y campesino, tal como lo vemos en la definición de los fines de la legislación criminal, contenida en el Art. 1º del Código Penal: “La legislación penal de la R. F. R. S. S. tiene la misión de defender el Estado socialista de obreros y campesinos y el ordenamiento legal establecido en él contra acciones (delitos) socialmente peligrosas; esta defensa se realiza mediante la aplicación, a las personas culpables de tales acciones, de los medios de defensa social indicados en este Código” (125).

En la Alemania Nacionalsocialista, la justicia penal perseguía igualmente la defensa política del nuevo orden, que se hacía recaer en la defensa del “pueblo alemán”. El Estado Nacionalsocialista es estructurado sobre el concepto “pueblo”, el que descansa en tres supuestos fundamentales: territorio, comunidad de sangre suficientemente homogénea y armonía anímica creada por la lengua materna común. (126).

Surge la idea de la “conducción”, del “conductor”, del Führer, que sirve de inspiración en la administración de la justicia, la que persigue el amparo del pueblo alemán y el aseguramiento de la unidad de sangre del mismo.

Las ideas punitivas del nazismo, al decir de Wolfgang Minttermaier, son: “a) El derecho no tiene sus fuentes en las ideas liberales, sino en “la sangre y el suelo”; b) el derecho penal debe ser conforme a las ideas morales de la raza alemana y ha de fundarse en el principio de la lealtad hacia el pueblo y el Estado; c) el derecho no se halla en las leyes abstractas, sino que reposa en el corazón y en la conciencia del pueblo alemán; por ello la máxima nullum crimen, nulla poena sine previa lege, no tiene razón de existir; d) se debe mirar sobre todo el peligro que el delincuente representa; de ahí la admisión de las medidas de seguridad y hasta la castración de los delincuentes sexuales incorregibles, etc.”. (127)

Al influjo del Fascismo, la justicia penal italiana se transforma

(124) S. Mora y P. Swierniak. Obra cit. Pág. 26.

(125) S. Mora y P. Swierniak. Obra cit. Pág. 27.

(126) L. J. de Asúa. Tratado.

(127) Citado por J. de Asúa. Tratado. Tomo II. Pág. 161.

también en instrumento de defensa del Estado. La estructura estatal reside en el concepto de Nación. El sentimiento de defensa del orden social es el que embaiga la justicia penal fascista y el derecho penal se torna totalitario. Lombardi estima que la pena no es como afirmó Kant, un imperativo categórico de la razón, sino un imperativo categórico del Estado: el fin de la pena es reafirmar la voluntad de éste. El Derecho Penal no es sino una fuerza eminentemente política para la defensa del orden. (128).

II.—La justicia totalitaria viola los dos principios de generalidad e independencia. La generalidad, porque el derecho penal no tutela los intereses de todos los integrantes del Estado; y la independencia, porque desde el momento en que el proceso penal se concibe como defensa de un grupo determinado, está subordinado a los intereses de partido o clase.

El principio de independencia deviene de la lucha sostenida por el individuo contra la doctrina de la supremacía del poder ejecutivo sobre el judicial; lucha larga y cruenta, que logra realizarse después de la Revolución Francesa con la adopción del principio de Montesquieu, quien proclamó la independencia de los poderes legislativo y judicial con respecto del poder ejecutivo.

Nuestra Constitución reconoce la independencia del poder judicial. “El gobierno se compone de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que actuarán independientemente dentro de sus facultades, las cuales son indelegables, y colaborarán en el ejercicio de las funciones públicas.” (Artº 4º).

Pero la independencia del poder judicial es ineficaz sino se traduce en la elección y nombramiento de los magistrados y de los jueces. Mientras el país sea gobernado por un régimen de un solo partido, creemos que es difícil, pese a cualquier buena intención, llegar a la verdadera independencia de la Justicia Salvadoreña. Porque todo monopolio político degenera las instituciones republicanas y conduce el entronizamiento del Imperio. País gobernado por un partido, legislado por un Partido, tarde o temprano, su justicia es también administrada por un Partido. De allí a la dictadura en cualquiera de sus formas, no queda más que un paso.

III—La Justicia Penal obedece también al principio de la necesidad y finalidad del proceso de inquirir la verdad objetiva; y de

que la culpabilidad del procesado debe ser probada. En la justicia no cabe más presunción que la de la inocencia del reo, mientras no se demuestre lo contrario.

Obligación primordial de la acusación, como su nombre lo indica, es la de acusar; pero acusar no debe significar más que la prueba cierta y objetiva de la culpabilidad del procesado. Recojamos las palabras del Lord Canciller de Inglaterra, pronunciadas en 1934, en el curso de un proceso, las que indican con claridad meridiana la necesidad de la prueba: "En la red de la legislación inglesa se ha entretejido el hilo de oro del principio que obliga a la acusación a probar la culpabilidad del procesado. Si, concluido el debate, subsiste aún alguna duda fundada, esto significa que la acusación no ha logrado suministrar la prueba de la culpabilidad, y que el inculcado tiene derecho a una sentencia absolutoria. Este principio, conforme al cual la acusación tiene que probar la culpabilidad, forma parte de la ley universal, y debe rechazarse toda sugestión que tienda a debilitarlo". (129).

IV.—Como correlativa a la obligación de la acusación de probar la culpabilidad del procesado, la justicia penal democrática se reafirma sobre el principio de la incoercibilidad de la persona humana. El Hombre es eminentemente libre y sólo por excepción puede perder la libertad. El proceso penal es el único vehículo para su pérdida. Pero mientras la sentencia no la declare, el Hombre conserva la plenitud jurídica de su libertad, un tanto disminuida por las medidas cautelares o de prevención, en base de las cuales se le detiene durante la instrucción y el juzgamiento, pero que son medidas transitorias y solamente encaminadas a evitar la impunidad. No obstante ellas, el procesado sigue siendo teóricamente libre y el Estado, a más de estar obligado a proteger su libertad, lo está a no hacerlo objeto de ninguna violencia, ni física ni moral.

La Constitución establece que "Es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad", (Art. 2º); y que "Todos los habitantes de El Salvador tienen derecho a ser protegidos en la conservación y defensa de su vida, honor, libertad, trabajo, propiedad y posesión". (Art. 163). Con fundamento en estas dos disposiciones y en la del Art. 164 que consagra la garantía de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, a más de la que establece "La ley no puede autorizar ningún acto o

contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad del hombre" (Art. 156), la Constitución reconoce la defensa como un derecho inalienable del reo. Porque siendo considerada la defensa con toda razón "como manifestación incoercible del instinto de libertad", y encontrándose el Estado en la ineludible obligación de asegurar y proteger a ésta, debe consecuentemente prestar ayuda a quien se encuentra sometido a su imperio, aún dentro del proceso penal, porque la obligación estatal no admite distinciones. Ello justifica la defensa de oficio y afirma la necesidad de que el hombre disfrute de la más amplia libertad para preparar su defensa.

Por la misma incoercibilidad de la persona humana, la tortura queda fuera de la función penal. Aún Rusia reconoce este principio, a menudo desconocido entre nosotros: "El juez instructor no tiene el derecho de exigir al inculpaado declaraciones o confesiones con violencia, amenazas u otros medios semejantes". (Art. 135 del C. de P. Penales). (130).

La necesidad de la defensa y la incoercibilidad de la persona humana, constituyen en el fondo un solo principio, que se concreta —como nos dice Manzini— en que la defensa no puede ser sometida a vínculos jurídicos-morales, porque en el proceso impera el principio de que ninguno puede ser constreñido a obrar en daño propio (*nemo tenetur se detegere*). (131).

La justicia democrática es, además, pública. Solamente en un proceso eminentemente público puede realizarse el valor justicia con plena efectividad. La justicia interesa al pueblo entero; la Sociedad se encuentra empeñada —aunque no lo parezca— en que se cumplan los modos y formas del proceso, como medio necesario para que la justicia no se distorsione ni se deforme. Sin publicidad, el proceso queda sin control inmediato, y todos los excesos y todas las violaciones al derecho pueden realizarse.

Este principio se encuentra reconocido en todas las Declaraciones de Derechos del Hombre. La Declaración Universal de las Naciones Unidas lo afirma expresamente al decir: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial", (Art. 10). En nuestra legislación, la publicidad del proceso se encuentra establecida implícitamente por varias normas que regulan en el sumario y en el plenario

(130) S. Mora y P. Swierniak. *Obra cit.* Pág. 79

(131) Vincenzo Manzini. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. por S. Sentia Melendo y otros. Ediciones Jurídicas Europa América.

los careos y confrontaciones, la intervención del reo y de su defensor en las declaraciones de los testigos, etc., y explícitamente en el Art. 192 I., que señala que toda audiencia será pública y en el Art. 231 I., que ordena que los debates serán también públicos. Y aunque no estuviere reconocido por la ley expresamente, el proceso tendría que ser público, por ser éste un derecho de la persona humana, que está antes y sobre la ley positiva.

De la Revolución Francesa heredamos también otros principios fundamentales, reguladores de la justicia penal en cuanto atañen al Derecho Punitivo. Son ellos la libertad, la igualdad y la fraternidad.

El principio de libertad, a más de su manifestación incoercible en el ejercicio de la defensa se enraiza en la vieja máxima “nullum crimen, nulla poena sine lege”. El hombre no puede quedar sujeto a criterios antojadizos y posteriores para la calificación penal de sus actos. Los casos en que sus hechos constituirán delitos, deben estar previamente determinados en forma objetiva por la ley, los mismo que la pena que el delito acarrea. El delito no puede basarse “en el corazón y conciencia del pueblo salvadoreño”, sino que en el derecho, traducido a la ley que describe la infracción y la reprima con la sanción.

La igualdad, conforme a Jiménez de Asúa, “se traduce en el Derecho Punitivo por la entidad objetiva figura del delito, que hoy llamamos tipo legal. Cada infracción in especie ha de ser molde en que se subsuman igualmente todas las acciones del hombre que asuman dicho nombre iuris. Con tal rigor se exigió en el Código revolucionario (francés) de 1791, que no se admitieron en él diferencias subjetivas para cada delito concreto, lo que en verdad era absurdo puesto que la igualdad consiste en tratar desigualmente a los seres desiguales” (132). Nuestro Código Penal, precisamente por ello, admite las circunstancias atenuantes. La doctrina del “tipo” es garantía doble: de la igualdad, puesto que en el delito no concurren privilegios personales; y de libertad, porque lleva “hasta las últimas consecuencias el principio nullum crimen, nulla poena sine lege, con la nueva máxima de que no hay delito sin tipicidad” (133).

La igualdad se manifiesta en el proceso penal también por la misma suma de derechos que todas las personas deben tener, aún el gobernante y el súbdito, ante los tribunales. En la igualdad se fundamenta —ha quedado dicho—, así mismo, la defensa técnica.

(132) L. J. de Asúa Tratado Tomo II Pág. 148.
(133) L. J. de Asúa Tratado Tomo II Pág. 148.

La fraternidad se hace residir en “la dulcificación y benignidad de las penas”; contrariando la justicia totalitaria que pugna por el rigor, llegando hasta la maximización de la pena de muerte. Aun dentro de Códigos como el nuestro, que al delito apareja la pena como lógica consecuencia y como un mal necesario, que opera con fines de sanción, remuneración y tutela jurídica, la dulcificación de la pena es manifiesta: como en la restricción de la pena capital; en la forma que la sanción se aplica, pues destierra la tortura, la ignominia y el escarnio en su forma de ejecución; y en la duración de la misma, restringida notablemente, hasta el grado de no admitirse la pena perpetua.

El principio de la fraternidad se reafirma más con las nuevas tendencias que contemplan la pena como medio de reeducación y adaptación del delincuente, para convertirlo en miembro útil para la Sociedad.

Y en fin, son también principios fundamentales de la justicia penal democrática, la necesidad de que los tribunales y procedimientos para el juzgamiento de los delincuentes se encuentren preestablecidos por la ley. En la estructuración previa y legal del procedimiento criminal y de la constitución de los tribunales descansa, en grandísima parte, la independencia y libertad de la administración de la justicia. La normalidad procesal, expresada en los principios “nulla poena sine legale iudicio” y “nemo iudex sine lege”, es una de las garantías esenciales de la justicia democrática. Los tribunales extraordinarios de excepción, con formas especiales de proceder y nuevas concepciones de la prueba, como el tristemente célebre de la Ley de Defensa del Orden Democrático y Constitucional, hermano siamés de los tribunales especiales del fascismo y del nazismo, que felizmente cayó bajo los embates de nuestros juristas de mayor raigambre democrática, son una clara manifestación de la justicia totalitaria.

Junto con ellos, conforman el contenido democrático de la justicia penal, los principios que restringen el término de la detención provisional; que establecen la inviolabilidad de la correspondencia y de la morada; que ordenan que un mismo Juez no puede serlo en diversas instancias; que inhiben que en los tribunales se evoquen causas pendientes o abran juicios fenecidos; que impiden que una persona pueda ser juzgada dos veces por la misma causa; que prohíben la incomunicación del reo; etc.

Todos ellos son, pues los principios esenciales de la justicia penal democrática. La nuestra tiende a serlo. Largos años tiene de estar en

la pugna. Esperemos que los actuales intentos de reforma del procedimiento criminal, logren que éste se convierta en un proceso que haga posible entre nosotros la aspiración de Beccaria de que “no haya un lugar en la tierra donde el delito quede impune”; pero que, al mismo tiempo, rescate y realice la más vieja aspiración del hombre por la justicia. La función penal debe concretarse en justicia sin impunidad e impunidad sin injusticia.

31.—Triada de Juzgadores:

Ya hemos afirmado que el proceso penal persigue como objetivo inmediato la aplicación de la ley penal al caso concreto; que en el fondo del proceso se encuentra la finalidad específica de hacer justicia. Y hemos dicho también que la justicia no puede basarse más que en la certeza. Pero la certeza es algo complejo, que dentro del proceso penal se despliega en varias situaciones: la certeza de que un hecho ha ocurrido; la certeza de que ese hecho constituye delito; la certeza de que alguien lo ha cometido; y la certeza de que ese alguien es legalmente responsable de su hecho.

También hemos sostenido que el proceso penal es la suma de tres fuerzas distintas, indisolublemente ligadas y las tres igualmente necesarias para definir la justicia al caso concreto. Juzgar deviene en una triada de juzgadores: la acusación, la defensa y la decisión. En el concurso profundamente armónico de los tres se halla la única forma de hacer justicia. Cuando cualquiera de las tres fuerzas falla, la justicia ha de perderse.

La acusación debe acusar, la defensa defender, el Juez juzgar. Aparentemente eso no significa más de lo ya conocido. Pero si vemos lo que será acusar, lo que será defender y lo que será juzgar, nos daremos cuenta que en el fondo son lo mismo, puesto que descansan en la definición de la justicia a través del establecimiento de la certeza.

La acusación, la defensa y el Juez se encuentran embargados de una pasión. Como humanos que somos, cuando el destino nos lleva a ejercitar cualesquiera de las funciones del proceso, no podemos des- embarazarnos de la carga humana y actuamos con toda la pasión de nuestros corazones.

La acusación es movida por la pasión de la condena, el Juez por la pasión de la verdad, el defensor por la pasión de la defensa. ¡Y en buena hora! Para defender el derecho y buscar la verdad hay que

ser apasionado, poner en el empeño todas las esencias y facultades del corazón. Porque la justicia penal, al fin y al cabo, juzga actos humanos, hechos del hombre, ¡y para juzgar hechos y actos humanos hay que verlos con corazón y ojos humanos!

Dejemos los libros y los Códigos fuera del proceso penal. Estos no nos darán más que la ciencia y el ejercicio para templar las armas del espíritu. Conocido el precepto, definido el concepto, adquirida mal o bien la ciencia, debemos penetrar al proceso penal descargados de los prejuicios y de las supersticiones de la legalidad, para avocarnos al caso, al hecho, que no será más que una de las palpitantes y múltiples manifestaciones de la vida.

¿Y qué será —entonces— lo que se requiere del juzgador, del defensor y del acusador? Nada más que el conocimiento de la vida. De la vida y de sus problemas; de la vida y de sus aberraciones; de la vida y de sus sublimidades. Pero: ¿Y el derecho, y la ley, y los Códigos, y la juridicidad? Elementos necesarios, necesariamente imprescindibles para preparar el espíritu y la inteligencia de los juzgadores, de los tres juzgadores; pero también necesariamente subordinados al principio fundamental del proceso penal que es el juzgamiento de actos y hechos humanos.

Busquemos, pues, qué debe ser la pasión de la condena, qué debe ser la pasión de la defensa, qué debe ser la pasión de la verdad. Y si bien vemos las cosas, llegaremos a encontrar que las tres pasiones desembocan en un cauce común: la certeza.

Es, en último extremo, la pasión por la certeza la única que admite el proceso penal, porque la pasión por la certeza se confunde con la pasión por la justicia.

Entonces, la pasión por la condena reside en la pasión porque la certeza del hecho, la certeza del delito, la certeza del autor y la certeza de la culpa se establezcan en el proceso. Y la pasión del Juez por la verdad se halla en la valoración de las cuatro partes de la certeza para que le permitan encontrar la angustiosa y exacta medida de la justicia. Y la pasión de la defensa no es más que lograr que esas cuatro certezas se logren definir en el proceso sin las distorsiones, las deformidades y los excesos que mueven el miedo, el odio, la histeria o la venganza.

Juzgar, es, pues, más que nada la maravillosa pasión por la certeza. Pasión vivificante y ennoblecedora, que es la única que permite que la Justicia descubra sus arcanos ante los ojos de los humanos.

Por ello, las funciones del Juez, del acusador, del defensor no deben ser fuerzas antagónicas y contrarias que persigan fines y objetivos distintos. Naturalmente, todo proceso es lucha y cada quien librará la batalla acomodándose a los imperativos particulares de la pasión que le avasalla; pero todos, porque juzgar es la suma de los tres, deben de coincidir en la definición de la Justicia.

Porque —como dice Guarneri— “el hecho es que en el corazón de los jueces penales no puede haber paz mientras no repose en la justicia del juicio” (134).

II.—Concebido el proceso como la suma de las tres funciones procesales, admitiendo —como lo es realmente— que juzgar se encuentra encomendado a una triada de juzgadores; debemos de concluir afirmando que cuando la justicia no se realiza plenamente es culpa de las tres fuerzas procesales, en medidas más o menos similares.

Pero en nuestra Patria, la opinión pública hace recaer el fracaso de la justicia penal sobre los abogados y sobre los jurados. Se sostiene que son ellos los únicos culpables, los causantes directos de la grave impunidad que es manifiesta en el país. Porque la justicia penal salvadoreña en verdad anda mal. En la confusión de valores, consecuencia natural de un mundo en crisis, se encuentra con primacía la confusión de valor-justicia. Exigimos responsabilidades a los hombres de leyes, a los abogados que ejercen la defensa penal, y, sobre todo, a los hombres investidos de la conciencia pública, a los jurados populares. En ellos vemos la razón de que el proceso penal no cumpla con sus fines y objetivos. Pero nos olvidamos, lamentablemente nos olvidamos, que todos, defensores, acusadores y jueces, testigos y jurados, técnicos y peritos, partes y no partes del proceso, somos culpables, en mayor o menor grado, que la justicia ande desarrapada y dejando jirones de sus vestiduras entre las zarzas de un proceso aicaico, inútil, absurdo.

Hacer justicia no corresponde solamente a un grupo de hombres. No corresponde a los abogados que batallan en defensa de los reos. No corresponde a los jurados que resuelven sobre el contenido de los folios procesales. La justicia es el concurso de múltiples y varios factores, subsumidos en las tres clásicas fuerzas procesales. Cuando cualquiera de las tres no llena sus requisitos mínimos o se excede en máximos peligrosos, no nos es dable encontrar la ingrátida y esquiva medida de la justicia.

(134) J Guarneri Obra cit Pág 336

III.—Los jueces a menudo son el resultado de favoritismo político-partidarista, y su interés fundamental no es la búsqueda de la verdad sino que la defensa del empleo. A más de ciertos casos de incompetencia manifiesta. Y hay jueces que juzgan a priori, sin oír y sin vencer, y que aunque es cierto que las formalidades externas de la sentencia no las llenan hasta el momento y circunstancias oportunas, cierto es también que ponen todas las potencias de su alma en un sumario y un plenario tendenciosamente encaminados a que se declare culpable al reo. Sí, hay jueces que nacieron fuera de la época y del tiempo; jueces que añoran los días idos de una Inquisición cruel y sangrienta, o los estruendosos días de una justicia —valga la palabra— que se asentaba en “el corazón y conciencia del pueblo”, o en una que todavía se afirma en “la defensa del proletariado”. Jueces que no lo son, que no lo pueden ser, que no son más que verdugos, sin el aparato del oficio, pero con el espíritu pleno de proclividades y afinidades.

Pero la mayoría de los jueces no tienen la culpa de los malventurados pasos de la justicia. Con frecuencia actúan de buena fe, aunque confundiendo la altísima misión de hacer justicia con la inconsciente función de condenar. Y otros hay que todas las intenciones de hacer justicia, de buscar la verdad, se estrellan ante una carencia total y absoluta de elementos, dentro de un proceso viciado profundamente.

Y también los hay jueces que todas las dudas y problemas del proceso penal —que podían ser agotados en unas cuantas noches de insomnio y estudio— los depositan en manos del jurado. A menudo, así mismo, ocurre que la balanza de la justicia se inclina en los arcanos del corazón y conciencia de los jueces, al imperio apetecible de una máxima no escrita, pero cómodamente desembarazadora de problemas y de angustias: “en caso de duda, lo favorable al Juez”.

IV.—Pero si alguna causa existe para la impunidad manifiesta del proceso salvadoreño, es la que reside en la deficiente estructuración del proceso penal y la disminuída función del Ministerio Público.

No es del caso expresar en este trabajo las cuestiones referentes a la arcaica administración de justicia y a la inutilidad del procedimiento para la averiguación del delito y la recolección de las pruebas; ni las referentes a la carencia de tribunales competentes en las distintas poblaciones de la república, en la mayoría de las cuales se deja en manos de los jueces de Paz la delicada misión de hacer jus-

ticia, y éstos materialmente están incapacitados para ello en la mayoría abrumadora de los casos; tampoco a la consecuente acumulación de innumerables causas sin resolver; o a los sumarios que duran diez años o más; ni a la imposibilidad física de que los jueces puedan instruir personalmente los informativos, recibir declaraciones de testigos y reos, etc., esta última función encomendada por la ley al Juez con prohibición de delegarla y que de todos es conocido que la hacen los escribientes del tribunal; ni en fin, de todos los graves problemas de la administración de justicia, ahogada por una carencia casi absoluta de recursos económicos.

Todas estas cuestiones y otras que no mencionamos, desnaturalizan profundamente la esencia del proceso penal. Y en un proceso penal desnaturalizado, inútil y arcaico; es en verdad problemático que se pueda definir la justicia al caso concreto.

V.—Y la Fiscalía, radiante campeona de la Sociedad, incansable defensora de la verdad y de la justicia, garantía acentuada del orden jurídico y de la legalidad, es —confesémoslo con vergüenza, que nosotros que fuimos fiscales lo sabemos sobradamente— una institución absurda, olvidada de los fueros de la verdad y que busca más la cantidad de veredictos condenatorios que la calidad de éstos. Institución que carece de todos los elementos técnicos y científicos para la averiguación de los hechos, que carece aún de una Policía igualmente técnica y científica que le auxilie en la determinación del delito y en la búsqueda del verdadero culpable.

Nosotros no tenemos fiscales que investiguen el hecho y recojan la prueba cierta, objetiva, incontrovertible del mismo y de sus circunstancias. Si bien el Código ordena que los fiscales se muestren parte en la instrucción y promuevan la formación del informativo, y aún se sanciona el incumplimiento de esta última obligación (Art. 285 N° 1, Pn.), la verdad es que están en real imposibilidad física de poder intervenir en forma racional y efectiva en cada uno de los delitos que ocurren dentro de la demarcación judicial del Tribunal al que se encuentran adscritos. Podrán hacerlo en ciertos casos, pero en éstos carecen de todos los elementos necesarios para una verdadera investigación.

Las oficinas centrales de la Fiscalía sufren de iguales problemas. Escasamente su función se reduce a cubrir con los fiscales auxiliares o específicos la vista pública de las causas por homicidio y algunas de otra clase, sobre todo cuando han producido pública indignación o existen en juego intereses distintos de los jurídicos.

De tal modo que la misión del Ministerio Público, reconocida universalmente como —en último extremo— la de probar objetivamente la culpabilidad del procesado, ha devenido entre nosotros a la figura del Fiscal —del Jurado y Específico— que en el momento del debate, se enciende en llamaradas de pasión, grito e imprecación, injuria y vituperio, clamando por la “vindicta pública”, por la “sociedad ofendida”, por “las sombras de los muertos que piden venganza”, y otras supervivencias lingüísticas de la barbarie en la justicia, que llevan, además, a la creencia profesada por el vulgo y por muchos fiscales de que el fin de la acusación oficial es solicitar siempre la condena del procesado.

Pero no es ésta la misión de la acusación oficial. La intervención de la fiscalía obedece a la necesidad del ejercicio de la acción penal por el Estado y a la necesidad procesal de la contradicción como única forma de encontrar la justicia. Su misión fundamental debe ser la de recoger la prueba objetiva de la culpabilidad del procesado, o sea la de concurrir juntamente con el Juez y la defensa al establecimiento de la certeza, base única e imponderable de la justicia penal.

La pasión por la condena que debe embargar el espíritu del fiscal no puede consistir en la aspiración por la condena de cualquier culpable. Ni la condena del culpable cierto de cualquier modo o de cualquier forma. Sino que la determinación objetiva, serena e insospechada del verdadero autor del delito y la actividad encaminada a que los elementos probatorios que concretan la culpa se establezcan por medios idóneos, limpios y justos dentro del proceso.

La Fiscalía debe procurar —y no pecar ella misma— porque la idea predominante en los organismos policiales de encontrar “un culpable”, aún para justificación de su razón de existir o por el influjo de rivalidades entre los distintos cuerpos policíacos, desaparezca totalmente. Mil veces es preferible —no necesitamos decirlo— que no se halle al autor de un delito a que se encuentre alguno que no lo es realmente, únicamente por las razones dichas o por escapar a la presión periodística que reclama la averiguación de los hechos.

Porque la misión de la Fiscalía no debe asentarse tampoco en esa aberrante distorsión de la insobornable pasión del hombre por la verdad: ¡Hallar un culpable! Medida muy menguada de la función de investigar el crimen. ¡Misterios del pensamiento!, sólo explicables en un país donde se han confundido todos los conceptos fundamentales.

Debe, pues, la Fiscalía rescatar la investigación de los delitos

de las manos torturantes en las que se encuentra actualmente y transformar toda la teoría de la misma para que se ciña a sus límites racionales, lógicos y científicos.

Porque solamente así, solamente encontrando la verdad limpia, sin sombra de tortura y de ignominia, la Fiscalía puede cumplir su misión dentro del proceso penal.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DE LA DEFENSA PENAL

32.—Concepto de la Defensa Penal:

I.—Ha quedado expresado largamente a través de los renglones de este trabajo, el concepto de la defensa extendida como la facultad humana que concurre al proceso penal como forma o medio de resguardar en él las garantías y derechos que están unidos entrañablemente al hombre por el simple hecho de serlo.

Y hemos esbozado también el concepto de la defensa como la oportunidad jurídicamente tutelada que permite al indiciado exponer todas las razones justificativas del hecho imputado, así como las negaciones tendientes a destruir la verdad que la pretensión punitiva, en obediencia al principio que señala que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

Surge, además la defensa ante la idea que el proceso penal pretende como fin esencial el establecimiento de la certeza, pero que siendo el proceso obra humana eminentemente falible y azarosa, y siendo la verdad cosa tan inconsútil, tan ingrátida, tan difícil de asir, la defensa es la única garantía que permite mediante la contradicción, que de la duda se pueda ir ascendiendo hasta llegar a la posibilidad de que el Juez obtenga la menos incierta definición de la justicia al caso concreto.

E integra el concepto de la defensa, así mismo, la consideración que antes que derecho es necesidad, desprendida del imperativo que obliga, en acatamiento de la igualdad de los hombres ante la ley, que todo indiciado a quien las circunstancias intimidantes del Derecho Punitivo y las precauciones cautelares evitantes de la impunidad, colocan en situación inferior y disminuida, obtenga necesariamente el auxilio de la fuerza niveladora e igualatoria del defensor penal.

De todo ello se desprende que la defensa es inviolable. Lo que en ningún momento debe significar que el procesado o su defensor posee la facultad de alterar o variar caprichosamente las normas y reglas procesales; sino la idea de que ni la ley ni los jueces pueden impedir que el indiciado ejerza todos los actos y actividades encaminados a producir plenamente la prueba de su derecho a la demostración de su inocencia.

La Sociedad tiene el derecho de ejercitar el *ius puniendi*, descubriendo la verdad y aplicando la ley penal al caso concreto; pero como el proceso no tutela únicamente los derechos sociales, puesto que también tutela los derechos individuales, el proceso, al pretender inquirir la verdad, aplicar el derecho sustantivo y enderezar el castigo como instrumento de lucha contra la delincuencia, no puede excederse hasta llegar a la negación de los derechos del procesado. Porque la tutela es doble, y, al serlo, el proceso debe tender a la armonía entre los derechos sociales y los individuales de manera imprescindible necesaria para que constituya salvaguardia de la Sociedad, cuando intenta evitar la impunidad y someter al culpable a la pena, y salvaguarda del individuo, cuando por medio de la defensa permite la tutela de la inocencia o del derecho del reo.

Las normas constitucionales justifican la actividad de la defensa como una de las tres fuerzas esenciales del proceso penal. Nuestra organización jurídica que disciplina, tutela y garantiza la libertad, garantiza, tutela y disciplina igualmente los derechos individuales sometidos a la amenaza del proceso. Al tutelar la libertad, tutela la defensa, visto que ésta no es más que una “manifestación incoercible del instinto de libertad”; y al tutelar —como lo hace— la igualdad del hombre, tutela también la defensa, visto que la defensa es un imperativo de la igualdad; y disciplinando, resguardando y garantizando la libertad y la igualdad, el Estado llega hasta suplir la ausencia o renuncia de la defensa por medio del nombramiento de defensor de oficio, puesto que ha conformado el proceso penal conforme al principio de que “no hay juicio sin defensa”, vale decir, que no hay juicio sin la garantía de la igualdad y de la libertad. La Constitución reconoce la libertad humana como bien inalienable (la ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad y dignidad del hombre: Art. 156), y garantiza la igualdad (Todos los hombres son iguales ante la ley: Art. 150), de manera tal que la defensa surge como una facultad humana también inalienable.

Mas, la defensa es igualmente irrenunciable. El Estado ha establecido un proceso que requiere la contradicción. Sin contradicción no existe el juicio penal. Y la contradicción es de la esencia de la defensa. Como afirma Stoppato (134): “el Estado tiene obligación de prestar ayuda a quien resulta sometido a su derecho. Las dos fuerzas de pretensión y resistencia se integran necesariamente. Consentir la defensa no es reconocer un favor y actuarlo. . . Si en el procedimiento penal se busca un culpable. . . si el resultado de la investigación debe ser la certeza. . . la renuncia, la inercia del imputado no pueden hacer eliminar la actividad de la defensa, porque ésto equivaldría a autorizar un procedimiento por así decir unilateral, que no respondería a los fines del magisterio social represivo. . .”

II.—Podemos, pues, decir que la defensa penal es la facultad humana necesaria, inviolable, inalienable e irrenunciable, que dentro del proceso penal actúa resguardando la libertad y demás derechos del hombre, permitiendo el establecimiento de la certeza por la contradicción, justificando el derecho del reo o demostrando su inocencia, lo que se verifica oyéndose plenamente al reo y aceptándose su integración jurídica por medio del defensor penal, para que aquél, por sí mismo o por su defensor, desarrolle todas las actividades legítimas tendientes a esos fines.

33.—*La Defensa Material:*

I.—Penetrando a la esencia de la defensa penal se advierte una primera distinción reveladora de dos situaciones en las que se manifiesta dentro del proceso. Una es la situación puramente personal del indiciado, aunque la actuación del defensor puede influir en ella; la otra reside en la actividad procesal que le corresponde al defensor penal como asistente, auxiliador y mandatario del procesado. La primera es la defensa material, la segunda es la defensa formal o técnica.

La defensa material se asienta en el principio visto anteriormente de la incoercibilidad de la libertad del hombre y, consecuentemente, de la persona humana. El hombre no puede ser sometido a ninguna restricción jurídica o de hecho que le impida la manifestación de sus derechos o la negación de las imputaciones acusatorias. Como dice Manzini (135), la defensa consiste “en la incoercible manifestación del instinto de libertad y, por lo tanto, se ha considerado inico e

(134) Stoppato Cit por A Vélez Mariconde Obra cit Pág 288
(135) Manzini Obra cit

inhumano sujetarla a vínculos jurídico-morales, reconociendo el principio general *Nemo tenetur se detegere* (Nadie está obligado a delatarse), o más ampliamente nadie puede ser obligado a obrar en daño propio. Por ello, así como no se prohíbe ni se castiga el auto-descubrimiento, tampoco se obliga al imputado a que hable, a que diga la verdad, a que jure, etc.”

El hombre no está, pues, constreñido por ninguna norma coactiva que le obligue a prestar su colaboración a los fines del proceso penal. El hombre no puede ser obligado a declarar, ni a someterse a una prueba acusatoria, ni a ninguno de los modernos métodos que por el hipnotismo, máquinas, sueros o drogas persiguen la obtención de la verdad. Puede, sin duda alguna, el procesado admitir voluntariamente que se le someta a cualesquiera de dichos métodos, pero de su negativa no debe desprenderse ninguna presunción de culpabilidad, ni castigarse con sanción alguna.

Y es así porque en el proceso penal democrático impera el principio de que el procesado no es convicto de su culpabilidad jurídica; por lo que le asiste la presunción de su inocencia, y es el Estado, como poseedor de la acción penal, el que debe establecer en el juicio la prueba de su culpabilidad.

Por todas estas razones es que la defensa material se ejercita fundamentalmente por medio de la declaración indagatoria del reo. Este tiene, en primer lugar, el derecho de rendirla sin coacción alguna, ni físico ni moral; no pudiendo ser obligado a ella o a declarar en determinado sentido ni por torturas, ni por amenazas, ni por sanciones jurídicas. Aun las coacciones puramente espirituales están prohibidas, por lo que el procesado no debe ni siquiera ser juramentado.

No pudiendo ser obligado a declarar (la libertad es incoercible), puede consecuentemente abstenerse de declarar, lo que tampoco debe ser considerado como admisión tácita de su culpabilidad.

La declaración indagatoria no es un medio de prueba, es un medio de defensa, lo que le imprime calidad de derecho y no de deber del procesado. Esto lleva a que el reo puede ampliar su declaración cuantas veces quiera, es decir, cuantas veces considere conveniente para los fines de su defensa expresar circunstancias y hechos que anteriormente no había manifestado o no había querido hacerlo. En su declaración indagatoria o en sus ampliaciones el reo puede exponer todas las excepciones y todas las razones justificativas que concurran al hecho imputado, o negar la verdad o existencia de éste.

Como parte del derecho de defensa material el reo puede tratar de invalidar el dicho de los testigos de cargo, ya sea expresando causas de incapacidad o de tacha, así como cualquier otro hecho o circunstancia de éstos, aun sus defectos o vicios ocultos, que pueda disminuir el valor de su testimonio. Pero el ejercicio de este derecho no alcanza a justificar la expresión de acusaciones o imputaciones falsas o calumniosas contra los testigos.

También, como el reo no está obligado a agravar su caso o a cooperar a su condena, aunque la merezca, puede el procesado apelar a cualquier recurso para evadirse de la prisión, siempre que no cometa un daño injusto contra sus guardianes o los convierta en sus cómplices; y “si está plenamente convencido de su inocencia, puede incluso ofrecer dinero a sus guardianes para que le permitan huir”, tal como afirma el P. Steven (136).

La defensa material se asienta dentro de nuestra organización jurídica de aspiración democrática en dos principios esenciales: “Nadie puede ser condenado sin haber sido oído en juicio” y “Nadie puede ser obligado a obrar en daño propio”. El primero se encuentra reconocido de manera explícita en nuestra Carta Magna (Art. 164), y el segundo en forma implícita (Arts. 2, 156 y 163).

II.—El derecho del indiciado de manifestar todas las razones justificativas del hecho imputado y de expresar todas las negaciones tendientes a desvirtuar la imputación —aún callando—, constituye en términos extremos la defensa material. Como decíamos anteriormente, la defensa material es puramente personal del indiciado, aunque hasta ella puede llegar la influencia del defensor técnico, ya que al reo le asiste el derecho de solicitar el auxilio y el consejo de un abogado, aún antes de rendir su declaración indagatoria, precisamente para poder analizar y sopesar la forma de rendir ésta, puesto que no se encuentra obligado a cooperar o facilitar la demostración de su culpabilidad. Este derecho no se encuentra reconocido expresamente por nuestra legislación procesal, pero es de aceptación general, dada la razón del proceso y la naturaleza del defensor penal, quien integra la personalidad jurídica del procesado por imperiosas razones de igualdad.

Además, “los hechos y circunstancias, —como sostiene Manzini— en verdad, deben siempre evaluarse en relación a normas jurídicas y referirse a éstas: operaciones lógico-jurídicas que exigen el conocimien-

(136) P. Steven Obra cit Pág. 459.

to del derecho. Además, la exposición de aquellos puede ser más o menos eficaz, según se tenga una visión más o menos exacta y completa de su eficiencia jurídica, mientras la falta de cultura, la escasez de inteligencia, de memoria, de poder conectivo, etc., perjudican la búsqueda, la selección, la indicación, la prueba, etc., de los hechos y circunstancias, lo que frecuentemente debilita o desvía la auto-defensa material". (137)

Però dejando estas cuestiones para el lugar y el momento oportunos, vemos que la defensa del imputado puede ser ejercida personalmente por él o por medio del defensor penal técnico que debe mediar entre el proceso y la imputación acusatoria.

Cuando el imputado, a más del ejercicio puramente material de su defensa, ejerce todos los actos y expone todos los argumentos que la complementan, los autores distinguen esta situación con el nombre de auto-defensa.

Como su nombre lo indica, la auto-defensa consiste que el procesado ejerza en el juicio todos los medios y formas de defensa que la ley instituye ampliamente para garantía de su seguridad jurídica, y que en último extremo tienden a obtener su libertad, o una calificación penal atenuada, o una condena más favorable que la solicitada por la acusación, todo mediante la adecuada resolución judicial.

El derecho del reo de ejercer su auto-defensa es de reconocimiento casi universal, aunque algunos insisten en negarlo, llevando la argumentación hasta el grado de afirmar que el procesado es incapaz de ejercer su propia defensa. En este sentido se pronuncian las legislaciones francesa, italiana, española y brasileña (138).

Nuestro Código, en cambio, acepta expresamente la auto-defensa: "Los procesados que sean mayores o habilitados de edad se defenderán por sí mismo si tuvieren o quisieren o por la persona que ellos nombren o el juez de oficio" (Art. 54 I., reformado, inc. 1^o).

Però, por lo que se advierte, nuestra ley no admite absolutamente la auto-defensa pues, la condiciona a tres requisitos: 1^o) que el procesado sea mayor o habilitado legalmente de edad, lo que indica que debe ser mayor de dieciocho años (Art. 298 C.); 2^o) que el procesado posea suficiente capacidad mental y el discernimiento, habilidad e inteligencia necesarios para el efectivo ejercicio de la defensa; y 3^o)

(137) Manzini. Obra cit.

(138) A. Véllez Marcondé. Obra cit. Pág. 289

que el procesado manifieste clara y expresamente que desea asumirla. Por ello el Juez debe previamente calificar estos requisitos antes de permitir que el reo ejercite la auto-defensa. Esta calificación previa por el juez, así como la exigencia de que el procesado posea la capacidad mental y la suficiente preparación e idoneidad para el desempeño de la defensa, no se encuentran claramente establecidas por la ley, pero se desprende de los términos “si pudieren” que usa el Código, lo que no puede significar más que la necesidad de la habilidad suficiente y la capacidad mental del procesado; lo mismo que de la esencia y significado del proceso y de la defensa penal, puesto que el proceso debe tutelar los derechos individuales y puesto que la defensa es una necesidad procesal, si ésta no es ejercida plenamente o es mal ejercida, los derechos individuales quedan desamparados y se viola el principio de “que no hay juicio sin defensa”.

34.—La Defensa Técnica:

I.—El proceso penal ofrece indiscutibles garantías a la persona humana, tutelando su libertad y demás derechos; pero, al mismo tiempo, al actuar como salvaguarda de la Sociedad, se ve obligado a someter al presunto culpable a ciertas medidas tendientes a evitar la impunidad. De allí ocurre que el reo en el curso del proceso sea privado con carácter transitorio de su libertad física, transitoriedad que en la generalidad de las veces se prolonga hasta la sentencia.

Naturalmente, estas medidas cautelares o precautorias que aseguran la persona del reo, lo colocan en situación inferior, disminuida, que obstaculiza o impide el ejercicio pleno y efectivo de la defensa penal. Aun en el caso que el procesado sea lo suficientemente instruido y hábil para que su actuación defensiva preste garantías de acierto, la misma situación privativa de su libertad no deja de impedirle un atinado ejercicio de su defensa, dado que ésta es multifacética y compleja y no solamente se consume dentro del proceso penal.

Y sobre ésto gravita, además, la consideración de que las circunstancias mismas del proceso, las amenazas intimidantes del Ministerio Público, la abrupta demagogia del periodismo amarillista, y, en fin, todo el poder terrible de la justicia penal, inciden perentoriamente sobre la sicología del procesado y concurren a restarle el total dominio de su inteligencia y de su razón. En estas circunstancias, la defensa es inocua.

Luego sucede también que la defensa es una función eminente-

mente técnica, que versa sobre hechos y derechos, y que aunque el proceso penal juzga actos esencialmente humanos, para cuya valoración es imprescindible el profundo conocimiento de la vida y una alta calidad humana del juzgador, la adecuada evaluación de los hechos y la atinada consideración del derecho, demandan conocimientos técnico-jurídicos que no siempre son dables de poseer a los procesados. Al contrario, la regla casi general es que los reos sean reclutados por el Destino entre los seres más privados de cultura, de inteligencia, de instrucción; circunstancias totalmente imposibilitadoras del ejercicio capaz y efectivo de la auto-defensa.

La defensa penal técnica se fundamenta, pues, en la idea esencial de que el juicio penal es la suma de tres fuerzas que persiguen la definición de la justicia al caso concreto, y que esta definición de la justicia no puede basarse más que en la adquisición procesal de la certeza, pues —como escribe Guarneri— “La disposición de la sentencia es como el manantial que brota de hechos verdaderos y de una valoración exacta de los mismos”. Y esta valoración exacta de los hechos es muy difícil de hacerse si en el proceso no ha intervenido la fuerza técnica que en función de defensa impida que los mismos hechos, su prueba y las circunstancias concurrentes no se desnaturalicen, deformen o distorsionen al impacto de intereses contrarios a la justicia, mediante la contradicción y el uso de argumentos jurídicos y de otra especie igualmente técnica, para que se logre determinar la ardua medida de la certeza.

Siendo el proceso la entrañable suma de tres fuerzas iguales, el ejercicio de la auto-defensa por quien carezca de los conocimientos técnicos y jurídicos y de la práctica forense que templan las armas del razonamiento, podría romper la armonía y la igualdad, desvirtuándose la esencia del proceso, puesto que salta a la vista la anodante superioridad, en tales casos, de la acusación fiscal y del juez.

Desigualdad igualmente manifiesta dada la psicología del procesado, privado de su libertad de juicio y razonamiento por las incidencias intimidantes de todo proceso penal.

Viene —entonces— la defensa técnica a completar la personalidad jurídica del procesado, restableciendo la igualdad en el proceso. Como asienta Mercader, “El abogado aparece en la historia traído por la idea de la igualdad que se necesita para restablecer el equilibrio en favor de las personas a quienes ciertos hechos colocan en posición de desventaja”. (139)

(139) A. Mercader. Obra cit. Pág. 229

La defensa técnica, los abogados defensores, concurren, pues, al proceso a integrar la personalidad jurídica y psicológica del procesado. La incapacidad jurídica o de hecho del imputado reclaman la asistencia, el auxilio, el consejo del defensor penal. El defensor, en este aspecto, es casi un curador del procesado.

A más de estas razones, la defensa técnica se fundamenta en una razón eminentemente política: pues, como expresa Arturo Lion: “abandonado el prevenido al arbitrio de los jueces, a la propia inexperiencia, a su escaso saber, a su timidez, al pavor que le obsesiona, ¿Quién podría impedir que en el ánimo de los ciudadanos naciera el concepto de que si el individuo hubiera sido defendido convenientemente habría podido demostrar su inocencia?... Ahora bien, por respetable que sea el veredicto del magistrado, por animado que se encuentre de probidad y prudencia... es necesario que el público tenga la absoluta convicción de que la inocencia está ante aquél perfectamente asegurada, que a ella se le otorga la más amplia garantía, es decir, además de la publicidad, la presencia, la actividad, el ingenio de un defensor”. (140)

II.—Entre las condiciones que se requieren para el desempeño de la defensa técnica, los autores distinguen la capacidad abstracta y la capacidad concreta. La capacidad genérica o abstracta consiste en el poder o facultad que determinadas personas tienen de intervenir en los juicios penales como representantes, asistentes o mandatarios de los procesados.

Entre nosotros, la defensa técnica se encuentra a cargo de los abogados, de los procuradores y de los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales que llenen ciertas condiciones, excepto los casos de que en el lugar del juzgamiento no hubiere ninguna persona de estas clases, o que habiéndolas estuvieran incapacitadas concretamente para el desempeño del cargo, casos en los que podrá la defensa ser encomendada a cualquier persona de reconocida moralidad y de competencia suficiente para el cargo. (Art. 55 I.)

Son abogados todas aquellas personas que habiendo obtenido el título de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales en la Universidad de El Salvador, y los centroamericanos de origen y salvadoreños por nacimiento o naturalización y todos los demás que no habiendo obtenido su título en nuestra Universidad incorporados a ella, hayan sido autorizados, previo examen, por la Corte Suprema de Justicia

para el ejercicio profesional. (Arts. 86 y 87 Pr., 122, 123 y 124 L. O. del P. J.)

Son procuradores todas aquellas personas autorizadas por el mismo tribunal, por medio de permiso especial, previo examen y cumplimiento de los requisitos legales, para el ejercicio de la procuración, o sea la facultad de comparecer en nombre de otros ante los tribunales de justicia, pidiendo la realización del derecho. (Arts. 100 Pr. y 125 L. O. del P. J.)

Pueden desempeñar la defensoría penal todos los estudiantes de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, que además de encontrarse cursando en la respectiva facultad, han aprobado la asignatura de Código de Instrucción Criminal; facultad de la que gozan únicamente mientras conservan su calidad de estudiantes y hasta seis años después de haber aprobado la materia referida. (Art. 54 I., reformado).

Sin embargo, la interposición del recurso de Casación no podrá ser hecha por un defensor penal legítimamente constituido que no sea abogado, pues la ley requiere la calidad de éste para poder hacerlo. (Arts. 10 y 33 Ley de Cas.)

Nuestro Código, en realidad, no reglamenta una defensa técnica en puridad de principios, pues desde el momento que admite la defensa a cargo de una persona de "reconocida moralidad y que tenga conocimientos en el Derecho" (Art. 55 I.), deja al criterio subjetivo del Juez la apreciación de dichos conocimientos, ocurriendo que en la práctica cualquier imperito pueda ejercer las delicadas funciones de defensor penal, ya que la ley no indica los límites mínimos de este "conocimiento del Derecho".

La capacidad genérica es restringida por el Código al prohibir que desempeñen la defensa penal los estudiantes de derecho que fueren secretarios o escribientes de los tribunales de justicia, bajo pena de destitución del empleo; así como todos aquellos que desempeñen cargos en la administración de justicia, o en la administración pública o municipal a tiempo completo o integral, y los que desempeñen cargos en el Ramo de Justicia, aunque no sea a tiempo integral. (Art. 54 I., reformado, inc. último).

Además de la capacidad abstracta o genérica del defensor penal, también se requiere que la persona designada por el reo o el juez de oficio posea capacidad concreta para el caso particular. Por lo tanto, la defensa no puede ser cumplida en el caso de que un defensor pa-

trocine a dos o más reos cuyos intereses o derechos sean antagónicos, porque envolvería una posición igualmente antagónica del defensor que lo podría llevar a la traición de uno u otros, puesto que la incompatibilidad resalta claramente, desprendida del conflicto de intereses, ya que al pretender demostrar la inocencia o destruir o disminuir la culpabilidad de uno o unos de ellos, se dañaría al otro u otros, de tal manera que como escribe Manzini, “la defensa eficaz de uno conduce a la traición de los otros”. Pero como se advierte, en estos casos la incapacidad puede resultar muy difícil de apreciar por el juez, pues fuera de casos excepcionales, será únicamente el defensor quien puede conocer por confesión de los patrocinados dicha incompatibilidad. En estos casos el defensor debe poseer el derecho de renunciar o de no aceptar la defensa de todos o de unos de los reos, sin expresión de causa, ya que al expresarla violaría la obligación del secreto profesional.

También es incapaz concretamente el defensor que tuviera que declarar como testigo en la causa; o en el caso de que hubiere actuado como acusador o fiscal en la misma causa o en una instancia distinta. Si el defensor es testigo, la investidura de la defensa privaría al proceso de un elemento indispensable para el establecimiento de la certeza, y, en cambio, los derechos del procesado no sufrirían porque la defensa puede ser encomendada a cualquier otro abogado. Si el defensor ha sido acusador o fiscal en el mismo proceso, se encuentra imposibilitado de ejercer el cargo, no sólo por los imperativos morales que se desprenden fácilmente, sino también por prohibición expresa de la ley, sometida a sanción penal. (Arts. 90 C. y 285 N° 4 Pn.)

Por estas razones, el defensor que se encuentre en estas situaciones no debe ser admitido por el juez como tal, ni designarlo de oficio, excepto el caso de que la incompatibilidad por los intereses antagónicos no sea conocida del juez.

III.—El defensor técnico puede ser de dos clases: designado por el reo o su representante legal, llamado por los tratadistas “defensor de confianza”; y designado por el juez a falta de expresión de voluntad del procesado, o sea defensor de oficio.

Los reos menores de edad tienen derecho de designar su defensor pero creemos que siempre que el juez aprecie el suficiente discernimiento del menor para una correcta escogitación, y, en caso contrario, el juez lo nombrará subsidiariamente.

En caso de ausencia del menor o de cualquier otro incapaz, podrán

sus representantes legales designar defensor. El Código (Art. 54 I., reformado, inc. 3º) solamente establece que "En caso de ausencia del reo menor o de cualquier otro incapaz, podrá hacer el nombramiento su representante legal", pareciendo que únicamente en caso de ausencia del incapaz puede su representante designar defensor, pero dado que el incapaz, ausente o presente, está siempre imposibilitado para efectuar dicho nombramiento, suponemos que es error de redacción la disposición transcrita, debiéndose entender que siempre que el procesado sea un incapaz, su representante legal debe verificar la designación de defensor.

En los casos que la defensa técnica sea necesaria y el reo no pudiendo o no queriendo defenderse por sí mismo, no nombrare defensor, o el reo fuere ausente o se hubiere fugado antes del nombramiento, deberá el juez designar defensor de oficio, y en el caso de delitos cometidos con abuso de la libertad de imprenta, deberá el juez nombrarlo necesariamente en el auto cabeza del proceso.

El Código de Instrucción no reglamenta la forma en que debe hacerse la designación de defensor. Aplicando el Art. 1876 C. que dice: "Los servicios de las profesiones o carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra con respecto a terceros, se sujetan a las reglas del mandato", nos encontraríamos que el defensor penal puede ser nombrado por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra (Art. 1883 C.); pero vemos, en primer lugar, que el Código reclama manifestación expresa de voluntad para el nombramiento de defensor penal, de manera que no podría admitirse la forma tácita para el efecto; y, en segundo término, que estas disposiciones se aplican a las profesiones o carreras a que está unida la facultad de representar y obligar a otra con respecto de terceros, por lo que no vemos que podría aplicarse a los estudiantes de derecho, quienes en ningún caso podrían estar en la situación apuntada.

La práctica, por su parte, admite como formas de designar defensor las siguientes: por escritura pública de poder general o especial del reo o de su representante legal; por escrito dirigido al juez, autenticada la firma ante notario; por escrito dirigido al juez por el reo o a su ruego, sellado por el jefe o alcaide de la cárcel o prisión donde se encuentre detenido el procesado; por escrito presentado personalmente por el procesado al juzgado; por la manifestación verbal

hecha por el indiciado ante el juez; y por escrito con la firma del reo registrada por las Alcaldías Municipales. Ahora bien, creemos que el reo también puede designar defensor por “cualquier otro modo inteligible”, aunque no conocemos ningún caso, máxime cuando sea la única manera que el reo pueda nombrar defensor, por ejemplo, si el reo es mudo y no puede darse a entender por escrito, o si se encuentra por enfermedad o herida imposibilitado de hablar y de escribir, o no pudiera hacer esto último, etc.

IV.—El defensor penal es introducido al proceso por un acto del procesado o de su representante legal y por un acto del juez. Cuando el defensor es designado de oficio y será solamente el acto del juez el que lo introducirá. Cuando el indiciado o su representante legal “lo nombrare”, como reza el Código, pareciera que es únicamente el acto del procesado o de su representante legal el que le otorga la calidad de defensor y lo introduce en el proceso. Pero resulta que el defensor no llega a actuar dentro del proceso por el simple hecho del nombramiento por el interesado. Porque, si es necesario para poder desempeñar las funciones de defensor la concurrencia en la persona designada de la capacidad genérica para ejercer en el proceso las funciones de la defensa, y de la capacidad concreta para el caso particular, puesto que la ley exige ciertos requisitos de profesión o conocimientos para poder ser defensor en las causas criminales, y, además, si entre los genéricamente aptos para el cargo pueden existir algunos incapaces para los casos especiales, la exigencia de una valoración de la persona nombrada se impone. Si la misma ley tutela la ausencia o la inercia del procesado en nombrar defensor, designándose de oficio por el juez, pues la defensa es una necesidad procesal, la misma tutela obliga a la vigilancia de que la persona nombrada para el cargo de defensor pueda ejercerlo eficaz y capazmente para que la defensa no se convierta en negatoria. Tan inexistente sería la defensa en caso de ausencia del defensor, como en el caso de una asistencia infiel o incapaz. Entonces, el juez debe valorar la capacidad genérica y concreta del defensor y autorizarlo para el ejercicio del cargo. A más de ésto, el nombramiento del defensor no se consuma todavía, sino hasta que media la aceptación expresa de la persona nombrada y su protesta de cumplir fiel y legalmente el cargo conferido, para que la defensa pueda ser desempeñada. (Art. 189 I., reformado, inc. 5°).

Lo anterior lleva a la idea de que es un acto del juez el que confiere la calidad de defensor. En este sentido se pronuncia Alfredo Vélez Mariconde, quien expresa: “El nombramiento del defensor es

un acto, no del imputado, que sólo puede elegirlo, sino del juez, mediante el cual se atribuye a un letrado esa condición". (141)

Pero llevando la argumentación a sus consecuencias extremas, resulta que tampoco será el acto del juez el que determina finalmente el nombramiento del defensor penal, pues se requiere la aceptación y la protesta, puesto que ésta —como indica el Código— hace que el defensor quede "con las facultades necesarias para desempeñarlo". Pero, en este camino, llegaríamos a conclusiones un tanto absurdas, ya que entonces, en último extremo, no se podría hablar de que el defensor se encuentra nombrado hasta que se exprese su voluntad. Requeriría el nombramiento que fuera acto de tres personas: el reo que elige, el juez que autoriza y el defensor que acepta. Pero, realmente, la aceptación expresa del nombrado para que se consuma el nombramiento, es una manifestación integrativa de parte del defensor de la voluntad del interesado y de la autorización del juez.

V.—Dentro de nuestro ordenamiento procesal penal, la defensa técnica se requiere del auto de elevación a plenario en adelante, o sea desde el momento en que según el concepto tradicional nace o se inicia el verdadero juicio penal. El Código manifiesta "que desde el auto de prueba en adelante tienen la intervención necesaria el reo o su defensor" (Art. 192 I.), pero la defensa se requiere realmente desde el auto de elevación a plenario, puesto que la ley ordena que en el acto de notificación de este auto, o dentro de los tres días subsiguientes a la notificación, deberá el procesado expresar si se defenderá por sí mismo o nombrará defensor, debiendo, en caso de que no lo hiciera, no quisiera o no pudiera defenderse por el mismo, el juez designarlo de oficio; y siempre que se nombre defensor de estos casos, se le notificará el acto de elevación a plenario y se le permitirá al defensor nombrado interponer de dicho auto el recurso de apelación. (Art. 189 I., reformado).

En los juicios "sumarios" la defensa técnica no es obligatoria, sino que facultativa del indiciado. Estos juicios son los instruidos para la averiguación y castigo de las faltas y de las infracciones a la Ley de Policía. Pero si el reo es menor de edad o ausente, el juez deberá nombrarle defensor de oficio. La falta de necesidad de la defensa técnica en el juicio sumario se debe presumiblemente a la consideración del legislador de que la gravedad de la infracción, la cuantía de la pena y la sencillez de los trámites procesales permiten que los

(141) A Vélez Mariconde Obra cit Pág 301

derechos del reo se encuentren perfectamente resguardados con la simple defensa material, puesto que ésta si es imprescindible (Art. 305 I.), cumpliéndose con ella la exigencia constitucional de la defensa.

En los juicios por delitos cometidos con abuso de la libertad de imprenta (Arts. 345 y sigts. I.), la defensa técnica, en cambio, es necesaria desde el auto cabeza de proceso: "Art. 346. El Juez encabezará el juicio con el impreso e inmediatamente nombrará defensor de oficio al supuesto reo, . . .". La defensoría de oficio cesa únicamente hasta que el procesado designe defensor "de confianza" o que manifieste defenderse por sí mismo.

VI.—Nuestra legislación no establece límites al número de defensores que el procesado puede designar; así como tampoco reglamenta que en caso de que concurren dos o más, deben éstos repartirse las funciones de la defensa. Los defensores que quiera o pueda nombrar el procesado son capaces en igual grado para ejercer la defensa del reo patrocinado, sin ninguna subordinación legal de unos con respecto a otros; fuera de la lógica y necesaria subordinación de todos a los intereses del defendido. Pero el procesado o su representante legal puede perfectamente nombrarlos con obligación de actuar conjuntamente o sometidos a la dirección de uno de ellos, para una más adecuada labor defensiva. Pero la costumbre general es que los distintos defensores que pueden actuar en una causa, lo hagan sin subordinación de esta última especie.

En cuanto los defensores de oficio, la ley no establece expresamente que pueda nombrarse más de uno, siendo, en cambio, observada por la práctica la designación de un sólo defensor. Pero, siendo la defensoría de oficio una necesidad procesal que persigue fundamentalmente la conveniente y exacta protección del reo y de sus derechos, nosotros no vemos inconveniente legal para que el juez, atendiendo a la dificultad de la causa, al número de acusadores y fiscales, a las múltiples y diferentes circunstancias que pueden gravitar en el proceso, nombre dos o más defensores de oficio, si aprecia su necesidad para la efectiva garantía de la defensa del procesado.

VII—El Art. 58 I. manifiesta que "la defensa debe desempeñarse gratuitamente y previa aceptación y juramento de su fiel desempeño; pero si el reo tuviere bienes con qué pagar, satisfará la defensa con arreglo a arancel." Esta disposición ha sido entendida constantemente como refiriéndose exclusivamente a los defensores de oficio y no a los nombrados por el reo o su representante legal.

Nosotros, por el contrario, creemos que este artículo se refiere a todos los defensores sin distinción de clase. La ley no distingue y, además, la disposición se encuentra comprendida en el Título IV, "De los defensores de los reos", el que reglamenta a todos los defensores, de confianza y de oficio.

Por otra parte, la Constitución (Art. 155) garantiza que "Nadie puede ser obligado a prestar trabajos o servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y los demás determinados por la ley".

El Código de Procedimientos Civiles, por su lado, al reglar las obligaciones de los abogados, establece que son deberes de éstos: "5º Defender gratis a los pobres de solemnidad". (Art. 89).

Entonces, la gratuidad de la defensa no es de la esencia de la defensoría de oficio. Que todos los pobres de solemnidad deben ser provistos, cuando no se defendieren por sí mismos, de defensor de oficio, es otra cuestión. Será nada más un caso de que el reo no puede verificar el nombramiento de defensor por causa de imposibilidad económica.

Porque la defensoría de oficio no se justifica ni se vuelve necesaria por la pobreza del procesado. La defensoría de oficio es una necesidad procesal que obedece primordialmente a la exigencia de que el proceso no puede existir sin defensa. El juez proveerá de defensor de oficio siempre que no haya manifestación expresa del procesado de defenderse personalmente: cuando lo manifestare pero no posea capacidad efectiva para ello; o que no nombrare o se negare a nombrar defensor de confianza. La ausencia del reo del proceso, su renuncia o su inercia a defenderse, ya sea por sí o nombrando quien lo haga, obliga al juez a designar defensor de oficio, cualquiera que sea la posición económica del procesado.

Pero, entonces, se dirá, estas razones justifican la idea que la disposición citada se refiere únicamente a los defensores de oficio. Aparentemente así ocurre, pero viéndose las cosas en sus límites exactos, advertimos que la gratuidad de los defensores de oficio que defienden a quienes no pueden pagar, se desprende del Art. 89 P1., al establecer la obligación de los abogados de defender gratis a los pobres de solemnidad.

Para nosotros la disposición del Art. 58 I. es inconstitucional, porque nadie puede ser obligado a prestar servicios sin remuneración.

y este artículo no distingue entre defensores de confianza y de oficio; y tampoco los defensores de oficio se encuentran obligados a defender en todos los casos gratuitamente, sino sólo cuando el procesado sea pobre de solemnidad, en atención precisamente a los deberes de los abogados, extendidos a los procuradores y a los estudiantes.

Porque si el caso del Art. 58 I., fuera uno de los exceptuados por la Constitución, entonces sucedería que en forma general se está obligando a los defensores a actuar siempre gratuitamente, con violación a su derecho del trabajo, más grave aún cuando el abogado defensor se dedica exclusivamente al patrocinio criminal.

VIII.—Pero, independientemente de estos conceptos, vemos que los honorarios de los abogados es una cuestión harto controvertida. Algunos pretenden resolver por medio del arancel judicial el pago de la defensa, así como los demás honorarios del abogado en el resto de su actividad profesional. Dejando aparte la irrisoria remuneración que nuestro arcaico arancel establece para la defensoría, que si mal no recordamos es de doscientos colones para casos de homicidio llevados hasta jurado y solamente de cien si el proceso termina con sobreseimiento, cuando sabemos perfectamente que en infinidad de ocasiones es más ardua y difícil la lucha del defensor al obtener un sobreseimiento, que al lograr un veredicto absolutivo; la verdad es que los honorarios de las defensas penales no deben ser establecidas por arancel. Las escrituras de los notarios, la consulta, el patrocinio en las causas civiles pueden permitir más o menos medidas justas en el pago, dada la naturaleza de los asuntos que versando sobre intereses económicos, ellos mismos, en algunos de los casos, permiten la fijación del salario del abogado o del notario. Pero aún en esos negocios, y con más razón en los penales, en los que su misma esencia no presta pauta para apreciar su valor crematístico, hay causas que no pueden ser pagadas con dinero. Cuando al defender una causa se arriesga la vida o la libertad, la paz o la tranquilidad, el honor o la buena fama, las *sonantes monedas* son medida estrecha para el esfuerzo del abogado. Y, cuando la libertad o la vida del procesado depende en alta cuantía de la habilidad, de la actividad del ingenio, del estudio, de la elocuencia del abogado patrocinador: ¿Cómo señalar y delimitar el salario de cada quien?

El Código de Etica Profesional del Colegio de Abogados de Guatemala resuelve el punto de los honorarios en la forma siguiente: “30ª—Como norma general, en materia de honorarios el Abogado tendrá presente que el objeto esencial de la profesión es servir la justicia

y colaborar en su administración. El provecho o retribución, muy legítimos sin duda, son sólo accesorios, porque nunca pueden constituir decorosamente el móvil determinante de los actos profesionales". Y "31ª—Para la estimación del monto de los honorarios el Abogado debe, fundamentalmente, atender a lo siguiente: a) Importancia de los servicios; b) La cuantía del asunto; c) El éxito obtenido; d) La novedad o dificultad de las cuestiones jurídicas debatidas; e) La experiencia, la reputación y la especialidad de los profesionales intervinientes; f) La capacidad económica del cliente, teniendo presente que la pobreza obliga a cobrar menos y aun a no cobrar nada; g) La posibilidad de resultar el Abogado impedido de intervenir en otros asuntos; h) Si los servicios profesionales son aislados, fijos o constantes; i) La responsabilidad que se deriva para el Abogado de la atención del asunto; j) El tiempo empleado en el patrocinio; k) El grado de participación del Abogado en el estudio, planteamiento y desarrollo del asunto; l) Si el abogado solamente patrocinó al cliente o si también lo sirvió como mandatario".

Los teólogos católicos se manifiestan similarmente. El Padre Paul Steven, citado muchas veces, al respecto dice: "Los honorarios exigidos deben ser proporcionados a los servicios prestados y a la fortuna de los clientes, en conformidad con los reglamentos y las costumbres locales. El abogado cristiano debe recordar que la caridad le obliga a tener en cuenta la situación de sus clientes, cuando son pobres: tarifas especiales e incluso gratuidad completa para quienes andan en la miseria". (142)

Don Angel Ossorio y Gallardo, al expresarse sobre estas cuestiones señala: "Optan unos por el arancel, pero esto es una depresión del abogado. El arancel es concebible para una función mecánica como copiar un escrito, realizar un viaje a tanto el kilómetro, levantar hileras de ladrillos y hacer otras labores semejantes cuando no hay salario concertado. Pero discurrir los modos de defensa para buscar la paz o dirigir la guerra, ejercitar o renunciar los recursos que la ley establece, dar razonamientos convincentes, ingeniarse para que las pruebas brinden el resultado apetecido, sacar consecuencias atinadas de los estados de hecho y de derecho, etc., etc., son cosas fiadas al talento, la experiencia, la buena redacción literaria, la elocuencia persuasiva, conceptos que nada tienen que ver con las dimensiones de la labor". "Cobrar, pues, a tanto la línea o a tanto la hora, o a tanto el peso discutido, sobre rebajar al abogado equiparándole con el delineante o

(142) P. Steven. Obra cit. Pág. 457

con el albañil, es algo que fundamentalmente no tiene sentido"; "Defienden otros el concierto del abogado con su cliente. Esto es discreto y no ofrece peligro cuando se trata de un trabajo extrajudicial, Así, quien concierta hacer una partición de bienes, o redactar una escritura, no habiendo controversias ni batallas, procede bien si procura señalar una cifra aceptable y da tranquilidad al interesado, que sabe de antemano lo que ha de gastar. Pero la regla se quiebra absolutamente cuando hay un pleito, pues el letrado sabe que puede obtener mucho si gana y poco o nada si pierde, que ha de tener una proporción en lo conquistado, que llevará o no llevará el pan a su familia según logre mayor o menor victoria. Con esto, la función del abogado se boira, porque en lugar de ser un asesor se trueca en un interesado y su afán ya no es que prevalezca la justicia por buenos medios, como es su oficio, sino que se saque dinero a todo trance para llevarse él la parte que le corresponda. Con esto, plantea reclamaciones temerarias, intenta recursos improcedentes, amaña pruebas, ejerce coacciones, siempre para ver lo que sale. La grandeza del abogado radica en poner al servicio de su parte el cerebro y el valor mas no el corazón ni el bolsillo, pues en tales casos habrá perdido la independencia y la serenidad que son la esencia de su profesión. Señalando el archivo de sus pleitos, decía el glorioso abogado español Don Manuel Cortina: "Los defendí como propios y los sentí como ajenos". Esa es la norma y para practicarla se hace preciso que el abogado cobre regularmente su trabajo, despreocupado de ganar o perder, aunque en algunos casos excepcionales dispense su remuneración en consideración a la desgracia, o el cliente se la dé crecida por gratitud al éxito". "En otros países es el Juez quien señala la cuantía del pago, pero esto, sobre ser una grave desconsideración para el profesional, implica una iniquidad irritante. ¿Qué Tribunal señala lo que me ha de cobrar el zapatero por un par de zapatos o el sastre por un traje, o el perfumista por un frasco de agua de Colonia, o el mueblista por una butaca? Cada cual fija el precio que quiere, y el público va o no va a sus casas, según el aprecio que haga de su labor y el estado del bolsillo del adquirente. Pues si en estos casos donde, al fin y al cabo, no se puede apreciar el valor de la madera, de los metales, del paño, de las pieles y del trabajo, no hay Juez ninguno que se entremeta a establecer el precio, ¿cómo ha de haberle para que señale el de prendas estrictamente espirituales como son las que el abogado pone en juego? De este modo, el abogado queda por debajo del ínfimo obrero. Además los jueces no fueron hechos para eso, sino para resolver las contiendas entre interesados. Cuando un abogado quiere cobrar mucho y un cliente quiere pagar

poco, es natural que sea el juez quien zanje esa diferencia, como todas las que se producen en la vida, pues no han de ventilarse a puñetazos los discordantes. Mientras el antagonismo no surja, es inconcebible que el Juez sea quien establezca la fórmula de solventar un problema que nadie ha suscitado. No siendo buena ninguna de estas soluciones, no cabe aceptar otra sino la del pago de honorarios. Honorarios, es decir, remuneración de honor, que sólo fija la conciencia del que ha de cobrar y que puede impugnarse el que ha de pagar. Naturalmente, en esto cabe el abuso, porque el letrado quizá pretenda ganar lo indebido o lo excesivo. En tal caso, habrá surgido la controversia y el Juez la decidirá como cualquier otra" (143).

IX.—La defensoría técnica —como lo vimos ya— puede ser ejercida por el reo personalmente, por el defensor que éste nombre o su representante legal, y por el defensor de oficio.

Defensor de oficio es todo aquél que, gozando de capacidad genérica y concreta, es designado por el Juez para que desempeñe la defensa del procesado, en cumplimiento de la exigencia legal de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, o sea porque no puede existir juicio sin defensa. La defensa, como lo hemos expresado, no se requiere tanto como patrocinio del acusado, sino del proceso, por lo que es una necesidad procesal, cuya falta es sancionada con nulidad y a la que el Juez debe proveer cuando el reo, por una u otra causa, no sea patrocinado por un defensor de confianza o no se defienda por sí mismo.

Nuestra legislación establece que en los juicios sumarios debe nombrarse defensor de oficio al reo menor de edad o ausente; en los juicios seguidos por delitos cometidos con abuso de la libertad de imprenta, debe hacerse el nombramiento de defensor de oficio en el auto de cabeza de proceso que da inicio al procedimiento; que debe hacerse igualmente cuanta vez el reo no ha designado defensor de confianza y es declarado rebelde, lo mismo que siempre que se eleve la causa a plenario y el reo, no pudiendo o no queriendo defenderse personalmente, no efectúe nombramiento, o no quiera hacerlo.

También establece la ley la defensoría de oficio a cargo de los Procuradores de Pobres, funcionarios adscritos a las Cámaras de 2ª Instancia (Art. 440 I.), para que defiendan a los reos en la impugnación de la sentencia ante esos tribunales, cuando el reo no se defendiere por sí mismo y no tuviere defensor en el lugar de residencia

(143) A. Ossorio y Gallardo. Obra cit. Tomo II. Pág. 162 y sigs.

de la respectiva Cámara, y, además, para que defiendan al procesado en las mismas condiciones, cuando se interpusiere el recurso de Casación ante la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Nos mueve a curiosidad la razón por la cual en los delitos cometidos con abuso de la libertad de imprenta, la defensa de oficio es exigible desde el auto cabeza de proceso. Pareciera como que el legislador se ha preocupado con mayor interés en resguardar las garantías de los procesados en esta clase de delitos, que en el resto de las infracciones penales, tanto que el juicio por jurados fue establecido primeramente para estos delitos. Indiscutiblemente, la necesidad y obligatoriedad de la defensa en el proceso penal en toda clase de juicios se requiere en la misma forma que en el procedimiento a que nos referimos, lo que permitiría una más adecuada administración de justicia. La defensoría de oficio a cargo de funcionarios públicos adscritos al tribunal debe ser implantada igualmente, porque es obligación del Estado proteger a todos a quienes somete a su imperio. Si sabemos que el proceso penal no persigue únicamente la condena, sino también y con igual ímpetu, la salvaguardia de la inocencia, la defensa se requiere desde el primer acto procesal, porque —como repetimos incesantemente— ésta es la más valedera garantía de la justicia.

En varios países existe la defensoría de oficio como organismo estatal, precisamente porque se ha llegado al convencimiento que la defensa irrumpe en el proceso como necesidad desde su primer movimiento y no remedia la defensa en el plenario todos los daños o indefunciones del reo en el resto del proceso. Basta advertir las graves consecuencias de un reconocimiento de sangre mal efectuado, un testimonio tendencioso, sin que sea suficiente para enmendarlos y resguardar los derechos del reo todas las ratificaciones y rectificaciones que puedan hacerse en el plenario, puesto que la desaparición de las señales, la descomposición de los cadáveres, la muerte o ausencia de los peritos o testigos, los olvidos y las distorsiones de la memoria los harían ineficaces, máxime que conforme al Art. 183 I., todas esas nuevas cuestiones favorables al procesado no son obstáculo para una condena por el Tribunal de Conciencia, por encima de que la prueba haya sucumbido ante la actividad de los defensores y la verdad de los hechos.

X.—La presencia del defensor técnico en el proceso penal plantea varias e interesantes cuestiones. Una de ellas es la de su naturaleza y validez jurídica.

Se sostiene que el defensor penal es un simple mandatario del reo; que es un órgano auxiliar o un órgano imparcial de la justicia; que es un asesor jurídico del procesado; o un simple asistente, etc.; llegándose tal como escribe Lucchini, a considerársele como persona o parte principal del proceso, mientras coloca al imputado como sujeto pasivo del procedimiento (144); o como De Marsico (145), quien sostiene que el defensor es un consorte procesal del indiciado, normalmente necesario, constituyendo el reo y el defensor “una parte procesal única, representada por dos órganos”; o como Mauro (146), quien estima que el defensor es “un sujeto, aunque secundario, de la relación procesal, no sólo por lo que se refiere a la representación que tiene del imputado (en los casos en que la ley la consiente) y de las partes privadas, sino sobre todo por su posición en el desarrollo de la relación (obligatoriedad de la asistencia en el debate) y por la disponibilidad que se le reconoce en algunos momentos del proceso, respecto particularmente a la facultad de proponer impugnaciones, etc.”

Vélez Mariconde (147), comentando estos excesos en el planteamiento jurídico del defensor, manifiesta: “Se exagera en esto, seguramente, porque el defensor no hace valer en el proceso un interés propio sino ajeno, aunque lo salvaguarde hasta el extremo de que su actuación sea indispensable. Para definir su noble posición, por otra parte, no es necesario truitar principios fundamentales que nos permitan tratarlo como sujeto procesal, sustituto o consorte”.

Si consideramos que el defensor penal es un mandatario del procesado, que es la más atractiva de las posibilidades, nos encontramos que su actuación debe regirse por las reglas del mandato. En este sentido se pronuncia la legislación salvadoreña, pues aunque en el Código de Instrucción no se refiere a estos problemas, el Civil subsidiariamente nos dice en el Art. 1878, que los servicios de profesiones o carreras a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona con respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato y encontrándose la defensa confiada a los abogados y procuradores, que son profesiones colocadas en la situación apuntada, la naturaleza misma del defensor penal parece ser la de mandatario. Pero si observamos que mandato es el contrato en virtud del cual una persona llamada mandante da a otra llamada mandatario, el poder

(144) Lucchini Cit por A. V. Mariconde Obra cit Pág. 290

(145) De Marsico Cit por A. V. Mariconde Obra cit Pág. 290

(146) Mauro Cit por A. V. Mariconde Obra cit Pág. 290

(147) A. Vélez Mariconde Obra cit Pág. 290

de efectuar en su nombre varios actos jurídicos, en la interposición de los recursos y en el uso de los medios de defensa el defensor (mandatario) *tendría que actuar subordinado a la voluntad manifiesta del acusado (mandante);* quien, además, podría contrariar las peticiones del defensor o mandatario. Pero, indiscutiblemente, para llegar a la esencia del defensor es necesario partir de la idea de que éste actúa como representante del defendido, puesto que interviene en el proceso para hacer valer primordialmente los derechos del procesado, en su nombre y por su interés.

Que el defensor sea nombrado por el reo o su representante legal o por el Juez de oficio, es indiferente para el nacimiento de la representación. En todo caso la representación surge de la propia voluntad del procesado, de su nombramiento judicial o por mandato de la ley.

Pero —anotan Bennecke y Beling (148)— pronto se observa que el defensor no es representante común, pues no actúa en lugar sino al lado del acusado; su representación no excluye la del representado, ni los actos del uno suplen los del otro. La intervención simultánea de ambos es indispensable. Pero lo anterior admite ciertas excepciones, por ejemplo, en el juicio por faltas (Art. 306-I.) dado que no se puede detener al culpable si no es en el acto de cometerla o cuando es desconocido, en el resto de los casos la presencia del presunto culpable no es necesaria en su juzgamiento, media vez se haga representar por un defensor quien suplirá su ausencia y actuará como un verdadero representante-mandatario del imputado. Y, además, en los casos de que el reo sea declarado rebelde, el defensor de oficio designado actúa también como un representante-mandatario, por razón de la ley. Lo mismo que en cualquier caso en que el reo es ausente, pero nombra él o su representante defensor de confianza, caso en que el defensor será representante-mandatario por voluntad del reo o por ministerio de la ley.

En estos casos el defensor lleva al proceso —tal como lo escribe Vélez Mariconde— la voluntad de su cliente, lo mismo que en cualquier otro caso que el reo no pueda asistir a los actos, por enfermedad u otra razón semejante, en los que el defensor se inviste de toda la representación del acusado.

También recalca la idea de mandatario, el hecho de que todas las notificaciones han de hacerse al defensor, y al reo sólo en caso de que se encuentre detenido en el lugar del juicio (Art. 204 I.)

(148) Bennecke y Beling Citados por A. V. Mariconde Obra cit. Pág. 291

Como un simple asesor o asistente jurídico de las partes, el concepto de defensor no queda tampoco agotado. Indiscutiblemente, el defensor es un asistente técnico-jurídico del procesado. La defensa que incide en la investigación de los hechos y en la determinación de los derechos, exige conocimientos jurídicos y de otra índole que están fuera del alcance de la mayoría de los procesados. Basta señalar las cuestiones de dictámenes médico-legales, inspecciones, peritajes de balística, de cuentas, etc., para que se evidencie la necesidad de que el abogado asista y asesore al procesado para la exacta delimitación de la verdad en esos aspectos. La evaluación de los hechos y no sólo la determinación del derecho, requiere conocimientos jurídicos y científicos —por lo menos los elementales— para que pueda la defensa amparar al procesado, permitiéndose la indicación y señalamiento de errores periciales, la conveniencia de nuevos dictámenes, etc.

Pero, como vemos, la asistencia técnica jurídica no completa la idea del defensor penal, aunque concurre a delimitarla con el concepto de representante-mandatario, puesto que integra la personalidad del reo con la asistencia técnica-jurídica, tanto respecto del hecho como del derecho, y porque el defensor en el “dominus litis”, o sea el que escoge los caminos, señala los medios de defensa, aprecia la conveniencia o inconveniencia de rendir la prueba, decide sobre los recursos, plantea las excepciones, etc., todo ello sin ceñirse a la voluntad del defendido. Y tampoco se advierte la calidad de simple mandatario si observamos que el defensor no es pleno sustituto del acusado, ya que éste debe ser oído necesariamente, aunque ya haya sido oído el defensor; si observamos también que las notificaciones no terminan con el defensor, sino que hay que hacérselas al procesado cuando se encuentra detenido; si atendemos a que las declaraciones del defensor no pueden perjudicar al defendido, aun hechas a su presencia, cuando el defensor admite la verdad de los hechos imputados, acepta la culpa del indiciado, reconoce la existencia de circunstancias agravantes, etc., todo lo cual, a más de constituir traición a la defensa, es completamente ineficaz jurídicamente porque la confesión sólo es admitida hecha personalmente por el reo, por lo que el Juez de oficio debe rechazar toda declaración en ese sentido, separar igualmente de oficio al defensor del cargo conferido y sancionar con nulidad una condena por el tribunal del Jurado que se basara en esas manifestaciones, porque defensor que obra así, obra peormente que si el procesado hubiera sido dejado sin defensor.

Si el defensor tuviera la naturaleza de órgano auxiliar de la

administración de justicia, estaría en la obligación de violar el secreto profesional y a poner en conocimiento de los jueces todos los informes y noticias recibidas confidencialmente del inculcado. En este sentido se pronunciaban algunas legislaciones de tipo totalitario. El Consejo Nacional Fascista, en 1920, estimaba que “el abogado defensor debe considerarse como un auxiliar de la administración de justicia y por tanto no debe asumir la defensa de individuos evidentemente culpables de delitos repugnantes o gravemente peligrosos para el orden social y político del Estado”. En Alemania —ya lo dijimos— el abogado era considerado en primer lugar como mandatario del pueblo alemán y secundariamente como mandatario de su cliente. González Bustamante (149), indica que en el régimen nazista se observa “una completa separación de los principios jurídicos que privan en la doctrina liberal-democrática para el ejercicio de la abogacía. Si bien el defensor tiene la misión de defender al inculcado, no debe perder de vista la obligación preferente que tiene para con el Führer; por encima de todo interés de orden personal, está obligado a comunicar los secretos que le han sido confiados”.

Órgano de la justicia, pues, no puede ser el defensor. La defensa es esencialmente la protección y el resguardo de los derechos e intereses del reo. Posición del defensor que excluye que pueda convertirse en órgano o en auxiliar de la administración de justicia. La misión de la defensa no es probar, ni colaborar a que se pruebe de cualquier modo o en cualquier forma. Su misión, sin que pierda su calidad de concurrente a la definición de la justicia, no puede cumplirse con la parcial tendencia a demostrar su culpabilidad, sino que impedir que esta demostración se haga por medios, pruebas y maneras que distorsionen, deformen o confundan la verdad objetiva. El defensor debe ser parcial, pero parcial a favor del procesado, porque defiende unilateralmente los derechos y el interés de éste.

De modo que la colaboración del defensor al establecimiento de la justicia tiene un límite infranqueable. Pero que en realidad, penetrando al fondo de las cosas no es tal límite, puesto que si el proceso persigue la definición de la justicia y puesto que la justicia no puede basarse más que en la certeza, y la única forma posible de encontrar la certeza es por la concurrencia de dos fuerzas antagónicas, que por medio de la contradicción hagan surgir de la duda la medida de la verdad para que la valore el Juez, cuando el defensor actúa parcial y unilateralmente, ciñéndose al interés del defendido, está precisamente

(149) J. J. González Bustamante. *Obra cit.* Pág. 147

permitiendo y colaborando a la definición de la justicia al caso concreto. Así concilia Guarneri la posición del defensor diciendo: "Lo cierto es que el defensor debe ser un colaborador de la justicia, aunque no hasta el punto de olvidar que la colaboración suya se realiza en plan de defensa, con los derechos y deberes que ésta impone".

Por todas estas razones es que la naturaleza jurídica del defensor penal no puede ser ubicada dentro de un criterio simplista. La esencia jurídica del defensor penal tiende a ser *sui-generis*. El defensor penal actuará a veces como representante, otras como mandatario, o como asesor o asistente jurídico del procesado. Por eso es que Guarneri, señalando el pensamiento de Vincenzo Manzini, expone que "verdaderamente, la defensa tiene una naturaleza polihédrica, y unas veces se presenta como representante, otras como asistente, y, finalmente, como sustituto procesal", reafirmando estos conceptos al decir: "La doctrina jurídica lo ve a veces como representante del acusado, otras dice ver en él un asistente, no sólo del acusado, sino hasta del Estado, el abogado del Derecho y de la Sociedad".

Nosotros creemos que el defensor penal posee una naturaleza jurídica *sui-generis*, que en el proceso puede actuar como representante, o como mandatario, o como asistente o como asesor del procesado, pero que también actúa como órgano imparcial de justicia, entendiendo el concepto en su verdadero sentido, cuando concurre al proceso como una de las tres fuerzas necesarias para la definición de la justicia al caso concreto. Vemos en él, siguiendo el pensamiento de Manzini, "no un patrocinador de la delincuencia, sino del derecho y de la justicia en cuanto pueden estar lesionados en la persona del imputado", que para el cumplimiento de su misión se reviste de la faceta jurídica más adecuada, precisamente para poder defender la justicia y el derecho dentro del proceso.

CAPITULO III

LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

35.—El Defensor en el Proceso:

I.—El defensor penal irrumpe en el proceso investido de esa apasionante y alta función humana de defender a los demás. Pondrá en ella todas las reservas de su espíritu, todas las luces de su inteligencia, todas las esencias de su corazón, para patrocinar la causa de

un hombre ajeno a él, muchas veces desconocido. Y lo habrá de hacer de tal manera, poner tal empeño y tal pasión, que no se advierta diferencia cuando defienda a un hijo o cuando defienda a un extraño.

La defensa penal es la garantía máxima de la justicia, por ello requiere la máxima estatura del abogado. ¡Con qué desprecio habrá de oírse a quien se excuse: “Lo defendí mal, porque lo defendí de oficio”! La defensa no admite distinciones, menos la ruin distinción del dinero en juego. Ni las admite tampoco por los intereses que gravitan en el proceso, ni por la repugnancia del crimen, ni por la baja calidad moral del delincuente. Al contrario, el defensor debe crecerse, buscar en el recóndito rincón de su alma la última reserva, la última potencia, para defender mejor al perseguido por las violencias políticas, al perseguido por la encendida vindicta pública, al marcado por su propia ignominia y por la repugnancia de su crimen espantoso, porque éstos son los que más necesitan de defensa. Por que la defensa —no nos cansemos jamás de repetirlo— no se requiere tanto del procesado, sino que del proceso, para que no perezca el derecho y la justicia en la persona del imputado, ante las distorsiones, las deformidades, las violencias que inciden en todo proceso, en el de la inocencia o en el del crimen.

II.—Pero no confundamos la alta pasión de defender a los demás contra todo y contra todos, esa pasión infinita que debe mover al abogado porque primero se escuche plenamente, libremente, imparcialmente la voz del reo, antes de descargar sobre él la implacable sanción de la Justicia, con esa otra pasión de defender de cualquier manera, de defender de cualquier forma, de usar cualquier recurso, de emplear cualquier argucia por obtener una libertad. La defensa tiene un límite: la Moral. Pero la moral en el proceso penal no reside en el no patrocinio de las causas que la opinión pública o los juzgadores califican de espantosas o repugnantes, de perversas o injustas, sino en las formas o maneras de ejercitar la defensa. Rechacemos esas formas de defender que no vacilan en emplear algunos, formas que envilecen a quien las usa y que llegan también a envilecer la profesión de la abogacía en el concepto popular, porque ya vimos que la opinión pública no hace distinciones. Pero rechacemos también la imposición de que el abogado no defienda más que las causas justas y morales, porque no existe, en primer lugar, razón para admitir como cierta una calificación a priori y festinada, que depende del criterio de quien opina y cuyos elementos de juicio no pueden encontrarse si no es hasta después que ha intervenido la defensa, haciendo posible el

establecimiento de la certeza; y que, en segundo lugar, son contrarias a la razón del proceso, que exige la defensa necesariamente, imprescindiblemente, como una de las tres fuerzas concurrentes a la definición de la justicia.

El defensor está obligado a defender cualquier causa y a defenderlas todas con igual pasión e igual honestidad. Como enseña Stoppato (150), “De aquí surge la noble figura del defensor, que debe ser considerado como un verdadero cooperador de la justicia, una luz de honesta verdad, un sostenedor del derecho. Desnaturalizaría él su alto oficio si entendiendo mal el concepto de razonable resistencia a la acusación, realizara una oposición obstinada a la administración de la justicia, y considerara a la suya como una función destinada a anular la obra de los órganos de aquélla o una especie de energía rebelde dirigida al fin de sustraer a los culpables de la sanción que merecen. Sólo una perversión de tal especie puede llevar a substituir deplorablemente la cultura superior —que hace atendible y respetable a la honesta habilidad, que corrige deficiencias ajenas y dirige mejor la investigación la severa y parsimoniosa elocuencia que persuade y la pureza de los métodos que confortan, con una lamentable ignorancia, con una constante actitud de insubstancial arrogancia, y lo peor, con una especie de complicidad moral con los clientes culpables, la cual arrastra al uso de todo medio de insidia y de violencia, cuando aún, por desgracia, no se envilece delictuosamente hasta influir con fraude sobre los instrumentos de prueba”, y podemos agregar nosotros, sobre la conciencia de los jurados o del Juez.

Siendo la defensa una función eminentemente pública y necesaria dentro del proceso, si persigue primordialmente la protección del derecho y de la justicia en todo juzgamiento, si su fin esencial no es el patrocinio de la delincuencia, sino el resguardo de las formas y medios procesales, si pretende obtener una investigación y un juzgamiento imparcial, si concurre al proceso para igualar la persona del procesado para permitir que esos fines tengan cabal cumplimiento, no podemos nosotros admitir que los defensores puedan reparar el patrocinio de una causa atendiendo a factores morales o de repugnancia en la ejecución del crimen. Pero creyendo igualmente, que la conciencia del abogado no debe estar sujeta a ninguna ingerencia extraña, debemos admitir el derecho de éste de no hacerse cargo de una defensa porque la considere inmoral o injusta y también que rechace un nombramiento de defensor por las mismas razones, siempre y cuando no dañe en su rechazo la

defensa del reo, por lo que se le debe obligar a manifestar la razón de su negativa. Sobre todo, porque si el defensor actúa obligadamente, pese a sus reparos, la defensa del procesado se encontraría sujeta a un deficiente y negativo ejercicio, motivado por que el defensor no podría descargarse de sus prejuicios y actuaría consciente o inconscientemente en forma infiel para el interés de su patrocinado. Pero en verdad se hace difícil, ya nombrado dentro del proceso como defensor de confianza o de oficio, que el abogado pueda rechazar una defensa sin expresar sus motivos, porque la ley no se lo permite más que por una justa causa (Art. 56 I.) En tal caso, como recomienda Vélez Maricónde (151), "Si está obligado a actuar, por no lograr su reemplazo, deberá hacer prevalecer el sagrado interés de aquél (el reo), afrontando el sacrificio moral e intelectual que tal postura le signifique".

La moral no puede, así mismo, penetrar a calificar la conducta del defensor cuando éste aconseja a su defendido para que haga resaltar en su declaratoria las circunstancias favorables, atenuar las desfavorables, señalar la mejor forma de deponer, indicarle que no confiese o que no declare, porque el defensor es un asistente o asesor jurídico del procesado y se encuentra en la ineludible obligación de señalarle todos los perjuicios que de su declaración pueden devenirle o la forma de que el reo haga mejor uso de ese medio de defensa que constituye la declaración indagatoria. Y aún a que mienta, porque, como nos dice Manzini, "No se deben transportar al proceso los criterios de una moral superior, y no se debe ser más exigente que la misma ley, que consiente al imputado callar o mentir, cuando esa mentira no pueda perjudicar a otros. Sería inútil enseñar máximas o tener exigencias prácticamente inaplicables; ésta es una función de filósofos y no de juristas. Es cierto que el defensor es un colaborador de la justicia, pero no se debe llevar este principio a la exageración, porque dicha colaboración acaece en la esfera de la defensa, con los derechos y los deberes que ésta impone" (152).

El defensor debe desarrollarse en la forma más conveniente para el interés del procesado, debe aún intervenir en la selección y escogitamiento de la prueba favorable al procesado, pero no debe jamás prestarse a la preparación de la prueba falsa, ni aún al consejo de que se proponga, ni aún admitir a sabiendas que se presente.

III.—Pero dejando a un lado los problemas de los recursos y los medios de defensa inmorales, cuyo señalamiento general es el único

(151) A. V. Maricónde. Obra cit. Pág. 296

(152) Manzini. Cit. por A. V. Maricónde. Obra cit. Pág. 296

posible, porque son cuestiones que deben quedar libradas a la íntima conciencia de cada defensor, la defensa ha de realizarse de manera que no vulnere jamás el derecho del reo o su interés. Para ello, el defensor debe poner toda la actividad, toda la habilidad, toda la inteligencia y toda la capacidad que posea, persiguiendo que la investigación de los hechos y la apreciación de las cuestiones procesales se lleven a cabo sin ninguna influencia, exceso o distorsión. No puede, tampoco, abandonar la defensa, sin suplir primero la defensa que a él se encuentra confiada, por medio de otro defensor que ofrezca garantías de acierto.

Nuestra ley impone como obligación de los abogados la de no abstenerse o abandonar las causas de que se hagan cargo, lo mismo que el deber de serles fieles y guardarles secreto. (Art. 80 Pr. Nos. 2º y 3º) Y sanciona penalmente el incumplimiento de estos deberes: "Art. 285. Serán castigados con la pena de cuatro meses de prisión menor e inhabilitación especial por el mismo tiempo: 3º El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, o por negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente, o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su ministerio: Esta disposición sanciona, pues, la defensa infiel o el abandono de ella, aunque por razones de tipicidad puede dejar fuera de sanción a los estudiantes de Derecho o a los particulares que actúen como defensores de los reos.

La defensa tiene como objeto la protección y el patrocinio del reo o de sus derechos. Por ello, el defensor no puede actuar en forma perjudicial para el interés del procesado, porque su misión es eminentemente unilateral. Pero la unilateralidad de la defensa no reside más que en enderezar su actuación al resguardo de los intereses confiados a su tutela, lo que debe cumplirse en forma positiva, protegiendo esos intereses y no desamparándolos por omisión. Y tampoco la unilateralidad de la defensa significa violar las normas morales y jurídicas a favor del indiciado, sino que concurrir a la prueba de su derecho o a la negación o desvirtuamiento de los cargos imputados, de maneras y formas legítimas y que permitan establecer la medida de la certeza. Olvidarse de defender en forma activa, hábil y eficiente, significa para el defensor tanto como defender por medios incorrectos, pues ambas posiciones implican una violación a los deberes de su cargo. En este sentido se pronuncia Manzini, tantas veces citado, expresando: "El defensor que con cualquier pretexto olvida o perjudica la defensa de

su patrocinado es tan culpable como el que la sostiene por medios fraudulentos” (153).

IV.—Como ya lo dijimos, entre los deberes del defensor se encuentran el de guardar el secreto profesional. Obligación que surge, no por implicaciones de relaciones jurídicas entre el abogado y su cliente, sino por razones más íntimas y profundas. El abogado —como afirma Couture— es una especie de confesor de su cliente, pues, escribe: “El parecido con el sacerdocio y la medicina acude todos los días a los labios de nuestros clientes cuando nos dicen: con usted tengo que hablar como con un confesor. Un escritor nuestro publicó un libro cuyo encabezamiento decía: el médico le dice a su cliente: desvéstase. El abogado le dice: cuénteme, que es una manera mucho más triste y dramática de desvertirse” (154). Es, pues, un acto de profunda confianza del cliente para el abogado, entregarle sus secretos, hacerlo depositario de su honra, de su vida o de su libertad. La idea del contrato no basta para apretar todo el contenido de la obligación del abogado y callar. Si queremos explicar la relación entre el abogado y su cliente por razones de la trabazón jurídica que se perfila entre ellos, a más de no encontrar justificación para que el abogado lleve hasta el sacrificio por callar el secreto confiado, no se abatece la explicación ese deber, llegándose hasta la confusión del vínculo entre uno y otro. Confusiones que vienen —nos afirma don Angel Ossorio— “de la depresión del sentido de la abogacía y de equipararla con los trabajos de jornal. La función del abogado —continúa— fue en sus orígenes, de alto patronato, de protección, de confidencia. El hecho de que entonces fuera gratuita y después haya venido a ser remunerada, no quita nada a su singular dignidad ni a su grandísima elevación”, por lo que sostiene que la naturaleza de la relación hay que buscarla por otros caminos, ya que prosigue: “La alusión al sacerdote nos encamina hacia la solución. La abogacía no es una carrera ni un oficio sino un ministerio y como tal hay que contemplarla sin que le alcance ninguna otra regulación”. De lo anterior desprende que el abogado se encuentra obligado a guardar el secreto profesional “a todo trance, cueste lo que cueste”, porque reafirma, “en buenas normas profesionales, no es admisible quebrantar el secreto ni ante la mayor amenaza ni ante el mayor peligro”; obligación que no puede desprenderse de un contrato sino de un ministerio, puesto que solamente considerándola como un sacerdocio, para el abogado “morir será un accidente”; lo que no puede ocurrir si el desempeño del patrocinio ju-

(153) Manzi. Cit por A. V. Maricónde. Obra cit Pág 293

(154) E. Couture “Tres Conferencias” Pág 20

rídico es considerado como una relación contractual, ya que no “habrá contrato que obligue a morir” (155).

El Código de Procedimientos Civiles regula el secreto profesional consagrándolo como una obligación del abogado: “Art. 89. Son deberes de los abogados: 3º Imponerse de las actuaciones de que se hagan cargo, oír detenidamente a sus clientes y guardarles secreto y fidelidad”. El Código Penal, por su parte, reprime con cuatro meses de prisión menor e inhabilitación especial por el tiempo de la condena, a todo abogado que falte al secreto profesional (Art. 285 N° 3). De tal manera que el secreto profesional del abogado suige como una obligación legal, tutelada con pena privativa de libertad

Los autores señalan que la obligación de guardar el secreto profesional tiene un límite: cuando de la guarda del secreto se derivan situaciones en contra de una tercera persona. Don Angel Ossorio expone como ejemplo de conflicto entre el secreto y otro bien jurídico, el caso de que a un abogado le confiese un cliente, con motivo de la venta de sus propiedades para salir fuera del país, que es el verdadero culpable de un delito de asesinato por el que se procesa a un tercero. En tal caso, para don Angel, no queda más remedio que sacrificar el secreto profesional y denunciar al verdadero delincuente. Así como ése, se presentan otros casos. Nuestra legislación, en cambio, a más de la tutela penal del secreto profesional, impide que éste sea revelado aún ante casos tan graves y conflictivos, porque ha privado de todo valor probatorio la deposición del testigo en esos casos. Con ocasión de las reformas del año de 1957 fue intercalado en el Código de Instrucción Criminal, el Art. 407-A., que textualmente dice: “No podrán ser admitidos como testigos: 3º Los defensores del inculpado, respecto de lo que en esa calidad les hubiere sido confiado; 4º Los abogados y procuradores cuando se trata de hechos o circunstancias cuyo conocimiento obtuvieron por la revelación de sus clientes, en el ejercicio de sus respectivos ministerios. . .”.

36.—Defensa y Excepciones:

I.—Hace largo rato que venimos expresando que la justicia penal no puede basarse más que en la certeza, y que la certeza en el proceso penal se despliega en varias situaciones: que el hecho haya en realidad ocurrido; que el hecho sea realmente delito; que alguien, individuali-

zado y determinado, lo haya cometido; y que ese alguien sea legalmente responsable de su hecho.

La defensa concurre al proceso persiguiendo que la certeza se establezca en sus cuatro situaciones, sin ninguna desviación, sin ninguna distorsión, sin violencia, sin excesos, sin histerias . . . , para que de ella pueda surgir la difícil medida de la justicia.

De manera que la defensa interviene como fuerza niveladora y resguardadora del reo y de sus derechos e intereses. Primero, en la investigación del delito y de sus circunstancias; luego, en la contradicción de las probanzas procesales y en el juzgamiento del supuesto culpable. Y su misión puede ser doble: negar la verdad de las imputaciones o probar el derecho del reo. O sea la misión de demostrar la inocencia del procesado o establecer la justificación o la atenuación del hecho imputado.

Entonces, la defensa se reviste de distintas y varias formas o maneras, para actuar dentro del proceso del modo más conveniente al reo y a su interés, resguardando primordialmente el derecho y la justicia en su persona y haciendo uso de todos los recursos que la ley garantiza para que la inocencia o el derecho del reo puedan ser demostrados, por medio del establecimiento de la certeza.

Así, la defensa presenta su primera distinción al reparar que su actividad es múltiple y compleja, por lo que la actuación del defensor o del mismo procesado puede consistir en distintos medios o recursos, que pueden ser defensas propiamente dichas y excepciones.

II.—Las defensas propiamente dichas incidirán esencialmente en cuestiones de hecho y las excepciones fundamentalmente en cuestiones de derecho, sin que sea posible una separación absoluta porque los hechos deben evaluarse conforme al derecho, y el derecho no puede desligarse de los hechos. Sin embargo, las defensas propiamente dichas serán todas las negaciones o todas las deducciones circunstanciadas que tienden a excluir la existencia del hecho o la ejecución del mismo por el procesado, o su participación en la ejecución; o toda alegación que persiga excluir o atenuar la imputabilidad y la responsabilidad del indiciado por razones de hecho. Las negaciones pueden manifestarse expresamente, es decir, que el procesado o su defensor niegue categóricamente la intervención del supuesto reo en la ejecución del hecho delictuoso o la existencia de éste, ya agregando o no la prueba de su negativa; y se presentará la negación implícitamente cuando el defensor o el imputado presente prueba de elementos que quiten, ex-

cluyan o disminuyan el valor de las pruebas recogidas por el juez o aportadas por la acusación (por ej.: cuando se prueba una coartada; o la falsedad, incapacidad o tacha de un testigo o de un perito, etc.).

Las alegaciones tendientes a excluir o atenuar la imputabilidad, la culpabilidad y, en fin, la responsabilidad del procesado por razones de hecho, pueden también expresarse categórica o implícitamente. Categóricamente, cuando el reo o su defensor manifieste la concurrencia de alguna causa de inimputabilidad (Art. 8 Pn. Nos. 1º, 2º, 3º, 9º y 10º), de inculpabilidad (Nos. 8º y 12º), o una causa mixta de justificación e inculpabilidad (Nº 13º); o alguna de las circunstancias atenuantes que produzcan sus efectos jurídicos por razones de hecho. Y se presentarán implícitamente cuando el procesado o su defensor presente la prueba tendiente a demostrar la existencia de alguna de dichas causas.

III.—De modo que las defensas propiamente dichas residen en los hechos y, en cambio, las excepciones, como formas o medios igualmente específicos de defensa, consisten en “argumentaciones con las que el interesado hace valer un derecho propio u otro interés jurídicamente reconocido, fundándose directamente en una regla de derecho...” (156).

Las excepciones pueden ser alegadas tanto por el reo como por su defensor y admiten, además, que el juez las declare de oficio en ciertos casos, aunque consisten en un derecho subjetivo del procesado. Las excepciones penales admiten como las civiles, su división en dilatorias y en perentorias. Las primeras serán aquéllas que consisten en la falta de las condiciones puestas por la ley para la validez del proceso penal o de los actos singulares del procedimiento, tal como afirma Manzini, y consisten en la falta de jurisdicción o competencia, o falta de autorización para proceder, o falta de requisitos previos para el inicio del procedimiento, etc. Para el mismo autor, las excepciones perentorias son “las que tienden a demostrar la falta de fundamento jurídico de la pretensión punitiva (falta de requisitos de punibilidad del hecho; prescripción del delito; excepción de cosa juzgada; etc.)”.

Pero contrariamente que en materia civil, las excepciones penales no llevan la exigencia de su interposición en tiempo determinado, por la misma naturaleza del proceso penal que impide, por ejemplo, que la jurisdicción o la competencia puedan ser prorrogadas, o por la naturaleza de la excepción, por ejemplo, la de cosa juzgada, la que no

(156) Manzini. Obra citada

puede ser renunciada por el reo ya que se violaría un principio constitucional; lo que también permite que sean algunas de ellas declaradas de oficio por el juez.

En algunas legislaciones, al contrario, las excepciones dilatorias deben ser alegadas en el sumario y antes de la elevación del juicio a plenario, debiendo resolverse por artículo o incidente previo. (Legislación Argentina, por ej.) (157).

IV.—Sin pretender agotar la calificación de las excepciones, nos permitimos recogerlas en la siguiente forma:

1º: *Falta de Jurisdicción*: o sean aquéllas que consisten en la ausencia o falta de la potestad o facultad de juzgar, ya sea porque el delito ha sido cometido en un territorio no sometido a la soberanía de El Salvador, como por ejemplo, si un juez salvadoreño pretendiera conocer de un delito cometido en un país extranjero, que no fuera de las infracciones comprendidas en el Art. 18 I.; o en la falta de jurisdicción penal, por ejemplo, que un juez de lo civil intentara juzgar un delito o una falta.

2º: *Falta de Competencia Especial o Absoluta*: o sea que un juez investido de fuero especial quisiera conocer de los asuntos sometidos al fuero ordinario o a otro fuero distinto, o un juez ordinario, un negocio restringido al conocimiento privativo de un tribunal de fuero especial; por ejemplo, que un juez militar quisiera juzgar un homicidio común o un delito que interese a la Hacienda Pública, o que un juez común pretendiera juzgar un delito militar o de hacienda.

3º: *Falta de Competencia Concreta o Relativa*: o sea que un juez (común o especial) tratara de conocer en un asunto en el que fuere incompetente por razón de la materia, o del territorio o de conexión, tal como que un juez de paz conociera de un delito, o un juez de 1ª Instancia de una falta; o un juez de San Salvador de un delito cometido en San Miguel; o el juez en cuyo territorio se cometió un delito penado con prisión menor pretendiera juzgar al reo que hubiere cometido un delito reprimido con presidio en otro territorio, etc.

4º: *Falta de Acción*: que comprende tanto falta de “derecho” substancial, como los obstáculos jurídicos para su persecución o ejercicio:

(157) A V. Maricónde Obra cit. Pág. 286

A): Si la acción no ha sido promovida legalmente:

- a): En los delitos de rapto y violación, sino ha precedido denuncia o acusación de la persona agraviada o de su representante legal, excepto el caso de que el ofendido carezca de capacidad para denunciar o acusar y de representante legal, caso en que el juez procederá de oficio. (Art. 401 Pn., reformado)
- b). En los delitos de estupro y adulterio, si no ha precedido conciliación (Art. 363 I.), y en el adulterio, además, que la acción se promueva contra ambos culpables (Art. 389 Pn.), fuera de que en el primero deberá preceder denuncia o acusación y en el segundo acusación (Arts. 401 y 389 Pn.).
- c): En los delitos de injuria o calumnia, en los que deberá procederse por acusación de la parte ofendida, excepto que sean cometidos contra la autoridad pública, o clases o corporaciones del Estado, casos en los que únicamente es necesaria excitativa especial del gobierno para que el juez proceda de oficio (Art. 422 Pn.); en los mismos delitos de injuria y calumnia cometidos en juicio, en los que para poder proceder es necesario el previo permiso o licencia del juez o tribunal donde se cometieren (Art. 421 Pn.); y en el resto de delitos de estas clases, fuera, además, de los que sean cometidos por medio de la prensa, no se podrá proceder sin previa conciliación (Art. 363 I.).
- d): En los delitos de difamación, en los que deberá preceder acusación de la parte ofendida, excepto cuando el difamado sea un funcionario público, caso en el que podrá intervenir la Fiscalía General de la República, a requerimiento de la parte agraviada (Art. 422-C Pn.).

B): Si la acción válidamente iniciada no puede proseguirse:

- a): Porque se procesa a alguna de las personas que gozan de inviolabilidad, por ejemplo de los jefes de Estado extranjeros que se encontraren en el territorio salvadoreño, a los representantes diplomáticos, sus empleados

extranjeros y sus parientes que vivan en su compañía; o a los diputados ante las Asambleas Legislativas o Constituyentes por las opiniones que emitan en el desempeño de sus funciones.

- b): Porque se procesa alguna de las personas que gozan del fuero constitucional y no se ha producido declaratoria de que hay lugar a formación de causa.
 - c): Porque se procesa a los diputados que han cometido delitos menos graves o faltas y no han cesado en sus funciones; o por faltas a funcionarios del Art. 112 C. P., y no han cesado tampoco en el desempeño de sus cargos.
 - d): Porque se procesa a un menor de quince años y mayor de diez por delito y falta y no se puede producir la declaratoria expresa del juez de que ha obrado con discernimiento (Art. 367 I.).
 - e). Porque el delito por el que se inició el procedimiento no es en realidad delito o no llena las condiciones objetivas de punibilidad (Nullum crimen sine previa lege, o no hay delito sin tipicidad). (Art. 2º Pn.).
 - f): Porque se comprueba alguna causa de justificación o una excusa absolutoria. (Feci, sed jure feci: lo hice, pero lo hice con derecho).
 - g): Porque se hace necesario que se duima previamente por medio de procedimiento civil la base de la acción, por ejemplo, en caso de usurpación, si el presunto reo presentare instrumento público o auténtico, debidamente inscrito, de igual o mayor fuerza que el del ofendido, para comprobar su posesión. (Art. 182 I.).
- C): Si la acción válidamente iniciada no puede proseguirse porque se ha extinguido:
- a): Si hay cosa juzgada, porque nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa.

- b): Si el procesado ha muerto; o se ha promulgado una ley de amnistía; o se ha producido la prescripción de la acción penal; o ha habido perdón del agraviado o de su representante legal en el caso de delitos de persecución privada.

V.—Nuestra legislación no establece, como ya dijimos, el momento debido para la interposición de las excepciones, ni forma especial para su resolución. Nosotros, sin embargo, creemos que las excepciones dilatorias tendrían que producir el efecto de suspender el procedimiento hasta que llenados los requisitos exigidos (acusación, denuncia, conciliación, declaratoria de discernimiento, etc.) pueda continuarse el proceso; o que se resuelva la competencia para que el juez prosiga la causa o lo haga el tribunal realmente competente. No existiendo obligación de interponer las excepciones dilatorias en el sumario, pueden alegarse en cualquier estado del proceso, pero naturalmente será más conveniente su alegación durante el sumario.

Las excepciones perentorias pueden igualmente interponerse en cualquier estado del juicio, aunque siempre resultan más convenientes en el sumario y deben poner fin al procedimiento por medio de auto de sobreesimiento, excepto que los efectos del Art. 183 I. les alcancen, caso en que la causa se elevará a plenario (por ej.: si se ha probado legítima defensa y homicidio simple, etc., etc.), y será el Tribunal de Conciencia quien resuelva sobre las distintas posiciones procesales.

Las defensas propiamente dichas pueden ser alegadas también en cualquier momento del proceso, aunque como en todas estas cuestiones, siempre habrá de ser más conveniente para el procesado que se aleguen en el sumario; y pondrán fin al proceso o se llevarán al conocimiento del Jurado o del Juez en su caso, según sean las circunstancias que se den en el procedimiento.

37.—*Los Derechos de la Defensa:*

I.—La actividad de la defensa, encaminada en último término a establecer la certeza y a proteger el derecho y la justicia en la persona del procesado, es varia, múltiple y compleja, y no se consume únicamente dentro del proceso penal, puesto que debe aún extenderse fuera de sus límites, para una mejor protección del reo y de sus intereses. Juntamente con el derecho de defensa, el proceso tutela una serie de intereses y derechos del procesado, pero cuyo resguardo se

encuentra encomendado al defensor y al mismo procesado y que, además, se encuentran íntimamente unidos al derecho de defensa.

Por estas razones, creemos que es difícil separar de la defensa el resto de derechos e intereses, por lo que los hemos comprendido en forma conjunta en una sola calificación, siguiendo para ello el pensamiento de Manzini y de Alfredo Vélez Mariconde.

Advertimos, también, que los derechos de la defensa forma o técnica son de trabajosa separación de los derechos de la defensa material, ya que unos y otros se complementan y se confunden, razón por la cual hemos hecho una enumeración que los comprende a todos. Probablemente, algunos de dichos derechos se nos escaparán, pero creemos que señalamos los esenciales:

1º: *Con respecto al reo:*

- A): El derecho de defensa (Material y Formal), que se traduce en los siguientes:
 - a): Presentarse ante juez competente a fin de declarar (Arts. 164 y 169 C. P. y 168 I.);
 - b): No poder ser detenido sin orden escrita del juez (Arts. 80 I. y 166 C. P.);
 - c): Abstenerse de declarar (Arts. 2, 156 y 163 C. P.);
 - d): No ser sometido a ninguna coacción, amenaza o intimidación para que declare ni para que se someta a alguna prueba acusatoria, como de detectores o máquinas de la verdad, drogas, de la parafina, etc. (Arts. 169 I., 2, 156 y 163 C. P.);
 - e): Intervenir en el juicio (Arts. 164 C. P., 192 I., etc.);
 - f): Proponer pruebas en la instrucción, en el plenario y en el debate (Arts. 174, 202 y 234 I.); y recurrir de la denegatoria (Art. 432 I.);
 - g): Obtener que el juez investigue los hechos que manifiesta en su declaración, citando los testigos que en ella men-

ciona; así como los que se desprendan de las declaraciones de testigos a su favor, etc. (Art. 161 I.);

h): Interponer excepciones y defensas (Arts. 164 C. P., 202 I.);

i): Asistir al examen de los testigos; dirigir preguntas y reconvencciones a éstos, al fiscal, acusadores y peritos (Arts. 174, 195, 199 I., 362 Pr.);

j): A que se confronte con los testigos, y éstos entre sí, y a que se ratifique las declaraciones de los mismos (Arts. 164 y 195 I.);

k): Designar los defensores que desee, o defenderse por sí mismo si quisiera y pudiera, o conjuntamente con los defensores nombrados (Art. 54 I.);

l): Que se le nombre defensor de oficio (Arts. 189, 346, 355, 306 I.); o que se le nombre defensor en subsidio por el juez, cuando no pudiese designarlo por falta de edad o capacidad (Art. 54 I.); o que se le designe o nombre su representante legal cuando sea menor o incapaz y se encontrare ausente (Art. 54 I.);

m): Hablar siempre con su defensor o defensores, excepto, naturalmente en el acto de declarar;

n): No ser puesto en incomunicación, sino es por orden del juez y no por más de ocho días, y jamás con su defensor (Art. 83 I.);

ñ): Tener la última palabra en el debate (Art. 239 I.);

B): Derecho a su libertad personal:

a): Estar libre en su persona mientras es interrogado (Art. 169 I.);

b): Obtener su libertad inmediata cuando no hubiere mérito para su prisión provisional (Arts. 70 y 179 I.); o

cuando el hecho imputado sea falta y diere fianza, hipoteca o consignare la cantidad que señale el juez (Art. 74 I.);

- c): Obtener su excarcelación bajo fianza, en los casos y formas determinados por la Ley (Arts. 84 I. y sigts);
- d): Apelar del auto de detención y del denegatorio de su solicitud de excarcelación (Art. 433 I., reformado);
- e): No ser sometido a ninguna clase de apremio o seguridad excesiva en su prisión, excepto los casos expresamente determinados por la ley (Arts. 79 I., 168 C. P.); así como a ninguna especie de tormento (Art. 168 C. P., *segundo inc.*);
- f): No ser retenido en la cárcel por gastos carcelarios o costas procesales (Art. 590 I., y 168 C. P.);
- g): A que el juez u otra autoridad a quien se le diere parte de estar detenido por algún particular y en lugar privado, lo ponga inmediatamente en libertad, aún por la violencia (Art. 72 I.);
- h): A la protección de la Corte Suprema de Justicia o de la Cámara respectiva, cuando se encontrare en detención ilegal o bajo restricción de cualquier autoridad o particular, por medio del recurso de Hábeas Corpus o Auto de Exhibición de la Persona, para que cese la detención o restricción ilegal (Arts. 536 I. y sigts. y 164 C. P.);

C): Derecho a su dignidad personal:

- a): No ser sometido a ninguna medida, prisión o pena infamante, o cualquier otra situación escarniosa o humillante (Art. 168 C. P.);
- b): A la protección de la Cámara de 2ª Instancia o del Juez de 1ª Instancia, en su caso, cuando un procesado o que tema serlo, se amparare ante ellos por temor de vejaciones de su juez natural,

D): Derechos referentes a la constitución y desarrollo del proceso:

- a): Promover cuestiones de jurisdicción, competencia, nulidad y no aplicación de la ley por inconstitucional;
- b): Oponerse a la elevación de la causa a plenario (Art. 432 I.);
- c): Obtener sobreseimiento en los casos establecidos por la ley (Art. 181 I.) y apelar del auto que lo deniegue (Art. 432 I.);
- d): Pedir separación de juicio (Art. 185 I., incisos 1º y 2º);
- e): Recusar con causa legal a los jueces y jurados (Arts. 567 I., 1153 Pr., 285 I. y sigts.); y sin expresión de causa hasta dos jurados (Art. 222 I.);
- f): A que el juez o fiscal se inhiba de conocer o actuar por encontrarse impedido para ello (Art. 63 I., 1183 Pr., etc.);
- g): Tachar a los testigos y peritos (Arts. 407 I., 330 Pr. y sigts., 354 Pr.); oponerse a que sean admitidos como testigos los incapaces e impedidos (Arts. 407 y 407-A I.);
- h): Que se cumplan los términos de las primeras diligencias y del Sumario (Arts. 175 y 189 I., reformado);
- i): Que se declare extinguido, en su caso, el término probatorio (Art. 209 I.);
- j): Obtener la erradicación del proceso, cuando temiera ser juzgado parcialmente en el lugar de su juzgamiento (Art. 13 I., reformado);
- k): A que se siga un procedimiento especial cuando los reos sean menores de quince años y mayores de diez (Arts. 367 I. y sigts.), y si el reo es demente, ya sea que se encuentre incapacitado mentalmente en el momento del hecho o la incapacidad es sobreviniente (Arts. 372 I. y sigts.);

E): Derecho a Recurrir:

- a): En apelación (Art. 432 I. y sigts);
- b): En casación (Art. 26 L. de Casación);
- c): En inconstitucionalidad (Arts. 96 C. P., 51 L. O. del P. J.);
- d): En queja (Arts. 186 I. y 1104 Pr. y sigts.);
- e): En revisión (Art. 569 I. y sigts.);

F:) Derechos Patrimoniales:

- a): A las costas, daños y perjuicios, en sus casos (Arts. 472 y 586 I. y 163 C. P.);
- b): A que no se embarguen sus bienes, sino se encuentra plenamente comprobado el cuerpo del delito y semiplenamente por lo menos la delincuencia (Art. 117 I.);

G): Otros Derechos:

- a): Ser alimentado a costa del Estado o del Municipio cuando fuere pobre (Art. 519 I.);
- b): A trabajar (Art. 78 I., inc. 2º);
- c): A ser puesto a la orden de la autoridad competente en forma inmediata cuando sea capturado in fraganti (Artículos 169 C. P. y 68 I.); y a que se dé principio a la instrucción del proceso dentro de veinticuatro horas o que dentro del mismo término se remita al juez competente (Art. 67 I.);
- d): A que la causa o razón de su detención le sea manifestada en persona por el juez correspondiente; y a que el término de la detención no dure más de setentidós horas, término en que se deberá decretar su libertad o su detención provisional (Art. 70 I., reformado y 169 C. P.);

- e): A que sea puesto en detención en lugar separado de los presos y rematados (Art. 73 I.);
- f): A que el registro y pesquisa de su persona sea solamente en la medida necesaria; lo mismo que su morada, la que sólo podrá ser allanada en la forma que la ley prescribe (Arts. 99 I. y sigts. y 165 C. P.);
- g): A que se le respete su correspondencia y papeles privados, ya que la correspondencia no puede ser interceptada ni hace fe (Arts. 146 y 147 I., 159 C. P.);
- h): Que las órdenes y exhortos librados a otros jueces sean diligenciados a la mayor brevedad y con preferencia a los asuntos civiles (Art. 578 I.).

2º: Con respecto al defensor:

Como ya advertíamos, es en verdad difícil desligar los derechos del defensor de los del reo, porque si no le corresponden personalmente, le tocará ejercerlos en nombre y interés de su patrocinado. Excepto, naturalmente, los personalísimos. En su representación o en su mandato llega a veces hasta esgrimirlo como propios; como asistente o como asesor del mismo, intervendrá con su asistencia y con el consejo oportuno para que el reo los ejercite de la mejor manera o no los ejercite. Estando por el reo y a su lado, raramente sin su presencia, el defensor llega casi a confundirse con su patrocinado. Confusión que no alcanza hasta las complicidades morales, sino confusión por la tutela y por la integración jurídica que presta a la persona del procesado. Así, no podrá ejercer el derecho del reo de mentir, pero podrá aconsejar a éste para que lo haga, pues es derecho del reo y el defensor cumple una misión unilateral y de patrocinio que llega hasta el total señalamiento de todos los derechos que le asisten. Alguna vez tendrá derechos autónomos, como, por ejemplo, apelar aún que no lo haga el reo o no quiera hacerlo. Pero, realmente, los derechos del defensor son los mismos, aunque no todos, que los del reo.

Por estas razones omitimos su relación inoficiosa y solamente recordamos que el defensor tiene dos derechos fundamentales: ser él quien le imprima su voluntad al proceso, determinando recursos, medios, formas de defensa, y su necesidad y su oportunidad, porque admitir y someterse a la voluntad del procesado sería desvirtuar la

razón y la esencia de su alto oficio; y —ya lo manda Ossorio y Gallardo— no pretender ser más que los jueces, pero no permitir ser menos.

PALABRAS FINALES

Hemos llegado al final de este largo y tedioso trabajo, con la pesadosa sensación de no haber logrado los fines que —optimistas— nos prometíamos a su inicio; pero con la humilde satisfacción de haber puesto en él —a falta de ciencia y saber— nuestro apasionado amor por la libertad y la dignidad del hombre, junto con nuestra fe indeclinable en la justicia y en el derecho.

Al revisarlo —¡tantas veces nuestra angustia nos movió a ello!— hemos encontrado el error, la falsa apreciación, el concepto equivocado. . . Las urgencias y los apremios, la ilusionada premura de obtener el título ansiado, y el convencimiento de que nuestras limitaciones harían intrascendente el intento, nos han impedido que volviéramos a escribirlo. Por ello, también, el trabajo se presenta con páginas enteras sin objeto y sin razón, puesto que recientes reformas a la Ley de Estado Peligroso han cambiado fundamentalmente su procedimiento, suprimido su Tribunal especial y otras instituciones, y encomendándose su aplicación a los tribunales del fuero ordinario. Páginas que dejamos, además, porque la reforma confirma la desesperada profecía que invocábamos: “En El Salvador tenemos una perfecta ley de Estado Peligroso, pero la más peligrosa de las leyes, por inútil”.

Aceptemos, pues, contritos, las deficiencias del trabajo y confie-mos en la benevolencia de quienes los juzgarán. Sin vergüenza, porque toda obra de estudiante es tosca y vana. Y con el propósito (¡toda tesis implica un propósito final!) de poner corazón y pensamiento en lograr en años venideros rescatar nuestra inmensa deuda de holganza contraída en los días felices de estudiante. De aquellos estudiantes, más de discurso que de libro, más de sabrosa plática sobre los defectos del profesor que de escuchar atentos sus arduas explicaciones, más de alegrías, de recreos y de oficios no tan santos que de disciplina, de afanes, de insomnios. . . De aquellos estudiantes, cuya falta y deficiencia redime, por lo menos, la constante preocupación y el constante afán por las cosas de la Patria, pero que entre tanto afán, y holganza, y menesteres ajenos al estudio, todavía nos causa asombro llegar al final de la carrera.

Consuela, también, toda nuestra pesadumbre y todas las sensa-

ciones deprimentes de inutilidad y fracaso, la incierta y débil esperanza de que nuestro esfuerzo contribuya al rescate de los valores humanos, sacrificados, despreciados y escarnecidos —aún en nuestra Patria y aún en estos días en que en el Mundo entero se miente libertad, y se miente justicia, y se miente dignidad— por la barbarie, con toga o con uniforme, que juzga y castiga, trocando la justicia por la venganza y la pena por la infamia y el tormento. . . Porque, si el Dante lo soñara y Torquemada lo inspirara, no fuera tan terrible el libro que se puede escribir sobre nuestras cárceles y prisiones. ¡Cárceles donde el hombre deja de serlo para convertirse en bestia! ¡Cárceles donde el vicio y el crimen imperan! ¡Cárceles donde los reos-niños sufren de apetenencias afrentosas! ¡Cárceles donde el inocente se vuelve criminal y el criminal mil veces más! ¡Cárceles donde todo se corrompe, donde la promiscuidad infama, la fe se pierde, la dignidad se prostituye y donde ni la esperanza consuela el corazón del reo! ¡Celda N° 18 y Callejón N° 9! ¡Afines hasta por los números, pero más afines por la ignominia y por la infamia! Afrentas y escarnios -vivos y quemantes- a la Justicia y a la Misericordia, las dos grandes fuerzas que deben presidir el castigo entre los hombres.

Pero, ¡afeirémonos a la esperanza! Volquemos en ella todas nuestras ansias de Justicia, pongamos la fe en la idea de que aún es posible encontrar su difícil e ingrátida medida. Conservemos la fe en la Dignidad del hombre y rechacemos toda sugestión que pretenda destruirla. Comulguemos en la fe por la Libertad, repitiendo las bellas y esperanzadoras palabras de Couture: “Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz”.

NOTA A. No obstante lo afirmado, consideramos que la pena de duración restringida tuvo un origen eminentemente regenerativo. Ya que esta clase de pena, derivada del Código de Napoleón, perseguía una posibilidad correccional, por lo que dicho Código establecía que el juzgamiento de los delitos correspondía a los Tribunales Correccionales. Pero en nuestra realidad, dicha pena, aun con un origen correccionalista, debido a la forma de su cumplimiento y a la falta de instituciones penitenciarias adecuadas, se ha transformado en expiación y castigo.