

51-19357

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

UES Biblioteca Central



Inventario: 10135080



“DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL”

POR

Gloria Jannette Linares de Morales

PARA OPTAR AL TITULO DE

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

DICIEMBRE DE 1990

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA



T
345.05
L735 d

Ej. 1

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

LIC. LUIS ARGUETA ANTILLON

SECRETARIO GENERAL

ING. RENE MAURICIO MEJIA MENDEZ

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. HECTOR ANTONIO HERNANDEZ TURCIOS

SECRETARIO

LIC. MATEO ALVAREZ GUZMAN

TRIBUNAL CALIFICADOR Y EXAMINADOR DE TESIS

PROPIETARIOS

PRESIDENTE: LIC. TITO EDMUNDO ZELADA
1er. VOCAL: LIC. WILLIAM CALDERON ALFEREZ
2o. VOCAL: LIC. STELLA DE LOS ANGELES PINEDA DE RODRIGUEZ

SUPLENTES

PRESIDENTE: DR. JOSE RAMON FLORES BERRIOS
1er. VOCAL: LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA
2o. VOCAL: LIC. LADISLAO GILBERTO GONZALEZ BARAHONA

ASESORES

AREA DE CIENCIAS JURIDICAS: DR. DISRAELY OMAR PASTOR

AREA DE METODOS Y TECNICAS DE INVESTIGACION SOCIAL

LIC. VICENTE SALVADOR IGLESIAS MEJIA

DEDICATORIA

- A MI ESPOSO** LICENCIADO LUIS EDGAR MORALES JOYA, con amor y admiración por ser el artífice de mi triunfo y por haberse constituido en mi ideal como profesional.
- A MIS HIJOS** LUIS EDGAR y ROBERTO ALEXANDER MORALES LINARES, con amor por ser ellos mi mayor y más grande impulso en la vida.
- A MI MADRE** ZOILA ESPERANZA DE MENDOZA, por su ejemplo vivo de lucha y abnegación.
- A LA MEMORIA DE MI PADRE** VICTOR MANUEL LINARES LARIN, a quien tuve la dicha de tener en mi niñez y de quien guardo recuerdos imborrables.
- A MIS SUEGROS** JUAN MIGUEL MORALES y ORBELINA JOYA DE MORALES, por su constante apoyo incondicional.
- A MIS HERMANAS** VILMA MARINA, ZOILA ESPERANZA y ADA - IVETTE, fraternalmente.
- A MIS CUNADOS** Por su ejemplo profesional.
- A MIS PROFESORES** que supieron despertar en mi las ansias de conocimiento.
- A MIS AMIGOS** que me proporcionaron su colaboración en los momentos en que los necesité.

I N D I C E

	<u>PAGINA</u>
- PRESENTACION	
- INTRODUCCION	i
- CAPITULO 1. EVOLUCION HISTORICA Y CONCEPTOS BASICOS	
1.1 EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO DE DEFENSA	1
1.1.1 SISTEMA ACUSATORIO.....	19
1.1.2 SISTEMA INQUISITIVO.....	30
1.1.3 SISTEMA MIXTO.....	39
1.2 BREVE MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL SALVADOR.....	58
1.2.1 EL DERECHO PROCESAL PENAL.....	59
1.2.2 EL DERECHO DE DEFENSA.....	63
1.2.3 CAMPO DE APLICACION.....	73
- CAPITULO 2. FUNDAMENTACION JURIDICA DEL DERECHO DE DEFENSA	78
2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES.....	79
2.2 TRATADOS INTERNACIONALES.....	88
2.3 LEYES SECUNDARIAS.....	93
2.4 LEYES PENALES ESPECIALES.....	107

- CAPITULO 3.	LOS SUJETOS PROCESALES Y MECANICOS	
	DE APLICACION EN EL DERECHO DE DE-	
	FENSA	130
3.1	IMPUTADO	131
3.2	DEFENSOR PARTICULAR.....	135
3.3	DEFENSOR DE OFICIO.....	143
3.4	PROCURADURIA GENERAL DE LA	
	REPUBLICA	149
3.5	OTROS ORGANISMOS DE DEFENSORIA....	153
3.6	LA DEFENSA EN SEGUNDA INSTANCIA	
	Y CASACION	157
- CAPITULO 4.	VIOLACIONES Y CONSECUENCIAS DEL DE	
	RECHO DE DEFENSA	162
4.1	INCONSTITUCIONALIDAD.....	163
4.2	NULIDAD	166
4.3	SANCIONES DISCIPLINARIAS Y ADMINIS	
	TRATIVAS	169
- CAPITULO 5.	LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO	
	DE DEFENSA	178
5.1	ORIGEN Y EVOLUCION	189
5.2	APLICACION EN EL SALVADOR.....	204
5.3	DERECHOS HUMANOS. EN ESPECIAL EL	
	DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO	
	PENAL	220

PAGINA

- CAPITULO 6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES...	232
- BIBLIOGRAFIA	238

PRESENTACION

Se presenta en este documento el informe final del estudio realizado sobre el tema "DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL" que constituye la Tesis de Investigación, como requisito académico para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador.

De acuerdo al enfoque del tema estudiado este documento está estructurado en seis capítulos siguiendo un orden lógico de contenidos que comprende: La Evolución Histórica y los Conceptos Básicos del Derecho de Defensa, la fundamentación jurídica, los Sujetos procesales y mecanismos de Aplicación, Las violaciones y Consecuencias del Derecho de Defensa, los Derechos Humanos y el Derecho de Defensa; y finalmente las Conclusiones y Recomendaciones derivadas del estudio.

Los resultados aquí presentados se fundamentan en la bibliografía y documentos consultados enriquecidos con el análisis exegético en comparación con la realidad que vive El Salvador en esa materia.

Por lo que dicha investigación pretende ser el punto de partida o la línea de base para futuras investigaciones, sirviendo de marco teórico de referencia para las próximas que incursionen en el nivel empírico o concreto en el campo del Derecho de Defensa en el país.

Por ello la importancia y el aporte del presente trabajo para nuestro país sobre todo en las circunstancias por las -- que actualmente se debate, asimismo a las Facultades de Derecho, a los Profesionales y estudiosos de esta disciplina -- en general, sirviéndole de guía introductoria.

Finalmente se desea agradecer a todas las personas que colaboraron en una u otra forma con la autora para hacer posible este esfuerzo, especialmente a los asesores y Autoridades de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la -- Universidad de El Salvador.

INTRODUCCION

La Defensa como derecho del imputado es y será de gran importancia en toda sociedad, ya que está, como ideal del -- hombre, está ligada estrechamente a una cuestión tan trascendental cual es, el Derecho a la libertad.

La defensa ha tenido diferentes manifestaciones en el - transcurir de la historia, desde que el hombre procuró defenderse por sí mismo buscándo a Dios como Juez Supremo para que la aplicara a su favor, hasta llegar a la actualidad en que la defensa, se ha convertido en un derecho para todo individuo, el que trata de garantizarse en el Proceso Penal, estableciendo que se presume la inocencia del imputado hasta que no se demuestre lo contrario.

Pero los tradicionales sistemas socio-económicos conocidos a través de la historia, tales como el Esclavismo, Feudalismo y Capitalismo, no han influido directamente en lo que al derecho de defensa respecta pues sus distintas manifestaciones corresponden más bien a la evolución de los distintos sistemas procesales conocidos, como son: el Sistema Acusatorio, el Sistema Inquisitivo y el actualizado Sistema Mixto.

La influencia que se podría encontrar de los sistemas socio-económicos es en cuanto a la aplicación práctica de los mecanismos desarrolladores del derecho de defensa lo que implicaría una influencia mediata de los mismos en su positi---

vidad o en la negación.

Es menester mencionar también, la enorme influencia que tiene sobre el derecho de defensa las tradicionales divisiones de clases o las divisiones motivadas por calidades o condiciones económicas de los individuos, no se puede negar que la capacidad económica de un imputado o la capacidad económica de una clase social en especial, influye notablemente en un desarrollo completo de un derecho de defensa, tanto es así, que el Sistema Judicial Salvadoreño ha demostrado una relativa positividad en la aplicación de la Justicia en casos no trascendentales pero una completa negación de su efectividad en casos de gran trascendencia dentro de la sociedad.

No obstante lo anterior, el derecho de defensa constituye una norma aceptada, avalada y protegida por la sociedad misma, pues constituye quizás la única válida garantía para una correcta aplicación de la Justicia.

Básicamente en el Derecho en general, la defensa ha sido objeto de estudios únicamente en el campo penal, son pocas las investigaciones que se tienen sobre el derecho de de fensa en general o en todas las disciplinas, son raros los tratadistas que hablan del mismo en el campo laboral, en el campo civil, en el campo mercantil, por lo que básicamente se han concretizado en lo que a los estudios respecta al campo Penal.

Ya en el Derecho Penal, el Derecho de Defensa ha sido objeto de distintos estudios precisamente por su inadecuada -- aplicación. Dichos estudios van desde las clásicas manifesta-- ciones de ser simplemente considerado como un derecho, hasta - las modernas teorías que lo enfocan no como un simple derecho, sino que lo ubican dentro de la moderna teoría de los Derechos Humanos.

El nacimiento en la norma jurídica primaria lo encontramos en la Constitución Carolina Alemana de 1532, concebido --- desde sus inicios, como una garantía Constitucional de carác-- ter individual. No obstante haber alcanzado tal categoría, actualmente algunas legislaciones ni siquiera lo contemplan en la norma Constitucional, tal es el caso de Colombia.

En nuestro país, el derecho de defensa está contemplado como norma Constitucional, aunque únicamente solo enunciado, dejando para la ley secundaria su detallada regulación que en la práctica se concretiza en su correcta o incorrecta aplica-- ción dependiendo de factores económicos, sociales o políticos de nuestra sociedad.

Como es obvio el derecho de defensa está enmarcado en to do el sistema jurídico. Su positividad o negatividad está -- relacionado con factores externos al mero hecho jurídico.

Por las consideraciones anteriores, este trabajo de inves-- tigación, tal como lo expresa su título se concretizará a es--

tudiar ese fenómeno únicamente en el campo penal.

Dentro del Proceso Penal, el derecho de defensa constituye una institución de gran envergadura, tiene una gran importancia reconocida por el mismo legislador, cuando en el Código Procesal Penal, desarrolla como uno de los principios generales y básicos de tal legislación al derecho de defensa, dándole una igual jerarquía que el principio de legalidad, que el principio de singularidad, constituyendo así los pilares básicos de la legislación procesal penal Salvadoreña.

En un proceso penal se manejan dos grandes intereses: - el interés de la sociedad por la aplicación de la justicia a una trasgresión mediante el cometimiento de un hecho punible y un segundo interés, cual es la defensa del imputado. - El balance de esos intereses ha determinado la característica cualificativa de los sistemas acusatorios o inquisitivos.

Dentro del proceso penal en Hispanoamérica, comprendiendo aquí a la Monarquía Española, cualificada por la Constitución Española como de carácter republicano, se han abandonado los tradicionales sistemas acusatorio e inquisitivo y en la generalidad de las legislaciones, recogiendo algunos principios de los sistemas anteriores, encontramos plasmado un Nuevo Sistema Procesal Penal Mixto en el cual se combina la igualdad entre el interés social colectivo y el interés particular o del imputado, así también ubica al juzgador como el princi-

pal garante de los derechos del imputado y uno de ellos el derecho de defensa.

Como ya se mencionó anteriormente el derecho de defensa adquiere su rango constitucional en nuestra legislación, esto implica que debe de dársele al imputado las garantías necesarias para un eficaz ejercicio de tal derecho, pero la práctica, la legislación secundaria y específicamente el Código Procesal Penal, hacen nugatoria tal garantía puesto que al analizar las distintas disposiciones legales que la regulan encontramos la ausencia de este derecho de defensa en la etapa básica del proceso penal salvadoreño.

Para el caso en la fase de Instrucción, no se ejerce el derecho de defensa por cuanto queda a merced del juzgador la aplicación correcta de este derecho. Otra situación es la carencia de requisitos básicos para su ejercicio puesto que se establece en la legislación que este derecho puede ser ejercido en última instancia por cualquier persona aunque carezca de conocimientos de derecho.

Lo anterior ha permitido que en la práctica el derecho de defensa presente grandes deficiencias en su ejercicio precisamente basado en la misma regulación penal que permite el mismo con una gran amplitud.

Son excepcionales los casos, en nuestra práctica judicial que demuestren un eficaz derecho de defensa, básicamente la in

intervención de los defensores, principales activistas de tal derecho, se han concretizado a ser observadores del ejercicio procesal, todo ello aunado al hecho de que las últimas legislaciones han demostrado la tendencia a regular todo un régimen probatorio que traducido en la práctica demuestra una desigualdad de las partes y por consiguiente una trasgresión al derecho de defensa.

Desde la vigencia del Código Procesal Penal a partir del 15 de junio de 1974, es decir aproximadamente hace 15 años, el derecho de defensa no ha tenido mayor desarrollo en nuestro sistema legal judicial; a la fecha y desde su vigencia el Código Procesal Penal no ha sufrido reformas sustanciales en cuanto a las aplicaciones prácticas de tal derecho, encontrándose como ya se mencionó anteriormente, la poca importancia que al mismo se le da durante la fase de recepción de pruebas que obviamente determina en última instancia la inocencia o culpabilidad del procesado.

El simple hecho de darle validéz a todas las diligencias extrajudiciales sin la presencia de un defensor y/o el simple hecho de darle validéz a toda una fase de Instrucción sin la presencia del mismo, demuestran que la Ley Secundaria no garantiza el derecho de defensa.

Como puede verse, su establecimiento está determinado única y exclusivamente en forma obligatoria cuando ya dentro del Proceso Penal se ha demostrado la participación efectiva del -

procesado; quedando así concretizada la participación del defensor o el ejercicio del derecho de defensa a tratar de contrarrestar toda la prueba ya recabada en contra de un imputado.

Es por ello que básicamente la práctica ha demostrado - que en la generalidad de los casos, el derecho de defensa se traduce única y exclusivamente en la positividad concretizada al momento de una Vista Pública, demostrando así una total -- ausencia práctica de tal derecho pues no es posible pensar - que constituye una real garantía cuando se concretiza única-- mente en un momento procesal y no en todo el desarrollo de -- los distintos actos procesales componentes del mismo.

Es de obligatoria mención la situación especial de que en los últimos años han sido creadas por distintas Instituciones de carácter, político, religioso o académico, Oficinas en cargadas única y exclusivamente para el ejercicio del Derecho - de Defensa, como ejemplo se citan: la Tutela Legal del Arzo-- bispado, el Socorro Jurídico Cristiano, el Socorro Jurídico de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la -- Universidad de El Salvador, etc.

Dichas instituciones si bien es cierto tienden a volver positivo tal derecho de defensa, presentan como un aspecto - negativo el que actualmente se están constituyendo en los únicos organismos o instituciones encargadas de tal ejercicio en una gran cantidad de procesos pero todos ellos únicamente rela

cionados con los delitos de carácter político.

Actualmente en el país, distintas Universidades, distintas Instituciones políticas y la misma Comisión Revisadora -- de la Legislación Salvadoreña se han encargado de darle relevancia al derecho de defensa buscando reformar la legislación penal existente sobre este punto y tratando de garantizar en debida forma y como lo establece la Constitución a tal Institución jurídica.

Pero mientras no existen organismos que traten de garantizar el ejercicio de este derecho para toda clase de procesos y el Estado no cree un Organismo efectivo para lo mismo, el fenómeno de lo llamado " el preso sin condena", o de los juicios inconclusos, estos seguirán aumentando. Repercutiendo -- tal situación en evidenciar cada vez más, la violación de uno de los derechos fundamentales del individuo, el derecho a su libertad y en consecuencia una flagrante violación a los Derechos Humanos.

Por las consideraciones anteriores, es que este trabajo que se desarrolla a continuación se limita a señalar el Derecho de Defensa desde el fenómeno de su aparecimiento y evolución como derecho constituido hasta la forma en que se aplica en nuestro Derecho positivo, considerando también los Sujetos que intervienen en su ejercicio y los mecanismos de Aplicación.

Se debe aclarar que por un error de apreciación al momento de elaborar el Índice del Proyecto de Tesis se consignó en el capítulo 3, subtítulo 3.6. el nombre de "La Defensa en las Instancias y Casación", cuando lo correcto era haberlo nominado " La Defensa en Segunda Instancia y Casación" por ser esta la forma como se utiliza en nuestra legislación , por tal motivo es que existe divergencia en el nombre de tal acápite; hecha tal aclaración, el trabajo continúa con el desarrollo del capítulo referente a las Violaciones y Consecuencias a la inobservancia de tal derecho, sin dejar de mencionar el capítulo que hace referencia al Derecho de Defensa a la luz de los Derechos Humanos, en este punto también se aclara que debido a la importancia que tiene este tema en particular se creyó conveniente incluir un subtítulo más el cual se denomina: "5.3. Derechos Humanos. En especial el Derecho de Defensa en el Proceso Penal", en donde no se puede dejar de esbozar la cruda realidad latinoamericana en la que la violación a los Derechos Humanos son sucesos que día a día vemos trasgredir, finalizando el desarrollo de esta tesis con las Conclusiones a las que se ha llegado y las Recomendaciones que son valederas para un mejor ejercicio del Derecho de Defensa en nuestro país.

CAPITULO I. EVOLUCION HISTORICA Y CONCEPTOS BASICOS.

1.1 EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO DE DEFENSA.

Los orígenes de la Defensa como tal, la podemos encontrar desde tiempos muy remotos y en las más antiguas civilizaciones, ya que el hombre desde que tiene conocimiento de sus derechos ha luchado siempre por ellos y es el de Defensa uno de los que considera de mayor importancia ya que este trae aparejado una cuestión tan trascendental cual es su libertad así como la vida misma. La Defensa ha tenido diferentes manifestaciones a través de la historia, así tenemos que:

En el Antiguo Egipto, una civilización que representó una de las culturas más brillantes, "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"⁽¹⁾, los sacerdotes como tribunal independiente, tenían a su cargo el conocimiento de todos los asuntos criminales y civiles que se suscitaban en el Imperio. En ésta época encontramos algunos resabios de la defensa ya que además de admitirse la acusación de parte de

(1) Brenes Córdova, Alberto. Historia del Derecho. Costa Rica: Editorial Heliasta, 1913. p. 13.

las personas afectadas, la persona involucrada podía exponer las razones de su conducta y se castigaba con penas rigurosas al comprobar falsedad en las acusaciones. Este tipo de san
ción que se le imponía al acusador, garantizaba en cierta me
dida la defensa del imputado.

En Israel, en su historia sagrada, encontramos también algunos vestigios de la defensa, como se comprueba con la lec
tura del Antiguo Testamento en el que algunos versículos reflejan
el reconocimiento y reglamentación de la defensa en un juicio, el cual era necesario para la imposición de una pena. En ésta época la función de juzgar estaba a cargo de los gover
nantes que además ejercían el poder político, sin embargo es
tos solamente atendían asuntos de menor importancia ya que los más delicados eran puestos al conocimiento de Moisés, el cual en base a las leyes dictadas por Dios, dictaminaba sin olvidar que la persona tenía derecho a defenderse, esto lo comprobamos con la lectura del versículo siguiente: "Presenten
ten sus argumentos, dice Yavé, hablen por su defensa, dice el rey de Jacob"⁽²⁾.

En la India, después del Budismo, cuatro o cinco siglos después de ésta época y cuando la religión de los Brahmanes empezó a cobrar fuerza, la justicia era impartida por el Rey, asistido de sacerdotes y consejeros, así lo asevera el párrafo

(2) La Biblia. Madrid: Ediciones Paulinas, 1972. Isaías 41: Versículo 21. p. 583.

siguiente: "La Justicia en la India es función que corresponde al Rey asistido de Brahmanes y consejeros, pudiéndose, en ciertos casos, encomendar a un Brahmán de reconocida sabiduría la instrucción de la causa" (3), estos conocían de las diferentes causas civiles y criminales. En esta época aparecen ya nuevos elementos en la función de impartir justicia como es, además de la existencia de jueces, el nombramiento de investigadores y la aparición de las pruebas como medio de defensa, así como también cierta medida en la imposición de las penas. Admitían la acusación y la defensa, con lo que pretendían tener un conocimiento más real del hecho. Administraban justicia en base al Libro de las Leyes de Manú, Código moral y social del Brahamanismo, el cual recogía y aplicaba el principio de que la justicia es la expresión de la verdad y que solamente se tenía que castigar al verdadero culpable.

Grecia, que pregonaba que el poder residía en el pueblo, creían que era éste el encargado de impartir justicia, pero que se debía ejercer a través de Magistrados que formaban el Tribunal Supremo. En éste período en el que el proceso era eminentemente acusatorio, es decir, que nadie podía ser procesado si no existía una persona que se nombrase su acusador, la defensa era consecuencia lógica de esta acusación. Ante esta situación, el pueblo que era la autoridad absoluta, era el en

(3) La India Antigua y su civilización. México: UTEHA, s.f. p. 87

cargado de brindar seguridad a los derechos de los hombres. Sin embargo, el hecho de impartir justicia era muy complicado ya que existían diferentes tribunales con distintas competencias y para diferentes delitos. La defensa en este período era reconocida, al principio en forma personal por el involucrado, admitiéndolo más tarde ejercerla a través del amo o patrón de la persona acusada. Los jueces en tal sentido tenían la obligación de escuchar a ambas partes por igual para tratar de decidir justamente. Es en esta época en que encontramos el principio de igualdad que debe existir en el proceso, como lo vemos en el siguiente párrafo: "Los principios de igualdad imperante en el proceso griego, se manifiesta 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"⁽⁴⁾.

Roma, en los diferentes períodos históricos de ésta ciudad, se encuentra que, en los primeros tiempos y antes de la República, el mayor aporte en cuanto a la defensa, está en el apareamiento de una tercera persona encargada de la defensa de un imputado, estos eran sacerdotes escogidos y nombrados por un período determinado por el Colegio de los Pontífices, aquí encontramos por primera vez el apareamiento de un tipo

(4) Glotz, G. La Ciudad Griega. México: UTEHA, s.f. p. 196.

de Defensoría de Oficio, sin embargo, esta situación cambia cuando los plebeyos, que eran los defendidos, adquieren el derecho a su propia defensa por medio de sus luchas. En la época de la República Romana (año 509 a 30 a. de J.C.), lo planteado anteriormente se modifica, ya que se suscita un acontecimiento muy importante cual era una división profunda entre las clases de los patricios y la de los plebeyos. No obstante tal situación, desde el comienzo de éste período, la plebe luchó por obtener la igualdad, tanto política como civil y religiosa con los patricios, lo que fue logrando por etapas. Pero al crearse en Roma la Institución del Patronato y la Clientela, la que funcionaba como una especie de esclavitud, en la que el patrono era el antiguo señor de un esclavo liberto o un patricio que tenía bajo su protección una clientela; y los clientes que tenían entre sus antepasados a esclavos o que eran personas nacidas libres pero dependientes de una familia patricia, ambos, clientes y patronos se encontraban unidos por obligaciones hereditarias recíprocas. En esta Institución "el patrón era el consejero legal de la clientela, a tal punto de que la palabra patrono significaba en Roma Abogado"⁽⁵⁾, éste tenía la obligación de ayudar a sus clientes cuando estos tenían dificultades incluyendo la defensa ante los tribunales de Justicia y "por último, ni el clien

(5) Diccionario Enciclopédico Quillet. Buenos Aires: Quillet, 1973.
v. 7 p. 5

te ni el patrón podía dar testimonio en contra ni acusarse uno al otro ante la justicia"⁽⁶⁾. Esta Institución también desaparece por la lucha de los plebeyos y por el advenimiento de la época del Principado. No obstante, lo ocurrido en los dos períodos anteriores, lo importante es que el aparecimiento de una tercera persona que pueda ejercer la defensa por otro ya se encuentra bien arraigada en la costumbre, como nos lo dice el autor González Bustamante en el siguiente párrafo: "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"⁽⁷⁾, y es cuando se ve la aparición de brillantes oradores y juristas dentro de la historia Romana.

En la edad media, por las complejas circunstancias de éste período, muchas de las innovaciones en cuanto a la defensa del imputado se pierden, debido a que vuelve a aparecer la venganza privada, la componenda y los juicios ante Dios, con todas sus consecuencias.

No obstante lo anterior, y ya para el año de 1532 en Alemania, encontramos el mayor adelanto en cuanto al derecho de defensa y es la incorporación de este derecho dentro de una ley primaria, que era "la Constitución Carolina, que reglamentó el ejercicio del derecho de defensa en juicio, reconociene

(6) Ibid. v. 7 p. 5

(7) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. México: Editorial Botas, 1945. p. 140.

do al acusado el derecho de hacerse representar por terceros"⁽⁸⁾. Sin embargo, este reconocimiento solo permitía ejercer la defensa por medio de fórmulas rígidas y estrictas.

En Francia, en la época feudal, la defensa se ve degenerada ya que se ve influenciada por las actitudes de los que en ese momento ostentaban títulos nobles ganados por sus victoriosas hazañas, los que impartían justicia por su propia mano, si su honor era pisoteado y lo hacían en nombre del Rey, su Señor.

En la época de la inquisición, en la que la característica esencial era la de aplicar un procedimiento totalmente secreto y de oficio y sin la presencia de las partes ofendidas en el proceso, algunos autores afirman que la defensa para el imputado no existía, ya que el Inquisidor, por voluntad divina, ejercía las funciones de acusador, defensor y juez al mismo tiempo, y cuando se presumía que la persona era inocente, él mismo por la gracia de Dios debía confesar su delito y sufrir por ello las consecuencias, que la mayoría de veces era la de ser quemado en la hoguera. Otros, sin embargo opinan que la defensa sí existía lo mismo que la acusación, la defensa representada por el procurador de la defensa y la acusación por medio del fiscal, pero que la actuación de ambos no era relevante porque el juez era el que en última instancia deci

(8) Ibid. p. 140.

día la intervención de ellos en el proceso y solo cuando aparecían algunos signos de inocencia del imputado. Con esta dualidad de opiniones se pueden hacer algunas consideraciones al respecto. Primero conviene distinguir entre los diferentes tribunales inquisitoriales, ya que en la Inquisición Medieval que utilizaba un proceso largo y complejo y que la represión de la herejía estaba en manos de un obispo, se puede afirmar que aquí sí el derecho de defensa para el imputado estaba totalmente anulado y así nos lo afirma el párrafo siguiente: "Las denuncias eran comunicadas al acusado, pero no el nombre de los denunciantes. Aunque no faltasen otras pruebas, la confesión del acusado era necesaria para condenarlo (por lo menos en los delitos más graves), de modo que se recurría a medios muy diversos (incluida la tortura) para obtenerla"⁽⁹⁾, sin mencionar para nada la defensa del individuo. Sin embargo, en la Inquisición Española y Portuguesa, aunque el procedimiento inquisitorial era análogo al medieval, "en España era permitido, sin embargo, un abogado defensor nombrado de oficio por los propios inquisidores"⁽¹⁰⁾, aquí sí se menciona una persona encargada de la defensa, con la restricción de actuar solamente cuando el inquisidor lo solicitaba y cuando existían algunos signos de inocencia. Por lo anteriormente expuesto, se puede concluir que en este período la de-

(9) Diccionario Enciclopédico Quillet. v. 5 p. 181.

(10) Ibid. v. 5 p. 181.

fensa del imputado estaba completamente anulada y llegando al extremo de ser abolida totalmente en algunas legislaciones, y esto era debido a que creían que era Dios, como ser supremo, el que impartía justicia y que era él el que en última instancia y por su poder divino el que defendía al acusado y por tal motivo este debía acatar las resoluciones que por gracia divina sentenciaban.

España, fuera de la influencia de la época inquisitorial, se puede afirmar que "se ha admitido siempre el derecho de defensa, y sus leyes se preocupan con loable preferencia de proveer que el acusado tenga defensor, quien debe estar presente en todos los actos procesales"⁽¹¹⁾, lo que confirma que la defensa del imputado fue siempre aceptada y que trataron de legislar para que dentro del proceso se garantizara la asistencia de un defensor para el acusado y que él mismo debía estar presente en todas las actuaciones judiciales. Sin embargo, no dejaban la creencia de que Dios se manifestaba dentro del proceso y es así como aceptaban tanto las actuaciones judiciales como las divinas.

Inglaterra, en este país en la época de la evolución social y la lucha por las libertades políticas (S. XI-XII), a pesar de que desde 1189 a 1216 reinaron dos reyes que emplearon procedimientos violentos para cobrar los impuestos, este

(11) González Bustamante, J.J. op. cit. p. 141.

acontecimiento permitió que la nobleza se sublevara contra Juan Sin Tierra, segundo monarca de estos años, el que fue desprestigiado por los nobles por haberse reconocido como vasallo del Papa y por sus continuas derrotas en campaña, estos le imponen la Carta Magna. Es en este país y en este período que pueden afirmarse se encuentra la plena consagración del derecho de defensa para el acusado ya que dentro de esta Carta Magna, Constitución concebida en 1215 por el Monarca Juan Sin Tierra al clero y a la nobleza, se refleja bien claramente y con signos de legalidad el respeto a este derecho, ésta Constitución fue la base de las libertades inglesas; trataba de garantizar la defensa dentro del juicio penal regulando que ningún hombre podía ser detenido, despojado de sus bienes, ni castigado sin que hubiese sido condenado y sentenciado por sus iguales según las leyes del país. El mayor aporte que se logra en la legislación inglesa, en cuanto al derecho de defensa, son los principios que establecen: "que la defensa está confiada a los abogados, divididos en dos clases que se reparten las funciones de la misma"⁽¹²⁾, que el imputado tiene derecho a que se le haga un juicio público, que tiene derecho a nombrar un defensor desde el inicio del juicio y que este debe de estar presente en todos los actos procesales, que no debe ser incomunicado ni puede ser interrogado en secreto, así como

(12) Brenes Córdova, A. op. cit. p. 154.

también que no está obligado a acusarse a sí mismo, como puede verse en este período y en este país nos da una aplicación al derecho de defensa en forma amplia y plena.

Francia, en la época de la Revolución (S. XVII), "La Asamblea Constituyente surgida de la Revolución Francesa aprobó, el 27 de agosto de 1789, la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la cual se exponían los principios en que habían de fundarse las nuevas Instituciones francesas"⁽¹³⁾, en este ordenamiento jurídico encontramos además de la obligación de la defensa penal al imputado, las facilidades para que el acusado pueda preparar su defensa con toda libertad, así como también establecía que el acusado tenía derecho a nombrar defensor desde el inicio del proceso y en caso de no poder hacerlo era el juez el que de oficio lo nombraría, lo mismo que el derecho que le asistía al reo a no ser juramentado ni obligado a declarar. Aquí puede verse como el derecho de defensa logra tener una importancia trascendental. Sin embargo, "los cambios en la vida política de Francia originaron la modificación, y a veces la supresión, de esta declaración en las Constituciones posteriores. La Constitución aprobada en 1946 lleva una nueva declaración de derechos del hombre que contiene, en sustancia todos los principios de la anterior con algunos agregados"⁽¹⁴⁾, en ésta se

(13) Diccionario Enciclopédico Quillet. v. 3 p. 209.

(14) Ibid. v. 4 p. 253.

afirma que el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos de los individuos y que dentro de ellos está el de libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión o el Derecho de Insurrección, establece además el principio de que "todo hombre es inocente hasta tanto no se haya establecido su culpabilidad", comúnmente conocido este principio como Presunción o Estado de Inocencia, encontrando en ésta Constitución un adelanto más en cuanto al derecho de defensa que le asiste al imputado.

No obstante, haber alcanzado la defensa un lugar importante en las diferentes legislaciones y en el transcurrir del tiempo, siempre encontramos algunos países en los que este derecho, no tiene ninguna importancia e incluso se ve cruelmente violentado, así lo vimos en Italia, en la época del Fascismo, en la que se le prohibía a los defensores abogar por los imputados por los delitos que pusieran en peligro el orden político y social, y también en Alemania, cuando el nazismo estaba en su apogeo, en que el abogado tenía como principal objetivo la defensa del Estado antes que la defensa del imputado, así nos lo demuestra este autor al afirmar: "si un abogado se encuentra en la necesidad de aconsejar a un dañador del pueblo o del Estado, debe defender en todo momento los intereses del pueblo Alemán"⁽¹⁵⁾, esta misma situación también se

(15) González Bustamante, J.J. op. cit. p. 147.

ve reflejada en la época del gobierno de Stalin, en Rusia 1920, en donde se ventilaban los procesos sin intervención de las partes y sobre todo a aquellas personas que consideraban que habían cometido delitos políticos; como lo explica la siguiente opinión: "Desde 1936 se inician juicios políticos en número creciente, que por lo común terminan con la condena a muerte y ejecución de los "traidores" procesados"⁽¹⁶⁾, sin mencionar en ningún momento la defensa a la que todo procesado tiene derecho.

Después de este período de violación al derecho de Defensa y una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, surge una nueva esperanza para la defensa del imputado y esta la encontramos en 1948, el 10 de diciembre, con el documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que proclama los derechos fundamentales de la Humanidad y es aquí donde encontramos la garantía de la defensa y de todos los demás derechos inalienables del hombre, así lo vemos en los artículos siguientes: "Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Artículo 7. Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley ...- Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales com

(16) Diccionario Enciclopédico Quillet. v. 8 p. 394.

petentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley. 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. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa ..."(17).

Sin embargo, todos estos principios enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la América Latina, son solamente una ilusión ya que existe una gran desigualdad social y gran crecimiento y concentración de riqueza en pocas manos, marginando a la población de las decisiones políticas, lo que contribuye en gran medida al abuso de poder y a la violación de los derechos humanos, en contra de las inmensas mayorías desposeídas, por lo tanto, como lo señala Fragoso: "La igualdad de todos frente a la Ley es apenas un mito. Toda la justicia es desigual ... la experiencia demuestra que las clases más favorecidas son prácticamente inmunes al sistema represivo del que se libran ya sea por la influen

(17) Organización de las Naciones Unidas. La Carta Internacional de Derechos Humanos. Nueva York: ONU, 1978. p. 7.

cia o por el prestigio o por la corrupción o por la defensa ejercida por buenos abogados"⁽¹⁸⁾, es decir a la población desposeída se le da un tratamiento distinto, se les practica en la mayoría de casos una serie de vejámenes que muchas veces están fuera del ámbito judicial, otras veces por la profunda desigualdad ante la Ley, los pobres solo son asistidos por abogados, generalmente nombrados de oficio, los que realizan una defensa puramente formal y muchas veces ineficaz. No obstante, tal situación y como lo señala el mismo autor: "El proceso penal busca realizar la pretensión punitiva frente a la ocurrencia de un delito, pero pretende también garantizar el derecho de libertad, protegiendo al ciudadano contra la acción arbitraria de la autoridad y asegurando ampliamente al sindicado y al acusado el derecho de defensa. Los derechos atinentes a la libertad son derechos humanos. El proceso penal, en consecuencia, es un instrumento de defensa de los derechos humanos"⁽¹⁹⁾, como puede verse la realidad social en la América Latina trae aparejada una situación controversial en cuanto al derecho de defensa, ya que si bien es cierto que el proceso penal trata de garantizar la defensa a todo individuo como un derecho que le pertenece, éste se ve influenciado por factores innumerables que impiden la eficacia del mismo, entre los que encontramos: La condición socio-económica del

(18) Fragoso, Heleno Claudio. Derechos humanos y justicia criminal. Ponencia presentada en el IX Congreso Internacional de Criminología celebrado en Viena en Septiembre de 1983.

(19) Ibid.

imputado, que influye en la solución de su conflicto; el nombramiento de defensores de oficio, que muchas veces explota al acusado y ni siquiera ve el juicio; el irrespeto a los derechos humanos que le asisten, etc., todo esto nos conlleva a concluir que en éstos países es necesario garantizar la defensa del imputado desde que se realiza su detención, no importando su condición socio-económica, solamente de esa manera, puede tener la oportunidad de que se le imparta una verdadera y cumplida justicia y más aún, que se ponga en práctica el principio fundamental de que todos somos iguales ante la Ley.

Después de mencionar el desarrollo histórico de la defensa en diferentes períodos de la humanidad, se estudiarán las actuaciones de este derecho dentro de la evolución de los diferentes sistemas procesales penales que hasta la fecha han existido como son: El Sistema Acusatorio, el Sistema Inquisitivo y el Sistema Mixto, señalando los principios fundamentales de cada uno de ellos, para luego analizar el derecho de defensa dentro de cada sistema procesal.

El estudio de las características de los diferentes sistemas procesales penales, desde su perspectiva histórica, nos mostrará dos importantes realidades que debemos aceptar: La primera es que todo sistema procesal es un producto cultural que está íntimamente relacionado con las condiciones histórico-políticas existentes en el momento en que una Sociedad determinada lo adopta. Así, el grado de desarrollo técnico y

económico, el tipo de organización social y, fundamentalmente, el carácter más o menos democrático de las Instituciones político-jurídicas de esa Sociedad, van a jugar un papel importante en el tipo de sistema procesal imperante.

La segunda realidad es que, históricamente vistos, los sistemas acusatorios e inquisitivos no han existido nunca en forma pura, ya que al analizar la evolución histórica encontramos, desde Egipto a Roma, formaciones predominantemente acusatorias que coexisten o son seguidas de formaciones procesales predominantemente inquisitivas.

Lo mismo puede afirmarse que existe aún más recientemente desde 1808 con el advenimiento del Sistema llamado sistema Procesal Mixto. El cual ha evolucionado desde esa época, reconociendo primero el Sistema Procesal Mixto Clásico, que dió origen a la mayoría de los sistemas procesales contemporáneos, como el llamado Sistema Procesal Mixto Moderno, los que demuestran una clara mezcla de algunos elementos del Sistema Acusatorio con otros del Sistema Inquisitivo.

Sin embargo, no basta constatar la existencia de uno u otro sistema procesal en un momento determinado, ni la actuación que tienen en mayor o menor grado los sujetos procesales dentro del mismo, más importante es conocer hasta donde están efectivamente protegidos dentro de un proceso, la defensa, la libertad, y todas las demás garantías del imputado frente al Aparato Estatal y mucho más importante es aún el constatar si el Estado está ejerciendo contra la Sociedad su función pura

mente represiva o por el contrario está buscando encontrar el justo equilibrio entre los intereses sociales generales y el interés particular del acusado.

El hallazgo de este justo equilibrio define un determinado Estado de Derecho y la adopción del Sistema Procesal Penal que resuelva, para bien de esa misma Sociedad, el grave problema de administrar una adecuada justicia Penal.

América Latina no está alejada de esta realidad y debe de aumentar la búsqueda de un Sistema Procesal Penal idóneo que trate de equilibrar ambos intereses para el bien de su colectividad. Esta tarea tiene un importante soporte, tanto en los tratados internacionales, en donde los Derechos Humanos del individuo tienen una gran relevancia, como también en la práctica judicial diaria que trata de buscar la aplicación y cumplimiento a la búsqueda de ese equilibrio.

Para el desarrollo de este primer capítulo, se mencionará la existencia de tres Sistemas Procesales Penales, sin embargo en armonía con el criterio de la mayoría de autores, como González Bustamante, se señalará la existencia de cuatro períodos históricos que ha recorrido el proceso penal y estos son: "El primer período, el Sistema Acusatorio, con claras manifestaciones en la Antigüedad Clásica (Grecia y Roma), el segundo, el Sistema Inquisitivo, cuya expresión más lograda se encuentra en el Derecho Canónico, el tercero lo constituye el Sistema Procesal Mixto Clásico, que encuentra su expresión en el Código de Instrucción Criminal Francés (1808) y el últi

mo período que lo ocupa el Sistema Procesal Mixto Moderno"⁽²⁰⁾.

1.1.1 SISTEMA ACUSATORIO.

1.1.1.1 ASPECTOS HISTORICOS.

El aparecimiento del Sistema Procesal Acusatorio y su auge lo encontramos íntimamente asociado con gobiernos políticos de orientación democrática, en donde la relación ciudadada no-Estado destaca principalmente el respeto a ciertas libertades mínimas del individuo, en la cual la participación e -iniciativa del pueblo alcanza un papel importante en el debate de los asuntos judiciales.

Los diferentes regímenes políticos que adoptaron y desarrrollaron en su momento histórico dicho sistema procesal y que han aportado un avance relevante al sistema procesal latinoamericano son:

EL SISTEMA ACUSATORIO ATENIENSE.

De la democracia clásica Griega surgen las principales expresiones históricas del sistema acusatorio en general, no obstante haber utilizado un modelo procesal un tanto restringido para algunos ciudadanos, su gobierno eminentemente democr

(20) González Bustamante, J.J. op. cit. p. 9.

crático hace radicar en el pueblo la soberanía, por lo que la voluntad de la mayoría se respetaba.

A tal efecto, la potestad de conocer y fallar en asuntos criminales estaba atribuida a distintos tribunales, que funcionaban dependiendo del tipo de infracción cometido por los ciudadanos.

Si esta era de naturaleza política o si ponía en peligro los intereses del Estado, resolvía la Asamblea del Pueblo, que no era precisamente un tribunal, sino más bien una reunión de todos los ciudadanos que deliberaban y votaban sobre las cuestiones más importantes que ponían en peligro al Estado.

Su procedimiento era muy sencillo, el que daba inicio con una ceremonia religiosa, luego se oía a los oradores, para después aceptar o rechazar las imputaciones con un simple alzamiento de manos de parte de los ciudadanos. En tal sentido, la única posibilidad que tenía el acusado para intervenir, era la de ser oído como orador, negándole otro tipo de garantía.

Cuando la infracción era de naturaleza común, tanto criiminal como civil, conocía una Asamblea de Justicia llamada Heliea, o tribunal de los Heliastas, conformado por 6,000 ciudadanos elegidos anualmente por sorteo, el que se dividía en secciones para conocer de las infracciones utilizando para ello un procedimiento sencillo.

Este consistía en la defensa oral y personal por parte del acusador y del acusado, los que hablaban por turno y limitados por medio de un reloj de agua, al finalizar los jueces, sin deliberar entre sí, votaban depositando en urnas piedritas, blancas para el veredicto absolutorio y negras para el condenatorio.

Al acusado no se le permitía ser representado por abogado alguno, sin embargo, este podía solicitarle a otra persona que hiciera un discurso para pronunciarlo ante el Tribunal, dando con esto inicio a fabricantes de discursos que cobraban por ello, con lo que puede decirse que en cierta medida funcionaban como el abogado actual.

Si las infracciones eran delitos graves a los que les correspondía la pena capital, el Tribunal que conocía se llamaba Areópago, formado por antiguos "Arcontes"⁽²¹⁾, que actuaban en forma misteriosa con el objeto de impresionar a los ciudadanos, las partes se limitaban a exponer los hechos y el Tribunal votaba en secreto.

Su procedimiento consistía en formular la acusación ante un funcionario estatal o Arconte, con lo que se le daba inicio al proceso, este funcionario tenía la obligación de convocar al Tribunal, que se escogía al azar de listas preestablecidas, para que conocieran de dicha acusación. El acusador

(21) "Primer Magistrado de las Repúblicas Griegas". Pequeño Larousse en color. p. 84.

(ciudadano particular) era el que reunía y ofrecía la prueba al Tribunal y tenía la responsabilidad de probar el hecho objeto de litigio, acarreándole en caso de fracaso, responsabilidad penal imputándosele el delito de Acusación Calumniosa.

En caso de homicidios simples o involuntarios, el tribunal que debía conocer era el Tribunal de los Efetas, constituido por 51 miembros, elegidos por sorteo entre los miembros del Senado.

Importantes avances en este sistema acusatorio Ateniense los encontramos en la división de las infracciones penales, en públicas y privadas. Las acciones penales privadas seguían el mismo procedimiento de las disputas estrictamente civiles, aporte del que en la actualidad encontramos algún resabio en los delitos de acción privada. En cuanto a las pruebas, la búsqueda de las mismas debía realizarla quien deducía la acción.

En síntesis, el sistema acusatorio basó su esquema en un proceso oral, público y contradictorio, en presencia del pueblo que era testigo activo del mismo, con tribunales colegiados y los jueces encargados de la justicia eran simples ciudadanos sin conocimientos técnicos al respecto.

LA ACCUSATIO ROMANA

Esta forma procesal tuvo su florecimiento en la época de madurez republicana de Roma, basado especialmente en el Siste

ma Acusatorio Ateniense, el que modificó y perfeccionó.

La Accusatio Romana presenta rasgos acusatorios como inquisitivos, por lo que se considera antecedente del Sistema Procesal Mixto, sin embargo, interesa destacar únicamente, los elementos eminentemente acusatorios.

Este sistema le atribuía la potestad de conocer y fallar en asuntos penales a un jurado popular llamado jueces ó íudices, que se reunía para cada proceso, en tal sentido, estos no eran permanentes. Su organización estaba a cargo de un funcionario estatal o quaestor, que los nombraba ya por la elección de las partes o por medio de sorteo.

El jurado así nombrado no actuaba por iniciativa propia, sino a solicitud de cualquier ciudadano del pueblo y más aún no tenían la iniciativa para la producción de pruebas, con lo que el imputado se encontraba en presencia de un proceso en el que el acusador y acusado se hallaban en un plano de igualdad.

Los juicios poseían una etapa procesal preparatoria en la que un "Pretor"⁽²²⁾, actuando como magistrado en nombre del Estado, recibía la denuncia penal de cualquier ciudadano que quisiera interponerla, éste nombraba a un acusador de probada solvencia moral y lo investía con el poder suficiente para investigar el hecho.

(22) "Magistrado antiguo de Roma que administraba justicia". Pequeño La rousse en color. p. 719.

Esto dió origen a una verdadera fase instructiva, de preparación, a cargo del acusador, en principio secreta y más tarde pública. Una vez concluida la investigación, correspondía al Pretor fijar la fecha para el juicio, que se realizaba en forma oral y pública, ante un tribunal compuesto por varios ciudadanos escogidos de listas previamente elaboradas el debate entre el acusador y el acusado se suscitaba en términos de relativa igualdad, se incorporaban las pruebas de cargo y de descargo para finalmente fallar, sobre el hecho o objeto de litigio mediante la votación de jueces.

EL SISTEMA ACUSATORIO GERMANO ANTIGUO.

Este sistema acusatorio Germánico presenta rasgos muy propios y característicos, ya que cualquier infracción al derecho podía, en un primer momento, ser resuelto a través la "Composición Privada"⁽²³⁾ en la que mediante el pago de una compensa que el ofensor le hacía al ofendido quedaba el conflicto y resuelto el litigio.

Pero si esta componenda fallaba, el ofendido y sus familiares, podían presentar la acusación ante un tribunal conformado especialmente para el conocimiento de este delito. Este juicio era oral, público y contradictorio.

(23) "Acuerdo entre el que lesionaba u ofendía y el ofendido o lesionado".

Sin embargo, los ritos y formalismos religiosos dominaban la recepción de la prueba a tal punto que el litigio muchas veces era ganado por quien presentaba mayor y mejor testimonio de su fama personal y si a pesar de las probanzas el conflicto persistía, este se resolvía o por medio de duelo entre los contendientes o mediante el sometimiento a ciertas probanzas especiales divinas en las que la divinidad mostraba a través de medios físicos observables la justicia del caso. Esta resolución así tomada no podía ser impugnada ante autoridad superior alguna.

EL SISTEMA ACUSATORIO INGLES.

Este sistema procesal cobró enorme auge durante el siglo XVIII, durante toda la edad media y parte de la época moderna, evoluciona sin recibir influencias del Sistema Inquisitivo Canónico imperante en esos momentos, cuidándose de salvaguardar las libertades ciudadanas básicas, situación reflejada en sus Instituciones jurídicas procesales, en las que se fortaleció el modelo acusatorio, en el cual para la gran mayoría de delitos, el juez no podía actuar de oficio si no existía una acusación particular, al que el correspondía no solo iniciar el proceso, sino también mantener la acción durante todo su curso.

Las pruebas eran reunidas por funcionarios públicos dependientes de la corona y de jueces de Paz y, un jurado popular era el encargado de ejercer la función controladora respecto

a las acusaciones, ya sea para no permitir que prosperaran aquellas carentes de fundamento, o para frenar aquellas otras demasiado audaces.

Los principios que regían este sistema procesal Inglés eran básicamente la oralidad, la publicidad y la contradicción entre las partes.

Los rasgos más característicos de este sistema se incorporan casi en su totalidad al primer sistema procesal que adopta la Revolución Francesa, y posteriormente ciertos rasgos son incorporados al Código de Instrucción Criminal de 1808, cuerpo legal del Sistema Mixto Clásico; ésta influencia puede ser aún percibida en los sistemas procesales Latinoamericanos.

EL FUERO JUZGO IBERICO.

Esta compilación de Leyes Ibéricas aunque no contienen un sistema procesal propiamente dicho, sí tienen algunos lineamientos de tipo acusatorio, lo que incide en el desarrollo del derecho procesal Español y posteriormente influye en el Derecho Procesal Iberoamericano.

El Fuero Juzgo establecía que en caso de delitos públicos sólo se podía proceder a instancia del ofendido, la denuncia debía hacerse por escrito y relatando ampliamente los hechos.

Los actos procesales se tramitaban privadamente sin olvidar el carácter contradictorio entre ellos, y el aporte más im

portante es que desconcentran las diferentes funciones de la relación procesal, en donde el papel del juez es puramente arbitral, oyendo a las partes y dictando sentencia, dejando a las partes la investigación de los hechos y aportando las pruebas que al juez le tocaba valorar. Todos los procedimientos eran orales, públicos y contradictorios.

Una vez relatado el recorrido histórico del sistema acusatorio, se detallará brevemente a continuación, los principios fundamentales que lo caracterizan.

1.1.1.2 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

a) Instancia Unica.

Sin olvidar su orientación relativamente democrática, la administración de justicia se hacía de manera directa, instalando tribunales y jurados populares, organismos sociales encargados de conocer, investigar y fallar los hechos, toda la tramitación del juicio y sus etapas estaba a cargo de estas instancias y el litigio terminaba con la sentencia por ellos dictada.

b) La Acusación.

Estaba confiada a la iniciativa de ciudadanos particulares, con la obligación de probar sus afirmaciones incurriendo en responsabilidad penal si éstas no eran completamente esclarecidas y consecuentemente se les imputaba el delito de denuncia calumniosa.

c) Igualdad de Partes.

Siguiendo con su línea democrática, el ciudadano acusado de un delito gozaba de libertad, mientras se le procesaba podía defenderse a sí mismo si así lo decidía o con la ayuda de un defensor técnico, otorgándosele las mismas ventajas procesales que a su acusador, es decir podía aportar pruebas, interrogar testigos, contestar acusaciones, etc.

ch) Pasividad del Juez.

El papel del juez, en este sistema se concretiza únicamente a arbitrar, es la persona ante quien se formulan los hechos y se muestran las probanzas de los mismos, pero sin tener la iniciativa de abrir el proceso ni mucho menos investigar el caso, solamente se dedica a conocer las pruebas que las partes le proporcionan para finalizar dictando el fallo correspondiente.

d) Decisión conforme a equidad y no a derecho.

Las resoluciones por el juez dictadas son en base a su leal saber y entender, valorando libremente cada elemento probatorio que le ha sido presentado sin ataduras a ningún tipo de probanzas, no tiene la obligación de darle mayor credibilidad a unas con respecto a otras, teniendo la facultad de valorar y sopesar las pruebas en forma directa y espontánea.

e) Oralidad.

Rasgo característico de este sistema, la oralidad era el medio utilizado por las partes para proporcionarle al juez -

todas las pruebas y alegatos del hecho investigado. Es de cir, el juicio se sustanciaba en todas sus partes de viva voz y ante el juez encargado del litigio.

f) Publicidad.

Como una consecuencia de su régimen democrático, la rea lización de todas las actuaciones judiciales a la vista de los ciudadanos, con la consiguiente participación popular permitieron conformar el sistema procesal imperante. La ac tuación del juez y de las partes a la vista del público con vierte el proceso en un mecanismo renovador de los más desta cados derechos individuales pero también garantiza la actua ción del juez la que es controlada por el mismo pueblo.

g) Contradictorio.

Este principio garantiza que desde el primer momento en que una persona es acusada del cometimiento de un delito, ten ga derecho a conocer los hechos que se imputan y las pruebas en su contra, con lo que se encuentra en condiciones de con testar los cargos, en cualquier momento en el transcurso del proceso alegando lo que considere más conveniente para sus in teres.

1.1.1.3 LA DEFENSA EN EL SISTEMA ACUSATORIO.

En este sistema y basado en los principios fundamentales que lo sustentan, se puede afirmar que la defensa en cierta medida se le garantizaba al imputado, pero no como una Insti

tución plenamente reconocida, sino más bien como una consecuencia lógica del carácter democrático de sus Instituciones jurídicas, ya que el conocimiento público de las infracciones y la intervención directa del pueblo en ellas y más aún las sanciones a los acusadores que no probaban sus afirmaciones, beneficiaba la defensa de los imputados, lo mismo se puede afirmar en el hecho de que el o los implicados mantenían su libertad en el transcurso de todo el proceso, asimismo poseían las mismas ventajas procesales las partes, pudiendo defenderse por sí mismo o por medio de un defensor técnico si así lo decidía; sin embargo, la pasividad del juez actuando únicamente como un arbitro en las diferentes actuaciones y la decisión del mismo conforme a su equidad y no apegado a derecho podía anular la defensa del acusado.

1.1.2 SISTEMA INQUISITIVO.

1.1.2.1 ASPECTOS HISTORICOS.

LA COGNITIO EXTRA ORDINEM ROMANA.

Como ya se mencionó anteriormente, la civilización Romana presentó en su sistema procesal una dualidad de rasgos acusatorios e inquisitivos, desarrollados en diferentes épocas, es así como en el período del Imperio aparece por primera vez en la historia de Occidente, un sistema procesal con marcados rasgos inquisitivos, basado en un régimen político bastante menos democrático, este sistema surge como un procedimiento

extraordinario en el que inicialmente era delegado al senado, luego al Emperador y finalmente a un Praefectus Urbis que actuaba con un consejo de 5 asesores nombrados por el Senado, que funcionaba como juez o magistrado y que administraba justicia en nombre el monarca y por delegación expresa del mismo.

Sus funciones se limitaban tanto a la investigación del hecho, como a la sentencia del mismo, que muy raramente era para absolver al acusado, su acción en los asuntos investigados podía proceder de oficio, sin necesidad de que un acusador provocara su actuación.

Surgieron asimismo funcionarios o agentes estatales, similares a los que hoy en día serían los miembros de una Policía Judicial, encargados de realizar las primeras pesquisas y reunir las pruebas para ser entregadas al magistrado o juez encargado del asunto.

Los diferentes actos procesales se volvieron escritos y secretos, se establece el recurso de apelación para ante el monarca por los delitos públicos y aparece el tormento como un método institucionalizado de interrogación. El acusado, podía ser objeto de tal interrogatorio y más aún podía ser encarcelado con prisión preventiva. Todos estos rasgos característicos de este sistema son completamente desarrollados por el Derecho Canónico.

LA INQUISICION EN EL DERECHO CANÓNICO.

El sistema inquisitivo, surge plenamente en el seno de

la Iglesia Católica Romana en la época del S. XII d. de C., la política expansiva de la Iglesia y la necesidad de ejercer un control de los movimientos de las personas que actuaban en contra de la religión hacen que este sistema se aplique hasta el siglo XIX.

El régimen inquisitorial, se adopta en momentos histórico-políticos en los que el monarca poseía una gran concentración de poder, era el titular de la soberanía estatal y más aún se atribuía las funciones legislativas, judiciales y administrativas, es esto, precisamente lo que vuelve completamente totalitario a este sistema.

Se adopta por ser el que más se adecuaba a los requerimientos de la época como eran: Poder político centralizado y la necesidad de control efectivo del Estado para con sus miembros.

El Sistema Procesal Inquisitivo dividió el procedimiento en dos fases principales: La primera fase: Una inquisición general, que se iniciaba con una simple acusación en la que se determinaba el hecho delictivo y su autor material, individualizado éste se iniciaba la segunda fase: Una inquisición especial, que tenía trámite establecido se llevaba a cabo cuando, previa identificación del imputado, se recibían las pruebas del caso y se sentenciaba. Citaban a los acusados y testigos en forma escrita y si no comparecía el imputado se declaraba su contumacia, privándolo de toda defensa, pero el

juez podía destacar, en favor de ella, la calumnia evidente del acusador.

La prisión preventiva del acusado no tenía una regulación fija quedando librada al arbitrio del juez. La libertad provisional y la excarcelación eran admitidas salvo excepciones establecidas en las que operaba la fianza y la caución juratoria. Operaba el sobreseimiento cuando no existía una confirmación legal de los actos realizados y también solían admitir la apelación, aunque algunos estatutos lo prohibieron.

Surge asimismo, paulativamente, en este sistema, el germen del actual Ministerio Público Fiscal que eran los Procuradores fiscales o Procuradores del Rey o del Señor, los que en un principio sólo defendían los intereses del monarca y no actuaban como verdaderos acusadores públicos, sin embargo, con el tiempo pasaron a desempeñar esa función, y se presentaban como defensores tanto de los intereses patrimoniales como de los intereses de la comunidad.

Podían presentarse pruebas para coadyuvar a la investigación, una vez producidas estas, ya sea las que aportaba el acusado o las dispuestas de oficio, se dictaba sentencia que debía condenar o absolver.

Todas las innovadas características de este sistema Inquisitivo se concretaron en buscar un justo equilibrio, entre el interés social de la represión de la delincuencia, y el interés particular de defensa de la libertad individual.

1.1.2.2 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

a) Justicia Delegada.

Una característica de este sistema es la concentración del poder en un solo órgano estatal en el que las funciones administrativa, legislativas y judiciales son ejercidas por el Papa o el monarca, de él emana la justicia que delega en órganos o funcionarios subalternos que la ponen en práctica.

Y es así como la administración de justicia se realiza en nombre de éste órgano y por su expresa delegación. Esta dualidad de Instituciones es la que explica el nacimiento del moderno recurso de apelación y todo aquel que se sentía lesionado por la decisión de la Institución de menor jerarquía, tenía la posibilidad de acudir ante el superior en reclamo de su derecho.

b) Proceso de Oficio.

Sin eliminar completamente la acusación como medio de iniciación procesal, este sistema introduce nuevas formas de hacerlo, es así como surge la denuncia como una declaración o manifestación de un hecho ante una autoridad.

Esta denuncia podía ser firmada por la persona que se sentía ofendida o podía ser anónima, y aún más el simple rumor o la sola voluntad oficiosa del juez podía dar lugar a una investigación penal.

Este rasgo es quizás el más significativo de este sistema inquisitivo, ya que quien delata o denuncia no corre ningún riesgo ni asume ninguna responsabilidad por hacerlo. El juez concentra como una de sus atribuciones la de iniciar el proceso sin que otro órgano o persona le incite a hacerlo.

El juez tiene pues, funciones que en la actualidad le competen también a lo que hoy se conoce como el ente acusador o Ministerio Público.

El denunciante no tiene la obligación de probar lo que afirma, ni está obligado a sostener sus afirmaciones en el transcurso del proceso y no incurría en responsabilidad penal al no poder confirmar sus aseveraciones.

c) Juez Activo.

El juez no solamente tiene la facultad de iniciar el proceso de oficio, sino también puede realizar la instrucción, es decir, puede interrogar al acusado, recibir las pruebas que le presentan, documentarlas y al final fallar sobre el mismo.

En tal sentido, el juez con todas estas atribuciones que realiza, no puede quedarse pasivamente esperando que las pruebas le lleguen, tiene por el contrario, que buscarlas él y a veces personalmente, con lo que asume un papel más activo dentro del proceso, cumpliendo así su actuación de oficio.

Al no existir un acusador que le proporcione elementos de juicio ni un defensor que le ayude al esclarecimiento de

la verdad, el juez asume todas estas tareas, en contra del imputado.

ch) Preponderancia de la Instrucción.

Sin eliminar la fase oral y pública del proceso, la fase instructiva adquiere enorme preponderancia, a tal punto de que en ella la suerte del acusado está prácticamente decidida y una vez concluida ésta si no porcedía al sobreseimiento para el acusado, se remitía esta a juicio y no es sino hasta este momento que se le permitía obtener copia de las pruebas en su contra y hasta entonces podía nombrar un defensor el que no estaba facultado para presentar pruebas en contra de la imputación, no obstante esta situación la sentencia sobrevenía sin mayor dilación.

La escritura en todas las actuaciones judiciales son una consecuencia de la fase instructiva y al eliminar la oralidad y la publicidad de las actuaciones judiciales, fue necesario hacer constar todas las manifestaciones del acusado y de los testigos en actas escritas que facilitarían la recuperación de las mismas a la hora de dictar una sentencia.

d) Escritura.

Directamente relacionado con la escritura de los actos procesales, está el de practicarlos en forma secreta, y en tal sentido la publicidad del proceso pierde su significado originado en el sistema acusatorio, el juez aparece como señor absoluto del proceso, sin controles de ningún tipo y sin la obli

gación de rendirle cuentas a nadie, ya que el defensor, en caso de nombrarse alguno, únicamente se concretaba a ser un mero observador.

e) No Contradicción.

La no contradicción se revela desde el momento mismo de iniciado el proceso, no es necesario que el acusado conteste ni aporte ningún tipo de probanza para contradecir o atenuar las imputaciones.

Al no existir acusador, sino solo al final del proceso para leerle la sentencia y como abogado del Estado, y más aún al no existir un defensor que interviniera en el curso del proceso, sino solamente se le autorizaba al final del mismo y cuando la investigación estaba concluída, la figura del juez adquiere enorme preponderancia.

f) Indefensión.

En el sistema inquisitivo el imputado está a merced de toda una maquinaria estatal que le niega los derechos más mí nimos y lo somete a todo tipo de vejámenes y torturas. Se le niega completamente, el hecho de defenderse por sí o por me dio de terceros, ya que solo podía conocer de las actuaciones en su contra hasta cuando ya tenían decidido que debía ir a juicio por el delito que se le imputaba y es hasta este momento en que se le permite que realice su defensa, la cual era infructuosa.

Puede ser acusado sin tener derecho a saber quien lo acusa ni saber el fundamento de las mismas. Está sometido antes, durante y después de ser interrogado al tormento, se le podía mantener detenido preventivamente durante el transcurso de todo el proceso, si el juez así lo decidía, y con muy pocas esperanzas de obtener su libertad.

Se le sentencia sin que el juez esté obligado a fundamentar su fallo y lo más grave, puede en el caso de ser sobreesido por falta de pruebas, reabrirse el proceso si éstas pobranzas aparecieran.

g) Decisión conforme a Derecho.

Como un mecanismo para limitar la actuación y el poderío del juez, en este sistema, se instituyó la necesidad de fallar las sentencias conforme a derecho. El juez debía argumentar sus resoluciones y valorar legalmente las pruebas que se le presentaban, existiendo una serie de pruebas con un determinado valor probatorio o prueba tasada. Utilizando la confesión, extraída a través de torturas, como medio legal de prueba, convirtiéndola en la reina de las pruebas.

1.1.2.3 LA DEFENSA EN EL SISTEMA INQUISITIVO.

En este sistema la defensa se encuentra completamente anulada y esto puede colegirse de las características fundamentales del mismo, sin embargo, la delegación de la justicia, el proceso de oficio y la actividad del juez significaron -

avances relevantes a nuestras Instituciones jurídicas actuales.

No obstante, tal situación, y como consecuencia de las mismas, trae aparejada la total indefensión del imputado, ya que por un simple rumor o simple decisión judicial podía iniciarsele proceso a una persona sin ninguna responsabilidad para aquel que acusaba y no lograba probar lo afirmado.

El juez se atribuía la facultad de aportar las pruebas por sí mismo, pero éstas no eran puestas a conocimiento del acusado, el que la mayoría de veces ignoraba completamente las probanzas en su contra.

La total privacidad de las actuaciones judiciales, generalmente perjudicaban al acusado, encontrándose en una situación de total desamparo, negándosele el derecho a defenderse, sin la oportunidad de saber quien lo acusaba ni que el delito se le imputaba y peor aún era el hecho de que se encontraba sometido a crueles torturas e incomunicado.

Sin embargo, y para limitar la actuación del juez, este debía fundamentar sus fallos conforme a derecho, con lo cual la defensa del individuo no lograba ningún beneficio, ya que la mayoría de las sentencias que se dictaban eran condenatorias.

1.1.3 SISTEMA MIXTO.

Como ya se mencionó anteriormente, los sistemas procesales no han existido históricamente como procedimientos de ab

solita pureza, sino más bien algunos rasgos acusatorios han sobrevivido y se han mezclado con algunos del inquisitivo, formando en un momento determinado y con rasgos propios este sistema mixto, del cual se conocen dos períodos: El Sistema Procesal Mixto Clásico y el Sistema Procesal Mixto Moderno.

1.1.3.1 ASPECTOS HISTORICOS.

SISTEMA MIXTO CLASICO.

"Si bien es cierto, podemos encontrar claros antecedentes de esa mixtura de sistemas procesales en Alemania (Constitución Criminalis Carolina, 1532) y en Francia (Ordenanza Criminal de Luis XIV, 1670) no es sino en esta segunda nación y a raíz de la gran Revolución Francesa, (1789) en que se desencadena, al lado de una profunda transformación política y social, la consecuente transformación jurídica del procedimiento penal"⁽²⁴⁾.

Como lo afirma el autor, anteriormente citado, con la Revolución Francesa se provoca una profunda transformación de los sistemas procesales y con la actuación sobresaliente de figuras como Rousseau, Voltaire, Montesquieu y Beccaria criticando y analizando el poder absolutista de los monarcas, las cruentes torturas, la anulación del derecho de defensa,

(24) González Bustamante, J.J. op. cit. p. 14.

los abusos dentro del proceso y el sistema penitenciario imperante hasta la fecha, es que se logra en el plano jurídico procesal un rescate de los rasgos más significativos de ambos sistemas.

En ésta época surge un acontecimiento muy importante que marca el nacimiento de este sistema, cual era el de que rer implementar el modelo procesal Anglosajón a las condicio nes políticas francesas, lo que no dió buen resultado pero si permitió efectuar una nueva codificación francesa, denomi nada Código de Instrucción Criminal en el que se encuentra un nuevo esquema de organización criminal.

Este esquema contemplaba, que para delitos graves, debía conocer un tribunal integrado por un juez presidente y cuatro conjueces técnicos en derecho y paralelo a éste debía ubicar se un jurado popular, ambos con una clara división de funcio nes: A los jueces les competía los problemas de derecho y a los jurados el problema de los acontecimientos. Sin olvidar la Cámara de Acusación, como antecedente de nuestro Ministerio Público actual.

Contemplaba además que para delitos de menor gravedad de bían existir tribunales correccionales de distrito, integra dos por tres jueces técnicos que resolvían conjuntamente los asuntos de su competencia, así mismo que debía haber tribuna les de policía, que se encargara de las faltas o infracciones de menor gravedad.

Todo este esquema aunado con la división del proceso penal en fases, aportó algunas innovaciones al proceso en el que la primera fase, llamada de Instrucción o Sumaria, con clara influencia inquisitiva, se sustentaba en un proceso oral, escrito y secreto, dirigido por un juez como protagonista principal ante quien actuaba el acusador.

Implementaba además, un procedimiento intermedio que constituía la segunda fase, en la que los resultados de la primera eran sometidos a otra instancia (tribunal técnico de jueces) que decidía sobre la acusación, dándola por agotada y clausurada si las pruebas no eran suficientes, o bien la remitía a la Cámara de Acusación que decidía sobre la apertura de la tercera fase.

Esta etapa con claras características del régimen acusatorio, como la oralidad, publicidad y contradicción, permitía que se le explicara al acusado los hechos imputados y tenía la oportunidad de practicar su defensa, pudiendo nombrar a un defensor si así lo deseaba, o nombrarle uno de oficio si no lo hacía el imputado, es en este momento en que nace la Institución de la defensa de Oficio. El fallo dictado por el jurado era en base a lo emitido por la mayoría.

En cuanto a las pruebas, conservó del sistema anterior la prueba legalmente determinada así como también la libre valoración de las mismas, el veredicto era en base a ésta legítimamente aceptada en el proceso y ante la presencia del acu

sador, el imputado y demás partes intervinientes, y si era presentada en la fase de instrucción o sumaria y no se mostraba en forma oral y pública no podía ser base de la sentencia definitiva.

La influencia de este sistema procesal en las Instituciones jurídicas actuales ha sido de gran envergadura, el predominio de algunas de estas formas procesales pueden ser observadas en algunos Códigos Latinoamericanos, pero la mayor relevancia en este incipiente sistema mixto es la importancia que puede visualizarse del derecho de defensa del imputado, que ya dentro del proceso adquiere la categoría procesal de su defensa.

SISTEMA MIXTO MODERNO.

Las principales contribuciones de este sistema procesal mixto moderno a las Instituciones jurídicas actuales, fundamentalmente están dirigidas a proporcionarle al acusado un conjunto de garantías que lo protegieran durante el proceso, asegurándosele su defensa técnica desde el inicio de la acusación y aunque limitadamente se establece la oralidad y la publicidad de los actos procesales, asimismo si el acusado no estaba en condiciones de nombrarse un defensor, el juez de oficio trataba de proporcionarle una persona para tal fin, aparejado a todos estos beneficios se instaura definitivamente la libertad provisional o excarcelación para garantizar la efectiva protección a los derechos individuales del imputado

y nace la Institución del jurado como ente decisorio en nombre de la sociedad.

Todas estas innovaciones fueron fortalecidas posteriormente con la Declaración de los Derechos del Hombre, en donde se incluyen principios generales de incidencia directa en el proceso penal que son los que se encuentran plasmados en la mayoría de códigos Latinoamericanos.

América Latina absorbe la influencia de los códigos europeos e incluye dentro de sus ordenamientos jurídicos estas instituciones, estructurando un proceso penal en base a dos fases o etapas principales: La primera de carácter inquisitivo, la Sumaria, conserva la escritura en los actos procesales, el carácter secreto y la no contradicción; y la segunda de naturaleza acusatoria, la Plenaria o Juicio, con rasgos fundamentalmente de oralidad, publicidad y contradicción.

1.1.3.2 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

"Los principios fundamentales del Sistema Procesal Mixto Moderno pueden ser clasificados y ordenados de conformidad con los fines fundamentales del proceso. Así, se dice que el fin genérico del proceso penal es la realización de la justicia, meta que no puede de ninguna manera dejarse en manos de particulares sino que es tarea esencial del Estado y sus órganos especializados.

Esta premisa lleva a enunciar el primero de los principios que informan al S.P.M.M., a saber, el principio de ofi

cialidad. Una finalidad más específica o inmediata del proceso penal la encontramos en la necesidad de averiguar la verdad histórica del hecho investigado, en cada caso.

Esta meta fundamenta el segundo de los principios denominado: Principio de verdad real o material. Finalmente, al lado de los anteriores y como elemento indispensable en un régimen de derecho, debemos colocar el propósito de que, a través del proceso, debe procurarse una celosa protección de los derechos individuales del sujeto sometido a juicio. De aquí que se enuncie como tercer principio fundamental del S.P.M.M., la inviolabilidad de la defensa"⁽²⁵⁾.

Como lo menciona el autor anteriormente citado, los principios fundamentales en que se sustenta este sistema procesal son básicamente tres, los que a continuación se detallan:

1. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.

Este principio enuncia que corresponde al Estado, como una función puramente estatal, la administración de la justicia en general, potestad que se entiende en el poder-deber de ejercer la administración de justicia y que se revela con caracteres muy específicos en el derecho procesal penal.

Los miembros de una determinada comunidad que se atreven a infringir una norma jurídica, son los que se hacen acreedores de esa función punitiva del Estado, con el fin de mantener la seguridad y armonía que debe existir en una sociedad.

(25) Velez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Werner, 1969. p. 175-176.

Bases fundamentales de este principio son:

EL PRINCIPIO DE ESTATALIDAD.

Esta tarea a cargo del Estado se concretiza por medio de órganos especializados que no solo aplican la justicia, sino también realizan la investigación, mantienen la acción y hasta la defensa del acusado cuando éste no puede nombrar voluntariamente uno de su confianza.

Ampliándolo a través de:

Los Tribunales.

Entes encargados de ejercer la función jurisdiccional, ya sea por razón de la materia o por razón del territorio y por ende los que instruyen, tramitan y fallan en el proceso penal.

El Ministerio Público.

Que se encarga de ejercer y promover la acción penal en nombre del Estado, pudiendo en algunos casos investigar e instruir las causas.

La Policía Judicial.

Organismo adscrito al Organo Judicial, de naturaleza represiva y altamente técnico, encargado de la información policial previa a la acusación formal y de la recolección de las pruebas en el proceso.

La Defensa Pública.

Con el propósito de procurar por los intereses de los acusados, el Estado, como corresponde a toda sociedad que se

rige por un régimen de derecho, en forma oficiosa le designa una persona para que proteja sus derechos dentro del proceso cuando el imputado no puede hacerlo por sí mismo.

EL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD.

Se manifiesta por medio de:

Intervención de Oficio.

Este principio está dirigido a los órganos de investigación y al Ministerio Público como complemento y garantía de la acción de la justicia, en el que la promoción y el ejercicio de la acción penal está a su cargo.

Inevitabilidad.

Establece que de acuerdo a la oficiosidad, la participación y el ejercicio de la acción penal son inevitables, ya que las actuaciones de las personas que no sean consideradas partes en el proceso ó que no sean las establecidas como parte del Ministerio Público, carecen de toda relevancia para los efectos de promover o evitar la acción penal.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Basado en los enunciados:

Necesidad de la Promoción de la Acción.

Una vez iniciada la acción por medio de la policía judicial o por el Ministerio Público, éstos tienen la obligación de promover y ejercer la acción penal hasta su agotamiento - por los medios ya previstos por la Ley.

Irretractabilidad.

"Una vez promovida la acción penal, ésta no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar"⁽²⁶⁾. Como lo manifiesta el autor citado, no puede transarse con el imputado ni renunciarse al ejercicio pleno de la acción penal.

Indeclinabilidad e Improrrogabilidad.

Todo juez que ha sido investido para el conocimiento de una causa en lo penal, está obligado a conocer sobre el mismo y no puede por mandato de Ley delegar en otros ni declinar de alguna forma el cumplimiento de esta función.

Indisponibilidad.

La voluntad de las partes para el sostenimiento e iniciación del proceso no tiene ninguna relevancia.

2. PRINCIPIO DE LA VERDAD REAL O MATERIAL.

Bajo el postulado de que la finalidad del proceso penal es la realización del valor justicia y ésta se encuentra íntimamente ligada a la realización y búsqueda de la verdad material o real, este principio enuncia que el juez o tribunal están en la obligación de llegar al fondo de las investigaciones, averiguando la verdad histórica o real de lo acontecido, en tal sentido no debe conformarse con las pruebas que le apor

(26) Velez Mariconde, Alfredo. op. cit. v. 2, p. 181.

tan las partes, sino que debe de desplegar toda una labor de investigación con el objeto de desentrañar la verdad material del hecho puesto a su conocimiento. Y esto se explica por el carácter público que ostenta al proceso penal en el que priva el interés social general sobre el interés particular.

Describe ampliamente este principio, los postulados si guientes:

LA INMEDIACION.

Explica que todos los medios de prueba que se presenten en el proceso deben ser puestos al conocimiento de todos los sujetos procesales intervinientes, en forma directa y simultánea. Enunciado que adquiere plena vigencia en la segunda etapa del proceso.

Oralidad.

La oralidad en el proceso permite, en general, una mayor agilidad y una tramitación mucho más rápida de los actos pro cesales, la que corresponde en éste sistema mixto básicamente a la segunda etapa del proceso, sin embargo en el curso del mismo podemos observar algunas excepciones en su primera etapa.

Concentración o Continuidad.

La prueba aportada en el transcurso del proceso, que ha ya de servir para el dictado de la sentencia, debe reunirse y evacuarse sucesiva pero conjuntamente, explicando así la concentración.

En cuanto a la continuidad, referida fundamentalmente a la fase pública del proceso, hace alusión a que entre la recepción de la prueba y el pronunciamiento de la sentencia debe de haber una aproximación en el tiempo en forma inmediata.

Identidad Física del Juzgador.

Explica que el juez o tribunal que haya recibido y evacuado la prueba en el proceso, debe ser el mismo que dictamine sobre el asunto sin ninguna excepción.

PUBLICIDAD EN EL DEBATE.

Se basa principalmente en que la responsabilidad y la justicia de los jueces solamente puede visualizarse y hacerse efectiva, si sus actuaciones son públicas y supervisadas directamente por los ciudadanos.

Sin embargo, en este sistema procesal mixto como ya se mencionó anteriormente, a la fase de instrucción o sumaria solamente pueden tener acceso las partes legalmente interesadas, con lo que se convierte en una etapa parcialmente pública. Pero la segunda fase, Plenaria o Juicio, si no es pública puede ser calificada como nula, cumpliéndose así la publicidad que debe existir en las actuaciones judiciales.

IMPULSO E INVESTIGACION JUDICIAL AUTONOMA.

Como su nombre lo indica, corresponde al Organo Judicial el conocimiento, la investigación y la resolución de las dis

putas legales de los ciudadanos, en tal sentido, una vez que el juez ha iniciado el proceso, está facultado para investigar el caso hasta agotarlo, independientemente de que el Ministerio público o la defensa hagan llegar a él, los elementos probatorios pertinentes, puede por sí, avocarse al hallazgo de tales probanzas, sin restricción alguna y según el momento procesal de que se trate.

En la etapa de instrucción, el juez goza de amplios poderes para poder realizar completamente esta investigación y contrario a ésta, en la segunda etapa dicha posibilidad se reduce bastante, pudiendo suplir únicamente las omisiones de la primera.

LIBERTAD DE LA PRUEBA.

Bajo el postulado de que en el proceso penal todo puede probarse y por cualquier medio, este principio debe visualizarse sin olvidar las limitaciones y restricciones que en tal sentido dicta la Ley.

En tal sentido, el Ministerio público, la Policía Judicial, los defensores y los jueces no pueden recabar pruebas en abierta violación de principios constitucionales o legales previamente establecidos, ya que de ser así, ésta es absolutamente nula e inválida para sostener un fallo judicial en estricto derecho.

COMUNIDAD DE LA PRUEBA.

Este principio manifiesta que todo elemento probatorio, no

importando la parte procesal que lo proponga, debe ser común a todos los sujetos que intervienen en el proceso. Lo anterior, significa que ninguna prueba relevante puede dejar de valorarse mediante renuncia de las partes.

LA SANA CRITICA RACIONAL O LIBRE CONVICCION.

Consecuencia de este principio, podemos verlo en la necesidad que tiene el juzgador de fundamentar sus fallos judiciales, explicando y razonando los motivos que lo indujeron a tomar una resolución.

Significa además que el juez puede hacer llegar al proceso cualquier tipo de prueba, siempre que se encuentre legalmente establecida, como también puede valorar las ya legalmente recogidas en el juicio, en el fallo emitido en la sentencia con absoluta libertad.

EL IN-DUBIO PRO-REO.

Al momento de valorar una prueba, el juez no debe dictar un fallo que esté fundamentado en argumentos de duda o probabilidad ya que estos no son suficientes para emitir una sentencia. Solamente apoyado en la certeza absoluta puede basar una decisión de éste tipo.

En tal sentido, no debe ser aplicado el principio de que en caso de duda debe aplicarse lo que más favorezca al reo, ya que las resoluciones judiciales valoradas de acuerdo a tal situación no están amparadas en la puridad del derecho, sino más bien en cuestiones de hecho.

3. PRINCIPIO DE INVIOIABILIDAD DE LA DEFENSA.

Muy conocido es que en todo proceso penal se enfrentan dos grandes intereses: El interés social, que se ampara en el efectivo cumplimiento del derecho y la realización de la justicia para perseguir y castigar al infractor, generando como garantía de toda la colectividad, el evitar ser condenado sin ser oído y vencido en juicio; y el interés particular que apunta a la defensa de quien es acusado del cometimiento de un delito.

Frecuentemente, encontramos plasmado en normas constitucionales el derecho de Defensa y la presunción de inocencia como base del principio de la inviolabilidad de la defensa.

Sobre esta base, toda persona perseguida penalmente es titular de una serie de garantías que todo Estado de Derecho debe respetar, en tal sentido el imputado no puede ser coaccionado por ningún medio para que se le vulnere esa presunción de inocencia que la Constitución y las Leyes brindan a su favor.

El principio de inviolabilidad de la defensa, se traduce básicamente en una serie de reglas procesales que tienden a asegurar un juicio objetivo, imparcial y veraz para el imputado.

Forman parte de este principio:

La Intervención.

En un proceso, todas las partes deben tener la misma posibi-

lidad de actuación, es decir, este principio apunta a proporcionarle a las distintas partes intervinientes en el proceso, la posibilidad de actuar de igual manera en los diferentes actos procesales.

La Contradicción.

Elemento indispensable dentro del Sistema Procesal Mixto, significa, por un lado, que las partes deben ser oídas por el juez, y por otro, sirve como un mecanismo de control de las partes entre sí y de las partes hacia el juez.

La Imputación.

Expresa que para que un juez pueda avocarse al conocimiento de una imputación debe de haber una clara acusación de parte del organismo encargado de ejercerla.

La Intimación.

Este principio se basa y presupone que todo acusado - - debe de ser informado del delito que se le atribuye, asimismo debe de explicársele las pobranzas que existen en su contra, en tal sentido, que el juez debe de estar seguro de que el acusado ha entendido los hechos y los fundamentos que existen en su contra.

Ampliación de la Imputación e Intimación Complementaria.

Hecho que la Ley preveé con el objeto de no violentar el principio de defensa, la ampliación e intimación complementaria tiene como propósito el que la causa no regrese a la fase

de instrucción, en perjuicio de la celeridad del proceso.

Correlación entre Acusación y Sentencia.

El propósito de este postulado es, básicamente, impedir que el acusado sea condenado por hechos diversos al que le fueren imputados o intimados. El fallo debe contener no solo una relación de hechos probados, tenidos por ciertos, sino además mención de aquellos extremos que se tienen por no de mostrados, clasificándose así que queda en definitiva para sustentar el fallo.

La Reparación del Daño.

Se contempla la posibilidad, dentro de este sistema, de que la persona afectada por la comisión de un hecho punible, dentro del proceso penal y ya habiendo declarado la culpabilidad del infractor, obtenga una reparación por el agravio su frido.

Fundamentación de la Sentencia.

La fundamentación constituye un requisito esencial de la sentencia, la cual es nula si no indica las razones y el sustento probatorio de cada conclusión. La sentencia ha de pronunciarse con base exclusivamente en los elementos probatorios que hayan sido evacuados durante el debate de la fase oral.

Este requisito es importante para las partes, no solo por

que por medio de ella conocen las razones que sustentan el fallo, sino también para formular los recursos correspondientes. Además, de que constituye un control y un límite en contra de la arbitrariedad judicial.

1.1.3.3 LA DEFENSA EN EL SISTEMA PROCESAL MIXTO.

Este Sistema Procesal Mixto, logra aportar a la defensa del imputado, rasgos muy relevantes, que los dos sistemas anteriores no habían contemplado.

Encontramos que ya se permite explicarle al acusado los hechos imputados, las pobranzas que existen en su contra, nombrarle un defensor de oficio si éste no tiene la posibilidad de hacerlo, buscar la verdad material de los hechos a través de la investigación, con lo que adquiere el derecho de Defensa categoría procesal.

Asimismo, crea un conjunto de Instituciones jurídicas tendientes a proporcionarle al imputado un conjunto de garantías que lo protejan en el transcurso del proceso.

En tal sentido y basado en sus principios fundamentales de Verdad Real o Material, de Oficialidad y más aún el de la Inviolabilidad de la Defensa; se trata de garantizar la defensa del imputado.

Como puede observarse, el derecho de Defensa a que toda persona tiene derecho ha venido evolucionando hasta llegar a convertirse en una categoría procesal.

Pero, la realidad es otra y en la práctica judicial, tal garantía procesal es inoperante y más aún en nuestros países en los que la violación a los derechos humanos es una costumbre diaria, en donde las personas son injustamente acusadas, la defensa del acusado está en manos de la capacidad económica del mismo, la defensoría de oficio es inexperta e ineficaz, la retardación de la justicia, por las causas que fueren, es lo más corriente, todo esto trae como consecuencia: Una gran cantidad de reos sin condena, en instalaciones incapaces de albergarlos y lo más grave aún el que nuestro sistema procesal no cuente con procedimientos propios e idóneos en que basar las actuaciones judiciales, el derecho de defensa en estas condiciones no logrará ser eficaz en nuestros sistemas procesales Latinoamericanos.

1.2 BREVE MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL - SALVADOR.

En este capítulo se tratará en lo posible de exponer la naturaleza conceptual del derecho de Defensa, pero tratando de no ser una simple enunciación de conceptos pues como se verá, el derecho de Defensa engloba tantas características que hace imposible que una sola definición las comprenda; es por ello, que se utiliza la denominación de Marco Conceptual y no simplemente concepto del derecho de Defensa.

Previamente, a este marco conceptual se realizará un pequeño esbozo, de carácter teórico y no contradictorio del Derecho Procesal Penal buscando con ello delimitar el campo de aplicación del derecho de Defensa, una vez establecida su pertenencia al Derecho Procesal Penal.

El análisis de ambas Instituciones, llevará este estudio a determinar el campo de aplicación del derecho de Defensa, especialmente dentro de la Legislación Salvadoreña, situación que demostrará la realidad nacional legislativa y el tratamiento objetivo que en nuestra República se le ha dado a tal Institución procesal, tratando en lo posible de enmarcarlo dentro de algunos de los sistemas expuestos en el capítulo anterior, pero fundamentalmente dirigido a constituir sus características como el elemento básico de análisis para la fundamentación jurídica que se realizará en los subsiguientes capítulos.

1.2.1 EL DERECHO PROCESAL PENAL.

La inclusión de un capítulo con este título no pretende la exposición de las diversas teorías o doctrinas que manifiestan los distintos pensamientos que sobre el Derecho Procesal Penal existen a la fecha, pues independientemente de no ser ese el objeto de esta tesis, en nada ayudaría a la exposición del tema principal.

Es por ello, que la pretensión que se busca es ubicar dentro del amplio espectro del derecho, la naturaleza objetiva de la garantía procesal de defensa y para ello los conceptos a verter tendrán una amplia concepción y estarán enmarcados dentro de conceptos tradicionales universalmente aceptados.

Es dentro de esas concepciones tradicionales que se encuentra una primera gran clasificación de las normas jurídicas en pertenecientes al denominado Derecho Sustancial, Sustantivo o Material y las correspondientes al llamado Derecho Procesal, Adjetivo o Formal, dándoles a estas últimas un denominado carácter instrumental por cuanto se expresa ser el medio o instrumento en que aquellas se materializan o se hacen valer.

Pero si bien se le atribuye tal naturaleza instrumental a la vez se le reconocen a las normas jurídicas de esta naturaleza su propia autonomía e independiencía fincada en sus propios principios, los cuales no pueden ser aplicados a las normas sustanciales.

Adentrándose más en el tema, es de relacionar que la doctrina penal si bien ha estimado el sagrado principio de "Nullum crimen, nullum poena sine lege" a la vez ha consagrado otro principio: "Nulla poena sine iudicio" traducido en "ninguna pena sin juicio" que recoge la clara idea de que el único mecanismo válido que tienen tanto el Estado como los particulares para la aplicación de la norma punitiva es la existencia de un proceso penal y a esto hace clara relación nuestro Código Procesal Penal, cuando en los Artículos 2 y 3, establece:

"Art. 2. Nadie podrá ser juzgado, sino conforme a las leyes preexistentes al delito o falta que se impute, ante juez competente instituido con anterioridad por la ley y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso".

"Art. 3. Nadie será condenado a sanción penal alguna sin haber sido oído y juzgado de conformidad con las disposiciones de este Código o de leyes especiales en su caso, ni podrá ser privado del derecho inviolable de defensa".

A este respecto el maestro Italiano Giovanni Leone en su obra "Tratado de Derecho Procesal Penal", expresa: "El canon nulla poena sine iudicio se pone, no solo como autolímite de la función punitiva del Estado, sino también como límite a la voluntad del particular, a quien se le niega toda facultad de

someterse a la pena; y da lugar a aquel nexo de condicionalidad entre proceso y aplicación de la sanción penal, que no encuentra correspondencia en ninguna otra rama del ordenamiento jurídico". (27)

Con base a lo anterior, claramente surge la idea del Proceso Penal, el cual el mismo maestro Leone define como "el conjunto de los actos encaminados a la decisión jurisdiccional acerca de una noticia criminis o acerca de la existencia de las condiciones requeridas para algunas providencias en orden a la represión de un delito o a la modificación de relaciones jurídicas penales preexistentes", (28) o como diría el también maestro Miguel Fenech en su obra "El Proceso Penal" este es "aquella serie o sucesión de actos que se llevan a cabo y desarrollan en el tiempo, con sujeción a unas normas de procedimientos, y a través de la cual se realiza la actividad jurisdiccional, mediante el ejercicio por el órgano jurisdiccional penal de sus diversas potestades y la realización de las partes y terceros de la actividad cooperadora que aquella requiere" (29).

Pero el desarrollo doctrinal a llevado a configurar este proceso penal no como un ente o Institución procesal abstracta, sino sujeta al cumplimiento de requisitos necesarios para que el mismo sea admitido como el instrumento válido para la aplicación

(27) Leone, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. v. 1 p. 6-7.

(28) Ibid. p. 10.

(29) Fenech, Miguel. El Proceso Penal. Madrid: Agesa, 1982. p. 15.

cación de la norma penal; esos requisitos mínimos son los que han desarrollado los principios del debido proceso penal que a continuación se enuncian:

- a) El Principio de la Verdad Real o Material.
- b) El Principio de Oficialidad.
- c) El Principio de la Inviolabilidad de la Defensa.

Sobre estos principios, ya anteriormente se hicieron consideraciones sobre su contenido en el título referente a los principios fundamentales del sistema mixto moderno de este trabajo, por lo que en este aspecto se remite a lo dicho en esa oportunidad.

Fundamentalmente el desarrollo de las distintas concepciones existentes sobre el Derecho Procesal Penal están basadas en la preponderancia que tales principios tienen dentro del concepto, aunque cierto es que así hay que reconocerlo que actualmente los mismos tienen una gran cabida en la actual doctrina y algunas legislaciones, no la nuestra por supuesto.

Dentro de esta amplia gama del Derecho Procesal Penal, lo relativo al derecho de Defensa se ha constituido como el parámetro fundamental para determinar la influencia que en el sistema jurídico penal de un país tienen las actuales corrientes positivas de este campo del derecho y así se ha considerado su "humanización" en cuanto más en el campo de protección que el derecho de Defensa posee; es por ello que la conceptua

lización de tal derecho merecerá un apartado especial en este trabajo.

1.2.2 EL DERECHO DE DEFENSA.

Obviamente, un simple concepto no puede englobar toda la trascendencia que el derecho de Defensa tiene, por ello es que este acápite que a continuación se desarrollará lleva por título el Derecho de Defensa, el cual representa una mayor amplitud de contenido, pues el establecer un marco conceptual tiene como objetivo prioritario no la determinación de un simple concepto sino el establecimiento exacto de su naturaleza.

Muchas han sido las definiciones que a la fecha existen sobre este derecho, algunas de ellas de un carácter bien general y algunas ya enmarcadas dentro del Derecho Procesal por lo que en un inicio se hará una relación de los distintos conceptos que sobre el derecho de Defensa existen.

Así se tiene que en el Diccionario Enciclopédico Quillet el derecho de Defensa está definido como "un acto procesal, producido por el reo (autodefensa) o por su defensor, por el que se contesta la acusación pública o privada"⁽³⁰⁾ y además lo ha conceptualizado como los "medios empleados para impedir la ejecución de un pronunciamiento en última instancia"⁽³¹⁾.

En el Diccionario de la Lengua Española, la defensa nada

(30) Diccionario Enciclopédico Quillet. v. 3 p. 235.

(31) Ibid.

más esta desarrollada como un sinónimo de "abogado defensor del litigante o del reo"⁽³²⁾, el cual obviamente no ayuda mucho para el desarrollo de este tema.

Para Manuel Ossorio, defensa en juicio es "el derecho de recurrir a los tribunales para la solución de un litigio u oponerse a cualquier pretensión aducida en juicio por la contraria"⁽³³⁾.

Por su parte, Juan D. Ramírez Gronda, dice que defensa es "el alegato verbal o escrito que sigue a la acusación del procesado; y en un sentido amplio los actos que tienden a amparar un derecho"⁽³⁴⁾.

En una demostración clara del tratamiento eminentemente formal que en El Salvador, se la ha concedido al derecho de Defensa, el Doctor Manuel Arrieta Gallegos expresa que "es el derecho de ser oído por sí o por un representante legal, lo que constituye la defensa de un imputado ante un juez, en un juicio"⁽³⁵⁾. Este llano concepto, simplemente concede al derecho de Defensa la característica de audiencia, pretendiendo con ello limitarse a un simple mecanismo formal, tal fundamental derecho que en materia penal en donde se está discutiendo la vida o la libertad de una persona obviamente ese único y simple requisito de ser oído carece de toda validez.

El maestro Guillermo Cabanellas, dentro del marco que co

(32) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 20 Edición. Madrid: Espasa-Calpe, 1984. p. 446.

(33) Ossorio, Manuel. Op. cit. p. 206.

(34) Ramírez Gronda, Juan D. Diccionario Jurídico. Buenos Aires: Claridad, 1976. p. 109-110.

(35) Arrieta Gallegos, Manuel. El Proceso Penal en primera instancia. San Salvador: s.e., 1981. p. 118.

rresponde a lo que es un Diccionario Enciclopédico expresa que la defensa es la "facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en las actuaciones judiciales, para ejercitar, dentro de las mismas, las acciones y excepciones que, respectivamente, pueden corresponderles como actores o demandados; ya sea en el orden civil como en el criminal, administrativo, laboral, etc."⁽³⁶⁾. Y conceptualiza como defensa en juicio: "La que por uno mismo o por letrado se asume ante una pretensión o acusación ajena, planteada judicialmente, para intentar la absolución de una u otra especie"⁽³⁷⁾.

Y por último, se debe mencionar que para el Doctor Giovanni Leone el derecho de Defensa, es ante todo "el derecho del imputado a la notificación de la imputación"⁽³⁸⁾, pero además expresa que el mismo debe ser reconocido en cualquier momento del desarrollo del proceso, en la más absoluta libertad de ejercicio y por concederle la naturaleza de Derecho Subjetivo Público le reconoce en el régimen actualizado de las nulidades absolutas su sanción.

Tal como se ha mencionado en el apartado anterior, el derecho de Defensa se ha constituido actualmente en un pilar básico y determinante en la concepción de un sistema procesal, pues como bien lo manifiesta el Doctor Julio B. J. Maier, al exponer la doctrina que inspira el proyecto de "Código Proce

(36) Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 12 Edición. Argentina: Heliasta, 1979. v. 2 p. 585.

(37) Ibid. p. 510.

(38) Leone, Giovanni. Op. cit. v. 1 p. 563-566.

sal Penal de la Nación" Argentina un "Sistema Procesal moderno debe cumplir la doble función de brindar al poder estatal me dios idóneos para averiguar la verdad y asegurar la administra ción de justicia, garantizándole al individuo al mismo tiempo el respeto de su dignidad humana y la preservación de sus de rechos fundamentales"⁽³⁹⁾; y es así como el derecho de Defensa está actualmente reconocido, no como un simple requisito de procedimiento, no como una simple garantía procesal de en juiciamiento, sino como un derecho fundamental del individuo, con reconocimiento en todas las modernas Constituciones de los pueblos que dicen ser democráticos y en todas las de claracio nes universales de los derechos de las personas.

El proceso penal moderno, se caracteriza por una progre siva y paulatina ampliación de los derechos de Defensa, pues no son sino un aspecto particular de un concepto más amplio: El derecho a un debido proceso, es decir, que su protección está en observancia a la plenitud de las formas propias del juicio y por ende se puede conculcar a través de diversas ac tividades sin que pueda reducirse a una perspectiva unilateral: Estar asistido por un letrado que ejerza la llamada De fensa Técnica.

En ese orden de ideas, es necesario exponer ciertos aspec tos generales del derecho a la Defensa para comprender las ca racterísticas que si bien no pueden englobarse en un concepto,

(39) Cuadernos de la Revista Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales No. 1. El Proyecto del Código Procesal Penal de la Nación. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1987. p. 654.

tienden a demostrar su naturaleza:

1. Se afirma que el derecho de Defensa tiene diversas manifestaciones porque ésta puede realizarse bien sea a través de la intervención directa del imputado o a través de la asistencia de un abogado. Esta distinción es manifestada por el maestro Giovanni Leone en la siguiente forma: "El derecho de defensa se desglosa en dos aspectos, la defensa material, o sea, la defensa actuada por el imputado mismo, y la defensa formal, esto es, la defensa actuada por el defensor"⁽⁴⁰⁾.

Ejemplos típicos de defensa material, se constituirían entonces la misma declaración indagatoria del imputado o su careo ante testigos.

2. Como se mencionó anteriormente, el derecho de la Defensa no puede limitarse a la simple asistencia de la llamada Defensa Técnica, pues esto constituiría una simple perspectiva unilateral, pues como dice Moreno Catena "el derecho a hacerse asistir con un defensor técnico, no es más que una de las manifestaciones del derecho a la defensa, como el derecho de defenderse probando, a la contradicción efectiva en el curso del proceso o a no declarar contra sí mismo entre otros"⁽⁴¹⁾.

(40) Leone, Giovanni. Op. cit. v. I p. 564.

(41) Moreno Catena, Víctor. La Defensa en el Proceso Penal. Madrid: Cuadernos Civitas, 1982. p. 14.

3. El derecho de Defensa debe estar presente en cada una de las etapas del proceso, pues constituye un presupuesto in dispensable para la validez del mismo, aunque dentro de una consideración integral podrían existir algunas etapas del juicio en que se restrinja, siempre y cuando existan otras oportunidades para que el procesado controvierta a plenitud las probanzas presentadas. Lo anterior, tiene íntima relación con la afirmación de que la defensa ha de ser unitaria y continúa, pues si comprende derechos de im pugnación y de contradicción esenciales a él y consecuencia jurídico procesal de su aplicación, su existencia no debe estar limitada a algunas etapas del proceso, pues ello constituiría una violación al principio de igualdad de las partes.

4. El derecho a la Defensa, es una garantía absoluta que no puede ser objeto de un régimen excepcional de suspensión de garantías constitucionales, situación que obedece al -reconocimiento pleno que existe como una fundamental garantía de la persona humana sin ninguna trascendencia objetiva en las causas que pueden originar un estado de excepción.

Básicamente, se ha argumentado que la suspensión de garantías constitucionales, constituye un mecanismo utilizado por el Estado en su defensa de las causas que motivan esa situa -

ción excepcional, pero la negación del derecho de Defensa en nada atañe con las mismas y por el contrario se constituyen en una causa más de la turbación del orden público.

5. El derecho de Defensa surge con todas sus manifestaciones desde el momento en que se adquiere la calidad de imputado no sujetando su ejercicio a condición procesal previa, es decir, debe existir ab initio del proceso y su tutela efectiva debe estar enmarcada a través del mecanismo de la nulidad procesal sobre la cual no operaría los principios de trascendencia, de convalidación, de protección, ni de conservación, puesto que estas características tienen más a la protección de un interés particular, que obviamente no es la naturaleza subyacente del derecho de Defensa.

Como más adelante se mostrará, en nuestro sistema procesal, por así llamarlo no corresponde en nada al verdadero y exacto marco conceptual que debe tener el derecho de Defensa pues para nuestros legisladores éste no constituye un derecho fundamental del hombre, sino más bien un simple requisito de enjuiciamiento al cual ni siquiera se le dá la debida trascendencia, llegandose a omitir el mismo aún en las etapas básicas iniciales del proceso, actitudes que si están originadas por una ignorancia podrían ser excusables pero que si las mismas están motivadas por criterios contrarios a su debida concep -

ción y reconocimiento demuestran a cabalidad una clara violación de los derechos humanos de los encargados no sólo de la conducción legislativa de la República sino también de los mismos aplicadores de la Ley. Es inconcebible imaginar a un juez, que se precie de serlo, no concede al derecho de Defensa el rol que le corresponde en un proceso, so pretexto de estar limitado al cumplimiento de la Ley, la cual por cierto no necesariamente corresponde al espíritu de justicia, que si es lo que debe guiarlo.

En nuestro régimen legal, el derecho de Defensa tiene reconocimiento constitucional en el artículo 12 de la Carta Magna, tanto en la obligatoria observancia de la plenitud de las formas propias del juicio que exige el inciso 1o., como en el reconocimiento expreso de la llamada Defensa Técnica en su inciso 2o., es decir, que dentro de una primera afirmación existe todo un principio constitucional que permitiría desarrollar dentro de las normas del debido proceso al derecho de Defensa; pero y así se expresó ante la exposición del concepto del juris consulto salvadoreño, el problema ha radicado en que equivocadamente se ha limitado el derecho de Defensa a una sinonimia con la asistencia técnica que parte de un supuesto equivocado muchas veces cual es la asistencia letrada, conculcando o quebrantando el derecho de Defensa al no desarrollarlo como una verdadera forma propia del juicio produciendo así frente a la realidad una violación sistemática de los derechos de la per

sona en la especie defensa contra imputaciones penales.

Formalmente hablando, el Código Procesal Penal reconoce la llamada defensa material, pudiéndose citar para el caso los artículos 64, 191, 217, 523 y 575 Pr. Pn., pero lo importante a señalar en este caso es el que si un reconocimiento legislativo no va acompañado en la práctica por una verdadera conciencia del imputado de que tales actos constituyen medios de de fensa, en nada sirve su reconocimiento. No es posible argumentar que el conocimiento formal que de las leyes se exige para todos los habitantes una vez publicada la misma, sea suficiente para cumplir con el requisito planteado; y si a ello le uni mos el hecho de que el artículo 46 del mismo cuerpo legal que establece los derechos del imputado no ayuda en nada al real conocimiento de esos derechos, la defensa material como tal no existe en nuestra realidad.

En múltiples oportunidades se establece que la llamada defensa técnica es apenas una de las manifestaciones del derecho de Defensa pero en contraposición a la misma disposición constitucional que obliga a asegurar todas las garantías necesarias para la defensa, Art. 12, Inc. lo. Cn., el legislador secundario regula tal garantía exclusivamente bajo ese aspe cto, llegando a extremos aún de violar el principio de igual dad procesal cuando ni siquiera hace residir esa asistencia técnica en el presupuesto formal de un grado académico y le permite su ejercicio a cualquier ciudadano.

En un sistema procesal eminentemente inquisitivo y no mixto, como algunos aducen ser el sistema salvadoreño la etapa de instrucción no es una fase de preparación para el juzgamiento sino que por el contrario constituye la etapa más importante pues básicamente en esta fase se agota todas las probanzas.

No obstante, lo anterior y a que el Art. 117 del Código Procesal Penal indica que se considerarán primeras diligencias de instrucción, aquellas más urgentes e indispensables para la comprobación del hecho y el descubrimiento de quienes hayan participado en él, la obligatoriedad al derecho de la Defensa nace y a partir de las reformas del 5 de Julio de 1990 después de que contra el imputado se decretó su detención provisional.

Y si a todo lo anterior, le agregamos el hecho de que la obligatoria asistencia de defensor en la fase de instrucción solo existe para los imputados detenidos, la conclusión no puede ser otra que la violación sistemática y legal existente en nuestro Código Procesal Penal de los principios básicos que rigen al derecho de Defensa.

En el orden de ideas antes planteadas, las conclusiones a que se puede llegar y que robustecerán los capítulos posteriores es que en nuestro ordenamiento jurídico respecto al derecho de Defensa existe una sistemática violación al mismo, amparada por la misma Ley secundaria que obedece a conceptualizaciones históricamente erróneas del derecho de Defensa que

han estimado al imputado como una persona que sin siquiera haber sido condenada carece de los básicos derechos fundamentales de la persona humana, no obstante ser el Estado de El Salvador uno de los suscriptores de casi todos los tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos y que por cierto de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 144 de nuestra Carta Magna prevalecen sobre la Ley secundaria.

1.2.3 CAMPO DE APLICACION.

De acuerdo a la evolución histórica del derecho de Defensa, iniciado desde el simple reconocimiento y aceptación hasta la inclusión en los preceptos constitucionales primarios, se puede afirmar que el fundamento del derecho de Defensa no es otro, sino el del propio principio de contradicción, desarrollado por los diferentes sistemas procesales, el cual resulta ser requisito indispensable a la idea de un verdadero proceso, ya que la misma estructura de este principio, exige que no haya imputación o acusación sin el ejercicio simultáneo de la defensa.

En la que la búsqueda de la verdad real o material, requiere que la evidencia, no se logre más que mediante la oposición entre la acusación y la defensa.

En la medida en que el acusado no conozca la imputación de que es objeto y no pueda manifestarse frente a las mismas, ni pueda demostrar los elementos de hecho y de derecho del por

que de su conducta, no estaremos frente a un verdadero proceso. En el proceso penal moderno el derecho de defensa es un ejercicio simultáneo.

La Institución de la defensa penal presenta un carácter dual. Se trata de una parte procesal que está integrada por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su defensor, ejercitándo el primero una defensa privada o material y el segundo, la defensa pública o formal. Aún cuando ambas son coincidentes en hacer velar el derecho a la libertad de la persona, los presupuestos a que obedece son distintos.

La defensa técnica se basa en principios de Derecho Público en el que la sociedad impone la necesidad de que el imputado sea asistido y defendido por personas idóneas y la defensa material, basada en principios individualistas reclamando la exigencia de hacer valer su propia defensa.

Vale la pena mencionar, que las referencias hechas anteriormente en este capítulo corresponden al sentido que en nuestra legislación se le concede al derecho de Defensa, limitándose en consecuencia este análisis a la expresión de ideas y criterios solamente en cuanto atañe al imputado, a diferencia de otras legislaciones en las que se pueden encontrar Instituciones de defensoría en relación aún a los intereses de los mismos ofendidos, pero ello obedece a concepciones más amplias y depuradas en doctrina y práctica de tal derecho.

En nuestro medio si ni siquiera se ha comprendido la verdadera naturaleza del Derecho de Defensa expuesto anteriormente, mucho menos podría proponerse un estudio de una concepción más amplia de tal concepto e institución defensoril, pues ello vendría a provocar realmente un óbice al desarrollo procesal - que se puede pretender.

En ese orden de ideas se debe hacer notar que a partir de la vigencia de la Constitución de El Salvador del año de 1983 al derecho a la asistencia de defensor se tiene desde la etapa prejudicial constituida por la investigación de los Organos Auxiliares teniendo dicha disposición constitucional su regulación en el Art. 46 de Código Procesal Penal, más aún después de la reforma introducida a dicho artículo en el año de 1990, pero dicha ley secundaria contiene un vacío que repercute en el campo de aplicación del Derecho de Defensa en esta etapa pre-judicial pues no reguló expresamente las facultades y los derechos que el defensor puede ejercitar en ésta etapa: y si a eso le agregamos que al no ser reformado el literal a) del artículo 46 citado "tal asistencia se limitará a asesorar al imputado" lo que obviamente constituye un verdadero obstáculo en el ejercicio del Derecho de Defensa, que obviamente contradice las pretensiones del legislador constitucional.

La misma Constitución en el Artículo citado garantiza el derecho de Defensa también para la etapa judicial, teniendo el imputado de acuerdo a las reglas del Código Procesal Penal el

derecho de nombrar su defensor particular por la misma condición de procesado, regulándose actualmente la defensoría de oficio para aquellos imputados detenidos que carecieran de defensor una vez dictado en su contra un auto de detención provisional.

En el capítulo 3 de este trabajo se desarrollará más ampliamente cada una de éstas situaciones, al ser analizadas de acuerdo a los sujetos procesales intervinientes.

Dada la forma en que se ha estructurado el proceso penal Salvadoreño si bien el Derecho de Defensa tiene regulada su reglamentación, en la práctica se encuentra con verdaderos óbices en su ejercicio constituidos fundamentalmente por el hecho real de que definitivamente y en forma categórica se puede afirmar que en un 99% de los casos el Derecho de Defensa no tiene ninguna aplicación en la etapa pre-judicial constituida por los actos de los órganos auxiliares en donde en muchos casos ni siquiera se comunica o informa de la detención de un "sospechoso" de haber cometido un hecho punible; y en la etapa judicial es de mencionar que salvo la actual reforma hecha al Art. 204 del Código Procesal Penal durante la fase instructoria del juicio no existe ningún requisito formal que garantice la presencia del defensor en cualquier diligencia probatoria, violentando así el derecho de defensa en uno de sus principales principios sustentadores cual es el de contradicción de pruebas y colocando al juez como un verdadero inquisi-

dor de las etapas antiguas de la historia pero todavía vigentes en nuestra República.

En conclusión el campo de aplicación del Derecho de Defensa en El Salvador está subordinado más que a la ley al interés particular demostrado por los profesionales del derecho en el -ejercicio de esta función.

CAPITULO 2. FUNDAMENTACION JURIDICA DEL DERECHO DE DEFENSA

La fundamentación jurídica del Derecho de Defensa tiene por objeto establecer el marco legal en el que éste se desarrolla, estableciendo así los parámetros de su ejercicio.

Al igual que la mayoría de los Derechos, a esta etapa de desarrollo de la Sociedad Salvadoreña, el Derecho de Defensa, tiene una verdadera y justificada fundamentación jurídica, manifestación que no conlleva una aceptación de su completa eficacia, pues como se tratará de demostrar en este trabajo, y más específicamente en los capítulos 4 y 5 del mismo, la forma en que se ha regulado carece de toda una sistemática adecuada.

Es por ello que en principio y para los efectos de éste capítulo se acepta el reconocimiento jurídico que a la fecha se le ha dado y por ende se hará un estudio sistemático de las distintas disposiciones legales que establecen su fundamentación jurídica, el cual llevará un orden kelseniano, sin que el mismo conlleva la conclusión de que las leyes secundarias desarrollan a cabalidad los principios de nuestra Carta Magna.

El obligatorio reconocimiento que pueda hacerse, según los estudios realizados y lo expuesto en el capítulo anterior, es simplemente el hecho de que el derecho de Defensa siempre ha tenido una base jurídica, fundamental y principalmente en

la legislación secundaria, pero como ya se dijo, a la fecha y por lo demostrado en la práctica la Legislación Penal Salvadoreña no ha superado en su ejercicio, pues ni siquiera han podido incorporarse doctrinas modernas, el primordial Derecho de Defensa que es el objeto de este estudio.

2.1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

El Estado de El salvador no se ha apartado del tradicional sistema de incorporar en su Constitución un reconocimiento expreso al derecho de Defensa.

Ha sido costumbre, casi de carácter mundial, regular como un derecho individual las normas de carácter procesal convirtiéndolas así en principios generales y rectores de toda la legislación; así tenemos que el Derecho de Defensa lo encontramos plasmado en las constituciones de algunas países, en donde el "preso o acusado" de un delito tiene derecho, al menos en cierta etapa del proceso, a obtener por su cuenta los servicios de un abogado o persona que lo defienda.

En la mayoría de los mismos, es requisito fundamental el que el acusado sea oralmente informado por las autoridades competentes de su derecho a hacerse representar y el que se le de a conocer las diversas disposiciones sobre la intervención del abogado en las actuaciones.

Sin embargo, aún cuando la mayoría de países reconocen tal derecho, son pocas las legislaciones que expresan la asistencia

obligatoria del abogado de oficio y en tal caso las personas carentes de recursos no pueden contar con los servicios de de fensoría.

No obstante lo anterior, son varios los países que se caracterizan por consignar en sus legislaciones primarias y secundarias, una creciente y gradual ampliación del derecho de Defensa.

Por tal motivo, las constituciones contemporáneas inclu yen expresamente en sus textos, disposiciones específicas para la tutela de este derecho, así tenemos:

Argentina. En el artículo 18 de su constitución establece: "... es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos ...".

Brasil. Expresa su constitución en el artículo 141 No. 25: "Es garantizada a los acusados la plena defensa, con to dos los medios y recursos esenciales para ella ...".

Guatemala. Artículo 60 Inc. 3o. de la constitución: "Es inviolable en juicio la defensa de la persona y de sus de rechos ...".

República Democrática Alemana. Artículo 102 de la cons titución establece: "Se garantiza el derecho a la defensa du rante todo el proceso penal".

Bulgaria. Artículo 138 constitución: "... lo. Los ciu dadanos tendrán derecho a la defensa ante cualquier jurisdic

ción ... 2o. Todo imputado tendrá derecho a defenderse ...".

Chipre. Establece en su artículo 12 de la constitución: " ... todo acusado de un delito tendrá como mínimo los derechos siguientes: ... b) a disponer del tiempo y de las facilidades adecuadas para preparar su defensa; c) a defenderse en persona o mediante un letrado de su propia elección ...".

España. En su constitución el artículo 24 dice: "Asimismo todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado ...".

Hungría. Artículo 49 No. 2 de la constitución: "Las personas procesadas en virtud de las leyes de enjuiciamiento penal tienen derecho a la defensa en todas las instancias del proceso".

Italia. Expresa el artículo 24 de la constitución: " ... la defensa es derecho inviolable en cada estado y grado del procedimiento ...".

Sin embargo, aún encontramos algunos países que no lo incluyen expresamente en sus leyes primarias, tal es el caso de Colombia, en el cual el derecho a la defensa no está consagrado en un texto específico, como lo hemos visto anteriormente, sin embargo, ésta garantía está tutelada en la constitución a través de los principios señalados en el artículo 26 de la misma, como son: a) El principio de Legalidad de los delitos y de las penas; b) Legalidad de la jurisdicción; c) Legalidad

del proceso (plenitud de las formas propias del juicio) y
d) Principio de favorabilidad.

De lo anterior puede concluirse, que el derecho a la Defensa, no es sino un aspecto particular de un concepto más am
plio: El derecho a un debido proceso.

En El Salvador, en virtud de que la Legislación Penal ac
tual, tanto en su carácter material como formal entró en vigen
cia el 15 de Junio de 1974, como disponen los Arts. 530 Pn. y
739 Pr. Pn., es de obligatoria relación la constitución vigen
te a esa fecha, conocida como la Constitución de 1962 que sal
vo dos disposiciones legales que en nada atañen a este tema
pues solamente demuestran su origen, contienen las mismas dis
posiciones de la llamada Constitución de 1950.

Dicha Carta Magna contenía en su título décimo el denomi
nado Régimen de Derechos Individuales, pero al estudiar el
mismo no se encuentra una referencia específica del derecho
de Defensa, sino que se establece una serie de reconocimientos
expresos a otros derechos que inciden en el ejercicio del mis
mo, pues existía el Art. 164 Inc. 1o. que literalmente expre
saba:

"Art. 164. 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 arre
glo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos ve -
ces por la misma causa".

Siendo este denominado Derecho de Audiencia el que daba la pauta a la legislación secundaria para desarrollar el derecho de Defensa, aunque se insiste, sin existir expresamente reconocimiento; y al igual que la legislación Colombiana que ya antes se comentó, existían otras disposiciones relativas a un incipiente debido proceso como era la obligatoria debida protección a la libertad (Art. 163 Cn.), requisitos de las órdenes de detención y término de la misma (Art. 166 Cn.), aplicación de penas (Art. 167 y 168 Cn.), principio de legalidad y juez natural (Art. 169 Cn.) y otros.

De lo anterior se puede colegir que toda la regulación del derecho de Defensa que hace el actual Código Procesal Penal, está basado más que todo en las doctrinas procesales imperantes o al menos conocidas por los legisladores que en la misma constitución antes relacionada, por lo que en este aspecto la legislación secundaria fue más allá de lo expresamente reconocido en la Carta Magna, cuya regulación del Derecho de Audiencia servía de asidero para este y otros principios procesales.

En la actual Constitución, vigente desde el 20 de diciembre de 1983, es decir 9 años y 6 meses de entrar en vigencia el Código Procesal Penal actual, sí existe un reconocimiento expreso al Derecho de Defensa como un derecho individual contenido en la Sección Primera, Capítulo I, Título II, que esta -

blece o reconoce los derechos y garantías fundamentales de las personas, aunque siempre unido a otro principio procesal; pero en la Exposición de Motivos del Proyecto de tal Constitución al hacer referencia al Título II en cuestión, se habla del derecho a la seguridad, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al libre tránsito y al hablar de la presunción de inocencia, se dice:

"Además de la garantía constitucional en virtud de la cual nadie puede ser privado de sus derechos sin haber sido oído y vencido en juicio, se introduce otra garantía procesal en el caso de las personas acusadas de algún delito. Se establece en primer lugar la presunción de su inocencia. Este es un principio universalmente reconocido y su texto en su inciso primero está tomado del Art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Adicionalmente, se garantiza a toda persona detenida, acusada formalmente o no, su derecho a ser informado de las razones de su detención en forma inmediata, esto es, en el acto mismo de su detención y de modo que le sea comprensible, explicándole de la misma manera sus derechos.

Las declaraciones que pueden obtenerse de las personas detenidas sin su consentimiento no deben tener ningún valor, por lo que se eleva a la categoría de precepto constitucional el derecho de guardar silencio. Para hacer efectivos estos

derechos se garantiza la asistencia del abogado al detenido desde el momento mismo de su detención, que es parte de las diligencias judiciales."(42)

Siendo lo antes subrayado, la única referencia al ejercicio de tal derecho. obviamente, lo anterior indica la poca importancia que para el expositor de motivos y quizás para todos los legisladores constitucionales tuviera la defensa de los imputados. Si el Art. 268 de la actual Constitución establece una enorme validez a la interpretación de la misma fundamentada en los documentos que ahí se mencionan, la antes relacionada Exposición de Motivos constituiría un documento importante para tal fin y de acuerdo a lo antes expuesto el derecho de Defensa, al tenor de lo que dispone la exposición de motivos, está fundamentado en la asistencia de un abogado defensor, fincando así la efectividad del derecho en la existencia de una persona que presuntamente lo garantice y no en su real eficacia.

El Art. 12 de la actual Constitución de la República de El Salvador, dice:

"Art. 12. Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

(42) Constitución Política de la República de El Salvador 1983 y Exposición de Motivos del Proyecto. s.n.t. p. 69.
(Subrayado es propio).

La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los Organos Auxiliares de la Administración de Justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la Ley establece.

Las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así lo obtuviere y empleare incurrirá en responsabilidad penal."

En muchas Escuelas de Derecho del país y sustentado por muchos abogados de la República se indica que el derecho de Defensa está contemplado en el Inc. 2o. de la disposición legal antes transcrita; tal idea parte de la misma filosofía sostenida por el expositor de motivos anteriormente expuesta, pero si se lee detenidamente el Art. en cuestión se comprueba que el derecho de Defensa contiene dos aspectos:

- 1o. La asistencia al imputado por parte del defensor, desde el inicio mismo de la imputación ya ante el Organó Auxiliar, ya ante el Organó Jurisdiccional; y
- 2o. El aseguramiento de todas las garantías necesarias para la defensa del imputado, es decir, que posiblemente sin

quererlo el legislador constitucional realmente se aparta del criterio simplista de considerar garantizado este de recho con la simple asistencia de un defensor, pues exi ge que en juicio respectivo, el ejercicio de este derecho se haga bajo adecuadas garantías procesales, lo cual cons tituye no una obligación de la persona que ejerce el car go, sino del Estado, constituyéndose éste en el princi pal obligado a "asegurar" tal ejercicio lo cual solamen te puede hacerse mediante el establecimiento de las garan tías del debido proceso.

En conclusión, se puede afirmar que constitucionalmente el derecho de Defensa tiene una verdadera fundamentación jurí dica, que descansa en sus dos pilares básicos, cuales son: La asistencia al imputado por un defensor desde el inicio de su procedimiento, aún en su aspecto extrajudicial, y fundamental mente las obligatorias garantías procesales que deben estable cerse para su eficaz ejercicio, siendo por consiguiente obli gación del legislador secundario el desarrollo de tal precep to constitucional en los dos aspectos antes dichos y conlle vando además la asistencia de ésta disposición legal, la obli gatoria conducta de los jueces para su debido cumplimiento en virtud de estar sometidos primordialmente a la Constitución (Art. 172).

2.2 TRATADOS INTERNACIONALES.

Dos han sido los principales motivos que han llevado a analizar en este trabajo los tratados Internacionales: El primero de ellos está basado en un aspecto legal y es el hecho, que de acuerdo al Art. 144 de la Constitución, los tratados Internacionales celebrados por El Salvador constituyen Leyes de la República, los cuales prevalecen sobre las llamadas Leyes Secundarias, las que no pueden modificarlos o derogarlos; el segundo, un aspecto real y práctico, cual es el hecho que la República de El Salvador ha suscrito muchos tratados que tienen relación con el tema de estudio, pero a la fecha, aparte de ser desconocida por la colectividad y lo que es más grave aún, por los encargados de aplicarlos, no se conocen casos judiciales que hayan sido resueltos con base en los mismos, mucho menos el que la legislación secundaria haya sido adaptada al contenido de los mismos.

Como ya se mencionó anteriormente por la falta de publicidad existente, posiblemente se omite algún tratado Internacional vigente que tenga relación con este tema, pero a continuación se expondrá y comentará las disposiciones pertinentes de los principales y más conocidos tratados, paradójicamente bajo la influencia del actual conflicto armado.

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Orga

nización de las Naciones Unidas (ONU), en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

Esta declaración ha ejercido gran influencia en todo el mundo, hasta el punto de inspirar algunas legislaciones e incluir las tanto dentro de las constituciones como en las Leyes Secundarias, así como también para la realización de convenciones sobre diversos derechos concretos. Es así como en su Art. 11 establece:

"Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantía necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho Nacional o Internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito."

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS (ONU).

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Dicho pacto entró en vigor el 23 de agosto de 1976, de conformidad con el Art. 49. Fue ratifica

do según Decreto No. 27 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, el 23 de noviembre de 1979 y publicado en el Diario Oficial No. 218 del 23 de noviembre de 1979.

El Art. 14 No. 3 de dicho pacto establece:

"3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...

- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; ..."

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (OEA).

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. Ratificado por Decreto Legislativo No. 5 del 15 de junio de 1978 y publicado en el Diario Oficial No. 113 del 19 de julio de 1978.

En cuanto al derecho de Defensa ésta convención establece

en su Art. 8, lo siguiente:

"Art. 8. GARANTIAS JUDICIALES

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...

- c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la Ley; ..."

PROTOCOLO SEGUNDO DE 1977 ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA.

Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Ratificado por Decreto Legislativo No. 12 del 4 de julio de 1978, publicado en el Diario Oficial No. 158 del 28 de Agosto de 1978.

El derecho de Defensa en éste protocolo, lo encontramos en el Art. 6, disponiendo:

"Art. 6. DILIGENCIAS PERSONALES

2. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. En particular:

a) El procedimiento impondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; ...".

ACUERDO DE SAN JOSE, COSTA RICA (GOBIERNO-FMLN 1990).

Vale la pena mencionar, que aún cuando no puede considerarse como un tratado Internacional por no estar enmarcado en el artículo 144 de la Constitución, que dice:

"Art. 144. Los tratados Internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos Internacionales, constituyen Leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la Constitución.

La Ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso

de conflicto entre el tratado y la Ley, prevalecerá el tratado".

Estos acuerdos a los que han llegado el Gobierno y el FMLN, no pueden considerarse como tratados, según lo establece el artículo anteriormente citado, ya que no son acuerdos celebrados con Estados u Organismos Internacionales, sin embargo, es innegable el contenido que sobre la defensa puede contener, y es el motivo por el cual se comenta en este trabajo.

Dicho acuerdo, en lo relativo al respeto y garantía de los Derechos Humanos en su numeral 2 literal e), establece:

"2. La garantía plena de la libertad y la integridad de la persona requiere de ciertas medidas en orden a asegurar lo siguiente:

e) Ningún detenido será incomunicado. Toda persona detenida tiene derecho a ser asistida sin demora por un defensor de su elección y a comunicarse libre y privadamente con él".

2.3 LEYES SECUNDARIAS.

En el ámbito penal ha sido desarrollada por la doctrina y recogida por los legisladores una clasificación de la competencia penal, atendiendo a la materia; así, se ha hablado de la llamada jurisdicción penal común u ordinaria y la denominada jurisdicción penal especial, dentro de la cual encontramos

las ramas del Derecho Penal relativas a delitos que afectan el erario Nacional, hechos causados a consecuencia de accidentes de tránsito terrestres y los llamados delitos militares.

En nuestro ordenamiento jurídico el Código Procesal Penal tiene completa aplicación dentro de la llamada jurisdicción penal común u ordinaria y para la jurisdicción penal especial se encuentran leyes procesales específicas, como el Código de Justicia Militar y la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito que los regulan en su respectiva materia, debiéndose exceptuar en este punto, lo referente a la Hacienda Pública, puesto que el Código Procesal Penal le dedica capítulos especiales y solamente se encuentran regulaciones procesales propias en una Ley específica para dos hechos delictivos denominada Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas.

En consecuencia a este orden de ideas, en el presente capítulo se analizará exclusivamente las respectivas disposiciones legales del Código Procesal Penal y será hasta en el capítulo siguiente que se verterán consideraciones sobre las Leyes penales antes mencionadas sin perjuicio de que obviamente se rán consideradas otras de igual envergadura pero de mayor importancia en la actual realidad denominada comúnmente como Leyes de Excepción.

Desde ya, debe dejarse constancia que no existe en nuestro medio una exposición de motivos del vigente Código Procesal Penal por lo que la interpretación del texto legal se hará con base en las ya reconocidas normas de interpretación de la Ley y además con la obligada mención, de acuerdo al análisis hecho en capítulos anteriores de que tal ordenamiento jurídico carece de un verdadero fundamento constitucional en este punto por haber entrado en vigencia mucho antes que la actual Carta Magna.

A manera de normas rectoras de su contenido, el Código Procesal Penal desarrolla en su inicio los denominados Principios Generales, y así se tiene el llamado Principio de Legalidad en su doble aspecto: Del proceso y de la condena y de singularidad entre otros. Bajo el epígrafe de Principio de Legalidad de la condena, el Art. 3 dispone:

"Art. 3. Nadie será condenado a sanción penal alguna sin haber sido oído y juzgado de conformidad con las disposiciones de este Código o de las Leyes especiales en su caso, ni podrá ser privado del derecho inviolable de defensa".

Fundamentado en tal precepto, el legislador penal establece un expreso reconocimiento a la necesaria concurrencia del derecho de Defensa como una garantía procesal necesaria para la imposición de una sanción penal.

Para algunos estudiosos de nuestra legislación, este derecho no ha sido felizmente considerado en la disposición legal antes citada, pues lo consideran incorrectamente ubicado, ya que el derecho de Defensa constituye un requisito del juzgamiento y no para la imposición de la sanción.

Esta crítica, aparte de acertada contiene en el fondo un verdadero cuestionamiento de la importancia que para el legislador tiene el derecho de Defensa, así como la filosofía inquisitiva imperante en el mismo que desde un principio lo lleva a pensar en la condena más que en el proceso mismo. Posibiblemente, la palabra más correcta a usarse en el calificativo debiera ser la de represivo.

En nuestro especial sistema jurídico, la calidad de imputado se adquiere, tanto por actos ejecutados en los Organos Auxiliares de la Administración de Justicia contemplados en el Art. 11 de la Constitución, como por actos ejecutados en los órganos jurisdiccionales, es decir, en los tribunales de justicia, al respecto el Art. 45 del Código Procesal Penal dispone en su Inc. 1o.:

"Art. 45. Tendrá calidad de imputado, toda persona natural mayor de dieciseis años contra quien se ha iniciado proceso penal por atribuirsele haber cometido una infracción penal o haber participado en ella".

A. DERECHO DE DEFENSA EN LOS ORGANOS AUXILIARES.

Por lo anterior y para efectos de estudio, se emitirán consideraciones en relación a la legislación existente para ambos momentos de la investigación delictiva; y así tenemos que desde la vigencia (15 de junio de 1974) el Código Procesal Penal reconoció al menos en cierta medida el ejercicio del de recho de Defensa en los órganos auxiliares, pero el ejercicio de este derecho ha venido sufriendo alteraciones en el transcurso del tiempo hasta las reformas recientemente emitidas, así tenemos:

- a) En sus inicios, el Art. 46 del Código Procesal Penal dis ponía que el imputado que "hubiera sido detenido por atri buirsele participación en un hecho delictivo y el que, sin estar en detención, apareciere sindicado en las inves tigaciones de los órganos auxiliares tendrá derecho a que se le permita llamar abogado o persona autorizada para que lo defienda".

Analizado lo antes expuesto, es de estimar que el legis lador solamente establece el derecho a llamar a personas auto rizadas para el ejercicio de la defensa (Art. 63 Pr. Pn.), pero no establece la facultad misma para ser asistido durante todas las diligencias extrajudiciales, constituyéndose así en un derecho limitado puesto que no reguló las formas en que se debería ejercitar la actividad del profesional de derecho con

tratado para la defensa; y de mucha mayor importancia resulta el hecho, como más adelante se verá, que no estableció ninguna sanción ante un incumplimiento. En algunos de los mal llamados Departamentos Jurídicos de los órganos auxiliares, en esta inicial etapa de vigencia se argumentó una similitud de tal derecho con el existente en el sistema Anglosajón de permitir a los procesados una llamada telefónica.

- b) Por Decreto Legislativo No. 381, publicado en el Diario Oficial No. 196, tomo 257 del 24 de octubre de 1977, dicho artículo en comento, fue modificado de la siguiente forma: "... y se le permita llamar abogado para que lo asista; tal asistencia se limitará a asesorar legalmente al imputado; ..."

Con esta reforma se produjeron dos limitantes al ejercicio del derecho de Defensa en los órganos auxiliares, así: 1o. Se excluyó a las personas que no fueren abogados para poder apersonarse como defensor en los órganos auxiliares; y considerando el número de abogados existentes a la fecha, así como los que de estos se dedican al ejercicio de la defensoría penal, el objetivo de la reforma obviamente se cumplía, cual era el volver nugatorio tal ejercicio; y 2o. Expresamente se limitó a simplemente "asesorar legalmente al imputado, es decir, que no podía participar en ninguna diligencia probatoria practicada por los órganos auxiliares, siendo discutible si al

menos tendría derecho a conocer el contenido de las diligencias extrajudiciales, puesto que la limitante en este punto es bastante clara.

Quizás vale la pena mencionar que el decreto en cuestión fue establecido en momentos de gran apogeo de los movimientos sindicales, estudiantiles y laborales y por ende fue dado bajo el propósito de limitar a lo más mínimo los derechos y garantías procesales de los imputados.

c) Bajo las actuales tendencias de reformas al sistema jurídico Salvadoreño más específicamente en el ámbito penal, por Decreto Legislativo No. 379, publicado en el Diario Oficial No. 235. Tomo 305 del 19 de diciembre de 1989 se adicionó un nuevo literal al Art. 46 Pr. Pn., con el siguiente contenido:

"d) A nombrar defensor y ser asistido por él desde que se inician las diligencias de los órganos auxiliares. Si nombrare defensor se le tendrá como tal, sin necesidad de ser juramentado, pudiendo actuar en el juzgado competente al que se remitan las diligencias respectivas".

Como se explica en los considerandos del decreto en mención, el legislador busca adecuar el Código Procesal Penal a diversos tratados sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por el Gobierno de El Salvador y bajo este contexto es que se mantiene el literal a), que desarrolla el derecho a --

llamar a un defensor, pero al tenor de la adición ya no simplemente para asesorarlo, sino que además y fundamentalmente para que intervenga en las diligencias que se siguieren ante -- los órganos auxiliares. Pero en virtud de no haber sido refomado el literal a) la limitante de la calidad de la persona - que pueda acudir se ha mantenido.

Como ya se mencionó, son extremadas las diferencias que en el desarrollo de su vigencia a presentado el Art. 46 Pr. Pn., pero es importante recalcar que al menos el retroceso - contenido en la reforma de 1977 ha sido superado en la actualidad.

Vale la pena comentar que aunque el legislador secundario reconozca el derecho de Defensa ante los órganos auxiliares, mientras la asistencia no sea obligatoria y mucho menos mientras no se establezca sanciones por el incumplimiento de tales obligaciones, el derecho de Defensa ante los órganos auxiliares no pasará de ser un derecho más que podrá ser contínuamente violado o incumplido pero que tales actos no acarrearán ninguna consecuencia procesal.

B. DERECHO DE DEFENSA EN LOS ORGANOS JURISDICCIONALES.

Desde un primer momento, en este apartado debe mencionarse que el Código Procesal Penal, establece el derecho a la -- Defensa "desde la iniciación del proceso", así se tiene que

el numeral 3o. del Art. 46 Pr. Pn. dice:

" El imputado tendrá derecho:3o. a nombrar defensor desde la iniciación del proceso", y bajo el epígrafe de "Defensa del Imputado" en el capítulo referente a los defensores, el Inc. lo. del Art. 62 Pr. Pn. expresa:

"Art. 62. El imputado tiene derecho desde la iniciación del proceso a hacerse asistir y defender por persona que nombre y que deberá reunir las condiciones consignadas en este capítulo....."

En ese orden de ideas, cualesquiera que sean las formas de iniciación del proceso regulados en el Art. 145 Pr. Pn., o cualquiera que fuera la modalidad de la acción penal ejercida regulada en el Art. 86 Pr. Pn., el imputado tiene legalmente establecido su teórico derecho a la Defensa.

Desde el inicio de la vigencia del Código Procesal Penal, el derecho de Defensa ha estado parcialmente garantizado única y exclusivamente durante la etapa contradictoria del proceso, pues a tenor de lo prescrito en los originales Arts. 62 y 551 No. 5 Pr. Pn., el requisito de un defensor era potestativo durante la fase de instrucción, lo más importante para la verdadera defensa del imputado, y obligatoria para la fase -- contradictoria, considerándose aún como motivo de forma del recurso extraordinario de Casación el " haber dejado sin de--

fensor al imputado" (Art. 273 No. 3o. Pr. Pn).

Es hasta por Decreto Legislativo No. 524 de fecha 28 de junio de 1990, publicado en el Diario Oficial No. 163, tomo No. 318 de fecha 5 de Julio de 1990, vigente a partir del día 13 del mes y año antes citado, que el Art. 62 Pr. Pn. antes - comentado en su Inc. 3o. que sufre una sustancial reforma al expresar lo siguiente:

"Artículo 62.....

Inc. 3o. Cuando el imputado no hubiere nombrado defensor desde el inicio del proceso, deberá hacerlo al notificársele el auto en que se decreta su detención provisional, debiendo designar defensor, si no puede o no quiere en su caso defenderse - por sí mismo; y si no lo hiciere, el juez le -- nombrará defensor de oficio en la siguiente - audiencia, so pena de nulidad.".....

Pero esta reforma es sustancial en cierto sentido, ya que hasta ese momento se establece la obligatoriedad de la defensa aún en la etapa de instrucción del juicio, sin embargo, la realidad es que la prueba con la que se incrimina al imputado y que generalmente constituye la base de la sentencia se - recaba en el término de inquirir.

Pero y por no ser la excepción a la regla general de nuestros legisladores penales dicha disposición contiene graves -- errores y omisiones consistentes en los siguientes aspectos:

- 1o. Tal como se mencionó anteriormente, es la calidad del imputado la que determina el consecuente derecho de Defensa, no así la privación de libertad o la detención en que la persona se encuentra; pero si se analiza el inciso antes transcrito y fundamentalmente en relación al ordinal 4o. -- adicionado al artículo 248 por el mismo Decreto Legislativo se concluye que tal obligatoriedad existe única y exclusivamente a los imputados detenidos; y complementa tal análisis y conclusión el inciso 1o. del artículo 106 que establece la obligación de notificar el auto de detención provisional únicamente para el imputado detenido.
- 2o. De acuerdo a lo dispuesto en el inciso en mención, la obligatoriedad de la defensa nace después de haberse dictado el auto de detención provisional, es decir, después de haber realizado aquellas diligencias " más urgentes e indispensables para la comprobación del hecho y el descubrimiento de quienes hayan participado en él" (Art. 117 Pr. Pn.) y que han permitido " que conste suficientemente probada la existencia de un delito" y "que haya elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado tuvo participación en el mismo" que constituyen las exigencias del artículo 247 Pr. Pn., para decretar la detención provisional.

Como se ve, tales errores lindan aún con la Inconstitucionalidad por cuanto se violan principios de igualdad ante la Ley, puesto que procesalmente hablando, no existe ninguna diferencia entre un imputado privado de su libertad y el denominado imputado ausente; y siguiendo siempre con la garantía teórica del derecho de defensa, se establece su obligatoriedad cuando dentro del juicio ya se actúo con completa libertad en su contra y ya se ha demostrado los requisitos de su participación delictiva, constituyéndose así tal reforma en una verdadera burla de la garantía constitucional desarrollada en el acápite 2.1. de este capítulo.

La Constitución obliga a que en los procesos penales se aseguren todas las garantías necesarias para la defensa del imputado, tanto es así que en su artículo 12 Cn. obliga a nombrar defensor al imputado en los Organos Auxiliares, pero en nuestro sistema penal Salvadoreño tal garantía está fundamentada únicamente y exclusivamente en la existencia del sujeto procesal denominado defensor y así se tiene que tal derecho puede ser ejercido aún por personas ajenas a las mismas Escuelas de Derecho, tal como lo dispone el Art. 65 Pr. Pn. cuando expresa poder ser defensor de oficio toda "persona mayor de edad, de reconocida moralidad y con conocimientos prácticos del Derecho"; y aún más pueden ser nombrados defensores aún personas que no tienen conocimiento del proceso y que son nombrados como tales para defender al imputado no en cualquier diligencia sino que en una de los más trascendentales momentos del

juicio que es el de la Vista Pública, en el cual el tribunal del jurado emitirá el veredicto que establecerá la condena o absolución del procesado.

Vale la pena mencionar que de acuerdo a la Ley Orgánica del Ministerio Público los agentes fiscales deben ser al menos estudiantes de Derecho y que de acuerdo al Código Procesal Penal el ejercicio de la acusación, salvo una situación excepcional se hace por medio de un abogado (Art.55 Pr. Pn.), estableciéndose así una obvia desproporción, al menos teórica entre los que ejercen la defensa, que pareciera ser la más fundamental y los que ejerciten la acusación, lo cual demuestra con claridad la real poca importancia que se le ha dado en nuestro medio al Derecho de Defensa.

Fundamenta aún más lo anterior el hecho siguiente:

Si se analizan las distintas disposiciones del Código procesal Penal se encuentra que las sanciones se establecen en razón de la ausencia de la persona defensor, que como ya se demostró anteriormente poca exigencia se tiene, que en razón de un verdadero ejercicio del Derecho de Defensa.

Así por ejemplo durante la secuela del juicio y más específicamente en la fase de instrucción no se exige la presencia del defensor en las diligencias probatorias, durante la misma no se exige una obligatoria opinión de la parte defensora y es más aunque algunos sostienen criterios en contra

rio fundamentados más en la práctica que en la teoría jurídico-legal, ni siquiera se exige un obligatorio debate de la defensa al momento de la Vista Pública.

En razón de lo anterior es que el Art. 551 Pr. Pn. sanciona con nulidad en su Ord. 5o. el "haber dejado sin defensor - al imputado", situación repetida en el motivo de forma del -- Recurso de Casación regulado en el Art. 573 Ord. 3o. Pr. Pn.

De todo lo expuesto no puede menos que concluirse que la frase "Teórico Derecho de Defensa" mencionado al principio de este análisis es completamente correcto por cuanto si bien es cierto el Código Procesal Penal reconoce el Derecho de Defensa, su misma reglamentación demuestra el incumplimiento de la misma Constitución ya que adolece de las garantías mínimas para su eficacia.

Al establecer su obligatoriedad hasta la existencia ya de prueba en contra del imputado que amerita su privación de libertad por orden judicial, al considerar los más mínimos requisitos de capacidad en la persona que ejercerá tal sagrado derecho, en flagrante desproporción a los que acusan, y al no exigir requisitos mínimos objetivos en su ejercicio el derecho de Defensa se convierte en letra muerta dentro de un proceso penal y de lo que debe ser un debido proceso en el cual no es fundamental el reconocimiento de este derecho sino su real - eficacia.

2.4 LEYES PENALES Y ESPECIALES

Varios son los criterios que determinan la competencia en el ámbito Penal encontrándose los principales de ellos - establecidos en el Art. 6 de Código Procesal Penal, por razón de la materia entre otros, lo que a su vez ha determinado una clasificación de Organos Ordinarios Comunes y Organos Ordinarios Especiales.

Dentro de esta competencia por razón de la materia se encuentra la llamada Jurisdicción común u Ordinaria y la denominada Especial o Privativa y comprende los casos de Hacienda, de Tránsito y lo Militar.

Como ya se mencionó anteriormente dentro de estas competencias se encuentra en la mayoría de los casos su propia legislación, pero las mismas no desarrollan con amplitud todas las Instituciones procesales y por ello es que el Código Procesal Penal es aplicable supletoriamente; es en razón de ello que la mayoría de lo expuesto en el capítulo anterior es completamente aplicable dentro de estas competencias especiales por lo que en este capítulo se analizará exclusivamente la específica regulación al Derecho de Defensa.

JUICIOS DE QUE CONOCEN LOS JUECES DE HACIENDA

De conformidad al Art. 17 del Código Procesal Penal dicha competencia está determinada ante cualquier hecho punible "que afecten los intereses del erario nacional o munic

pal o de las Instituciones Oficiales Autónomas" encontrándose regulado como un procedimiento especial dentro del mismo cuerpo legal lo relativo a tal competencia, del Art. 427 al 438 Pr. Pn.

En este título solamente se encuentra una disposición relativa a la Defensa, cual es el Art. 433 Pr. Pn. que dice:

"Art. 433. Al notificarse el auto de llamamiento a juicio se hará saber al procesado detenido el derecho que tiene de nombrar defensor, caso que no lo hubiere nombrado desde la instrucción; y si no hiciera uso de ese derecho, el juez le designará uno de oficio.

Si el imputado fuere ausente y no hubiere nombrado defensor, antes de dictar el auto de llamamiento a juicio se seguirán las reglas del emplazamiento; y si no compareciere ni nombrare defensor se le declarará rebelde y tendrán aplicación las reglas generales sobre imputados ausentes."

Como se notará dicha disposición no establece ninguna variante válida en lo que respecta a las reglas generales expresadas en el capítulo anterior de este trabajo y muy por el contrario ni siquiera se encuentra adecuado con las últimas reformas que sobre el derecho de Defensa se ha impuesto en la nueva legislación penal ordinaria.

De las distintas Leyes especiales en materia de Hacienda se destaca el llamado Código Fiscal y la Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas, siendo ésta última la que contiene mayor regulación procesal pero ninguna disposición legal referente al derecho de Defensa.

En consecuencia de lo anterior, es completa la remisión que en ésta competencia debe hacerse a la regulación que del derecho de Defensa existe dentro de la jurisdicción penal común u ordinaria.

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES SOBRE ACCIDENTES DE TRANSITO.

Dos son los criterios fundamentales que establecen esta competencia, el primero el que la acción sea de naturaleza culposa, atendiéndose en este punto a lo establecido en el Art. 35 del Código Procesal Penal, y el segundo, el que se trate de un accidente de tránsito terrestre ocasionado por cualquier clase de vehículo.

Desde el año de 1967 fue establecida la denominada Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito que regula lo relativo tanto a la acción civil como penal resultantes de tales determinados hechos delictivos.

Dentro de esta Ley y en el capítulo referente a la fase contradictoria se encuentra el Inc. 2o. del Art. 23 L.p.e.s. a.t., que dice:

"Art. 23. ...

Inc. 2o. Cuando el reo no tuviere defensor, en el mismo auto el juez le prevendrá que lo nombre dentro de veinticuatro horas contadas a partir de la notificación que se le haga; y si el reo fuere ausente, dicha notificación se le hará por medio de edicto que se fijará en el tablero del juzgado. En ambos casos, si el reo no nombrare defensor, el juez lo hará de oficio, en la siguiente audiencia. Nombrado el defensor, se le notificará el auto de llamamiento a juicio."

Y asimismo, el Inc. 2o. del Art. 27 L.p.e.s.a.t., que expresa:

"Art. 27. ...

Inc. 2o. El fiscal, el acusador y el defensor que sin causa justificada, no concurran a una Vista Pública, no obstante su legal citación, serán sancionados con una multa de cincuenta a cien colones, que les impondrá el juez, por cada inasistencia, sin perjuicio de las responsabilidades legales en que pudieran incurrir. En su caso el juez nombrará en el acto un fiscal o defensor específico, quienes podrán solicitarle la suspensión de la audiencia, por un

tiempo prudencial que señalará el juez, dentro de la misma audiencia, a fin de que pueden enterarse de los pasajes más importantes del proceso."

Tales disposiciones establecen la obligatoria asistencia de un defensor como única garantía del derecho de Defensa hasta en la fase contradictoria del juicio y el hecho de poder nombrar defensor de oficio aún en el momento de la llamada Vista Pública para formalmente cumplir con tal requisito.

En un primer momento, podría afirmarse que al igual que en los procedimientos de Hacienda es obligatoria la remisión a lo contenido y regulado por el Código Procesal Penal expuesto en el capítulo anterior, pero en virtud de las reformas al mismo Código de Julio del presente año, se impone hacer consideraciones sobre su aplicación o no dentro de este campo.

Dentro del ámbito de la competencia penal el Código Procesal Penal constituye la Ley general de esta materia y la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito una Ley especial.

En ese orden de ideas y atendiendo a lo dispuesto en el inciso último del Art. 50 del Código Civil contenido en el capítulo VI del Título Preliminar, una Ley general no puede derogar a una especial a menos que se remita expresamente a

ella y el Decreto Legislativo No. 524 de fecha 28 de junio y con vigencia a partir del 13 de Julio del año citado que contiene reformas en lo que al derecho de Defensa se refiere no contiene ninguna derogatoria o reforma expresa a la Ley especial en comento por lo que las disposiciones antes transcritas mantienen su plena vigencia.

Vale la pena comentar que la conclusión anterior demuestra el poco conocimiento que se tiene del ámbito penal puesto que al establecer tales reformas se olvidaron totalmente de la legislación penal especial, constituyéndose así en lo únicamente aplicable los principios generales del derecho de Defensa, más no en lo relativo a su oportunidad y obligatoriedad.

COMPETENCIA MILITAR.

La Constitución en su capítulo relativo a la Fuerza Armada establece la llamada "Jurisdicción Militar" indicando a su vez que para el juzgamiento de los delitos y faltas puramente militares habrá procedimientos y tribunales especiales, y que gozan del fuero militar los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo por los hechos punibles antes expuestos; todo ello establecido en el Art. 216 Cn. Y en consonancia con tal disposición legal bajo el epígrafe de "Jueces y Tribunales Militares" el Art. 20 del Código Procesal Penal establece:

"Art. 20. El Código de Justicia Militar y demás Leyes militares especiales determinarán la competencia de los jueces y tribunales militares."

De acuerdo a la misma Constitución y ante la aplicación del llamado "Régimen de Excepción" que regula las normas a aplicar en los casos de suspensión de algunos derechos y garantías individuales, es que nacen las Leyes Especiales de Procedimientos que regulan esa materia y que establecen competencias de tribunales militares especiales para el conocimiento de los delitos determinados en su Art. 30 Cn. independientemente del fuero que tengan los imputados, es decir, sin tomar en cuenta la condición de militar o de delito militar.

En base a los presupuestos anteriores es que en un primer apartado se estudiará lo relativo al Código de Justicia Militar y posteriormente se hará un análisis de las Leyes Penales Militares Especiales.

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.

Este Código entró en vigencia el 29 de Junio de 1964 y de acuerdo a lo que dispone en su Art. 1 se aplica a los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo para los delitos y faltas puramente militares que los Libros II y III del mismo cuerpo legal establece; como se nota este Código entró en vigencia diez años antes que el actual Código Penal y 19 años

antes a la actual Constitución, pero no obstante corresponder a épocas anteriores es de hacer notar desde ya, y tal como posteriormente se probará, que este cuerpo legal sí contempla verdaderos principios del derecho de Defensa, convirtiéndola así en una real garantía procesal que contempla no solo la garantía del derecho de Defensa por la existencia en el juicio de un defensor sino que contempla además oportunidades, ejercicio y responsabilidades de tal sujeto procesal.

Pero para los efectos de ubicación de tal cuerpo legal previo a exponer lo relativo al derecho de Defensa, se establecerá de manera general los distintos procedimientos que éste contempla.

Así se tiene que el Código de Justicia Militar regula los procedimientos a seguir ya sea en Tiempo de Paz, los que considera procedimientos Ordinarios, como los llamados Procedimientos Extraordinarios en Tiempo de Guerra; en los primeros también regula los relativos a decisión por parte de los jueces de Primera Instancia Militar, como los que son sujetos a conocimiento de las Cortes Marciales ya sean Ordinarios como Extraordinarios.

En todos y cada uno de ellos se encuentran regulaciones relativas al derecho de Defensa y además en todos ellos son aplicables las reglas generales que sobre los defensores establece en los primeros capítulos dicho cuerpo legal, que en

lo atinente establece:

"Art. 227. Todo procesado sujeto, a la jurisdicción militar tiene derecho a defenderse por sí mismo o por me dio de uno o varios defensores nombrados por él. Si no hiciere uso de este derecho dentro de vein ticuatro horas de notificado el auto de procesam iento, se le nombrará defensor de oficio por el juez que conozca de la causa."

De dicha disposición, se extrae el derecho a defenderse del procesado o imputado y la obligación del Organo Jurisdiccion al del nombramiento de un defensor de oficio ante la aus encia de un apoderado particular después del auto de proces amiento.

Este derecho a defenderse lo regulan otras disposicione s legales de ese cuerpo legal y dentro de cada uno de los procedimientos antes enunciados y así se tiene que los artículos siguientes establecen:

"Art. 259. El juez Militar de Instrucción que haya sido dede signado por quien corresponda para la formación del sumario, inmediatamente que reciba su nombram iento y la orden de proceder, proveerá el auto cabeza de proceso, que contendrá: ...

3o. La orden de hacer saber la providencia al fiscal Militar que corresponda y al presunto

to indiciado, a quien prevendrá manifieste en el acto de notificación, si se defenderá por sí mismo o nombrará defensor dentro de veinticuatro horas después de la notificación, bajo el apercibimiento de nombrarle defensor de oficio, si no manifiesta defenderse por sí mismo o no hace el nombramiento en el término señalado. ..."

- "Art. 287. Recibido por el juez de Primera Instancia Militar respectivo el informativo de instrucción remitido ... procede la elevación a plenario ...
- Inc. 2o. Si el reo o reos no tuvieren en ese momento defensor prevendrá que se haga el nombramiento en el término de veinticuatro horas, bajo el apercibimiento de nombrarle de oficio si no lo verificaren. ..."

En las causas sujetas a conocimiento de las Cortes Marciales Ordinarias, los Artículos:

- "Art. 298. Recibido por el juez de Primera Instancia Militar respectivo al informativo de instrucción remitido ... procede la elevación a plenario ...
- Inc. 2o. Si el reo o reos no tuvieren en ese momento defensor prevendrá que se haga

el nombramiento en el término de veinticuatro horas, bajo el apercibimiento de nombrarle de oficio, si no lo verifican. ..."

Y en las causas sujetas a conocimiento de las Cortes Marciales Extraordinarias:

"Art. 317. Recibido por el juez de Primera Instancia Militar respectivo, el informativo de instrucción remitido ... procede la formación de una Corte Marcial Extraordinaria ...

Inc. 2o. Si el reo o reos no tuvieren en ese momento defensor prevendrá que se haga el nombramiento en el acto de la notificación, bajo el apercibimiento de nombrarlo de oficio si no se verifica..."

Todos los artículos antes enunciados del Procedimiento Ordinario en Tiempo de Paz.

Y los artículos siguientes de los Procedimientos Extraordinarios en tiempo de Guerra:

"Art. 343. Abierta la audiencia, el Presidente expondrá - previamente el objeto de la reunión y prevendrá al reo que nombre defensor en el acto, si no quiere defenderse por sí mismo. Si el reo no manifestare que hará su defensa, ni

nombra defensor, el tribunal hará el nombramiento de oficio en persona que a su juicio tenga aptitud para desempeñar el cargo. ..."

"Art. 344. Inciso 2o. y final

El Presidente recibirá las declaraciones de testigos, ... si fuere posible hacerlos concurrir y procederá a tomar al reo presente declaración indagatoria, conforme a las disposiciones aplicables al procedimiento en Tiempo de Paz. ..."

Es decir hacerle prevención en cuanto a su defensa, Art. 270.

Es de obligatoria mención que de acuerdo al Art. 249 C. de J. M. no podrá incoarse ningún proceso militar por delito, sino en virtud de la orden de proceder a la instrucción del sumario, orden que "debe proceder siempre a la iniciación del sumario" (Art. 250 C. de J. M.), esto en los procedimientos Ordinarios en Tiempo de Paz, ya que en Tiempo de Guerra constituye la forma excepcional o Extraordinaria, obviamente solo tendrá aplicación lo regulado por el Art. 343 C. de J. M.

Lo anterior, indica que el defensor existe en materia militar y en lo que a este cuerpo de Leyes respecta, desde la propia iniciación del juicio y sin estar sujeto a condiciones tales como la existencia de una privación de libertad en el imputado.

Pero dentro del Código de Justicia Militar el derecho de Defensa se garantiza no solo por la presencia del defensor desde la iniciación del procedimiento sino que existen reglas que tienden a hacer eficaz su ejercicio. Tales como los ar
tículos:

"Art. 260. Inciso final

El Indiciado tiene derecho a que su defensor esté pre
sente durante la declaración indagatoria."

Lo anterior, le garantiza al indiciado que está deteni
do durante el término de inquirir, la presencia del defensor al momento de rendir su declaración indagatoria.

"Art. 265. Se permitirá al procesado manifestar cuanto ten
ga por conveniente para su defensa o para la ex
plicación de los hechos, ...".

Con lo establecido en éste artículo se le garantiza al procesado manifestar lo que crea conveniente, durante la eta
pa de instrucción y al momento de rendir su indagatoria, para su defensa y para la explicación de los hechos que se le atribuyen.

"Art. 293. Tanto el fiscal como el reo o su defensor termi
narán sus alegatos formulando en conclusiones concretas y precisas, sus respectivas pretensio
nes."

Dicho artículo nos muestra las mismas oportunidades pro

cesales que tienen las partes, reo o defensor, para presentar sus alegatos en forma tal que permita ejercitar su defensa.

"Art. 308. Inciso Final.

En seguida se procederá a leer el alegato de acusación y el alegato de defensa, lectura que harán respectivamente, el fiscal General Militar y el defensor del reo. ..."

Inciso que garantiza la presencia del defensor en las Cortes Marciales Ordinarias para la lectura de los alegatos de defensa.

"Art. 310. Los miembros de la Corte, el fiscal y defensor pueden interrogar al acusado, a los testigos y a los peritos, ..."

Esto nos muestra la facultad que tiene el defensor de interrogar al acusado, testigos y peritos lo pertinente para manifestar lo más conveniente para la defensa de su acusado.

"Art. 320. Inciso 1o.

En la misma audiencia en que se ordenare la formación de una Corte Marcial Extraordinaria y, después de las notificaciones del caso, el juez de Primera Instancia Militar dará audiencia al fiscal General Militar y a la defensa por el término de veinticuatro horas. ...

En las Cortes Marciales Extraordinarias, si el juez de Primera Instancia Militar ordenare la formación de la misma, dará audiencia al defensor durante el término de veinticua-

tro horas para que éste conozca las imputaciones que se le hacen a su defendido, antes de que dicha Corte se instale.

Como puede verse, existen en dicho Código de Justicia toda una serie de reglas que tienden a hacer eficaz el ejercicio del derecho de Defensa, y si esto fuera poco, el mismo Código establece que se aplicarán además las disposiciones establecidas en los artículos 308, 310, 311 y 312, 344 parte final, y como corolario de esa defensa responsable exigida por la Ley, el Art. 231 C. de J. M., establece:

"Art. 231. El defensor que no preste la debida asistencia a la defensa de su patrocinado o no cumpla con los deberes de su cargo con toda diligencia, incurrirá en responsabilidad penal; pero si el defensor fuere militar, se comunicará la falta al Ministerio de Defensa para que éste imponga la sanción disciplinaria que crea conveniente."

Debe hacerse obligatoria mención que ni en el Código Penal vigente, ni en el anterior existe un específico hecho punible para el caso regulado en el artículo en cuestión.

En conclusión se puede afirmar que dentro del Código de Justicia Militar se encuentra no simplemente reconocido el derecho de Defensa por la existencia de un defensor sino que se ha regulado sobre el ejercicio del mismo, convirtiéndolo en una verdadera garantía procesal en beneficio del imputado

desde el inicio mismo del juicio, constituyéndose así en un cuerpo legal que sí cumple con lo que actualmente y al respecto dispone el Art. 12 en su Inciso lo. de la actual Constitución.

LEYES DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.

Desde tiempos anteriores a la actual Constitución, han existido Leyes de Procedimientos Especiales a ser aplicadas ante el Decreto de Suspensión de las Garantías Constitucionales, pero para los efectos de este trabajo únicamente se referirá a las existentes dentro del Proceso Revolucionario iniciados a finales de 1979.

En el mes de diciembre de 1980 entró en vigencia la "Ley Especial de Procedimientos Aplicables a los delitos que se refiere el Artículo 177 de la Constitución Política" (se refiere a la Constitución anterior vigente desde 1962), conocido como Decreto 507.

Dicha Ley eminentemente represiva establecía en su Artículo 7 que la Fase de Instrucción sería secreta con un plazo no mayor de 180 días, "término durante el cual no tendrán intervención las partes", regulándose la prevención del nombramiento de defensor para el imputado hasta en el Auto de Elevación a Plenario, pues la intervención necesaria de las partes solo era en la fase Contradictoria o Plenaria, constituyéndose esto las únicas disposiciones a aplicar en lo relativo al derecho de Defen

sa.

Dicha ley fue derogada por el DECRETO 50 que contenía - la denominada "Ley de Procedimientos Penales aplicables al - suspenderse las Garantías Constitucionales" y a diferencia - de la anterior el artículo 16 de este cuerpo legal, disponía que el imputado tenía derecho a partir de la notificación - del Auto que decretaba su detención provisional, a defenderse por medio de abogado o estudiante de Derecho autorizado; pero consideraba al igual que la anterior la existencia del defensor de oficio solamente para la fase contradictoria a tenor de lo dispuesto en su Artículo 24.

En el mes de marzo de 1987 entró en vigencia en susti - tución del anterior el DECRETO número 618 que contenía la de - nominada "Ley de Procedimientos Penales Aplicables al Suspen - derse las Garantías Constitucionales" que en esencia conte - nía las mismas regulaciones que el anterior, pues su básica diferencia existía en materia de competencia por pluralidad de infracciones (Art. 10) y a la validéz de reglas de prue - bas contenidas en decretos anteriores que no consideraba el Decreto 618, ésta ley mantuvo su vigencia hasta el 31 de di - ciembre de 1988.

Con fecha 30 de Noviembre de 1989 y como una respuesta a la denominada "Ofensiva de Noviembre" por Decreto Legisla - tivo número 376 se creó la "Ley Procesal Penal Aplicable en

el Régimen de Excepción", actualmente en vigencia y con aplicación temporal en los periodos de suspensión de garantías - constitucionales que en el mismo considerando III establece un desarrollo de los preceptos establecidos en la Constitución y las disposiciones de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en El Salvador, especialmente los principios que garantizan el debido proceso y la defensa del imputado.

Dicho Decreto constituye una mezcla de los anteriores - decretos con el anteproyecto que había sido presentado a la Asamblea Legislativa por la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña y en ella encontramos las siguientes regulaciones atinentes al Derecho de Defensa y que constituyen, al menos teóricamente hablando, un cambio sustancial con las anteriores leyes especiales:

"Art. 10. Son derechos del imputado: ...

4° Nombrar defensor en las diligencias de los Organos Auxiliares y ser asistido por él, aún - antes de rendir su declaración".

"Art. 11 El Organó Auxiliar o la autoridad que efectuaré la captura, tiene la obligación de informar de manera inmediata al imputado los derechos a que se refiere, el artículo anterior y los demás consignados en el Código Procesal Penal". ...

"Art. 12 El nombramiento de defensor podrá hacerlo - el imputado, su representante legal, sus parientes o cualquier interesado en la forma y con - los requisitos indicados en el Código Procesal Penal.

Para el ejercicio del cargo de defensor, bastará con la aceptación de éste en acta que deberá firmar".

"Art. 13. El imputado tendrá derecho a que su defensor esté presente al momento de rendir declaración y en aquellas otras diligencias que se requiera necesariamente la presencia del primero"

"Art.14. Si la suspensión de las garantías constitucionales incluyere las contempladas en los artículos 12 y 13 de la Constitución. El imputado tendrá los derechos establecidos en este capítulo, pasada la detención administrativa, que no podrá exceder de 15 días".

"Art. 16. Los Organos Auxiliares deberán dar aviso a la Fiscalía General de la República desde el momento de la captura del imputado o desde que sea puesto a su orden y recibir a éste su declaración dentro de las setenta y dos horas de la

detención, previa cita del defensor y del fiscal acreditado. ...

La cita previa al defensor también deberá hacerse en los casos a que se refiere el artículo 13. Se exceptúa lo dispuesto en el Art. 14, cuando en el decreto de suspensión de garantías constitucionales, se modifique dicho término".

"Art. 18. Las diligencias instruidas por los Organos Auxiliares son nulas, en los siguientes casos:

- 1° Por falta de comunicación al imputado de los derechos que le corresponden;
- 2° Por falta de defensor por causa imputable al Organo auxiliar;
- 3° Por falta de cita al defensor para la práctica de las diligencias a que se refieren los artículos 13 y 16 de la presente Ley; ...

En los casos de los ordinales 3° y 4° la nulidad únicamente afectará la respectiva diligencia".

"Art. 23. Cuando el Juez de Primera Instancia de lo Militar tuviere presente al imputado, le hará saber el motivo de su detención y sus derechos, especialmente el de su defensa. ...

"Art. 24. El imputado podrá desde el inicio del pro

ceso, hacerse asistir y defender por persona que deberá reunir las condiciones señaladas en el Código Procesal Penal para ejercer el cargo. Cuando el imputado no tuviere defensor, al notificarle el auto de apertura del proceso el juez le hará saber el derecho que tiene a nombrarlo y si no lo hiciera, el juez le designará defensor de oficio en la siguiente audiencia.

Si el imputado fuere persona autorizada legalmente para ejercer la defensoría, podrá defenderse personalmente si así lo pidiere.

El defensor nombrado ante los Organos Auxiliares, podrá continuar en el ejercicio de su cargo, sin necesidad de nuevo nombramiento ni otra formalidad".

"Art. 25. El imputado no detenido podrá nombrar defensor por los medios que indica la ley desde que se ordena la apertura del proceso. Si no lo hiciera dentro de veinticuatro horas o hubiere de recibirse prueba dentro de dicho término, el juez nombrará uno de oficio".

Y en el capítulo referente a los Recursos, el artículo siguiente:

"Art. 38. ...

Inc. 2°. Si no compareciere el defensor, sea como apelante o apelado, se concederá el término indicado al Procurador de Cámara. ..."

Independientemente de estimarse que las leyes anteriores no tienen ni deben tener cabida en un régimen que pretende ser considerado como democrático, por cuanto ["]constituyen verdaderamente un retroceso en la civilización "como - afirma Carnelutti, cierto es que a la fecha tienen asidero constitucional en nuestro régimen jurídico, por lo que las mismas solamente pueden ser consideradas contrarias a principios doctrinarios.

La relación anterior que se ha hecho de las principales disposiciones relativas al Derecho de Defensa son la mejor confirmación a lo expuesto anteriormente, pero no obstante ello al ser leyes vigentes de la República, al menos se debe destacar que ante presiones populares obviamente - han venido presentando una cierta apertura para el Derecho de Defensa, negado casi completamente en la primera ley comentada y ahora al menos regulada aún con carácter obligatorio para la fase de instrucción.

Pero lamentablemente el régimen probatorio que impera bajo el marco de aplicación de esta ley han vuelto en la - práctica casi nugatorio este derecho, quedando únicamente - determinado su eficaz ejercicio a los errores mismos de los

órganos auxiliares y aún de los mismos órganos jurisdiccionales; y en algunos casos estos errores han tenido mayor trascendencia, como lo sucedido a finales del mes de noviembre del año recién pasado, que se procesó a cientos de sujetos bajo este régimen, con base a una Ley no vigente al tiempo de cometimiento de los hechos que se les imputaban, constituídos principalmente por la imputada participación en la llamada "Ofensiva de Noviembre".

En conclusión, es de obligatoria afirmación el desarrollo positivo que ha tenido ésta legislación en lo que al derecho de Defensa, aunque no en la forma suficiente para estimar verdaderamente que se ha constituido en una verdadera garantía para el procesado, independientemente de que se deba hacer constar que la presencia de defensores en esta rama del Derecho Penal Procesal está determinada más que por incentivos económicos, por gallardía y convicción propia de lo que debe ser un ejercicio de la Defensa ante el poder estatal manifestado ante las clases populares que en ejercicio de sus derechos pretenden un mejor vivir dentro de la sociedad.

CAPITULO 3. LOS SUJETOS PROCESALES Y MECANISMOS DE APLICACION EN EL DERECHO DE DEFENSA.

El Derecho de Defensa no se encuentra limitado en su ejercicio a un solo titular, refiriéndose al sujeto procesal nominado defensor, el amplio contenido de tal concepto y que fue desarrollado en el capítulo 1 de este trabajo, demuestra que tal derecho puede ser ejercido aún por el mismo imputado, es por ello que en este capítulo se desarrollará la intervención de diversos sujetos procesales que pueden tener intervención en un Proceso Penal y en cuyas actividades se encuentra primordialmente el ejercicio de tal derecho.

Algunos autores, destacándose entre ellos Miguel Fenech expone que "el principal defensor de los derechos del imputado debe ser el mismo titular del Organismo Jurisdiccional". Tales afirmaciones no deben confundirse con lo que será objeto de estudio, puesto que esta referencia obedece a conceptos distintos; efectivamente el juez debe ser garante de los derechos del imputado en el sentido que debe ejecutarlos y hacerlos cumplir de conformidad con la ley, pero nunca debe convertirse en un titular activo de la pretensión -

del imputado de considerarse inocente.

El Esquema del Derecho de Defensa es distinto pues el fin principal de este no tiene un punto de vista procedimental, sino que constituye una serie de actividades ejercidas por distintos sujetos procesales encaminados a demostrar dentro del juicio la inocencia del imputado, muy a pesar de que ésta es presumida legalmente.

Si bien la Teoría del Proceso desarrolla las llamadas Partes dentro de un punto de vista formal-material, en el desarrollo de este capítulo no se seguirá tales lineamientos y para los efectos del mismo se hará referencia a las comunes denominaciones que reciben tales sujetos procesales.

3.1 EL IMPUTADO.

En las distintas legislaciones se han utilizado diferentes denominaciones para referirse a la persona contra la que se ejerce una acción penal y así se encuentran nombres tales como: reo, indiciado, procesado, acusado, etc. El Legislador Salvadoreño ha utilizado el vocablo "Imputado" y define al mismo al expresar en el Art. 45 del Código Procesal Penal lo siguiente:

"Art. 45. Tendrá calidad de imputado, toda persona natural mayor de dieciséis años contra quien se

ha iniciado proceso penal por atribuírsele haber cometido una infracción penal o haber participado en ella.

También se considerará imputado aquél que hubiere sido detenido por atribuírsele participación en un hecho delictivo y el que, sin estar en detención, apareciere sindicado en las investigaciones de los órganos auxiliares.

Cuando la comisión de un hecho delictivo se atribuyere a personajurídica, tendrán la calidad de imputados las personas naturales que acordaron o ejecutaron al hecho punible."

La Ley otorga distintas facultades al imputado que tiene una íntima relación con el Derecho de Defensa, ya que si bien generalmente no es una parte del juicio formalmente hablando, obviamente es el principal interesado en su eficaz ejercicio; y así se tienen como ejemplo de tales actividades las siguientes:

1°) Tiene derecho a hacerse asistir por la persona que lo defiende, es decir, a asesorarse previamente a cualquier declaración o acto procesal con el objeto de conocer todas y cada una de las consecuencias procesales que su actividad desarrollará. Es precisamente ésta facultad la que obliga necesariamente a pensar en la existencia de un defensor des

de la misma iniciación del juicio y no una vez que se haya decretado la detención provisional del imputado como actualmente se exige.

2° Tiene derecho a emitir dentro del juicio cuantas de claraciones considere oportunas y convenientes para el esta blecimiento de su pretensión de inocencia, sin existir ninguna disposición legal que lo obligue a declarar, puesto que tal acto debe ser voluntario. Cualquier persona que adquiere la calidad de imputado tiene derecho a presentarse al - tribunal y emitir su correspondiente declaración indagatoria; es obligación del juez citar a cualquier imputado para que rinda su indagatoria cuando a su juicio existan presunciones so - bre la participación de éste, tal como lo dispone el Art. - 188 Pr. Pn.; en ambos casos sin que exista Auto de Deten - ción Provisional y cualquier imputado o consignado a un tri - bunal ya sea en detención por inquirir o provisional tiene derecho a rendir su declaración indagatoria y el tribunal la obligación de practicar tal acto a más tardar en un pla - zo breve señalado en el Art. 189 Pr. Pn.

En cualquiera de los casos antes planteados el imputado puede vertir su declaración en el juicio cuantas veces - quiera, regla que obedece al hecho de ser él el más interesa - do en el establecimiento de una verdad que le exima de su - imputada participación.

3°) Sin tener la calidad de una parte formal, el imputado puede solicitar y ejercitar algunas actividades procesales, tales como:

a) Puede solicitar ser careado con los testigos que lo inculpan, tal como lo dispone el Art. 217 Pr. Pn., en cuya actividad procesal puede directamente cuestionar a dicho testigo;

b) Puede solicitar la concesión de beneficios que tienen relación con la privación de libertad, tales como la Excarcelación Art. 259 Pr. Pn. La suspensión condicional de la Ejecución de la Pena Art. 637 Pr. Pn. y la Libertad Condicional Art. 641 Pr. Pn.;

c) Tiene amplias facultades para impugnar las resoluciones dictadas en su contra o que considere lesivas a su interés mediante la interposición de recursos, debiéndose aclarar que dicha facultad se concretiza a la interposición, más no a intervenir como parte en el procedimiento del recurso; - ejemplos claros y expresos de ésta facultad los encontramos en los Artos. 253 Pr. Pn y 575 Pr. Pn. .

La conclusión de lo anterior debe ser el hecho de que el imputado no es una parte inactiva dentro del juicio o al menos en la práctica no debiera serlo, demostrando la naturaleza de las anteriores actividades, una permisibilidad del -

legislador para el imputado tendiente a demostrar por sí mismo su inocencia o inculpabilidad.

3.2 DEFENSOR PARTICULAR.

Como ya se ha venido espresando el derecho de Defensa constituye toda una garantía procesal con categoría de Principio Constitucional que conlleva la implementación dentro del proceso de diversos mecanismos que lo hagan efectivo. Es dentro de esa pretendida efectividad que surge la persona que se ha dado en llamar en este trabajo Defensor Particular.

Este sujeto procesal ha sido definido en diversas formas, siendo alguna de ellas:

Según Manuel Ossorio el defensor es "en general, quien defiende, ampara o protege", y más propiamente el "Abogado que defiende y patrocina a alguna de las partes".⁽⁴³⁾

El Doctor Manuel Arrieta Gallegos en su obra ya citada, no expresa un concepto de defensor, pues lo que define no es precisamente el sujeto procesal sino que el acto de defensa y así expresa que "defender es amparar, librar, proteger; y en forma más concreta: Abogar, alegar en favor de uno".⁽⁴⁴⁾

El Profesor Italiano Giovanni Leone, expresa:

(43) Ossorio, Manuel. op. cit. p. 206.

(44) Arrieta Gallegos, Manuel. op. cit. p. 118.

que "naturalmente más amplia que la elaboración del Instituto del defensor es la determinación del derecho a la defensa y que aquel no es más que la parte que representa en juicio - al procesado". (45)

Y por su parte el catedrático Español Miguel Fenech - - dedica un apartado especial al que denomina "abogado defensor" y lo conceptualiza como "la persona que teniendo la habilitación legal exigida para ello se dedica profesionalmente a la defensa técnica-jurídica del que interviene en un proceso". (46)

Las definiciones anteriores conllevan puntos en común cuales son el hecho de que al hablar de defensor se está en presencia de un presunto técnico en Derecho y que éste representa un interés específico dentro del proceso Penal: el del imputado. Lo antes expuesto tiene asidero en el inciso 1° - del Art. 62 del Código Penal que expresa:

"Art. 62. El imputado tiene derecho desde la iniciación del proceso a hacerse asistir y defender - por persona que nombre y que deberá reunir las condiciones consignadas en este Capítulo. ..."

Del desarrollo doctrinario y legal antes expuesto se debe concluir que al hablar de defensor particular se está en

(45) Leone, Giovanni. Op. cit. v. 1 p. 563

(46) Fenech, Miguel. Op cit. p. 66

presencia de una persona natural que representa en juicio al imputado y que tiene facultades legales para dicha representación.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del defensor particular y se han planteado teorías como la de la representación, sustitución procesal, titularidad de un oficio, pero en términos generales, en palabras llanas, en nuestro sistema procesal ha tenido mayor cabida la interpretación como un mandato judicial sujeto en consecuencia a algunas regulaciones que sobre tal figura existen en nuestra legislación Civil tanto material como procesal. (Art. 1875) y sigts. C., Art. 98 y sigts. Pr. C.).

En nuestro sistema legal el defensor tiene reconocimiento en su existencia desde la misma constitución, tal como anteriormente se mencionó, plasmado en el inciso 2° del Art. 12 Cn., encargándose el Código Procesal Penal de regularlo en el Art. 62 y sigts. Pr. Pn. .

En nuestra actual legislación el defensor particular puede intervenir prestando asistencia al imputado "desde que se inician las diligencias en los Organos Auxiliares", presentándose en la actualidad y en la práctica dicha intervención un gran cuestionamiento por cuanto todavía no se ha podido definir a cabalidad si tal intervención mantiene la limitante del simple asesoramiento legal al imputado como lo -

expresa el literal a) del Inc. 2° del ART. 46 Pr. Pn., o que por el contrario con el adicionado literal d) se pretende una intervención de éste en las diligencias probatorias de los denominados Organos Auxiliares de la Administración de Justicia. Obviamente a la fecha no existe pronunciamiento alguno al respecto de parte del Organo Judicial en ninguna de las sentencias emitidas por sus Organos Jurisdiccionales.

Tal como lo menciona el Art. 62 antes transcrito, el defensor particular pueda intervenir en el juicio propiamente dicho desde su misma iniciación; eso sí, siempre y cuando exista una persona que reúna los requisitos del Art. 45 Pr. Pn. y que en consecuencia tenga la calidad de imputado, pues como ya se mencionó anteriormente, el procesado tiene derecho a nombrar su defensor particular por su propia calidad no constituyendo ningún requisito su privación de libertad y mucho menos la existencia de prueba en su contra, ya que su naturaleza la adquirió por una inculpación formal.

Pero antes de hablar del ejercicio de la defensoría, es decir, antes de desarrollar las facultades que un defensor tiene dentro de un juicio, es menester desarrollar aunque brevemente, pues no es en sí mismo objeto de esta tesis, los siguientes aspectos:

1°) Nombramiento del Defensor. El defensor particular debe necesariamente ser nombrado por el imputado, sin impor-

tar la edad que tenga y siempre y cuando sea mayor de 16 años o por su representante legal en los casos en que el encausado no haya obtenido su emancipación, definida en el Art. 273 del Código Civil como un hecho que pone fin a la patria potestad.

Es de reconocer que el legislador ha otorgado amplias facilidades para tal nombramiento, puesto que el mismo puede ser hecho desde en forma verbal ante el juez, como por escritos presentados personalmente por el imputado o con su firma legalizada por un notario o en la forma "suí-géneris" de legalización por medio del sello del Centro Penal donde guarda reclusión; aún más la existencia de un poder judicial facultado al apoderado nombrado a mostrarse defensor particular, sin necesidad de petición alguna del imputado.

En este estado es preciso mencionar la regla contenida en el Inc. 2° del ART. 188 Pr. Pn., que obliga a los jueces a hacer saber al imputado antes de recibirle su declaración Indagatoria los derechos que tiene conforme a ese cuerpo legal y especialmente la facultad de poder nombrar defensor en ese momento; regla que en la práctica penal no se cumple por el temor generalizado existente en los llamados Tribunales de Justicia de que el imputado una vez asesorado por su defensor no confiesa el hecho imputado, cuando por el contrario esta regla justifica la apreciación, obviamente teórica

en nuestra República de que el juez es el principal obligado a garantizar los derechos del imputado.

2°) Número de Defensores. Legalmente hablando no hay -- ninguna limitante en cuanto al número de defensores particulares que pueden existir en un proceso en representación del encausado; obviamente será la capacidad económica del mismo lo -- que determinará tal circunstancia, así como la eficacia en -- el ejercicio de la defensa por cuanto un sin número de defen-- sores podría ser considerado perjudicial para un imputado y -- así como el número no está limitado tampoco lo está la facul-- tad del imputado de revocar los nombramientos de uno o de to-- dos sus apoderados independientemente del momento procesal -- en que el juicio se esté desarrollando.

3°) Requisitos para ser defensor. Como se vió en los -- mismos conceptos expresados anteriormente, el defensor parti-- cular es un técnico jurídico, por ello y de acuerdo al Art. 63 Pr. Pn. sólo pueden ejercer tal actividad.

- a) los abogados, es decir aquellos profesionales que ha-- biendo obtenido su título en las escuelas de Derecho, han sido autorizados por la Corte Suprema de Justi-- cia;
- b) los procuradores, constituidos por aquellos legos en derecho que obtenían "el permiso especial de la Cor-- te Suprema de Justicia"; para aparecer en juicio en

representación de otro (Art. 98 y sig. Pr. C.); aclarando que a la fecha no existe ningún procurador de ésta clase; y,

- c) Los estudiantes de Derecho que han aprobado las materias del área Procesal Penal, encontrándose en este caso la vigencia de la autorización sujeta a un plazo de 6 años después de la aprobación, que no se cumple en virtud de las permanentes prórrogas concedidas por la Asamblea Legislativa para los estudiantes cuyo derecho ha expirado.

4°) Requisitos para Ejercer. Independientemente de la capacidad para ser defensor, expuesta en el apartado anterior, existen ciertos requisitos formales que deben cumplirse previamente para que este sujeto procesal pueda ejercer su actividad, tales como:

- a) Debe haber una resolución judicial que tenga por aceptado el nombramiento de defensor que hace el imputado, lo que implica para el tribunal el previo análisis del requisito de la capacidad; y,
- b) Debe la persona nombrada como defensor, aceptar expresamente ante el juez el cargo conferido y fundamentalmente prestar juramento sobre su fiel y legal cumplimiento; recalcándose este último como fundamental por cuanto al tenor de lo dispuesto en el Inc.

último del Art. 64 Pr. Pn. en relación con el Art. -
100 Pr. Pn., la no existencia de tal juramento origi-
naría una nulidad de la actuación del defensor nom-
brado y no juramentado.

Analizados los anteriores presupuestos para el ejerci-
cio de la defensoría, debe considerarse que el defensor
particular tiene diversas facultades tanto dentro del -
juicio como fuera de éste, tendientes a una eficacia -
del Derecho de Defensa; así tiene el derecho de entrevis-
tarse con el imputado dentro o fuera del tribunal en -
privacidad, tiene el derecho a proponer y presentar -
cualquier medio probatorio en beneficio de su pretendi-
do interés, tiene derecho a estar presente en toda dili-
gencia practicada por el tribunal, facultad que en la -
práctica normalmente se vuelve nugatorio dada la no -
existencia durante la fase de instrucción de la obliga-
tória citación, salvo actualmente el caso previsto en -
el Art. 204 Pr. Pn.; tiene derecho como parte que es, a
ser notificado de todas las resoluciones que se dicten
en el juicio, independientemente de la fase en que se -
encuentre, al tenor de la regla general contenida en el
Art. 104 Pr. Pn.; tiene derecho a solicitar del Organo
Judicial actuaciones o decisiones que si bien no inci-
den en el objeto del Proceso Penal (Art. 1 y 85 Pr. Pn)

deben ser emitidas en interés de su patrocinado, como son los beneficios a su libertad como la excarcelación, suspensión condicional de la pena, libertad condicional, cambio de radicación del proceso, traslados penitenciarios, etc.; y tiene la facultad de interponer recursos contra las resoluciones emitidas y que considere perjudiciales para el imputado.

En otro apartado de esta tesis se estudiarán las consecuencias que acarrea el incumplimiento de alguna de las formalidades antes expuestas o el ineficaz ejercicio del Derecho de Defensa por parte del defensor particular, que constituye el principal sujeto procesal encargado de velar por la defensa del encausado sobre la imputación del cometimiento de un hecho delictivo que se le ha hecho bajo los presupuestos exigidos por el Código Procesal Penal.

3.3 DEFENSOR DE OFICIO.

El defensor de oficio no es propio de nuestra legislación y constituye una figura existente en la mayoría de las legislaciones procesales penales, caracterizándose en todas ellas, en la nuestra también, por tratarse de un defensor investido del nombramiento por parte de autoridad judicial previsto única y exclusivamente para la representación o defensa del imputado.

Manuel Ossorio en su obra lo califica como "Abogado de Oficio" y lo define como "el que, ejerciendo libremente la profesión, es designado por la Autoridad judicial, o por las corporaciones de abogados, de acuerdo con la ley, para la defensa de los pobres". (47)

Por su parte Fenech plantea una distinción entre la "Defensa de Oficio" y "Defensa gratuita", la que es aplicable - también en nuestro sistema procesal, indicando que la primera se funda en la necesidad de proveer de Abogado y Procurador al imputado que no los hubiere designado por sí mismo, o que no tuviere aptitud legal para designarlos, cuando el proceso llegue a un estado en que se necesite poder de postulación (capacidad de intervención en juicio) para llevar a cabo algún acto procesal, cualquiera que sea la situación económica de éste último. En cambio la defensa gratuita está fincada en una previa declaratoria judicial de pobreza o insolvencia económica.

Como se dijo esta distinción de Fenech es aplicable - también en nuestro sistema, aunque sin el requisito de la - previa declaratoria de pobreza para el segundo caso, dada la función encomendada en la Constitución para la Procuraduría General de la República y desarrollada en el último inciso -

(47) Ossorio, Manuel. op. cit. p. 8

del Art. 62 del Código Procesal Penal.

Dos son entonces los requisitos básicos doctrinarios para la existencia del defensor de oficio; el primero y que lo caracteriza es el de nacer por medio de una resolución judicial; y el segundo el de tener cabida ante la ausencia de un defensor particular.

Pero para un mejor desarrollo de esta institución es menester considerar lo que al respecto dispone la legislación procesal atinente al caso.

Desde los inicios de la vigencia del actual Código Procesal Penal y hasta el 12 de julio del presente año, el defensor de oficio existía en nuestro régimen procesal solamente en juicios ordinarios y sumarios y hasta en la etapa contradictoria del juicio, llamada plenario para el primer procedimiento señalado; y así se tenía el inciso 4° del Art. 62 y los ordinales 4° de los Arts. 298 y 402 Pr. Pn., que establecían su obligatoria existencia una vez dictado el auto que daba inicio a la etapa contradictoria y ante la ausencia de un defensor particular apersonado en el juicio.

Dicho momento procesal ha sido variado por reformas introducidas a ese cuerpo legal por Decreto Legislativo número 524 publicado en el Diario Oficial número 163, tomo 308 del 5 de julio de 1990, vigentes a partir del día 13 del mes y año citado, por las que tal figura procesal existe ya obliga

toriamente en la fase de instrucción una vez dictado y notificado el auto de detención provisional, resolución que obviamente se emite en esta etapa del juicio. Estas citadas reformas están establecidas en los actuales Incisos 3° del Art. 62 y el ordinal 4° del artículo 248 que regula el contenido de "la resolución judicial que ordenare la detención provisional". Pero debe quedar clara constancia que esta defensoría de oficio se encuentra regulada y establecida única y exclusivamente para el imputado detenido, pues tratándose del ausente tal figura solamente existirá en el caso previsto por el Art. 293 Pr. Pn.

Pero si se analiza con precisión las mencionadas reformas se notará que la obligatoria presencia del defensor de oficio no nace con el auto de detención provisional, sino que una vez notificada dicha resolución, lo que permitirá que los jueces continúen tramitando el juicio válidamente siempre y cuando no le notifiquen tal proveído al imputado que carece de defensor particular, y es conocido que en la práctica judicial no se cumple con el plazo establecido para tal efecto por el Art. 104 Pr. Pn.

Como se ha visto la defensoría de oficio es una designación judicial, es decir, nace de una resolución judicial y vistas las reformas antes planteadas tal obligación existe tanto para un juez de Paz que dicte una detención provisional como para un juez de Primera Instancia, dándose excepcionalmente esta obligación para Tribunales de Segunda Instancia únicamente en aquellos casos en que conocen como Tribunales de Primera Instancia (Antejuicio) o cuando encontrándose el proceso en esos tri

bunales para resolver recursos que les competen (Apelación o consulta) les fuere consignado un imputado y le decretaren la detención provisional.

Las personas que pueden ser designadas judicialmente de fensores de oficio son en un primer momento aquellas capaci tadas para ejercer la defensoría particular y que se encuen tran reguladas en el Art. 63 Pr. Pn., anteriormente estudia das, pero el legislador permite que a falta de estas el juez pueda nombrar como tales "a cualquier otra persona mayor de edad, de reconocida moralidad y conocimientos prácticos en derecho", lo que indica claramente la poca importancia que tiene para el legislador penal una verdadera y eficaz defen sa.

Emitido el nombramiento es requisito indispensable para el ejercicio de la defensoría, al igual que en la particular, que el designado defensor de oficio acepte el cargo y jure su fiel cumplimiento, pues la no observancia de este requisi to configuraría una nulidad al tenor de lo prescrito en el Art. 100 Pr. Pn. Y es ante esta notificación del nombramien to que la persona designada puede excusarse para tal cargo, considerando el legislador una facultad amplia de apreciación de la excusa para el juez, puesto que ni siquiera enumera las causales y solamente exige el que las mismas sean "razona - bles".

Y como expresamente lo menciona el Art. 66 Pr. Pn. "el cargo de defensor de oficio es de obligatoria aceptación", estableciéndose sanciones administrativas como lo es una multa, para la persona que no acepte tal cargo. Obviamente tal obligatoriedad nace de la misma designación, pues no es de carácter convencional o contractual, sino que constituye una resolución judicial de obligatorio cumplimiento por parte de los ciudadanos.

Como se mencionó al principio el defensor de oficio no tiene nada que ver con un requisito de pobreza o insolvencia del imputado, es por ello que el legislador establece una gratuidad en tal servicio pero permite convenios o arreglos económicos entre el imputado y su defensor de oficio y en caso se estableciere en el juicio que "el reo tuviere medios económicos que lo capaciten para pagar" el juez está obligado a condenarlo en la sentencia definitiva, caso esta procediera, a satisfacer honorarios conforme al arancel judicial.

Vale la pena mencionar que en aras de garantizar al derecho de Defensa, los jueces no tienen ninguna limitante para nombrar varios defensores de oficio, caso que considerarán que la existencia de uno solo no constituiría una verdadera garantía de tal principio.

Siguiendo la tónica de la poca importancia que el Código Procesal Penal concede a una eficaz defensa del imputado, el ART. 378 Pr. Pn. desarrolla un caso especial de "Defensor de oficio" que no viene a sustituir a los nombrados convencionalmente o por parte del Juez, salvo el caso de renuncia o revocación, y que opera o existe única y exclusivamente para el desarrollo de la vista Pública en donde se decidirá ni más ni menos que la culpabilidad del imputado y por ende su "condena o absolución". Los requisitos y formalidades para este caso son las mismas planteada anteriormente, pero se constituyó en obligatoria su citación para exponer la opinión con que se ha iniciado este mismo párrafo.

En un capítulo posterior se desarrollará lo relativo a la inobservancia de algunas reglas antes planteadas, pero desde ya se puede mencionar que la no existencia de un defensor de oficio en los casos en que es obligatoria su designación produce la nulidad absoluta del juicio en la parte subsiguiente al acto procesal en que debiera existir.

3.4 PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

De conformidad al Art. 191 de la Constitución, el Ministerio Público será ejercido por el Fiscal General de la Repú

blica, el Procurador General de la República y los demás funcionarios que determina la Ley, no existiendo en la Exposición de Motivos de la Carta Magna ninguna mención a la Procuraduría General de la República que permita un somero análisis de sus funciones, por lo que en lo que respecta a este trabajo se mencionará únicamente lo dispuesto en el ordinal 2o. del Art. 194 de tal cuerpo Primario Legal que dice:

"Art. 194. Corresponde al Procurador General de la República: ...

2° Dar asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos, y representarlas judicialmente en la defensa de su libertad individual y de sus derechos laborales; ..."

Es con base a tal disposición que la Procuraduría General de la República tiene facultades para intervenir en procesos penales, por sí misma, sin estar condicionada la intervención de sus agentes a un nombramiento del imputado, pues en este caso la figura sería la del defensor particular, independientemente que tal sujeto pertenezca a la Institución en mención. Pero debe tenerse presente que de acuerdo a la Constitución su intervención está condicionada a que el imputado sea una persona de "escasos recursos económicos", situación que deberá ser considerada por la Institución antes de intervenir en juicio en su representación.

En el Código Procesal Penal se encuentra referencia expresa a la intervención de la institución gubernamental en comentario cuando el último inciso del Art. 62 Pr. Pn. dispone:

"Art. 62. ...

Inc. últ. La Procuraduría General de la República, por medio de sus agentes auxiliares, correrá con la defensa de los incapaces y por medio del respectivo procurador con la de los demás imputados en segunda instancia, en casación y en los recursos ante la Corte Suprema de Justicia, a no ser que los imputados quieran y puedan defenderse por sí o que sus defensores continúen defendiéndolos".

Mucho se ha cuestionado el concepto de "incapaces" que este artículo establece y así algunos expresan que se refiere o incluye a los menores de edad, posiblemente impulsados por la facultad de protección de tales personas que la misma Constitución le concede, pero si se analiza el Art. 194 Cn. claramente se nota que la referencia a menores que hace el ordinal primero corresponde a materias distintas a las representación judicial en defensa de la libertad individual que el ordinal segundo concede para las "personas de escasos recursos económicos". Existiendo esa clara distinción no puede menos que entenderse en consecuencia que la intervención no

está condicionada por la minoridad, sino que por la pobreza del imputado, debiéndose entenderse así en consecuencia la incapacidad a que se refiere el inciso último del Art. 62 Pr. Pn. en comento.

Pero vistas así las cosas el legislador secundario no regula como o en que forma intervendrán los agentes de la Procuraduría, pues no los incluyó en el Art. 63 Pr. Pn. como capaces en razón propia de ejercer el cargo de defensor en procesos penales; es por ello que en la práctica lo que se está y a venido desarrollándose es una defensoría particular por parte de los agentes procuradores, quienes no presentan en juicio una credencial de su institución que los acredite como defensores de determinado imputado, si no que un "poder" firmado por éste para así poder intervenir en el juicio, lo que obviamente desnaturaliza aún la misma disposición constitucional.

En conclusión, el principio constitucional no tiene ningún desarrollo en nuestra legislación secundaria, por lo menos en este punto analizado, pues en la Segunda Instancia y Casación sí encontramos disposiciones expresas que conceden la representación defensorial a los agentes de la Procuraduría General de la República por su propia calidad y función, sin estar sujetos como en primera instancia a la existencia de un nombramiento por parte del imputado. En razón de que -

de este punto será analizado en acápite posterior solamente se limitará a mencionar las disposiciones pertinentes: - Artos, 530, 533, 576 y 612 Pr. Pn.

Vale la pena mencionar que actualmente y con fondos de la Agencia Internacional para el Desarrollo, la Procuraduría General de la República se encuentra implementando un plan de defensoría penal, motivado también por el hecho de que la reforma introducida al Art. 140 de la Ley Orgánica Judicial, - publicada en el Diario oficial número 203, tomo 308 de fecha 22 de agosto de 1990 contiene obligaciones de una práctica penal para los que pretenden recibirse de abogados que se podrá canalizar por la Procuraduría General de la República, - pero siempre actuando, a menos que se reforme o adicione el Código Procesal Penal, como defensores particulares o de oficio, que son las únicas figuras que sí desarrolla el cuerpo legal mencionado.

3.5 OTROS ORGANISMOS DE DEFENSORIA.

En nuestra República y por disposición constitucional no está permitida la Colegiación obligatoria, con lo cual no se encuentra ninguna asociación de profesionales del Derecho - que no pasen de ser un centro social, no existiendo como en otros países organizaciones de abogados que presten servicios a la colectividad a la que pertenecen y se deben, entre

las cuales se encuentran la asesoría o representación defensorial.

Así mismo y desde hace mucho tiempo las distintas Escuelas de Derecho no tienen reglado el servicio social a que se obliga prestar todo futuro profesional, por lo que ha venido existiendo año con año una dispensa de tal servicio.

Es por ello que en un primer momento es posible afirmar que en algunos de estos campos: El de las Asociaciones de Abogados y de Servicios Sociales de las Escuelas de Derecho, no se encuentran funcionando lo que se a dado en llamar Organismos de Defensoría.

Pero, a raíz del actual proceso de violencia que vive el país, iniciado si se quiere expresar una fecha, a partir de inicios del año de 1980, las Organizaciones Populares se han visto en la necesidad de crear Organismos o departamentos jurídicos que les permitan realizar una defensa de sus asociados, ya con fondos propios, ya con fondos provenientes de organizaciones extranjeras. También las iglesias han tomado conciencia sobre una participación activa y no simplemente secular sobre su papel o rol en la sociedad y en beneficio de los más necesitados, motivándose así una proliferación de servicios jurídicos por su parte.

Es por lo anterior que se puede afirmar que los únicos "Otros Organismos de Defensoría" existentes a la fecha están

formados dentro de las agrupaciones sindicales, religiosas o estudiantiles en algunos casos, sobre los cuales hay que considerar su limitada participación en la defensoría penal, determinada por la naturaleza del delito y en todos los casos por las vinculaciones políticas, reales o ppresuntivas, de los imputados.

Precisamente su origen y vinculación ha motivado una determinada actuación en defensa única y exclusiva, por regla general, de imputados por "delitos políticos", teniendo esta concepción su más llana expresión y no limitada al concepto legal del Art. 151 del Código Penal, en los que los procesados son obviamente vinculados a Organizaciones Populares de cualquier género, pero populares al fin.

Su actividad la realizan dentro del marco de la defenso ría particular, pues no existen disposición legal alguna que los faculte a intervenir por sí mismo, es decir, en forma institucional, razón por lo que toda su regulación esta remitida a lo expuesto en el pertinente apartado, sirviéndo este acápite fundamentalmente para manifestar un expreso reconocimiento a su existencia en defensa de un derecho fundamental y sagrado cual es la libertad personal de los individuos, no obstante, los evidentes obstáculos que en tal ejercicio se les presentan que subliman más su existencia.

Sin que el orden de exposición indique una importancia,

se destacarán las siguientes organizaciones que a través de su oficina o departamento jurídico presta este servicio:

a) TUTELA LEGAL DEL ARZOBISPADO de San Salvador, fundada en 1982 y que entre sus funciones está la prestación de asistencia legal, aunque es de notar que ésta no constituye su principal atribución.

b) COMISION DE DERECHOS HUMANOS NO GUBERNAMENTAL fundada en el año de 1977, posee dentro de su personal un pequeño equipo de colaboradores que en muy especiales y determinados casos prestan su servicio de defensoría.

c) SOCORRO JURIDICO CRISTIANO MONSEÑOR "OSCAR ARNULFO ROMERO", fundado en 1975 y posee un equipo permanente para la asistencia legal, específicamente en los campos civiles y penales.

d) DEPARTAMENTO JURIDICO DE LA IGLESIA LUTERANA SALVADOREÑA, establecido en 1988, constituye uno de los más recientes, pero mantiene oficinas en las tres zonas principales del país.

e) OFICINA DE ASISTENCIA LEGAL DE LA UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA "JOSE SIMEON CAÑAS" (UCA), impulsada por el Instituto de Derechos Humanos de la UCA y en estrecha colaboración con el Departamento de Ciencias Jurídicas de la misma Universidad, presta a través del Servicio social de los estu

diantes de Ciencias Jurídicas, una relativa y muy escasa actividad, pero al menos existente, en la defensoría penal, aunque limitada visiblemente a personas de escasos recursos económicos.

f) SOCORRO JURIDICO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNVIERSIDAD DE EL SALVADOR, constituye la primera oficina fundada en el país en defensa de los "necesitados" y con intervención en casos calificados como "políticos", pero actualmente participando casi con exclusividad en los casos penales en que están involucrados estudiantes de tal Universidad.

Posiblemente no se ha mencionado todos los existentes, pero los anteriores constituyen los más reconocidos.

3.6 LA DEFENSA EN SEGUNDA INSTANCIA Y CASACION

El Código Procesal Penal desarrolla la Segunda Instancia mediante los Recursos de Apelación y Consulta, que originan una nueva oportunidad procesal en la cual Tribunales Superiores "estudian" y resuelven sobre la sentencias pronunciadas en Primera Instancia, con toda la amplitud o potestad resolutive señalada en el ART. 548 Pr. Pn.. Así mismo entre los recursos Extraordinarios contempló el legislador Penal la llamada casación, que vino a suprimir o sustituir a la antigua Ter

cera Instancia.

En ese orden y sin entrar a consideraciones sobre la naturaleza de cada uno de ellos por no ser objeto de este trabajo, se analizará el Derecho de Defensa en cada uno de tales recursos.

APELACION

Este recurso se encuentra regulado del Art. 520 a 545 - Pr. Pn. y constituye entre los antes mencionados, el único - que origina una Instancia, es decir y en términos generales, una oportunidad procesal de aportación y discusión de pruebas.

Este recurso puede ser interpuesto tanto por el imputado como por su defensor, así como por las otras partes, bajo las reglas de forma y término que señalan los Artos. 280, - 298, 515 y 521 Pr. Pn.; y en lo que respecta al Derecho de Defensa es de enunciar los siguientes puntos básicos:

1°) A diferencia de la Primera Instancia, en el desarrollo de este Recurso la Procuraduría General de la República tiene una representación procesal del imputado cuando éste o su defensor no se apersonan al Tribunal de Segunda Instancia ya como apelante o como apelado, sin necesidad de existir un contrato o "poder" otorgado al efecto por el procesado e independientemente de ser presente o ausente en el juicio y de

su misma condición económica. Esta actividad procesal constituye una verdadera consecuencia del principio constitucional expuesto en el apartado anterior relativo a esta Institución del llamado Ministerio Público; y debe hacerse constar que visto lo regulado en los Artos. 530 y 533 Pr. Pn. esta necesaria intervención garantiza en cierta medida el ejercicio de la defensa del imputado;

2°) Si bien es cierto la Apelación permite una oportunidad de aportación de pruebas, dada la procedencia de la misma regulada por el Art. 535 Pr. Pn., es de considerar que la limitación no permite el desarrollo de una verdadera Segunda Instancia y por ende del ejercicio de la defensa; y a diferencia del Proceso Civil que solo tiende a la verificación de pruebas, el proceso penal debe tener presente su propia naturaleza de investigación de hechos y por ende no debe existir una limitación de prueba de esta naturaleza que en el ejercicio de la defensoría constituye un verdadero obstáculo;

3°) Al menos en lo que respecta a las sentencias originadas por este Recurso se pueden hacer consideraciones en favor de la defensa del imputado, consistente principalmente en el efecto extensivo regulado por el Art. 524 Pr. Pn., que permite al tribunal resolver en favor de imputados sobre los

cuales no se ha interpuesto el recurso y el ART. 548 Pr. Pn., que permite al tribunal resolver favorablemente a este con base a puntos o cuestiones no alegadas por las partes intervinientes, ambas en consecuencia permiten por parte del Juzgador la emisión de resoluciones positivas y en beneficio de la persona sobre la que se ejerce la acción penal.

CONSULTA

Esta figura se encuentra regulada por los Artos. 278, - 517 a 519 Pr. Pn., y realmente no constituye un recurso por cuanto procede por disposición legal y sin ninguna petición de parte. Así mismo de su análisis se concluye que no origina en estricto sentido una segunda instancia, por cuanto no existen partes intervinientes, no hay alegaciones de prueba y muchos menos aportación de las mismas, por lo que no puede hacerse análisis alguno en lo que al Derecho de Defensa respecta y solamente se le puede aplicar lo expuesto en el ordinal 3° anterior, no obstante hay que reconocer que al menos constituye una oportunidad para que un Tribunal Superior revise al menos las principales sentencias dictadas en un juicio por los Tribunales de Primera Instancia.

CASACION

Este Recurso por su especial naturaleza no permite mucho el ejercicio del Derecho de Defensa, pero sí debe hacer-

se constar que la ley, faculta al propio imputado para su interposición (Art. 575 Pr. Pn.); existe una intervención de las partes y el procesado ante la ausencia de defensoría particular o de oficio es representado por un agente de la Procuraduría General de la República. Así mismo y al igual que en la Apelación existe un efecto extensivo de la resolución (Art. 593. Pr. Pn.) para aquellos imputados en cuyo favor no se ha interpuesto tal recurso y excepcionalmente permite la aportación de prueba (Art. 586 Pr. Pn).

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión inequívoca que en nuestra legislación procesal el Derecho de Defensa no tiene una regulación para su eficaz ejercicio en Segunda Instancia o Casación, habiéndose limitado el legislador a conceder ciertos "beneficios" para el imputado en la sentencia que obviamente constituyen minúsculos intentos para la defensa del procesado, a quien principalmente se le ha negado una verdadera aportación y discusión de pruebas, elementos básicos de una real Instancia procesal.

CAPITULO 4. VIOLACIONES Y CONSECUENCIAS DEL DERECHO DE DEFENSA.

Dentro de las reglas del debido proceso, el Derecho de Defensa ocupa un papel preponderante, fundamentalmente por el hecho de originarse dentro de una conceptualización histórica de la llamada Garantía de Audiencia; es por ello que los aspectos negativos o su inobservancia producen en consecuencia efectos jurídicos, los cuales serán objeto de consideraciones en este capítulo.

Con el propósito de comprender la importancia que en la práctica de nuestros Tribunales ha tenido su inobservancia se examinaron las Revistas Judiciales de los años 1985 y 1986, únicas a la fecha existentes, dado el vacío iniciado en el año de 1976, fecha de su anterior última edición, y quizás sin ninguna sorpresa no se encontró en ninguna resolución de Indultos, Conmutaciones o Sentencias de Casación, ninguna sentencia de la Sala de lo Penal o de la Corte Suprema de Justicia sobre este punto.

Así mismo se examinó el trabajo denominado "Derecho Constitucional Salvadoreño: Catálogo de Jurisprudencia" realizado por el doctor Mauricio Gutiérrez Castro y que contiene la doctrina de las resoluciones emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, desde su

instauración hasta octubre del año de 1988, pero siguiendo - la poca sorpresa, en ninguno de sus apartados existe sentencia alguna relativa al Derecho de Defensa que haya sido objeto de estudio y decisión mediante el recurso constitucional denominado "Habeas Corpus".

En consecuencia, poco o nada se podrá encontrar en la jurisprudencia Salvadoreña sobre esta Garantía Procesal, por lo que en su mayoría el presente análisis versará fundamentalmente con base a los pertinentes preceptos legales, que contienen o desarrollan algunos principios doctrinarios al respecto.

4.1 INCONSTITUCIONALIDAD

Como se ha venido expresando el Derecho de Defensa tiene rango Constitucional constituyéndose en una garantía Individual fundamental de la persona; es por ello que en un primer momento debe cuestionarse si su incumplimiento es capaz de producir una Inconstitucionalidad.

En nuestro sistema jurídico el legislador ha optado por un control desconcentrado de la Constitucionalidad, pues si bien el Art. 183 de la Constitución otorga a la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional la competencia exclusiva de "declara la Inconstitucionalidad de las leyes", la misma Carta fundamental otorga a los Organos jurisdiccionales dentro de su potestad de admi

nistrar justicia y en los casos que estén bajo su decisión "declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Organos, contraria a los preceptos constitucionales" (Art. 185 Cn.)

Sobre estos principios hacen relación los Artos. 14 y 53 Ord. 1 "a" de la Ley Orgánica Judicial y la Ley de Procedimientos Constitucionales en sus Artos. 1, 2 y 6 a 11.

Hechas estas breves relaciones de las disposiciones pertinentes se recordarán algunas consideraciones fundamentales que anteriormente y en lo atinente se hiciera sobre el Derecho de Defensa: La Constitución obliga en su Art. 12 a que al imputado "se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa" y garantiza "la asistencia de defensor" tanto en las diligencias de los Organos Auxiliares como en los Organos jurisdiccionales.

Y en desarrollo de estos principios el Código Procesal Penal establece como "Derecho del Imputado" en su Art. 46 el de "nombrar defensor" desde la iniciación del proceso y aún en los Organos Auxiliares, estableciéndose en el Art. 62 en relación con el Art. 248 No. 4 una obligatoria existencia de este sujeto procesal desde la notificación del Auto de Detención Provisional, pero solo para el imputado detenido, pues para el ausente esta obligatoriedad se encuentra hasta en la

etapa contradictoria en el caso previsto por el Art. 293 Pr. Pn. .

En ese orden de ideas formalmente hablando el Código - Procesal Penal cumple con la garantía Constitucional del Derecho de Defensa por lo que no sería viable el que la Sala - de lo Constitucional estimare una Inconstitucionalidad. Pero se ha expresado "formalmente hablando" por lo siguiente:

Mucho se ha insistido que tal derecho no se garantiza - con la simple existencia de una persona con el rango de de - fensor; el Inc. 1° del Art. 12 Cn. es claro en el sentido - de exigir que al imputado se le "aseguren todas las garan - tías necesarias para su defensa" y obviamente no puede exis - tir esa protección, firmeza o seguridad cuando el defensor - tiene obligatoria intervención hasta que ya se han practica - do las fundamentales primeras diligencias de instrucción y - se ha probado el cuerpo del delito y la participación del im - putado en la forma requerida para dictar un auto de deten - ción provisional y mucho menos cuando puede ser defensor de oficio cualquier persona con mínimos requisitos de conoci - miento de Derecho no exigidos y ni siquiera académicos, que por cierto establece una desigualdad procesal en perjuicio - del imputado en contraposición de la asistencia letrada obli - gatoria exigida para el acusador (Art. 55 Pr. Pn.). Obviamen - te la exigencia debiera ser al contrario.

Con base en el anterior análisis no puede menos que concluirse que el legislador secundario a través del Código Procesal Penal no desarrolla el principio Constitucional aludido y por el contrario establece mínimos requisitos y exigencias de la defensoría que contradicen con toda claridad a la protección pretendida y exigida por la Constitución, desarrollándose así una verdadera Inconstitucionalidad, pues esta existe no solo en los casos en que claramente se contradicen principios Constitucionales sino que también en aquellos casos que so pretexto de garantizarlos los vulneran en su ejercicio y eficacia, como es el caso expuesto, constituyéndose así dicha vulneración en una real inconstitucionalidad.

Pero particularmente se cree que esta opinión no será compartida por la Sala de lo Constitucional o por Tribunales inferiores y lo demuestra el hecho expuesto en la introducción de este capítulo que expone la inexistencia total de Jurisprudencia al respeto.

4.2 NULIDADES

Para los efectos de este trabajo se aceptará el concepto que define a la nulidad como la "ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma" (48), no ha-

(48) Ossorio, Manuel. op. cit. p. 491

ciendo consideraciones doctrinarias sobre la diferencia conceptual con "anulación" por cuanto no es atinente a este trabajo y dada la regulación sobre este efecto existente no solo en la legislación penal si no que en todo nuestro sistema jurídico.

Bajo el apígrafe de "Principio de Legalidad de la Condena" el Art. 3 Pr. Pn. establece que nadie " podrá ser privado del derecho inviolable de defensa", sancionando dicha privación expresamente con la nulidad en los Arts. 62 y 551 - Ord. 5° del mismo cuerpo legal.

Con sus diferencias doctrinarias el Código Procesal Penal regula tanto las llamadas nulidades absolutas como las relativas, exigiendo para ambas su declaratoria judicial para que surtan efectos (Arts. 552 a 555).

La nulidad referente a la defensoría es una nulidad absoluta y por ende no sujeta a subsanación por la aceptación tácita o expresa de las partes y surte sus efectos una vez declarada por el Organo Jurisdiccional para las etapas procesales en que es obligatoria la existencia de defensor; es decir, que no anula todos los actos procesales sino solo aquellos subsiguientes a la notificación de la detención provisional para el imputado presente y después del auto de elevación a plenario para los únicos permisibles casos de desarrollo de etapas contradictorias para el ausente (Arts.. 293 y

404 Pr. Pn.); es decir, produce una nulidad parcial del proceso.

Esta nulidad puede ser declarada por el Juez de Paz o de Primera Instancia en cualquier estado del proceso y no está sujeta a impugnación de las partes mediante el recurso de Apelación, que no existe para esta clase de resolución judicial, los cuales únicamente podrán solicitar la Revocatoria de acuerdo a las reglas de los Artos. 513 a 516 Pr. Pn. .

Así mismo y al conocer ya sea en Consulta o Apelación, las Cámaras de Segunda Instancia están plenamente facultadas para hacer esta declaratoria de nulidad con los efectos ya apuntados, independientemente que no se hayan alegado (Art. 548 Pr. Pn.).

En este punto merece especial consideración el Recurso Extraordinario de Casación que en la mayoría de los casos produce la nulidad de los actos procesales, por lo menos en lo que a los llamados Motivos de Forma se refiere; y así se tiene que el Art. 573 dispone en lo pertinente:

"Art. 573. Hay motivo de forma en los siguientes casos: ...

3° Cuando se hubiere dejado sin defensor al imputado que no hubiere manifestado querer defenderse por sí mismo, teniendo facultad legal para ello; ...

En este caso la nulidad debe ser alegada expresamente - por las partes, dada la limitación en la sentencia que regula el Art. 594 Pr. Pn. en cuanto a que esta recaerá "solamente" sobre los motivos alegados, pero si no se alegare y al encontrarse el Tribunal de Casación (Sala de lo Penal Fundamentalmente) decidiendo tal recurso y notare la falta de defensor, dada la amplia facultad y oportunidad procesal regulada en el Art. 552 Pr. Pn. dicho Tribunal deberá declarar la nulidad, pero ya no como motivo de Casación si no de acuerdo a las reglas generales de las nulidades establecidas en el Título pertinente a esta institución.

4.3 SANCIONES DISCIPLINARIAS Y ADMINISTRATIVAS

El ejercicio del Derecho de Defensa debe constituir para el estudiante de Derecho y el profesional abogado, una actividad o función sublime que va más allá del simple ejercicio de la profesión, puesto que el valor que está en juego en un proceso penal constituye una de los más preciados derechos en la vida humana, cual es la libertad individual o personal.

En ese orden de ideas el legislador penal debe necesariamente tratar de cubrir o amparar ese derecho de defensa en cuanto al principal sujeto activo de su ejecución, cual -

es el defensor, obligándolo en cierta medida a realizar su función en la mejor forma posible; lamentablemente y como ya se mencionó en acápite anteriores, en lo que a sanciones procesales respecta, es decir, con repercusión en el mismo proceso penal, la ley solamente consideró su ausencia, más no así un débil o ineficaz ejercicio, algunas o muchas veces más perjudicial para el imputado que la misma acción judicial en su contra.

En esta parte no se verá nada en relación al Proceso Penal, pues al hablar de sanciones disciplinarias y administrativas se refiere expresamente al elemento humano, es decir, al defensor; y así tenemos reglas de carácter general como el Art. 67 del Código Procesal Penal que dispone:

"Art. 67. Los defensores serán responsables por el retardo malicioso o negligente del curso de la causa. ..."

Pero ante lo anterior surge la obligada pregunta: ¿Qué responsabilidad es la resultante?.

En el Título del Código Penal relativo a los Delitos contra la Administración de Justicia y específicamente en su capítulo I que se refiere a los Delitos contra la Actividad Judicial, bajo el epígrafe de Patrocinio Infiel el Art. 478 establece:

"Art. 478. El abogado, procurador, defensor o mandatario judicial que defendiere o representare par -
tes contrarias en el mismo asunto, simultánea o
sucesivamente, perjudicare deliberadamente los -
intereses de la parte por él asistida, represen-
tada o defendida ante la autoridad judicial, se-
rá sancionado con diez a noventa días-multa.
Cuando el patrocinio infiel se hubiere cometido
en perjuicio de una persona a quien se impute la
comisión de delito, la sanción podrá aumentarse
hasta en una tercera parte del máximo señalado.
En las mismas sanciones incurrirán los fiscales,
asesores y demás funcionarios encargados de emi-
tir dictamen." (El subrayado es propio).

Con base al principio de Legalidad que inspira la legis-
lación Penal, resulta bastante alambicado pensar que la negli-
gencia del defensor desarrollaría este delito, sobre todo por
su elemento subjetivo, el dolo, en este caso establecido por
la palabra "deliberadamente" y fundamentalmente por el hecho
de que dado el principio de Oficiosidad Procesal que inspira
la tramitación de los procesos penales, tanto en la acción pe-
nal pública como dependiente de instancia privada, reguladas
por el Art. 86 Pr. Pn., la negligencia de un defensor en su
intervención no conllevaría el efecto exigido por el legislador

penal cual es el perjuicio real y no potencial que debe darse como resultado, traducido evidentemente en una resolución desfavorable para el reo.

Pero si bien no existe una figura penal contra la actitud negligente o maliciosa de los defensores, en el Código - Procesal Penal se encuentran algunas disposiciones sancionadoras de tales conductas; y así se tiene:

- a) "Art. 109. Si vencido el término por el cual se corrió el traslado no se hubiere devuelto el proceso, el juez, previo informe de la secretaría y sin necesidad de que se acuse rebeldía, ordenará que se devuelva dentro del término perentorio de veinticuatro horas.

Si finalizado dicho término el proceso no hubiere sido devuelto, el Juez mandará recobrarlo autorizado el allanamiento del domicilio o del lugar donde se presume que existe, e instruirá en pieza separada el juicio correspondiente".

Esta regla aplicable a todas las partes establece sanciones por un evidente retardo al no presentar en el tiempo debido al Tribunal el proceso entregado para la evacuación - del traslado conferido.

- b) "Art. 313. Contestado el traslado o tteniéndolo por - evacuado, el juez pronunciará sentencia dentro

de los treinta días subsiguientes. Si las partes no alegaren de bien probado o en su respectivo alegato no cumplieren con las disposiciones de este Capítulo, el juez les impondrá en la misma sentencia, una multa de veinticinco a cien colones exigibles sin formación de causa."

Este artículo pretende que las partes y en el caso que nos ocupa el defensor, al menos hagan uso de las oportunidades procesales establecidas para el ejercicio de su función, pretendiéndose aunque lo hagan conforme a las regulaciones legales establecidas al efecto.

c) "Art. 344. Cuando alguna de las partes manifestare una causal de incapacidad general o relativa inexistente respecto de alguno de los jurados o callare las que fueran de su conocimiento, además de la responsabilidad penal en que pudiera incurrir, será sancionado con una multa de doscientos a un mil colones que impondrá el Juez respectivo. Se tendrá por inexistente la causal alegada, cuando no se probare ésta dentro de los ocho días posteriores a la fecha de la vista pública.

Cuando alguno de los jurados bajo juramento aceptare como cierta una incompatibilidad o in-

capacidad inexistente, o la inexistencia de una causal verdadera alegada por las partes, se le aplicará una multa de doscientos a un mil colones, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurriere.

En cualquiera de los casos anteriores, si se frustrare la vista pública deberá imponerse el máximo de la multa."

Esta disposición legal pretende que las partes, obviamente inclusive el defensor, ejerzan en debida forma el derecho de recusación que se les concede, partiéndolo de una práctica viciada cual ha sido la utilización de este medio para frustrar vistas públicas, en detrimento de la pronta justicia y más fundamentalmente en perjuicio del reo que seguirá esperando la decisión de un jurado.

d) "Art. 377. El fiscal, el acusador y el defensor estarán obligados a concurrir a la vista pública y a no retirarse de la misma sin justa causa, salvo que sea con permiso del juez. Los contraventores incurrirán en una multa de cien a doscientos colones que hará efectiva el juez, sin formación de causa.

Si la vista pública se frustrare por inasisten-

cia de alguna de las partes, éste deberá además restituir al Fisco lo que se hubiere pagado a los jurados.

El juez estará obligado a comunicar las contravenciones a la Corte Suprema de Justicia, Fiscalía General de la República y Procuraduría General de la República, en su caso, para la imposición de medidas disciplinarias; caso contrario el juez incurrirá en una multa de cincuenta a cien colones que impondrá y hará efectiva el tribunal superior en grado."

Claramente la disposición legal transcrita evidencia su finalidad cual es la de evitar las frustraciones de vista públicas por la inasistencia de las partes, estableciéndose sanciones por la inasistencia; obviamente la asistencia del defensor es de suma importancia, aunque lamentablemente y por las razones expuestas en el capítulo pertinente el legislador penal reguló para este caso un defensor de oficio sustituto (Art. 378 Pr. Pn.)

Y dentro del campo de la Ley Orgánica Judicial se encuentran algunas disposiciones legales que facultan a algunos Organos jurisdiccionales, específicamente a la Corte Suprema de Justicia, a la imposición de sanciones disciplinarias para abogados y estudiantes de Derecho que "incumplieren

con sus obligaciones profesionales" debiéndose incluir dentro de estas la eficacia o al menos pronto ejercicio de la defensoría; tales disposiciones transcritas a continuación en lo pertinente son:

"Art. 51. Son atribuciones de la Corte Plena las siguientes: ...

4a. Practicar recibimientos de abogados y autorizarlos para el ejercicio de su profesión y para el ejercicio de la función pública del notariado, previo exámen de suficiencia para esta última, ante una comisión de su seno; inhabilitarlos por venalidad, cohecho, fraude, o falsedad, y suspenderlos cuando por incumplimiento de sus obligaciones profesionales, por negligencia o ignorancia graves, no dieren suficiente garantía en el ejercicio de sus funciones; por mala conducta profesional, o privada notoriamente inmoral; ... En los casos de suspensión e inhabilitación procederá en forma sumaria y resolverá sólo con robustez moral de prueba. Las mismas facultades ejercerá respecto de los estudiantes de las Facultades de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, que actúen como defensores en causa penal o comparezcan por otro en causas la-

borales; ... (El subrayado es propio)

"Art. 115. Habrá en la Corte Suprema de Justicia una sección encargada de investigar la conducta de los abogados, notarios, estudiantes de derecho con facultad de defensor o procurar, jueces ejecutores y demás funcionarios de nombramiento de la Corte... El Jefe de la Sección sustanciará - la información, pudiendo tomar declaraciones, - ordenar comparendos y librar las esquelas co - rrespondientes, a nombre del Presidente de la - Corte. Al estar concluída la información, y después de oír la opinión del Fiscal de la Corte, dará cuenta con ella al Presidente, quien, si - la considera depurada, la someterá a conocimiento de la Corte Plena." (El subrayado es propio).

CAPITULO 5. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE DEFENSA

Múltiples y valiosos han sido los estudios que sobre Derechos Humanos se han producido en los últimos años, sin olvidar los beneficios efectos que su difusión ha generado en el progresivo mejoramiento y respeto en los diferentes ámbitos sociales.

Esta labor de por sí significativa, ha permitido la apertura de nuevos horizontes en las conciencias de todas aquellas personas que de una u otra forma se han visto sometidas a nefastos medios o sistemas de dominación.

Este problema de vigencia, progreso y mejoramiento de los Derechos Humanos es en verdad complejo por cuanto que, su deficiente protección, no obstante que tanto gobernantes como sistemas jurídico-políticos proveen su tutela y buscan con los recursos propios de cada Estado, su cumplimiento.

Como se puede apreciar la vigencia plena de los Derechos Humanos, no es un problema meramente jurídico y de allí que se observe su deterioro en sistemas políticos que han evolucionado en cuanto a la estructura de sus propios Estados, pero el asedio que dentro de su estructura socio-económica ejerce el subdesarrollo, impide el cumplimiento de tan anheladas metas, que son comunes en la gran mayoría de casos, tanto en gobernantes como en gobernados.

La vigencia de los Derechos Humanos presupone además de una adecuada modernización de las estructuras jurídico-políticas de los Estados, un correlativo equilibrio entre los diversos sectores de la Sociedad en los que se observe cierto grado de formación y educación, que les permita utilizar eficazmente los mecanismos jurídicos que el Estado consagra para la prevención y restablecimiento de los Derechos Humanos que se han vulnerado o se pretende vulnerar.

Técnicamente los Derechos Humanos se identifican con los derechos fundamentales de la persona entre los que se mencionan básicamente: el Derecho de la vida, Derecho a la libertad y seguridad personal, derecho al honor, derecho a la educación, derecho a la justicia, respecto a las libertades públicas, tutela a los derechos sociales y cumplimiento de estos derechos.

Cada uno de estos derechos de la persona, han venido - siendo objeto de desarrollo, sistematización y comprensión - de sus verdaderos alcances en la medida en que la realidad - socio-político va transformando los esquemas jurídicos de - las democracias tanto débiles como reales.

El punto es, como lograr la armonía entre el conjunto - de modelos normativos con las realidades propias de cada na - ción. Las circunstancias específicas de cada país difieren - entre sí y por ende, aunque las metas de sus gobernantes, - por lo general se identifican con el mejoramiento humano e -

institucional, las mismas no han tenido igual desarrollo, precisamente por lo risible de sus condiciones y recursos propios.

En consecuencia, se hace necesario, todo un proceso de formación cultural que se encuentre rodeado de las debidas garantías para que todos los ciudadanos puedan además denunciar los atropellos de sus derechos fundamentales, utilizar mecanismos para su restablecimiento o prevención a su vulneración.

No obstante los profundos y saludables cambios que en materia de Derechos Humanos se han dado en América Latina, sus comunidades han encontrado innumerables barreras que progresivamente han ido eliminando.

Según algunas opiniones, variados han sido los factores entorpecedores de este proceso, sintetizados en los siguientes:

la desigualdad social y la aguda concentración de la riqueza, lejos de extinguirse, se encuentra en permanente crecimiento, fenómenos que inciden negativamente en la existencia de una equilibrada relación de fuerzas sociales ante los órganos de los Estados.

Solo en la medida en que esta desestabilizada relación se vaya extinguiendo, así mismo podrá apreciarse una progresiva armonía entre la teoría y la práctica de los derechos humanos. Esto permite aseverar que es imposible proclamar la exis

tencia de una política realista de Derechos Humanos para América Latina, dentro de un marco de profundos desequilibrios; ya que estos solo tendrán plena vigencia, en los países del Tercer mundo, cuando la justicia social y la democracia participante, sean los elementos sostenedores de sus sistemas jurídico-políticos.

Lo anterior lleva a la conclusión de que los Derechos Humanos no son únicamente conceptos propios de sociólogos, políticos, filántropos o estudiosos de las disciplinas sociales, sino que son realidades socio-económicas y culturales que deben hacerse respetar por todos los habitantes de una sociedad para que les permita llevar una vida digna, activa y participante; no son pues meras categorías conceptuales que se ponen en boga en determinada época y que luego se olvidan con el paso del tiempo.

Los postulados enunciados anteriormente llevan a afirmar que tanto penalistas como criminólogos no se pueden quedar en el papel de meros predicadores de conocimientos en forma simple, esto es, desligados del papel crítico que deben cumplir frente al ordenamiento público como a las bases sostenedoras de sus sistemas jurídico-políticos en la medida que estas entren en desacuerdo con la realidad constitucional. Precisamente la brecha que se tiende a eliminar es la divergencia entre el esquema constitucional y la realidad constitucional.

Por ello es importante señalar que mientras todos los -
hombres que habitan un mismo país no sientan asegurado su de-
recho a nacer, a comer y a que se respete su integridad físi-
ca y moral, mientras no se sientan invitados a participar y
a crear, esperar y amar, no habrá verdadera paz.

5.1 ORIGEN Y EVOLUCION

Existen muchas teorías acerca de la naturaleza o funda-
mento de los Derechos Humanos, algunos sostienen que estos -
son "derechos naturales, los cuales le pertenecen -
al hombre desde que nace, independientemente del reconoci -
miento formal del Estado; por ello se dice que son derechos
innatos del hombre". (49) Los que apoyan esta teoría justifi-
can tal planteamiento basado en los siguientes criterios: -
los de origen religioso sostienen que tales derechos le per-
tenecen al hombre desde que nace, pero estos le son otorga -
dos por Dios y en tal sentido han existido siempre; los de -
origen laico argumentan que si bien es cierto tales derechos
le pertenecen al hombre desde su nacimiento, esto les perte-
necen por naturaleza, es decir, en razón de ser un hombre in-
tegral con dignidad propia que lo hace diferente a los demás
de nuestro planeta.

Otros sostienen que dichos derechos solo son derechos -
en la medida que son reconocidos por los Estados en tal sen-

(49) Meléndez, Florentín y otro. Manual de Educación popular en Derechos
Humanos San Salvador. IDHUCA, 1989. p. 3

tido, argumentan, no han existido siempre y el Estado solo los reconoce a través de las leyes.

Algunos reconocen que si bien es cierto dichos derechos no son inherentes al hombre, estos necesitan de un reconocimiento jurídico real por parte de los Estados encargados de ponerlos en práctica.

Conociendo el fundamento de los Derechos Humanos es de obligatoria mención el concepto de los mismos, sin embargo se debe aclarar que existen diferentes conceptos que van desde los meramente simplistas hasta los más sofisticados que los definen, siendo algunos de ellos los siguientes:

"Los Derechos Humanos son derechos que le pertenecen al ser humanos sin distinción de ninguna clase". (50)

"Los Derechos Humanos son derechos establecidos por las leyes de los Estados". (51)

"Los Derechos Humanos son los derechos que son inherentes a nuestra naturaleza y sin los cuales no podemos vivir como seres humanos". (52)

"Los Derechos Humanos son valores, que son bienes muy valiosos que posee la persona por su naturaleza, y que los ha poseído siempre, pero que necesitan de ser incorporados -

(50) Meléndez, Florentín y otra. Op. cit. p. 5

(51) Ibid.

(52) Naciones Unidas. Derechos Humanos: preguntas y respuestas. Nueva York: Naciones Unidas, 1987. p.4

en las leyes de los países para que gocen de una efectiva - protección frente al Estado y frente a los abusos de los particulares y de los grupos sociales". (53)

En síntesis, los Derechos Humanos, cualquiera que sea - el concepto de que lo defina, deben satisfacer y evidenciar la dignidad del hombre, su libertad y la igualdad ante la ley.

La historia de los Derechos Humanos en general presenta algunos aspectos discrepantes, para unos la historia de los mismos se inicia con las Declaraciones normativas del siglo - XVIII, para otros por el contrario se inicia desde el comienzo mismo de la historia de la búsqueda por la dignidad humana.

La posición jusnaturalista tradicional sustenta la idea de que existen derechos inalienables, que el hombre tiene - por su propia naturaleza, impuestos como por obligación para el poder político. El ordenamiento jurídico, así, no crea - los derechos humanos, sino simplemente los reconoce. En tal sentido, los Derechos Humanos equivaldrían a valores superiores a las normas legales.

Por el contrario, la posición Positivista, señala que - no hay razón alguna para tratar de descubrir los Derechos Humanos antes de su formulación en leyes vigentes, en tanto no

(53) Meléndez, Florentín y otra. op. cit. p. 7

hay derecho antes de su positivación.

De modo que cualquiera que sea la posición que asumamos, resulta necesario hacer un recorrido por el desarrollo del pensamiento sobre los valores fundamentales del ser humano.

Y así tenemos, en la cultura Occidental, la idea de que todos somos iguales encuentra sus raíces en el pensamiento Grego-romano hebreo-cristiano. Posteriormente y en la culminación del Jusnaturalismo pagano, el pensamiento estóico hace énfasis en un "derecho natural absoluto" basado en la igual racionalidad de todos los hombres.

En el pensamiento hebreo, los Diez Mandamientos de la Ley de Dios, encierran una forma de protección a los derechos actuales de la propiedad y la vida.

En el pensamiento Medieval, dominado por la Patrística y la Escolástica, la figura de Santo Tomás de Aquino, refleja la expresión más pura del jusnaturalismo cristiano, éste sujeta la "ley humana" a la "ley eterna" proveniente de Dios pero, al ver que esto deja un margen de libertad excesiva en el monarca, busca la protección del individuo ante el poder por medio de su elaboración del "bien común".

Con el descubrimiento de América, hay una confluencia de pensamientos y con la nueva forma de relación entre españoles e indios da pasos al surgimiento de nuevas ideas. Los conquistadores entran en contacto con otros hombres, otras culturas y con ello problemas de tipo social, político, religioso, etc., planteando el cuestionamiento de las relaciones entre la

cristianidad y los infieles, frente a estas ideas surgen nuevas tendencias que afirman la libertad de los indígenas y - que interpretan la misión de los colonizadores conforme a - principios de tutela civilizadora.

Surgen así pensadores como Fray Bartolomé de Las Casas con su doctrina que permitió suavizar las leyes aplicables a los indígenas, lo que permitió influir en el proceso de humanización de la conquista, destacando la idea de que todos - los hombres son iguales independientemente de sus creencias, de su lugar de nacimiento, raza, origen, etc.

Merece destacarse también en este período la labor de - Francisco de Vitoria quien desde su cátedra de Teología de - la Universidad de Salamanca, propicia el respeto a los dere- chos de los americanos a los que considera verdaderos seño - res y dueños de sus tierras. Tanto es así que se considera - a Vitoria como uno de los precursores de toda la doctrina - del Derecho Internacional Contemporánea sobre la paz y la seguridad y de la teoría de los derechos humanos como teoría - de la persona protegida por el derecho de gentes.

En concordancia con los cambios socioeconómicos que ocurran en los siglos XVII y XVIII, la creencia en el origen divino de los derechos naturales se traslada al hombre mismo, en su naturaleza racional. El cambio de mentalidad implica - el desplazamiento de Dios como centro del universo para con-

vertir al hombre mismo, en el eje del pensamiento filosófico.

Obviamente la vuelta hacia el hombre que caracteriza al Renacimiento, prepara el camino para una preocupación más profunda por los valores del ser humano. El humanismo como actitud supone la defensa de la libertad y por ello su ética se convierte en un instrumento para el burgués que anhela y necesita intensamente esa libertad.

El pensamiento de la Escuela Clásica influye notablemente en las reivindicaciones de derechos que realizan ya las comunidades a partir del Siglo XVII.

La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776, los artículos de la Confederación del 15 de noviembre de 1777 y la Constitución Federal del 17 de septiembre de 1787 consolidan los principios de la libertad individual y los derechos fundamentales de la persona humana en el nuevo mundo.

La Revolución Francesa en 1789 marca un punto culminante en el desarrollo del pensamiento humanista occidental.

Tanto la Declaración Americana como la Francesa, influyen en forma decisiva en el pensamiento Latinoamericano que vivía los momentos de su independencia. Los movimientos independentistas que se generalizan en toda nuestra América a partir de 1810, se nutren de las ideas iluministas ya sea de sus fuentes originales o a través de la influencia que

también ejercieron en España y en los nuevos intelectuales - criollos.

En consecuencia no puede hablarse de movimientos populares que realmente pudieron llevar a cabo un gobierno democrático del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

Algo semejante ocurrió en Centroamérica en donde el pueblo tampoco formó parte del movimiento independencista. La lucha feroz entre conservadores y liberales se mantiene a través de todo el siglo XIX fundamentalmente entre una clase ilustrada y dominante sobre una población indiferente y muy poco consciente de las luchas que se libraron en su nombre.

Es así como en el Siglo XIX se caracteriza por la progresiva constitucionalización de los Derechos Humanos. Inspirados en la Constitución Norteamericana, los países de reciente independencia agregan todo un capítulo sobre derechos humanos a sus cartas magnas. Sin embargo, estas cartas recogen fundamentalmente las garantías individuales, o sea, los derechos de cada individuo frente a la autoridad pública. Esto es lo que se conocerá después como la PRIMERA GENERACION DE DERECHOS HUMANOS.

Lo que se promovió fueron los derechos a la libertad individual, a la libertad de prensa, de movimiento, de conciencia, el respeto a la propiedad privada, es decir los derechos civiles y políticos. De manera formal, aunque no real -

pasan a las Constituciones Latinoamericanas. Tres caracterís-
ticas se pueden señalar a estos derechos.

En primer lugar imponen un deber de abstención a los Es-
tados. En tal sentido el Estado se limita a respetarlos y a
garantizar esos derechos, y así los titulares de estos dere-
chos son en el caso de los civiles, el ser humano en general,
y en los políticos el ciudadano en su ejercicio.

Segundo, la regulación de estos derechos políticos esta
determinada por los derechos nacionales. Y como tercer carac-
terística se puede señalar que los derechos civiles y políti-
cos son reclamables, salvo en circunstancias de emergencia,
en todo momento y lugar y no estan sujetos a variación de -
factores sociales o políticos.

Desafortunadamente es de conocimiento de todos que en -
nuestra América Latina esos derechos quedan como un marco -
teórico que no ejerce su influencia real en la sociedad.

En Europa, el Romanticismo y la Escuela Histórica se -
convierten en la primera manifestación filosófica contra el -
Racionalismo Francés, y basan en el "espíritu popular" la -
esencia misma del Derecho. Y así en lugar de principios inmu-
tables y normas codificadas, ven en la costumbre la fuerza -
vivificante del Derecho.

También en reacción a las ideas racionalistas que im -
pregnaron el iluminismo Francés y la posterior consolidación

del individualismo dominante políticamente, aparece el enfoque desarrollado por Marx y Engels que analiza el Derecho como "instrumento de poder de las clases dominantes". El Derecho, a partir de esta perspectiva, forma parte de la superestructura ideológica de la sociedad, nutrida y determinada por la infraestructura económica en sus aspectos de medios y relaciones de producción. Así, de una u otra forma, a lo largo de la historia, las clases detentadoras del poder económico subliman su dominación concretándola en un supuesto derecho ideal.

En 1882, León XXIII, preocupado por el problema social, designó en Roma, para estudiarlo a fondo, un "comité íntimo" encargado de profundizar las cuestiones que interesaran a los trabajadores. Surge así varias Encíclicas en las que manifiesta abiertamente la miseria inmerecida de los trabajadores y las soluciones teóricas y prácticas del conflicto social. Este dato es importante ya que es innegable como la doctrina social de la Iglesia juega un papel muy importante en la actualidad como doctrina orientadora de la clase trabajadora.

Surge así al amparo de esta nueva ideología, la idea de los derechos económicos y sociales por medio de los cuales se pretende dar eficacia real a los derechos de salud, trabajo, educación y uso racional de la propiedad. Es así como

las primeras constituciones que consagran estos derechos son la Mexicana de 1917, la de la Unión Soviética de ese mismo año, y la de Weimar Alemana de 1918.

Esto es lo que se puede llamar la SEGUNDA GENERACION DE DERECHOS HUMANOS y como característica de ellos se puede indicar que prescriben un deber hacer al Estado, es decir, el Estado se obliga a proveer los medios materiales para la realización de servicios públicos. Puede señalarse además que estos derechos más que individuales son colectivos, porque la prestación que el Estado brinda beneficia a todos los sujetos no solo a uno de ellos.

Finalmente, es obvio que estos derechos no son reclamables directamente al Estado sino que estan condicionados a las posibilidades reales de cada país. Responden, fundamentalmente a la idea de que el ser humano debe tener igualdad de oportunidades para su total y amplio desarrollo. Esto es lo que algunos llaman la "herencia protegida", o sea, alimentos adecuados, albergue y ropa, educación que permita un desarrollo saludable, atención médica y toda la ayuda indispensable para capacitar y orientar al ciudadano.

A pesar de todo lo dicho sería absurdo creer que este nuevo orden de derechos humanos suplanta al viejo. Se trata esencialmente de una contraposición entre aquellos que sostienen que la preservación de los derechos civiles y políti-

cos es fundamental, aún para el establecimiento de los derechos económicos y sociales y lo que se cree que a no ser que los derechos económicos sean asegurados primeramente, los derechos civiles y políticos solo serán vanas simulaciones y falsedades.

A partir de la Constitución Mexicana de 1917 ya citada, los distintos países latinoamericanos se apresuran a incorporar en sus cartas magnas los distintos derechos económicos y sociales. En el caso de El Salvador se incorpora la Sección correspondiente al Trabajo y Seguridad social, lo que en nuestra Constitución de 1983 lo encontramos ubicado en la Sección Segunda del Capítulo II, Denominado Derechos Sociales.

Es importante destacar aquí la importancia que dentro del pensamiento latinoamericano tiene el positivismo jurídico que surge hacia fines del siglo XIX. Esta posición llega a su máxima expresión con Hans Kelsen, y consideran que el Derecho es promulgado por el Estado y tanto los aspectos sociales como los sociológicos resultan meta-jurídicos y no deben convertirse en preocupación de quien pretende hacer "ciencia jurídica". Los estudios se centran en el Derecho promulgado y sancionado por el Estado exclusivamente y así consideran que serán derechos Humanos, únicamente aquellos que la legislación positiva haya acogido en su seno.

Esta tendencia llevada a sus implicaciones extremas, con lleva la obediencia irrestricta a la ley. Como ejemplo de esta tendencia se puede citar las leyes que se promulgaron durante el gobierno del nacional-socialismo en Alemania contra el pueblo judío y la obediencia que alegaron quienes acataron las órdenes. Los juicios de Nuremberg responden a la necesidad que sintió la humanidad de regresar a los preceptos generales y universales del derecho natural, al comprender la tragedia que produjo la creencia en que, lo importante es la forma en que la norma se ha promulgado, y no su contenido ético.

El resurgir de las teorías axiológicas en los últimos años y la exaltación de la tesis de los derechos humanos como valores, responde a un pensamiento que pretende evitarle al mundo una tragedia similar a la que vivió.

Surge así una época de progresivo auge en el proceso de positivación de los derechos humanos; La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948; La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en el marco de las naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Humanos, Sociales y Culturales, ambos de 1966; la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales), de 1950, y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, estas dos últimas representativas de un nuevo proceso -

de internacionalización, pero regionalizada, de los pactos - sobre la materia.

En América Latina se debe destacar que la teoría de los Derechos Humanos ha estado ampliamente vinculada a la idea de la democracia constitucional. En nuestros países es un hecho que las constituciones y el derecho positivo tratan de garantizar los derechos civiles y políticos. La realidad es sin embargo totalmente otra. La dictaduras, los golpes de Estado, la persecución, y la carencia de libertad, han sido constantes en nuestra historia. En los últimos años hemos tenido que lamentar doctrinas que justificando la seguridad del Estado, han propiciado el abuso de todas las libertades individuales.

En relación con los derechos económicos y sociales es evidente que nuestra región ha sido afectada por el subdesarrollo, la explotación de los pueblos por oligarquías criollas, dependencia externa, marginación de pueblos indígenas, etc., hace ilusoria la posibilidad de una vigencia efectiva y real a corto plazo de estos derechos. Fenómenos como el terrorismo, la guerrilla, que conllevan a la vez la reacción político-militar irracional, agravan el cuadro de nuestra América.

Los pensadores Latinoamericanos se han hecho presentes en los distintos momentos de progresivo avance de los derechos humanos. Se considera sin embargo, que no puede hablarse de una filosofía Latinoamericana autónoma de los Derechos Hu-

manos. A pesar de ello es evidente que estos ocupan en la actualidad lugar importante entre los que analizan el tema.

Debe señalarse en este momento los llamados DERECHOS DE LA TERCERA GENERACION o "Derechos de los Pueblos" según se ha desarrollado en los últimos tiempos. Estos derechos se caracterizan por tres factores: En primer lugar, son reclamables frente al Estado, pero su titular también puede ser el Estado. En segundo lugar, estos derechos requieren de prestaciones positivas y negativas de toda la comunidad internacional. Finalmente, estos derechos se involucran en el concepto de paz en un sentido amplio, no solamente como ausencia de guerra sino, fundamentalmente, como la posibilidad de una paz integral del ser humano.

Entre estos derechos se puede citar el derecho al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, al medio ambiente, a la comunicación y al patrimonio común de la humanidad.

Nuevamente se quiere señalar que los distintos tipos de derechos tienen una interacción que implica la dependencia de unos en los otros. No podrán realizarse plenamente los derechos civiles y políticos en un mundo sin desarrollo y sin paz y en igual forma no podremos hablar de desarrollo sin la existencia de las libertades políticas y civiles.

Sin embargo, se debe insistir en que la declaración Universal del año 1948 constituye un aporte excepcional dentro de la teoría de los Derechos Humanos en tanto que positiviza un sistema de valores que ha sido aceptado por consenso en el mundo. Por ello el problema fundamental actual es como proteger los derechos humanos y con hacer viable su ejercicio real.

Por eso hay quienes opinan que el problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.

La utilidad de esta reflexión es evidente; nuestros países viven en este momento un proceso de transición democrática y de apertura a los derechos humanos que no pueden ser desaprovechada.

En consecuencia de lo anterior algunas denominaciones con las que se ha conocido e identificado los Derechos Humanos a lo largo de la historia son las siguientes:

DERECHOS NATURALES: es el primer nombre con el cual se le identifica, y se les llamaba así porque sostenían que eran

derechos que le eran naturales a la persona humana, es decir, le corresponden por su propia naturaleza humana, hace referencia a ciertos derechos básicos y fundamentales como son la vida, la libertad personal, etc.

DERECHOS INDIVIDUALES: por ser derechos que le corresponden a los individuos como sujeto individual que es.

DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO: por ser derechos que le corresponden tanto al individuo por sí como por su calidad de ciudadano, como sujeto político que es. Como ejemplo de estos el derecho a ejercer el voto en elecciones populares.

LIBERTADES PUBLICAS: se les ha dado en llamar de esta manera por que encierra a un grupo de derechos y libertades fundamentales que la persona tiene y que ejerce frente a los poderes e instituciones del Estado. Entre estos el derecho de reunión y asociación.

DERECHOS FUNDAMENTALES o DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES: este nombre ha sido utilizado para identificar los derechos más importantes que tenemos como seres humanos que somos, ellos son los derechos humanos básicos esenciales para garantizar y desarrollar la dignidad y la personalidad de todo ser humano. Entre ellos el derecho al honor y a la vida de las personas.

Algunas características de los Derechos Humanos que se pueden mencionar se enunciarán de la siguiente manera:

a) SON UNIVERSALES: es decir que nos pertenecen a todas las personas, sea cual fuere su nacionalidad y el origen de nuestra clase social. Son derechos que nos corresponden a todas las personas por igual.

b) SON INVIOlables: por ser derechos que nos corresponden a todos por igual no pueden ser violados por nadie, autoridad o por el mismo hombre, ni aún por los grupos sociales.

c) NO SON TRANSFERIBLES: son derechos inalienables, no pueden ser cedidos o entregados para que otra persona los ejerza, son derechos que nos corresponden como seres humanos que somos y no podemos despojarnos de ellos.

d) NO PRESCRIBEN NUNCA: esto significa que son derechos que se tienen siempre y no se pierden ni aún con el transcurso del tiempo.

e) SON IRRENUNCIABLES: por ser derechos que le pertenecen a la persona por sí misma por su propia naturaleza, son derechos que le pertenecen siempre, no puede despojarse de ellos ni cederlos o entregarlos a otra persona a ningún título. La persona como titular de estos derechos que es no puede renunciar a ellos.

f) SON INTERDEPENDIENTES: esto es que los derechos humanos están íntimamente vinculados entre sí en su conjunto, dependen los unos de los otros y están íntimamente vinculados entre sí, sin concebirse uno separado del otro.

g) SON INDIVISIBLES: Es decir que no pueden dividirse ni partirse, no pueden concebirse unos separados de los otros.

h) SON COMPLEMENTARIOS: son derechos completos en su totalidad. Es decir que son derechos que se complementan de tal manera que para lograr la vigencia y el respeto de unos es necesario que se garanticen y respeten los otros.

Como ya se mencionó anteriormente existen varias clases de derechos Humanos que han sido reconocidos por los Estados, entre ellos;

I. Los Derechos Humanos CIVILES Y POLITICOS:

Estos derechos fueron los primeros en ser reconocidos en las leyes de los Estados. Son los derechos que ya se mencionó como DERECHOS DE LA PRIMERA GENERACION, y se llaman así por ser estos los primeros reconocidos por los Estados antes que cualquier otro derecho.

Entre los Derechos Civiles, o los derechos que protegen la vida personal del individuo se pueden mencionar:

1. Derecho a la vida
2. Derecho a la integridad física y moral.

3. Derecho a la libertad personal.
4. Derecho a la seguridad de la persona.
5. Derecho de igualdad ante la ley.
6. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión
7. Libertad de opinión y expresión.
8. Derecho de residencia y de inviolabilidad del domicilio.
9. Libertad de movimiento o de libre tránsito.
10. Derecho de justicia.
11. Derecho de nacionalidad.
12. Derecho de contraer matrimonio y a fundar una familia, etc.

Entre los Derechos Políticos, o sea aquellos que le corresponden al individuo por su calidad de ciudadano se mencionan:

1. Derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos o del Estado.
2. Derechos a formar partidos políticos o a afiliarse a los que ya están constituidos.
3. Derecho a participar en elecciones democráticas.
4. Derecho de elegir funcionarios públicos a través del voto.
5. Derecho a ser electo y por lo tanto a tomar parte -

del gobierno, etc.

II. Los Derechos ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Llamados también derechos de LA SEGUNDA GENERACION, por ser estos reconocidos posteriormente por los Estados, y entre ellos se pueden mencionar:

Derechos Económicos:

1. Derecho a la propiedad individual y colectiva.
2. Derecho a la seguridad económica.

Derechos Sociales:

1. Derecho a la alimentación. Derecho a estar protegido contra el hambre
2. Derecho al trabajo. Derecho a la seguridad social. - Derecho a un salario justo y equitativo. Derecho al descanso. Derecho a la huelga.
3. Derecho a la salud.
4. Derecho a la vivienda.
5. Derecho a la educación, etc.

Derechos Culturales:

1. Derecho a participar en la vida cultural del país.
2. Derecho a gozar de los beneficios de la ciencia y la tecnología moderna.
3. Derecho a la investigación científica, literaria y - artística, y a beneficiarse de ella, etc.

III. Los Derechos de SOLIDARIDAD.

Estos constituyen los derechos más recientes, los que actualmente están siendo reconocidos por los Estados y por la Comunidad Internacional. Se les conoce también con el nombre de DERECHOS DE LA TERCERA GENERACION. También se conocen como derecho de los Pueblos, ya que son derechos que les corresponden a un grupo social, a la colectividad en general, a todos los pueblos y naciones del mundo.

Entre estos se pueden mencionar:

1. Derecho a la Paz.
2. Derecho al desarrollo económico.
3. Derecho a la autodeterminación de los Pueblos.
4. Derecho a un medio ambiente sano.
5. Derecho a disponer de alimentos sanos, no contaminados, y a disponer de aire y agua puros.

Para concluir este acápite debe obligatoriamente mencionarse la forma en que deben estar protegidos y garantizados los Derechos Humanos en todo momento de nuestras vidas y en todo lugar en que nos encontremos.

En estos momentos los derechos humanos tienen ciertos mecanismos y herramientas legales de protección en contra de todo tipo de acciones que obstaculicen la defensa de estos derechos.

En un primer momento los derechos humanos deben estar re

conocidos por las leyes de los países, que deben identificar de manera clara y amplia los derechos fundamentales de las personas y de cada grupo social. Deben incluir el derecho a la vida, a la libertad, a la libre expresión del pensamiento, de reunión, de alimentación, a vivir dignamente, de justicia, etc.

Sin embargo, esto no es suficiente, deben en un segundo momento, ser reconocidos por los acuerdos que se pactan entre los distintos países. Estos conocidos más comunmente como Tratados o Convenios Internacionales, establecen que tienen iguales derechos todas las personas sin distinción de nacionalidad o de origen. Todos tenemos derecho a la vida, al respeto de la integridad personal, a no ser torturados ni humillados, a no ser encarcelados ilegalmente, etc.

Estos acuerdos celebrados entre países generan derechos para unos y obligaciones para otros, que lastimosamente en la práctica no son cumplidos por los gobiernos de algunos países.

No obstante tal situación, tanto las leyes primarias y secundarias de los países como los Acuerdos Internacionales reconocen la existencia de los Derechos Humanos.

En un tercer momento los Derechos Humanos, para su protección necesitan de la existencia de ciertos Organismos ante los cuales puedan los individuos acudir en caso de violación

a tales derechos.

Estos pueden ser creados internamente en los países por sus gobiernos y reflejados a través de las leyes que los rigen, pueden también ser creados por acuerdos entre países y son los Organismos Internacionales los que velan por la protección de tales derechos, en caso de violación de los países.

En síntesis los derechos humanos para estar protegidos, deben estar reconocidos como derechos y amparados por las leyes mediante la intervención de las instituciones y órganos del Estado y de la comunidad internacional.

Finalmente, es de hacer notar que los derechos humanos reciben protección legal en primer lugar de los Estados y gobiernos, los cuales deben proteger los derechos humanos de todos a través de sus órganos como Tribunales de Justicia, Fiscalía, Procuraduría, etc.; y solo cuando esto no es posible, en segundo lugar, los Organismos Internacionales, para completar la protección que no han podido dar los Organos internos, entre estos se puede mencionar las Naciones Unidas y la Organización de Estados americanos a los cuales pertenecemos.

5.2 APLICACION EN EL SALVADOR

Los Derechos Humanos en El Salvador se encuentran protegidos tanto por las leyes internas como también por los Trata

dos Internacionales que nuestro país ha suscrito y ratificado.

Primordialmente nuestra Constitución vigente a la fecha, se encarga de reconocer de manera formal los Derechos Humanos a todos los salvadoreños y extranjeros residentes en el territorio nacional, no obstante tal reconocimiento, estos también deberían estar reconocidos y desarrollados ampliamente por nuestras leyes secundarias, como son desarrollados y reconocidos por los Tratados Internacionales vigentes.

Esta también se encarga de establecer la creación de los órganos internos de protección más importantes, en tal sentido instituye los Tribunales de Justicia con atribuciones específicas de protección a tales derechos. De la misma manera crea ciertos procedimientos en defensa de los mismos, así establece el Habeas Corpus y el Amparo, como mecanismos judiciales específicos de protección. Le otorga además facultades y obligaciones a los distintos Organos del Estado en materia de Derechos Humanos con el objeto de regular los principios más importantes relacionados con la protección de tales derechos constitucionales.

Hace un reconocimiento formal de los derechos civiles y en cierta medida de los derechos políticos y sociales. Sin embargo hay cierto grupo de derechos que han sido reconocidos, de manera muy general y otros que ni siquiera han sido reconocidos, tales como los derechos económicos, sociales y cultura

rales.

Los Derechos Humanos que reconoce la Constitución son -
los siguientes:

Derechos Civiles y Políticos:

1. El Derecho a la vida. Art. 2
2. El derecho a la integridad física y moral. Art. 2
3. El derecho a la libertad personal. Art. 2, 11
4. El derecho a la seguridad jurídica de las personas.
Art. 2, 11
5. El derecho al honor. Art. 2
6. El derecho a la intimidad personal y familiar. Art.2
7. El derecho a la propia imagen de las personas. Art.2
8. El derecho a la indemnización por daños de carácter
moral. Art. 2
9. El derecho de igualdad ante la ley. Art. 3
10. El derecho a la no discriminación en materia civil.
Art. 3
11. El derecho de protección contra la esclavitud. Art.4.
12. El derecho de ingresar, permanecer y salir del terri-
torio nacional. Art. 5
13. El derecho al domicilio o residencia. Art. 5
14. El derecho de protección contra la expatriación. Art.5
15. El derecho a la repatriación. Art. 5

16. El derecho a la documentación legal personal. Art.5
17. El derecho a la libertad de expresión y difusión -
del pensamiento Art. 6
18. El derecho de respuesta. Art. 6
19. El derecho de asociación. Art. 7
20. El derecho de reunión. Art. 7
21. El derecho de petición. Art. 18
22. El derecho a la inviolabilidad del domicilio. Art.
20
23. El derecho de indemnización por violación del domi-
cilio. Art. 20
24. El derecho a la inviolabilidad de la corresponden -
cia. Art. 24
25. El derecho a la no interferencia y a la no interven-
ción de las comunicaciones telefónicas. Art. 24
26. El derecho a la libertad de religión. Art. 25
27. El derecho de asilo. Art. 28
28. El derecho de los salvadoreños a la no extradición.
Art. 28
29. El derecho a la nacionalidad. Art. 90
30. El derecho al sufragio. Art. 72, 1
31. El derecho a asociarse para constituir partidos polí-
ticos. Art. 72,2
32. El derecho a ingresar a los partidos políticos ya -
formados. Art. 72,2

33. El derecho a optar a cargos públicos. Art. 72,3
34. El derecho a estar inscrito en el registro electoral
Art. 76-77
35. El derecho a la protección judicial. Derecho a las -
garantías judiciales:
 - a) El derecho a ser oído en un juicio con arreglo a
la ley. Art. 11
 - b) El Derecho al Habeas Corpus en caso de restric -
ción ilegal de la libertad. Art. 11
 - c) El derecho a la presunción de inocencia. Art. 12
 - d) El derecho a ser informado de manera inmediata y
comprensible los derechos que le asisten al ser
detenido por la autoridad pública, y de los motiu
vos de su detención. Art. 12
 - e) El derecho a no ser obligado a declarar. Art. 12
 - f) El derecho a la asistencia de defensor en las in-
vestigaciones policiales y en los procesos judi -
ciales. Art. 12
 - g) El derecho a no ser detenido sino por autoridad -
competente, que actúe con una orden escrita y de
conformidad con la ley. Art. 13
 - h) El derecho a no estar detenido más de setenta y -
dos horas en los órganos auxiliares. Art. 13
 - i) El derecho a ser remitido ante juez competente. -

Art. 13

- j) El derecho a ser juzgado conforme a leyes existentes antes del hecho por el que se acusa a una persona. Art. 15
- k) El derecho a ser juzgado por Tribunales de Justicia previamente establecidos por la ley. Art. 15
- l) El derecho de revisión en materia penal. Art. 17
- m) El derecho a indemnización por error judicial en materia penal. Art. 17
- n) El derecho a la retroactividad de la ley penal cuando sea favorable Art. 21

Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

- 1) El derecho a disponer libremente de los bienes. Art. 22
- 2) El derecho a propiedad y posesión. Art. 103
- 3) El derecho a la libertad de contratación. Art. 23
- 4) El derecho a la salud. Art. 65
- 5) El derecho de las personas enfermas que carezcan de recursos económicos a la asistencia gratuita de parte del Estado. Art. 66
- 6) El derecho al control de la calidad de los productos alimenticios. Art. 69
- 7) El derecho de protección a los indigentes, meno -

- res e incapacitados física o mentalmente. Art.70
- 8) El derecho de protección a la familia. Art. 32
 - 9) El derecho de protección a los menores de edad.
Art. 34-35
 - 10) Protección a la maternidad. Art. 34
 - 11) El derecho al trabajo. Art. 37
 - 12) El derecho de sindicalización u organización laboral. Art. 47
 - 13) El derecho de huelga de los trabajadores (con ex-
cepción de los empleados públicos y municipales)
Art. 48
 - 14) El derecho al paro de los patronos. Art. 48
 - 15) El derecho a gozar de igual remuneración en una -
misma empresa y en idénticas circunstancias. Art.
37, 1
 - 16) El derecho a un salario mínimo. Art. 37,2
 - 17) El derecho a no trabajar más de ocho horas en ca-
da jornada de trabajo diurno. Art. 37,6
 - 18) El derecho a un día de descanso semanal remunera-
do y a los demás días de asueto que señala la Ley
Art. 37, 7, 8
 - 19) El derecho a vacaciones anuales remuneradas. Art.
37,9
 - 20) El derecho a indemnización por despido injusto. -

Art. 37, 11

- 21) El derecho a recibir prestaciones laborales en caso de incapacidad total o permanente en caso de muerte del trabajador. Art. 37, 12
- 22) El derecho de la mujer trabajadora, a un descanso remunerado antes y después del parto, así como el derecho a la conservación de su empleo. Art. 42
- 23) El derecho a indemnización y a la prestación de servicios médicos y farmacéuticos en caso de accidentes de trabajo. Art. 43
- 24) El derecho a la conciliación y el arbitraje como medios de solución pacífica de los conflictos laborales. Art. 49, 2
- 25) El derecho a la seguridad social. Art. 50
- 26) El derecho a la irrenunciabilidad de los derechos laborales. Art. 52
- 27) El derecho a la educación. Art. 53
- 28) El derecho a la libertad de establecer centros educativos privados. Art. 54
- 29) El derecho de los padres a escoger la educación para sus hijos. Art. 55
- 30) El derecho de recibir gratuitamente de parte del Estado la educación parvularia y básica. Art. 56
- 31) El derecho a la no discriminación en la enseñan-

za. Derecho a ingresar a cualquier centro educativo del país. Art. 58

32) El derecho a la libertad de cátedra. Art. 60

33) El derecho a la cultura. Art. 53

34) El derecho a la preservación y difusión de las lenguas autóctonas. Art. 62

35) El derecho de protección y conservación de la riqueza artística, histórica y arqueológica del país. Art. 62

36) El derecho a la vivienda. Art. 119

Otros Derechos Humanos reconocidos:

a) El derecho de protección de los recursos naturales y del medio ambiente. Art. 117

b) El derecho al desarrollo económico y social. Art. 101

Básicamente todos los derechos enumerados son los que contempla nuestra Constitución, sin embargo, vale la pena mencionar que no incluye otros derechos que son universalmente reconocidos en el mundo entero, como ejemplo de ellos el vital derecho a la alimentación y el derecho a la paz, no obstante tal situación, estos se encuentran regulados en los Tratados y Convenios Internacionales los cuales El Salvador ha suscrito y ratificado con otros Estados y por lo que establece

el Art. 144 Cn. ya mencionado en el título correspondiente a los Tratados Internacionales de este trabajo, estos constituyen leyes de la República y en tal sentido se entiende que deben ser respetados y garantizados, para todos sin discriminación alguna.

Los tres órganos del Estado contemplan en sus atribuciones y facultades otorgadas por la misma Constitución la competencia para conocer de las diversas situaciones relacionadas con los Derechos Humanos de los Salvadoreños, lo mismo se puede decir de la Procuraduría General de la República y de la Fiscalía General de la República, que son en síntesis los entes del Estado que pueden intervenir en materia de Derechos Humanos.

En cuanto a los mecanismos de defensa de los Derechos Humanos que establece la Constitución, además de la tradicional denuncia en los Tribunales de Justicia se puede citar el comúnmente llamado Habeas Corpus o Recurso de Exhibición Personal, el cual se plantea ante la Honorable Corte Suprema de Justicia o Cámaras de Segunda Instancia en el interior del país como un derecho que tiene toda persona detenida ilegalmente de recurrir a tribunales superiores para evitar sufrir detenciones injustas o su permanencia indefinida en detención sin ser consignada a los tribunales ni puesta en libertad. (Art. 11 Cn.).

También se puede mencionar el Recurso de Amparo y el de Inconstitucionalidad. El primero lo puede interponer cualquier persona cuando una autoridad o funcionario haya violado sus otros derechos reconocidos por la Constitución y el segundo puede ser interpuesto por cualquier ciudadano cuando considere que una ley está en contra de la misma Constitución, este recurso puede tener mucha importancia en materia de Derecho Humanos. (Arts. 182 y 183 Cn.)

En nuestro país los Derechos Humanos además de estar contemplados en la Constitución están protegidos por los Tratados Internacionales, como ya se mencionó anteriormente y lo establece el ART. 144 de la Constitución, sin embargo es lamentable mencionar que estos han llenado los vacíos existentes en nuestras leyes internas en cuanto a estos derechos ya que mencionan y comprenden otros derechos humanos como derechos de los Salvadoreños. En tal sentido el número de derechos humanos reconocidos y protegidos por nuestra legislación se amplía notablemente.

Entre los Derechos Humanos que se encuentran reconocidos por el Derecho Internacional en nuestro país, se citan:

- 1) El Derecho de libre determinación;
- 2) El derecho a la alimentación;
- 3) El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluyendo el derecho al -

- vestido y a una vivienda digna;
- 4) El derecho de protección contra la tortura y otros -
tratos crueles, inhumanos o degradantes;
 - 5) Derecho a la defensa legal de las personas detenidas
en las situaciones de emergencia o Estado de Sitio;
 - 6) Libertad de pensamiento y conciencia.

Sin embargo, hay mucho derechos que aún no han sido reconocidos, siendo éstos en su gran mayoría los Derechos Humanos de la Tercera Generación, lo cuales requieren de ser incorporados y reconocidos plenamente en las leyes de nuestro país y más aún deben estar concientes los legisladores nuestros de que la sociedad actual se encuentra en constante cambio y que las necesidades de la misma cambian, por lo que se requiere un constante reconocimiento jurídico que tienda a asegurar la protección de los nuevos derechos humanos surgidos en todo momento y circunstancia.

En caso de violaciones a los derechos humanos toda persona debe en primer lugar recurrir a los Tribunales de la República en busca de amparo y protección, sin importar si el causante de tal violación es un particular o miembro del Estado, y en caso de que no sea posible encontrar una respuesta ágil, rápida y efectiva es que debe proceder a buscar y solicitar la protección Internacional de la Organización de Esta

dos Americanos (OEA) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En forma muy especial nuestro país se caracteriza por - contar con un sistema judicial ineficaz y en tal sentido las personas no siempre esperan la respuesta de las instancias - judiciales y presentan sus denuncias ante los Organismos Internacionales en busca de protección, pero por regla general se pueden presentar denuncias de violaciones y abusos cometidos por los Estados, funcionarios y autoridades, en personas particulares, cuando estas no hayan sido investigadas satisfactoriamente por el gobierno.

Algunos de estos derechos que pueden ser denunciados - son:

- a) Violación del derecho a la vida;
 - b) Violación a la integridad personal (casos de torturas y tratos humillantes);
 - c) Violación a la libertad personal (detenciones arbitrarias e ilegales, desaparición de personas);
 - d) Violación a la libertad de expresión, reunión y aso-ciación;
 - e) Violación de los derechos políticos;
 - f) Violación de los derechos de los detenidos (garantías judiciales);
- etc. ...

En síntesis, puede expresarse que la mayoría de los derechos humanos que pueden ser denunciados a nivel internacional son en su gran mayoría derechos civiles y políticos y los que no admiten denuncia internacional son los incluidos en los derechos económicos, sociales y culturales.

Una situación que requiere especial atención e interés de parte de la mayoría de los ciudadanos de un país es la de preguntarse que pasa con la situación de los Derechos Humanos al momento de suspenderse las Garantías Constitucionales. Esta es una respuesta de suma importancia para nosotros los Salvadoreños en estos días de guerra.

En tal sentido debe aclararse que los derechos Humanos deben ser respetados en todo momento y circunstancia por las Autoridades y los particulares. No obstante tal situación, existen situaciones que alteran cuando suceden la vida social y política de un país, y por lo mismo, requieren de medidas especiales a fin de lograr restablecer la normalidad y calma de la sociedad.

Por lo mismo el Estado declara públicamente que limita a los ciudadanos el ejercicio de ciertos derechos Humanos por un tiempo determinado y más aún declara muy claramente los derechos humanos que quedan limitados o restringidos. Pero éste solo puede suspender el ejercicio de ciertos derechos no así otros que por su propia naturaleza debe dejar

que se sigan ejerciendo libremente.

Así se tiene que los derechos que no pueden limitarse en caso de Estado de sitio, son:

- 1) El derecho a la vida;
- 2) El derecho a no ser torturado, ni tratado de manera inhumana o humillante;
- 3) El derecho a no ser encarcelado ilegalmente o de manera arbitraria;
- 4) El derecho a disponer de un abogado defensor en los casos en que peligre su vida o integridad física;
- 5) El derecho a no estar incomunicado en las cárceles;
- 6) El derecho de todo detenido a que su caso sea resuelto por un juez imparcial e independiente;
- 7) El derecho al trabajo, a la salud, a la educación, y otros.

Algunos derechos que sí pueden afectarse en tal situación son los siguientes:

- a) El derecho de libre circulación por el territorio nacional;
- b) La libertad de opinión y expresión;
- c) El derecho de reunión;
- d) El derecho de Asociación;
- e) Algunos derechos y garantías de las personas detenidas, pero no las más importantes como (Art. 29 Cn.):

- 1) El derecho de la persona detenida de ser informada de manera inmediata y comprensible de sus derechos y las razones de su detención;
- 2) El derecho de la persona a no ser obligada a declarar. Ello no implica que la persona puede ser torturada o maltratada durante su detención;
- 3) La garantía, al detenido, de la asistencia de defensor en los órganos auxiliares y en los procesos judiciales, que se ve restringida o limitada;
- 4) La limitación de la detención administrativa (policial) a 72 horas se puede extender hasta 15 días.

Los Derechos que no se encuentran mencionados en el Art. 29 de la Constitución ya relacionado anteriormente, no pueden ser suspendidos ni aún en Estado de Sitio. Y así se tiene que no puede suspenderse la presunción de inocencia ni la necesidad de asegurar al imputado todas las garantías necesarias para su defensa como lo establece el Art. 12 Inc. 1° de la Constitución.

Por lo anteriormente expuesto es que se puede afirmar, - que si bien el Estado en situaciones de emergencia nacional - puede tomar ciertas medidas que no toma en situaciones de normalidad, tendientes a restablecer la paz del país, debe - tener muy en cuenta que estas medidas son tomadas por un tiem

po limitado y que no puede afectar cualquier tipo de derechos humanos a su libre albedrío.

Estas medidas especiales tomadas en Estado de Sitio o Excepción por el Gobierno deben estar sujetas a leyes especiales que deben estar apegadas a nuestra Constitución y a los Tratados Internacionales de los cuales es parte.

5.3 DERECHOS HUMANOS. EN ESPECIAL EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL.

La problemática actual a la protección de los Derechos Humanos es una situación muy discutida en estos últimos años, es innegable que en el largo recorrido que estos derechos han tenido para su aceptación y reconocimiento por los Estados y los esfuerzos que los mismos han demostrado para alcanzar su completa protección han sido inmensos, es lamentable comprobar que aún no se ha logrado obtener una tutela adecuada a los derechos fundamentales de las personas.

Es innegable la incidencia que los Derechos Humanos han tenido sobre el desarrollo del proceso penal y de las garantías constitucionales enunciadas en la mayoría de las Constituciones de los países Latinoamericanos. Así nos encontramos ante el sistema punitivo del Estado que tiende a prevenir la criminalidad, protegiendo ciertos valores esenciales de la vida social, sin olvidar nunca las exigencias fundamentales

de respeto a la dignidad de la persona humana. El proceso penal busca realizar la pretensión punitiva del Estado frente a la ocurrencia de un delito, pero pretende también garantizar el derecho de libertad, protegiendo al ciudadano contra la acción arbitraria de la autoridad y asegurando ampliamente al imputado el derecho de defensa. En tal sentido, los derechos atinentes a la libertad son derechos humanos, y en consecuencia el Proceso penal, es un instrumento de defensa de los Derechos Humanos.

En un Estado liberal se proclaman numerosos principios de garantía respecto a la elaboración del sistema punitivo del Estado y a su funcionamiento. Se dice que la justicia es independiente e imparcial y que se aplica en nombre del pueblo, fuente de todo poder. Se dice que todos los hombres son iguales ante la ley y que se presume la inocencia del acusado hasta tanto los tribunales lo declaren culpable. Se dice que todos tienen derecho a un proceso justo y equitativo y que nadie puede ser sometido a tortura o a tratamiento cruel, inhumano o degradante. Se afirma que nadie puede ser arbitrariamente apresado o detenido y también que todos tienen derecho a una defensa efectiva, con todos los recursos a ella inherentes, en igualdad de condiciones con la acusación. Se proclama además, que el régimen carcelario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readap

tación social de los delincuentes. Todas estas afirmaciones las encontramos plasmadas en nuestras leyes primarias y secundarias, en la Declaración Universal de los Derechos del hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya comentadas.

En nuestros países Latinoamericanos estos bellos enunciados son solamente un mito. Se caracterizan estas naciones por la enorme distancia que hay entre pobres y ricos y por la inhumana pobreza de extensas masas de población. Hay hambre, desnutrición, salarios bajos, desempleo, subempleo, enfermedades crónicas, analfabetismo, mortalidad infantil, falta de vivienda adecuada, explotación por parte de los países industrializados, etc.; no existe una libertad sindical completa, las masas trabajadoras son oprimidas en una economía de mercado, reducción de su poder de presión en una lucha desigual por mejores condiciones de trabajo, hay supresión de la participación del pueblo en la toma de decisiones políticas y la marginalización de extensas capas de población. Todo esto acompañado con la doctrina de algunos países de cuidar la seguridad nacional, contribuye a acentuar el abuso de poder y la violación de los derechos humanos.

Fuera del ámbito del control jurisdiccional existe y se práctica mucha violencia, y así tenemos: prisiones ilegales, torturas, secuestros, detenciones arbitrarias, desapareci -

miento de personas y ejecuciones sumarias por medio de escuadrones de la muerte, etc., en todos estos casos no hay proceso penal alguno y la actuación de los que tienen el poder se hace en abierta violación de la legalidad formal existente. Es evidente, que en tales situaciones, los órganos auxiliares de justicia cometen crímenes que quedan casi siempre impunes, como si fueran ellos personas especiales a los que no pueden aplicárseles las leyes penales.

Es muy necesario mencionar también el carácter ilusorio del principio según el cual la justicia se hace en nombre del pueblo a través de tribunales imparciales e independientes. Cuando la realidad es que el mecanismo policial-judicial forma parte de una estructura de poder que tiende al mantenimiento del orden socio-político establecido, profundamente opresivo, desigual e injusto.

También la justicia es lenta, burocrática, ritualizada y formal. Con funcionarios de mentalidad conservadora y reaccionaria, que permanecen aferrados a tecnicismos de derecho, siendo incapaces de visualizar y comprender los graves problemas humanos que están detrás del proceso penal. Con fallos que deben respetarse por más injustos y arbitrarios que sean.

En tal sentido, la igualdad de todos frente a la ley no es más que una ilusión. Toda la justicia es desigual porque

el Derecho Penal es, el derecho desigual por excelencia. La experiencia nos ha demostrado que las clases más favorecidas son prácticamente inmunes al sistema represivo del que se libran ya sea por la influencia o por el prestigio o por la corrupción o por la defensa ejercida por buenos abogados. El delincuente es en consecuencia el marginado, el pobre, el desfavorecido y al que hay que aplicarle la ley con todo rigor.

Esta profunda desigualdad frente a la ley está vinculada al carácter también ilusorio de un amplio derecho de defensa. Los pobres sólo son asistidos por abogados en los Tribunales de justicia y la defensa que algunos de estos ejercen es puramente formal e ineficaz. En los Organos Auxiliares, el acusado también se encuentra en una posición desventajosa, puede ser capturado , incluso de modo arbitrario; torturado, incomunicado, detenido por mayor tiempo que el reglamentario; etc., mostrándo una vez más la desigualdad de que es objeto.

En cuanto a las leyes penitenciarias, estas dicen preservar la dignidad humana de las personas apresadas, sin embargo la realidad es otra, las condiciones de vida imperante en las penitenciarias de nuestro país son intolerables e infrahumanas, con características de superpoblación, ociosidad, promiscuidad, sin poder ejercer los reos ningún derecho, todo como

una expresión de castigo, con lo cual es difícil e imposible alcanzar la función de resocialización y readaptación de los delincuentes.

Con todo esto es inútil enunciar y proclamar los derechos Humanos en el Proceso Penal, dentro del cuadro de una realidad social tan dramática, como es la ya mencionada. Es por eso que se puede colegir que los derechos Humanos sólo serán observados en países del Tercer Mundo cuando haya justicia social y sociedades auténticamente democráticas.

Así, los Derechos Humanos están interconectados. Y no es posible hablar de suprimir los derechos civiles y políticos para realizar los derechos económicos, sociales y culturales.

La realización de los Derechos Humanos en el Proceso Penal, se halla, pues, en función de un problema esencialmente político. Es necesario comprender que aquí está el fondo de cuestión. Esos derechos sólo serán observados en el Proceso Penal de una sociedad auténticamente democrática como ya se expresó anteriormente, en la que se afirme como valor fundamental y verdadero, el respeto a la dignidad de la persona humana, en la lucha constante del pueblo contra la opresión por la libertad, por la justicia y por la paz.

Sin libertad y sin justicia, es inútil pretender que se altere el sistema represivo del Estado y que se respeten los

derechos humanos en el Proceso Penal. Sin embargo, deben -
nuestros legisladores tratar de denunciar tal estado de co -
sas y tratar de contribuir en el perfeccionamiento de las le -
yes buscando una justicia criminal que procure respetar los
Derechos Humanos.

Dentro de un proceso penal, encontramos ciertas exigen -
cias fundamentales que tienden a la realización de la justi -
cia con relación a la dignidad humana y entre ella se mencio -
nará:

- a) El Poder Judicial debe ser independiente e Imparcial.
Tanto debe ser así que a los jueces penales debe exi -
gírseles no sólo competencia técnica en el campo del
derecho, sino también la especialización dentro de -
la materia penal y más aún un pleno conocimiento de
la realidad social del país. Deben comprender que no
se controla el fenómeno de la criminalidad con el De -
recho Penal y que una forma eficaz de prevención del
delito está en función de una mejor calidad de vida
para las personas y una mejor oportunidad de desen -
volvimiento social. En consecuencia deben entender -
que las penas a imponer deben ser leves pues las de -
masiado rigurosas favorecen la reincidencia del de -
lincuente y por tanto favorece al sistema social im -
perante.

- b) La Ley Penal no puede ser aplicada sólo a los pobres. Es indispensable el perfeccionamiento de las leyes penales en el sentido de garantizar la persecución de delitos cometidos por personas que por su propia calidad dentro de la sociedad quedan impunes, entre estos los denominados Delitos de Cuello Blanco.
- c) La detención provisional solo puede ser impuesta cuando sea absolutamente indispensable para garantizar el orden público o para asegurar el desarrollo normal del proceso o para la aplicación de la pena. En tal sentido los jueces al imponer la Detención Provisional debenhacerlo en base a las pruebas y más aún si el imputado no presenta peligrosidad, debiera tener el derecho a quedar en libertad mientras siga en marcha el proceso.
- d) Es necesario garantizar la defensa desde que se realiza la detención del imputado. Si este no cuenta con los recursos económicos necesarios para pagar a un abogado, el Estado debe proporcionarle un defensor de oficio a través de los mecanismos más idóneos.
- e) Las Leyes procesales deben establecer que las pruebas obtenidas ilegalmente no sean admisibles y que por lo mismo los jueces deban decidir con base a las pruebas

recogidas durante el juicio.

- f) La protección de los derechos de los reos requiere - leyes sobre la ejecución de las penas que fijen el - estatuto jurídico del condenado y que se observen - las reglas mínimas. Porque la pérdida de la libertad no alcanza a los derechos no afectados por ella.

Dentro del esquema anteriormente trazado nos podemos - dar cuenta del precario estado en que se encuentra el Proceso Penal, cada día asediado por nuevos factores que le tratan - de crear un cerco que tiene por finalidad restarle autonomía e independencia, del cual difícilmente podrá salir a pesar - de la calidad humana de algunos de sus funcionarios.

Tales factores entorpecedores de su delicada misión, - pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- 1) El carácter excesivamente formalista de los sistemas procedimentales, esencialmente influenciados por las formas escritas que traemos como herencia del Derecho Romano, lo cual hace difícil la obtención de - una pronta y cumplida justicia.
- 2) La preponderancia de lo escrito de la actuación judicial, en no pocos casos hace interminable los procesos, generándose así un aumento de situaciones indefinidas.

- 3) Intimamente relacionado con lo anterior se observa - cierta ausencia de valor de las personas que adminis-
tran justicia en la toma de decisiones que conlleven
a polémizar, la ausencia de una orientación investi-
gativa por parte de los mismos conlleva en la gran -
mayoría de casos a un estado de indefinición de los
derechos sustanciales de las personas que acuden en
procura de una pronta y cumplida administración de -
justicia; situación esta que resta credibilidad de -
la sociedad en sus instituciones y que fomentan la -
reprochable justicia privada.
- 4) Por otra parte, se hace necesario intensificar pro -
gramas o cursos o seminarios de actualización, tanto
en las disciplinas jurídicas como en materias cone -
xas con estas, que permitan eliminar los criterios -
retrógrados que sustentan algunos de sus miembros ba
sados en fórmulas jurídicas tradicionales.
- 5) Los funcionarios se enfrascan en excesivos tecnicis -
mos insustanciales, siendo incapaces, la gran mayo -
ría de las veces, de ponerse a tono con los graves -
problemas humanos que se presentan en el fondo del -
proceso penal.
- 6) Debe ponerse freno, al abuso que en la práctica se -

comete, con la utilización de la detención provisional. Debe eliminarse toda interpretación mecánica e inconexa de tal institución, para que sea un mecanismo utilizable solo en aquellos casos en que se hace necesario la privación de libertad, tanto porque hay mérito para ello como cuando la libertad represente un obstáculo para obtener una adecuada investigación.

- 7) Debe efectuarse un nuevo diseño en los fines y funciones de las estructuras penitenciarias, para evitar o eliminar el ambiente violento y degradante que se observa en los centros penitenciarios, que lejos de resocializar y readaptar al delincuente, lo llevan a convertirse en verdaderos profesionales del crimen.
- 8) Por otra parte, la existencia de criterios jurisprudenciales mecánicos conducen en la mayor parte de las veces a la abundancia de inhibiciones que generan desconcierto en las partes que esperan se hagan pronunciamientos de fondo que contengan verdaderas controversias, análisis de las pruebas y reconocimiento o negación del Derecho Sustancial.

En consecuencia, mientras no se produzcan eficaces reformas económicas, sociales, institucionales, debidamente ma

duradas y complementadas, no llegaremos al grado ideal de cumplimiento y respeto que todos anhelamos en materia de Derechos Humanos, que se reflejarían necesariamente en la Administración de Justicia.

CAPITULO 6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El desarrollo histórico de los distintos sistemas de procedimiento penal tiene un carácter eminentemente positivo por cuanto la existencia de un Sistema Procesal Mixto Moderno se ha constituido actualmente, en la mejor garantía de un debido proceso, que es a lo que propende, dentro del cual el Derecho a la Defensa deja de ser un requisito formal de juzgamiento y se constituye en un pilar fundamental para la correcta aplicación de la justicia.

Pero este desarrollo no está estancado en este punto, - pues a la fecha y dado el surgimiento de las diferentes doctrinas sobre derechos humanos y fundamentalmente por movimientos científicos como lo constituyen las corrientes de la llamada Criminología Crítica, la filosofía general sobre el Proceso Penal tiende necesariamente a cambiar modificando así su estructura y buscando constituirse en un verdadero baluarte de los derechos fundamentales del hombre, por ello es que en el apartado pertinente al Derecho de Defensa en relación a los derechos humanos se expresó una frase que engloba todo el pensamiento: "EL PROCESO PENAL ES UN INSTRUMENTO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS".

Todos los defensores de nuestro ordenamiento jurídico se fundamentan principalmente en la afirmación de que correspon-

de a un sistema Mixto Clásico, con una fase instructoria emi-
nentemente inquisitiva y una fase contradictoria con matices
del sistema acusatorio, criterio que es totalmente erróneo -
por cuanto esa división debe existir, según las reglas de -
tal sistema, basado en que la primera fase sea preparatoria
para el juzgamiento, lo cual no sucede en el procedimiento
penal Salvadoreño, pues inversamente a la teoría esa primera
fase es la decisoria del juicio.

Y lo anterior, unido a la fundamental circunstancia de
que el derecho de defensa no tiene en nuestro ordenamiento -
jurídico más que la incorrecta regulación de una defensa téc-
nica, que constituye una sola de sus facetas que quizás en -
nuestro medio es lo menos positivo, la conclusión que se im-
pone es la de considerar a nuestro ordenamiento procesal pe-
nal carente de principios básicos del mismo sistema que se -
aduce tener y que fundamentalmente se ha constituido en la -
práctica en el principal basamento para la sistemática viola-
ción al derecho de defensa.

A diferencia de muchas legislaciones Latinoamericanas -
que desarrollan el derecho de defensa por la ley secundaria y
encuentran su fundamento constitucional en el general prin-
cipio de Audiencia, que así desarrollado obviamente lo com-
prende, en la República de El Salvador, el derecho de Defen-
sa tiene fundamento propio de rango constitucional en el Ar-

título 12 que expresamente lo establece; lamentablemente y - por una conducta histórica siempre se ha querido desarrollar tal principio simple y sencillamente en la llamada "defensa técnica", no obstante que la disposición constitucional citada es clara al determinar la obligatoriedad de que en el proceso penal se garantice eficazmente ó mejor dicho y utilizando sus mismas palabras se ASEGURE la garantía de la defensa, que obviamente implica el desarrollo de una serie de facultades que permitan tal circunstancia como serían las oportunidades de aportación de pruebas, de una real contradicción y fundamentalmente el cumplimiento de todos y cada uno de los derechos que le corresponden al imputado como parte y como - persona humana.

Capítulo tras Capítulo de este trabajo demuestra claramente que el Código Procesal Penal se ha constituido en el - principal justificativo que tienen los llamados "juzgadores" para violentar el derecho de defensa y por ende toda la concepción del debido proceso; nuestros legisladores violentan principios básicos procesales al regular esta institución, - tales como el de "igualdad de partes" por cuanto reglamentan el derecho de defensa para ser ejercido aún por personas sin requisito académico alguno, en evidente contraposición al requisito exigido para la acusación y parte civil sujetos a - una obligatoria asistencia de abogado.

So pretexto de la equivocada concepción de un sistema mixto establecen la obligatoriedad de la asistencia de defensor hasta ya demostrado en el proceso los elementos requeridos para la detención provisional exigiéndolo así como un requisito para condenar y no para juzgar y por último y debe decirse con mayor énfasis no existe ninguna sanción procesal para una inadecuada, inapropiada o ineficaz defensa, convirtiéndolo así al imputado en un sujeto procesal indefenso realmente sobre el que recae toda la maquinaria inquisitiva que ejercen los jueces, diz que en aras de la administración de justicia.

Si bien la legislación secundaria es inadecuada, el derecho de defensa tendría su plena vigencia en la práctica si los jueces, que como dice el doctor Miguel Fenech son los primeros defensores de los derechos procesales de las partes, con un verdadero fundamento constitucional y amparados por la doctrina misma dieran al derecho de defensa el rango que le corresponde pues existen los suficientes principios procesales para darle una real cabida dentro del proceso penal.

Pero para ello es menester de que este factor humano de la administración de justicia reúna dos requisitos: capacidad traducida en conocimientos teóricos suficientes y voluntad de modificar el sistema actual de la práctica forense, aplicando los correctivos necesarios para tal fin.

Lastimosamente se puede afirmar y sin temor a equivocarse

se, que ambos requisitos estan ausentes de nuestra realidad judicial, pues si no fuere así las críticas actuales al sistema judicial Salvadoreño fueran de menor cuantía y calidad y para el futuro inmediato no se vislumbra la más mínima luz de cambios sustanciales, salvo que se produzcan reformas estructurales profundas en toda la Sociedad Salvadoreña.

La enorme importancia y desarrollo que han adquirido en la mayoría de las naciones civilizadas las doctrinas y teorías sobre los derechos humanos han producido una gran influencia en el campo del derecho y fundamentalmente en el Derecho Penal, tanto en su aspecto material como procesal. Recogiendo en las últimas décadas del país algunas modificaciones en el régimen legal del derecho de Defensa, que aunque mínimas y además insuficientes, aparte de parecer ser motivadas por influencias foráneas, sí es obligatorio reconocerlas; el obligatorio nombramiento de defensor de oficio para el imputado detenido en la etapa instructoria del juicio, aunque no a su inicio, constituye dado el análisis e importancia histórica que se le ha dado a esta institución procesal, el mayor avance obtenido.

Pero aparte de este punto, que se insiste mínimo e insuficiente, el proceso penal salvadoreño se caracteriza por - constituir un mecanismo eminentemente represivo y violatorio a los derechos fundamentales de la persona humana, circunstan

cia en la que han colaborado con toda voluntad la mayoría de sujetos involucrados con la administración de justicia, desde jueces a abogados.

Esta caótica realidad impone necesariamente una verdadera respuesta de carácter estructural que comprenda tanto el elemento humano inmerso en la administración de justicia penal, como el aspecto legal condensado en el Código Procesal Penal; y se hace esta última aseveración solo en cuanto a este cuerpo legal respecta, por cuanto es de reconocer que El Salvador es suscriptor de la mayoría si no todos los tratados internacionales existentes sobre Derechos Humanos, que si fueren aplicados, como es obligación hacerlo, distinta serían las conclusiones de este trabajo.

El Derecho Procesal Penal ha dejado en la actualidad de ser una simple normativa legal, pues la influencia recibida a todos los niveles ha producido que el mismo se vea obligado a delinear sus fundamentos y considere inmerso y de necesaria concurrencia en el proceso penal las reglas de garantías procesales relacionadas con el cumplimiento de derechos humanos dentro de las cuales el Derecho de Defensa adquiere su mayor relevancia y conllevan al definitorio y garante debido proceso, pues el Proceso Penal deber ser y así estar reglado "UN INSTRUMENTO DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS".

BIBLIOGRAFIA

1. ARRIETA GALLEGOS, MANUEL. El Proceso Penal en Primera Instancia. San Salvador: s.e., 1981.
2. BERNAL CUELLAR, JAIME. Derechos Humanos en especial el Derecho de defensa en el procedimiento penal. Ponencia presentada en la IX Jornada de Derecho Procesal Iberoamericano, Madrid, 17 a 21 de junio de 1985.
3. LA BIBLIA. Madrid: Ediciones Paulatinas, 1972.
4. BLOCH, ERNST. Derecho natural y dignidad humana. Madrid: Aguilar, 1980.
5. BRENES CORDOVA, ALBERTO. Historia del Derecho. Costa Rica: Editorial Heliasta, 1913.
6. CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario enciclopédico de Derecho Usual. 12 ed. Buenos Aires: Heliasta, 1979.
7. COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos humanos. Costa Rica: EDUCA, 1984.
8. CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR 1983 y Exposición de Motivos del Proyecto. s.n.t.

9. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Revista Judicial. T. 86; Nos. 1-2; en-jun.- jul.-dic.; 1985
10. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Revista Judicial. T. 87; Nos. 1-2-; en-jun.-jul.-dic.; 1986.
11. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Separata de la Revista Judicial. No. 2; 1988.
12. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Separata de la Revista Judicial. No. 3. 1988.
13. CUADERNOS DE LA REVISTA DOCTRINA PENAL. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales No. 1. El Proyecto del Código Procesal Penal de la Nación. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1987.
14. CURSO DE FILOSOFIA II. San Salvador: UCA, s.f.
15. DECRETO 376. Diario Oficial No. 216. T. 305, 22 de Noviembre de 1989.
16. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET. Buenos Aires, Quillet. 1973.
17. ENCICLOPEDIA PRACTICA DEL ESTUDIANTE: Diccionario de sinónimos y antónimos. Barcelona: Ediciones Nauta, 1983.

18. FALLA CACERES, RICARDO. El Derecho de Defensa en lo penal. San Salvador, 1959. Tesis doctoral.
19. FENECH, MIGUEL. El Proceso Penal. Madrid: AGESA, 1982.
20. FIX ZAMUDIO, HECTOR. La Producción jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales. Mexico: UNAM, 1982.
21. FRAGOSO, HELENO CLAUDIO. Derechos Humanos y justicia criminal. Ponencia presentada en el IX Congreso Internacional de Criminología celebrado en Viena en septiembre de 1983.
22. FRULLING E., HUGO. Represión Política y defensa de los derechos Humanos. Chile: Centro de Estudios sociales, - 1986.
23. GARCIA-PELAYO Y GROSS, RAMON. Pequeño Larousse en color. México: Ediciones Larousse, 1986.
24. GIMENO SENDRA, JOSE VICENTE. Comentarios a la ley penal. v.1 Derecho Penal y Constitución. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidos, 1982.
25. GLOTZ, G. La Ciudad griega. México: UTEHA, s.f.

26. GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Principios de derecho procesal Mexicano. México: Editorial Botas. s.f.
27. GUTIERREZ CASTRO, MAURICIO. Derecho Constitucional Salvadoreño: catálogo de jurisprudencia. San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1989.
28. LA INDIA ANTIGUA Y SU CIVILIZACION. México: UTEHA, s.f.
29. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Manual de Cursos: recopilación de conferencias. s.n.t.
30. JIRON, JORGE E. Anotaciones sobre el ejercicio de la defensa penal. San Salvador, 1956, Tesis doctoral.
31. LEONE, GIOVANNI. Tratado de derecho procesal penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europea-Americana, - 1962.
32. LEY ORGANICA JUDICIAL. San Salvador: Corte Suprema de - Justicia, 1988.
33. MELENDEZ, FLORENTIN y otra. Manual de Educación popular en Derechos humanos. San Salvador: IDHUCA, 1989.
34. MORENO CATENA, VICTOR. La defensa en el proceso penal. - madrid: Cuadernos Civitas, 1982.

35. OSSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias jurídicas, polí-
ticas y sociales. Buenos Aires: Editorial Heliasta, -
1974.
36. ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS. La Carta Internacio-
nal de derechos humanos. Nueva York: Naciones Unidas,
1978.
37. ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS. Instituto Latinoameri-
cano de Naciones Unidas para la prevención del delito
y tratamiento del delincuente. Los diversos sistemas
procesales penales principios y ventajas del sistema -
procesal mixto moderno. Costa Rica: ILANUD, 1988.
38. RAMIREZ GRONDA, JUAN D. Diccionario jurídico. Buenos Ai-
res: Claridad, 1976.
39. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española.
20 ed. Madrid: Espasa- Calpe, 1984.
40. RECOPIACION DE LEYES 1983. s.n.t.
41. VELASQUEZ MARICONDE, ALFREDO. Derecho procesal penal. Bue-
nos Aires: Editorial Werner. 1969.