Alberto M. Binder

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

AD-HOC

Alberto M. Binder

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL

Segunda edición actualizada y ampliada

Buenos Aires

Primera edición: abril 1993
Segunda edición: junio 1999

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén Villela

Viamonte 1450 - Tel. 4371-0778
1055 Buenos Aires, República Argentina
E-mail: info@adhoc-villela.com
Internet: www.adhoc-villela.com

Printed in Argentina

ISBN: 950-894-185-5

A María del Carmen,
Inés, Gabriela y Arturo

ÍNDICE GENERAL

TERCERA PARTE

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
EN EL PROCESO PENAL. GARANTÍAS BÁSICAS

CUARTA PARTE

EL RÉGIMEN DE LA ACCIÓN

QUINTA PARTE

LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

SEXTA PARTE

ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y SUJETOS PROCESALES

SÉPTIMA PARTE

EJERCICIOS Y SUGERENCIAS
PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

PRÓLOGO

Redactar el prólogo de un libro no es sencillo. En primer lugar, quien prologa es siempre "hincha" del autor: antes de valorar la obra, le reconoce al autor virtudes y desea que él triunfe. En segundo término, tal comunión con el autor, que en ocasiones llega, como en este caso, a la amistad y a haber compartido con él trozos de vida y anhelos fundamentales en la existencia de quien redacta el Prólogo, desfigura la objetividad y la función crítica o valorativa del Prefacio y alimenta la tendencia a ocuparse del autor, antes que del libro. En tercer lugar, uno debe reprimir la tendencia natural a polemizar con el autor: debe tomar conciencia de que no se trata de una nota bibliográfica, sino, antes bien, de expresar para qué sirve el libro, cuáles son los fines que persiguió su autor al escribirlo y cuál es su utilidad, y, por fin, de remarcar sus méritos o, en su caso, sus fracasos, de manera general o esquemática.

En el caso, esta última tarea se ha reducido considerablemente y, por ende, se ha facilitado mi propia tarea de prologuista. El autor ha considerado conveniente colocar allí su Prefacio, debido, fundamentalmente, a la necesidad de advertir su propia perplejidad ante un sistema casi perverso, el de la reacción penal, uno de cuyos sectores pretende explicar, y, accesoriamente, de señalar su agradecimiento hacia quienes lo ayudaron. Y, también, ha tenido a bien iniciar su obra con una exposición breve, pero ilustrativa al extremo, sobre los fines que persigue, introducción que, al mismo tiempo, pinta, por sus rasgos sobresalientes, al propio autor, consolidado como un analista de fenómenos culturales, y a su preocupación fundamental por la creación de un sistema de organización social "justo", en el sentido de la igualdad de oportunidades para todos en la vida de relación, y "digno", en el sentido del respe-

to por la persona humana: "...la libertad, la igualdad y la fraternidad siguen siendo un ideal hermoso" *(p. 21).*

No ha sido posible para mí, pese a los esfuerzos que realicé en ese sentido, apartarme de la figura del autor. Lo he visto crecer intelectual y profesionalmente, puedo decir con orgullo que trabajó a mi lado y me ayudó durante muchos años, no sólo en mi vida académica, sino, también, en mi vida práctica, y que, por eso mismo, él "tiene que ver" con un período de mi vida en el cual, como en un drama extremo, casi tragedia, se mezclan mis mayores éxitos y mis mayores fracasos, las penas profundas y las grandes alegrías, aún subsistentes, que han delineado el resto que falta de mi existencia en forma definitiva. Pero, sobre todo, él ha tenido la deferencia, seguramente por esta misma relación, pero en sentido inverso, vista desde su persona, de ocuparse de mí en un párrafo que le agradezco y, al mismo tiempo, le reprocho, por no ajustarse estrictamente a la verdad. Tengo conciencia de que no soy un docente cabal "de vocación", como se acostumbra a decir, así como creo que defiendo la otra cara de la vida académica, la del estudio y la meditación de problemas; tengo también conciencia de mis deficiencias como jurista, en el sentido con el que entiende el término Binder, absolutamente correcto; sin falsa modestia, creo que sólo he contribuido, en la materia que él menciona, a facilitarle su esfuerzo. De tal manera, ni paciente, ni impacientemente, ni generosamente, ni con egoísmo, puedo haber contribuido capitalmente a enseñarle Derecho procesal penal. Como me sucede con otros amigos de menor edad, quisiera poder llamarlo "discípulo", porque esa posibilidad me honraría intelectualmente, pero faltaría a la verdad.

Él fue quien se acercó a mí, casi por casualidad, y, si algo aprendió de mí —afirmación en extremo dudosa, salvo que se la utilice en un sentido subalterno— es mérito propio de él, obra inconsciente de todos quienes entramos en relación. Como ordinariamente sucede en nuestro país, al menos en las últimas décadas, la degradación de la vida universitaria no permite tener "discípulos" y, mucho menos, a quien no tiene genio ni vocación para ello. Quien en verdad sabe algo en nuestro país —y son escasísimas las personas que algo saben— es porque lo aprendió solo, sentencia que rige, sobre todo, para la generación de Binder y las posteriores. Ello pretende expresar que el autor no contó con un auxilio personal estable y de

cuerpo presente de otra persona, que le facilitara la tarea de aprender, "enseñándole"; quien ha aprendido de esa manera, sabe por la vía de un esfuerzo personal enorme, nunca bien medido, que lo ha privado de otros bienes y de otros beneficios de la vida de relación, se trata de autodidactas tozudos, casi compulsivos en la tarea intelectual. Eso es, precisamente, Binder, quien no ha escatimado esfuerzos para formarse y no sólo en el área del Derecho penal sino, también, en la del pensamiento más general sobre el hombre y sus circunstancias.

A todo ello el autor de esta obra agrega una sensibilidad profunda por el sufrimiento humano y una vocación hacia la igualdad y la dignidad fundamental del hombre y su sentido trascendental, características de "lo humano" en las que él cree fervientemente. En estos fines y en el método para conseguir su realización ha consistido nuestra principal comunión y nuestros principales motivos de disputa, condicionados en parte, como él mismo me lo aclaró, por el contexto político y social en el cual se desarrolló la juventud de cada uno de nosotros, prejuicios que, al fin y al cabo, señalan a toda persona de por vida.

Pues Binder ha querido aportar, con esta obra, fundamentalmente, una herramienta útil y esencial para facilitarles el esfuerzo a quienes comienzan sus estudios de Derecho y, sobre todo, a quienes se introducen al estudio del sistema penal de solución de conflictos sociales. Pero no sólo ha pretendido y hecho esto con su obra, sino que, antes bien, procura, a mi juicio con éxito, que quienes inician los estudios de la materia ingresen a ella con el paso correcto y por la puerta debida. Desde la ya legendaria obra de Vélez Mariconde, los Estudios de Derecho Procesal Penal, *que Binder mismo recuerda en su Prefacio, no existe en la literatura jurídica argentina —y, me animo a expresar, en la literatura jurídica de habla española— una obra capaz de aspirar a aquel mérito y de lograr ese resultado. Pues la Introducción que aquí se nos ofrece, con cierta modestia infundada, sigue el mismo rumbo y cumplirá, seguramente, el mismo papel: orientar correctamente a quienes, en principio, están decididos a realizar el esfuerzo que el mismo autor sugiere y requiere para formarse como jurista. El autor de esta obra les ha facilitado la tarea, y aún más, su obra logrará, como las buenas obras, entusiasmarlos para decidirse al esfuerzo y perseverar en él. El resto deben ponerlo ellos, como Binder lo exige.*

No es éste un mérito escaso sino principal de la obra, sobre todo en nuestro medio, aquel que domina culturalmente la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Acostumbrados a obras de Derecho procesal en especial de Derecho procesal penal escasamente analíticas y críticas, que, con la justificación de describir la legislación positiva, representan poco más o, en ocasiones, poco menos que exégesis legales, en el sentido subalterno de esta palabra que indica Binder en su Introducción (p. 27), el libro constituye un elemento vivificante de las exposiciones valiosas sobre el proceso penal.

Sin embargo, y especialmente en nuestro medio, tan castigado por obras de Derecho procesal penal desencajadas del contexto cultural en el cual convivimos, este libro cumplirá, seguramente, otras funciones anexas a aquella principal propuesta por el autor: auxiliará a los docentes de Derecho penal y procesal penal a encarar correctamente la enseñanza de la materia y ayudará a los abogados, a quienes la Introducción destina palabras duras pero bellas, a iniciarse correctamente en la mecánica de la nueva legislación procesal penal, que, pese a sus deficiencias, constituye un nuevo mundo jurídico a comprender y explorar por quienes practican el Derecho penal ante o en los tribunales del Estado federal argentino. En ese sentido, ésta es la primera obra de valor después de la sanción de la nueva legislación.

Al menos una palabra sobre el contenido de la obra. Ella tiene, a mi juicio, un desarrollo original sobre la materia en examen. Un acierto fundamental ha sido explicar, al menos en nuestra lengua, si no por primera vez, al menos en forma clara y confesa, el sistema penal como unidad política, aspecto o ángulo de observación que supera cualquier diferencia formal entre las reglas de Derecho penal y las de Derecho procesal penal y, más aún, cualquier intento de observar al Derecho procesal penal aislándolo del Derecho penal por su afinidad con otros reglamentos de la actividad judicial, por ejemplo, el Derecho procesal civil. Pero, como el mismo autor reconoce, el grado de desarrollo científico del Derecho penal y del Derecho procesal penal difiere radicalmente: mientras el primero ha alcanzado un grado de sistematización científica importante, los teóricos del segundo sector no han producido un sistema analítico de profundidad análoga. Es por ello que, en el primer

sector, se ha alcanzado un grado de consenso apreciable en el esquema de análisis, que no se observa en el segundo, en el cual reina, en una proporción muy superior, el esquema de explicación personal de cada uno de los autores. Binder es, por vocación personal, un innovador en la solución de problemas y, conforme a ello, plantea su propio esquema: comienza por lo que él llama el diseño constitucional del proceso penal, *en donde agrupa las características básicas del sistema de realización penal querido por nuestra Constitución, y prosigue con la descripción de las seguridades individuales, con base en el Estado de Derecho, que brinda la ideología constitucional, a las que agrupa según un esquema novedoso* (garantías básicas, principios que impiden la manipulación arbitraria del proceso penal, principios que limitan la facultad del Estado para colectar información y principios que limitan el uso de la fuerza durante el proceso penal). *Mis propias dudas, fundadas en el escaso desarrollo analítico y en el escaso consenso científico que la materia ha suscitado teóricamente, me imposibilitan un juicio de valor crítico actual sobre el particular. El autor mismo considera este planteo sólo de un valor provisional, Pero hallo novedoso el esquema planteado y la agrupación de principios Más allá de la discrepancia inicial que pudiera tener en algunos temas —según mi enfoque más tradicional—, por ejemplo, el relativo a* la irretroactividad de la ley procesal penal, *o de la crítica ligera al esquema general de la obra, como, por ejemplo, la ubicación final del capítulo dedicado a la* organización judicial, *su mezcla con los demás* sujetos procesales *y la inclusión allí del tema de la* imparcialidad y apartamiento de los jueces, *que a mí me parece de primera magnitud, con suficientes merecimientos para estar ubicado entre los principios que impiden la manipulación arbitraria del poder penal y básico para explicar el verdadero significado de la independencia judicial y del principio del juez natural, me resulta difícil esbozar una crítica argumental de peso que supere mis propias dudas. Estimo, por ello, que la propuesta del autor, cuyos límites han sido trazados anteriormente por él mismo, al descubrir la finalidad de la obra y sus principales destinatarios, merece ser sometida, de aquí en adelante, a la reflexión profunda de quienes estamos interesados en ella, para aceptarla o rechazarla, en todo caso para ayudarlo a él en sus posteriores realizaciones.*

Dos palabras más para el autor y su obra. A él va dirigida mi admonición y mi esperanza de que continúe su vida académica, para la cual posee dotes excepcionales, que ha ampliado con su propio esfuerzo. Me conmueve, además, la aparición de este libro en nuestro medio, en el cual, sirva de ejemplo, ninguna de sus bibliotecas posee los Estudios... *de Alfredo Vélez Mariconde, casi desconocidos para los publicistas y docentes de la materia en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires, con honrosas excepciones. Ese hecho, por sí mismo, predice nuevos aires que anuncian la renovación, de la cual este libro representa un anuncio serio y una esperanza cierta.* ¡Enhorabuena!

Julio B. J. Maier

PREFACIO DE LA PRIMERA EDICIÓN

Este libro es una introducción al estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos unos a otros dentro de unas jaulas.

Esta frase, que hasta me duele escribir, es la más honesta presentación que puedo hacer de este trabajo, pensado para estudiantes que recién ingresan a la Universidad.

Podría presentarlo hablando de la justicia, de la jurisdicción, de los grandes principios constitucionales, de las innumerables metáforas que hemos inventado los juristas para creer que al final de todo esto no está la cárcel, pero no quiero hacerlo.

—¡Señores estudiantes! Al final de todo esto está la cárcel y la cárcel es una jaula para encerrar humanos.

Creo que ése es por ahora nuestro problema: la utilización de un instrumento cruel (¿necesario?, ¿innecesario? Aún no tengo una respuesta) que todavía creemos que es "civilizado".

El gran peligro de todo aquel que se dedica al estudio del Derecho penal o procesal penal es que le suceda lo que al fabricante de guillotinas: que se enamore del brillo de la madera, del peso exacto y del pulido de la hoja mortal, del ajuste de los mecanismos, del susurro filoso que precede a la muerte y finalmente olvide que alguien ha perdido su cabeza. Además, la historia nos ha enseñado que esa guillotina, de la que quizá nos hemos enamorado, ha asesinado a muchos de los ciudadanos que lucharon por las ideas que trata de explicar este libro.

En consecuencia, éste es un libro para que nadie se enamore del Derecho procesal penal.

Dos palabras más para el autor y su obra. A él va dirigida mi admonición y mi esperanza de que continúe su vida académica, para la cual posee dotes excepcionales, que ha ampliado con su propio esfuerzo. Me conmueve, además, la aparición de este libro en nuestro medio, en el cual, sirva de ejemplo, ninguna de sus bibliotecas posee los Estudios... *de Alfredo Vélez Mariconde, casi desconocidos para los publicistas y docentes de la materia en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires, con honrosas excepciones. Ese hecho, por sí mismo, predice nuevos aires que anuncian la renovación, de la cual este libro representa un anuncio serio y una esperanza cierta.* ¡Enhorabuena!

Julio B. J. Maier

PREFACIO DE LA PRIMERA EDICIÓN

Este libro es una introducción al estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos unos a otros dentro de unas jaulas.

Esta frase, que hasta me duele escribir, es la más honesta presentación que puedo hacer de este trabajo, pensado para estudiantes que recién ingresan a la Universidad.

Podría presentarlo hablando de la justicia, de la jurisdicción, de los grandes principios constitucionales, de las innumerables metáforas que hemos inventado los juristas para creer que al final de todo esto no está la cárcel, pero no quiero hacerlo.

—¡Señores estudiantes! Al final de todo esto está la cárcel y la cárcel es una jaula para encerrar humanos.

Creo que ése es por ahora nuestro problema: la utilización de un instrumento cruel (¿necesario?, ¿innecesario? Aún no tengo una respuesta) que todavía creemos que es "civilizado".

El gran peligro de todo aquel que se dedica al estudio del Derecho penal o procesal penal es que le suceda lo que al fabricante de guillotinas: que se enamore del brillo de la madera, del peso exacto y del pulido de la hoja mortal, del ajuste de los mecanismos, del susurro filoso que precede a la muerte y finalmente olvide que alguien ha perdido su cabeza. Además, la historia nos ha enseñado que esa guillotina, de la que quizá nos hemos enamorado, ha asesinado a muchos de los ciudadanos que lucharon por las ideas que trata de explicar este libro.

En consecuencia, éste es un libro para que nadie se enamore del Derecho procesal penal.

Sin embargo ha sido escrito con entusiasmo, porque también el Derecho procesal penal se ocupa —y primordialmente— de los límites del poder penal y esos límites son un anticipo de su desaparición. La perspectiva garantista es un programa político de reducción de la violencia estatal y si vale la pena entusiasmarse con ello, pero teniendo claro que el objetivo final no es limitar al poder penal sino hacerlo desaparecer, aunque por ahora lo más urgente sea limitarlo, reducirlo, acorralarlo.

Como toda "introducción" tiene muchos elementos personales, vinculados a la propia experiencia de aprendizaje y estudio. Por eso se debe recordar lo que decía Hegel a propósito de la vieja polémica sobre cuál era el mejor modo de introducirse en la filosofía, lo importante no es por dónde se ingresa sino tener la capacidad para recuperar la totalidad una vez que se ha ingresado en ella.

El estudiante deberá completar sus estudios de Derecho procesal penal en otros libros, que desarrollan con más amplitud muchos temas que aquí sólo están enunciados. He tratado, sin embargo, de transmitir ciertas "pistas" o "claves" que le permitirán distinguir las discusiones insustanciales de aquellas que esconden grandes problemas de política criminal. Si este libro logra transmitir esa enseñanza estaré satisfecho.

Debo pedir algunas disculpas. En primer lugar por la ausencia de notas, que espero no sea entendido como petulancia o intento de aprovecharme de ideas ajenas; es sólo un recurso pedagógico para aligerar el texto y facilitar su lectura. En segundo lugar, por el tono apologético y a veces vehemente de la exposición: pero nunca he podido observar esa tremenda trituradora de carne pobre que es la justicia penal en Latinoamérica y conservar el tono neutro de un observador imparcial.

Confieso que no soy un observador imparcial.

He utilizado, conscientemente y espero que no en exceso, el estribillo como recurso literario, que ha demostrado tener la fuerza del *delenda est Cartago*, la belleza del *never more* de Poe y la eficacia mnemotécnica de las canciones populares. La reiteración de ciertas ideas básicas tiene ese propósito.

Cuando conocí a Julio B. Maier apenas había leído obra de Vélez Mariconde. A partir de ese momento y duran varios años Maier me enseñó Derecho procesal penal, pa ciente y generosamente. No sé si este libro está a la altura d lo que él me ha enseñado, pero se lo ofrezco con cariño respeto.

A muchos amigos les debo sugerencias e ideas, pero es pecialmente a Maximiliano Rusconi y a Marcos Salt, con quie nes hemos formado la base de un grupo de trabajo e invest gación preocupado especialmente por la reforma de la justici penal en todas sus dimensiones.

Finalmente, reitero que este libro es sólo una introduc ción, dedicada especialmente a los estudiantes que tienen s primer contacto con el Derecho procesal penal, y no tiene otra pretensiones. Mejor dicho, sí tiene otra pretensión: que el alum no comprenda que el Derecho es un instrumento al servicio d las personas y de sus problemas, que la dignidad humana e algo extremadamente valioso, que la libertad, la igualdad y la fraternidad siguen siendo un ideal hermoso; en definitiva, que estudiar varios años de leyes para terminar convertido en un tramitador de papeles borrosos, no vale la pena.

Alberto M. Binder

PREFACIO DE LA SEGUNDA EDICIÓN

He tenido la suerte de que este libro merezca una segunda edición. Me alegra tanto por él como por mí. Pero mal que me pese, debo condenarlo a muerte. En fin, por su estructura, su método, su certidumbre excesiva y su concisión deliberada, ya no puede evolucionar.

Sin embargo, no pude resignarme a una simple reimpresión y las notas al pie de página, que no faltaban pero tampoco sobran, junto con otros agregados y correcciones, justifican la nueva y definitiva edición.

Han pasado algunos años desde la gestación de este libro; pese a ello reafirmo sus objetivos y limitaciones. Es posible que el desarrollo de las ideas procesales en este último tiempo haya vuelto más elemental aún a esta "introducción". Pero creo que todavía puede cumplir su misión de iniciación, ligada necesariamente a la capacidad de entusiasmar y guiar.

Por otra parte, se acentúa día a día un cierto saber escolástico, de rebuscamientos innecesarios, que ocultan principios y verdades elementales, imprescindibles para construir teorías con fundamento. Por eso hasta que el Derecho penal encuentre a su Moliere, creo que este pequeño y sencillo libro merece seguir anclado en el sentido común y la búsqueda de claridad en la exposición de los principales problemas del Derecho procesal.

He incluido un capítulo sobre la acción penal cuya ausencia era evidente. También se agregan algunas breves y sencillas sugerencias para el trabajo práctico que pueden ser de utilidad para los profesores. Espero de aquí en más trabajar en un "manual" que presente un curso completo, sobre una base diferente a la de este curso introductorio y desarrolle todos los temas del Derecho procesal desde el análisis político criminal, pero para ello necesito más tiempo y más es-

tudio. Como siempre, espero que las críticas de los lectores me ayuden a perfeccionar los contenidos y las formas de exposición.

Debo agradecer finalmente a quienes me ayudaron a perfeccionar esta edición, en especial a Erica Mattiuz quien asumió la pesada tarea de corregir originales y notas al pie.

Esquel, enero de 1999.

Alberto M. Binder

Primera Parte
INTRODUCCIÓN

I. BASES, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE ESTE CURSO

Cuando comenzamos un curso universitario no es común preguntarnos para qué necesitamos ese curso. En realidad, la respuesta parece venir prefabricada: lo necesitamos para aprobar un examen y así adelantar posiciones en nuestra carrera hacia la obtención del título. No sería justo reprochar aquí a los estudiantes aquello que todos, en mayor o menor medida, nos hemos visto compelidos a realizar. Sin embargo, creo importante que el lector-estudiante de esta obra —si es que, devorado por la prisa, no ha decidido pasar por alto estas páginas iniciales, que no corresponden a ningún punto del programa— reflexione sobre estas palabras de Ortega: "El estudiante es un ser humano, masculino o femenino, a quien la vida le impone la necesidad de estudiar las ciencias de las cuales él no ha sentido inmediata, *auténtica necesidad*".[1]

[1] Ver ORTEGA Y GASSETT, José: *Unas lecciones de metafísica*, Alianza, Libro de bolsillo, 1984.

El problema de la necesidad de estudiar una materia se vincula también con las exigencias que el sistema judicial le impone al futuro abogado; en ese sentido en tanto los sistemas judiciales continúen aferrados a fórmulas arcaicas o a rituales que tienen mayor valor que las finalidades de solución del caso o el cumplimiento de las finalidades de la administración de justicia, la enseñanza del Derecho estará orientada tarde o temprano a satisfacer necesidades. Así se genera un círculo vicioso a través del cual la enseñanza universitaria reproduce estos elementos, estas fórmulas arcaicas y esta visión degradada de la profesión jurídica que proviene del ritualismo forense y a su vez las distintas generaciones de abogados que mantienen el sistema judicial en ese nivel. Una de las tareas importantes en este tiempo es romper con ese círculo vicioso. Ya sea mediante la reformulación de los sistemas judiciales o mediante la modificación de los contenidos de la enseñanza. Hasta ahora no se ha podido hacerlo.

Siempre he creído que la primera lección de un curso universitario se debía dedicar a persuadir a los alumnos de la *auténtica necesidad* del esfuerzo que comenzaban a realizar. Muchos docentes consagran horas largas y tediosas a explicar supuestas autonomías científicas o a exponer evoluciones históricas de las cuales, según ellos, surge evidente la necesidad imperiosa de estudiar esa ciencia particular antes que cualquier otra.[2] Tales explicaciones, sin embargo, suelen alejar el contenido del curso de las necesidades concretas de los alumnos o los agobian bajo el peso de problemas cuya importancia no logran apreciar. Otros profesores se concentran en destacar la "estrechísima" relación que existiría entre la ciencia que explican y la vida cotidiana del abogado, de modo tal que los conocimientos que ellos trasmiten aparecen frente a los alumnos como la fuente directa del prestigio, el éxito económico y profesional o, a veces, el mero sustento del abogado que ellos aspiran a ser.

Rara vez, a mi juicio, se estimula a los estudiantes a reflexionar sobre la *auténtica necesidad* de estudiar una materia. ¿Por qué debemos estudiar el Derecho penal? ¿Por qué debemos conocer las reglas del proceso penal? ¿Cuál es la auténtica necesidad de saber algo sobre ellos?

Quien optó con verdadera vocación por la carrera de leyes, eligió dedicarse a un área muy particular de la vida social: *la solución de los conflictos*. Así como el médico sabe que su vida profesional siempre estará ligada a la salud (o a la enfermedad) de los hombres, el abogado debe saber que él siempre deberá hacerse cargo, de un modo u otro, de un con-

---

Sin embargo ha sido más fácil provocar modificaciones en los sistemas judiciales que modificar sustancialmente el rumbo de la enseñanza del Derecho."

[2] "Esto no significa de ninguna manera quitarle importancia a la perspectiva histórica en la enseñanza del Derecho, al contrario creo que uno de los defectos principales de la actual enseñanza y eso se nota claramente en la enseñanza del Derecho penal y el Derecho procesal penal, es la ausencia de una reflexión histórica sobre el funcionamiento de las instituciones y la creación de las doctrinas que las explican; no al estilo de un simple relato lineal sino buscando una explicación profunda que permita construir un pensamiento jurídico con conciencia histórica". Ver BINDER, Alberto: "La Reforma judicial del programa político al programa científico", en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

flicto interpersonal. Aun quienes elijan dedicarse a la investigación jurídica más abstracta, siempre encontrarán en ella un punto de contacto con la conflictividad humana, con la controversia de intereses, y la consiguiente infelicidad que ello genera.

Pero también es cierto que el abogado estará igualmente ligado a *la solución* de esos mismos conflictos. El Derecho es un formidable instrumento para solucionar conflictos (también para evitarlos, que es un modo anticipado de solución) o para generarlos, que es otro de sus efectos sociales. Se trata de una herramienta que sirve para solucionar los conflictos de diferentes maneras, según las valoraciones dominantes en una sociedad determinada y en una época precisa. Por supuesto, la palabra "solución" no tiene aquí un significado muy preciso. No significa, por ejemplo, que "todo el mundo queda feliz, luego de la intervención del Derecho", como en los finales de los cuentos infantiles. Hasta se podría decir que el Derecho *nunca soluciona* nada; que lo que hace, en realidad, es *redefinir los conflictos* humanos, a veces de un modo más aceptable para todas las partes involucradas. Otras veces, redefine el conflicto imponiendo esa redefinición a alguno o todos los involucrados apoyándose en la fuerza estatal —y el Derecho penal funciona así en una proporción muy alta.

No es el objetivo de este capítulo analizar este tema: por ahora, dejaremos todos estos problemas englobados en la palabra "solución", pero el lector ya está advertido sobre la complejidad del tema y sobre la necesidad de no tomar la palabra "solución" en un sentido simple, que irremediablemente llevaría a una visión simplista del fenómeno jurídico. Lo cierto es que el Derecho se instala en un nivel muy básico de la vida social: precisamente aquel donde el poder se encuentra con el conflicto (o el disenso) y debe resolverlo (o redefinirlo a través de vías institucionales).

El Derecho no es sino una manifestación del poder. Derecho y poder son las dos caras de una misma moneda, ligada directamente al fenómeno asociativo, a la sociedad humana.[3]

[3] Ver el prólogo de Norberto Bobbio, de FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1996, y su *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987. El Derecho y el poder son dos fenómenos que están asociados pero en una relación conflictiva. El Derecho en su naturaleza más profunda se opone a

El abogado es un técnico en el uso del Derecho y, por ello, se sitúa de un modo muy particular en ese punto de encuentro entre el conflicto y el poder. Él será protagonista, lo quiera o no, de la resolución de esa tensión. Y puede asumir ese protagonismo por diversas razones: algunos harán de ello su medio de vida y manutención; otros buscarán defender ciertos valores o un programa y un ideal de vida social; otros habrá que lo harán como modo de ascenso social, y habrá otros tantos, incluso, que nunca se preguntarán ni sabrán por qué lo hacen. Normalmente todas estas razones se mezclarán o variarán a lo largo de la vida.

Por ello es importante comprender que *el ejercicio de la abogacía nunca será una actividad inocente*. Su proximidad al conflicto y al poder hacen que toda acción u omisión de los abogados tenga un significado social que muchos de ellos se esfuerzan en ignorar.[4]

---

la fuerza y se opone al poderoso, el Derecho, en última instancia, es el derecho de los débiles frente a aquellos que tienen la capacidad de imponer una regla basada en su exclusiva conveniencia cada vez que lo deseen. Es cierto que a lo largo de la historia y en especial en los últimos dos siglos en los cuales el fenómeno normativo acompaña de un modo muy particular la constitución de las nuevas sociedades complejas, el Derecho ha cumplido funciones de legitimación conservación o de presión directamente, pero ello no quita que él deba ser pensado básicamente desde la categoría del débil. En ese sentido, las elaboraciones en la filosofía de la alteridad y en la ética de la liberación que constituyen la categoría de víctima como una categoría central en la formulación del pensamiento práctico permiten también interpelar al pensamiento jurídico desde esa categoría. Si el Derecho es un instrumento de los débiles puede ser pensado desde ellos y para ellos, si en determinadas circunstancias y en determinados momentos históricos el Derecho como fenómeno global es apropiado por los sectores poderosos, que lo necesitan para reforzar el poder que ya tienen y volverlo inexpugnable; entonces ésa es la más profunda distorsión del fenómeno normativo. Ver sobre la categoría de "víctima", DUSSELL, Enrique: *Ética de la liberación*, Trotta, Buenos Aires, 1997.

[4] También es necesario destacar la función de los sectores profesionales del Derecho en la conservación de las estructuras judiciales coloniales que hoy constituyen un obstáculo fundamental para el desarrollo de esas sociedades y para la vigencia del Estado de Derecho, de la República y de la democracia. En este sentido los sectores profesionales vinculados a los distintos oficios jurídicos constituyen una apreciable fuerza de conservación que hace peligrar muchos de los intentos de reforma que se han llevado a cabo en nuestro país y en la región latinoamericana. Sobre las relaciones entre la formación del jurista y el desarrollo del capitalismo, ver BARCELLONA, Pietro y COTTURRI: *El Estado y los juristas*, Fontanella, 1976.

No se debe deducir de esto que el abogado sea un personaje necesariamente importante de la vida social, o que él tenga una "misión", que convierta a su profesión en una especie de sacerdocio. Nada de eso. No se trata aquí del valor de la profesión del abogado —valor que variará según la persona que la ejerza—. Se busca, simplemente, destacar que, por la índole de su profesión, su actividad estará siempre ligada a problemas muy básicos de los seres humanos y a reglas de convivencia que constituyen la trama de la vida social.

En el caso particular del Derecho penal y el Derecho procesal penal, este protagonismo del abogado es mucho más dramático. Como luego veremos, ya no se trata de cualquier conflicto ni de cualquier solución. Generalmente, la cuota de violencia social que encierran los conflictos captados por el sistema penal es muy grande, y la "solución" que propone el Estado suele contener también una alta cuota de violencia. Baste considerar que, muchas veces, la "solución estatal" reside en *encerrar a seres humanos en jaulas* que, para tranquilidad de los que quedamos afuera, hemos aprendido a llamar "cárceles". No ocultamos, así, que no son demasiado diferentes a las jaulas usadas para los animales, cuyo encierro suele conmovernos con mucha mayor facilidad que el de un semejante.

Es evidente pues que, en el campo del Derecho penal y procesal penal, el abogado está muy cerca de otro de los grandes fenómenos básicos de la sociedad: *la violencia*, y ello porque *la violencia estatal*, más allá del problema de su legitimidad o ilegitimidad, *forma parte de la totalidad de la violencia social*.

Si a cualquiera de nosotros le dijeran que el día de mañana, a las 17.30 horas, debe resolver o ayudar a resolver un conflicto determinado, donde una de las alternativas posibles es la aplicación de la violencia o fuerza estatal, a consecuencia de la cual una persona determinada (con nombre y apellido) puede ser obligada a pasar varios años adentro de una jaula; o si supiéramos que de la correcta o incorrecta solución del conflicto que mañana a las 17.30 debemos resolver, dependen cuestiones tan importantes como la paz social, el derecho de la víctima a una justa reparación de los daños sufridos, o la efectiva vigencia de valores importantes para la mayoría de los ciudadanos, seguramente nos preocu-

paríamos por afrontar esa tarea del mejor modo posible. Inclusive, más de uno pasaría la noche en vela, meditando o estudiando las posibles soluciones de ese conflicto o "caso".

Los estudiantes se sienten todavía lejos de situaciones como ésa. Sin embargo, pronto estarán cerca de ellas y comprenderán que su actuación no sólo no podrá ser superficial ni inocente, sino que, además, estará directamente vinculada a consecuencias de gran importancia para la vida individual y social.

Este curso es parte del adiestramiento básico para poder afrontar en el futuro esa labor. Pero cabe preguntarse aquí: ¿qué significa *adiestramiento básico*? ¿No es eso más propio de algún deporte? Y la respuesta a esta pregunta tiene dos dimensiones. Por una parte, el adiestramiento básico se refiere a *la capacidad elemental de análisis jurídico*; por otra, se refiere a *la sensibilidad elemental para percibir las afectaciones a la dignidad humana*. Ambas dimensiones deberán ser desarrolladas con mayor profundidad durante el resto de la preparación universitaria. No obstante, este curso busca brindar a los alumnos las bases de esa preparación futura. Por eso se trata sólo de unos "lineamientos", de una guía básica para iniciar un camino que, espero, ya no finalice durante todo el resto de la preparación universitaria y continúe durante el ejercicio profesional. Este pequeño libro es sólo una "propedéutica" y, como tal, supone que luego comenzará el verdadero aprendizaje.[5]

El análisis jurídico es la aptitud fundamental que debe cultivar un abogado. Muchos alumnos —y algunos profesores— insisten en que se deben enseñar cuestiones "prácti-

[5] Para la profundización de los estudios, la obra de MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, aún sigue siendo el punto de referencia ineludible en nuestro país para tener una visión integral y profunda de los fundamentos de esta materia. A su vez es el mejor puente para llegar a los procesalistas clásicos. Del mismo modo como Ferrajoli ha hecho una relectura de los pensadores ilustrados, hoy vuelve a ser productiva la lectura de esos clásicos porque nos encontramos en una etapa de transición de las estructuras procesales que obliga a repensar muchas categorías fundamentales elaborados por esos procesalistas. En primer lugar creo que es ampliamente provechosa la lectura de la producción procesal de Francesco Carrara tanto en su *Programa* como en los *Opúsculos*, ya que posiblemente sea de todos esos pensadores quien presenta con mayor claridad el programa político del proceso penal.

cas", y entienden por "practicidad" el conocimiento de los plazos y las rutinas judiciales. Ésa es una visión menor, que degrada la actividad intelectual del abogado y lo transforma en un gestor de fruslerías. La verdadera "función práctica" del abogado consiste en su capacidad para construir, con los múltiples elementos de la vida social, un "caso jurídico", es decir una situación vital que tiene significado para el Derecho, porque puede ser solucionada por él.

Por eso, el mayor conocimiento que tenga el abogado del orden jurídico le permitirá seleccionar los elementos relevantes de la vida social y construir la solución que ese mismo orden jurídico ha previsto para ese caso. Del mismo modo, un juez deberá saber construir los hechos que conforman el objeto de su juicio, así como el abogado defensor deberá saber construir el caso que funda el reclamo o la pretensión de su cliente. Para llevar a cabo estas actividades, que son ejemplos de la vida "práctica" del abogado, le resulta imprescindible ser apto para realizar lo que denominamos "análisis jurídico". Por ello, adiestrarse en el análisis jurídico debe ser la primera de las preocupaciones del estudiante, quien no debe confundir "conocimiento práctico" con las pobres habilidades del gestor tribunalicio.

Nuestras escuelas de leyes se han caracterizado por su enciclopedismo: los alumnos reciben un cúmulo de información que no logran aprehender ni tienen capacidad para manejar y que, por lo tanto, conspira contra su propio conocimiento y su crecimiento como abogados o juristas. La gran masa de información que ha producido la segunda mitad de nuestro siglo —y las enormes facilidades para su circulación— han dado el golpe de gracia al enciclopedismo, ya que toda la información —inclusive apenas un sector de ella— se ha vuelto inabarcable. La persistencia del "enciclopedismo" es, sin embargo, el mayor mal de nuestra pedagogía universitaria.

El análisis jurídico, por el contrario, es la actividad que nos permite extraer soluciones jurídicas concretas para un caso o una clase de casos. Es siempre conocimiento aplicado o aplicable, y por ello verdadero conocimiento. Para practicarlo es necesario tener información sobre las normas jurídicas, sobre sus contenidos, su estructura, su función y también sobre su funcionamiento. Implica, además, la comprensión del orden jurídico como un sistema dinámico, donde cada

norma interactúa con las demás para adquirir la plenitud de su propio sentido. El orden jurídico no es una estructura estática; antes bien, se asemeja a un caleidoscopio. Tener información sobre el contenido de las normas es fundamental; pero ello no significa que hay que conocer *todas* las normas. La clave consiste en tener un buen manejo de *la estructura global* de nuestro orden jurídico y el conocimiento más acabado posible de sus normas elementales. Es imprescindible, no obstante, conocer el contenido sustancial de las principales normas que configuran un área especial dentro del orden jurídico —como son, en nuestro curso, las normas que estructuran básicamente el Derecho procesal penal—, si se quiere adquirir algún tipo de especialización o manejar, al menos, con fluidez esa área particular del Derecho.

Sobre esta base se debe aprender a "trabajar" con las normas jurídicas. Y para ello, como en cualquier oficio, quien maneja mejor los instrumentos para el trabajo logra mejores resultados. Todo abogado sabe muy bien que frente a cada caso deberá realizar *una investigación jurídica*. Habrá casos que le demandarán un gran trabajo de búsqueda de información suplementaria; quizás, la resolución de otros sólo le exigirá la ratificación del contenido de algunos artículos que ya conoce.

Por eso, el estudiante no debe albergar la expectativa de que recibirá en la Universidad todo el conocimiento o la información que necesita para desarrollar su tarea profesional con idoneidad: al contrario, tiene el derecho y el deber de exigir que no se le dé información superflua y que se le enseñe a trabajar con las normas, a realizar ajustados análisis jurídicos: sólo así será un abogado que sabe estudiar frente a sus casos, que sabe "trabajar" con el Derecho.

Por otra parte, si bien la ciencia del Derecho se ocupa principalmente de normas jurídicas, el jurista no debe desentenderse del *fundamento* de esas normas, como tampoco puede desentenderse de su *funcionamiento* en el campo de la vida social. No obstante, el estudiante deberá acostumbrarse a trabajar sobre el eje de la norma jurídica, porque allí la ciencia jurídica adquiere su máxima productividad. Cuando hablamos del fundamento o del funcionamiento, lo debemos referir siempre a una norma jurídica, porque ello es lo que le da especificidad a nuestro saber.

Preocuparse del "fundamento" de las normas nos lleva al plano de la política, de la moral; en fin, al *plano de los valores*. Existen muchas posturas acerca de la relación que debe existir entre los valores —o la moral— y el Derecho. Discutir esos temas formará parte de los cursos de filosofía del Derecho. Pero lo que debe quedar claro es que nadie postula que exista una relación de indiferencia entre el Derecho y los valores; o, dicho de otra manera, que el Derecho sea un fenómeno neutro al valor. Por eso, más allá de la postura filosófica que finalmente asuma el lector, ya debe acostumbrarse a pensar las normas jurídicas en términos de valor, es decir, a saber distinguir si ellas, según sus convicciones, son valiosas o disvaliosas. Otro de los cánceres de la vida universitaria es la enseñanza de una "exégesis mediocre" —que no debe ser confundida con la Escuela de Exégesis—, según la cual el estudiante debe ser un simple lector-repetidor de códigos y textos legales.

Por otra parte, tampoco el estudiante debe desentenderse del "funcionamiento" de las normas. Siempre existe una discordancia entre el programa normativo y la realidad, particularmente la realidad de la vida judicial. De esa discordancia se nutre la permanente función crítica de la ciencia jurídica. Sin embargo, a veces, esa discordancia adquiere niveles escandalosos. En esos casos, el jurista debe cuidarse muy bien de seguir "hablando" de las normas, como si nada pasara.[6] Quie-

[6] La reducción de la brecha entre los derechos reconocidos formalmente y por lo tanto válidos y su vigencia, es decir el efectivo cumplimiento de esos derechos es la principal tarea del pensamiento jurídico en esta época. No sólo debe denunciar y criticar esta situación como inadmisible para el Estado de Derecho y la democracia sino que debe también elaborar los instrumentos teóricos para superar esta situación. Conceptos tales como normas programáticas, el concepto abstracto de acción e inclusive muchas interpretaciones sobre el sentido de los derechos fundamentales han servido para ocultar este fenómeno de los derechos proclamados pero no cumplidos. El concepto mismo de Derecho subjetivo ha servido para ello ya que nos hemos acostumbrado a pensar que una persona puede tener un derecho aunque no tenga ninguna posibilidad real de poder exigirlo. Esta grave y fundamental inconsecuencia es uno de los modos como el pensamiento jurídico ha contribuido a cumplir funciones puramente legitimadoras de poderes constituidos de facto; sigue siendo la gran complicidad del pensamiento jurídico con las situaciones de injusticia. El garantismo, una teoría crítica del Derecho, debe asumir esta tarea como una tarea esencial. Ver FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, Buenos Aires, 1995, en particular capítulos 13 y 14.

nes asumen esta posición, muchas veces escondidos en esa "exégesis mediocre" de la que ya hablamos, se convierten en cómplices de la degradación del Derecho; y posiblemente no exista papel más triste para el abogado ya que, junto con la degradación de la juridicidad, se degrada a sí mismo. Han existido muchos casos de juristas que siguiendo ese camino han terminado siendo simples encubridores de las peores dictaduras: meros "leguleyos" al servicio del poder.

Debemos tener claro, asimismo, que, si bien no pretendemos ya una ciencia que nos proporcione certezas absolutas sobre la realidad (la norma jurídica es, también, una parte de la realidad, aunque de carácter ideal o cultural), no podemos renunciar a que la ciencia nos proporcione *una certidumbre comunicable y criticable* y que, además, nos permita actuar sobre la realidad con un margen apreciable de seguridad. A veces la ciencia jurídica se aparta de su realidad básica, que son las normas jurídicas, y comienza a construir proposiciones que sólo pueden suscitar adhesión o repulsa, pero nunca crítica. En esos casos, en verdad, la ciencia se desentiende del fundamento real de las normas y corre el riesgo de dejar de lado aquello que le confiere riqueza al Derecho: el hecho de ser un instrumento de poder, conformado dentro de una determinada cultura. Por último, si la ciencia jurídica se desentiende del funcionamiento real de las normas, corre el riesgo de comenzar a trabajar sobre puras ficciones y perder, incluso, su carácter científico.[7]

[7] Sigue siendo problemático y en particular confuso hablar del carácter científico del Derecho. En particular cuando se pretende hablar del Derecho como un todo, como un cuerpo de doctrina y no de algunas de sus proposiciones en particular. Cuando ello ocurre, la posibilidad de que se pretenda revestir de cientificidad opiniones o reglas morales es muy grande. La tradición de un *corpus* que debe ser legitimado en su conjunto como un sistema cerrado y autosuficiente forma parte del pensamiento filosófico y ético con claridad por lo menos desde Cristian Wolff en adelante. Me parece que hoy todavía tiene una fuerza importante en el campo del Derecho penal donde se presentan sistemas completos que no pretenden siquiera ser ya descripciones de un sistema jurídico determinado sino modelos completos con un alto contenido de deber ser. Frente a ello, el camino más seguro es asumir que el pensamiento jurídico es un saber complejo donde se articulan distintos niveles de reflexión y en el cual se producen —con no tanta frecuencia como sería deseable—, proposiciones que tienen carácter científico. De allí a otorgarle cientificidad al conjunto de la reflexión jurídica creo que hay todavía un largo camino por recorrer.

Como he tratado de destacar hasta ahora, el análisis jurídico es la actividad fundamental del abogado. Por lo mismo, no resulta sencillo. Se requiere práctica. No hay otra forma de adquirirlo que no sea utilizarlo desde el inicio. Un curso universitario de leyes debe trabajar sobre casos porque es el modo más directo y útil para aprender a manejar las leyes y conocer los instrumentos que permiten encontrar las soluciones en cada caso. En consecuencia, la metodología de casos deberá acompañar a las distintas unidades temáticas que conforman este libro, según las indicaciones de cada profesor.[8]

Para que el trabajo sobre los casos sea productivo es necesario afrontar su resolución con cierta información téc-

[8] En el apéndice se agregan algunas indicaciones para el desarrollo de los casos en el ámbito del Derecho procesal penal tratando de desarrollar una guía de análisis que cumpla alguna función parecida, por lo menos en el ámbito de la resolución de casos, a la que cumple la Teoría del Delito en el ámbito del Derecho penal. La integración del análisis procesal y penal en la metodología de casos es crucial inclusive para el desarrollo teórico del Derecho penal. Existe una tendencia a utilizar el método de casos abstrayéndolo de las condiciones procesales y del contexto procesal en que debe desarrollarse la dogmática. Esto produce un doble defecto, en primer lugar desde el punto de vista de la enseñanza, si bien permite detectar con mayor claridad los problemas estrictamente penales, le otorga al caso un grado de artificialidad y permite a su vez construir casos con niveles de artificialidad que poco ayudan al estudiante a desarrollar un análisis jurídico integral. En segundo lugar como el método de casos cumple también una función importante en el desarrollo progresivo de la dogmática penal, elaborar casos con niveles de abstracción del contexto procesal ha llevado, a mi juicio, a que la dogmática penal tenga bases discutibles en el plano epistemológico. Si el método de casos cumple una función parecida a la que la experimentación cumple en las ciencias naturales o físicas es evidente que esa experimentación (en tanto pone a prueba a las doctrinas), debe tratar de reproducir las condiciones reales de funcionamiento de los fenómenos sin perjuicio de someterlas a un proceso de abstracción; sería como si un físico o un químico, realizara todos los experimentos en el vacío y luego considerara que la presión o la humedad, por ejemplo, son defectos de la naturaleza.

Muchas veces hemos visto que frente a las inquietudes de los alumnos simplemente el profesor les contesta que ése es un problema de prueba, como si los problemas de prueba no fueran centrales en la constitución de un caso y permiten inclusive un nivel importante de análisis jurídico. La falta de reconocimiento que la dogmática penal ha hecho del contexto procesal es una de las razones que han permitido que ella se desarrolle en el vacío y por lo tanto no reconozca limitaciones y condicionantes que son esenciales desde el punto de vista del sistema de garantías. Ello es un error teórico de base, que la enseñanza no debe seguir propagando.

nica y con vocación de adquirir, por medio de la investigación personal, la información restante. Este curso aspira a brindar la información técnica elemental y a estimular la investigación personal. Pero algo debe quedar en claro desde el principio: "análisis jurídico" *no significa* razonar correctamente frente al caso con una buena dosis de imaginación, algo de audacia y un poco de verborragia. Eso podrá servir para pasar algún examen, pero es un engaño que el estudiante se hace a sí mismo. Nada puede reemplazar al conocimiento teórico. La imaginación lo realza, la audacia puede llegar a convertirlo en un instrumento poderoso y el buen decir puede transformarlo en algo bello; pero ninguna de estas cualidades basta por sí misma. Sólo quien conjugue todos estos factores con el conocimiento y el raciocinio correcto y agudo, habrá conquistado la herramienta fundamental del jurista.

En esta obra se formularán los contenidos técnicos mínimos. Éste es un libro para estudiantes, que pretende facilitarles el aprendizaje del Derecho procesal penal, estimulando su capacidad crítica y su creatividad; sin embargo, nunca podrá suplir el esfuerzo personal, la responsabilidad individual y el afán de saber.

La segunda dimensión del adiestramiento básico del abogado consiste en el desarrollo de *una sensibilidad capaz de reconocer las afectaciones a la dignidad humana.* Ya destacamos que Derecho y poder son términos inescindibles de un mismo fenómeno y que el abogado, lo quiera o no, estará siempre inmerso en conflictos en los que el poder juega un papel relevante.

Debemos comprender, pues, que el Derecho —tal como lo conocemos actualmente— es un producto cultural de muchos siglos y ha insumido enormes esfuerzos de la humanidad. Aquello que llamamos *Estado de Derecho* es un determinado punto de equilibrio o armonía entre el poder y el Derecho, de modo tal que éste aparece, fundamentalmente, como *un límite al poder.*

Por otra parte, lo que llamamos *conciencia jurídica* —y que, por supuesto, el alumno debe imprescindiblemente comenzar a desarrollar— es *la conciencia de que el Derecho limita al poder.*

Quienquiera que conozca la evolución de las luchas en torno al Derecho sabe que esa relación limitadora no es una relación formal, sino que es una manifestación más —histórica y culturalmente condicionada— de la lucha por la preservación igualitaria de la dignidad humana. En un Estado de Derecho, es el Derecho quien limita al poder para preservar la dignidad de todas las personas. Sólo así el Estado de Derecho llega a ser *el orden de los hombres libres e igualmente dignos* y se diferencia de las reglas que ordenan las actividades de los esclavos. Las normas pueden ser, así, tanto *instrumentos de dominación* como *de liberación*, y detrás de esta tensión se esconde una lucha en la que el alumno *participará desde ahora*, consciente o inconscientemente. Es conveniente, por lo tanto, que se prepare para participar activamente en esta lucha.

Cabe destacar, nuevamente, que el área de estudio que encaramos en este curso nos enfrenta de un modo especial al problema de la dignidad humana. La *política criminal* de un país (luego veremos la corresponsabilidad del Derecho penal y el Derecho procesal penal en la ejecución de esa política) es *el termómetro preciso de la vigencia de los derechos humanos en esa sociedad*. Por ello, la "conciencia jurídica" de quien trabaja en esta área a veces dramática del Derecho penal, deberá ser más profunda, más atenta a los innumerables riesgos que corren los derechos de las personas; riesgos ocultos, inclusive, en los pliegues de nuestras rutinas, aparentemente triviales.

Este curso procura, pues, ayudar a formar la conciencia jurídica de los alumnos. Por ello se destacará continuamente la importancia político-social de las diversas instituciones, se hará mayor hincapié en la perspectiva garantizadora o se señalará con insistencia el fundamento político de las normas y su posible (o real) distorsión político-criminal.

Se buscará señalar, también, que no es necesario sentarse a esperar el "Derecho nuevo" de una sociedad más justa; que, al contrario, es posible contribuir a la construcción de esa sociedad, procurando un determinado uso del Derecho. Tradicionalmente, han sido los sectores más poderosos de la sociedad quienes *saben usar* el Derecho. Se puede —y se debe— asumir la misión de que el Derecho pueda ser usado por los sectores humildes y marginados de nuestras so-

ciedades.[9] Aun aquellas instituciones que no fueron pensadas para satisfacer las necesidades de esos sectores, pueden ser transformadas mediante una interpretación y una práctica "alternativa". De este modo, el Derecho se puede convertir en un instrumento más en la construcción de esa sociedad distinta que anhelamos.

Éstos son los objetivos y los presupuestos metodológicos de este curso. Espero que los alumnos y profesores que utilicen este libro se preocupen de discutir sobre ellos y los acepten libremente. Guardo la esperanza, también, de que este libro sirva para despertar en los alumnos una verdadera vocación transformadora: siempre he pensado que conocer el Derecho es sólo la base para afrontar la verdadera tarea de los juristas latinoamericanos: acompañar las luchas de nuestro pueblo humilde; evitar que el Derecho consolide la dominación de los más poderosos; y diseñar así las normas de una sociedad verdaderamente igualitaria, verdaderamente democrática y justa ...esforzadamente justa.

[9] Lo que se ha denominado "uso alternativo del derecho" ha generado un movimiento de reflexión y de práctica alrededor de la incorporación de los instrumentos jurídicos en las luchas políticas y sectoriales de grupos que antes no lo utilizaban. Si finalmente el derecho puede convertirse en un instrumento de liberación o no, es otro problema que no quita que se puedan lograr avances importantes si esos sectores comienzan a utilizar los instrumentos normativos y judiciales existentes. Lo que sucede es que normalmente los ciudadanos tienen buenas razones para no utilizar esos instrumentos, así como para no recurrir a los sistemas judiciales. Revertir esta situación es un programa político, del cual se debe preocupar el pensamiento jurídico nutriéndolo con ideas, propuestas y estrategias concretas. Ver BARCELLONA, Pietro: *El uso alternativo del Derecho*, Fontanella.

II. DERECHO PENAL, DERECHO PROCESAL PENAL, Y POLÍTICA CRIMINAL

Solemos leer en los libros de Derecho procesal penal que éste "sirve a la realización de la ley penal". Más allá de la verdad o falsedad de esta afirmación, lo cierto es que ella nos da una visión reducida de la verdadera función del Derecho procesal penal, en especial, respecto de la configuración de la política criminal. Por otra parte, esa proposición —que justamente destaca la estrecha relación que existe entre la ley penal y las normas que articulan el proceso penal— ha sido mal utilizada, permitiendo una visión superficial del Derecho procesal penal, que destaca los aspectos procedimentalistas y deja de lado el análisis de la influencia de la norma procesal en la determinación de la coerción penal.

Este curso se funda, precisamente, en la perspectiva opuesta: destacaremos, en todo momento, la estrecha relación que existe entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal como *corresponsables* de la configuración de la política criminal y como *ejes estructuradores* de lo que se ha denominado "Sistema Penal" o "Sistema de Justicia Penal", que es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal.[1]

[1] Si bien de un modo no muy explícito ha sido Vélez Mariconde quien inició un desarrollo del Derecho procesal penal que contiene elementos de vinculación con el Derecho penal y en particular con la política criminal del Estado. Sin embargo en él esta reflexión no ha sido conciente o no cumple un papel central dentro del desarrollo de sus doctrinas. Ha sido Julio B. J. Maier quien le ha otorgado relevancia y ha hecho expresa la función de la política criminal en el desarrollo del Derecho procesal iniciando así un tipo de reflexión sobre el proceso penal, que ha hecho escuela. Resta todavía profundizar esta perspectiva y desarrollar con mayor rigor y precisión una "analítica de la política criminal" que nos permita entender ese fenómeno sin caer en vaguedades, consignas o

La relación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal ha sufrido diversas alternativas a lo largo del tiempo. Prácticamente nunca se ha puesto en duda que se trata de parcelas del orden jurídico estrechamente ligadas entre sí. Sin embargo, se ha discutido —y se sigue discutiendo— si el conocimiento científico sobre cada una de tales parcelas funda, a su vez, un cuerpo autónomo dentro de la ciencia jurídica.

Para algunos, las normas que regulan el proceso penal son similares a las que estructuran otros sistemas procesales (civil, laboral o administrativo), y ello permite elaborar reglas y categorías generales, comunes a todos estos procesos. La teoría general del proceso se constituye así en la línea fundamental alrededor de la cual adquiere autonomía científica la ciencia del Derecho procesal.

Esta postura merece dos objeciones principales. La primera es que el hecho de dotar al conjunto de conocimientos relativos a los diferentes sistemas procesales de lo que se ha llamado "autonomía científica" no es un objetivo importante. Tal autonomía carece en realidad de significado científico. Tengo la impresión de que esa perspectiva se funda más en la necesidad de sostener cátedras universitarias "autónomas", antes que en la voluntad de resolver un auténtico problema científico. (Debemos dejar de creer que los problemas académicos de las Universidades son necesariamente también problemas científicos...)

Lo verdaderamente importante es, entonces, aprender a trabajar rigurosamente con las normas jurídicas, lo que nos permitirá descubrir, por una parte, que ciertamente existen muchos problemas comunes a todos los sistemas procesales (y la regulación de la prueba es quizás el ejemplo más claro en este sentido). Pero, por otra parte, también descubriremos que es mucho más estrecha la relación entre cada sistema procesal específico (penal, laboral, civil, etc.) y el resto de las normas que regulan su ámbito particular. En otras palabras, descubriremos que las normas adquieren su pleno sen-

---

posicionamientos puramente ideológicos, un método que desarrolle los distintos niveles de influencia de esta política pública en la conformación del sistema penal y pueda desarrollar un tipo de trabajo más firme. Quien ha iniciado el camino de la reflexión metódica es DELMAS-MARTY, Mireille, en *Les grands systèmes de politique criminelle*, Themis, PUF, París, 1992.

tido jurídico cuando están referidas a la solución sustancial del problema o conflicto particular en el que intervienen junto a otras normas jurídicas que no son procesales.

En segundo lugar se advierte que, así como la Teoría General del Proceso ha hecho importantes contribuciones al esclarecimiento científico de las instituciones procesales, también es cierto que ha oscurecido muchos problemas, buscando uniformar en exceso los conceptos relativos al proceso. Esa búsqueda de categorías unitarias ha dado lugar, en ocasiones, a visiones superficiales y, sobre todo, ha ocultado la mayor riqueza de los sistemas procesales que, como ya he dicho, reside en su corresponsabilidad en la elaboración de las soluciones concretas para los problemas de la vida social.

No es mi intención volver aquí sobre esta discusión, que apenas he enunciado. Sólo deseo destacar que el problema de la autonomía científica del Derecho procesal no parece propiamente científico ni importante y que la perspectiva de este curso destaca la relación entre el Derecho penal y procesal penal, sin dejar de reconocer que el tratamiento unitario de algunos problemas comunes con otros sistemas procesales se puede convertir en un interesante campo de trabajo científico.[2]

[2] Esta idea requiere algunas precisiones en respuesta al comentario crítico que ha hecho de esta obra Francisco D'Albora y que agradezco. No se trata de tener una visión peyorativa de la teoría general del proceso, al contrario se debe reconocer que ella ha tenido un conjunto de reflexiones importantes en especial cuando busca conectar las categorías procesales en el marco del desarrollo del proceso político, del proceso tal como lo ha hecho James Goldschmit en su *Teoría general del proceso*, o en los *Principios políticos del proceso penal*. Sin embargo la teoría general del proceso en sus versiones iberoamericanas ha abandonado esta reflexión originaria para convertirse en una teoría general del trámite judicial y es esa visión la que degrada este tipo de reflexión. Una teoría general tiene una importancia renovada si implica una teoría de las estructuras judiciales. Asimismo su vinculación con la solución de conflictos marca nuevamente la necesidad de una reflexión teórica profunda en el plano general.

Al contrario, muchas veces ella, disociando el desarrollo de los principios de los actos procesales, de la forma de estructurar el proceso en general y obviando el necesario carácter crítico de esos principios respecto de la realidad de la administración de justicia en nuestros países, ha cumplido una función de sostenimiento de las fórmulas coloniales que nada tenían que ver con las pretensiones iniciales de la teoría general del proceso ni en las ideas de sus creadores quienes, al contrario, pretendían elaborar un cuerpo de doctrina que hiciera una ruptura con las viejas prácticas forenses del "Ancien Régime".

Pero, ¿qué significa destacar la relación entre el Derecho penal y el procesal penal?

Esta pregunta plantea una primera dificultad: existe una apreciable diferencia entre el grado de desarrollo del conocimiento científico de cada una de estas parcelas del orden jurídico. Mientras el Derecho penal, especialmente en cuanto a la Teoría del Delito, ha alcanzado un grado de desarrollo importante —y existe un consenso apreciable sobre muchos de sus conceptos y sobre la estructuración del esquema de análisis de los presupuestos de la pena—, el Derecho procesal penal no ha elaborado aún una sistematización de análoga profundidad científica. Por esta razón —y por la índole eminentemente pedagógica de este libro—, no intentaré esbozar siquiera algún tipo de integración en el nivel del sistema de análisis *global*, de *todos* los condicionantes de la pena estatal, si bien creo que es una tarea que se debe intentar.

Por idénticas razones tampoco ahondaré en ciertas *relaciones particulares*, que existen en el nivel de las estructuras de las normas, en la constitución de los deberes, en la definición de la materia prohibida, en la configuración de las excusas o en la determinación de la culpabilidad. Adentrarnos en estos problemas nos alejaría del propósito de este libro e implicaría emprender un camino de gran riqueza, pero también de resultado incierto. Dejaremos de lado, pues, todo aquello que suponga la elaboración de una teoría integral de los condicionantes del castigo estatal, como tampoco profundizaremos en la perspectiva de integración en el análisis dogmático.

Nuestra perspectiva será funcional; es decir, señalaremos la operatividad del proceso penal, en conjunción con las normas penales, dentro de la configuración de la política criminal de nuestra sociedad.[3]

Para ello se debe comprender, en primer lugar, que no existe sociedad sin política, porque no existe sociedad sin poder y sin intereses, comunes o contrapuestos. La política se sitúa, pues, en el centro del marco constituido por el poder y esos intereses; ella regula el fenómeno básico del consenso o disenso social.

[3] Ver TOCORA, Fernando: *Política criminal contemporánea*, Temis, Bogotá, 1997.

La política es una actividad compleja, que se manifiesta de muchas y diversas maneras. A veces utiliza la fuerza. Cuando esa fuerza o violencia se desarrolla desde el Estado (o desde el poder institucionalizado) se la suele llamar "coerción estatal". Cuando esa coerción alcanza un cierto nivel de intensidad o se canaliza a través de ciertas formas culturales (lo que comúnmente llamamos "penas") hablamos de "coerción penal".[4]

La política criminal es, en consecuencia, el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad.

En principio, tal política es *un conjunto de decisiones*. Y las decisiones son *actos de voluntad de determinados sujetos sociales*, relativas *al uso de los instrumentos de coerción penal.* Estas decisiones tienen un contenido eminentemente valorativo, aunque a veces este hecho se enmascare bajo formas "técnicas", aparentemente neutrales.

Cabe aclarar que se utiliza aquí una definición de política criminal que resulta útil para encuadrarla como un sector de la política social y, por lo tanto, considerarla un fenómeno social. Existen, sin embargo, otras definiciones de política criminal y es notable la diferencia de planos o niveles que se comprueba entre algunas de ellas —lo que origina no pocas discusiones falsas—. Por tal motivo, es conveniente distinguir:

a) la política criminal como fenómeno social;
b) los "modelos" de política criminal;
c) el conjunto de conocimientos o técnicas que utiliza la política criminal;
d) las diferentes escuelas o doctrinas de política criminal.

La definición que se utiliza en este curso se halla en el *nivel a)* y, por lo tanto, describe un sector de la realidad. Sin embargo, ese sector de la realidad es también un producto de la influencia de los otros niveles. Siempre existirán uno o varios modelos de política criminal *(nivel b)* a los que esa reali-

[4] Ver BINDER, Alberto M.: *Política criminal de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

dad responde —no olvidemos que se trata de decisiones eminentemente valorativas—. Existirán también técnicas, que son utilizadas de un modo u otro *(nivel c)* y que crean reglas para la utilización de los instrumentos de la política criminal. Por último, normalmente, detrás de los diferentes modelos de política criminal hallaremos las escuelas o doctrinas que los sustentan o difunden *(nivel d)*.

Veamos un ejemplo: un determinado Estado decide castigar la tenencia de estupefacientes, aun cuando éstos estuvieren destinados al consumo personal, y decide, también, establecer un juicio sumario para castigar esa infracción con la máxima pena posible, la pena de muerte. Si queremos describir la política criminal de ese Estado, haremos referencia al conjunto de decisiones que se han tomado (en este caso, castigar la tenencia de drogas, utilizar un juicio sumario, imponer la pena de muerte, etc.). Podemos ampliar más nuestra descripción y señalar los objetivos reales o formales de esas decisiones y describir cuál es la estrategia para alcanzarlos. Cuando hablamos de política criminal de este modo, estamos en el nivel a).

También podemos referimos a ese conjunto de decisiones, demostrando cómo ellas son el resultado de una visión autoritaria, que responde a tales o cuales valores. Aquí estaremos en el nivel b), aunque no abandonamos el carácter descriptivo. También podemos criticar ese modelo autoritario desde otro modelo alternativo, que preserva de un modo más eficaz la libertad humana, y en ese caso también estaremos en el nivel b), aunque aquí utilicemos el modelo en función critica, es decir, estableciendo un *debe ser* al cual la realidad, según nuestro criterio, no se ajusta. Debe quedar claro cómo la elaboración de un modelo puede servirnos tanto para *explicar* la realidad como para *criticarla* por referencia a ese modelo.[5]

También podemos analizar los innumerables problemas técnicos que plantea el desarrollo de la política criminal de nuestro Estado hipotético. Por ejemplo: analizar si debe uti-

[5] Sobre el concepto de modelo, su significado y los distintos usos que tiene, ver VAN DIKE, Vernon: *Ciencia política: un análisis filosófico*, Tecnos, Madrid, 1962, pp. 120 y s.

lizar o no tipos abiertos; si esa política se ajusta a la ley fundamental de ese país; cómo funciona el juicio sumario, etc. Todos estos problemas, estudiados en su conexión con la política criminal, corresponden al nivel c). Estamos discutiendo, pues, el conjunto de técnicas o conocimientos científicos que *utiliza* esa política criminal.

Por último, podemos detectar o demostrar que esa política criminal responde a los lineamientos de quienes sostienen la "Doctrina de la Seguridad Nacional", y entonces nos hallamos en el nivel d).

Todo esto no significa que la realidad esté fraccionada o estratificada. Simplemente sirve para destacar que solemos hablar de política criminal en diferentes sentidos, lo cual no resulta grave siempre que advirtamos el nivel semántico que utilizamos en nuestro discurso.[6]

Para el cometido de este capítulo haré hincapié en una descripción del funcionamiento de la política criminal, sin detenerme en lo que ella debería ser, valorativamente hablando. Empero, a lo largo del curso, haré referencia o utilizaré dicho concepto con significados correspondientes a otros niveles. Puesto que sería engorroso hacer aclaraciones a cada paso o utilizar palabras que el uso aún no ha aceptado para referirse a cada uno en particular, llamo la atención del lector para que tenga presente la diferenciación precedentemente realizada.

La política criminal es, pues, un conjunto de decisiones (técnico-valorativas) relativas a determinados *instrumentos*. Sus instrumentos son muchos, pero sin duda son los principales las *normas penales* (que definen las conductas prohibidas y las sanciones a esas infracciones) y las *normas procesales* (que definen el modo como el Estado determinará que esa infracción ha existido, quiénes serán los protagonistas de ese segundo proceso de definición, quién será el sancionado y cuál será la clase o gravedad de esa sanción).

[6] Ver MIRELLE DELMAS, Marty: ob. cit.
MAR ANCEL: "Pour un Étude sistematique des problems de politique criminelle", en *Archives de Politique Criminelle*, N° 1.
BINDER, Alberto M.: "Política Criminal y Sociedad Democrática", en *Política Criminal de la Formulación a la Praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

Sin embargo, la política criminal incluye también decisiones referidas a las reglas que permiten la correcta utilización de esos instrumentos. Aquí, nuevamente, las reglas pueden ser reglas *técnicas* o reglas *de conveniencia*. La producción de reglas técnicas para el manejo de esos instrumentos es una de las funciones de la ciencia jurídica (o de la dogmática jurídica) y la política criminal hace uso de ellos (por ejemplo las técnicas para construir un tipo penal o para diseñar una determinada clase de proceso penal). Las reglas de conveniencia conforman estrategias: éstas implican la planificación del uso adecuado (conveniente y conforme a las reglas técnicas) de los instrumentos para alcanzar de un modo económico (en un sentido amplio, ya que toda estrategia implica una economía, una racionalización de los medios) ciertos objetivos o metas prefijadas. Las decisiones relativas a las estrategias —y, por tanto, a los objetivos que las motivan— son también parte de la política criminal.

Este conjunto de decisiones (relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos) se refieren siempre a la coerción penal; ella es fuerza ejercida institucionalmente (¿legítima?, ¿ilegítima?, ¿justa?, ¿injusta?). El Estado ejerce esta fuerza en diversos ámbitos (por ejemplo, también es coerción una ejecución forzada o un desalojo). Pero a veces alcanza un determinado grado de intensidad (una persona es encerrada en una cárcel) o bien se canaliza a través de formas que, si bien no tienen una gran intensidad, se asocian culturalmente al núcleo de mayor intensidad de la coerción estatal (tal, el pago de una multa). En estos casos hablamos de *coerción penal*.

La política criminal, el Derecho penal, el Derecho procesal penal y otras instituciones giran alrededor de la coerción penal.

De lo expuesto hasta el momento no debe concluirse que la política criminal es algo estático y simple. Al contrario, se caracteriza por ser un fenómeno esencialmente dinámico y múltiple.

Puesto que la política criminal es principalmente *política*, no puede ser sino dinámica; y lo es en un doble sentido: históricamente, las decisiones que conforman la política criminal son variables y podemos identificar diferentes etapas históricas en su desarrollo. Por otra parte, tiene también un

dinamismo en el presente (que existencialmente no es una simple franja temporal que separa el pasado del futuro, sino el conjunto de nuestro pasado inmediato y nuestras expectativas cercanas) donde se genera lo que podríamos llamar *la dialéctica de la formulación-configuración.*

Como la política criminal no es un fenómeno simple ni único, cada decisión —o, por lo menos, cada una de las decisiones más importantes— desencadena un *proceso* social. A ese momento inicial en que una decisión de política criminal se objetiva socialmente y da comienzo a un proceso social, lo llamaré *formulación de la política criminal.* Al proceso social que se desencadena a partir de esa formulación inicial lo llamo *configuración de la política criminal,* porque sus características distintivas se definen a través de este proceso y no sólo en la formulación inicial.

Este dinamismo de la política criminal demuestra que también ella es un fenómeno complejo; la diversidad de los sujetos que intervienen en la producción de la política criminal hace que, en realidad, no sea del todo correcto hablar de una sola política criminal.

Una consideración estática de la política criminal suele sustentar una visión simplista, que da por supuesto que el producto de esa política es el Estado. Pero, como vimos, ni tal política puede ser comprendida fuera de su dinamismo ni el Estado es una institución simple. Por el contrario, en él se refleja la situación de las luchas políticas que se suscitan en el marco de la sociedad y que se manifiestan en pactos y hegemonías, en acuerdos o condiciones de mayor poder. En realidad, el Estado y la sociedad conforman un solo ámbito estructural de lucha política.

La política criminal refleja ese fenómeno y no tiene, en consecuencia, un carácter unitario, sino que refleja las luchas, acuerdos y hegemonías propias de la política general. Por lo tanto, en un sentido propio, no existe un sujeto productor único, ni una única dirección en su contenido. Sin embargo, debe quedar claro que siempre existe algún sujeto hegemónico y siempre es posible detectar una dirección preponderante, tal como ocurre con la política general.

Si queremos considerar la política criminal en un sentido unitario, estaremos aludiendo con ello al resultado final de esa puja política; sólo podremos hablar entonces de un

sujeto productor unitario si por "Estado" entendemos a la totalidad de la estructura política y social de un país.

El concepto central de este capítulo es la *corresponsabilidad o cooperatividad de las normas penales y procesales en el desarrollo de la política criminal.*

Esto significa que ambas ramas del orden jurídico regulan en forma conjunta el poder punitivo del Estado. Así, por ejemplo, las garantías penales (principio de legalidad o culpabilidad) funcionan en estrechísima relación con garantías procesales, tales como la necesidad de un juicio previo o la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Del mismo modo, de la eficiencia en la persecución penal dependerá la efectiva vigencia de las prohibiciones penales, así como la regulación del régimen probatorio le otorgará su sentido definitivo a los elementos del tipo penal.

Volvamos al caso del Estado que decide incriminar la tenencia de estupefacientes, aun cuando se tratare de los destinados al consumo personal. En ese Estado habrá una decisión inicial (por ejemplo, de los legisladores) que establece diversas conductas prohibidas referidas al consumo de drogas (es el momento de la formulación de la política criminal). Pero luego, diversas instituciones actúan de distintos modos respecto de esas prohibiciones. Por ejemplo, los órganos de persecución (la policía) aprovechan estas prohibiciones para ejercer un control "preventivo" sobre sectores sociales considerados "peligrosos"; ciertos jueces aplican sanciones drásticas porque consideran que el mayor mal de nuestra sociedad es la droga; otros consideran que no es constitucional castigar acciones que no tienen trascendencia a terceros y, por lo tanto, el consumo privado de drogas es un asunto personal protegido por el ámbito jurídico de privacidad. Las instituciones privadas realizan campañas de prevención, los medios de comunicación colaboran con estas campañas mientras intensifican su propaganda comercial que difunde una cultura consumista, considerada por algunos como una de las causas sociales de la drogadicción; el sistema carcelario favorece el consumo interno de drogas, pero establece sanciones graves para quienes consumen estupefacientes dentro de las cárceles. Así, podríamos describir innumerables conductas de personas o instituciones vinculadas directamente a una determinada área de la política criminal.

Como podemos apreciar, el proceso de "configuración" de la política criminal en este Estado es sumamente complejo e intervienen en él diferentes sujetos que, a su vez, actúan en distintas direcciones.

Sin embargo, de las relaciones de poder que existan dentro de ese Estado surgirán sujetos y direcciones hegemónicas, de modo tal que se podrá afirmar, por ejemplo, que la tendencia imperante en ese Estado es castigar duramente —agravando en la configuración la intensidad del castigo pensada al momento de la formulación—; al mismo tiempo, será posible detectar a los sujetos que generan o sostienen esa tendencia.

A lo largo de la vida de ese Estado, estas tendencias y relaciones de fuerza podrán ir variando, y así se sucederán diversas etapas históricas de su política criminal.

El ejemplo precedente nos muestra cómo los conceptos que hemos ido analizando nos permiten captar con mayor riqueza el fenómeno de la política criminal y, por lo tanto, nos posibilitan un análisis más preciso de los problemas político-criminales.

Este análisis nos servirá para lograr un conocimiento más profundo de la política criminal de una determinada sociedad, pero también nos servirá para fundar sobre bases firmes *una crítica* a la política criminal vigente. Esta crítica se debe fundar, por una parte, en el conocimiento de *lo que es* la política criminal y, por otra, en un modelo alternativo, es decir, en *lo que debería ser* según las valoraciones del crítico.

El estudio del Derecho penal y del Derecho procesal penal se debe encarar a partir de elementos que permitan comprender lo que es la política criminal. Pero también resulta imprescindible hacerlo *desde un modelo* de política criminal (que puede ser alternativo o semejante al vigente en un momento dado de la vida social).

No es objeto de este capítulo (ni de este curso) el diseño de un modelo completo de política criminal. Algunas de las decisiones que considero fundamentales (la preservación de la dignidad humana, la transformación de la sociedad, la preservación de la verdadera igualdad y la justicia social, etc.) han sido esbozadas en el primer capítulo; otros principios irán apareciendo a lo largo de este curso.

Espero, no obstante, que el lector-estudiante inicie un camino de reflexión y crítica personal orientado a un modelo propio de política criminal, que lo tenga siempre presente y que aprenda a luchar por él.

Deseo hacer una indicación final, que considero imprescindible para un correcto tránsito por ese camino creativo. *Un modelo de política criminal se construye desde la perspectiva del poder.* Quien se disponga a reflexionar sobre el conjunto de decisiones reguladoras de la coerción penal que son admisibles conforme a un determinado conjunto de valores —que él elegirá libremente—, debe pensarse a sí mismo en una situación de poder. Un modelo de política criminal se debe construir como un "deber ser" del poder.

Esta afirmación pareciera obvia, pero no lo es. Muchos modelos que han tomado como eje la defensa de las garantías que protegen la dignidad humana, han sido construidos desde una perspectiva de resistencia al poder y, en cierto modo, se inhabilitan a sí mismos como políticas criminales alternativas, porque sólo pueden funcionar "fuera" del poder. Por el contrario, un modelo de política criminal debe aspirar a convertirse en una alternativa efectiva al modelo vigente. Esto no quiere decir que no pueda tener como uno de sus ejes fundamentales, por ejemplo, intensificar las garantías que protegen a las personas, sino que esas garantías deben ser pensadas como "autolimitaciones" del poder mismo.

Espero, en fin, que el lector logre construir un modelo propio de política criminal y desde él lea este libro. Espero también que, si alguna vez ese modelo adquiere efectiva vigencia, el ahora lector-estudiante se halle preparado para defender la dignidad humana y la justicia *desde el poder* y no abandone sus creencias, como tantos otros han hecho, en aras del "pragmatismo" o de las presiones coyunturales de la política inmediata.

III. EFICIENCIA Y GARANTÍA EN LA FORMACIÓN DEL PROCESO PENAL

La pregunta *¿qué es el proceso penal?* puede ser respondida de diversos modos. Es posible dar una respuesta descriptiva y así el proceso penal aparecerá simplemente como un conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de la sanción.

Si se acepta esta descripción —que no es la única posible ni la única verdadera— el Derecho procesal penal será el conjunto de normas jurídicas (no sólo leyes, claro está) que regulan la realización de dichos actos, y que crean y fijan las facultades y obligaciones de los sujetos que los realizan.

Este modelo del proceso penal es útil para reconocer las normas que debemos estudiar y para identificar el fenómeno social que éstas regulan. Sin embargo, podemos profundizar aún nuestra mirada, para que la respuesta a la pregunta inicial —*¿qué es el proceso penal?*— adquiera una riqueza mayor.

Antes de emprender esta tarea, sin embargo, debemos tener en cuenta un peligro, cuya inadvertencia ha generado, a mi juicio, muchas falsas discusiones.

El conocimiento aspira a descubrir esencias, es decir, aspira a saber con exactitud qué son las cosas, los objetos, las personas, uno mismo. Esta aspiración es uno de los motores de la ciencia y de la sabiduría. Para captar y comunicar esas esencias, nuestro entendimiento construye conceptos, ideas acerca de lo que son las cosas. Como no podemos (o nos sería inútil) construir un concepto para cada objeto, ela-

boramos conceptos que sirven para identificar a una cierta cantidad de objetos similares, aunque entre ellos existan algunas diferencias. De este modo se realiza un proceso de abstracción, que agrupa a los diferentes individuos bajo conceptos que, por destacar sus atributos comunes, convierte a éstos en atributos definitorios.

Este proceso de abstracción es una condición positiva del conocimiento, ya que sin él deberíamos limitarnos a señalar con el dedo todos y cada uno de los objetos que nos rodean. Sin conceptos no es posible la comunicación humana y, por lo tanto, lo que pudiéramos saber del mundo se transformaría en un puro saber personal, íntimo, intransferible y posiblemente inútil.

Pero, así como el proceso de abstracción es condición positiva del conocimiento, también nos aleja, en cierto modo, de la realidad: *ese* perro que se acerca a mí moviendo la cola es siempre *algo más* que "un" perro que se acerca a mí.

Debe quedar claro, pues, que un concepto siempre ilumina un sector de cada objeto, a la vez que oculta otros. Un concepto será útil (en términos de construcción del conocimiento) cuando *ilumina* mucho más de lo que "oculta".

De ello debemos concluir que no podemos prescindir de los conceptos para responder a la pregunta "¿qué es esto?"; pero también debemos tener presente que dejaremos algo en el camino, que difícilmente aprehenderemos la totalidad de las características o atributos esenciales de un objeto, aunque lo definamos correctamente. Por eso, repetimos, todo concepto vale si es útil, es decir, si en la relación "develar/ocultar", salimos gananciosos.[1]

Cuando realizamos cualquier indagación sobre la esencia de un objeto, debemos ser cuidadosos para no creer que el concepto que utilizamos o hemos elaborado explica o devela necesariamente la totalidad del objeto o fenómeno que nos interesa conocer. Si realizamos esa tarea sobre un objeto cultural, creado por el hombre mismo (no sobre un árbol, por ejemplo) debemos ser más cuidadosos aún, y si nos estamos refiriendo a un fenómeno social, los cuidados deben ser ex-

[1] VAN DIKE, Vernon: *Ciencia política: un análisis filosófico*, Tecnos, Madrid, 1962, pp. 77 y s., en el que se distinguen las distintas funciones de los conceptos y sus niveles de abstracción.

tremos, ya que nunca podremos dejar de lado la función y el significado social de ese fenómeno y, por lo tanto, se multiplican las perspectivas posibles sobre ese objeto.

Hecha esta advertencia, volvamos a nuestro asunto: *¿qué es el proceso penal?* Se han dado muchas respuestas a esta pregunta y sería inútil buscar entre ellas la verdadera: todas destacarán algún aspecto, ocultarán otros y, en definitiva, la utilidad de la teoría dependerá de la finalidad de la explicación.

Se ha señalado que el proceso penal es, fundamentalmente, una relación jurídica, esto es, una o más relaciones entre personas (también jurídicas, en el sentido amplio de que sus poderes, derechos, obligaciones y facultades surgen de la ley), que producen efectos jurídicos (efectos interpersonales o sociales reconocidos por el orden jurídico).[2]

Las modalidades específicas que adquieren estas relaciones entre personas en el proceso penal conformarían una relación o relaciones jurídico-procesales, y es esta relación la que se halla en la base del proceso penal.

También se ha señalado que, antes que relaciones jurídicas, lo que existe —y lo que explica la naturaleza del proceso— son situaciones o estados de incertidumbre. Cada sujeto adquiere —en y respecto de esa situación— deberes, facultades y, en ocasiones, expectativas. Finalmente, a través del proceso y, en especial, de la sentencia, se logra superar esa incertidumbre fijando la solución legal prevista por el orden jurídico para esa situación.

Otros han destacado las relaciones de colaboración que existen dentro del proceso, ya que todos los sujetos, aunque con funciones diferentes e intereses diversos, buscan una solución única para el caso, a través de la institución judicial.[3]

No pretendemos en este capítulo analizar con profundidad esas teorías ni las discusiones que se han suscitado entre quienes las sustentan.

[2] Sobre la idea de relación jurídica y las funciones que puede cumplir, ver Beling: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945.

[3] Oderigo, Mario A.: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973.

Posiblemente todas develen y oculten algo del proceso penal y muchas discusiones se han tornado estériles en la medida en que buscaban una preeminencia absoluta en la explicación de su naturaleza.

Lo que buscamos aquí es destacar una perspectiva que, si bien no sirve para dar cuenta de la totalidad de ese fenómeno social que llamamos proceso penal, no puede ser dejada de lado sin correr el riesgo de explicar incorrectamente la esencia o naturaleza del proceso penal o, por lo menos, de empobrecer el análisis que sobre él realizamos.

En 1851, Karl Mittermaier planteaba la necesidad de fundar un sistema de procedimiento criminal que garantizara los intereses de la sociedad en la misma medida que los intereses de la libertad individual, generando seguridad en todos los buenos ciudadanos, al mismo tiempo que "inspirando un terror saludable a todos los enemigos del orden público".

Estas palabras u otras similares han sido utilizadas por aquellos que se han preocupado por el Derecho procesal penal, y siguen definiendo con claridad el ideal al que aspiran quienes legislan o diseñan los sistemas de justicia penal.

Por ello, para una correcta comprensión del Derecho procesal penal (y esto es también aplicable al Derecho penal) se debe tener en cuenta que en la base de su formación básica tiene lugar un conflicto entre dos tendencias que normalmente han sido presentadas como antagónicas y cuya síntesis se ha mostrado como un ideal. Sin embargo, en realidad, una y otra se hallan *siempre presentes* en el proceso penal, y por ello nos son indispensables para acertar con su explicación.

Una u otra han estructurado los distintos sistemas procesales penales a lo largo de la historia, y el análisis histórico precisamente nos resultará útil para hallar un hilo conductor en la evolución cultural de la justicia penal.

La primera de estas fuerzas o tendencias es la que se preocupa por establecer un *sistema de garantías* o resguardos frente al uso de la fuerza estatal. Se procura en este caso evitar que el uso de esa fuerza se convierta en un hecho arbitrario. Su objetivo es, esencialmente, proteger la libertad y la dignidad de la persona.

La segunda de esas tendencias se inclina a lograr una *aplicación efectiva de la coerción penal*. Su objetivo es lograr la mayor eficiencia posible en la aplicación de la fuerza estatal.

Se puede objetar que este uso de la palabra "eficiencia" no es apropiado a un Estado de Derecho, ya que al Estado le compete en igual medida la protección de los individuos y la efectiva realización o aplicación del Derecho. Un verdadero Estado de Derecho busca ser tan eficiente en un plano como en el otro. Sin embargo, aunque así planteada la objeción puede tener un cierto fundamento, preferimos utilizar la voz "eficiencia" en el sentido que le habíamos otorgado, referido exclusivamente a la búsqueda de una aplicación eficaz de la fuerza estatal, ya que nos permite destacar con mayor precisión la oposición que conforma básicamente al proceso penal. Baste con que el lector tenga presente la posibilidad de que la palabra "eficiencia" adquiera eventualmente un doble significado en el marco de un Estado de Derecho.[4]

No se debe suponer que cada una de las fuerzas aludidas conforma un "modelo" de sistema procesal penal específico. Al contrario, cada modelo de procedimiento criminal es, en realidad, una determinada síntesis de estas dos fuerzas o tendencias. La dialéctica *eficiencia-garantía* se resuelve en una síntesis —culturalmente condicionada— de la que surgen los modelos procesales que conocemos actualmente y los que se han ido conformando a lo largo de la historia.

[4] La llamada doctrina de la doble eficiencia que expresa la idea señalada en el párrafo precedente no sólo no explica con claridad el funcionamiento real del sistema procesal sino que desconoce la oposición básica que existe entre el Derecho y la fuerza. El Estado de Derecho en su característica más original, incluso antes que el Estado de Derecho liberal, social o democrático, es "no violento". La fuerza que utiliza el Estado es siempre una facultad excepcional producto de una necesidad y la justificación de una excepción es siempre restrictiva, es decir, busca limitar a esa excepción para fortalecer la regla general. En este sentido es preferible mantener la oposición eficiencia-garantías o fuerza y derechos fundamentales y utilizar este instrumento conceptual como una herramienta que permita reducir permanentemente la legitimidad de la fuerza del Estado. Es necesario todavía elaborar con mayor profundidad un programa no violento para el Estado de Derecho que trabaje fuertemente sobre estos aspectos teóricos y funde una praxis más efectiva. La llamada doble eficiencia pareciera admitir que una función esencial y normal del Estado es el ejercicio legítimo de la fuerza y ello oculta la contradicción fundamental que se ha señalado. El pensamiento jurídico tiende a rechazar las situaciones contradictorias y las tensiones y a crear falsas armonías que terminan generalmente cumpliendo funciones de legitimación de las situaciones de poder fáctico.

Esta confrontación entre la búsqueda de la mayor eficiencia y la protección de los derechos individuales se enmarca, a su vez, dentro de otra oposición mayor. Así como hemos visto que el Derecho penal y el procesal penal se hallan inmersos en las relaciones políticas de una sociedad, la oposición entre eficiencia y garantía es también tributaria de la oposición *poder-derecho*, aunque esta última se desarrolla en otro nivel.

El Derecho, en el marco primario de tal oposición, aparece siempre como *un límite al poder*. Un concepto formal de Estado de Derecho es aquel que denota al poder limitado por el Derecho. Un concepto sustancial de Estado de Derecho, por el contrario, es impensable sin la salvaguarda de la dignidad humana. Se podrá discutir el contenido o los alcances de esa dignidad, cuál es su origen o fuente y otros muchos aspectos particulares; pero lo cierto es que cuando un Estado no se plantea una salvaguarda sustancial de los derechos humanos, no se puede hablar de "Estado de Derecho", por más que en todos los casos el poder de ese Estado se canalice a través de normas jurídicas.

El poder, también en el marco de esta oposición, aparece como pura capacidad de realización. De este modo, los diferentes órdenes jurídicos serán el resultado del conflicto entre esa pura capacidad de realización y los límites que el Derecho le impone. Esta síntesis también es un producto cultural, ligado directamente al resultado de las luchas políticas en cada momento histórico.

Pero la oposición de la que hablamos en este capítulo se da dentro de un orden jurídico ya constituido. Es decir, en un momento en el que esa síntesis primaria entre el poder y el Derecho ya ha sido resuelta (aunque sea provisionalmente). De ello no se debe desprender que esa primera síntesis no tenga ninguna influencia sobre la segunda. Al contrario, el modo particular como cada Estado conforma su proceso penal es un reflejo del modo como ha constituido su propio orden jurídico. Inclusive, no es extraño que esta oposición básica entre el poder y el Derecho interfiera en la relación eficiencia-garantía y la subordine, o que la fuerza brutal aplaste directamente cualquier intento de oposición.

Debe quedar claro, pues, que la oposición eficiencia-garantía ocurre dentro de un sistema jurídico. Por ello, cuando

aquí hablamos de "eficiencia" en la coerción penal, no estamos diciendo "*pura* capacidad de castigar".

El orden jurídico es un instrumento de control social, y hablar de la "eficiencia de los sistemas procesales" supone que esa función puede ser canalizada con éxito a través de las normas jurídicas y otras rutinas que conforman esos sistemas. Pero, como el orden jurídico es también un instrumento de protección de la dignidad humana, cuando hablamos de garantías nos estamos refiriendo a todos los mecanismos jurídicos cuya misión sea *impedir un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal.* Existirán normas que buscarán dotar al Estado de eficiencia en la coerción penal, al igual que existirán otras que buscarán proteger a las personas evitando la fuerza o el castigo injusto.

Lo importante es reconocer que detrás de estas normas se hallan las fuerzas o tendencias estructuradoras del proceso penal, mencionadas al principio de este capítulo. Y cada sistema procesal será el producto de la conjunción de normas de uno y otro tipo y, por lo tanto, será esencialmente una síntesis, culturalmente condicionada, de estas dos fuerzas básicas.

Vale la pena insistir en que, de lo dicho hasta el momento, no se debe deducir que existan sistemas procesales concretos basados en la pura eficiencia. Aun en los momentos más crudos de la Inquisición existían normas que limitaban la tortura o disciplinaban la tarea del torturador, para evitar lo que en ese entonces se consideraba "una tortura arbitraria o injusta".

Tampoco es imaginable un sistema procesal concreto que consista en puras garantías procesales y resguardos. Ellas, por su misma definición, se oponen a las normas que instrumentan la aplicación de la coerción penal y buscan su mayor eficiencia.

Una correcta caracterización de cualquier sistema procesal penal es aquella que, precisamente, destaca el grado de síntesis al que ha llegado la puja entre esas dos tendencias básicas, a través de las instituciones o mecanismos culturales propios de una sociedad y un tiempo determinados.

Por otra parte, esta síntesis no debe ser considerada como algo estático: más bien es un "punto de ebullición" antes que un punto de equilibrio. Y, si bien allí se juega la definitiva

configuración de cada sistema procesal, una visión cristalizada sólo nos daría *una* de las perspectivas posibles sobre ese proceso criminal. Porque la síntesis de la dialéctica eficiencia-garantía no se manifiesta de un modo unívoco. Innumerables factores, tales como la condición social del imputado o de la víctima, las características de los delitos (si se trata de un delito contra la propiedad común —robo o hurto— o de un delito de "cuello blanco"), las condiciones sociopolíticas del momento, los reclamos sociales, etc., hacen que la puja entre eficiencia y garantía se resuelva de diferentes maneras, según los sectores o grupos sociales involucrados en el proceso penal. Debemos tener en cuenta pues que, en la vida social concreta, eficiencia y garantía funcionan de un modo muy diverso para los diferentes grupos sociales.

Hasta ahora hemos tratado de demostrar que en la naturaleza del proceso penal se encuentra la resolución de una lucha entre tendencias opuestas. Aunque no constituya su único elemento definitorio, esta característica del proceso penal puede dar lugar a un esquema de explicación o de análisis del fenómeno procesal. Tal esquema resulta muy útil, muy productivo en términos de comprensión del proceso penal, así como muy importante para la construcción de modelos procesales, es decir, ideales desde los cuales podemos criticar la realidad y orientar nuestra *praxis* transformadora.

Aplicaremos en primer lugar el mencionado esquema como herramienta de comprensión o análisis. Si realizamos un corte sincrónico (en un instante fijo) sobre una determinada sociedad, seguramente podremos observar que la puja entre eficiencia y garantía se ha resuelto de diversos modos. Encontraremos grupos de casos en los que las garantías han prevalecido o han funcionado del modo previsto; en otros casos o grupos de casos, observaremos que la eficiencia ha menguado por sí misma, y otros en los que fue lograda a costa de las garantías. ¿Cuál de todas esas situaciones representa el proceso penal? Posiblemente debamos admitir que todas tienen vigencia social y por lo tanto *son* el proceso penal. Ya hemos explicado que esta variación responde a muchos factores que, en general, no son más que manifestaciones de las injustas desigualdades que existen en las relaciones entre el poder y los ciudadanos.

Sin embargo, cuando se pretende explicar el Derecho procesal penal que se aplica en un momento dado, no se suele tener en cuenta este grado de variación en la configuración del proceso penal. Esto se debe, por una parte, a la escasa importancia que se les otorga a las investigaciones empíricas en la ciencia jurídica, aun cuando continuamente se enuncian proposiciones relativas a la realidad. Por otra parte, es el resultado de una visión excesivamente formal, que se desentiende totalmente del funcionamiento de las normas o se conforma con explicar lo que ellas deberían ser.

De lo dicho no ha de seguirse que es menester renunciar a explicar el Derecho procesal penal como un conjunto, olvidando el valor de toda explicación sistemática. Antes bien, lo que se detecta es que toda explicación sistemática y de conjunto debe dar cuenta tanto del *fundamento* de las normas como de su *funcionamiento* en la vida social.

Por otra parte, la perspectiva que hemos estado presentando hasta ahora también es útil para el análisis de las instituciones procesales en particular, tales como la declaración del imputado en las diferentes etapas del proceso, la aplicación de medidas de coerción y otras tantas, en las que siempre se produce una síntesis particular entre la búsqueda de eficiencia y la necesidad de garantizar la dignidad humana. Utilizar este esquema de análisis es un buen hilo conductor para desarrollar un análisis dogmático preciso sin perder de vista la funcionalidad político-social de esas instituciones.

En síntesis, en un corte sincrónico, si por ejemplo quisiéramos explicar el proceso penal actualmente vigente en la ciudad de Buenos Aires, hallaríamos, por un lado, un determinado modelo de proceso penal, que resuelve la puja eficiencia-garantía en una síntesis culturalmente condicionada. Pero hallaríamos también que, en el ámbito de la vida social, ese modelo sufre variaciones (aun en el plano normativo, a través de la interpretación deformante), que responden a otros condicionantes culturales (factores sociopolíticos). La ciencia procesal penal debe dar cuenta de todos estos fenómenos aunque, para no perder especificidad, deba referenciarlos siempre a su objeto elemental, que son las normas jurídicas.

Este esquema básico de análisis nos es útil también para la comprensión del proceso en la dimensión diacrónica, so-

metido al continuo decurso histórico. La historia del proceso penal es sólo un capítulo de la historia de las relaciones entre los ciudadanos y el poder; y cada época, cada cultura, ha elaborado a su modo la síntesis entre las fuerzas configuradoras de tal proceso.

Se suele explicar esta larga y sangrienta evolución histórica echando mano de grandes "modelos de sistemas procesales", tales como el sistema acusatorio, al sistema inquisitivo o el procedimiento mixto.

No se puede negar que esta caracterización es útil en su contenido pedagógico y que, en definitiva, las respuestas culturales al fenómeno del delito que ha ido elaborando la civilización occidental pueden ser agrupadas dentro de esos grandes modelos o sistemas procesales que han sido descriptos ampliamente en los manuales y tratados.

Sin embargo, este tipo de clasificación puede dar lugar a una excesiva simplificación histórica y al olvido de los diversos grados de vigencia que esos grandes modelos tenían respecto de los distintos segmentos de la sociedad.[5]

[5] Sobre la necesidad de abandonar la discusión de modelos ver *Revista Internacional de Derecho Penal*, Asociación Internacional de Derecho Penal, 1998. La discusión de modelos cumplió una función importante en los primeros años de la reforma judicial en América latina pero hoy urge superarla para destacar con mayor claridad los distintos problemas de fondo que los distintos modelos no siempre tienen capacidad de resolver o producen los mismos efectos pese a las diferencias formales. En realidad la idea misma de Código Procesal complica antes que facilita la construcción de nuevos sistemas procesales y es uno de los mecanismos que ha generado falsas armonías. Quizás en un futuro podamos construir otras técnicas normativas. Los códigos procesales contienen muchas normas que en realidad deberían estar en la Ley de Ministerio Público que organizara la persecución penal y otras que conforman leyes de garantías vinculadas al juicio, ya que en el fondo todas las garantías son tributarias de la idea del juicio e inclusive teóricamente deberían estar englobadas en una teoría del juicio penal. Lo mismo ocurre con muchas normas prácticas que tienen un nivel muy inferior al de otras. A diferencia del problema de la codificación en el ámbito sustantivo, la codificación en el ámbito del Derecho procesal debería ser abandonada para poder generar leyes de distinto nivel y de distinta función política. Inclusive ha sido la idea de codificación en el ámbito procesal penal la que ha distorsionado la interpretación constitucional de las facultades entre la provincia y la Nación. Además, la ruptura de la idea de codificación procesal ayudaría a dotar de mayor flexibilidad a los sistemas procesales, sin perjuicio de dotar de fuerza y rigidez al sistema de garantías que no puede ser flexible, por lo menos en perjuicio del imputado.

Se puede afirmar que en el Derecho germánico el sistema procesal era acusatorio siempre que admitamos como probable que ese sistema haya funcionado de distinto modo si el litigio era entre nobles o entre campesinos o, más aún, si se trataba de la controversia entre un noble y un campesino, y eso siempre que el conflicto hubiera llegado a convertirse realmente en un litigio judicial y no hubiera permanecido en el plano de la pura fuerza.

Del mismo modo podemos hablar del procedimiento inquisitivo como un fenómeno cultural que acompaña a la formación de los Estados nacionales, si tenemos presente que ese procedimiento no se aplicaba de igual modo a todas las herejías, ni era lo mismo un proceso contra brujas que el juzgamiento de un clérigo ilustrado.

Si en el presente hallamos que el proceso penal se configura de diversos modos a través de los diferentes segmentos sociales, ello es también aplicable a su evolución histórica.

Empero, lo importante es destacar cómo, aun dentro de los grandes modelos procesales que utilizamos para comprender la evolución histórica, se produce una síntesis básica entre la búsqueda de eficiencia y la garantía. No es que el sistema acusatorio fuera garantizador y el sistema inquisitivo fuera eficiente. Ambos, a su modo, eran una síntesis de esas dos fuerzas. Se puede decir, no obstante, que los sistemas acusatorios resolvían esa síntesis de un modo que protegía mejor a los individuos y su dignidad y que, por el contrario, el sistema inquisitivo lograba una mayor eficiencia con mengua del respeto a la libertad y dignidad de las personas.

Si analizáramos en detalle las distintas instituciones que caracterizaban a uno y a otro, podríamos observar también cómo esa puja se va resolviendo en síntesis particulares.

Del mismo modo, el llamado *procedimiento mixto* es una nueva síntesis, también condicionada culturalmente, que busca dar respuesta a las fuerzas que conforman el proceso penal.

Debe quedar claro, pues, que así como existen modelos o sistemas en el presente, también existen sistemas históricos; pero ni unos ni otros nos dan una visión completa del sistema procesal: son apenas puntos de partida, hilos conductores, que nos permiten orientarnos en la comprensión del Derecho procesal penal, tanto en el presente como en el

camino de su evolución histórica. Ésta es su mayor virtud y también su límite.

Sin embargo, como hemos expresado más arriba, esta confrontación y resolución de fuerzas que se halla en la base formativa del proceso penal no sólo puede servir para fundar un esquema de explicación, sino que constituye una buena guía para construir el sistema procesal al cual aspiramos y desde el cual criticaremos la realidad.

En este sentido, quien quiera construir un modelo procesal debe dar respuesta al doble problema de la eficiencia y la garantía. Por supuesto, en la construcción de ese modelo aparecerá un punto de equilibrio o perfección que se convierte así en el ideal de su construcción y que consiste (en términos puramente formales) *en una máxima eficiencia en la aplicación de la coerción penal, con un respeto absoluto por la dignidad humana.* Éste es el ideal del que nos hablaba Mittermaier y al que deben tender todos los sistemas procesales, independientemente de que, históricamente, la humanidad no haya logrado aún construir un sistema de estas características.[6]

El hecho de que este principio tenga un mero carácter utópico no le resta trascendencia, ya que conserva un importante valor de referencia para orientar la crítica a los diferentes sistemas vigentes y nos permite orientar nuestra acción de reforma.

No obstante, no se puede olvidar que la pretensión de constituir un sistema que sea eficiente únicamente en el castigo, no producirá otra cosa que el repertorio de órdenes de algún tirano; y que el planteo de un sistema de puras garantías, en realidad, no es más que un castillo en el aire, ya que sólo desde la perspectiva del poder —como hemos visto en el capítulo precedente— es posible plantearse con sinceridad la dignidad humana que se está dispuesto a defender a ultranza.

[6] Tras la idea de codificación se encuentra el paradigma monolítico propio del sistema inquisitivo.

Segunda Parte
DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL

IV. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EN CLAVE POLÍTICA

La Constitución Nacional es la ley fundamental de nuestro país: ella es el producto del poder constituyente, es decir, de la capacidad y el derecho que tiene el pueblo de establecer su propio gobierno y de fijar las normas básicas de la convivencia social. El reconocimiento de que el pueblo en su conjunto es el único sujeto con legitimidad para establecer una Constitución fue el producto histórico de un largo proceso, que finalmente cristalizó en las ideas del Iluminismo. Así, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, declaración de Virginia de 1776, reconoció:

"Sostenemos como evidentes por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados, que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad."

Cuando hablamos de un largo proceso social e histórico que funda estas ideas, nos estamos refiriendo al conjunto de vastas luchas, de numerosos acontecimientos y de grandes sacrificios, por parte de quienes aspiraban a ser reconocidos como hombres libres y dignos.

Por eso, Joaquín V. González enseñaba que nuestra Constitución era un legado de sacrificios y de glorias.[1] Es que aquélla era el resumen conceptual de largas décadas de guerras civiles y el producto de generaciones que aún tenían fresco en su memoria el significado político y social de la Revolución Francesa (1789) y la Constitución norteamericana (1787): para ellos, esos dos grandes acontecimientos habían sido el estallido largamente esperado frente a las tiranías, y el republicanismo era el grito mismo de la libertad, la bandera de la lucha contra el despotismo.

Nuestra situación ha cambiado. No porque hayamos dejado atrás a los dictadores —al contrario, hemos aprendido que siempre existen formas más perversas de tiranía—, sino que nos hemos alejado de la circunstancia política en la que se hallaban nuestros constituyentes y hoy nos hemos acostumbrado a pensar la Constitución en términos formales, o a considerarla una ley importante pero, al fin de cuentas, una ley más.

Este abandono de la "clave política" de nuestra Constitución —abandono en que solemos incurrir más fácilmente quienes nos dedicamos a estudiar el Derecho— tiene consecuencias muy graves y, entre ellas, una paulatina degradación de la juridicidad, la que, despojada muchas veces de su claro significado político, queda en manos de los mercaderes de frases o de los fabricantes de artilugios legales.

Dos circunstancias han influido especialmente en este proceso de formalización del contenido de nuestra Constitución Nacional. En primer lugar, así como la burguesía ilustrada e industriosa del siglo XIX necesitaba generar un derecho que estuviera al servicio de su expansión económica y social (y los principios libertarios cumplieron esa función) su consolidación en el poder, las grandes transformaciones económicas del siglo XX y la radical modificación de la base social de nuestro país por la corriente inmigratoria, hicieron que esa misma burguesía (ahora más industriosa que ilustrada) dejara de considerar imprescindible que *todos* los hom-

[1] Ver GONZÁLEZ, Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*. Este texto sigue siendo una de las mejores exposiciones sintéticas de nuestra Constitución Nacional.

bres deban ser tratados como seres libres e igualmente dignos. La lógica del capitalismo nunca fue la lógica de la dignidad humana.[2]

Por ello, fueron las propias necesidades de los ahora poderosos las que "arrinconaron" nuestra Constitución en un plano formal, en el que comenzaron a abundar las cláusulas "programáticas", eufemismo utilizado para justificar el hecho de que los derechos y garantías constitucionales no tuvieran efectiva vigencia. Incluso, cuando no resultó "suficiente" esta paulatina depreciación del contenido constitucional, recurrieron a gobiernos "de facto", denominación hipócrita de las sucesivas dictaduras militares que azotaron a nuestro país.

Por otra parte —y ya en un plano totalmente distinto—, la profundización del análisis jurídico suele provocar —aunque, por supuesto como un efecto concomitante, no buscado ni querido— esa visión formalizada. Hemos aprendido, y solemos enseñar, que el orden jurídico es un sistema jerarquizado, donde las normas jurídicas ocupan diferentes posiciones y algunas de ellas —precisamente las que ocupan un lugar superior dentro de esa escala— influyen en el contenido y en las condiciones de validez de las normas inferiores. El art. 31 de la Constitución Nacional establece, en este sentido, la supremacía de la ley fundamental y fija la escala de importancia entre los restantes tipos de normas (tratados, leyes, decretos). Esta estructuración del orden jurídico preserva su coherencia, ya que las normas inferiores que contradicen a normas superiores serán inválidas (independientemente de cuál sea el procedimiento previsto para declarar esa invalidez u otorgarle efectos). A la especial invalidez que surge de la contradicción con las normas constitucionales la denominamos *inconstitucionalidad* y es tarea principal de la Corte Suprema de Justicia el juzgar sobre las posibles contradicciones con el texto constitucional.

Uno de los grandes progresos de la ciencia jurídica ha sido insistir en el enfoque que destaca esta perspectiva, es-

[2] No olvidemos que Marx ha señalado que la Revolución Francesa es una revolución inconclusa. Sobre la función de los principios en el propio desarrollo de la Revolución Francesa ver SOBUL, Albert: *La Revolución Francesa*, "Principios ideológicos y protagonistas colectivos", Crítica, 1987.

tudia las relaciones entre las normas jurídicas y analiza al orden jurídico como un sistema jerarquizado. Este avance de la ciencia jurídica ha comprobado su productividad científica y su utilidad.

Se suele representar esta característica del orden jurídico utilizando la figura de la pirámide, en cuyo vértice una norma fundamental (de carácter hipotético) completa el sistema y permite estructurarlo, otorgarle un sentido uniforme y hacerlo comprensible. Al afirmar su existencia y su carácter, logramos acceder científicamente al resto del orden jurídico.

No es la intención de este capítulo sugerir siquiera el abandono de esa perspectiva: al contrario, creemos que ella es condición positiva de un análisis jurídico correcto. Sólo se busca advertir al estudiante que, al profundizar en el análisis lógico y científico del orden jurídico, no debe dejar de lado la dimensión y el significado político de las normas y, en especial, de las normas constitucionales.

Ello no sólo es importante para comprender el cabal significado de nuestra Constitución y acertar así en el análisis jurídico, sino porque aún existe una tarea pendiente: lograr que todos y cada uno de los derechos y garantías constitucionales tengan *efectiva vigencia para todos* los habitantes de nuestro país; que el reconocimiento de la dignidad, la libertad y la igualdad de *todas y cada una de las personas* —que es precisamente la *decisión básica* de nuestro pueblo, tomada en el ejercicio de su poder constituyente— no sea aplastada ni por la usurpación de quienes por sí mismos ya son poderosos, ni por las rutinas, burocracias y hábitos aparentemente inocentes, a que nos hemos ido acostumbrando.

La necesaria recuperación de la "clave política" es mucho más imperiosa aun cuando nos referimos a las garantías y resguardos previstos frente al ejercicio de la fuerza estatal, de la coerción penal. El conjunto de esas garantías y el desarrollo histórico que los precede influye decisivamente en lo que llamamos el *diseño constitucional del proceso penal.*

En consecuencia, debemos figurarnos que la Constitución Nacional forma una especie de escudo protector de la dignidad humana. Abandonemos, por el momento, la imagen de la pirámide kelsenlana y pensemos que nuestra ley fundamental conforma círculos concéntricos, cuyo punto cen-

tral es, precisamente, la persona humana en la dimensión total de su dignidad humana, que incluye, entre otras cosas, la dignidad de los grupos sociales en los que esa persona adquiere su plenitud.

La figura de los círculos concéntricos es adecuada porque la Constitución Nacional estructura diversos sistemas de protecciones o resguardos frente al uso arbitrario del poder. Estas protecciones no se hallan sólo en la llamada "parte dogmática" de la ley fundamental —que es la que establece los derechos y deberes de los ciudadanos y las formas básicas del Estado—, sino también en la llamada "parte orgánica", que estructura concretamente los tres poderes institucionales del Estado. Tanto el establecimiento de derechos inalienables como el otorgamiento de una determinada estructura al poder tienen el mismo significado: establecer un escudo protector frente a la fuerza arbitraria y frente a toda posible degradación tiránica del poder.

Dijimos que la figura de los círculos concéntricos era la adecuada porque esos sistemas de protección se hallan en distintos niveles. No es lo mismo la norma que establece que el domicilio es inviolable y que sólo puede ser allanado por orden judicial y bajo determinadas condiciones, que aquella que establece la regla de idoneidad para la provisión de los cargos públicos o la que fija las facultades del Poder Ejecutivo o del Congreso de la Nación.

Si bien todas estas formas participan de la finalidad ya enunciada, se hallan en distintos niveles porque, a medida que nos acercamos más inmediatamente a la persona humana y a su esfera de actividad más próxima, los resguardos adquieren mayor importancia, se tornan más estrictos; la obligación de respetarlos es mucho más fuerte y es mayor el imperativo que surge de las normas que establecen esas garantías.

Podemos decir, pues, que de todas las protecciones que establece nuestra Constitución Nacional, algunas forman el primero de esos círculos. Entre ellas se hallan aquellas que buscan proteger a las personas del uso arbitrario de la fuerza estatal. Y de todos los ejercicios de la fuerza o violencia estatal, la coerción penal, como ya vimos en capítulos anteriores, es la de mayor intensidad, la que puede provocar daños más graves.

Por tal motivo, la historia nos muestra cómo buena parte de las mejores energías de los procesos libertarios se consumieron en conquistar el principio del *nulla poena sine lege* que, en su formulación política y cultural más clara, significa que todo el ejercicio de la coerción penal debe estar perfectamente delimitado con anterioridad por la ley. Creer que su significado se agota en la obligatoriedad de una descripción exhaustiva de los tipos penales (es decir, de lo que está prohibido o mandado) es olvidar la totalidad del significado político de esa máxima y desconocer la importancia que ella tuvo en el proceso histórico de lucha por la libertad.

Sobre la base del principio básico de "coerción penal previamente delimitada por la ley", se estructuran diversas garantías, que desarrollan ese principio en áreas o según peligros especiales.

El art. 18 de nuestra Constitución acertó con una formulación que refleja toda la riqueza de ese principio: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Una interpretación de esta afirmación que está en consonancia con el proceso histórico que le dio nacimiento, es la que destaca sus dos reglas principales: *1)* las condiciones que habilitan la imposición de una pena y la sanción misma deben hacer sido establecidas con anterioridad al hecho que se pretende sancionar; *2)* toda sanción debe ser establecida luego de un juicio, estructurado con anterioridad al hecho que motiva ese juicio.

La formulación constitucional del *nulla poena sine lege* tiene aún en nuestros días tal fuerza y claridad, porque en el momento histórico en que fue enunciada estaba mucho más presente que ahora la cooperatividad político-criminal de las normas penales y procesales. Nuestros constituyentes sabían que si el principio de limitación al ejercicio arbitrario de la coerción penal no tenía un reflejo *equivalente* tanto en la dimensión penal como en la procesal penal, la conquista perdería gran parte de su valor —como luego efectivamente ocurrió en el desarrollo posterior de nuestro país.

Debe quedar claro, pues, que así como nuestra ley fundamental se preocupó porque lo prohibido no fuera un capricho del poderoso de turno, también se preocupó por que siempre existiera el límite del juicio previo. Pero ese juicio previo

—como luego veremos en otra parte de esta obra— no es *cualquier juicio* ni se refiere a una simple operación lógica. Existe un *diseño constitucional* del juicio previo, que ha sido estructurado de un cierto modo (juicio oral, público y con jurados), fundamentalmente para que cumpla con su función de ser un límite eficaz al ejercicio arbitrario del poder sancionatorio.

Ese juicio previo, además, se enmarca en otro resguardo básico, ligado a las condiciones sociopolíticas en que dicho juicio tiene lugar y que es una *descentralización pronunciada* del ejercicio de la coerción penal (*infra*, cap. V).

A partir del juicio previo comienzan a estructurarse otras garantías que también le están ligadas. En primer lugar, se debe resguardar a las personas de toda posible distorsión en ese juicio previo. Para ello, nuestra Constitución se preocupa de que los jueces que deben realizar o guiar ese juicio sean independientes, no respondan a los otros poderes. Cuando nuestra ley fundamental piensa en jueces independientes está pensando en las personas concretas de los jueces (con nombre y apellido) y no en una independencia institucional del Poder Judicial como un todo burocrático o una organización institucional (aunque luego también veremos que esa independencia institucional es una de las formas de proteger la independencia personal).

Sin embargo, de nada serviría que los jueces fueran personas independientes, no subordinadas a nada fuera de la Constitución y la ley dictada en consecuencia de ella, si el poder político pudiera reemplazarlos ante cada caso específico. Por eso, el mismo art. 18 se preocupa de establecer que nadie puede ser "sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa". Toda persona debe saber que las condiciones que hacen de su acto una acción merecedora de pena, el modo como se ha de constatar la existencia de esas condiciones y aquellos que serán los encargados de hacerlo, deben estar previstos por la ley con anterioridad a su acción. En nuestro campo específico, sólo cuando se respetan estas reglas podemos decir que vivimos en un Estado de Derecho.

Así como el poder político no puede cambiar los jueces ante cada caso específico, tampoco puede crear jueces especiales para el caso ("ningún habitante... puede ser juzgado por comisiones especiales").

s características señaladas hasta el momento: la lla-
prisión preventiva.
la existencia de esta excepción es la principal demos-
ón, a mi juicio, de otro resguardo frente a la coercion
, que no está expresamente admitido en el texto del
18 ni en otro texto constitucional, pero que surge del
o de que sólo si se lo admite como implícito en la norma-
constitucional, puede salvarse, lo que, en caso contra-
sería una contradicción del mismo art. 18.

En efecto, si es posible en casos excepcionales, la apli-
ón de coerción penal previa al juicio es, en primer lugar,
que ese juicio *sólo puede realizarse en presencia de la per-*
a sometida a él. Es decir que, implícitamente, nuestra
stitución prohibe lo que se ha llamado el "juicio en au-
ia", es decir, un juicio en el que el acusado no se halle
ente.

Por lo tanto, lo único que puede fundar constitucional-
te un encarcelamiento previo al juicio es la necesidad de
ar la fuga de quien será acusado, porque si esa persona
ara, el juicio se tornaría imposible.

Lo que se ha llamado "prisión preventiva" o "encarcela-
nto preventivo" es la contracara de la prohibición de rea-
juicio en ausencia de la persona acusada. Por lo tanto,
etimos, el *único fundamento* constitucional posible para
encarcelamiento de estas características es la necesidad
evitar la fuga de la persona enjuiciada. La fundamenta-
exclusiva en esa necesidad es la que impone, a su vez,
límites que puede tener una medida de ese tipo, ya que
cárceles (y en el lenguaje de la época 'cárceles' eran sólo
que alojaban a personas bajo encarcelamiento preventi-
de la Nación sean sanas y limpias, para seguridad y no
castigo de los reos *sometidos* en ellas, y toda medida
a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más
de los que aquélla exija, hará responsable al juez que la
orice".

Una medida de esta naturaleza (excepcional y limitada
s fundamentos) siempre requerirá una fundamentación
de con su excepcionalidad. El simple arresto, es decir, la
ble detención de una persona —que es una medida nece-
mente limitada a su carácter instrumental: ponerla a
posición del juez, requiere una fundamentación escrita

("nadie puede ser arrestado sino en virtud de *orden escrita* de autoridad competente"). Todo arresto o detención que supere este carácter instrumental se convierte automáticamente en una medida de encarcelamiento preventivo y, por lo tanto, para ser admisible debe fundarse en las necesidades que admite la Constitución y respetar los límites que ella le impone. ¡Cuánto más fundamentada deberá estar una medida como la prisión preventiva, que es la única excepción al uso de la coerción penal con prescindencia de un juicio previo...!

Hemos visto, pues, cómo la Constitución Nacional ha establecido normas y garantías muy precisas respecto del juicio y del proceso penal. Esas reglas y garantías no han alcanzado todavía plena vigencia en nuestro país, pese a que en él coexisten diferentes sistemas procesales, algunos mejores que los otros.[3]

Por lo tanto, tales normas conservan aún una parte sustancial del sentido que tenían para nuestros constituyentes; ellas son, todavía, un programa político, un objetivo que debemos alcanzar y que el estudiante-lector de este libro debe asumir como algo propio. Nadie puede quedar indiferente frente a la efectiva vigencia de estos derechos y garantías. Ellos son el primer —y principal— escudo protector de la persona humana, y el respeto de estos resguardos es lo que diferencia al Derecho —como Derecho protector de los hombres libres— de las órdenes propias de los gobiernos despóticos, por más que estén redactadas en el lenguaje de las leyes.

[3] Las mejores exposiciones de las garantías constitucionales se encuentran en la obra de MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 471.

CARRIÓ, Alejandro: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984. Ambos libros son de lectura ineludible para el aprendizaje del Derecho procesal penal.

con las características señaladas hasta el momento: la llamada *prisión preventiva.*

La existencia de esta excepción es la principal demostración, a mi juicio, de otro resguardo frente a la coerción penal, que no está expresamente admitido en el texto del art. 18 ni en otro texto constitucional, pero que surge del hecho de que sólo si se lo admite como implícito en la normativa constitucional, puede salvarse, lo que, en caso contrario, sería una contradicción del mismo art. 18.

En efecto, si es posible en casos excepcionales, la aplicación de coerción penal previa al juicio es, en primer lugar, porque ese juicio *sólo puede realizarse en presencia de la persona sometida a él.* Es decir que, implícitamente, nuestra Constitución prohíbe lo que se ha llamado el "juicio en ausencia", es decir, un juicio en el que el acusado no se halle presente.

Por lo tanto, lo único que puede fundar constitucionalmente un encarcelamiento previo al juicio es la necesidad de evitar la fuga de quien será acusado, porque si esa persona fugara, el juicio se tornaría imposible.

Lo que se ha llamado "prisión preventiva" o "encarcelamiento preventivo" es la contracara de la prohibición de realizar juicio en ausencia de la persona acusada. Por lo tanto, repetimos, el *único fundamento* constitucional posible para un encarcelamiento de estas características es la necesidad de evitar la fuga de la persona enjuiciada. La fundamentación exclusiva en esa necesidad es la que impone, a su vez, los límites que puede tener una medida de ese tipo, ya que "las cárceles (y en el lenguaje de la época 'cárceles' eran sólo las que alojaban a personas bajo encarcelamiento preventivo) de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos *sometidos* en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de los que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

Una medida de esta naturaleza (excepcional y limitada en sus fundamentos) siempre requerirá una fundamentación acorde con su excepcionalidad. El simple arresto, es decir, la simple detención de una persona —que es una medida necesariamente limitada a su carácter instrumental: ponerla a disposición del juez—, requiere una fundamentación escrita

("nadie puede ser arrestado sino en virtud de *orden escrita* de autoridad competente"). Todo arresto o detención que supere este carácter instrumental se convierte automáticamente en una medida de encarcelamiento preventivo y, por lo tanto, para ser admisible debe fundarse en las necesidades que admite la Constitución y respetar los límites que ella le impone. ¡Cuánto más fundamentada deberá estar una medida como la prisión preventiva, que es la única excepción al uso de la coerción penal con prescindencia de un juicio previo...!

Hemos visto, pues, cómo la Constitución Nacional ha establecido normas y garantías muy precisas respecto del juicio y del proceso penal. Esas reglas y garantías no han alcanzado todavía plena vigencia en nuestro país, pese a que en él coexisten diferentes sistemas procesales, algunos mejores que los otros.[3]

Por lo tanto, tales normas conservan aún una parte sustancial del sentido que tenían para nuestros constituyentes; ellas son, todavía, un programa político, un objetivo que debemos alcanzar y que el estudiante-lector de este libro debe asumir como algo propio. Nadie puede quedar indiferente frente a la efectiva vigencia de estos derechos y garantías. Ellos son el primer —y principal— escudo protector de la persona humana, y el respeto de estos resguardos es lo que diferencia al Derecho —como Derecho protector de los hombres libres— de las órdenes propias de los gobiernos despóticos, por más que estén redactadas en el lenguaje de las leyes.

[3] Las mejores exposiciones de las garantías constitucionales se encuentran en la obra de MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 471.

CARRIÓ, Alejandro: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984. Ambos libros son de lectura ineludible para el aprendizaje del Derecho procesal penal.

V. LA DESCENTRALIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA COERCIÓN PENAL

Hemos señalado en el capítulo anterior que nuestra Constitución se preocupa especialmente por establecer resguardos o garantías frente al posible uso arbitrario del poder penal del Estado. Se ha destacado, también, que la coerción penal constituye una fuerza estatal de alta intensidad y, por lo tanto, todos los resguardos y garantías referidas a ella tienen una gran importancia política, que debe ser tomada en cuenta en toda interpretación constitucional.

En nuestra ley fundamental existe, además, otro mecanismo que no suele ser incluido dentro de la denominación de "garantías procesales o penales" —quizás porque funciona de una manera diferente de éstas—, pero también cumple, sin embargo, la función de proteger a los individuos y grupos sociales del uso despótico del poder penal.

A este mecanismo institucional podemos llamarlo la "descentralización del ejercicio de la coerción penal", aunque se comprende mejor su funcionamiento si decimos que se trata de una distribución del poder penal que busca evitar la concentración de tal poder en una sola mano o en uno solo de los sujetos constitucionales.[1]

En la distribución de poder que realiza nuestra Constitución existen cuatro sujetos primarios o básicos. Ellos son *el pueblo* (entendido como el conjunto de habitantes de nuestro país); otros son *los municipios*, que constituyen la organización política básica de los ciudadanos (CN, art. 5°); luego se hallan *los Estados provinciales* (CN, arts. 121 y ss.) y, por último, *el Estado nacional*.

[1] Para ampliar ver CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Medidas de coerción en el proceso penal*, Córdoba, 1983.

El ejercicio de la coerción penal se halla repartido entre estos cuatro sujetos. El Estado nacional tiene el poder de establecer un Código Penal que rige en toda la Nación (CN, art. 75, inc. 12), y para juzgar esos delitos sólo en determinados casos o materias, o cuando se los comete en determinados lugares —*competencia federal*—. Los Estados provinciales tienen a su cargo la organización de la justicia penal en su territorio, y esa organización judicial provincial tiene el poder de juzgar los delitos que no sean de competencia federal (CN, art. 75, inc. 12). Por otra parte, le corresponde a los Estados provinciales legislar sobre las contravenciones y, en muchos casos, según la legislación de cada provincia, son los jueces municipales quienes juzgan esas contravenciones. Además, los municipios suelen legislar sobre otro tipo de faltas que también implican un ejercicio del poder penal, tales como las infracciones a las leyes de tránsito o a las que regulan las relaciones de vecindad.

Por último, *en todo el territorio* de nuestro país, ya se trate de delitos de competencia federal o provincial, *todos los juicios criminales deben ser juzgados por jurados*, es decir, por el pueblo de la Nación (CN, art. 118).

Todos y cada uno de los elementos de esta distribución constitucional del poder penal han sido diseñados para que, en conjunto, formen un sistema armónico. La función de ese sistema no es otra que la de establecer límites, garantizar libertades y preservar la dignidad de las personas. Por tal razón, podemos decir que esa distribución —si bien no funciona del mismo modo que las otras garantías penales o procesales— cumple la misma función que ellas y se nutre del mismo sentido político. Mientras en nuestra vida institucional concreta no se modifique la situación actual y no comience a respetarse la citada distribución armónica, el poder penal transitará carriles que no son los previstos por nuestra Constitución Nacional.

Sin embargo, la armonía garantizadora que ha buscado diseñar nuestra ley fundamental se aprecia con mayor claridad si analizamos con precisión la función de cada uno de los sujetos políticos citados.

1. *Importancia y significado político de la participación popular en la justicia criminal*

Llama la atención el énfasis puesto por el texto constitucional sobre la necesidad de establecer el juicio por jurados.

El art. 24 dice que "el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y *el establecimiento del juicio por jurados*". El art. 75, inc. 12, determina que le corresponde al Congreso Nacional dictar *las leyes generales* que requiera el establecimiento del juicio por jurados. El art. 118 dice que: *"Todos los juicios criminales ordinarios*, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución", y por último el art. 121 CN establece el carácter concurrente de las facultades provinciales y federales que permite a los Estados provinciales ir más allá de la legislación federal.[2]

Esta insistencia constitucional contrasta con el hecho de que lleva ya más de cien años de vigencia y aún no se ha

[2] La insistencia constitucional responde a un plan con una clara distribución de sentidos. El art. 24 es la norma general y establece un paralelo entre la reforma de la legislación colonial y la reforma radical del sistema judicial de la colonia ya que en el lenguaje de aquella época, "juicio por jurados" no significaba solamente la institución judicial del jurado sino el nombre genérico que anteponía el modelo de justicia republicano a los viejos moldes del sistema inquisitivo. Al mismo tiempo es clara la comprensión del constituyente originario que entiende que la reforma de la legislación sustantiva no tiene sentido sin una reforma igual de los sistemas judiciales. Este camino lamentablemente fue abandonado casi inmediatamente en el desarrollo institucional de nuestro país. El establecimiento de las otras normas regula distintos aspectos y la cuarta norma que hace referencia a los jurados lo hace por omisión al establecer cuáles son los poderes delegados a la Nación. Observamos que notoriamente el artículo que sigue la redacción del art. 75, inc. 12, omite la mención a la legislación de jurados. De esta manera las provincias pueden ampliar la participación ciudadana. No se debe olvidar que si bien la Constitución hace referencia al carácter obligatorio de la inclusión de los jurados en materia criminal, en el resto de las normas menciona al juicio por jurados sin referirse a la legislación criminal. Esto está en consonancia con el pensamiento de Tocqueville en *La Democracia en América* de indudable influencia en esa época, para quien el ámbito natural de los jurados no era la materia criminal, sino el ámbito de la justicia civil en aquellos casos donde las reglas de convivencia tienen un sustento más directo en la producción cultural de esas normas. Hoy el Derecho, como Derecho de los especialistas, ha llevado a la pérdida del significado cultural del programa normativo y a una progresiva separación del Derecho de su base cultural. El establecimiento de jurados en los tribunales civiles sería un excelente mecanismo para acercar nuevamente los instrumentos normativos a la vida social básica.

Sobre el sentido constitucional de los jurados ver BINDER, Alberto: "El juicio por jurados en la Constitución Nacional", en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, en prensa.

sancionado la ley que establece el juicio por jurados que allí se ordena, pese a que desde 1873 (año en que fue presentado el Proyecto de Ley de Jurados y Código de Procedimientos Criminales de Florentino González y Victorino de la Plaza) se han presentado al Congreso diversos proyectos.

Sin duda, detrás de esta incongruencia existe un problema político de singular importancia, que ha promovido y sigue promoviendo arduas discusiones. En este capítulo analizaremos la institución del Jurado desde el punto de vista de su importancia y significado políticos; quedará para otro capítulo la caracterización desde la perspectiva de su funcionamiento judicial.

Alexis de Tocqueville, en *La democracia en América*, señala: "La fuerza nunca es más que un elemento pasajero de éxito; tras ella viene, inmediatamente, la idea del Derecho. Un gobierno reducido a no poder alcanzar a sus enemigos más que sobre el campo de batalla, sería destruido muy pronto. La verdadera sanción de las leyes políticas se encuentra, pues, en las leyes penales, y si la sanción falta, la ley pierde, tarde o temprano, su fuerza. El hombre que juzga al *criminal* es, pues, realmente, el dueño de la sociedad. Y la institución del jurado coloca al pueblo mismo, o por lo menos a una clase de ciudadanos, en el sitial del juez. La institución del jurado pone, pues, realmente la dirección de la sociedad en las manos del pueblo o de esa clase" (I, 1.12).

En este párrafo está planteada con absoluta claridad la importancia de la participación popular en la justicia criminal y, a su vez, su posible distorsión hacia formas aristocráticas de participación, en las que los jurados son elegidos sólo entre los miembros de una clase o sector de pueblo.

Pero, ¿por qué el Congreso se ha empeñado tanto en evitar aquello que la Constitución instaura con tanta insistencia? Si existía desconfianza hacia el pueblo común, ¿por qué no se estableció al menos la forma aristocrática de esta institución? La respuesta a estas preguntas supone una investigación exhaustiva y un análisis que no cabe en un curso de estas características.

Es interesante observar cómo todos los intentos constitucionales que precedieron al texto de 1853 preveían el establecimiento del jurado. Pareciera, pues, que este tema no formaba parte de las sangrientas discordancias que marcaron

el proceso de consolidación nacional. Y ello no significa que el tema no fuera importante, ya que para las generaciones de entonces, el concepto de soberanía popular (ya sea en su vertiente rousseauniana o la inspirada en Francisco Suárez) —del que derivaba la institución de la participación popular en la justicia— era un concepto político troncal y de suma importancia. Además, como ya vimos, los ejemplos de la Revolución Francesa y Americana estaban aún vivos y en ambos procesos la institución del jurado había estado presente o había sido fortalecida.

Se podría decir —con ciertas licencias— que los constituyentes cometieron un error básico: al fijar el texto constitucional pensaron en los jurados más como una institución judicial que como una institución política y, ante las difíciles circunstancias en las que había quedado el país luego de tantos años de guerras civiles, fueron excesivamente prudentes frente a las supuestas dificultades prácticas de su implementación. La instauración directa del jurado por parte de los constituyentes habría tenido una grande influencia en el desarrollo político de nuestra sociedad.

No obstante su excesiva moderación, los constituyentes tenían perfecta conciencia de la importancia política de esa institución y de allí su énfasis e insistencia en que el Congreso legislara sobre el tema no bien le fuera posible. Si cualquiera de ellos hubiera sabido que luego de casi ciento cincuenta años todavía estaríamos debatiendo si el Congreso debe o no incorporar a los jurados a los juicios criminales, no habría dudado en establecer directamente en el texto constitucional la obligatoriedad de la participación popular en las causas criminales.

Lo cierto es que su instauración quedó delegada al Congreso y éste ha omitido hasta ahora la sanción de una Ley de Jurados.

Las razones de esta postergación han sido diversas y las fuerzas que las alimentaron se han mantenido siempre activas a lo largo de nuestra historia. No haremos un catálogo completo de las causas de esta demora, pero es probable que entre las principales hayan estado las siguientes:

1. Como ya señalaba Tocqueville, el jurado puede ser una institución aristocrática —cuando los miembros son se-

leccionados sólo entre ciertos grupos o clases sociales— o un institución democrática. Como veremos, en nuestro país, esta institución sólo podía tener un carácter democrático y popular —las clases privilegiadas ya participaban activa y exclusivamente del ejercicio del poder— y por eso el jurado, en el contexto socio-político argentino, más que una institución republicana necesariamente debía ser una institución democrática. Su vinculación con la esencia democrática superaba su relación con la forma republicana.

Debemos tener en cuenta, pues, que si bien nuestra Constitución admitió el sistema republicano, nuestras clases políticas no adoptaron el sistema democrático, ni emocionalmente ni en cuanto estructura ideológica. La relativa estabilidad institucional lograda luego de la pacificación nacional se basó en un modelo de República aristocrática y oligárquica, donde el pueblo común nada tenía que decir respecto de la función de gobierno, que siempre quedó reservada a supuestas clases dirigentes, que se presentaban a sí mismas como las únicas preparadas para gobernar. A partir de la organización constitucional de 1853 comienza un proceso de democratización cuyos hitos más importantes son la Ley Sáenz Peña de voto obligatorio (1912) y la ley que permitió el voto femenino (1951). Es decir, que sólo a partir de esta última fecha tenemos, al menos, las estructuras *formales* para instaurar un sistema democrático. Desde ese año en adelante, descontando golpes de Estado, y todo tipo de dictaduras militares y gobiernos surgidos de elecciones con proscripciones, tenemos apenas algo más de diez años de sistema formalmente democrático. Eso significa, por un lado, que mientras las estructuras políticas eran esencialmente aristocráticas u oligárquicas —y durante gran parte de nuestra historia así lo fueron—, las clases privilegiadas no tenían ningún interés en instaurar el jurado porque ya participaban del poder y, en gran medida, del Poder Judicial. Por otra parte, también significa que si el jurado no tuvo recepción en nuestras clases políticas a lo largo de casi ciento cincuenta años fue porque no tuvimos democracia.

Durante años y años hemos escuchado que esta institución no era aplicable, porque nuestro pueblo carecía de la suficiente conciencia cívica y de la cultura necesarias para ello. Esta falacia escondía, en realidad una verdad de muy

diferente signo: *fueron nuestras clases políticas las que carecieron de la cultura democrática suficiente para comprender el sentido de la participación ciudadana en la administración de la justicia penal.*

2. Por otra parte, la corriente positivista tuvo un arraigo muy fuerte en nuestras clases dirigentes. El positivismo, en el área del Derecho Penal, asumió dos formas claras: por un lado, nutrió a la naciente criminología argentina, orientándola hacia el modelo biologicista y clínico italiano (Lombroso, Ferri, Garófalo). Según esta concepción, la lucha social contra la delincuencia era un problema científico: la determinación científica de aquellas personalidades peligrosas y, en consecuencia, productoras de crímenes. Los jueces, entendidos como científicos sociales, sólo debían detectar estas personalidades anormales y aplicarles las medidas curativas necesarias. Evidentemente, dentro del marco de esta concepción —que tuvo enorme vigencia dentro del sistema penal en su conjunto hasta, aproximadamente, la década del cincuenta y que continuó influyendo en nuestra criminología hasta prácticamente nuestros días— los jurados populares no tenían ninguna cabida. Carecían de la capacidad técnica y científica para detectar a las personas peligrosas, mucho más aún si pertenecían a los sectores humildes de la sociedad, de donde provenían "casualmente" esos mismos seres "peligrosos". El positivismo criminológico alimentó una de las vertientes más virulentas de la crítica hacia todas las instituciones de participación popular en la justicia criminal.

3. Sin embargo, el positivismo científico tuvo otra variante, que también influyó en la crítica a los sistemas de jurados. A partir del nacimiento de la dogmática moderna a mediados del siglo XIX (Ihering), se difundió la idea de que lo único que brindaba seguridad en la aplicación del Derecho era la elaboración de sistemas racionales, de tal modo que su aplicación al caso concreto sólo fuera una derivación razonada y deducida de los principios generales y de las normas que componían un sistema acabado y cerrado. Dentro de esta concepción, el jurado popular no tenía cabida; los jueces debían convertirse en algo así como "máquinas de subsumir", mentes lógicas, que entrelazaban los conceptos con los he-

chos de un modo técnicamente impecable. Los jurados —necesariamente legos— no brindaban ninguna garantía.[3]

La crítica proveniente de esta concepción es, sin duda, mucho más seria que la originada en la criminología biologicista. Jueces técnicos o jueces populares: ésta es la discusión. La capacidad técnica (jurídica) aparece como un escudo que protege al juez frente a la posible intervención de los sentimientos (como si juzgar a una persona y decidir sobre su libertad fuera una operación meramente lógica) o frente a la arbitrariedad (como si conocimiento científico fuera lo mismo que honestidad). El juez técnico aparece, entonces, como un ser puramente racional, ajeno a los sentimientos, ajeno a las consideraciones sociales: una computadora de carne y hueso que —¡vaya paradoja!— nadie se animaría a cambiar por una verdadera computadora.

Ahora bien: frente al juez técnico, el juez popular se ha presentado como un baluarte de la libertad, resultado del concepto básico de soberanía política, garante de una justicia que no se limite a aplicar el Derecho de un modo puramente lógico.

En realidad, bajo la discusión acerca de los jueces técnicos y los jueces populares subyace la intención de defender el ámbito propio de actuación de los juristas: son ellos quienes defienden a los jueces técnicos porque se defienden a sí mismos. Por otra parte, en nuestro país, donde el ámbito jurídico se ha constituido de un modo corporativo y está excesivamente ligado al poder, este ahroquelamiento se torna aún más fuerte.

El Poder Judicial, oculto detrás de un presunto tecnicismo, se ha mantenido aislado de las luchas populares; luchas que no sólo han sido reivindicaciones de clase o reclamos puramente económicos. Uno de los ejes de la lucha popular en nuestro país ha sido la búsqueda y la defensa del sistema democrático. Y los jueces técnicos han utilizado el escudo del tecnicismo para mantenerse aislados de esta lucha, ajenos al combate por la democracia.

[3] De alguna manera reaparece este pensamiento en la crítica de FERRAJOLI a los jurados en *Derecho y razón*, Trotta, Buenos Aires, 1996.

No obstante, la historia política argentina nos demuestra que al cúmulo de razones teóricas para preferir a los jurados populares (porque constituyen, efectivamente, una valla frente a la concentración de poder en manos del Estado y, a través de él, en manos de grupos determinados), se agregan otras tantas razones concretas y situacionales. En efecto, un sistema de participación ciudadana habría sido un freno para las dictaduras militares y un cimiento importante para la estabilidad democrática. El Poder Judicial profesionalizado no fue, históricamente, un freno a la tiranía, ni colaboró eficazmente en la consolidación democrática. Al contrario, sirvió de máscara legítimamente para el poder espurio y convalidó, en un pasado reciente, ya sea por acción directa o por el recurso a la omisión disimulada tras la rutina, uno de los períodos más atroces de violación a la dignidad de los ciudadanos argentinos. Por el contrario, esos mismos ciudadanos han demostrado que su propia adhesión al sistema democrático es mucho más fuerte que la que puede exhibir la burocracia. En nuestro país, evidentemente, las burocracias no son una garantía de la estabilidad democrática.

En cuanto a los mecanismos concretos de participación, digamos que su importancia es secundaria, siempre que cumplan con las siguientes reglas:

a) Deben ser mecanismos de participación efectiva y no simbólica. Son mecanismos simbólicos cuando sólo son utilizados para un número muy pequeño de causas, mientras la gran mayoría egresa del sistema judicial por otras vías.

b) No deben ser susceptibles de una apropiación indirecta por parte de los sectores permanentes o profesionales, lo que ocurriría, por ejemplo, si se establecieran minorías de participación de ciudadanos o si se reservara la aplicación del Derecho sólo a los jueces técnicos.

c) No deben ser mecanismos de distorsión política; es decir, deben garantizar que la elección de los ciudadanos no está motivada por razones políticas ajenas a lo judicial.

d) Deben establecer la responsabilidad de los ciudadanos por su tarea de juzgar.

e) No deben obstaculizar la administración de justicia.

Existen muchas configuraciones posibles (el jurado tipo anglosajón, el jurado escabinado,[4] el escabinado puro, etc.). Todos ellos preservan el sano principio de la participación ciudadana y cumplen con el mandato constitucional, pues son formas de jurado y nuestra Constitución no opta por ningún sistema en especial. Todos ellos pueden, también, ser distorsionados o generar deficiencias en la administración de justicia. Sin embargo, las distorsiones se corrigen; en cambio, la falta de participación ciudadana origina en nuestra sociedad efectos cada vez más difíciles de superar. A fin de evitar las distorsiones y la manipulación del sistema de jurados, y para acentuar su carácter garantizador, el art. 118 de nuestra ley fundamental se preocupa por establecer la obligación de que los juicios de jurados se lleven a cabo en la misma provincia donde se hubiese cometido el delito. Es decir, que cuando la Constitución piensa en los jurados, piensa en "jurados de vecinos", en ciudadanos cercanos a quien se encuentra sometido a juicio o a la víctima y, por lo tanto, representantes más directos de las valoraciones sociales afectadas o a preservar; personas que, en definitiva, tienen un interés directo en que el poder penal no se convierta, aunque sea en ámbito de su propia comunidad, en un poder despótico.

Sin duda, el jurado es también una institución judicial cuyas diferentes formas de funcionamiento, su función en el juicio y su carácter garantizador, analizaremos más adelante. En este capítulo se ha insistido, fundamentalmente, sobre su importancia política y sobre el hecho significativo de que, en la distribución constitucional del poder penal, los ciudadanos son sujetos protagonistas y no meros observadores de la fuerza que ejercen otros.

2. *Las contravenciones penales (Nación, provincias y municipalidades en el ejercicio de la coerción penal de baja intensidad)*

Hemos señalado que la coerción penal se caracteriza por un ejercicio de fuerza de alta densidad o por utilizar sancio-

[1] Sobre el origen de la palabra "escabino" ver BINDER, Alberto, en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, en prensa.

En este sentido se produce una curiosa evolución histórica, el escabino como tal es el antecedente del juez profesional. La posterior evolución histórica hace que el escabino se convierta en uno de los elementos de participación popular, esto cuando se produce la aparición de las grandes burocracias judiciales especialmente en el siglo XIX.

nes culturalmente asociadas al ejercicio del poder penal. Por supuesto, las sanciones tienen diferente nivel de intensidad y hallamos que un importante número de prohibiciones o mandatos cuentan con sanciones penales de menor o baja intensidad. A este conjunto de prohibiciones y mandatos se los suele denominar *contravenciones* o *faltas*.

Existe una ya larga discusión acerca de la diferencia entre *contravenciones y faltas*, o entre ambas y los delitos. Algunos han buscado una diferencia cualitativa entre unas y otras; otros autores han afirmado que sólo existe una diferencia cuantitativa en la intensidad de la sanción.

Dejaremos de lado esta discusión para afirmar, simplemente, que lo que caracteriza a las contravenciones o faltas es, por un lado, que la sanción es efectivamente menos intensa y, por otro lado, que las conductas que ellas prohíben o mandan se hallan mucho más "cercanas" a la vida social normal o común que los delitos que, de algún modo, implican siempre una transgresión mayor a los cánones comúnmente aceptados de la vida social. Esta caracterización no sirve para resolver el problema de la "naturaleza" de las contravenciones, pero nos es útil para destacar dos ideas: *a)* que la legislación contravencional o "de faltas" implica casi siempre un ejercicio de la coerción penal; *b)* que, en la medida en que unas y otras están mucho más cerca de la vida social normal, los resguardos constitucionales frente al ejercicio de la acción penal no deben disminuir sino, al contrario, aumentar, ya que las posibilidades de captar arbitrariamente acciones socialmente aceptadas o correctas es mucho mayor.

Ciertamente, quedan en el camino muchos problemas sin resolver. Existen, por ejemplo, faltas administrativas que difícilmente podrían ser incluidas dentro del concepto de ejercicio de la coerción penal. Sin embargo, creo que lo dicho alcanza para comprender el sentido y la importancia de esta área especial de la legislación penal y procesal penal.

Una visión errónea de este tema es la que considera que, tratándose de conflictos menores y de penas menos severas, no sería tan importante la vigencia de las garantías constitucionales en este campo. Llega a afirmarse a veces que las faltas y contravenciones deberían ser consideradas como algo distinto del Derecho penal, el cual sólo debería ocuparse de los delitos y las penas tradicionales. Esta visión equivocada

ha producido efectos sociales muy dañosos. Por ejemplo: en la ciudad de Buenos Aires y en otros lugares del país, la definición de muchas de las conductas prohibidas e, incluso, su juzgamiento, quedó en manos de las Fuerzas de Seguridad, previéndose sólo una apelación ante los jueces. Es también, este punto de vista el que ha fundado la idea equivocada de que el juicio de faltas debía ser una especie de trámite administrativo, algo así como el formulario a llenar para el pago de un impuesto o tasa.

También ha dado lugar a afirmaciones erróneas como, por ejemplo, la de que, en nuestra legislación penal, los actos preparatorios de los delitos no son punibles, a pesar de que la simple lectura de los edictos policiales o los códigos de faltas demuestra que la mayoría de los actos preparatorios de los delitos constituyen contravenciones o faltas, que son efectivamente penados, incluso con pena de prisión (que, para que parezca distinta, recibe el nombre de "arresto").

Además, esta visión, que considera a las contravenciones como algo separado del sistema penal, olvida que a través de ellas se suele ejercer sobre la sociedad un control fuerte y efectivo y, lo que es peor aún, a partir de las contravenciones se establecen gran parte de los controles sociales selectivos sobre grupos determinados.

Debe quedar claro al lector, pues, que cuando hablamos de contravenciones o faltas hablamos generalmente de coerción penal y, por lo tanto, de política criminal. Por esa razón, todo el sistema de garantías no sólo debe ser aplicado a esta área de la política criminal, sino que tal aplicación se hará con mayor cuidado aún porque, como se ha señalado, es mucho más susceptible de distorsión y, además, se halla mucho más cerca del común de la vida social y de la intangible esfera de las acciones privadas de los hombres.

Por lo tanto, el mecanismo garantizador de la distribución constitucional de la coerción penal también se aplica en esta materia y es aquí, precisamente, donde cumplen un papel importante los municipios o comunas.

El texto constitucional no establece si al Estado nacional le corresponde la legislación sobre faltas, si tal legislación está distribuida entre el Estado nacional (contravenciones federales) y provincial, o si sólo las provincias pueden legislar sobre faltas, ya que es un poder no delegado a la Nación. Aquí la

discusión es amplia y el objeto específico de este curso no nos permite adentrarnos en ella. Del mismo modo, el sistema de juzgamiento de las faltas y contravenciones es confuso y aún no se ha establecido un criterio uniforme.

Las municipalidades asumen una parte importante del juzgamiento sobre faltas, y los criterios para diferenciar faltas "municipales", de contravenciones policiales o "de orden" —que son juzgadas generalmente por el sistema judicial provincial—, no suelen quedar claros, ya que en muchas ocasiones no existen diferencias apreciables entre unas y otras. Antes que perderse en un análisis casuístico que poco aportaría al conocimiento del alumno, prefiero analizar lo que, a mi juicio, debería ser el papel de las municipalidades en el juzgamiento de las faltas o contravenciones.

El Municipio o la Comuna es la asociación política primaria de nuestro Estado. Nuestra Constitución Nacional se refiere a ella como condición positiva de la existencia de una provincia reconocida como tal por la Nación. Un Estado provincial es tal si asegura la existencia de un régimen municipal, cuyos alcances deben estar previstos en las respectivas constituciones provinciales.

Es necesario destacar que el gobierno local cumple un papel importante en nuestra estructura institucional y que este papel debería ser aún mayor. El proceso de centralización que ha vaciado a nuestro federalismo de sustancia verdadera, ha producido también graves efectos en el régimen municipal: las comunas no son los *centros primarios del poder*, sino que, muchas veces, se convierten en meras distribuidoras de servicios públicos, oficinas para trámites administrativos o delegaciones del poder provincial.

En un régimen municipal revitalizado, el ejercicio de la coerción penal de "baja intensidad" debe quedar en manos de jueces municipales, que no por ello deben ser menos independientes que los otros jueces. Debemos recordar que una de las características de las faltas o contravenciones es que la materia por ellas prohibida o mandada está mucho más cerca, mucho más amalgamada con la vida social común que en el caso de los delitos. Por esa razón, además de las garantías procesales y penales previstas por la Constitución, un correcto funcionamiento de la "distribución garantizadora" de la coerción penal indica que son las Comunas quienes

deben asumir el juzgamiento de estos ilícitos. Posiblemente existan casos especiales donde ello no sea posible; subsiste, además, el problema de las contravenciones "federales" —si es que pueden existir tales—, o de las faltas ligadas muy directamente a materias específicas (como, por ejemplo, muchas contravenciones laborales). No será posible abordar aquí el análisis de todo este rico y variado conjunto de problemas.

El juicio penal que es utilizado para juzgar estos ilícitos particulares no debe diferir, en sus elementos estructurales, del juicio penal admisible según el diseño de nuestra Constitución Nacional. El hecho de que la gran cantidad de infracciones de este tipo obligue a establecer un juicio especial —que suele ser llamado "juicio de faltas"— no implica que las garantías constitucionales puedan ser abandonadas. La necesaria brevedad y simpleza del juicio de faltas no se puede lograr afectando los derechos y garantías constitucionales.

3. *La distribución de poderes entre la Nación y las provincias (competencia federal y provincial)*

El art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional establece que la facultad del Congreso para dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, etc., no puede alterar las jurisdicciones locales, "correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones". Esta regla básica se completa con el art. 116 de nuestra ley fundamental, que expresa:

"Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas del almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero".

Nuestra Constitución establece que el juzgamiento de las causas criminales se realice en dos órdenes o niveles diferentes: uno le corresponde a las provincias "según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones"; otro, al Estado nacional, en las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación —con la reserva del art. 75, inc. 12— y en los demás casos específicos previstos por el art. 116 de la Constitución Nacional. Es decir que existe una *competencia federal —en razón de la materia*, cuando se trata de determinados asuntos judiciales— y una *competencia federal en razón del territorio* —cuando las cosas o las personas hayan caído en lugares de exclusiva jurisdicción federal (territorios nacionales, la Capital Federal, etc.; art. 75, inc. 30)—. La delimitación de la competencia federal por la especialidad del territorio no suele presentar dificultades. No ocurre lo mismo con la competencia federal en razón de la materia, ya que ha existido y existe una tendencia constante a aumentar los casos a los que se les asigna carácter federal.

La distribución de los asuntos judiciales en estos dos órdenes o sistemas no es una simple división de tareas; al contrario, es uno de los reflejos más importantes de la estructura federal del Estado. En el caso específico de la justicia criminal forma parte, además, de este mecanismo garantizador de distribución del ejercicio de la coerción penal.

Por tal razón, y en la medida en que existe un determinado nivel de distribución constitucional de los asuntos judiciales (que, como hemos dicho, busca un punto de equilibrio o armonía), el Congreso Nacional no puede alterar ese diseño constitucional. Toda ampliación de la competencia federal por fuera de los límites fijados constitucionalmente altera el sistema federal y rompe el equilibrio garantizador de la distribución de la coerción.

No ocurre lo mismo en sentido inverso, ya que el Congreso sí podría delegar asuntos federales en las organizaciones judiciales provinciales. A él le compete fijar cuáles serán los tribunales inferiores a la Corte Suprema (CN, art. 75, inc. 20) y de ello no puede extraerse que *necesariamente* deben ser tribunales diferentes de los provinciales. Además, el art. 117, a la vez que fija la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema (que no se puede delegar ni en tribu-

nales provinciales ni en otros tribunales federales) determina que en los casos restantes ella entenderá por apelación, "según las reglas y *excepciones* que prescriba el Congreso". Por otra parte, el límite constitucional a la competencia federal y la distribución armónica del ejercicio de la coerción penal han sido establecidos como *un resguardo frente a la centralización* del poder (y la génesis histórica de estos preceptos lo demuestra con mayor claridad), por lo que esa función no se vería afectada en un camino descendente que ampliara la competencia de las provincias, como tampoco se vería afectada si se ampliara la competencia de las municipalidades y, menos aún, si se estableciera un juicio con jurados con mayor amplitud que el establecido obligatoriamente en la Constitución Nacional —por ejemplo, en las causas civiles (ver, CSJN, *Fallos*, 99:383, 36:394, 119:161, 152:344 y, para el caso específico de la delegación de facultades de instrucción criminal a las provincias en casos federales, ver t. 9:382).

Debe quedar en claro, pues, que la competencia federal es restrictiva y excepcional,[5] que no existe posibilidad constitucional de ampliar sus límites más allá de lo impuesto por la Constitución Nacional y que el Congreso Nacional puede delegar legislativamente parte de esa competencia federal en los tribunales de las provincias. Siempre, claro está, que no se trate de competencia originaria de la Corte Suprema (CN, art. 117) que no conduzca a la desaparición de la competencia federal lo cual, evidentemente, no es un fin querido por nuestra ley fundamental.

El principio general de distribución del poder es que los Estados provinciales conservan "todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal" (CN, art. 121), por lo que el principio, en nuestra materia, es que el ejercicio de

[5] La competencia de los tribunales federales en general y en materia penal en particular ha seguido un proceso de crecimiento desordenado y sin mayor respeto a los límites constitucionales. A partir de la reforma constitucional de 1994 y la aparición de la autonomía jurisdiccional de la ciudad de Buenos Aires se abre la posibilidad de un rediseño de la justicia federal en nuestro país que en gran medida estuvo siempre pensado y condicionado por la realidad de la Ciudad de Buenos Aires. En la medida en que se vaya asumiendo la jurisdicción plena en esta nueva realidad institucional será necesario reencauzar la jurisdicción federal a los límites estrechos de la Constitución Nacional.

la coerción penal (y el juzgamiento de las causas criminales, como ya vimos, es parte de ese ejercicio) corresponde a los Estados provinciales, salvo que haya sido delegado a la Nación. Existe, además, una limitación que se funda en razones históricas muy específicas y que es demostrativa de la importancia política que la Constitución le asigna a todo este esquema de distribución de competencias. En efecto, el art. 32 dice lo siguiente: "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal". En el caso específico de nuestra materia ello significa que en ningún caso puede la Nación establecer o juzgar delitos o contravenciones que influyan directamente en el ejercicio de la libertad de imprenta (como publicar las ideas por la prensa sin censura previa; CN, art. 14).

Los Estados provinciales tienen a su cargo, pues, el juzgamiento de los casos criminales comunes. A ellos les compete organizar la administración de justicia y ello es también uno de los requisitos del reconocimiento de su autonomía (CN, art. 5°). En cuanto a esta tarea, sin embargo, los Estados provinciales tienen limitaciones en sus posibilidades de organizar autónomamente su propia administración de justicia. Ello no sólo significa que deben respetar las garantías y derechos previstos en la Constitución Nacional —como es obvio—, sino también que deben respetar el diseño constitucional del juicio penal (que luego analizaremos) y la incorporación de los jurados, que deben resolver *todos* los casos criminales (su instauración se debe realizar a través de una ley general de validez nacional). Existen, por otra parte, limitaciones que surgen de los tratados internacionales firmados por la Nación. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —"Pacto de San José de Costa Rica"— establece principios y garantías judiciales (art. 8°) o relativos a la libertad personal (art. 7°), por ejemplo, que *deben ser respetados* por los distintos sistemas judiciales provinciales.

Es decir que, si bien las provincias tienen un margen de acción propio que les permite organizar su administración de justicia en forma autónoma y original, ese margen *ya está acotado* por el conjunto de garantías y resguardos previstos por la misma Constitución y los tratados internacionales protectores de los derechos humanos. Mucho se ha hablado de la "constitucionalización del Derecho procesal penal" como una finali-

dad deseable. Si por ello se entiende la uniformidad en cuanto a cuestiones menores, tales como plazos, competencias internas, o la regulación de ciertas instituciones procesales, no parece ser ni un objetivo importante ni tan deseable. La verdadera "unificación procesal penal" ya está impuesta por las normas básicas de nuestra sociedad y tiene el significado, políticamente valioso, de un tratamiento igualmente digno y respetuoso para todos los habitantes del país sin que las competencias o los tribunales puedan alterar esa base intangible de respeto. Si entendemos la unificación procesal con este sentido, ello es un objetivo político-institucional valioso, porque la efectiva vigencia de esa base intangible de respeto a la dignidad humana aún no tiene una vigencia efectiva, y ni siquiera podemos decir que culturalmente se haya consolidado completamente.

Hemos visto cómo los distintos sujetos constitucionales participan del ejercicio del poder penal del Estado. Hemos visto, también, que esta distribución cumple una función garantizadora de similar entidad a la que cumplen aquellas que solemos denominar "garantías judiciales". Esa función garantizadora se logra mediante una distribución armónica, que busca evitar la concentración del poder penal del Estado. Por lo tanto, tras ella existen mucho más que meros problemas prácticos; al contrario, tras esa distribución armónica hay problemas políticos de gran magnitud y, por esa razón, ella debe ser respetada y asumida en la vastísima dimensión de su función garantizadora.

VI. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL PROCESO PENAL EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

1. *Introducción*

Una lectura formal —y por eso mismo, necesariamente superficial— de nuestro texto constitucional, puede llevar a la falsa convicción de que cualquier juicio penal, por el solo hecho de que esté establecido con anterioridad al hecho que debe ser juzgado, cumple con las exigencias previstas en la misma Constitución. El hecho de que no existan normas precisas sobre la estructuración del juicio penal ha servido de fundamento a lecturas formales como las señaladas al principio de este párrafo.

Pero si realizamos una interpretación dogmática de la Constitución y, por sobre todo, si la ubicamos en su exacto punto político institucional, advertiremos con facilidad que no es cierto que cualquier juicio penal satisfaga las exigencias constitucionales.

En primer lugar, debemos recordar que nuestra ley fundamental insiste por tres veces en que el juicio penal debe ser un juicio que se realice con la participación de jurados (arts. 24, 75, inc. 12, y 118). Además, en el único caso en el cual diseña un juicio penal —el caso del juicio político que tiene características especiales pero que, en esencia, sigue la estructura de un juicio penal (art. 52)— la Constitución nos habla de un juicio público y oral.

Por otra parte, por exigencia del sistema republicano (art. 1°) los juicios deben ser públicos, dado que la publicidad de los actos de gobierno es una de las características básicas de una República y la administración de justicia no sólo es uno de los poderes que gobiernan el país, sino que es uno de los pilares

que estructuran el sistema republicano, cuya admisión garantiza el respeto de las instituciones provinciales (art. 5°).

Por último, también podemos afirmar que nuestra Constitución quiere que los juicios penales sean realizados por jueces y no por otros funcionarios. Las garantías de independencia judicial e intangibilidad de las remuneraciones, los recaudos para el nombramiento de los jueces, la inamovilidad salvo juicio político, etc., nos señalan con precisión que nuestros constituyentes querían que la realización de los juicios fuera tarea de los jueces y no de cualquier otro funcionario delegado (y de más está decir que, mucho menos aún, de simples empleados).

Podemos afirmar, pues, que existen normas constitucionales claras que determinan que el juicio penal debe ser público, debe ser realizado por jueces y por jurados.

Cabe preguntarse ahora: ¿existe otra forma de realizar un juicio público, con la presencia obligada del juez, y por jurados, que no sea mediante la oralidad? Es evidente que no, porque ella es el único mecanismo que se ha hallado hasta el momento para realizar un juicio penal de las características señaladas por nuestra ley básica.

Vemos, pues, que no es admisible conformarse con la interpretación superficial de que cualquier juicio penal es un juicio *constitucional*. Nuestra Constitución, por el contrario, manda realizar, en todo el país (art. 75, inc. 12 —que establece la Ley de Jurados con validez nacional—, art. 5° —que establece las condiciones de validez de las instituciones provinciales—, *juicios orales, públicos y por jurados*. Ése es el diseño constitucional del juicio penal y aquel juicio que no se adecue a estas características no será un juicio constitucional. Al momento de escribir estas líneas, ningún juicio en nuestro país cumple con estos requisitos, luego de casi ciento cincuenta años de sancionada la Constitución Nacional ya que, aun aquellas provincias que instauraron el juicio oral y público no pusieron en práctica el sistema de jurados. ¿Es ello casualidad? ¿O es el resultado de un tradicional desprecio de las garantías constitucionales? ¿O —peor aún— es manifestación de una aplicación selectiva de las normas constitucionales, según los intereses de los grupos tradicionalmente poderosos en nuestro país?

Lo cierto es que el juicio penal constitucional es algo distinto de lo que vemos todos los días en los tribunales, en algunos casos más alejado que en otros. En ningún caso y en ningún lugar del país podremos ver el juicio penal constitucional en funcionamiento.

Por esta razón, y pese a las críticas que podrá merecer por ello este curso, no centraremos nuestro estudio en aquellos sistemas procesales vigentes, que no cumplen con la normativa constitucional. Carece de sentido que el estudiante centre su actividad intelectual en aquellas normas inválidas, porque no se adecuan a la ley fundamental. Sí nos preocuparemos por el Derecho positivo, porque no hay, ni debe haber, derecho "más positivo" que el Derecho constitucional.

Por otra parte, muchas provincias —en especial las que siguieron el movimiento reformador iniciado por el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (redactado por Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, de 1940)— cuentan con juicios penales más "cercanos" al diseño constitucional, aunque no cumplan con todas sus exigencias.

Este "diseño constitucional del proceso penal" puede ser ahondado aún más, ya que es posible afirmar que en nuestra ley básica, la misión del juez es juzgar y no investigar. Nuevamente, si nos remitimos al único modelo de juicio diseñado en la Constitución —el juicio político— podemos observar cómo se reserva claramente a la Cámara de Senadores la función de realizar el juicio, sin inmiscuirse en la preparación de la acusación que es misión de la Cámara de Diputados. De ello podemos sacar dos consecuencias: *1)* que nunca el juez debe estar "contaminado" por la investigación previa, y *2)* que lo propiamente jurisdiccional es la realización del juicio y nunca la realización de la investigación.

Podríamos extraer aún una tercera consecuencia: el hecho de que no existe juicio penal posible sin acusación. Esta segunda parte del diseño constitucional de proceso penal no será analizada en este capítulo, ya que aquí nos ceñiremos al juicio penal propiamente dicho, que es la etapa central y plena del proceso penal. En los capítulos donde estudiemos los sistemas de investigación volveremos sobre esos puntos. Debe quedarle claro al alumno, pues, que el juicio penal de la Constitución es un juicio con características propias.

Ello responde a circunstancias históricas y políticas muy definidas que, en parte, ya hemos analizado. El triunfo del republicanismo, aunque sea en el terreno de los principios (aun cuando se interprete a ese republicanismo como la ideología de la burguesía triunfante tras las grandes luchas de finales de siglo XVIII y principios del siglo XIX que acompañó a la gran expansión del capitalismo, y que luego, paulatinamente, se fue degradando de la mano del imperialismo), implicaba también un determinado modelo de justicia penal. No es casualidad, pues, que nuestra Constitución adopte precisamente ese modelo. Y quienes no lo han entendido así es porque han tratado de sacar nuestra Carta Magna de su contexto histórico. Finalmente, el hecho de que el ya viejo diseño constitucional del proceso penal sea todavía una tarea pendiente, demuestra la importancia de su estudio; demuestra también la importancia de que ese estudio esté orientado decididamente a la transformación de las instituciones de nuestro país.

2. *El juicio oral*

Como hemos visto en la Introducción a este capítulo, la oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal. En especial, ella sirve para preservar el principio de inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial.[1]

En este sentido, se debe diferenciar muy bien lo que es un instrumento de lo que es un principio. La oralidad es un instrumento, un mecanismo; la inmediación o la publicidad son principios políticos y garantías que estructuran al proceso penal.

De esto no se debe desprender que la oralidad es un asunto de menor importancia. Al contrario, hasta tal punto no es

[1] Para ampliar ver AA.VV.: "La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal", en *La implementación de la reforma procesal penal*, C.D.J./CPU-N.CSC, Chile, 1996, p. 11.

BERTOLINO, Pedro: "El proceso oral, sus metas esenciales" en *Congreso Internacional de Oralidad en Materia Penal*, Buenos Aires, 1998, p. 130.

BOVINO, Alberto: "El juicio oral", en *Problemas del Derecho procesal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 235.

así que generalmente, cuando se quiere mencionar el modelo de *juicio republicano*, se habla de *juicio oral*, aunque, como dijimos, la oralidad sólo sea el mecanismo o el instrumento del juicio republicano.

Esta importancia de la oralidad proviene del hecho de que ella es el único modo eficaz que nuestra cultura ha encontrado hasta el momento para darle verdadera positividad o vigencia a los principios políticos mencionados. ¿De qué nos valdría proclamar la publicidad, la inmediación o la personalización de la judicatura, si luego no tenemos medios eficaces para ponerlas en práctica? Al ser condición necesaria de la eficacia de estos principios, la oralidad se convierte en un instrumento de primer orden y con esa importancia debe ser estudiado.

La oralidad representa, fundamentalmente, un medio de comunicación: la utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio de comunicación entre las partes y el juez y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba.

Obsérvese que, en el fondo, el mecanismo es simple: si se utiliza la palabra hablada, las personas deben estar presentes (inmediación) y, además, se comunican de un modo que es fácilmente controlable por otras personas (publicidad). Esta simpleza no ha sido siempre reconocida y aún hoy se escucha a quienes, sin fundamento alguno, afirman que el juicio oral es más complicado, más difícil de realizar que el juicio escrito, donde todo se transcribe en actas *(quod non est in actas, non est in mundo)*.

Sin embargo, Jeremías Bentham, en el siglo XIX, afirmaba que no hay nada más contrario a la verdad. "El juicio oral —explicaba— es el modo más natural de resolver los conflictos humanos e, incluso, así es el modo de administrar justicia en los grupos pequeños o en la familia". En efecto, a nadie se le ocurriría, si tiene una controversia o un conflicto en su familia, formar un expediente, nombrar a uno de los miembros de la familia como instructor, levantar actas de los testimonios, pedirle por escrito la opinión a cada uno de los miembros de la familia. En fin, todas estas actividades que parecen ridículas y artificiosas en el contexto de un conflicto familiar, resultan igualmente artificiosas y ridículas cuando se trata de construir un proceso penal en el marco de una sociedad.

Cuando analicemos con mayor detalle el juicio penal común, analizaremos cómo se desarrolla en concreto la oralidad dentro de la fase principal de ese juicio, que es el debate pleno o la vista principal. Ahora nos circunscribiremos a destacar cómo ella se halla al servicio de los principios de inmediación y personalización de la tarea de los jueces.

Sin embargo, para comprender más adecuadamente qué significa la inmediación, debemos hacer algunas aclaraciones previas.

Normalmente, se suele explicar el proceso penal —y en especial el juicio— como una actividad o un conjunto de actividades de adquisición de conocimiento. Así, el proceso penal se convierte en un conjunto de actos encaminados a reconstruir los hechos del modo más aproximado posible a la verdad histórica para luego, sobre esa verdad, aplicar la solución prevista en el orden jurídico. Este conjunto de actos que conforman el juicio penal son realizados por personas que tienen diferentes actitudes respecto de la verdad: algunos de ellos —el fiscal, los jueces, en general quienes son funcionarios del Estado— se guían por la búsqueda de la verdad *(principio de objetividad)*. Otros, aunque ciertamente no se guían por la mentira, se guían fundamentalmente por sus intereses dentro del proceso *(principio de parcialidad)*; así, el imputado, los defensores, la víctima y sus letrados, el actor civil, etcétera.

En este modelo de comprensión, pues, los actos y las actitudes de las personas se definen fundamentalmente por su relación con la adquisición de información, con la veracidad de esa información y con la verdad como meta o como resultado del proceso, sin importar, por ahora, si esa verdad puede ser alcanzada o es siempre una meta inalcanzable.

En este contexto, *la inmediación* se manifiesta como la *condición básica* que hace que esos actos y esas relaciones efectivamente permitan llegar a "la verdad" del modo más seguro posible, ya que la comunicación entre ellas y la información que ingresa por diversos canales (medios de prueba) se realiza con la máxima presencia de esas personas y, en especial, con la presencia obligada de las personas que deberían dictar una sentencia luego de observar la prueba (los jueces y los jurados).

A su vez, la oralidad y la inmediación que ella genera permite que la prueba (mejor dicho, la información que luego se convertirá en prueba) ingrese al proceso o juicio penal del modo más concentrado posible, es decir, en el menor lapso posible.

Esta posibilidad que otorgan la inmediación y la oralidad —de que los medios de prueba se reúnen en una misma oportunidad, sean observados o sean escuchados sin interrupciones, y adquieran así mayor virtualidad probatoria, por una parte y, por otro lado, puedan ser controlados con mayor eficacia por los distintos sujetos procesales— se ha llamado *principio de concentración*, y se le considera uno de los grandes principios que estructuran un juicio penal republicano. En el contexto en el que lo hemos analizado hasta ahora, sin embargo, el principio de concentración de la prueba se presenta, también, como un determinado modo de permitir que la información ingrese al juicio penal.

En síntesis, la oralidad, en una consideración tradicional, es un mecanismo que genera un sistema de comunicación entre el juez, las partes y los medios de prueba, que permite descubrir la verdad de un modo más eficaz y controlado.

Sin embargo, es posible analizar la oralidad, la inmediación y la concentración desde otra perspectiva, que no anula, sino completa la anterior. Para ello se debe tener en cuenta que la justicia penal, en realidad, nunca soluciona un conflicto sino que, a lo sumo, logra *redefinirlo* en términos pacíficos y *reinstalarlo* en la sociedad.

Por ejemplo: a la justicia penal llega el conflicto provocado por la muerte de una persona y el dolor que ello genera. De la justicia penal, en el mejor de los casos, sale un nuevo conflicto, que es el de la persona que deberá pasar mucho tiempo de su vida en prisión y el consecuente el dolor a que ello da lugar. También puede salir otro conflicto, como por ejemplo el que surge de la suma de la anterior muerte más la impunidad del agresor o, en el peor de los casos, el conflicto de la condena de un inocente o el de una condena excesivamente rigurosa.

La justicia penal es, en gran medida, la institución social encargada de mediatizar los conflictos, es decir, de absorberlos y *transformarlos en nuevos conflictos con menor con-*

tenido de violencia. Así se debería cumplir la misión pacificadora por excelencia de la justicia penal, que en la práctica normalmente no se cumple.

Podemos observar con claridad que, desde esta perspectiva la oralidad, la inmediación y la concentración adquieren otra dimensión. Esto no es nuevo: desde antiguo la justicia penal cumplió esta función redefinidora del conflicto y cuando existían "pruebas" como el combate judicial, por ejemplo, esto se veía con mayor claridad. El juicio penal aparece así como el "ámbito institucional" de esa redefinición del conflicto y, por lo tanto, debe cumplir con ciertas condiciones.

En primer lugar, deben estar presentes todos los que de algún modo tienen que cumplir un papel relevante en ese proceso de redefinición: allí son imprescindibles los protagonistas del conflicto (el imputado y la víctima, principalmente, pero también los encargados por el Estado de producir o conducir el proceso de redefinición, los fiscales y, en particular, *el juez*) y es importante que concurran todos los elementos que de algún modo ayudarán a este proceso de absorción institucional del conflicto inicial, hasta llevarlo a un contenido de violencia socialmente admisible (por su baja intensidad o por su alta cuota de institucionalidad).

En ambos modelos —el "modelo de un sistema de comunicación para la adquisición de la verdad" o el "modelo de un sistema de comunicación para la redefinición del conflicto"— la oralidad es un instrumento imprescindible. Y en ambos modelos, el juez debe cumplir un papel relevante.

En el primer modelo, porque a él le compete determinar finalmente cuál será la verdad procesal; él será quien tomará la decisión final sobre cuáles son los hechos efectivamente probados y cuál es la solución que el orden jurídico ha previsto para ese caso.

En el segundo modelo o perspectiva, la tarea es más delicada aún ya que, si los jueces no son atentos vigilantes de que el conflicto que redefina la justicia penal tenga un menor contenido de violencia y de ese modo contribuya a la paz social, los mismos protagonistas del caso inicial buscarán otros caminos para solucionarlo o redefinirlo por sus propios medios. Del mismo modo, si la absorción institucional del conflicto inicial no tiene un menor contenido de violencia o un mayor contenido de legitimación, la sociedad descreerá de la

función pacificadora de la justicia porque sus decisiones producen mayor disgusto o alarma social que el conflicto o delito inicial. Recuerde aquí el lector que en el otro capítulo hemos dicho que el Derecho penal implica una *economía de la violencia social*; vemos aquí cómo esa función se realiza fundamentalmente a través de la actividad de los jueces, lo que evidencia, una vez más, la corresponsabilidad de las normas penales y de los sistemas procesales en la configuración de la política criminal.

Los sistemas procesales que no siguen la oralidad y establecen el juicio escrito no pueden cumplir con estas funciones. En primer lugar, porque la escritura, como sistema de comunicación, no obliga a la inmediación sino que, por el contrario, genera necesariamente un alejamiento de las partes entre sí, de éstas con el juez y de todos con los medios de prueba, ya que toda la actividad de adquisición de información se realiza a través de actas, que mediatizan el conocimiento.

Tampoco los sistemas escritos garantizan la presencia del juez ni la personalización de su tarea, ya que estos sistemas producen, como un vicio intrínseco, la *delegación de funciones*, y cualquiera que conozca cómo funcionan los sistemas escritos sabe que en ellos gran parte de la actividad judicial —inclusive las sentencias— son realizadas por los funcionarios auxiliares o simples empleados, con gran deterioro de las garantías constitucionales.

Nuestra Constitución Nacional fue muy sabia al diseñar como exigencia constitucional un juicio oral: sabía que así se realzaba la función judicial, se aseguraba la misión pacificadora de la administración de justicia y, por sobre todo, se preservaba la personalización de las tareas de los jueces, que no podían delegar sus funciones tal como sucedía —también— en la época colonial. De este modo no sólo se garantizaba una justicia verdaderamente republicana sino que se le daba verdadera efectividad a uno de los principios más básicos de una democracia: la independencia judicial.

Los sistemas escritos, por el contrario, nacidos al amparo del pensamiento conservador, crecidos bajo la escasa vigilancia que nuestra Corte Suprema ha prestado a las garantías procesales, alejados del diseño constitucional del juicio penal y sostenidos por muchos intereses creados (no es ca-

sualidad que en las áreas de mayor concentración económica y de población aún perviva el proceso escrito, que garantiza un determinado modelo de control social, con impunidad selectiva hacia los sectores de menores recursos aun cuando muchas veces se lo "disfrace" de oralidad), no sólo han depreciado muchas garantías constitucionales sino que, a través de la delegación de funciones, han convertido a la independencia judicial en una de las más grandes hipocresías de nuestro sistema judicial.

3. *El juicio público*

Ya hemos visto que la oralidad es el mecanismo para preservar la publicidad, que constituye uno de los grandes principios que deben estructurar al juicio penal.

La publicidad del juicio, no sólo surge de la esencia del juicio republicano asumida por nuestra Constitución Nacional, sino que es una de las garantías judiciales básicas previstas por los pactos internacionales de derechos humanos (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8°, por ejemplo).

La publicidad del juicio se relaciona, en primer lugar, con una de las funciones propias de la justicia penal: la trasmisión de mensajes a la sociedad, acerca de la vigencia de los valores sociales que fundan la convivencia social.[2]

Una de las finalidades de la pena es la prevención general. Por ella se entiende la producción de efectos sociales a través del castigo. Estos efectos sociales se pueden producir infundiendo miedo o intimidando a las personas, para que no realicen las conductas prohibidas o mandadas, o pueden ser producidos mediante la afirmación pública y constante de que ciertos valores que esa sociedad (o el grupo productor de valores sociales) acepta como básicos y, de ese modo, asegurar que las personas seguirán prestando su consenso para autolimitarse según esos valores.

[2] Bovino, Alberto: "Publicidad del juicio penal", en *Problemas del Derecho procesal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 265.
Slokar, Alejandro: "Publicidad de juicio y libertad informativa: notas referidas a la intervención televisiva", en *JA*, t. III-1994.

No ahondaremos aquí la discusión sobre los fundamentos o la función de la pena estatal. El alumno podrá encontrar esta discusión en cualquier buen manual de Derecho penal. Sin embargo, para comprender una de las funciones de la publicidad debemos entender que esos efectos sociales no sólo se producen con la conminación abstracta de las penas, sino, muy por el contrario, a través de la aplicación concreta de los castigos.

Por ejemplo: no cumplen tanto la función de prevención general (en su sentido negativo o positivo) la creación de tipos penales a los que se les enlaza determinadas penas y la publicación de los textos en los cuales se comunica a la población la existencia de esas prohibiciones, sino la aplicación concreta de esas normas en los juicios penales. Si los homicidas son castigados con las penas previstas, eso significa que la prohibición de matar tiene vigencia; ello provocará miedo en algunos y en otros motivará el consenso.

Pero en nuestra realidad los juicios penales son secretos —secretos de hecho, aunque existan normas procesales que habilitan la publicidad, como sucede en los procedimientos escritos, ya que no es esperable que los ciudadanos se dediquen a caminar por los laberintos de nuestros tribunales pidiendo expedientes para leerlos, o se presenten a audiencias de prueba "públicas" que no son más que sesiones de dictado, realizadas por un grupo de personas amontonadas alrededor de un escritorio desvencijado—. Y si las normas penales no son efectivamente conocidas por los ciudadanos y, además de ello, los juicios penales son secretos de hecho, ¿cómo se trasmitirán esos mensajes a la sociedad?

El juicio público implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social: implica que ella cumple con su tarea de trasmitir mensajes sociales sobre la efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia. Por esa razón, Carrara insistía en que si el juicio es secreto y la población no tiene posibilidades de percibir el juicio como algo justo, no interesa demasiado que la sentencia sea intrínsecamente justa ya que, a los efectos sociales, es lo mismo una sentencia injusta que una percibida como injusta, aunque no lo sea.

La publicidad del juicio significa que las decisiones de los tribunales son decisiones trasparentes, que cumplen con el principio republicano de publicidad de los actos de gobier-

no. La administración de justicia es una de las ramas principales del gobierno de una sociedad. Esa trasparencia, como vimos, significa que ella cumple su función preventiva, ligada a los fines de la pena y al fundamento del castigo.

Sin embargo, la publicidad del juicio se relaciona con otra dimensión de gran importancia: el control popular sobre la administración de justicia.

Hemos insistido varias veces a lo largo de esta obra en que el poder penal es un poder de alta intensidad que, por lo tanto, debe estar especialmente limitado. Si la sociedad ha tomado la decisión de dotar a algunos funcionarios (los jueces) del poder de encerrar a otros seres humanos en jaulas (cárceles), ese poder no puede quedar librado a la arbitrariedad y falto de control. Así como existen innumerables garantías judiciales que buscan limitar la arbitrariedad, la publicidad del juicio busca asegurar el control del ejercicio de ese poder.

De este modo, los jueces deben dictar sus sentencias "de cara al pueblo" y los ciudadanos pueden tener una percepción directa de cómo ellos utilizan ese enorme poder que la sociedad les ha confiado. Debe quedar claro, pues, que la publicidad del juicio es el principio que asegura el control ciudadano sobre la justicia.

Generalmente la publicidad ha significado "la realización de los juicios a puertas abiertas", es decir, la posibilidad de que cualquier persona pueda asistir al juicio y observar lo que allí sucede. Por supuesto que este derecho puede tener limitaciones expresas, fundadas en razones de orden, pudor o necesidad de mantener ciertos actos en secreto, razones éstas que los diferentes códigos deben establecer —siempre con precisión, eso sí—. No sería admisible, por ejemplo, que un código dijera que los juicios son públicos, "salvo que el tribunal establezca lo contrario", aun cuando estableciera el requisito de una resolución fundada para ello. Las restricciones a la publicidad sólo son admisibles constitucionalmente cuando se fundan en razones serias, que están previstas en la ley y no significan una limitación arbitraria al principio de control de la justicia.

Pero, en realidad, creer que el principio de control ciudadano se satisface con sólo *permitir* que los ciudadanos concurran a los juicios es una visión en cierto modo superficial.

En la moderna sociedad de masas lo que ocurre es que *nadie* va a controlar esos juicios y el control queda reducido a lo que la prensa quiera publicar, con mayor o menor cuota de "amarillismo". Este traslado del control ciudadano a la prensa plantea muchas dificultades, ya que puede convertirse en un gran medio de distorsión de la opinión social.

¿Alcanza, pues, desde el punto de vista de la estructuración de un proceso penal acorde con el Estado de Derecho, con *permitir* que los ciudadanos concurran a los juicios, aunque ello tenga en la práctica mucho de ficción? Estimo que no. El principio de control sobre la administración de justicia es lo suficientemente importante como para llevar adelante políticas de control más eficaces. Analizar las causas de la indiferencia social, establecer mecanismos modernos de trasmisión de los juicios, generar políticas que induzcan a los ciudadanos a concurrir a los debates y, sobre todo, acercar los juicios a las comunidades que han sufrido los daños provocados por los delitos que se juzgan, son sólo algunos de los mecanismos que pueden convertir a la publicidad en una *realidad* y no sólo en una "posibilidad".

Hemos visto, pues, que la publicidad constitucional de los juicios penales es una decisión política de gran magnitud. Ella marca una política judicial definida, propia de un Estado democrático, republicano y limitado en el ejercicio de sus funciones. La realidad de nuestro juicio penal está muy alejada de este principio y ello es una de las razones del tradicional abismo que existe entre nuestra administración de justicia penal y la vida social. Y si la justicia no es protagonista de nuestra vida social cotidiana, prácticamente podemos decir que carecemos de una verdadera administración de justicia.

4. *El juicio por jurados*

El juicio por jurados es la tercera exigencia constitucional, que define el diseño fundamental del juicio penal.[3] Ya

[3] Para ampliar ver GORANSKY, Mirna: "Un juicio sin jurados", en AA.VV.: *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 105.

BIDART CAMPOS, Germán: "¿Hay omisión constitucional en la ausencia de juicio por jurados?", en *No hay Derecho*, s. ed., Buenos Aires, 1991, nº 5.

hemos analizado su sentido político, en el marco de la descentralización de la política criminal, y también hemos marcado la insistencia constitucional en que se legislen juicios de esta característica *en todo el país*.

Pero, ¿qué significa afirmar que los juicios criminales han de ser terminados por jurados, tal como expresa nuestro texto constitucional?

En principio, significa que la decisión sobre si una persona debe ser sometida a una pena o debe quedar libre de ella, no es una decisión que pueden tomar los jueces constitucionales. Como es una decisión de trascendental importancia —tanto para la persona imputada en particular, como para el conjunto de la sociedad—, ella debe ser *tomada en conjunto* entre los jueces constitucionales y miembros de la misma sociedad.

Tradicionalmente han existido dos mecanismos para establecer este modo de decisión conjunta. Según el primero, un grupo más o menos numeroso de ciudadanos, que deliberan entre sí, según las indicaciones que les dirige el juez profesional, determinan si la persona es culpable o inocente (veredicto de culpabilidad) y luego, sobre la base intangible de ese veredicto, el juez profesional determina las consecuencias legales de la acción culpable o inocente. Éste es un modelo de decisión conjunta, fraccionada en dos momentos, que no necesariamente coinciden con una división entre los hechos y "el Derecho", como es tradicional afirmar, sino que se refiere, con mayor precisión, a la determinación del *antecedente de la pena* (que implica la construcción del supuesto fáctico del juicio) y *las consecuencias* que surgen de ese antecedente (que coincide con la elaboración de la solución legal aplicable al caso).

Este modelo de fraccionamiento de la decisión conjunta es el que corresponde a lo que se suele denominar modelo "clásico" o "anglosajón" de jurado y es al que normalmente se hace referencia cuando se habla de los "jurados". El fundamento de este modelo de corte de la decisión no reside, a mi juicio, en la división entre "juicios de derecho" y "juicios sobre el Derecho", sino que tras él se halla la decisión de que le corresponde a la comunidad la decisión primaria sobre si una persona será sometida a la fuerza estatal o no lo será. La naturaleza política del veredicto de culpabilidad —y también

su origen histórico— tienen que ver con este tipo de corte de la decisión conjunta. La diferenciación entre hechos y Derecho está influida por consideraciones más modernas sobre el Derecho, donde la actividad judicial es, eminentemente, una actividad de subsunción de un "hecho" en el supuesto normativo.

El segundo modelo tradicional de participación de los ciudadanos en la administración de justicia se basa en un modo distinto de decisión conjunta. Según él se conforma un grupo de jueces, integrado por jueces profesionales y "jueces legos" —o ciudadanos— ("colegio sentenciador"), que delibera en conjunto y llega a la solución total del caso. El número de jueces de un tipo y otro varía, y existen modelos con preeminencia de los jueces técnicos y otros con preeminencia de los jueces legos, siempre dentro de un número total de jueces también variable. Este modelo de decisión conjunta privilegia el hecho de la deliberación, a través de la cual se produce un proceso dialéctico, que asegura que la decisión final será el conjunto de diversas valoraciones sociales y consideraciones técnicas.

A este modelo se lo suele denominar "escabinado", "jurado escabinado", y es el utilizado en diversos países europeos (Italia, Alemania, Francia, por ejemplo).

Dentro del marco de estos sistemas, existen muchas variantes que respetan el principio de participación ciudadana en la justicia. Ya hemos analizado en un capítulo anterior las condiciones que debe respetar todo sistema de jurados. Resta preguntarse, pues, si nuestra Constitución opta por alguno de esos sistemas en particular.

Desde el punto de vista textual, es evidente que no, ya que sólo hace referencia a los jurados, sin realizar ninguna otra precisión. Desde el punto de vista histórico, es evidente que los constituyentes tenían en vista el modelo anglosajón, ya que toda nuestra Constitución tiene una gran influencia de ese origen y, además, en la América latina que comenzaba a institucionalizarse, las instituciones norteamericanas, sobre todo, tenían gran predicamento. No obstante, como lo que tenían en mente nuestros constituyentes no tiene de por sí efecto normativo, bien podemos afirmar que, desde el punto de vista de una interpretación sistemática y dinámica de la Constitución Nacional, cualquier sistema de jurados sa-

tisface sus exigencias normativas siempre, claro está, que todos los casos criminales se juzguen por ese método.

Hemos visto, pues, lo que dice nuestra Constitución sobre el juicio penal. Esto no es una simple expresión de deseos de lo que deberían ser los juicios penales en nuestro país. Al contrario, el diseño constitucional del juicio penal se vincula, como veremos, con garantías muy básicas, en especial, con la garantía más básica de todas ellas: la necesaria existencia de un juicio previo para poder aplicar una pena a una persona determinada.[4]

[4] La estructura del juicio que diseña la Constitución no responde solamente a principios políticos sino a razones históricas vinculadas con la estructura misma del conflicto. Si una de las funciones, sino la principal, de la justicia penal es absorber la violencia propia de los conflictos graves y generar un ámbito institucional de solución o de redefinición de ese conflicto, entonces deben existir elementos de reconocimiento de ese conflicto originario con la actuación institucionalizada. Por eso todas las características de contradicción del debate, de la sala de audiencia, inclusive su arquitectura, deben estar al servicio de este reconocimiento. De este modo la estructura del juicio tiene su raíz en los órdenes de la vida social, algo mucho más profundo que su sola fuerza política. Si hacemos un parangón con las características de la acción humana que tiene bases culturales previas a lo que el Derecho penal pueda definir normativamente (por lo menos en las versiones de la dogmática penal que no están absolutamente normativizadas como ocurre con el posfinalismo), con mucha más razón el juicio tiene esas mismas características culturales. Si utilizáramos el antiguo lenguaje welzeliano el juicio se trataría también de una estructura óntico-ontológica y no sólo de una creación normativa o política.

Esto también es importante para redefinir la fundamentación del castigo, las teorías de las penas han pretendido justificar exclusivamente el acto decisorio y no el conjunto estructural de la imposición del castigo. Creo, sin que pueda en estos momentos avanzar más allá de la creencia, que el fundamento del juicio y de la pena deben ser analizados de un modo unitario, ello permitiría sacar a las teorías de la pena de la repetición secular de sus fundamentos. Una fundamentación del castigo implica fundamentar el juicio y la decisión como un todo.

Tercera Parte
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL. GARANTÍAS BÁSICAS

tisfa[illegible]
tode[illegible]

bre[illegible]
seco[illegible]
par[illegible]
vine[illegible]
cial[illegible]
exi[illegible]
un[illegible]

VII. EL JUICIO PREVIO

Nuestra Constitución Nacional expresa: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso..." (art. 18). La ubicación de esta frase dentro de los derechos constitucionales le otorga carácter básico y fundamental a la garantía de juicio previo. Pero, ¿cuál es su contenido y función?

Se ha interpretado que ella se refiere a la exigencia de una sentencia previa, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada. Se argumenta que sólo un juicio de esa naturaleza lógica puede estar "fundado" en una ley previa al hecho del proceso. "Juicio", en esta línea argumental, significa "una operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones". En nuestro caso se trataría de la operación de subsunción de los hechos al Derecho, que hace el juez al dictar sentencia (a este sentido de la palabra "juicio", Carrara lo llamaba "juicio en sentido ideológico"). Se le otorga ese sentido a la palabra "juicio" porque se parte de que "fundar" significa "apoyar con razones eficaces o con discursos una cosa". Sin embargo, no es éste el único ni el principal significado de la palabra "fundar" o "fundado". "Fundado" puede tener el significado de "establecido", "creado", como cuando se dice que alguien ha fundado una institución o que tal institución se funda en tales principios.

Una interpretación dinámica e histórica de la Constitución demuestra, como hemos señalado, que la Constitución Nacional se está refiriendo al "juicio" como institución político-cultural y no como juicio lógico. Claro está que no se entiende un juicio sin una sentencia que es su conclusión necesaria, pero la referencia al juicio lógico que subyace en la sentencia es derivada y no principal.

VII. EL JUICIO PREVIO

Nuestra Constitución Nacional expresa: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso..." (art. 18). La ubicación de esta frase dentro de los derechos constitucionales le otorga carácter básico y fundamental a la garantía de juicio previo. Pero, ¿cuál es su contenido y función?

Se ha interpretado que ella se refiere a la exigencia de una sentencia previa, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada. Se argumenta que sólo un juicio de esa naturaleza lógica puede estar "fundado" en una ley previa al hecho del proceso. "Juicio", en esta línea argumental, significa "una operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones". En nuestro caso se trataría de la operación de subsunción de los hechos al Derecho, que hace el juez al dictar sentencia (a este sentido de la palabra "juicio", Carrara lo llamaba "juicio en sentido ideológico"). Se le otorga ese sentido a la palabra "juicio" porque se parte de que "fundar" significa "apoyar con razones eficaces o con discursos una cosa". Sin embargo, no es éste el único ni el principal significado de la palabra "fundar" o "fundado". "Fundado" puede tener el significado de "establecido", "creado", como cuando se dice que alguien ha fundado una institución o que tal institución se funda en tales principios.

Una interpretación dinámica e histórica de la Constitución demuestra, como hemos señalado, que la Constitución Nacional se está refiriendo al "juicio" como institución político-cultural y no como juicio lógico. Claro está que no se entiende un juicio sin una sentencia que es su conclusión necesaria, pero la referencia al juicio lógico que subyace en la sentencia es derivada y no principal.

Vemos, pues, que la anterior es una interpretación formal, que no toma en cuenta el carácter histórico del juicio previo, ni su sentido político-institucional. Si remontamos el origen de esta garantía hasta la Edad Media —como podemos hacerlo—, ya sea a través de su vertiente anglosajona (Carta Magna) o a través de la vertiente hispánica (plasmada en los antiguos fueros), podremos apreciar con mayor claridad su contenido específico. No debemos olvidar tampoco que el Derecho procesal penal es, fundamentalmente, el desarrollo de las garantías constitucionales y que ese desarrollo debe preservar en todo momento el sentido primigenio de las garantías.

Para ello debemos tener en cuenta que la sociedad medieval concebía a la sociedad política como un haz de relaciones jurídicas, es decir, como un conjunto de derechos y obligaciones entre los señores y los subditos. La sociedad feudal no pensaba ni admitía el poder absoluto; antes bien, se fundaba en el contrato de vasallaje, donde el señor feudal tenía poder sólo en la medida en que protegía y concedía derecho a sus vasallos.

En este marco, saturado de legalismo y de fe religiosa, se desarrolló la lucha política real, la puja por la hegemonía y el poder entre los señores feudales, entre ellos y el rey, entre ambos y la naciente burguesía, que reclamaba día a día mayor libertad para comerciar. El resultado de estas luchas desembocó en la constitución de los Estados nacionales, que implicó la destrucción de la sociedad feudal, el triunfo de la burguesía y la construcción de una nueva sociedad política. Los Estados nacionales, por una parte, abren el camino al poder absoluto pero, por la otra, abren también el camino al individualismo, que finalmente genera las grandes revoluciones de los siglos XVII y XVIII.

No obstante esta evolución política, existió una institución que se mantuvo constante, aunque se modificó paulatinamente su fundamento. Esta institución fue el necesario juicio previo y esa persistencia nos habla precisamente de su importancia político-institucional. La idea de un poder limitado también nace en la Edad Media y se entrecruza con el proceso que hemos señalado. Ya sea como una imposición de los barones al rey, ya sea como un privilegio de la burguesía o como un derecho inalienable del hombre que surge de su

propia naturaleza, lo cierto es que la idea misma del poder limitado estuvo siempre intrínsecamente ligada al principio de que ninguna persona podía ser castigada sin juicio previo. Al mismo tiempo, la intervención directa de los reyes en los asuntos judiciales siempre se consideró como una de las manifestaciones más claras del poder absoluto.

Por supuesto que en ese entonces, como sucede ahora, las garantías procesales o legales funcionaban de un modo u otro según el poder o el prestigio que tuviera quien pretendía valerse de ellas. Esta realidad no nos dice nada acerca de la importancia o el contenido de la garantía en sí misma; sólo nos habla de la existencia de injustas relaciones sociales, de la desigualdad imperante en la sociedad humana. Sin embargo, sí debemos tener en cuenta que en la conciencia jurídica de esa época —y mucho más aún en la conciencia del hombre moderno— se instaló, ya de un modo insoslayable, la idea de que el ejercicio del poder penal debía ser limitado por la existencia de un juicio previo. Esta idea se ha mantenido constante en todo el proceso que Roscoe Pound denomina el "desarrollo histórico de las garantías constitucionales de la libertad".

La perspectiva histórica que hemos resaltado nos sirve para comprender el carácter eminentemente político de la garantía del juicio previo. Podemos decir que ella se vincula con dos dimensiones básicas: por un lado, nos señala que la imposición de un castigo, el ejercicio del poder penal del Estado, está limitado por *una forma*. Esta forma, en nuestra Constitución Nacional —fiel al espíritu histórico de la institución—, tiene un contenido preciso, que no se satisface con la existencia de *cualquier* "forma".

Como ya hemos visto en el capítulo anterior, "juicio" significa, concretamente, juicio oral, público y por jurados. Y así como el juicio tiene un contenido preciso, también debe existir *un proceso* que conduzca al juicio. Cuando la garantía constitucional hace referencia a una "ley anterior al hecho del proceso", no sólo nos está dando pautas concretas acerca de qué ley se debe utilizar para juzgar el caso, sino que nos indica que debe existir necesariamente "un proceso" y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto. Además, así como el juicio termina necesariamente en la sentencia, el "proceso" debe preceder, también necesariamente, al juicio.

que firmando su despacho, etc. Incluso en muchas ocasio-
s, ni siquiera lee el expediente, sino que revisa un "Proyec-
de sentencia", que le ha preparado su secretario. Por otra
rte, no existe una verdadera controversia, ya que se trata
un procedimiento secuencial, en línea recta, que impide el
rdadero dialogo que permite la contradicción. El juicio es-
to es una falsificación de un verdadero juicio, crecida al
mparo de la desconfianza y la rutina.

Pero existe otra forma de desnaturalizar el juicio previo.
trata de aquellos casos en los que la prueba no se produce
el juicio, sino que se incorpora solamente por su lectura y,
uchas veces, ni siquiera por su lectura, sino por su simple
nción. De este modo, el sumario se impone nuevamente al
cio y lo desnaturaliza. Este efecto se produce, especialmen-
en aquellos sistemas que han conservado la estructura clá-
a del procedimiento mixto o, mejor dicho, el procedimiento
nsitivo reformado, que triunfa en el siglo XIX.

En ellos, el "juez de instrucción" convalida las pruebas
e reúne durante el sumario y, al existir normas muy laxas
ra la incorporación de las actas de la instrucción en el de-
te, se produce una desnaturalización del juicio.

Por tal razón, los sistemas procesales y la jurisprauden-
deben ser muy cautos en permitir la incorporación de
ueba producida durante la instrucción. La investigación
eliminar tiene un carácter preparatorio (siempre proclama-
, pero no siempre aceptado) y los elementos que se reúnen
rante esa investigación no constituyen prueba sino hasta
e sean producidas en el debate principal. Podrán existir
sos excepcionales de anticipo de prueba, pero éste debe
r limitado a verdaderos casos-límite, en los que la prue-
, por alguna imposibilidad, no se puede producir durante
uicio (un testigo que se está por morir o una pericia sobre
a sustancia perecedera, por ejemplo).

Del mismo modo, también afecta a la garantía del juicio
vio la existencia de ficciones. Cuando se presume el dolo,
relación de causalidad (responsabilidad objetiva) o cuando
invierte la carga de la prueba, se está violando la garantía
que la persona imputada debe ser "juzgada"; y "juzgar"
nifica analizar la existencia y el significado de una con-
sta teniendo a la vista la prueba disponible sobre los he-
os que fundan la acusación. Juzgar significa analizar la

conducta respecto a la ley y respecto a la prueba de su existencia. Por lo tanto, cuando el derecho penal utiliza una ficción está renunciando al juicio previo.

También existen formas de violar el juicio previo desde el punto de vista subjetivo. Existen formas groseras, como por ejemplo cuando autoridades administrativas o policiales imponen penas, a veces, incluso, para castigar faltas o contravenciones. Se ha pretendido que el solo cambio de rótulo alcanza para desechar las garantías constitucionales. ¿Qué diferencia existe entre el mes de arresto impuesto como sanción por una contravención o falta "administrativa" y el mes de prisión impuesto por un delito leve? Desde el punto de vista de las garantías constitucionales no existe ninguna diferencia, ya que ambas significan ejercicio del poder penal y deben estar sometidas al mismo régimen.

Pero también existe otra forma de violar el principio de "juicio previo" mucho más peligrosa y menos evidente. Se trata de la "delegación de funciones" de la que hablaremos en diferentes oportunidades. En muchos tribunales de nuestros países, como ya hemos dicho, no son los jueces quienes dictan verdaderamente las sentencias, sino que apenas firman un proyecto que un funcionario o empleado subalterno le ha preparado. Formalmente, la sentencia ha sido dictada por el juez pero, en la realidad (y el derecho "debe" ocuparse de la realidad), no es el juez quien ha realizado la sentencia. Incluso, en muchas ocasiones, no es él quien ha tomado la decisión, sino que revisa la decisión que ha tomado su subalterno.

Por último, me interesa destacar otra violación constante a la garantía del juicio previo: se trata de la falta de deliberación. El juicio previo también se integra con la deliberación cuando se trata de un tribunal colegiado. En la práctica de nuestros tribunales colegiados, sin embargo, se ha desnaturalizado la idea de la deliberación, de la mano de la sobrecarga de trabajo. Por ejemplo, no se reúnen los tres jueces para analizar y discutir el caso en común, sino que uno de ellos prepara una "ponencia" y los otros la aprueban o desechan. Se ha cambiado la deliberación, que es eminentemente un proceso de construcción conjunta, por la aprobación del trabajo de otro de los jueces.

No son éstas las únicas formas de afectar la más básica de todas las garantías constitucionales. Las prácticas y la ru-

sigue firmando su despacho, etc. Incluso en muchas ocasiones, ni siquiera lee el expediente, sino que revisa un "Proyecto de sentencia", que le ha preparado su secretario. Por otra parte, no existe una verdadera controversia, ya que se trata de un procedimiento secuencial, en línea recta, que impide el verdadero diálogo que permite la contradicción. El juicio escrito es una falsificación de un verdadero juicio, crecida al amparo de la desconfianza y la rutina.

Pero existe otra forma de desnaturalizar el juicio previo. Se trata de aquellos casos en los que la prueba no se produce en el juicio, sino que se incorpora solamente por su lectura y, muchas veces, ni siquiera por su lectura, sino por su simple mención. De este modo, el sumario se impone nuevamente al juicio y lo desnaturaliza. Este efecto se produce, especialmente, en aquellos sistemas que han conservado la estructura clásica del procedimiento mixto o, mejor dicho, el procedimiento inquisitivo reformado, que triunfa en el siglo XIX.

En ellos, el "juez de instrucción" convalida las pruebas que reúne durante el sumario y, al existir normas muy laxas para la incorporación de las actas de la instrucción en el debate, se produce una desnaturalización del juicio.

Por tal razón, los sistemas procesales y la jurisprudencia deben ser muy cautos en permitir la incorporación de prueba producida durante la instrucción. La investigación preliminar tiene un carácter preparatorio (siempre proclamado, pero no siempre aceptado) y los elementos que se reúnen durante esa investigación no constituyen prueba sino hasta que sean producidas en el debate principal. Podrán existir casos excepcionales de anticipo de prueba, pero éste debe estar limitado a verdaderos casos-límite, en los que la prueba, por alguna imposibilidad, no se puede producir durante el juicio (un testigo que se está por morir o una pericia sobre una sustancia perecedera, por ejemplo).

Del mismo modo, también afecta a la garantía del juicio previo la existencia de ficciones. Cuando se presume el dolo, o la relación de causalidad (responsabilidad objetiva) o cuando se invierte la carga de la prueba, se está violando la garantía de que la persona imputada debe ser "juzgada"; y "juzgar" significa analizar la existencia y el significado de una conducta teniendo a la vista la prueba disponible sobre los hechos que fundan la acusación. Juzgar significa analizar la

conducta respecto a la ley y respecto a la prueba de su existencia. Por lo tanto, cuando el derecho penal utiliza una ficción está renunciando al juicio previo.

También existen formas de violar el juicio previo desde el punto de vista subjetivo. Existen formas groseras, como por ejemplo cuando autoridades administrativas o policiales imponen penas, a veces, incluso, para castigar faltas o contravenciones. Se ha pretendido que el solo cambio de rótulo alcanza para desechar las garantías constitucionales. ¿Qué diferencia existe entre el mes de arresto impuesto como sanción por una contravención o falta "administrativa" y el mes de prisión impuesto por un delito leve? Desde el punto de vista de las garantías constitucionales no existe ninguna diferencia, ya que ambas significan ejercicio del poder penal y deben estar sometidas al mismo régimen.

Pero también existe otra forma de violar el principio de "juicio previo" mucho más peligrosa y menos evidente. Se trata de la "delegación de funciones" de la que hablaremos en diferentes oportunidades. En muchos tribunales de nuestros países, como ya hemos dicho, no son los jueces quienes dictan verdaderamente las sentencias, sino que apenas firman un proyecto que un funcionario o empleado subalterno le ha preparado. Formalmente, la sentencia ha sido dictada por el juez pero, en la realidad (y el derecho "debe" ocuparse de la realidad), no es el juez quien ha realizado la sentencia. Incluso, en muchas ocasiones, no es él quien ha tomado la decisión, sino que revisa la decisión que ha tomado su subalterno.

Por último, me interesa destacar otra violación constante a la garantía del juicio previo: se trata de la falta de deliberación. El juicio previo también se integra con la deliberación cuando se trata de un tribunal colegiado. En la práctica de nuestros tribunales colegiados, sin embargo, se ha desnaturalizado la idea de la deliberación, de la mano de la sobrecarga de trabajo. Por ejemplo, no se reúnen los tres jueces para analizar y discutir el caso en común, sino que uno de ellos prepara una "ponencia" y los otros la aprueban o desechan. Se ha cambiado la deliberación, que es eminentemente un proceso de construcción conjunta, por la aprobación del trabajo de otro de los jueces.

No son éstas las únicas formas de afectar la más básica de todas las garantías constitucionales. Las prácticas y la ru-

sigue firmando su despacho, etc. Incluso en muchas ocasiones, ni siquiera lee el expediente, sino que revisa un "Proyecto de sentencia", que le ha preparado su secretario. Por otra parte, no existe una verdadera controversia, ya que se trata de un procedimiento secuencial, en línea recta, que impide el verdadero diálogo que permite la contradicción. El juicio escrito es una falsificación de un verdadero juicio, crecida al amparo de la desconfianza y la rutina.

Pero existe otra forma de desnaturalizar el juicio previo. Se trata de aquellos casos en los que la prueba no se produce en el juicio, sino que se incorpora solamente por su lectura y, muchas veces, ni siquiera por su lectura, sino por su simple mención. De este modo, el sumario se impone nuevamente al juicio y lo desnaturaliza. Este efecto se produce, especialmente, en aquellos sistemas que han conservado la estructura clásica del procedimiento mixto o, mejor dicho, el procedimiento inquisitivo reformado, que triunfa en el siglo XIX.

En ellos, el "juez de instrucción" convalida las pruebas que reúne durante el sumario y, al existir normas muy laxas para la incorporación de las actas de la instrucción en el debate, se produce una desnaturalización del juicio.

Por tal razón, los sistemas procesales y la jurisprudencia deben ser muy cautos en permitir la incorporación de prueba producida durante la instrucción. La investigación preliminar tiene un carácter preparatorio (siempre proclamado, pero no siempre aceptado) y los elementos que se reúnen durante esa investigación no constituyen prueba sino hasta que sean producidas en el debate principal. Podrán existir casos excepcionales de anticipo de prueba, pero éste debe estar limitado a verdaderos casos-límite, en los que la prueba, por alguna imposibilidad, no se puede producir durante el juicio (un testigo que se está por morir o una pericia sobre una sustancia perecedera, por ejemplo).

Del mismo modo, también afecta a la garantía del juicio previo la existencia de ficciones. Cuando se presume el dolo, o la relación de causalidad (responsabilidad objetiva) o cuando se invierte la carga de la prueba, se está violando la garantía de que la persona imputada debe ser "juzgada"; y "juzgar" significa analizar la existencia y el significado de una conducta teniendo a la vista la prueba disponible sobre los hechos que fundan la acusación. Juzgar significa analizar la

conducta respecto a la ley y respecto a la prueba de su existencia. Por lo tanto, cuando el derecho penal utiliza una ficción está renunciando al juicio previo.

También existen formas de violar el juicio previo desde el punto de vista subjetivo. Existen formas groseras, como por ejemplo cuando autoridades administrativas o policiales imponen penas, a veces, incluso, para castigar faltas o contravenciones. Se ha pretendido que el solo cambio de rótulo alcanza para desechar las garantías constitucionales. ¿Qué diferencia existe entre el mes de arresto impuesto como sanción por una contravención o falta "administrativa" y el mes de prisión impuesto por un delito leve? Desde el punto de vista de las garantías constitucionales no existe ninguna diferencia, ya que ambas significan ejercicio del poder penal y deben estar sometidas al mismo régimen.

Pero también existe otra forma de violar el principio de "juicio previo" mucho más peligrosa y menos evidente. Se trata de la "delegación de funciones" de la que hablaremos en diferentes oportunidades. En muchos tribunales de nuestros países, como ya hemos dicho, no son los jueces quienes dictan verdaderamente las sentencias, sino que apenas firman un proyecto que un funcionario o empleado subalterno le ha preparado. Formalmente, la sentencia ha sido dictada por el juez pero, en la realidad (y el derecho "debe" ocuparse de la realidad), no es el juez quien ha realizado la sentencia. Incluso, en muchas ocasiones, no es él quien ha tomado la decisión, sino que revisa la decisión que ha tomado su subalterno.

Por último, me interesa destacar otra violación constante a la garantía del juicio previo: se trata de la falta de deliberación. El juicio previo también se integra con la deliberación cuando se trata de un tribunal colegiado. En la práctica de nuestros tribunales colegiados, sin embargo, se ha desnaturalizado la idea de la deliberación, de la mano de la sobrecarga de trabajo. Por ejemplo, no se reúnen los tres jueces para analizar y discutir el caso en común, sino que uno de ellos prepara una "ponencia" y los otros la aprueban o desechan. Se ha cambiado la deliberación, que es eminentemente un proceso de construcción conjunta, por la aprobación del trabajo de otro de los jueces.

No son éstas las únicas formas de afectar la más básica de todas las garantías constitucionales. Las prácticas y la ru-

tina han inventado otras que, espero, serán descubiertas por el lector. Sólo he destacado aquellas que sirven, a mi juicio, para señalar cómo debe ser utilizada la garantía del juicio previo. Porque toda garantía debe ser operativa y debe serlo en un sentido rector. Las garantías constitucionales no se hicieron para ser estudiadas en los manuales; al contrario, deben formar parte de la conciencia cívica más elemental.

VIII. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA O DE NO CULPABILIDAD

En el capítulo anterior hemos explicado que el necesario juicio previo es una garantía básica, una fórmula sintética que señala el punto de máxima vigencia de todas las garantías constitucionales referidas al Derecho y al proceso penal.

La primera derivación de esa garantía —que, al mismo tiempo, es uno de sus fundamentos políticos— es el *mandato constitucional* de que *nadie puede ser considerado culpable sin una sentencia*, obtenida en un juicio (con las características que hemos señalado y que forman el diseño constitucional del juicio), que lo declare como tal. Por imperio constitucional, entonces, toda persona *es inocente, y así debe ser tratada* mientras no se declare en una sentencia judicial su culpabilidad.

Juicio previo y principio de inocencia son dos caras de una misma moneda y por tal razón las hemos destacado como *garantías básicas* del proceso penal. A partir de ellas y sobre ellas comienza a construirse el escudo protector frente al poder arbitrario, que es el cometido de todas las garantías que juegan en el proceso penal.

Se ha dicho que este principio implica un "*status* de inocencia", una "presunción de inocencia", o un "derecho a ser tratado como inocente". Creo que, en definitiva, todas estas posturas son perfectamente conciliables y no difieren en sus efectos prácticos.[1]

El principio de inocencia fue reconocido por las más importantes declaraciones relativas a los derechos humanos.

[1] Bovino, Alberto: "El principio de inocencia", en *Problemas del Derecho procesal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 130.

Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en Francia expresaba que debe presumirse inocente a todo hombre "hasta que haya sido declarado culpable" (art. 9°). La Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". Finalmente, el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos) expresa: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad" (art. 8°).

Se puede decir, en consecuencia, que este principio, nacido como una reacción ante los abusos de la Inquisición (como modelo de proceso penal arbitrario), forma parte de la conciencia universal acerca del valor de la persona, aunque ello, de ninguna manera quiere decir que tenga una efectiva vigencia en nuestro país.

Pero, ¿cuál es el significado concreto del principio de inocencia? y ¿cuáles son sus consecuencias prácticas?

Es curioso que en este caso, al contrario de lo que suele ocurrir, la formulación positiva del principio (como de "inocencia") ha generado mayores dificultades en su interpretación que su formulación negativa: si nos referimos a la existencia de una presunción de inocencia, seguramente encontraremos muchos críticos; sin embargo, si afirmamos que "ninguna persona puede ser culpable hasta que una sentencia declare su culpabilidad", posiblemente el acuerdo sea total. Esto nos señala que en la base del problema existe una discusión verbal (sobre el sentido y alcances de las palabras) que, si es soslayada, puede generar falsas discusiones en otros niveles.

No se puede decir, por ejemplo, que la situación de cualquier persona en la sociedad sea una situación de "inocencia". Los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes. Es que la "inocencia" es un concepto referencial, que sólo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable. La situación normal de los ciudadanos es de "libertad"; la libertad es su ámbito básico, sin referencia alguna al Derecho o al proceso penal.

Pero cuando una persona ingresa al ámbito concreto de actuación de las normas procesales, allí sí tiene sentido decir que es "inocente", porque eso significa que, hasta el momento de la sentencia condenatoria, no se le podrán aplicar consecuencias penales. En realidad, es más correcto afirmar que, cuando una persona ingresa al foco de atención de las normas procesales, conserva su situación básica de libertad, salvo algunas restricciones, que analizaremos en diferentes lugares (especialmente las medidas de coerción). Por ello, es más claro conservar la formulación negativa del principio para comprender su significado. Y lo primero que esa formulación nos indica es que "nadie es culpable si una sentencia no lo declara así". Esto, en concreto, significa:

a) Que sólo la sentencia tiene esa virtualidad.
b) Que al momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades: o culpable, o inocente. No existe una tercera posibilidad.
c) Que la "culpabilidad" debe ser jurídicamente construida.
d) Que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza.
e) Que el imputado no tiene que construir su inocencia.
f) Que el imputado no puede ser tratado como un culpable.
g) Que no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, partes de la culpabilidad que no necesitan ser probadas.

Podemos ver que, en realidad, éstas son derivaciones de la idea misma de "juicio previo" y por eso decimos que ambas garantías son las dos caras de una misma moneda.

Sin embargo, la idea de prueba de la culpabilidad está más ligada al concepto de "sentencia", en tanto la idea de "juicio previo" es más abarcativa y comprende todo el desarrollo del juicio.

El conjunto de principios que señalamos precedentemente conforman la situación o el *status* básico de un ciudadano sometido a proceso. Él llega al proceso con un *status* que debe ser destruido y en ello reside la construcción de la culpabilidad.

No siempre se ha reconocido la existencia de esta situación de la persona imputada. El positivismo criminológico,

por ejemplo, o ciertas tendencias procesales basadas en concepciones autoritarias, pretendieron limitar este *status* a ciertos imputados, por ejemplo, aquellos ocasionales. Para estas concepciones no podía jugar esta situación cuando el imputado era un multirreincidente, un "habitual", o simplemente un sujeto "peligroso".

Aún hoy día hay quienes discuten afirmando que, en realidad, en el proceso penal existe una sospecha o presunción de culpabilidad —lo que puede ser cierto—; desconocen, sin embargo, que lo que está en juego no es ningún nivel de conocimiento, sino una garantía política que protege al ciudadano que ingresa al ámbito de actuación de las normas procesales y penales. Ciertamente, en el proceso penal existe una progresiva adquisición de conocimientos, cuyo resultado puede ser un aumento de la sospecha que existe respecto a una persona. Por ejemplo, para dictar un auto de prisión se requiere un grado de sospecha y éste es aún más fuerte cuando se dicta un auto de apertura a juicio. Sin embargo, no interesa que exista una presunción de culpabilidad o que ciertos actos impliquen necesariamente un grado mayor o menor de sospecha: no se trata de nada de eso. Lo importante es que nadie podrá ser considerado *ni tratado* como culpable mientras una sentencia no lo declare como tal, es decir, se quiere que la pena no sea anterior al "juicio previo", ni sea impuesta por fuera de él.

Y ésa es la primera derivación de gran importancia: una sentencia debe declarar la culpabilidad. Se discute si esta sentencia es declarativa, es decir, si se limita a reconocer la existencia de esa culpabilidad o si es constitutiva, o sea, si convierte en culpable a la persona sometida a proceso. Creo que aquí también hay una discusión verbal, no demasiado importante.

Es cierto que la culpabilidad es una determinada contrariedad con las normas penales. Es un haber actuado en contra de las normas penales (prohibitivas o imperativas), pudiendo haber hecho lo contrario (reprochabilidad). Es un concepto sustancial de culpabilidad, que no es "construido" en la sentencia. Pero lo cierto es que si una sentencia no declara o reconoce esa culpabilidad, es como si no existiera para el Derecho. Un reconocimiento, sin el cual jurídicamente algo no existe, es muy parecido a una "construcción". Por

tal razón, prefiero hablar de la necesidad de *construir la culpabilidad.* Y esa construcción sólo puede ser producida en una sentencia, acto judicial que es la derivación natural del juicio previo.

No cualquier acto judicial es una sentencia. Ella expresa en plenitud la jurisdicción o *poder de solucionar —o redefinir—* el conflicto penal. Como tal, debe provenir de un juicio (en su doble sentido de juicio real y de juicio ideológico). Además, debe ser una sentencia fundada, porque así lo exigen las instituciones republicanas y el principio básico del control de la justicia. Sin embargo, existen algunos actos asimilables, porque producen una anticipación de la absolución: ése es el caso del sobreseimiento.

La sentencia de culpabilidad es un momento "alternativo", porque allí no existen diversas posibilidades. O se declara la culpabilidad o se reconoce la inocencia. Como la situación básica del individuo es la de "no culpable" o libre, es muy diferente la situación respecto de cada una de las posibilidades de la alternativa. Si la culpabilidad no es construida *con certeza*, aflora la situación básica, de libertad.

Construir con certeza la culpabilidad significa destruir sin lugar a dudas la situación básica de libertad de la persona imputada. Si no existe ese grado de certeza, no se puede arribar a la decisión de culpabilidad. Ése es el principio de *favor rei*, comúnmente mencionado como *in dubio pro reo.* Según él, la situación básica de libertad debe ser destruida mediante una certeza; caso contrario, permanece el *status* básico de libertad.

Se debe entender, pues, que *no se trata de ningún beneficio* a favor del reo, o una prebenda legislada para "favorecer" sino, muy por el contrario, una limitación muy precisa a la actividad sancionatoria del Estado. Este principio rige, fundamentalmente, como principio rector de la construcción de la sentencia como un todo, pero también sirve para interpretar o valorar algún elemento de prueba en general. Se discute si rige también para la interpretación del Derecho, pero ése es otro problema que, en todo caso, no se vincula con el principio de inocencia. El principio *in dubio pro reo* aplicado a la valoración de la prueba o a la construcción de la sentencia es una de las consecuencias directas y más importantes del principio de inocencia.

En síntesis, la construcción (o declaración) de la culpabilidad exige *precisión*, y esta precisión se expresa en la idea de *certeza*. Si no se arriba a ese estado, aflora la situación básica de la persona que es de libertad (libre de toda sospecha) o, aunque sea incorrecto llamarlo así, de inocencia.

De lo que hemos dicho hasta ahora también se puede extraer otra consecuencia: *el imputado no tiene que probar su inocencia.* Muchas veces se ha pretendido hacer jugar en el proceso penal la idea de "carga de la prueba", mucho más propia del proceso civil. Según ella, cada una de las partes asume una "carga" —una determinada posición jurídica— respecto de sus afirmaciones, de modo que si no logra probar aquello que funda su pretensión o defensa, el juez no acepta sus afirmaciones. Si bien aún en el propio proceso civil este principio se halla limitado, lo cierto es que *no es aplicable al proceso penal.*

Por el contrario, lo que existe en él es un órgano del Estado (órgano de persecución) cuya finalidad es adquirir toda la información de cargo y de descargo para aproximarse, lo más posible, a la verdad histórica (si luego lo logra o no, o si simplemente, sólo puede construir la "verdad forense", es otro asunto). En este contexto, la idea de la carga de la prueba no juega un papel muy importante y prácticamente puede ser desechada —aunque sí puede jugar un papel limitado en la relación de otros sujetos procesales del proceso penal distintos al imputado.

Lo cierto e importante es que el imputado no tiene que probar su inocencia, tarea que en todo momento les corresponde a los órganos de persecución penal. Se debe insistir en esta idea, aunque parezca obvia, porque es una garantía de trascendental importancia política: ella marca, muchas veces, el límite tras el cual comienza a gestarse una sociedad represiva, en la que cada ciudadano es sospechoso de algo.

El fundamento de este conjunto de garantías reside en la idea misma de *límite*, sobre la que tantas veces volvemos. Al poseer el poder penal tanta intensidad y al tener el proceso penal una potencialidad dañosa tan grande, no se podría esperar que el proceso se convirtiera en una distribución de cargas respecto de las afirmaciones convenientes para cada uno de los sujetos procesales.

Pero, por otra parte, el principio de inocencia también debe significar que en el proceso penal no pueden existir "fic-

ciones de culpabilidad". Es decir, reglas absolutas de apreciación de la prueba que le obliguen al juez a considerar probada la culpabilidad o parte de ella de un modo automático. Cualquier ficción de esta naturaleza es inconstitucional porque afecta a este principio. Debemos ser cuidadosos, pues, en el análisis de las reglas de valoración de la prueba —que tienen una naturaleza muy especial— ya que, muchas veces, éstas pueden producir efectos sustanciales sobre la situación de la persona imputada, que son constitucionalmente inadmisibles. La realidad es que nuestros procesos penales están plagados de ficciones.

Por último, y como lógica consecuencia, si el imputado no es culpable mientras no se pruebe su culpabilidad en la sentencia, *de ningún modo podría ser tratado como un culpable*. Éste es, quizás, *el núcleo central de esta garantía*. El imputado es una persona sometida a proceso para que pueda defenderse. Los órganos de persecución penal (el Ministerio Público, especialmente) buscarán comprobar su culpabilidad. En consecuencia, no puede ser tratado como culpable. Y esto significa que no se le puede anticipar la pena, que es la consecuencia directa de la comprobación de la culpabilidad. Significa, también, que no puede serle restringido el derecho de defensa, que no se lo puede obligar a declarar contra sí mismo, en fin, un conjunto de resguardos que también estudiaremos en otros capítulos. La idea central del tratamiento como inocente se vincula, como luego veremos, al carácter restrictivo de las medidas de coerción en el proceso penal.

En definitiva, el imputado llega al proceso libre de culpa y sólo por la sentencia podrá ser declarado culpable: entre ambos extremos —transcurso que constituye, justamente, el proceso—, deberá ser tratado como un ciudadano libre sometido a ese proceso porque existen sospechas respecto de él, pero en ningún momento podrá anticiparse su culpabilidad. Una afirmación de este tipo nos lleva al problema de la prisión preventiva que comúnmente es utilizada como pena.

Éste es el programa constitucional, pero muy lejos está la realidad de nuestro proceso penal de cumplir con ese programa. La realidad nos muestra, al contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que en muchas ocasiones, por defectos del procedimiento, la sociedad "debe dejar salir", a pesar de

que "ya" fueron "condenados", en la denuncia o por los medios masivos de comunicación.

Los fenómenos de los "presos sin condena" —en prisión preventiva—, de la utilización del proceso como método de control social, de las restricciones a la defensa, en especial a la defensa pública, de la enorme cantidad de presunciones que existen en el proceso penal, de la utilización del concepto de "carga de la prueba" en contra del imputado, del maltrato durante la prisión preventiva, del simple modo como los detenidos son "paseados" por los pasillos de tribunales, etc., son signos evidentes de que el principio de inocencia es un programa a realizar, una tarea pendiente.

Podremos cerrar los ojos y quedarnos con la consideración simplemente exegética o dogmática; pero ello no sería sino una falsedad más; y una ciencia hipócrita sólo forma seres hipócritas en una sociedad falsa.

Así como el juicio previo es muchas veces una ficción, el principio de inocencia también suele serlo. Esto no debe desalentarnos ni generar la idea de que esta situación responde a vicios intrínsecos al sistema. Tampoco debemos adoptar la superficial ilusión de que se trata de un simple problema coyuntural que algún tipo de "progreso" remediará por sí mismo: al contrario, lo correcto es considerar que las garantías constitucionales son espacios de lucha, en los que existen avances y retrocesos, y que la justicia penal es, a su vez, un gran espacio de lucha en el que se juega la dignidad de la persona. Lo importante es saber qué parte del juego quiere jugar cada uno.

1. *Principios que impiden la manipulación arbitraria del proceso penal*

Nos hemos preocupado especialmente por darle un contenido sustancial a la idea de *juicio:* no cualquier proceso penal cumple con las características de un verdadero "juicio previo". Al contrario, hemos visto cómo esa fórmula es un modo sintético de referirse a un conjunto de garantías que impiden que el poder penal del Estado se ejerza de un modo arbitrario o lesivo de la dignidad humana.

Sin embargo, el diseño de los mecanismos de protección de la persona, propio de un Estado de Derecho, no se detiene

en el establecimiento del juicio previo. Existe, además, un conjunto de garantías cuya finalidad primordial es sostener y fortalecer la idea misma del juicio, ya sea en la fase preliminar de la preparación del juicio y su actividad central de recolección de información, ya sea en el desarrollo mismo del juicio, o en una etapa posterior, estableciendo modos de control de la sentencia y mecanismos para que la decisión de la sentencia no se distorsione durante el procedimiento de la ejecución.

Un subconjunto de esas garantías busca dotar de "estabilidad" al juicio previo, es decir, tiene como cometido principal el evitar que un juicio previo, quizás correctamente estructurado, sea manipulado políticamente para producir efectos persecutorios. Estos principios expanden sus efectos benéficos más allá del fortalecimiento mismo del juicio y por eso se puede decir que son los grandes principios que impiden la manipulación política del proceso penal.

Una parte importante de la historia política de la civilización occidental ha girado alrededor de la lucha por estos principios. Los señores feudales, los reyes y los autócratas de todos los tiempos han imaginado innumerables mecanismos para burlarlos y muchos ciudadanos han sufrido por su falta.

Hoy ellos forman parte de la mejor tradición política de nuestras sociedades y no podemos hablar de un Estado de Derecho eficaz, si tales principios son dejados de lado.

El primero de ellos se refiere a la propia ley: el legislador, aun cuando se tratare de un legislador democrático, no tiene un poder omnímodo sobre el proceso penal. Este tema lo estudiaremos dentro del capítulo de la irretroactividad de la ley procesal penal. Por otra parte, de nada serviría estructurar un juicio, por muy garantizador que fuere en sí mismo, si luego el juez responde a los dictados políticos de los gobernantes de ese momento. Mucho menos aún se pueden crear comisiones especiales para juzgar a las personas, aunque esas comisiones utilizaran un procedimiento aparentemente garantizador. En los capítulos sobre la independencia judicial y el juez natural analizaremos estos problemas. Finalmente, de nada sirven un juicio garantizador y un juez independiente, si la decisión de ese juez no adquiere firmeza, si los ciudadanos no adquieren un derecho a la decisión definitiva. El

principio de *ne bis in idem* nos servirá para aclarar este conjunto de problemas.

Por último, encontramos la garantía de la defensa en juicio, que juega un papel muy especial, ya que no se la puede considerar una garantía más sino que se trata precisamente de aquella que asegura y torna operativas a todas las demás.

Vemos, pues, que nuestra Constitución, respondiendo a los lineamientos de un Estado de Derecho, establece un conjunto de pilares que fortalecen la idea garantizadora del juicio. La vigencia real de esos pilares es lo que diferencia a las sociedades democráticas de los Estados autoritarios o de aquellas democracias que no son más que meras fachadas de un poder arbitrario.

IX. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PROCESAL PENAL

La administración de justicia, en general —y el proceso penal, en particular—, son siempre algo más que un conjunto de leyes. Sin embargo, ni una ni el otro pueden existir sin el soporte de las leyes que los estructuran, aunque antiguas y nuevas concepciones hayan pretendido desconocer este hecho fundamental. En efecto, el hecho de que sean algo más que la ley no significa que puedan prescindir de la ley procesal penal.

Por lo tanto, el tema de la estructura, la función y las finalidades de la ley procesal es un genuino tema científico, de singular importancia. Dadas las características de este curso, no abordaremos el conjunto de los problemas que la ley procesal suscita. La inserción de este breve capítulo se justifica por la función garantizadora que cumple la ley procesal, en tanto organiza y da forma al proceso mismo. En consecuencia, el problema de la retroactividad o irretroactividad de la ley procesal penal no es más que una manifestación de la función garantizadora del proceso penal que estamos desarrollando en esta parte del curso.

Para enfocar correctamente el problema, se hace necesario volver a nuestra Constitución Nacional que, en su art. 18, dice: "Nadie puede ser penado sin un juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso". Ya hemos destacado suficientemente cuál es el significado del "juicio previo" y cómo este concepto debe ser entendido en un sentido sustancial, y no en el sentido formal de una mera operación lógica que permite arribar a una conclusión de condena.

No es cierto que de la palabra "fundado" se pueda extraer la idea de que únicamente los juicios lógicos o las proposiciones de un razonamiento lógico pueden tener "funda-

mento". Al contrario, el sentido político-criminal de la Constitución apunta a insistir, una vez más, sobre el principio de legalidad. Esto es, que la organización de todo el proceso penal debe estar fundada en la ley.

Dentro de este concepto de "legalidad" del proceso penal, el juicio previo debe tener, además de la "legalidad formal", una "legalidad sustancial", que será la única que nos permitirá hablar de "juicio" en los términos en que históricamente ha sido concebido, y no aludir con esa palabra a cualquier tipo de trámite burocrático.

Desde esta perspectiva, las palabras de la Constitución adquieren un sentido especial. De los términos del citado art. 18 podemos inferir que la organización legal del proceso debe ser, también, anterior al hecho que motiva ese proceso. Tan anterior como la tipificación de los delitos por los cuales ese proceso se inicia. Existe una relación paralela entre la previa legalidad de la tipificación de los delitos y la previa estructuración legal del proceso.

Este paralelismo no surge de la sola idea de la función motivadora de la norma —que también funda el principio de la legalidad penal—, sino del hecho político común de que la irretroactividad de la ley penal en sentido amplio —es decir, la ley penal propiamente dicha y la ley procesal penal— se relaciona con el control sobre la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal.

Observemos que de nada serviría que el Estado dijera que "nadie podrá ser encerrado en una cárcel si previamente no se ha establecido el delito por el cual se condena, y si no se realiza previamente un juicio", si luego la ley procesal penal puede ser modificada a antojo del legislador, dándosele efecto inmediato a una nueva modalidad de juicio y de proceso de la cual resultará, eventualmente, una condena...

La irretroactividad de la ley procesal es una manifestación más —y muy importante— del intento común de ponerle frenos al Estado para evitar que las personas sean encarceladas por motivos distintos de la comisión de un hecho punible. Este hecho, que se desea evitar, se podría dar tanto por la manipulación de la configuración de los delitos como —mucho más aún— por la manipulación de la forma en que está estructurado el proceso. Por lo tanto, el principio garantista fundamental consiste en la irretroactividad de la ley procesal penal.

Ahora bien, esta afirmación requiere de algunas aclaraciones, puesto que el simple enunciado del principio puede dar lugar a algunas confusiones.

En primer lugar, creo que existe una distorsión de este principio garantizador de la ley procesal que proviene de la idea de "fraccionabilidad" del proceso. Algunos autores sostienen que la ley procesal siempre rige "para el futuro", como toda ley, porque rige los actos que comienzan a ser realizados a partir de su vigencia. Lo que se daría entonces es una suerte de "ultraactividad" de la ley anterior, puesto que los actos realizados conforme a la ley procesal anterior no pierden su vigencia, sino que deben ser valorados conforme a la legalidad que proviene de la ley vigente en aquel momento.

Esta definición parte del concepto de "fraccionabilidad" del proceso en unidades de sentido, que serían los propios actos del proceso considerados en forma independiente —la declaración indagatoria, el dictado de ciertas resoluciones, la realización de determinados actos de prueba, etc.—. Éstas serían las "unidades procesales" regidas por la ley.

En este curso partiremos de un concepto opuesto: la idea de que el *proceso* es, en sí mismo, *una unidad* —no fraccionable en actos particulares—, dotada de un cierto sentido de política criminal. El proceso *es regido por la ley procesal como un todo*, puesto que *consiste en un conjunto de actos encadenados* que confluyen hacia el juicio y giran alrededor de él. Por lo tanto, la idea sustancial del juicio previo que hemos analizado le otorga al conjunto de actos anteriores y posteriores al juicio —que son los que conforman la totalidad del proceso penal— una unidad de sentido político-criminal que no puede ser alterada por la ley procesal nueva.

Por lo tanto, si tuviéramos que sentar el principio de irretroactividad de la ley procesal penal, diríamos lo siguiente: "La ley procesal penal es irretroactiva cuando altera el sentido político-criminal del proceso penal". ¿Cuándo produce la nueva ley una alteración de este tipo? Cuando distorsiona el concepto sustancial del juicio previo.

Por ejemplo: una ley procesal penal que le quitara a las etapas preparatorias del juicio —tal como ha sido previsto en la Constitución Nacional— dicho carácter "preparatorio", no se podría aplicar retroactivamente porque distorsiona el sentido político-criminal del proceso. Del mismo modo, una ley

que *limitara* las posibilidades de recurso de la sentencia obtenida en el juicio, debe ser también irretroactiva, puesto que distorsiona el control del juicio previsto en la Constitución.

En consecuencia, la idea fundamental que nutre el principio de irretroactividad de la ley procesal y hace que su régimen sea similar al de la ley penal propiamente dicha, es el de la unidad de sentido político-criminal del proceso.

Supongamos el caso —por ahora hipotético en nuestro país— de que una persona hubiera de ser juzgada en un juicio por jurados, tal como lo establece la Constitución y que, luego de iniciado el proceso, apareciera una ley que limitara los casos en los cuales el jurado debe intervenir. No se podría decir que esta ley es "constitucional" por el solo hecho de que la Constitución deja un marco de libertad al legislador para determinar acerca de cuáles juicios pueden ser juzgados por jurados o no. Supongamos que la nueva ley restringe la competencia de este jurado hipotético y el imputado, que tenía el derecho a ser juzgado por jurados, ahora ya no lo tiene. Esa ley no podría tener efectos retroactivos sobre el proceso que ya ha sido iniciado, porque implica una desnaturalización del sentido político-criminal del proceso y restringe una institución prevista, precisamente, para limitar la posible arbitrariedad del poder penal del Estado.

Supongamos otro ejemplo: una ley que limitara las posibilidades de intervención del defensor en las etapas preparatorias. No imaginemos casos extremos sino supuestos posibles: por ejemplo, que la facultad de solicitar anticipos de prueba durante el procedimiento preparatorio no fuera prerrogativa de todos los que participan en el proceso, sino exclusivamente del Ministerio Fiscal. Esta norma no sería inconstitucional —o, al menos, se podría discutir al respecto— puesto que el defensor seguiría con la posibilidad de realizar tal solicitud en el juicio. En tales casos, una norma de esa naturaleza no sería aplicable a un proceso ya iniciado y que se encuentra en la etapa preparatoria de la instrucción, porque modificaría la orientación de política criminal plasmada en él, haciéndolo más restrictivo respecto de la participación del defensor en las etapas previas.

Ahora bien, *este principio de la irretroactividad de la ley penal cuando afecta el sentido político-criminal garantizador del proceso penal tiene excepciones.*

La primera de ellas radica en aquellos actos que no tienen relación con la orientación político-criminal del proceso. Pueden existir cierto ordenamiento, cierta secuencia de los actos procesales, ampliaciones o limitaciones de plazos, o requisitos para la realización de ciertos actos procesales que, según se puede entender razonablemente, no guardan relación con el sentido político-criminal del proceso. En esos casos, no habría dificultad en que los procesos en curso al momento de sancionarse una nueva ley comenzaran a regirse según los nuevos criterios.

En consecuencia, un proceso en curso puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal siempre que por ello no resulte alterada su orientación político-criminal.

La otra excepción —paralela, también, a la excepción que rige en el campo del Derecho penal sustantivo— es la que impone la retroactividad de la ley procesal más favorable. Aquí se debe entender como "ley más favorable" aquella que fortalece el sentido político-criminal del proceso tal como ha sido previsto en la Constitución. Si en la Constitución Nacional el proceso penal está presentado, fundamentalmente, como un régimen de garantías y de restricciones garantizadoras sobre el poder penal del Estado, toda ley que fortalezca esta opción tendría efectos retroactivos que, inclusive, pueden llevar a la renovación del acto que ha sido realizado de un modo menos garantizador.

Supongamos que el proceso penal prevé que el imputado declare con todas las garantías constitucionales, pero sin poder consultar a su abogado defensor antes de efectuar la declaración indagatoria. Si una nueva ley procesal entrara en vigencia durante el proceso en curso y estableciera que el imputado puede consultar con su defensor antes de la declaración indagatoria, ese imputado tendría derecho a la renovación del acto ya realizado, para completarlo según las nuevas formas, más garantistas. Y sería la segunda declaración —y no la primera—la que tendría valor.

Otro caso, que según el punto de vista de este capítulo no se podría calificar como "excepción" pero que, en general, la Corte Suprema ha entendido como tal, es el de las medidas cautelares. En especial, aquellas medidas cautelares personales que restringen la libertad y, en particular, la cuestión de la prisión preventiva.

Aquí me parece muy clara la aplicación de los principios establecidos en este capítulo. Si una persona está en libertad conforme a la legislación vigente en el momento en que se resolvió su libertad dentro del proceso, esa libertad no podría ser afectada por una nueva ley más restrictiva. Supongamos que existiera una norma de prohibición absoluta de la prisión preventiva en los delitos castigados con pena de multa, por ejemplo. Una ley posterior modifica esa disposición y permite el dictado de la prisión preventiva en cualquier caso en que exista peligro de fuga —para no caer en ejemplos inconstitucionales—, como sería el de los "delitos inexcarcelables"—. Esa legislación no podría ser aplicada a la situación de la persona procesada, porque alteraría la unidad de sentido político-criminal que tiene el proceso. Es decir, sería un caso de irretroactividad de la aplicación de la ley procesal porque modificaría el *status* garantista del proceso en curso.

Como podemos ver, el hablar de la irretroactividad de la ley procesal penal sólo tiene sentido si partimos de una concepción del proceso como una unidad. Unidad "ideal", claro está, porque ciertamente en la vida real el proceso se manifiesta como una sucesión de actos. Pero este mecanismo, de otorgar unidad a lo que en realidad es perfectamente fraccionable, resulta admisible puesto que se trata de una unidad de sentido, una unidad valorativa, y no de una unidad "ontológica" del proceso, que no resistiría la confrontación con la realidad. También en el caso de los delitos, por ejemplo, existen algunos integrados por una pluralidad de acciones a las que, luego, el orden jurídico otorga una unidad de sentido. (Pensemos en el caso del delito continuado, constituido por una pluralidad de acciones, cada una con entidad ontológica propia, a las que luego el Derecho penal otorga una unidad de sentido.)

Este mismo principio de la unidad de sentido es el que nos permite aplicar el principio de la irretroactividad de la ley penal, puesto que tal irretroactividad carecería de sentido si se considerara en forma aislada el acto que se está realizando en ese momento. Si consideramos al proceso penal como una unidad de sentido político-criminal, lo que debe prevalecer es, precisamente, ese sentido plasmado con anterioridad al hecho que funda ese proceso.

Vemos, pues, que no existe mayor diferencia entre la irretroactividad de la ley penal sustancial y el régimen de la irre-

troactividad de la ley procesal penal. Una y otra constituyen mecanismos para evitar que la imposición de la pena se realice de un modo arbitrario. Ambas concluyen en la idea de que tanto lo que constituye un delito como el modo de comprobación de la existencia de ese delito y de aplicación de la pena, tienen que haber sido previstos con anterioridad al hecho que motiva la sanción para que el ciudadano tenga claro no sólo lo que debe y no debe hacer, sino también cuál va a ser el camino por el que será sancionado, cuáles son sus derechos y obligaciones durante el proceso, cuáles serán las limitaciones del juez, cuáles sus garantías.

X. EL JUEZ NATURAL Y LA PROHIBICIÓN DE LAS COMISIONES ESPECIALES

Nuestro proceso penal debe volver a los principios señalados por la Constitución Nacional. Ésta, en su art. 18, establece que ningún ciudadano puede ser juzgado por comisiones especiales o ser apartado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

Para comprender esta cláusula constitucional hay que tener en cuenta que todo proceso penal estructurado conforme a los principios republicanos tiene una suerte de "obsesión": evitar toda posible manipulación política del juicio y lograr que ese juicio sea verdaderamente imparcial. La legitimidad social que procura el juicio penal se basa esencialmente en la imparcialidad. Un juicio que está bajo la sospecha de parcialidad, pierde toda legitimidad y vuelve inútil todo el "trabajo" que se toma el Estado para evitar el uso directo de la fuerza y la aparición de la venganza particular. Nunca se debe olvidar que el proceso penal constituye la legitimación de una decisión de fuerza; en otras palabras, se busca que la decisión de fuerza que toma el Estado sea percibida por los ciudadanos como un acto de poder legítimo.

Si observamos el desarrollo histórico de la garantía del juez natural, se nos manifestará más claramente esta preocupación del proceso penal. En los albores de esta garantía, la idea del juez natural no sólo procuraba una imparcialidad fundada en el hecho de que el juez no respondiera a los intereses del monarca, del señor feudal o de algún sector poderoso de la sociedad. En un contexto como el de la sociedad feudal, donde la fuente principal de la ley era la costumbre, estrechamente ligada a la vida local, se hacía imprescindible que tanto el juez como los jurados (con los que también se

relaciona la idea de "juez natural") conocieran la vida local y las costumbres del lugar.

No debemos olvidar que, en la vida feudal, el Derecho está fraccionado en multitud de costumbres propias de cada señorío, de cada feudo, de cada comunidad. Por lo tanto, para que un juez fuera respetado por una comunidad, debía conocer la vida, las características y las costumbres de ese pueblo, puesto que ésa era la fuente principal del Derecho.

Con el desarrollo del concepto racional del Derecho y la aparición del Estado monopolizador del poder —y del poder penal—, se fue perdiendo esta idea del juez natural habilitado tanto por la comprensión del caso como por el conocimiento de la vida y las costumbres locales de acuerdo con las cuales el caso debía ser juzgado. En los nuevos tiempos el juez ya no era ese intérprete de la vida local sino, simplemente, quien le daba vida concreta y real a las decisiones abstractas tomadas por el legislador racional.

No obstante, modernamente, desde ciertos ángulos de la criminología crítica, se ha buscado —con razón— rescatar el antiguo concepto de "juez natural" como intérprete de la vida local, no sólo para criticar, sino para cuestionar en profundidad la capacidad de todo juez —en particular, los jueces profesionales— para comprender los valores y los criterios de vida de las personas que son juzgadas. Si el juzgamiento responde al principio de selectividad de la política criminal, es decir, a un ejercicio de poder penal que mayoritariamente recae sobre ciertos sectores sociales, cabría preguntarse hasta qué punto los jueces, que tradicionalmente no pertenecen a esos sectores sociales, tienen capacidad real para ser intérpretes del caso, tanto en su sentido histórico-cultural como en su sentido valorativo-legal.

Esta vuelta al sentido histórico y "sustancial" del juez natural puede ser muy útil para denunciar y comprender, por ejemplo, las aplicaciones ideológicas del Derecho o la enorme brecha que existe entre los jueces, que responden a los intereses o a la valoraciones de ciertas clases sociales, y deben juzgar a personas que se guían por otras valoraciones o concepciones de la vida. Esto se hace sumamente evidente cuando se trata de juzgar a minorías que se rigen por valores culturales propios muy acendrados, diferentes de la cultura "oficial" de una determinada sociedad.

Ahora bien: a partir de esta pérdida paulatina de este sentido sustancial del juez natural, este concepto pasa a referirse, esencialmente, a la predeterminación legal del juez.

Esto significa, por una parte, que la competencia para entender en una determinada causa —es decir, la facultad que tiene un juez para aplicar el Derecho en un caso concreto, según una distribución territorial o de materias— debe estar determinada por la ley. Ello implica que solamente el legislador puede determinar la competencia.

En un país con una estructura federal esto se vuelve sumamente importante. Tanto, que la Constitución se ha preocupado por deslindar los casos de competencia ordinaria de los casos de competencia federal, así en base al territorio como a la materia. El legislador común no podría avanzar sobre estos criterios de división de competencia, que hacen a la esencia del Estado federal porque tropezaría con las limitaciones impuestas por el legislador constitucional.

Fuera de este límite, como hemos dicho, le corresponde al legislador ordinario la facultad de determinar las reglas de la competencia a través de la ley. Ni los reglamentos administrativos, ni los propios fallos de la Corte Suprema, ni clase alguna de acordada, reglamento o decisión de carácter secundario puede modificar la competencia fijada por la ley.

Existe, consecuentemente, un sentido garantizador en este modo de comprender el concepto de juez natural, que radica en la exclusiva determinación legal de la competencia.

Ahora bien: la determinación legal referida no basta para satisfacer la exigencia de este principio. Para que se cumpla efectivamente con la garantía del juez natural, es necesario también que la determinación legal de que se trata sea "previa" al hecho que motiva el juicio. La Constitución dice que nadie puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

El fundamento de esta norma es evidente: lo que se quiere evitar es que luego, el mismo legislador, por razones políticas o circunstanciales, modifique la distribución de la competencia y, de esta manera, pueda provocar intencionalmente que una determinada causa pase a manos de un juez más o menos favorable a los intereses de una de las partes; por ejemplo, al pasar de la competencia ordinaria a la competencia federal.

La segunda limitación que pesa sobre la determinación legal de la competencia consiste en que el legislador tampoco es "completamente libre" para fijarla a su antojo. Aun cuando se utilizara la ley como el mecanismo formal para establecerla, el legislador no podría crear "tribunales excepcionales". ¿Por qué? Porque no podría establecer una regla de competencia basada en razones que violaran el principio de igualdad ante la ley, es decir, reglas que no estuvieran basadas en casos genéricos o que, aun en el caso de estarlo, demostraran una actitud discriminatoria. Por ejemplo, aunque fuera un legislador quien lo propusiera, no se podría crear un tribunal especial para juzgar a los negros, o a los judíos, o a quienes tengan una determinada concepción política, o para juzgar a cualquier minoría, etc. Todo el bagaje teórico elaborado en torno a la idea de discriminación (social, racial, sexual, política, etc.) confirma la necesaria prohibición del juzgamiento por tribunales especiales.

La competencia siempre debe ser fijada conforme a criterios generales y teniendo en cuenta una distribución del trabajo que puede reparar en la especialización, pero no debe encubrir una decisión discriminatoria. Pueden, por ejemplo, crearse tribunales dedicados a materias especiales —como los del fuero penal económico— o a una cierta población —como los tribunales de menores—. Pero si la decisión ocultara una política discriminatoria, automáticamente quedarían invalidados los principios constitucionales de trato igualitario. Principios que constituyen, antes que una teoría sobre la igualdad ante la ley, una teoría acerca de los límites del trato desigualitario. Normalmente, aun la legislación genérica realiza de hecho un trato desigualitario fundado en diversas razones de orden práctico; sin embargo, la Constitución le pone límites al alcance de ese trato desigualitario porque no podría fundarse en razones raciales, políticas, religiosas, etcétera.

Existe, sin embargo, un problema respecto a esta predeterminación legal de la competencia, que radica en los cambios generales de competencia. Es decir, ¿qué sucede cuando los cambios de competencia no se producen arbitrariamente, sino por una razón general de reorganización del trabajo judicial aunque, de hecho, están modificando la competencia respecto de la situación anterior al hecho de la causa?

Creo que ante este problema es necesario tener en cuenta las características particulares de cada caso. No se puede afirmar que un cambio de competencia general no afecta en sí mismo al juez natural; tampoco se podría sostener que tal cambio produzca "necesariamente" una afectación del juez natural. En cada caso habrá que tener en cuenta si el cambio de competencia general provoca una disminución del derecho de defensa, un cambio en las posibilidades de comprensión del juez. En otras palabras, se debe verificar caso por caso si la nueva situación, surgida del cambio general de competencia, resulta de algún modo perjudicial para la situación del procesado. Se hace necesario volver al concepto sustancial del juez natural para poder evaluar, en cada caso, si tal cambio implica o no una afectación del principio y las garantías que éste conlleva.

Si con la garantía del juez natural se procura preservar la independencia del juez, su imparcialidad, la máxima posibilidad de un juzgamiento "real" del caso, habrá que apelar a los mismos criterios para evaluar las consecuencias de un cambio de competencia general provocado por una reorganización general del trabajo judicial. En principio, habría que aceptar la idea de que los cambios de competencia general deben respetar la competencia asignada previamente y que sólo deben regir para el futuro; es decir, que no tienen aplicación retroactiva, salvo cuando se pueda comprobar fehacientemente que tal cambio de competencia general no provoca ningún tipo de perjuicio para el imputado. En este sentido, la manifestación del imputado en la razón de preservar la competencia anterior, debe resultar decisiva para juzgar acerca de la eventual afectación, puesto que nadie está más capacitado que el propio imputado para decidir si el cambio de competencia lo perjudica o no.

Un problema más grave aún que se ha planteado en la vida judicial de nuestro país es el que se suscita cuando un tribunal desaparece. Esto puede ocurrir por dos tipos de razones. En primer lugar, por una causa directa. Por ejemplo, desaparece un tribunal porque la ley deroga su existencia. En segundo lugar, podría ocurrir también por el hecho de que se declare inconstitucional la ley que le atribuía competencia, porque lo erigía en tribunal especial. Por ejemplo: supongamos que existe una ley que atribuye a un tribunal

competencia basada en razones extraordinarias y que es, consecuentemente, inconstitucional; es posible que haya tenido, hasta ser declarado como tal, vigencia efectiva y que, al momento de la declaración de inconstitucional, las causas que están bajo su competencia pasan al tribunal de competencia original.

El Derecho romano había elaborado para este caso un principio —la *perpetuatio jurisdiccionis*— según el cual un proceso debe finalizar donde ha comenzado. Pero si la propia asignación de ese proceso a un cierto tribunal ha sido ya ilegítima, no existe razón alguna para sostenerla. Los ciudadanos tienen derecho a la preservación de sus derechos constitucionales y no se los puede mantener en situaciones inconstitucionales. Por lo tanto, una ley que acaba con la existencia de un tribunal que en sí mismo era inconstitucional permite que los casos en trámite pasen al sistema de legítima competencia general.

Un criterio semejante se aplica en el caso de un tribunal que deja de existir. Siempre y cuando el cambio de competencia no implique una afectación de los criterios sustanciales del juez natural. Si esto fuera así, habría que buscar el modo de que, aunque el juez pierda la capacidad de juzgamiento integral del caso, sería necesario buscar un mecanismo para la continuación del tribunal hasta que fenezcan las causas que tiene pendientes.

La Constitución establece también una limitación acerca de la creación de comisiones especiales. Por "comisiones especiales" se debe entender, a mi juicio, la atribución de competencia a órganos que no son jurisdiccionales, sino que han sido creados por designación especial de alguno de los otros poderes del Estado. Ya se trate de una comisión bicameral, de una comisión parlamentaria, o de una comisión especial creada por el Poder Ejecutivo. La Constitución es muy clara: esta clase de comisiones no puede tener funciones jurisdiccionales, prohibición confirmada por otras normas de la propia Constitución que impiden que los otros poderes del Estado se arroguen el juzgamiento de las causas pendientes o la reapertura de las ya cerradas por decisión jurídica.

Se ha planteado una discusión acerca de lo que ocurre, a este respecto, con los tribunales administrativos. En el

ámbito del Derecho penal podemos decir claramente que el ejercicio del poder penal exige la garantía de la jurisdiccionalidad y ésta sólo puede ser ejercida por el Poder Judicial. Cualquier tribunal dependiente del Poder Ejecutivo que ejerza el juzgamiento de los delitos es absolutamente inconstitucional y, por lo tanto, inadmisible, ya se trate de delitos o de simples contravenciones.

Se puede observar así que, de acuerdo con nuestra Constitución Nacional, el proceso penal responde a una lógica política muy clara. El juicio es garantía de un ejercicio no arbitrario del poder penal por parte del Estado. Por lo tanto, continuamente se establecen normas que tienden a preservar la idea del juicio como tal: la independencia del juez, su imparcialidad. Todos ellos son mecanismos pensados para evitar la manipulación del poder penal estatal. En ese sentido, el principio del juez natural constituye, también, una garantía de la independencia y de la imparcialidad.

Y a estas dos importantísimas garantías podríamos sumarle una tercera, relacionada con las raíces históricas de este principio: el juez natural debe ser, también, un mecanismo que permita lo que podríamos llamar un "juzgamiento integral" del caso. Es decir, debe asegurar que el juez esté en condiciones de comprender el significado histórico, cultural y social del hecho que debe juzgar.

Por tal razón no resulta del todo correcto el hecho de desligar el principio del juez natural de la persona física y concreta del juzgador. La justicia, en especial la justicia penal, es un poder eminentemente personalizado, pensado para ser desarrollado a partir de determinadas personas, con nombre y apellido. Las estructuras burocráticas no ejercen el poder penal. Éste únicamente puede ser ejercido por las personas concretas, establecidas por la Constitución según un procedimiento especial. Por lo tanto, de ninguna manera se puede sostener un criterio despersonalizado del juez natural.

Por supuesto, de esto no se debe inferir que toda vez que un juez es ascendido o renuncia, las causas en las cuales ha intervenido deben quedar automáticamente archivadas. Es evidente que cuando existe una razón de este tipo y el cambio de juez no está fundado en ningún tipo de manipulación del proceso penal, razones de sentido común justifican el paso a manos de otro juez sin que se produzca una violación al

principio del juez natural. Pero, inicialmente, la postura correcta es la que considera al principio del juez natural como un principio personalizado. Si, por ejemplo, sin ninguna razón se cambiara al juez que es titular de un determinado tribunal por otro, que es más proclive al régimen, o que está dispuesto a admitir presiones, claramente habría una afectación —de las más significativas— al principio del juez natural, por más que, formalmente, la competencia de ese tribunal no haya sido modificada.

XI. LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA JUDICIAL

Como ya hemos analizado en capítulos anteriores, el pensamiento que fundamenta las garantías procesales y la protección respecto de un eventual uso arbitrario del poder penal por parte del Estado, se caracteriza por ser extremadamente cauteloso y "desconfiado" respecto de la aplicación de tal poder.

Por tal razón, no basta con que exista un juicio previo con las características que le hemos asignado, con que se establezca como regla general el principio de inocencia, la necesaria predeterminación legal del juez. Además, se ha establecido la exigencia de la imparcialidad e independencia de los jueces, como un mecanismo adecuado para que la administración de justicia no responda a los dictados de ninguno de los otros poderes del Estado.

De acuerdo con este principio, los jueces son, en cuanto al ejercicio de su función y para la aplicación del Derecho al caso concreto, independientes de todos los demás poderes del Estado.

Esta afirmación tiene múltiples consecuencias. En primer lugar, significa que la independencia es un atributo personal del juez. Al respecto, resulta necesario e importante distinguir la independencia de la institución judicial en cuanto tal, de la independencia personal del juez.

El verdadero concepto de independencia judicial está ligado a este segundo punto de vista. Es el juez, personalmente, con nombre y apellido, quien no está subordinado a ninguna instancia de poder. No está subordinado al Poder Ejecutivo, ni al Poder Legislativo; pero tampoco —y esto merece ser subrayado— está subordinado a ninguna instancia de poder interna al Poder Judicial.

Los llamados "jueces superiores", que son aquellos que conocen sobre algún recurso, o los jueces de la Corte Suprema, no tienen poder sobre el juez ordinario. No podrían, en modo alguno, darle indicaciones o influir sobre él para que decida en uno u otro sentido. Cuando se habla de tribunales o jueces "superiores", eso significa que, por una simple distribución de competencia, éstos tienen el poder de revisar la sentencia dada a un caso por los jueces o tribunales ordinarios, según la apertura que prevea el proceso para cada situación.

El Poder Judicial no es, en modo alguno, un poder estratificado jerárquicamente. La Corte Suprema tiene, según el sistema de gobierno judicial de que se trate, un cierto poder administrativo general, de superintendencia o aun, a veces, un cierto poder disciplinario. Pero tales poderes de superintendencia ó de disciplina, en la medida en que afecten la independencia judicial, que es una garantía constitucional, implicarán un ejercicio inconstitucional de esos poderes.

Quedan así deslindados los dos ámbitos de la independencia judicial que distingue la doctrina. En primer lugar, lo que se denomina la "independencia externa", que exige que el juez no dependa de ninguno de los otros poderes del Estado. En segundo lugar, lo que se ha llamado la independencia interna, es decir, la independencia respecto de todo organismo superior dentro del propio Poder Judicial.

Existe una tercera forma de independencia, que podríamos llamar la "independencia burocrática" o "administrativa": el juez también debe ser independiente respecto de la organización burocrática que lo rodea. Muchas veces ocurre un fenómeno, el de la delegación de funciones, por el cual los jueces no se ocupan personalmente de las funciones que les corresponden, sino que éstas son realizadas por sus subordinados. Esto afecta, también, gravemente, la independencia judicial, puesto que en tales casos el juez acaba por depender de la organización burocrática que lo rodea. Ya se trate de un juzgado, un tribunal, una sala, una corte, lo cierto es que existe una maquinaria que rodea al juez y a la cual éste está, en los hechos, subordinado.

La justicia es, esencialmente, un poder personalizado. En consecuencia, esta manera de afectar la independencia de los jueces es tan nociva y tan inconstitucional como las otras.

Por otra parte, cabe destacar que el Poder Judicial, como conjunto, es también independiente frente a los otros poderes. Dentro del esquema de la división de poderes propio de una República, se entiende que cada uno de ellos es independiente respecto de los otros y que funcionan dentro del Estado como "pesos y contrapesos". Es el mejor modo que hasta ahora se ha encontrado para evitar un uso monopólico del poder estatal.

Ahora bien: lo que llamamos "independencia institucional" es, en realidad, un concepto secundario o derivado, puesto que, si tal independencia judicial existe, no es sino para servir a la independencia personal, que es la primera y genuina independencia de los jueces.

Existen diversos sistemas de gobierno y autogobierno judicial. Todos ellos procuran, en última instancia, alcanzar una mayor eficacia en la administración de la justicia sin renunciar a este concepto de independencia personal e institucional del juez.

No obstante, se debe tener presente que existe un peligro en los sistemas de autogobierno: la posibilidad de que se conviertan en sistemas dictatoriales *ad intra*, es decir, que los jueces adquieran mayor independencia externa pero pierdan independencia interna. Cualquier sistema de gobierno que logre la independencia externa a costa de sacrificar la independencia interna de los jueces es tan inconstitucional como el hecho hipotético de que el Poder Judicial dependiera del Poder Ejecutivo.

Es muy común, inclusive, el ver que los jueces sienten un gran temor respecto de las decisiones de los tribunales de segunda instancia o de la Corte Suprema. Paralelamente, se desarrolla una verdadera "cultura de subordinación", que atenta contra el concepto mismo de independencia judicial.

Nuestra Constitución Nacional, en lugar de establecer la independencia de los jueces mediante una declaración formal, establece los mecanismos mediante los cuales tal independencia debe ser preservada.

En primer lugar, establece que ningún otro poder del Estado puede arrogarse el juzgamiento de las causas pendientes. Con ello queda afirmado el monopolio jurisdiccional y la independencia absoluta del Poder Judicial respecto de los otros poderes.

En segundo, establece ciertos mecanismos muy concretos para garantizar la independencia de los jueces. El primero de ellos se refiere a la estabilidad de sus funciones: los jueces no pueden ser removidos sino por un procedimiento constitucional como es el juicio político. Le corresponde al Parlamento (mediante una acusación realizada por la Cámara de Diputados y un juicio que efectúa la Cámara de Senadores) decidir si ha existido o no un mal desempeño de la función judicial o si se ha cometido o no un delito en ocasión del cumplimiento de tales funciones. De este modo, los jueces adquieren una notable estabilidad.

Se discute, en realidad, si la estabilidad de los jueces debe o no ser tan fuerte. No hay una postura universal ni unánime al respecto. Algunos sostienen que una judicatura de carácter vitalicio contribuye a anquilosar la administración de justicia y que, aun cuando exista teóricamente la posibilidad de promover un juicio político, en la práctica no resulta un recurso fácil.

Es posible diseñar otros mecanismos que, respetando el principio de estabilidad de los jueces, le otorguen un mayor dinamismo a la administración de justicia. No obstante, todo sistema que obligue a los jueces a estar en una continua zozobra en cuanto a su estabilidad —ya sea porque dependen del nombramiento de la propia Corte Suprema o de otros funcionarios del Estado—, generan una incertidumbre que resulta nociva para la administración de justicia.

Posiblemente haya que encontrar un punto medio entre los sistemas de judicatura vitalicia y aquellos que someten al juez a una continua revisión de su actuación.

Otro de los mecanismos establecidos por la Constitución es el de la intangibilidad de las remuneraciones. Esto significa que no es posible presionar a la administración de justicia mediante el recurso de modificar las respectivas remuneraciones. Esto no lo puede hacer ni la Corte Suprema —si se trata de un sistema de autarquía financiera—, ni el Poder Ejecutivo —si se trata de un sistema global de administración presupuestaria.

Esto no significa, como erróneamente se ha interpretado, que los jueces deban permanecer al margen de las fluctuaciones económicas a que está sometida la sociedad en general. El mecanismo de la intangibilidad de las remunera-

ciones trata de preservar a los jueces de las políticas salariales que son fruto de una decisión directa. No comprende, en consecuencia, los casos en que tales remuneraciones disminuyen a causa de la depreciación monetaria o las fluctuaciones económicas.

Finalmente, como corolario, habría que insistir en el carácter garantizador de la independencia judicial. La independencia de los jueces no es una prerrogativa profesional. Se trata, en realidad, de que los ciudadanos, sujetos pasivos de la administración de justicia, tengan la garantía de que la persona que va a administrar algo de tan graves consecuencias como el poder penal del Estado, actúe con total libertad y sin estar sometido a presiones. No hay que olvidar que es una garantía prevista en favor de los ciudadanos y no en favor de los jueces.

Esto último es frecuentemente olvidado, por ejemplo cuando la independencia judicial se ve afectada por la delegación de funciones. Y la administración de justicia implica un equilibrio muy delicado que fácilmente resulta afectado, en contra de los intereses del ciudadano.

El ejercicio de una actividad independiente, en última instancia, depende de la conciencia del juez. Tocqueville decía que de nada vale que se le otorgue independencia a los jueces si, luego, ellos la entregan día a día para obtener una mejor posición, para hacer una carrera más brillante o para establecer relaciones políticas. En última instancia, todos los mecanismos que existen para preservar su independencia nada son frente a la propia decisión del juez. Ellos mismos, conscientes de su misión, deben ser los principales custodios y defensores de su propia independencia.

Por supuesto, "independencia" no significa, de ninguna manera, total arbitrio del juez. Tiene dos límites infranqueables. Por una parte, el Derecho, previsto en el ordenamiento jurídico, y que él debe limitarse a interpretar y aplicar a cada caso concreto que se le presenta. Por el otro, los propios hechos, tal como han sido reconstruidos en el curso del proceso. El juez, en última instancia, es quien debe subsumir los hechos en una determinada solución jurídica; pero los hechos, como tales, le son dados.

Éstas son las dos barreras que no puede franquear y sus límites más firmes. La independencia judicial garantiza, pre-

cisamente, que el proceso de subsunción y el proceso de reconstrucción de los hechos se realicen libremente, de acuerdo con una interpretación razonable, técnicamente adecuada y coherente con el sistema jurídico.

XII. INVIOLABILIDAD DEL DERECHO A LA DEFENSA EN JUICIO

Según hemos visto, existe, de parte de nuestra Constitución, una preocupación por proteger al individuo del eventual uso arbitrario del poder penal. Se ha preocupado por establecer un juicio, por establecer el principio de inocencia, por asegurar la independencia de los jueces. Todas esas normas tienden a mantener el proceso penal dentro de un ámbito de racionalidad y de "juego limpio" —es decir, aquello que en inglés se denomina *fair trial.*

Sin embargo, existe además un principio garantizador tan básico que, si no se le da cumplimiento, las restantes garantías quedan en letra muerta o dejan de cumplir su función específica. Ese principio es el derecho intangible que tiene todo ciudadano a defenderse de los cargos que se le realicen en el curso de un proceso penal.

El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal.

Por "inviolabilidad de la defensa en juicio", según la fórmula constitucional, se debe entender un concepto muy amplio. Todo aquel que está involucrado en un litigio judicial está asistido por este derecho. No obstante, dado el carácter específico de esta introducción, sólo nos ocuparemos en este trabajo de este principio en tanto derecho propio del imputado en un proceso penal.

Cualquier persona, por el solo hecho de que se le impute la comisión de un hecho punible, está asistida por el derecho de defensa en toda su plenitud.

Es muy importante tener en cuenta que el derecho de defensa no puede tener limitaciones. Una de las limitaciones que se ha establecido en la práctica —que resulta de las más perjudiciales por el menoscabo que producen— es la limitación temporal al derecho de defensa.

Según algunas legislaciones —y alguna doctrina— el derecho de defensa como tal se adquiere una vez que la imputación gana cierto grado de verosimilitud. Por ejemplo, cuando existe un procesamiento o cuando la imputación alcanza cierta entidad. Se llega a esta conclusión, totalmente errónea, mediante el siguiente razonamiento: "Sólo a partir de una imputación formal, el imputado adquiere el carácter de sujeto procesal, y el derecho de defensa solamente puede ser ejercido por el sujeto procesal en cuanto tal".

Este razonamiento es claramente erróneo. El derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación, y no con el grado de formalización de tal imputación. Al contrario: cuanto menor es el grado de formalización de la imputación, mayor es la necesidad de defensa. Por lo tanto, el derecho de defensa debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe, por vaga e informal que ésta sea. Esto incluye las etapas "preprocesales" o policiales; vedar durante estas etapas el ejercicio del derecho de defensa es claramente inconstitucional.

Este derecho de defensa es un derecho del imputado, que éste debe poder ejercer personalmente. Esto es lo que se denomina "defensa material", es decir, el ejercicio del derecho de defensa por parte del propio imputado.

El derecho de defensa material se concreta primordialmente a través de lo que se conoce como el "derecho a ser oído" o el "derecho a declarar en el proceso".

La declaración del imputado, en consecuencia, es el momento particular del proceso penal en el cual se ejerce el derecho de defensa.

En los procedimientos de tipo inquisitivo —aun en aquellos más modernos que, sin embargo, conservan etapas fundamentalmente inquisitivas— la declaración del imputado no

es un acto en el cual se ejerce el derecho de defensa material, sino el momento en el que se trata de provocar la confesión del imputado. Este fenómeno, muy arraigado todavía en la práctica cotidiana de nuestro proceso penal —en correspondencia con la cultura inquisitiva, que es la que predomina en nuestro sistema judicial—, no condice con el diseño constitucional del derecho de defensa. La declaración del imputado es la oportunidad que se le otorga a éste, en virtud del derecho constitucional de defensa en juicio, para presentar su versión de los hechos, ofrecer su descargo, proponer pruebas y establecer un contacto directo con las personas que tienen a su cargo la preparación de la acusación o, directamente, el juicio.

En consecuencia, la posibilidad de declarar del imputado debe ser entendida del modo más amplio posible. El imputado tiene derecho a declarar en cualquier instancia del proceso. Específicamente, tiene el derecho particular de declarar durante la instrucción, investigación o preparación de la acusación, puesto que ése es uno de los momentos procesales en que la defensa es más importante. Además, tiene el derecho de declarar cuantas veces quiera, dentro de lo razonable, durante el juicio.

La declaración del imputado no puede ser reemplazada por una declaración del defensor aunque, como veremos, la declaración constituye un derecho y nunca una obligación. El imputado nunca puede ser obligado a declarar.

Paralelamente a este derecho a declarar y presentar su versión de los hechos, el imputado tiene, personalmente, otras facultades. Puede intervenir en todos los actos del proceso, puede presentar prueba y puede examinar y controlar la prueba. El hecho de que estas actividades sean realizadas habitualmente por el defensor técnico no significa que el imputado no tenga derecho a realizarlas por sí mismo. Es necesario insistir en que el derecho de defensa es un derecho personal que, por lo tanto, puede ser ejercido directamente por el imputado.

Otra consecuencia de fundamental importancia que se deriva del derecho de defensa es el hecho de que, para poder ejercer este derecho plenamente, el imputado debe tener acceso a la imputación que se le formula. En otras palabras, debe tener la posibilidad de conocer cuáles son los hechos

que se le imputan y en virtud de qué pruebas se fundamenta dicha imputación. Esto implica que el imputado debe tener la mayor libertad posible para acceder a la información que se va acumulando a lo largo del procedimiento.

Este derecho a acceder a la información es muy amplio; es decir, no puede ser restringido. Una investigación donde el imputado no pueda saber cuál es el hecho que se le imputa y en virtud de qué pruebas, es absolutamente inconstitucional.

También en este caso, la práctica de nuestros sistemas procesales tiende a admitir que se sorprenda al imputado —muchas veces premeditadamente— mediante el ocultamiento de la prueba o mediante el retaceo de la información. Tales prácticas van en contra de los principios de un *fair trial*, que deben informar a todo el conjunto del proceso penal, a partir del conjunto de todas las garantías procesales pero, especialmente, a partir de esta garantía del derecho de defensa.

Cualquier restricción a este derecho a la información debe ser excepcional, debe ser limitada tanto en cuanto a su duración como a los actos sobre los cuales rige, y debe fundarse en verdaderas razones de urgencia o necesidad imperiosa con relación a la eficacia de un determinado acto del proceso. Por ejemplo: se podría mantener en secreto cierta información en virtud de la cual se van a solicitar algunos allanamientos, para evitar que tales allanamientos se frustren; pero es auténticamente discutible la posibilidad de que nuestra Constitución admita el establecimiento de un secreto total sobre el conjunto de las actuaciones. Lo cierto es que, aun cuando se admitiere la posibilidad constitucional de este secreto general y absoluto, ésta debe ser muy restrictiva en cuanto a sus posibles fundamentos. En mi opinión, sólo es admisible constitucionalmente el secreto parcial de las actuaciones en el caso y en la medida en que sirva a la eficacia de un acto particular del proceso.

Hasta tal punto es importante el ejercicio de este derecho de defensa en su doble vertiente, es decir, como manifestación del respeto a la dignidad humana y como manifestación de una verdadera aplicación legítima del poder penal del Estado, que se entiende que nuestra Constitución no sólo exige que el imputado pueda ejercer su derecho de defensa,

sino que, para reforzarlo, se establece la obligatoriedad de la asistencia letrada.

El imputado debe ser asistido por un defensor letrado, es decir, por un abogado que, con su conocimiento de las leyes y del proceso, acreciente sus posibilidades de defensa. En determinados casos, bajo circunstancias especiales y exclusivamente a pedido del imputado, se permite que éste ejerza su propia defensa, sin contar con asistencia letrada. Para ello, el juez debe considerar que de este modo no resulta menoscabado el juicio legítimo que exige el Estado de Derecho. La defensa en juicio no es únicamente un derecho disponible por parte del imputado, sino que también está en juego la legitimidad del juicio y del proceso en general conforme a lo exigido por el Estado de Derecho. Por lo tanto, si por razones particulares el imputado entiende que ejercerá mejor su derecho de defensa sin esa asistencia letrada y el juez considera que esto no es así, el magistrado tiene la posibilidad de imponer la asistencia técnica obligatoria de un abogado para la defensa.

Conforme a esta perspectiva, el defensor no es un auxiliar del juez ni de la justicia. Esto sólo se podría afirmar en un sentido figurado o metafórico. Sin embargo, esta frase —tan famosa como inexacta— ha contribuido a distorsionar la figura del defensor y la imagen del propio proceso. En el fondo, se trata de una pervivencia del sistema inquisitivo, donde se entendía que los imputados —generalmente "brujas" o "herejes"— no tenían derecho a una verdadera defensa, y que el defensor tenía un compromiso con la verdad y con la religión antes que con su propio cliente. Esta forma de pensar, obviamente, no tiene relación alguna con lo que significa un Estado republicano de Derecho. Según nuestro régimen constitucional, el defensor es un asistente directo del imputado; en tal carácter, debe guiarse por los intereses y necesidades de la defensa de su cliente. No cumple una función pública, sino que asesora a una persona en particular. Su misión y su actuación, conforme a las reglas éticas, debe ceñirse a defender los intereses de ese imputado. En la medida en que lo haga, el defensor estará contribuyendo a que ese proceso responda a las exigencias del Estado de Derecho; y en esto último consiste su función "pública" o "social": su contribución, a través de la asistencia al imputado particular, a la legitimidad de los juicios en un Estado de Derecho.

El defensor técnico, como asistente del imputado, tiene el derecho de participar —incluso autónomamente— en todos los actos del proceso. Su función principal consiste en sugerir elementos de prueba a la administración de justicia o a los fiscales, en participar de los actos donde se produce la prueba y controlar su desarrollo, y en interpretar la prueba y el Derecho conforme a las necesidades del imputado.

El imputado tiene también el derecho —amplio, en principio— a la elección de su defensor. Se trata de un asistente "de confianza" y, por lo tanto, el imputado debe tener la mayor libertad posible para elegirlo. Es él quien debe controlar la calidad del defensor y quien debe admitirlo o no. Se discute, en ciertos casos particulares, si la administración de justicia puede no admitir un determinado defensor o bien excluirlo. Aun en el caso de que esta posibilidad sea admitida, debe hacerse con mucho recelo y mucho cuidado.

Hasta tal punto es importante, para la legitimidad del proceso, que el imputado cuente con un asistente técnico para su defensa, que en aquellos casos en los que el imputado no tiene la posibilidad de nombrar un defensor de su confianza o a su propia elección, el Estado debe procurárselo. Con fundamento en las razones enunciadas, se establece un verdadero servicio público, que consiste en la "defensa de oficio" o "defensa pública".

Existen diversos sistemas de defensa pública u oficial. En algunos de ellos, los defensores son funcionarios del Estado y pertenecen en cierto modo a la carrera judicial o a la carrera del Ministerio Público. En otros, la defensa pública está delegada en los colegios de abogados, quienes la realizan como un servicio público o en mero cumplimiento de un deber ético. Existen, además, sistemas mixtos, donde se apoya la tarea de los funcionarios públicos mediante la participación de abogados particulares.

La práctica cotidiana, particularmente en la realidad de Latinoamérica, demuestra que uno de los puntos donde el sistema de garantías fracasa rotundamente es, precisamente, éste: la prestación de la defensa pública. Si se tiene en cuenta que debido a la selectividad con que generalmente operan los sistemas penales, la gran mayoría de los imputados son pobres, carentes de recursos o con una imposibilidad estructural de tomar a su cargo la propia defensa, se

comprende que la defensa pública llega a ser uno de los ejes primordiales de la legitimidad del proceso penal.

En consecuencia, se puede afirmar que, en la mayoría de nuestros países, en la medida en que no existe un auténtico servicio de defensa pública eficaz, el proceso penal está siempre bajo la sospecha de ilegitimidad.

Cabe anotar que la falta de defensa de los imputados sin recursos no se origina únicamente en la inexistencia de un sistema de defensa pública. Ello también ocurre toda vez que el sistema de defensa pública es una ficción, o está en manos de estudiantes universitarios, o bien a cargo de funcionarios públicos abrumadoramente sobrecargados de trabajo.

Para salvaguardar la estructura de un *fair trial* es necesario, pues, establecer un auténtico sistema de defensa pública. Teniendo en cuenta las carencias presupuestarias que por lo general afligen a nuestros países, es conveniente que se recurra a sistemas mixtos para aprovechar el aporte del Estado y lograr, al mismo tiempo, una participación más plena de los colegios de abogados. Esto último resulta, además, beneficioso porque podría ocurrir, cuando la defensa pública está únicamente en manos de funcionarios del Estado, que éstos no actúen exclusivamente en función de los intereses de su defendido, sino en función de su lealtad hacia la institución de la que forman parte. Vale la pena, pues, explorar y desarrollar con imaginación sistemas mixtos de defensa pública.

Respecto del financiamiento de este servicio cabe destacar un punto de importancia clave. Se ha entendido muchas veces, equivocadamente, que la "gratuidad de la defensa pública" implica que el abogado que la presta debe regalar su trabajo, en virtud de una suerte de imperativo ético. En general, estas apelaciones a la conciencia ética de los abogados han fracasado porque, particularmente en nuestro medio, resultan irreales e injustas. El abogado no tiene por qué regalar su trabajo ni tiene una especial relación de compromiso con el funcionamiento del Estado o de la sociedad en función del cual deba hacer tal cosa. En ese caso, lo mismo deberían hacer el médico, el ingeniero, el docente o el que ejerce cualquier otra profesión.

La gratuidad de la defensa pública sólo significa que el imputado no tiene que pagar por ella y que el Estado se hace

cargo de los honorarios del abogado, y no que el abogado no deba cobrarlos. Este error de concepto ha sido la causa última del fracaso de todos los sistemas de asesoría jurídica gratuita o de defensa pública que se han entregado a los colegios de abogados.

La defensa en juicio debe poder ser ejercida a lo largo de todo el proceso y, de manera particularmente intensa, durante la investigación, ya que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan primordialmente en esta etapa.

Tradicionalmente, no obstante, el momento privilegiado para la defensa es el juicio, porque en todo sistema que funcione correctamente, las pruebas que servirán de fundamento para la condena son las que se producen precisamente durante el juicio. Como se sabe, en los sistemas inquisitivos esto está completamente distorsionado, ya en ellos el eje de la actividad jurisdiccional se ha trasladado hacia la investigación en desmedro del juicio. Sin embargo, si se tiene en cuenta el diseño constitucional del proceso penal, es necesario admitir que es en el juicio donde resulta sumamente importante el ejercicio del derecho de defensa, tanto la defensa técnica como la defensa material.

Por lo tanto, todas las características que hemos señalado como básicas en el derecho de defensa, se deben manifestar de un modo privilegiado durante el juicio. Por ejemplo: el necesario conocimiento de la imputación, se transforma en la exigencia de una acusación concreta y precisa que fije con claridad los hechos por los cuales esa persona va a ser sometida a juicio y el significado jurídico que tales hechos tienen.

La precisión y la claridad de la acusación son muy importantes, porque es la acusación la que fija el objeto del juicio. El objeto del juicio está fijado fundamentalmente por el relato de los hechos que hace la acusación. Subsidiariamente, está fijado por la calificación jurídica que propone la acusación.

Existe un principio, denominado "principio de congruencia entre la acusación y la sentencia", según el cual la sentencia solamente puede absolver o condenar por los hechos que han sido objeto del juicio, es decir, aquellos hechos que han sido introducidos al juicio por medio de la acusación.

Este principio es una manifestación muy rica del derecho de defensa. Se entiende que tal derecho no puede ser

ejercido si, luego del debate, la sentencia se refiere a cualquier otro hecho, diferente de los tenidos en cuenta durante este.

El principio de congruencia es uno de los principios estructurales que fundan un juicio republicano, y surge del principio de inviolabilidad de la defensa previsto en la Constitución.

Por lo general, se ha entendido que este principio de congruencia guarda relación con los hechos que constan en la acusación, que no pueden ser modificados, excepto mediante un mecanismo particular —la "ampliación de la acusación", que será estudiada más adelante.

Algunos deducían de esto que, como consecuencia del principio conocido como *iuria curia novit*, el tribunal sí podía fijar o modificar libremente el significado jurídico de los hechos en cuestión.

Sin embargo, si nos atenemos a un concepto amplio de "defensa" veremos que tampoco tiene el tribunal libertad completa para modificar la interpretación jurídica de la imputación. El principio general es que el juicio no puede resultar "sorpresivo" para el imputado. El tribunal debe preocuparse porque no se sorprenda al imputado en ninguna de las fases o dimensiones del juicio porque, en ese caso, se estaría afectando su posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa.

En consecuencia, si bien en principio el tribunal conserva una cierta libertad para aplicar el Derecho y para apartarse de la calificación jurídica realizada en la acusación o en el auto de apertura a juicio —según el sistema procesal de que se trate—, se debe entender como una violación del derecho de defensa el hecho de que la calificación jurídica que hace el tribunal de los mismos hechos resulta sorpresiva y no fue tenida en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares.

Esta limitación del principio *iuria curia novit* deriva directamente del principio, garantizado por la Constitución, de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Otra característica fundamental del derecho de defensa durante el juicio consiste en la obligatoriedad de la presencia del imputado durante el juicio. La Constitución prohíbe que se realicen juicios penales en ausencia del imputado.

Y esta prohibición constitucional del juicio en ausencia es, como veremos más adelante, el único fundamento posible para la aplicación de medidas cautelares durante el proceso penal. Si el imputado tiene "derecho" a estar presente, ello significa que tiene derecho a hacerlo de un modo libre. No se puede entender por "presencia del imputado" el hecho de tenerlo en una sala contigua, o sometido a medidas de seguridad tales que le impidan ejercer su derecho de defensa, u observar la prueba, o atender a lo que dicen los testigos, o participar en los debates.

Por lo tanto, "presencia" en el sentido constitucional de la palabra, implica la posibilidad concreta y real para el imputado de participar del desarrollo del juicio y de los debates.

Finalmente, como recapitulación, podemos sintetizar las consecuencias que se pueden extraer del principio de la inviolabilidad de la defensa, del modo como lo hace Vélez Mariconde:

1. Es necesaria una oportuna intervención del imputado en el proceso penal desde los primeros actos del procedimiento. Esta intervención debe ser lo más amplia posible en todas las etapas del proceso y debe permitir la más amplia defensa posible durante el juicio.

2. Es necesario que el proceso sea auténticamente contradictorio. Esto significa que el imputado debe tener la posibilidad de proponer pruebas, de participar en los actos de producción de prueba, de controlar tal producción de la prueba, y de sugerir una reconstrucción de los hechos y una interpretación del Derecho que le sean favorables y sean atendidos por los jueces.

3. Es necesario que en el proceso exista una imputación concreta; en especial, que el juicio se fundamente sobre una acusación precisa y detallada, que sirva de límite al ámbito de decisión del tribunal.

4. Es necesario que tanto la imputación originaria como la acusación sean ampliamente conocidas y comprendidas por el imputado. Para dar cumplimiento a este requisito se debe tener en cuenta tanto el grado de comprensión como el grado de preparación propios de cada imputado.

5. Debe haber congruencia entre la sentencia y la acusación. Tanto en lo que se refiere a los hechos como —con las

limitaciones que hemos señalado— en cuanto a la posible calificación jurídica de tales hechos.

6. La sentencia debe basarse en las pruebas que se han producido en el juicio. Porque sólo las pruebas producidas en el juicio han podido ser controladas por el imputado y su defensor.

7. El imputado debe tener la más amplia libertad para elegir a su defensor y toda facultad del tribunal para apartar a un defensor debe ser sumamente restringida.

8. Debe existir un régimen amplio de declaración por parte del imputado y tales declaraciones deben ser entendidas como un medio de defensa con que el imputado cuenta, y no como un momento para procurar su confesión.

Como ya hemos dicho, el ejercicio de este derecho es tributario de dos grandes ámbitos de valor: por una parte, el de la dignidad de la persona; por la otra, el de la necesidad de un juicio justo y legítimo conforme a las exigencias de un Estado de Derecho. Si en la práctica no existe la posibilidad concreta de ejercer el derecho de defensa —y la realidad de nuestro país demuestra que en los juicios no se lo ejerce del modo debido—, el juicio penal queda marcado por la arbitrariedad. Y si el proceso penal está bajo sospecha de arbitrariedad, ello significa que el Estado de Derecho está herido de gravedad.

XIII. *NE BIS IN IDEM* (INADMISIBILIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE)

El conjunto de las garantías básicas que rodean a la persona a lo largo del proceso penal se completa con el principio llamado *ne bis in idem* o *non bis in idem*, según el cual el Estado no puede someter a proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva.[1]

Por supuesto, como veremos más adelante, esto significa que la persona no puede ser sometida a una doble condena ni afrontar el riesgo de ello. Sin embargo, sí puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución.

Lo inadmisible es, pues, no la repetición del proceso, sino una doble condena o el riesgo de afrontarla.

Como se puede observar, se trata de una garantía en cierto modo diferente de las anteriores. En efecto, las que hemos tratado hasta ahora se referían o bien a la estructura del proceso o bien a los principios que deben regir su organización; ésta, en cambio, se refiere a la necesidad de que la persecución penal, con todo lo que ella significa —la intervención del aparato estatal en procura de una condena—, sólo se pueda poner en marcha una vez. Como hemos dicho insistentemente, el poder penal del Estado es tan fuerte, que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho.

1. De la Rúa, Fernando: "*Non bis in idem*", en *Proceso y Justicia*, Lerner, Buenos Aires, 1980.

Nuestra Constitución Nacional no incluye esta garantía de un modo expreso. Sin embargo, si nos atenemos al diseño constitucional del uso del poder penal, observaremos que éste es sumamente limitado, no es difícil extraer esta garantía, por otra parte tradicional, de la fórmula abierta del art. 28.

Distinto es el caso de los pactos internacionales de derechos humanos, ya que éstos sí prevén expresamente esta garantía y —no debemos olvidarlo— forman parte de la legislación vigente en nuestro país. En particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o "Pacto de San José de Costa Rica") dispone, en el art. 8°.4, que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido nuevamente a juicio por los mismos hechos.

Del mismo modo, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos establece, en su art. 14.7, que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto en virtud de una sentencia firme y respetuosa de la ley de procedimiento penal de cada país.

Las Constituciones provinciales, en general, prevén también este principio entre las garantías que rigen el proceso penal. La formulación de los distintos textos legislativos varía en cuanto a la terminología utilizada. Tras estos problemas terminológicos se esconde, en realidad, una discusión acerca del alcance de esta garantía: si se debe referir únicamente a la imposibilidad de que una persona sea condenada dos veces por el mismo hecho o si tiene un alcance más amplio y se refiere a la imposibilidad de que existan dos procesos, simultáneos o sucesivos, acerca de los mismos hechos.

Personalmente creo que, teniendo en cuenta la necesidad de limitar continuamente el poder penal del Estado y, por otra parte, los costos personales que siempre acarrea un proceso penal, se le debe dar a esta garantía la interpretación más amplia posible.

Ahora bien: la aplicación concreta de esta garantía ha generado dificultades en relación a las excepciones posibles y en cuanto a los requisitos que se exigen para la puesta en marcha de esta garantía.

En cuanto a los requisitos, la doctrina es unánime en general en exigir la existencia de tres "identidades" o "correspondencias". En primer lugar, se debe tratar de la misma

persona. En segundo lugar, se debe tratar del mismo hecho. En tercer lugar, debe tratarse del mismo motivo de persecución. Estas tres correspondencias se suelen identificar con los nombres latinos de *eadem persona, eadem res, eadem causa petendi.*

Si bien existe unanimidad acerca de estos requisitos básicos para la operatividad de esta garantía, cada uno de ellos presenta algún tipo de discusión o dificultad.

Quizás la primera correspondencia sea la menos problemática de todas, es decir, la necesidad de que se trate de una misma persona. En última instancia, no se trata sino de un problema fáctico, de identificación, para determinar si se trata o no del mismo sujeto. Lo importante es tener en cuenta que se trata de una garantía "personal", que juega en favor de una determinada persona y nunca en abstracto. No existe una cosa juzgada "en abstracto"; por el contrario, el efecto de cosa juzgada —ya se trate de una sentencia, de un sobreseimiento, o de cualquier tipo de resolución que ponga fin al proceso— siempre tiene una referencia directa a la persona que ha sido involucrada. A la justicia le compete resolver acerca de la imputación concreta que se le hace a una persona.

Se ha discutido, por ejemplo, si la desestimación —que puede ocurrir cuando todavía no ha sido correctamente individualizado el imputado— puede producir un efecto *erga omnes*. En realidad, la desestimación no produce un efecto abstracto de "cosa juzgada", sino que se trata, simplemente, del rechazo —por inadmisible— de una denuncia, que puede ser admitida nuevamente si se modifican las condiciones por las que antes fue rechazada. Lo mismo ocurre con los llamados "sobreseimientos absolutos" o —según la antigua terminología del Código Procesal Penal— los sobreseimientos en la causa", que no tienen referencia directa a un imputado en particular. Por lo tanto, un nuevo proceso, dirigido contra un nuevo cómplice o contra una persona determinada, resultaría plenamente admisible y no presentaría contradicción alguna con el principio que nos ocupa.

Muchos más problemas genera la segunda de las correspondencias mencionadas, la necesaria identidad de los hechos.

En primer lugar, cabe indicar que, cuando nos referimos a "los hechos", estamos aludiendo, en realidad, a una hipótesis. El proceso penal siempre se funda en hipótesis fácticas con algún tipo de significado jurídico. La exigencia de *eadem res* significa que debe existir correspondencia entre las hipótesis que fundan los procesos en cuestión. Se trata, en todos los casos, de una identidad fáctica, y no de una identidad de calificación jurídica. No es cierto que pueda admitirse un nuevo proceso sobre la base de los mismos hechos y una calificación jurídica distinta. Si los hechos son los mismos, la garantía del *ne bis in idem* impide la doble persecución penal, sucesiva o simultánea.

Existe una excepción a este principio, en los casos en que cada uno de los procesos se funda en reglas diferentes que impiden, precisamente, su unificación. Algunos se refieren a este caso afirmando que se trata de una diferente *causa petendi*, lo cual no es del todo cierto.

Veamos un ejemplo: un mismo hecho puede encuadrarse dentro de un delito de acción pública y, al mismo tiempo, dentro de un delito de acción privada. Estos dos tipos de procesos, que responden a diferentes diseños de la acción, no se pueden acumular. En el caso del ejemplo, no podría tramitar conjuntamente un delito de acción pública con un delito de acción privada. Éste es un caso en que podrían tramitarse, simultánea o sucesivamente, dos procesos basados en los mismos hechos. Sin embargo, existe un mecanismo procesal que permite el dictado de una condena única o la unificación de las penas, restaurando así la necesaria unidad del proceso que no pudo realizarse debido a la vigencia de reglas diferentes para cada tipo de acción.

No se puede hablar aquí de una "distinta *causa petendi*" puesto que este tema debe ser entendido en un sentido amplio y, en este caso, uno y otro proceso están buscando el castigo. Todos los procesos que buscan una sanción tienen, en última instancia, la misma *causa petendi*. Y, tratándose de la misma hipótesis fáctica comienza a operar el principio *ne bis in idem*.

Por supuesto, existen casos claros como el de concurso de leyes, subsidiariedad o concusión, donde en última instancia existe sólo una distinción de calificación jurídica y

ningún tipo de discusión sobre los hechos. Por ejemplo, un mismo hecho puede constituir una estafa o una entrega de cheque sin fondos; evidentemente, esta diferente calificación jurídica no produce una excepción al principio *ne bis in idem* porque en los hechos —por ejemplo la entrega de un cheque que luego resultó rechazado— no existe diferencia alguna.

Sin embargo, la búsqueda de la correspondencia del hecho presenta innumerables problemas. El primero de todos ellos es establecer cuándo se puede afirmar que el hecho es "el mismo". ¿Es necesaria una correspondencia total y absoluta? ¿O no interesa que existan pequeñas diferencias de detalle?

En general, la doctrina afirma que, para que opere la garantía de *ne bis in idem*, es necesario que se mantenga la estructura básica de la hipótesis fáctica. Es decir, que en términos generales el hecho sea el mismo. Caso contrario, sería muy fácil burlar esta garantía mediante la inclusión de cualquier detalle o circunstancia que ofreciera una pequeña variación en la hipótesis delictiva.

Así y todo, la fórmula elaborada por la dogmática procesal ha resultado muy vaga, porque no existen criterios racionales muy claros para determinar cuándo se conserva la estructura básica del hecho. Por ejemplo, pareciera que si alguien ha sido condenado por un robo simple y luego se demuestra que, además, durante el robo utilizó un arma, estaría amparado por el principio *ne bis in idem*; y, sin embargo, no está totalmente claro que un simple robo tenga la misma estructura básica que un robo con armas.

En última instancia, la solución es eminentemente valorativa, antes que racional. Es decir: en aquellos casos en los que se ha ejercido el poder penal con suficiente intensidad y, además, ha existido la posibilidad de completar adecuadamente la descripción del hecho, aunque ello no se haya producido por carencias de la propia investigación, la identidad del hecho debe ser comprendida del modo más amplio posible.

Lo que se debe tener en cuenta es la unidad de sentido del hecho conforme a las normas jurídicas. Porque en el ámbito del proceso penal no se puede hablar de "hechos", en forma independiente de las normas jurídicas; un hecho procesal es un hecho con referencia a las normas jurídicas. Por

eso, en el estudio del *ne bis in idem* es absolutamente necesario hacer referencia a las discusiones que existen en el ámbito del Derecho penal sustancial, respecto de la identidad entre hechos a efectos de su calificación jurídica: cuándo se trata de hechos independientes, cuándo se trata de un hecho con distintas calificaciones o cuándo el orden jurídico establece una ficción y le otorga unidad a un hecho que en su aspecto fenomenológico es indudablemente un hecho separado.

Existen casos particulares que son ampliamente estudiados en los manuales, a los que nos remitimos. (Por ejemplo, aquellos casos en los que existe unidad de acción y pluralidad de víctimas.) Lo mismo ocurre cuando se trata de ficciones jurídicas como el "delito continuado" donde, indudablemente, se trata de hechos independientes que, sin embargo, adquieren su sentido en la medida en que el orden jurídico obliga a tratarlos de un modo único.

Todo esto nos demuestra que, para la determinación de la identidad de hecho, es imprescindible remitirse a su significado jurídico. Los procesos de subsunción son un camino de ida y vuelta, en los que se transita de la información fáctica a la norma jurídica y de ésta a los hechos otra vez. Siempre que, según el orden jurídico, se trate de una misma entidad fáctica, con similar significado jurídico en términos generales —y aquí "similar" debe ser entendido del modo más amplio posible—, entonces debe operar el principio *ne bis in idem*.

Es éste un tema "abierto", que todavía debe ser investigado. En todo caso, se debe tener en cuenta que la frontera entre el *eadem res* y la identidad de calificación jurídica nunca es tan clara como parece en su formulación abstracta. En última instancia, la interpretación será la que permita una más amplia operatividad del principio *ne bis in idem*. Sólo cuando claramente se trate de hechos diferentes será admisible una nueva persecución penal. Quizás esta última formulación, en sentido negativo ("...cuando claramente se trate de hechos diferentes..."), ofrezca algo más de claridad para enfrentar el problema.

La tercera correspondencia habitualmente exigida para la aplicación del principio *ne bis in idem* es lo que se ha llamado *eadem causa petendi*. Es decir, debe tratarse del mis-

mo motivo de persecución, la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objetivo final del proceso.

También en este caso, esta identidad de fundamento debe ser entendida de un modo muy amplio. Inclusive en su formulación histórica, la diferenciación de causas ha sido entendida de este modo, ampliamente. Por ejemplo, serán diferentes los motivos del proceso si se procura una reparación del daño causado que si se pretende una sanción del causante. Se trata de tener en cuenta grandes diferencias, como la citada.

Algunos han sostenido una interpretación mucho más restrictiva. Inclusive, dentro del campo de la búsqueda de una reacción estatal, se han establecido diferencias: se ha distinguido, por ejemplo, la búsqueda de una sanción disciplinaria de la búsqueda de una sanción penal.

Tal interpretación restrictiva del principio *eadem causa petendi* no se conforma, a mi entender, con el espíritu de nuestra Constitución. Si el objeto del proceso es la aplicación de una sanción, como respuesta del Estado a algo que ha calificado como infracción a la ley, no debe distinguirse si tal respuesta reviste el carácter de una sanción contravencional, de una sanción por un delito o de una sanción disciplinaria. No se puede pretender sancionar a una persona dos veces por el mismo hecho.

Distinto es el caso, por ejemplo, de un delito cometido por un empleado, tras el cual no sólo se busca que se lo sancione, sino que también se procura su remoción. En ese caso, la remoción del puesto no es una sanción, sino una consecuencia, dentro de la esfera laboral, de un hecho que ha sido calificado como "infracción". Pero el principio *eadem causa petendi* impediría, por ejemplo, a mi juicio, que una persona fuera doblemente sancionada por un mismo hecho si éste configura, el mismo tiempo, un delito y una contravención. Por ejemplo: alguien sancionado por el empleo de un arma de fuego, no debería serlo, además, por la contravención de no haberla inscripto en el registro correspondiente. Siempre que se trate de la búsqueda de una sanción, del tipo que sea, comienza a operar el principio *ne bis in idem* a través del requisito *eadem causa petendi*.

El principio correcto indica que el Estado puede reaccionar mediante una sanción solamente una vez por el mismo hecho. Éste es el contenido más elemental, más claro e históricamente más preciso que se le ha dado a ese principio.

El principio del *ne bis in idem* tiene efectos muy concretos en el proceso penal. El primero de ellos es la imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado. El imputado que ha sido absuelto no puede ser condenado en un segundo juicio; el que ha sido condenado, no puede ser nuevamente condenado a una sentencia más grave. Por imperio de este principio de *ne bis in idem*, la única revisión posible es una revisión a favor del imputado.

La segunda consecuencia procesal del principio que nos ocupa consiste en dar fundamento a lo que se denomina la excepción *de litis pendencia:* como una persona no puede estar sometida a dos procesos por el mismo hecho y el mismo motivo, existe una excepción o defensa anticipada, cuya finalidad es la unificación de los procesos o la suspensión del proceso llevado adelante en contra de este principio. La posibilidad de utilizar este mecanismo de la excepción *de litis pendencia* debe ser lo más amplia posible; el imputado debe poder interponerla en cualquier etapa del proceso, desde los propios inicios.

Con este capítulo cerramos la revisión de los principios fundamentales de un proceso penal conforme a la Constitución. En síntesis, podemos afirmar que el proceso penal tiene límites claros, mediante los cuales se procura continuamente un juicio "limpio" respecto del imputado, que aparezca como "legítimo" ante los ojos de la sociedad —quedando así claramente distinguido de la venganza—, que solamente pueda ser desencadenado una vez por un mismo hecho. En última instancia, todas y cada una de estas características deben confluir en la afirmación más básica e importante: el poder penal del Estado debe estar, dentro de un Estado de Derecho, sumamente restringido y es cometido del proceso penal el configurar la gran mayoría de las limitaciones al ejercicio de tal poder. Ésta es, probablemente, la principal misión del proceso penal: constituir una valla protectora del individuo frente al poder penal del Estado que, por sus pro-

pias características, está siempre tentado por la arbitrariedad o bajo sospecha de cometerla.

1. *Principios que limitan la facultad del Estado para recolectar información*

Si, como luego veremos, el juicio es la etapa principal del proceso, y en él se concentran las garantías procesales, es lógico que el Estado tenga la posibilidad de preparar el juicio, es decir, realizar un conjunto de actividades, muchas de ellas orientadas a la búsqueda de información, para poder fundamentar la acusación y poder presentar las pruebas en el juicio.

Esta necesidad de preparación del juicio es lo que fundamenta, precisamente, lo que se denomina las "etapas preparatorias" del juicio. Dentro de esas etapas preparatorias. la principal consiste en la investigación o instrucción, que permitirá fundar la acusación que abre el juicio.

El hecho de que las garantías procesales básicas que hemos estado estudiando cumplan su papel primordialmente durante la etapa del juicio, no significa que no tengan aplicación durante la etapa preparatoria. Al contrario, frecuentemente es durante esta etapa preparatoria o de investigación cuando los derechos de las personas corren un mayor riesgo de resultar afectados. Por lo tanto, el carácter protector de las garantías debe actuar desde el propio comienzo del proceso. No pueden existir etapas de la investigación en las que las garantías no intervengan. Por eso, es incorrecto hablar de "etapas preprocesales" u otorgarle a las diligencias policiales preliminares el carácter de "etapa preprocesal".

En consecuencia, además de la vigencia del conjunto de las garantías, existe un grupo de garantías específicas cuya finalidad consiste en limitar la posibilidad que el Estado tiene de recolectar información.

Para comprender esta limitación, debemos referirnos, aunque sea brevemente, a lo que se ha denominado "la finalidad del proceso penal". Tradicionalmente se ha dicho que el proceso penal tiene como finalidad la averiguación de la ver-

dad "real" o "histórica", es decir, la reconstrucción de los hechos tal y como efectivamente han sucedido.

Sin duda, esto constituye una meta deseable del proceso penal, puesto que un proceso penal garantista no admitiría una desvinculación entre los fundamentos de la sanción y lo realmente ocurrido. Llegar a reconstruir totalmente el hecho que motiva la decisión judicial es una aspiración legítima del proceso y no se debe abandonar en tanto la meta.

Sin embargo, lo cierto es que, según se ha comprobado, esa reconstrucción nunca se realiza con total fidelidad. En primer lugar, porque el propio proceso penal se pone a sí mismo limitaciones importantes para la averiguación de la verdad.

En el proceso inquisitivo puro —que representa, quizás, el momento histórico en que aparece con más fuerza la verdad material como objetivo del proceso— no se establecía ninguna limitación para la búsqueda de esa verdad. Hasta tal punto el proceso inquisitivo está obsesionado por la reconstrucción de la verdad, que busca por cualquier medio, inclusive la tortura, la confesión del imputado para, de ese modo, confirmar la verdad encontrada.

Esta desvirtuación perversa a que llegó el proceso inquisitivo es hoy, por supuesto, inadmisible. Pero el hecho de que se la considere actualmente inadmisible no significa que haya desaparecido. Al contrario; todavía, en la práctica del proceso penal, es frecuente que no se repare en los medios para averiguar la verdad; la investigación se convierte así en una especie de campo minado, de conjunto de trampas que se tienden delante del imputado para tratar de sorprenderlo y provocar así su confesión.

Lo cierto es que, en la estructura de un proceso penal conforme a un Estado de Derecho, la búsqueda de la verdad es un objetivo sometido a muchas limitaciones, que surgen de la propia naturaleza de tal Estado de Derecho. En consecuencia —y debido a las limitaciones que acabamos de mencionar— es posible afirmar que nunca podrá el proceso penal reconstruir perfectamente la verdad material.

Aunque la verdad "histórica" o "material" es un objetivo legítimo del proceso penal, éste adolece de una incapacidad intrínseca y absoluta para alcanzarla en plenitud.

Por lo tanto, el proceso puede, a lo sumo, reconstruir una verdad eminentemente formalizada, que se ha denominado también la "verdad forense" o, en una terminología algo más antigua, la "verdad formal" utilizada en el proceso civil. La diferencia que existe respecto del proceso civil consiste en que, en este último, el principio de la verdad está condicionado además por el "principio dispositivo", ya que son las partes quienes introducen los hechos al proceso. En el proceso penal no existe esta limitación propia del principio dispositivo, pero el concepto de "verdad formal" proviene del hecho de que los medios para incorporar información están totalmente limitados y formalizados.

Dadas estas limitaciones, sería más correcto afirmar que el proceso penal no "reconstruye" los hechos, sino que, en realidad, los "redefine". El conflicto base, que se encuentra en el comienzo de todo proceso penal, es redefinido a lo largo del mismo para convertirse en un nuevo conflicto, al cual se le enlaza una sanción que forma parte de la conflictividad "nueva". En otras palabras: el proceso penal no "soluciona" un determinado conflicto mediante la averiguación de la verdad, sino que toma ese conflicto del seno de la sociedad, lo redefine a través de innumerables mecanismos —entre los cuales, sin duda, está también el intento de reconstruir la verdad— y, luego, lo reinstala en la sociedad con una mayor cuota de legitimidad, según las características de ese proceso penal.

Por lo tanto, el tema de proceso penal dentro de la sociedad está sometido a una doble tensión. Por una parte, la tensión propia del principio garantista, según el cual las decisiones judiciales no se pueden desligar totalmente del principio de la verdad. El principio de la verdad se convierte así en un principio de garantía. Por otra parte, la constatación de que el proceso penal adolece de una incapacidad absoluta para reconstruir los hechos, incapacidad que proviene no sólo de la distancia temporal, sino también —y acaso principalmente— de la utilización de canales limitados y sumamente formalizados para obtener información.

En consecuencia, el proceso penal no debe abandonar la particular relación que lo liga al tema de la verdad, pero tampoco debe absolutizarla. Más bien, debe considerar el

problema de la verdad dentro del aspecto más amplio de la redefinición del conflicto, que es la función genuina del proceso penal dentro de una sociedad basada en el Estado de Derecho.

La consecuencia más importante y directa de estas limitaciones que restringen el acceso del proceso penal a la verdad histórica es, como hemos dicho, la limitación y formalización de los canales de acceso de la información al proceso. Estas limitaciones pueden operar en distintos niveles.

En primer lugar, existen ciertos campos, ciertos temas y ciertos métodos que son absolutamente prohibidos. Por ejemplo, como en parte ya hemos visto, están totalmente vedadas la tortura, las amenazas y la coacción para que una persona confiese; ciertas investigaciones requieren condiciones muy precisas para poder se llevadas a cabo; etc. Éste es un campo de limitación absoluta porque en él rigen lo que se ha denominado "prohibiciones probatorias".

Luego, existe otro nivel de formalización y limitación de las posibilidades de buscar información, constituido por aquellos casos en que tal información puede ser obtenida solamente si existe una autorización judicial expresa y específica. Es el caso de los registros en domicilios particulares, los allanamientos, la interceptación de comunicaciones, la incautación de papeles o registros privados de todo tipo.

El tercer nivel es el de la pura formalización. De ninguna manera puede ingresar información al proceso penal si no es a través de ciertos y determinados canales preestablecidos. Esto es lo que se denomina "legalidad de la prueba" e implica que no puede ingresar al proceso información proveniente de rumores, de testimonios anónimos, del conocimiento privado del juez, etc. Todo esto demuestra que el proceso penal no está abierto a la información en forma completa e indiscriminada con tal de acercarse a la verdad, sino que sólo admite ciertos canales preestablecidos y relativamente rígidos para el acceso de la información.

La apreciación de estos tres niveles resulta fundamental para comprender el problema de la prueba, en especial durante la investigación y para comprender la cuestión de la verdad como meta del proceso penal.

En los capítulos siguientes estudiaremos algunos de los casos particulares en que se manifiestan estas limitaciones, acentuando en todos los casos la perspectiva garantizadora, que es la perspectiva básica de este curso y, en especial, de estos capítulos.

XIV. EL DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE UNO MISMO

Para comprender el sentido de esta garantía se hace necesario volver sobre un concepto que ya hemos expresado. A partir del momento en que una persona es imputada, es decir, cuando existe algún indicio acerca de que ella es una posible autora o partícipe de un hecho punible, ésta adquiere el derecho inalienable a defenderse de tal imputación.

Ahora bien: una manifestación privilegiada de ese derecho a defenderse es el derecho a declarar, es decir, el derecho a introducir válidamente al proceso la información que el imputado considera adecuada. Por lo tanto, sólo si se considera la declaración como una de las manifestaciones del derecho del imputado a defenderse, se puede comprender que nadie puede ser obligado a declarar en su contra.

En el sentido más genérico, se puede decir que el imputado no tiene el deber de declarar la verdad. Es decir, sea que declare la verdad o que oculte información, no estará haciendo otra cosa que ejercer su derecho a la propia defensa y de ninguna manera incumpliendo un deber como el que tienen los testigos respecto de la declaración. Esto significa que es el imputado quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, sólo él determinará lo que quiere o lo que no le interesa declarar.

De esto pueden extraerse algunas consecuencias interesantes. La consecuencia más importante y directa es la siguiente: del silencio del imputado, de su negativa a declarar o de su mentira no se pueden extraer argumentos *a contrario sensu*. Esto es muy importante porque lo contrario equivaldría a fundar las resoluciones judiciales sobre una presunción surgida de un acto de defensa del imputado. Y tal cosa violaría, en última instancia, su derecho de defensa.

Otra consecuencia es que, así como el imputado puede negarse a declarar sin que su silencio produzca efecto alguno sobre el proceso, también podrá declarar cuantas veces quiera, porque es él quien domina la oportunidad y el contenido de la información que desea introducir en el proceso.

De estas afirmaciones no se debe deducir que el imputado no tiene la facultad de confesar. Sí la tiene; pero esta facultad de confesar es personalísima, se funda exclusivamente en la voluntad del imputado y no puede ser inducida por el Estado de ningún modo.

El proceso penal no es un proceso que busque la confesión. No obstante, nuestros sistemas procesales, predominantemente inquisitivos sobre todo en la fase de instrucción no se rigen por este principio y siguen buscando la confesión como uno de los objetivos del proceso. Sin embargo, no puede haber de parte del Estado ningún tipo de mecanismo, argucia o presión tendiente a provocar la confesión del imputado.

Esto significa que no se pueden utilizar medios violentos, como veremos en un capítulo por venir, pero significa también que no se puede utilizar ningún mecanismo que menoscabe la voluntad del imputado. No se pueden emplear tampoco preguntas capciosas o sugestivas, ni amenazar al imputado con lo que le podría suceder en el caso de que no confiese. Éstos u otros procedimientos similares resultan atentatorios contra la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra.

Esta garantía debe ser entendida del modo más amplio posible. Toda vez que existan dudas acerca de si el imputado ha sido presionado para declarar en contra de sí mismo, se debe entender que la declaración en cuestión no tiene validez.

Al mismo tiempo, los efectos de esta declaración se extienden también hacia los testigos. La garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo no surge del hecho de que una persona sea "formalmente imputada". Al contrario, toda vez que la información que alguien podría ingresar al proceso pueda causarle un perjuicio directo o lo pueda poner en riesgo de ser sometido a un proceso penal, la persona tiene derecho a negarse a declarar. Es decir, esta garantía no sólo cubre al imputado, sino también al testigo, ya que constituye un límite al deber de declarar la verdad.

Se discute también si esta garantía protege solamente los riesgos de un proceso penal —es decir, la posibilidad de que la declaración genere un peligro para la defensa dentro del mismo proceso, o de que el declarante sea sometido a proceso—, o si se debe entender en el sentido más amplio, comprendiendo a toda declaración que le pueda causar al declarante algún tipo de perjuicio —ya sea éste de índole penal o bien algún perjuicio relacionado con la reparación civil—. Creo que la interpretación más correcta es esta última, para darle al principio la mayor amplitud posible. Es decir, tanto el imputado como el testigo deben estar amparados por la garantía de no ser obligados a declarar contra sí mismos cuando la información que ingresarían al proceso penal genere un riesgo para su estrategia de defensa o el riesgo de ser sometido a proceso penal, o bien cuando le genere perjuicios en la defensa de su responsabilidad civil o lo someta al riesgo de una responsabilidad civil.

En aquellos delitos como los culposos, donde no existe una frontera clara entre la acción principal y la acción subsidiaria, la amplitud que se le otorgue a esta garantía de no declarar puede tener efectos prácticos muy importantes.

Otra discusión que se ha entablado en este campo se refiere a si el término "declaración" debe ser entendido en su sentido rigurosamente literal de "ingreso de información a través de una manifestación oral o escrita de alguien", o si se debe entender en un sentido más amplio. Por ejemplo: si se hace una consideración amplia del término "declaración", el imputado tampoco estaría obligado a prestarse a la realización de un acto del cual se pueda inferir fácilmente algo que le cause algún tipo de perjuicio, tanto en cuanto a su defensa penal como en cuanto a su responsabilidad civil.

Existen dudas respecto de aquellos actos en los cuales, según se dice, el imputado actúa como "objeto de prueba" y no como "sujeto de prueba". Por ejemplo: en el caso de un reconocimiento, o cuando es necesario extraerle al imputado una muestra de sangre, ¿es necesario el consentimiento del imputado o esos actos se deben realizar incluso en contra de su voluntad? ¿Se violaría o no, en este último caso, la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo?

Entiendo que la "línea divisoria" con relación a este problema pasa por el sujeto que ingresa la información. El impu-

tado está protegido por el derecho a no declarar contra sí mismo respecto de todo ingreso de información que él, como sujeto, pueda realizar. Nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y, en consecuencia, él desee retener. Ahora bien: en el caso, por ejemplo, del reconocimiento de personas, la información no es ingresada por el propio imputado, sino por un testigo que, viendo al imputado, lo reconoce; en el caso de la extracción de sangre, la información no es ingresada por el imputado, sino por el perito que, por ejemplo, reconoce la cantidad de alcohol o un cierto patrón genético en la sangre del imputado. Este criterio, basado en quién es el sujeto que ingresa efectivamente la información, permite distinguir los casos en que el imputado está amparado por esta garantía de aquéllos en los que no lo está.

Existe otra discusión respecto de ciertos casos en los cuales el imputado debe ingresar información que lo perjudica, por razones de fuerza mayor. Esto se ha planteado, por ejemplo, en los casos en que la mujer que se ha hecho practicar un aborto, en razón de la infección que se le produce por la práctica casera del tal operación, debe obligatoriamente ingresar al hospital y manifestar lo que le ha ocurrido para que la puedan curar, caso contrario su vida se vería en peligro. Creo que también aquí el criterio debe ser amplio: toda vez que la voluntad del imputado se encuentre menoscabada y por cualquier razón no pueda decidir libremente acerca de la información que le conviene o no ingresar al proceso, sea que tal menoscabo provenga de un acto directo del Estado o que provenga de casos de fuerza mayor como el citado o, inclusive, que provenga de actos anteriores del propio imputado, debe regir en todos los casos la garantía de no declarar contra sí mismo. Lo que se está protegiendo es la absoluta libertad del imputado para discernir acerca de la información que ingresa al proceso penal.

Esta garantía rige en todas las etapas del proceso. Tanto en los actos iniciales como en el desarrollo de las etapas preparatorias, en las etapas intermedias y, por supuesto, adquiere su mayor relevancia en la etapa del juicio, que es donde se produce la actividad probatoria por excelencia.

Vemos pues, a partir del conjunto de problemas que giran alrededor de esta garantía, que su sentido constitucional es el de fortalecer la actividad defensiva del imputado y, a su

vez, el objetivo de evitar que el provocar la confesión se convierta en uno de los objetivos del proceso penal. Estas dos grandes finalidades estructuran muy claramente el espíritu del proceso penal, en especial en las etapas de investigación. La principal afirmación que surge de estas garantías y de las que veremos a continuación es que el fiscal debe tratar de probar los hechos sin buscar y sin provocar la colaboración del imputado ni su confesión.

Históricamente, venimos de muchos siglos a lo largo de los cuales el proceso penal ha buscado la confesión como uno de sus objetivos más firmes, aunque casi nunca declarado. Esa práctica constante, debe quedar claro, no es admitida por la Constitución, hasta tal punto que se ha establecido expresamente, como una manifestación de la inviolabilidad del derecho de defensa, este derecho a no ser obligado a brindar información que le cause perjuicio, en el sentido más amplio posible.

XV. INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y LOS REGISTROS PRIVADOS

Un proceso penal fundado en ideas garantizadoras no sólo se preocupa por proteger al individuo directamente de la posible arbitrariedad en la aplicación del poder penal del Estado, sino también procura proteger aquellos ámbitos directamente ligados con su intimidad. En consecuencia, encontramos dos dimensiones, estrechamente ligadas con el imputado, que están protegidas por el proceso penal: por una parte, el domicilio; por la otra, la correspondencia y los papeles privados.

Si uno y otros están protegidos es porque tanto el uno como los otros pueden ser afectados, tal como ha sucedido a lo largo de la historia.

La protección que ofrece al respecto el proceso penal es una protección de segundo nivel. Ya no se trata de una protección absoluta que impida por completo la búsqueda de información en el domicilio de una persona o entre sus papeles personales. La protección que ofrece el proceso radica en que no será posible buscar información en tales fuentes si no media una autorización expresa de un juez.

Por "domicilio" se debe entender aquel lugar donde la persona desarrolla sus actividades primarias en un sentido amplio; puede tratarse tanto de la vivienda particular como de las oficinas donde desempeña sus negocios o su trabajo, siempre que se trate de un ámbito de desarrollo de su actividad personal. En general, debe aplicarse el criterio más amplio posible. Por ejemplo, también estaría protegido por esta norma el escritorio de un empleado, aunque ese mueble esté ubicado en un lugar común compartido por muchos, como la oficina de una empresa o de un banco. El ámbito de trabajo específico de ese empleado es su escritorio y, por lo tanto,

para revisar sus cajones también se necesitaría una orden de registro emitida formalmente por un juez. Lo mismo se debe entender respecto de un automóvil, donde la persona pasa una parte de su vida; también el registro interior de un automóvil requeriría de una orden de registro.

En consecuencia, la protección de los ámbitos de intimidad donde una persona desarrolla su vida, se debe entender del modo más amplio posible.

Se discute si para los registros particulares o para el registro de un automóvil se debe seguir el mismo régimen que en el caso de un domicilio. A mi entender, según el sentido garantista que imprime al proceso nuestra Constitución, así debe ser.

La búsqueda de información en estos ámbitos de intimidad o de desarrollo personal sólo es admisible si se cuenta con una orden de allanamiento o de registro, esto es, una autorización formal, precisa y circunstanciada del juez —y de ninguna otra autoridad— que permite, en el caso concreto, la violación de tales ámbitos protegidos.

La orden de allanamiento nunca puede ser una orden genérica, ni en cuanto al tiempo ni en cuanto al lugar. Debe estar circunscrita temporalmente. (Esto no significa que deba ser necesariamente expedida para un día determinado, pero tampoco puede ser una orden "abierta", de validez permanente.) Por otra parte, debe determinar con precisión y expresamente el lugar que puede y debe ser registrado.

No sólo debe ser una orden circunscrita espacial y temporalmente, sino que, además, debe ser una orden "circunstanciada". Esto significa que debe contener una referencia expresa al proceso en el cual ha sido ordenada (no pueden existir allanamientos "por fuera" de un proceso) y, además, debe indicar qué es lo que se busca. En modo alguno se trata de una orden genérica que habilita para violar el domicilio de una persona; es la orden específica de buscar determinados objetos, relacionados con una determinada investigación, en un ámbito específico.

Toda orden de allanamiento que no cumpla con estos requisitos y toda la información que sea recolectada por medio de ella o sin contar con una autorización judicial, es una información ilícita que, por lo tanto, no puede ingresar al proceso penal.

Existen, sin embargo, algunos casos en los cuales es posible ingresar a alguno de estos ámbitos de privacidad sin la debida autorización. Son excepciones que se fundan ya sea en razones humanitarias (por ejemplo, cuando se escuchan voces de auxilio o se produce un accidente o una catástrofe y es necesario que la autoridad ingrese al domicilio para prestar socorro), ya sea en razones de necesidad (por ejemplo, cuando se está persiguiendo a una persona y es necesario proseguir su persecución dentro de alguna vivienda o cuando se está cometiendo un delito dentro de una vivienda y es necesario evitar su prosecución o su consumación).

Estos casos, que se conocen como "posibilidades de allanamiento sin orden", son permisos especiales que cuentan con una justificación para la violación de la morada o de la intimidad de la persona. Deben ser excepcionales, deben ser interpretados de un modo restrictivo y los códigos procesales no deben abundar en esta clase de autorizaciones genéricas, ya que resultan fácilmente distorsionadas, desfigurando así todo el sistema de garantías.

En la jurisprudencia de nuestro país se ha discutido largamente acerca del valor que se le ha de dar al consentimiento de la persona para permitir el ingreso a su vivienda. Pareciera que, en principio, el consentimiento de la persona debería bastar para permitir el ingreso a un domicilio. Siempre que se trate, claro está, de un consentimiento libre.

Sin embargo, teniendo en cuenta el desarrollo histórico de esta garantía y muchas de las prácticas actualmente vigentes, cabe exigir algún tipo de prueba de ese consentimiento. Y tal prueba debe estar en manos del funcionario que ha ingresado en el domicilio.

Esto significa que de ningún modo puede evitarse la orden de allanamiento sobre la base de un consentimiento tácito. En última instancia, se debe presumir que las personas no han prestado su consentimiento. Sólo en aquellos casos en los que existe un consentimiento probado y libre se puede admitir la validez de la información recolectada sin una orden de allanamiento.

Hay quienes sostienen que por razones de prevención de posibles conductas ilícitas se debe asumir una postura mucho más estricta y exigir en todos y cada uno de los casos una orden de allanamiento, ya que no se trata de un derecho

disponible por parte de las personas, sino de una de las condiciones de legitimidad del proceso dentro de un Estado de Derecho.

Un régimen especial rige para los lugares de acceso público. Pero al respecto es necesario realizar algunas distinciones. En primer lugar, el régimen de excepción regirá siempre y cuando se trata de los horarios en los cuales ese lugar se encuentre abierto al público. En segundo lugar, de ninguna manera ello podría implicar la facultad de registrar libremente a todas las personas que han ingresado a ese lugar público. Si se trata de buscar algún elemento dentro de un lugar de acceso público sin interferir ni con el desarrollo de las actividades ni con la intimidad de la personas que están en ese lugar, se podrá prescindir de la orden de allanamiento; en cambio, si se trata de registrar, por ejemplo, la mesa de un restaurante o de un bar, sí será necesario contar con la orden de un juez, porque ese ámbito está protegido por la norma que defiende los ámbitos donde se desarrolla la actividad personal de los ciudadanos.

De un régimen similar de protección gozan la correspondencia y los papeles privados de las personas. Se entiende que son manifestación directa de la personalidad y, en consecuencia, no pueden ser examinados ni incautados sin una autorización expresa del juez. Este principio se refiere a todas las formas de comunicación y documentación a través de los cuales se manifieste la persona. Ingresan, pues, dentro del ámbito de protección las cartas, los documentos, los diarios, cualquier otra forma de comunicación escrita, las comunicaciones telefónicas, las comunicaciones magnetofónicas, las comunicaciones por facsímil y también los registros informáticos. Se trata de documentos privados de las personas que no pueden ser alterados ni interferidos sin una expresa autorización judicial.

En estos casos la autorización judicial significa que solamente el juez es la persona habilitada para determinar qué comunicación particular puede ingresar al proceso penal, porque contiene información que puede ser útil, y cuál debe ser devuelta, intacta, a su legítimo poseedor.

La autorización para buscar información en las comunicaciones privadas no puede ser delegada, en modo alguno, en otro funcionario, salvo en cuanto a la colaboración mate-

rial imprescindible para recolectarla. Por ejemplo: si un juez autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas, necesitará de un técnico que la realice; sin embargo, una vez que se hayan tomado los registros de la comunicación, solamente el juez podrá determinar qué información puede ingresar al proceso y cuál no. La violación de esta norma puede invalidar por completo la prueba obtenida mediante la interceptación de las comunicaciones o la investigación de papeles o registros privados del imputado.

Ahora bien: en este campo existen también algunos límites absolutos. Existen ciertas comunicaciones y registros cuya inclusión en el proceso penal es siempre inadmisible. Por ejemplo, las comunicaciones entre el imputado y su defensor, sea cual fuere la vía a través de la cual se realizaren; también, las comunicaciones entre el imputado y aquellas personas que no pueden declarar como testigos porque así lo establece la mayoría de los códigos procesales (por ejemplo, el cónyuge o los hijos del imputado, a menos que sean sus víctimas). Tales comunicaciones, insisto, no son incautables, ni siquiera mediante la autorización de un juez, y en modo alguno pueden ser utilizadas dentro del proceso. En especial, deben ser protegidas irrestrictamente y por todos los medios las comunicaciones entre el imputado y su defensor. De lo contrario, no solamente se violaría un ámbito de intimidad, sino que se estaría menoscabando el ejercicio del derecho de defensa por parte del imputado.

Los nuevos medios tecnológicos que permiten, por ejemplo, registrar secretamente lo que se conversa dentro de un local cerrado, también están sometidos al mismo régimen. Una información obtenida mediante este sistema u otro similar, toda vez que impliquen una intromisión en el ámbito de intimidad de las personas sin autorización judicial, nunca puede ser admitida en el proceso penal.

Tanto para el caso de la violación de correspondencia como para este caso de la intromisión tecnológica dentro de la esfera de intimidad personal, rigen las mismas reglas de exclusión probatoria respecto de la tortura. Y también aquí se debe aplicar en su mayor amplitud la exclusión de la prueba ilícita, no sólo respecto de la información obtenida directamente, sino de todas las informaciones alcanzadas a raíz de la información original que se obtuvo ilícitamente.

XVI. PROHIBICIÓN DE LA TORTURA

Oportunamente hemos destacado que el procedimiento inquisitivo, a la vez que es el que establece con mayor claridad la verdad como un objetivo del proceso, se obsesiona a tal punto por tal búsqueda de la verdad que termina por admitir cualquier tipo de medio para obtenerla.

La tortura es la utilización de medios violentos para obtener de una persona cierta información.

Por "violencia" no se deben entender siempre los casos atroces, que a lo largo de la historia antigua y cercana han ocurrido (golpes, paso de corriente eléctrica y otras tantas aberraciones desarrolladas por el ingenio pervertido de algunos hombres). Por "violencia" se debe entender todo mecanismo que tiende a la anulación de la voluntad de la persona, sea mediante la aplicación de violencia corporal, violencia psicológica o mediante la adecuación de medios químicos o hipnóticos que produzcan una anulación psíquica de la voluntad. Por ejemplo, el empleo de psicofármacos o de la hipnosis deben ser considerados como medios violentos que menoscaban la libertad y, por lo tanto, englobados con los demás medios violentos de obtención de la información.

Por otra parte, no importa, para la evaluación de la tortura, la clase de información que se pretenda obtener con ella. Toda información que se obtenga mediante tortura es una información inválida para el proceso penal, sea que se refiera al propio imputado, o que se refiera a otra persona o aun a otro asunto o circunstancia. El solo hecho de obtener información mediante la utilización de medios violentos es, de por sí, suficiente para anular tal información.

De la mano del tema de la tortura se han discutido en nuestro país los alcances de esta clase de información. Para algunos, la invalidez de la información obtenida debe referir-

se a los aspectos más inmediatos, relacionados con el propio imputado, sin que se anule la información con relación a todos los casos y todas las circunstancias, menos aun si otros hechos han venido a corroborarla. Por ejemplo: se tortura a una persona que confiesa dónde está escondido el botín del robo, luego de lo cual la policía procede a rescatarlo. Hay quienes dicen que esa comprobación posterior hace que la información adquiera eficacia que no puede ser desconocida.

Sin embargo, la ilicitud de la prueba obtenida por medios violentos debe ser lo más amplia posible. No sólo debe invalidar la información directa lograda mediante la tortura, sino también cualquier otra información que se consiga en virtud de la información originalmente obtenida en forma violenta.

En el ejemplo precedente no es admisible utilizar la información obtenida del torturado para encontrar el botín.

Esta amplitud de las reglas de exclusión de la prueba ilegítima, conocida también como la "teoría de los frutos del árbol envenenado", tiende a proteger a las personas mediante el mecanismo de quitarle todo tipo de validez a la información obtenida de este modo. Constituye, quizás, uno de los sistemas más eficaces para prevenir la tortura. Porque ésta se ha sostenido a lo largo de la historia, precisamente, porque a la postre resulta un medio "eficaz" para llevar adelante el proceso. Y toda vez que el proceso penal cede ante la eficacia, la tortura reaparece bajo formas brutales o sutiles.

Mediante la exclusión amplia de esta clase de información, el proceso penal acentúa su carácter garantista y protege al individuo.

La prohibición de la tortura no es un derecho disponible por parte del imputado. Aun en el caso de que un imputado, por ejemplo, no tuviera otra forma de probar su inocencia que someterse a la tortura, no por eso el proceso penal podría admitirla. Existe una imposibilidad derivada de las condiciones de legitimidad de un proceso judicial dentro de un Estado de Derecho, que impide que estos mecanismos sean utilizados, aun cuando el imputado lo consienta.

Esto, que se ve muy claro respecto de la tortura "clásica", plantea algunas dudas respecto de otros mecanismos que menoscaban la voluntad pero sin violencia. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si un imputado solicita ser sometido a hip-

nosis para demostrar con las declaraciones que haga durante el sueño hipnótico que efectivamente es inocente? O bien, ¿qué pasaría si el propio imputado solicita que se le aplique un "suero de la verdad" para demostrar que no miente? En estos casos, ¿es admisible el consentimiento o se trataría también de una prueba inaceptable?

Aquí es necesario hacer una distinción. La utilización de medios violentos para obtener información es inadmisible *per se*. La utilización de medios no violentos que venzan la voluntad consciente del declarante no tiene la misma inadmisibilidad absoluta. Podría ser conceptualmente admisible la utilización de un medio de este tipo, cuando existe el consentimiento —prestado en forma acreditadamente libre— por parte del imputado, siempre que tal recurso solamente se utilice para la defensa y se garantice su eficacia e inocuidad. Es decir, siempre que se lo rodee de un conjunto de circunstancias que fortalezcan su carácter de instrumento de defensa.

Ahora bien: en un orden distinto de consideraciones, es evidente que no es prudente permitir la aplicación de este tipo de medidas, porque su uso extensivo podría degenerar fácilmente, sea porque no es fácil garantizar que sólo será utilizada para la defensa del imputado, sea porque tampoco es fácil garantizar el libre consentimiento de la persona.

Podemos concluir que, si bien la utilización de estos medios con el consentimiento del imputado y a favor suyo en modo alguno está en el mismo nivel que la tortura, resulta prudente evitar su empleo, al menos en el contexto de nuestros países.

Subsiste el problema de los casos en que éste sea el único medio de que dispone el imputado para construir su defensa. Creo que en esa situación, una decisión judicial cautelosa y previsora de cada una de las situaciones concretas podría autorizarla, sin necesidad de que se haya previsto una autorización general en la ley.

1. *Principios que limitan el uso de la fuerza durante el proceso penal*

En capítulos anteriores hemos analizado dos ideas básicas para comprender el régimen de las medidas de coerción durante el proceso penal.

En primer lugar, encontramos la idea de juicio previo: nadie puede ser condenado sino luego de un juicio al cabo del cual una sentencia declare su culpabilidad.

En segundo lugar, como correlato del principio mencionado, el principio de inocencia: ninguna persona puede ser considerada culpable ni tratada como tal sin que antes se haya declarado tal culpabilidad en una sentencia, luego de un juicio.

En consecuencia, pareciera que, en virtud de estos principios, resulta imposible aplicar durante el proceso la fuerza propia del poder penal.

Sin embargo, nuestra propia Constitución establece normas que solamente se entienden si se parte del supuesto de que es posible aplicar ciertas medidas de fuerza durante el desarrollo del proceso penal. Nos encontramos aquí con una de las cuestiones más difíciles de justificar y de fundamentar dentro del marco de un proceso penal garantista. Se trata de la *prisión preventiva*, es decir, el encarcelamiento de una persona para asegurar que comparezca al juicio, asegurar que la pena va a ser cumplida, y que una y otra circunstancia no se verán frustradas por una eventual fuga del imputado.

En consecuencia, la prisión preventiva aparece como una clara limitación al principio de inocencia y al principio de juicio previo. No se puede afirmar que estos principios tengan una vigencia absoluta, porque la propia Constitución establece la posibilidad de aplicar el encarcelamiento durante el proceso penal.

Ahora bien: es necesario hacer aquí una referencia muy directa a nuestra práctica diaria. En la realidad de nuestros sistemas procesales, la prisión preventiva es una medida habitual, aplicada con un altísimo grado de discrecionalidad y, en última instancia constituye, en muchos de los casos, la verdadera pena. Este fenómeno se ha denominado "los presos sin condena" y su proporción, en Latinoamérica, va desde el 60 al 90 % del total de los encarcelados. Esto demuestra que en modo alguno se trata de una medida excepcional admitida dentro de la Constitución, sino que es una de las manifestaciones más duras y fuertes del poder penal del Estado.

Se hace imperioso reflexionar acerca de si todavía es posible seguir considerando la prisión preventiva como una

simple "medida cautelar", cuando en la realidad cotidiana está cumpliendo con las finalidades de una verdadera pena.

Creo sin embargo que, dentro de una visión realista, se puede y se debe establecer con claridad los principios que rigen la aplicación de medidas de coerción durante el proceso penal. En particular, los principios que regulan la aplicación de la prisión preventiva. Si vivimos una realidad que distorsiona continuamente el sistema constitucional, no por ello debemos distorsionarlo para adecuarlo a la realidad. Una de las funciones del Derecho consiste, también, en mantener una relación de tensión respecto de la realidad en un intento permanente por configurarla según sus principios, aunque esto sea una utopía siempre inalcanzable.

En consecuencia, el primer principio para la comprensión de las medidas de coerción en el proceso penal —en particular, el encarcelamiento preventivo— debe ser, siempre, su *excepcionalidad*. Dentro del sistema constitucional, tanto la prisión preventiva como la detención, deben ser *excepcionales*.

Es necesario realizar aquí una aclaración: a lo largo del proceso penal, la aplicación de medidas de coerción —es decir, de fuerza directa sobre el imputado— puede tomar diversas formas, de diferente grado de intensidad. Cuando el imputado o un testigo son citados para comparecer obligatoriamente ante un tribunal, de modo tal que si no lo hace será llevado por la fuerza pública, ya se puede considerar que existe aplicación de fuerza. Esta situación es parte de las medidas de coerción que se pueden aplicar durante el proceso penal y, en consecuencia, está sometida también a ciertos requisitos: no se puede citar a las personas "por cualquier cosa" y sin indicar concretamente el motivo de la citación, tampoco sin indicación clara acerca de lugar donde deben presentarse. Tampoco se puede utilizar la fuerza para hacer comparecer a una persona si no existen razones comprobadas de que su incomparecencia no estuvo justificada.

Existe otra medida de coerción que avanza en el grado de intensidad, y es *la detención*, el arresto. Se trata de la privación de la libertad de un imputado, generalmente en los momentos preliminares o iniciales del proceso, para realizar las primeras investigaciones o para someterla al juez y buscar el dictado de la prisión preventiva. Nuestra Constitución contiene al respecto una norma muy específica: afirma que nadie puede ser arrestado sino en virtud de "orden escrita de autoridad competente".

Respecto de ello se ha planteado una discusión acerca de cuál es el sentido de las palabras "autoridad competente". ¿Se refiere a cualquier autoridad que se expida por escrito, y la norma determina tan sólo que la competencia de tal autoridad deberá haber sido determinada con anterioridad al hecho que motiva el arresto? ¿O la norma establece que el arresto sólo puede ser autorizado por los jueces?

Pareciera que el único modo de conciliar el carácter excepcional de la medida de coerción con la norma constitucional consiste en interpretar que lo que se exige en la disposición comentada es una atribución de competencia a los jueces. Si son los jueces quienes tienen a su cargo la vigencia de los principios de juicio previo y de inocencia, es coherente —más aún dentro de la lógica de las garantías— que sean los jueces y sólo ellos quienes autoricen medidas excepcionales como la que tratamos. Carecería de sentido que se les encomendara a los jueces la preservación de estos principios y se concediera a cualquier autoridad la posibilidad de autorizar las excepciones.

Por lo tanto, la interpretación correcta de la norma constitucional indica que solamente se puede privar de la libertad a las personas mediante una autorización judicial.

El tercer grado —y el más importante— de afectación de la libertad es la *prisión preventiva* —también llamada encarcelamiento preventivo o prisión provisional—. La prisión preventiva es la privación de la libertad a que se somete a una persona a fin de asegurar el cumplimiento de ciertas finalidades preestablecidas dentro del proceso penal. A continuación analizaremos los principios que deben regir la aplicación de este tipo de encarcelamiento.

1.1. **Prisión preventiva** [1]

Hemos visto ya que todas las medidas de coerción son, en principio, excepcionales. Dentro de esa excepcionalidad,

[1] Bovino, Alberto: "El encarcelamiento preventivo", en *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 121.

Cassel, Douglas: "El Derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva", Ponencia al 1er. Congreso Iberoamericano de Derecho Penal, Guatemala, 1995.

Pastor, Daniel: "El encarcelamiento preventivo", en AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 43.

la utilización de la prisión preventiva debe ser mucho más restringida aún. Para asegurar esta restricción deben darse dos órdenes de supuestos.

En primer lugar, no se puede aplicar la prisión preventiva si no existe un mínimo de información que fundamente una sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho y de la participación del imputado en él. Éste es un límite sustancial y absoluto: si no existe siquiera una sospecha racional y fundada acerca de que una persona puede ser autor de un hecho punible, de ninguna manera es admisible una prisión preventiva.

Pero no basta, sin embargo, con este requisito. Por más que se tenga una sospecha fundada, tampoco sería admisible constitucionalmente la prisión preventiva si no se dan otros requisitos: los llamados "requisitos procesales". Estos requisitos se fundan en el hecho de que ese encarcelamiento preventivo sea directa y claramente necesario para asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena.

Por lo general, los autores distinguen dos motivos, entre los citados requisitos procesales que se deben agregar al requisito sustancial del grado suficiente de sospecha. El primero es el peligro de fuga, y el segundo, el peligro de entorpecimiento de la investigación.

En realidad, dentro de nuestro sistema constitucional, solamente el primero puede constituir un fundamento genuino para el encarcelamiento preventivo. El entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Además, es difícil de creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad.

Distinta es la consideración respecto del peligro de fuga. Ya hemos visto que el Estado se encuentra con un límite absoluto que es la imposibilidad de realizar los juicios en ausencia. No se pueden realizar los juicios penales en rebeldía del imputado. En consecuencia, aquí el imputado tiene efectivamente un poder real para obstaculizar el desarrollo del proceso e impedir la aplicación de una pena. En consecuencia, la prisión preventiva sólo es admisible cuando se trata de un mecanismo excepcional y restringido que tiende a evitar la fuga del imputado.

Esto siempre y cuando, claro está, que se trate de una fuga que obstaculiza el proceso y no de cualquier tipo de fuga. Solamente se puede sostener que una prisión preventiva responde al diseño constitucional cuando está fundada en estas razones.

Ahora bien, es común encontrar en los códigos procesales normas que distorsionan el diseño constitucional de este mecanismo procesal. Algunas de las formas de distorsionar el diseño constitucional del encarcelamiento preventivo son las siguientes: *1)* establecer ciertos delitos como "inexcarcelables", es decir, establecer una presunción absoluta por la cual, en el caso de ciertos delitos graves —como el homicidio, el contrabando agravado o cualquier otro según las circunstancias—, no se puede otorgar la libertad; *2)* permitir que se aplique la prisión preventiva no cuando existe peligro de fuga, sino cuando existe una alarma social respecto del hecho —o cuando los medios de comunicación se han dedicado a exacerbar los sentimientos de inseguridad de la población dándole excesiva publicidad al hecho—; una prisión preventiva en este caso sería inconstitucional porque lo que se estaría haciendo, en realidad, sería aplicar una pena anticipada fundándose en razones de prevención general; *3)* ciertas fórmulas que utilizan algunos códigos procesales para justificar la prisión preventiva como "evitar la comisión de nuevos hechos punibles" o fundándose en "la peligrosidad del autor"; éstos, además de ser criterios puramente subjetivos —porque toda apreciación sobre el futuro es, en última instancia, indemostrable—, implican la utilización de la prisión preventiva como una medida de seguridad predelictual; en última instancia, es lo mismo que aplicar medidas de seguridad a

quienes son "vagos" o "maleantes", o a quienes han cometido hurtos reiterados o son delincuentes habituales, e implica claramente una distorsión del régimen constitucional de la prisión preventiva.

Vemos, en consecuencia, que si la prisión preventiva es admitida constitucionalmente, lo es sólo excepcionalmente y con muchas restricciones.

Existe un tercer principio que regula la aplicación de este mecanismo: el *principio de proporcionalidad*: la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión.

Aquí el concepto de "violencia" queda abierto. Porque es discutible si, en ciertos casos de multa muy abultada ésta es o no "más violenta" que una pena de prisión muy leve y si en tales casos es admisible o no la aplicación de una medida de coerción como el encarcelamiento preventivo.

Lo cierto es que el principio es claro: la medida de coerción no puede superar en violencia a la pena y son los jueces los que deben determinar este "equilibrio". No obstante, de este principio se han sacado consecuencias prácticas muy sencillas y muy directas: si se trata de delitos que tienen previstas penas menores o penas de multa leve, resulta claramente inadmisible la aplicación de la prisión preventiva. Si en el caso concreto se espera una suspensión de la pena, tampoco existirá fundamento para encarcelar preventivamente al imputado.

Un cuarto principio que rige el régimen constitucional de la prisión preventiva es el de la *necesaria limitación temporal*. Toda persona sometida a proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.

La aplicación práctica de este principio ha mostrado la necesidad de establecer límites temporales absolutos para la prisión preventiva, no ligados directamente con la duración del proceso. En nuestra historia judicial han existido casos extremos de procesos que han durado cinco, siete y diez años, implicando una prisión preventiva de igual duración. Finalmente, la propia Corte Suprema ha reaccionado y ha puesto límites concretos en función de este principio de limitación temporal, estableciendo que el encarcelamiento preventivo no puede tener la misma duración que todo el proceso. Toda prisión preventiva que se extienda más allá de un cierto límite temporal —el promedio admitido actualmente oscila entre el año y año y medio y los dos años— se convierte de hecho en la aplicación de una pena, puesto que se ha entendido que éste es un lapso razonable como para que un proceso penal finalice, aun si se trata de un proceso complejo o dificultoso.

Existe, finalmente, un quinto principio básico en el diseño constitucional de la prisión preventiva, que consiste en la necesidad de darle un tratamiento adecuado al encarcelado preventivamente. Según hemos visto, si bien la prisión preventiva constituye efectivamente una limitación al principio de inocencia, esta afectación debe ser lo más limitada, excepcional y restringida posible. Por lo tanto, hay que evitar, en cuanto sea posible, que la prisión preventiva se asemeje a una pena.

Esto es casi imposible; el solo hecho de la privación de la libertad hace que el encarcelamiento preventivo sea semejante a una pena. Sin embargo, existen ciertas orientaciones respecto del trato que debe recibir esta clase de encarcelados, que deben ser necesariamente atendidas. El preso en prisión preventiva debe ser tratado de modo tal que se minimicen todos los efectos propios de la privación de la libertad. Así como existe el principio de humanización de las cárceles en lo que respecta a la pena, también existe un principio de minimización de la violencia a que está sometido el preso en prisión preventiva.

Este principio tiene consecuencias muy concretas, tales como la imposibilidad de imponer restricciones a la correspondencia, a las visitas —salvo las que deriven de elementa-

les razones de disciplina de un determinado establecimiento carcelario—; asimismo, las limitaciones ambulatorias o de trabajo dentro del establecimiento, o en cuanto a las comodidades que el mismo imputado pueda procurarse, deben ser las mínimas posibles. La prisión preventiva debe ser lo menos semejante a una pena que sea posible, para conservar su legitimidad constitucional. Cuando la prisión preventiva se asemeja por completo a una pena en su ejecución concreta, pierde legitimidad constitucional del mismo modo que la perdería por la falta de los requisitos sustanciales, procesales, por su excesiva duración, el carácter no excepcional, el carácter no restrictivo o la falta de proporcionalidad. Este principio que rige la ejecución de la prisión preventiva se encuentra en el mismo nivel que los restantes, desde el punto de vista del diseño constitucional. Todos estos principios deben ser respetados para que la prisión preventiva resulte constitucionalmente admisible, aunque siempre debe quedar claro que toda prisión preventiva, en cualquier caso, es siempre una resignación de los principios del Estado de Derecho. No hay una prisión preventiva "buena": siempre se trata de una resignación que se hace por razones prácticas y debido a que se carece de otros medios capaces de asegurar las finalidades del proceso.

Ahora bien: el hecho de admitir esta "resignación" que la Constitución prevé, no significa que debamos aceptar la práctica extendida de la prisión preventiva, que constituye, probablemente, la más grave distorsión del Estado de Derecho que puede darse dentro del ámbito del proceso penal.

Existe, en las leyes más recientes de ejecución de penas, una peligrosa tendencia a asimilar totalmente el régimen de tratamiento del preso preventivo al régimen de tratamiento del condenado. El peligro radica, precisamente, en la tendencia a desdibujar las fronteras entre una y otra clase de prisión cuando tales fronteras deben marcarse con claridad. Ciertamente existen razones de tipo práctico que llevan a la necesidad de incorporar al preso preventivo a la vida del propio establecimiento carcelario, y esto debe ser tomado en cuenta. En todo caso, debe preservarse el principio de que todo derecho que tiene el condenado lo tiene también —y con mayor razón— el preso preventivo. En otras palabras: si el

condenado tiene el derecho a trabajar, más aún lo tiene el preso preventivo; si el condenado tiene derecho a divertirse, con mayor razón lo tiene el preso preventivo. Lo que no se puede admitir en modo alguno es que el imputado comience a ser clasificado, a ser sometido a tratamiento, es decir, a ser tratado dentro de la cárcel como si fuera un condenado.

La necesidad de tener sobre el tema una visión realista y de abandonar las ficciones que pretenden explicar la prisión preventiva como si se tratara de una medida cautelar como el "embargo", no significa que conceptual y políticamente no debamos tener en claro las diferencias esenciales que existen entre la prisión preventiva y la pena.

El fundamento de este último principio básico, que rige la ejecución de la prisión preventiva, está en la propia Constitución, puesto que la norma que establece que "las cárceles deben ser sanas y limpias", y que su objetivo debe ser la seguridad de los encarcelados y no su tormento, tiene una aplicación mucho más directa y específica en el caso particular del preso preventivo. Más aún, es probable que esta norma constitucional haya sido redactada específicamente para regir el caso de la prisión preventiva. No obstante, pese a esta sabia previsión constitucional, el tratamiento del preso preventivo ha sido sumamente descuidado y aun los propios códigos procesales han sido muy escuetos a la hora de establecer con claridad las normas que deben regir esta ejecución. Del mismo modo, ni la ley penitenciaria ni los códigos de ejecución de la pena de las distintas provincias —salvo los más modernos— han determinado con precisión el tratamiento del preso preventivo.

En consecuencia, podemos concluir que, si bien es posible aplicar dentro del proceso la fuerza propia del poder penal, como una resignación clara por razones prácticas de los principios del Estado de Derecho —es imprescindible admitirlo—, se debe tener en cuenta que tal aplicación de la fuerza, en particular la prisión preventiva, sólo será legítima desde el punto de vista de la Constitución si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada a la violencia propia de la condena, si respeta los requisitos sustanciales —es decir, si hay una mínima sospecha racionalmente fundada—, si se demuestra claramente su

necesidad para evitar la fuga del imputado, si está limitada temporalmente de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de una pena. Solamente si se cumplen en conjunto todos y cada uno de estos requisitos, se estará respetando el diseño constitucional del uso de la fuerza durante el proceso penal.

Cuarta Parte
EL RÉGIMEN DE LA ACCIÓN

XVII. EL RÉGIMEN DE LA ACCIÓN PENAL

1. *El problema de la acción*

La importancia del concepto de acción, que generó en otros tiempos debates y una discusión científica extendida, fue perdiendo vigencia paulatinamente. Sin embargo, tras el concepto de acción mismo y en el fondo de aquellos debates, existía una preocupación de singular importancia que hoy es necesario rescatar, en especial desde el Derecho procesal penal, que si bien no tuvo una reflexión propia sobre este punto, es afectado profundamente por él en diferentes niveles.

Para enfocar el tema de la acción en su verdadera profundidad político-criminal es necesario todavía remontarse a algunos de aquellos debates. Hoy, después de más de doscientos años de cultura de la legalidad (es decir, del modelo normativo que se impone después de la Revolución Francesa y del predominio que adquiere el Parlamento como un centro de la formulación de las leyes y de estas como el instrumento racionalizador por excelencia de la vida política), nos parece bastante obvia la separación entre las fórmulas normativas en abstracto y la facultad que tienen los individuos de reclamar cuando sus derechos han sido violados invocando esas fórmulas normativas.

Sin embargo esta separación no siempre fue tan clara ni tan precisa en el desarrollo histórico de los sistemas normativos, y menos aún en el Derecho romano, para el cual la existencia de ese derecho y las facultades de protección eran una unidad. Además, éste ha sido y sigue siendo el concepto más natural y básico de "derecho", y el que todo ciudadano común sostiene y entiende.

Durante mucho tiempo la idea de que un derecho está íntimamente ligado a la facultad de lograr una reparación del daño —cuando ese derecho ha sido violado— o de solici-

tar que alguna autoridad restablezca su ejercicio, se mantuvo sólidamente. Sin embargo esa relación fue motivo de discusiones y debates hasta bien entrado el siglo XIX, cuando se discuten las nuevas bases de la legislación moderna (y otras similares tales como el concepto de derecho subjetivo o el problema de la codificación) y se adoptan progresivamente los Códigos de Napoleón como base de todo el modelo de legislación, estableciendo renovados fundamentos al sistema normativo y al pensamiento jurídico.

Estas discusiones no eran meramente teóricas: hoy mismo, si nosotros analizamos la realidad de nuestro país podremos observar que la situación es notoriamente similar. La discusión sobre la visión de los derechos formalmente reconocidos o proclamados y el punto de vista del ejercicio de esos derechos o la facultad de reclamar frente a su violación, sigue vigente y tiene cada día mayor actualidad.

Notemos que no es lo mismo el *status* del ciudadano si analizamos sus derechos consagrados (hoy con abundancia y detalle), que si observamos la posibilidad que la mayoría de esos mismos ciudadanos tiene de solicitar que esos derechos se vuelvan efectivos, o de reclamar con posibilidades de éxito su reparación en los tribunales o por alguna autoridad.

El problema de la acción en consecuencia es un problema central dentro de los sistemas normativos; no es, como se ha creído, un problema accesorio, ni es un problema netamente procesal. Sin duda es un punto de conexión entre la formulación de los sistemas normativos y su efectiva vigencia y nos señala qué tipo de poder tiene el individuo para lograr que esos sistemas normativos sean vigentes. *Es la llave maestra del* status *normativo del ciudadano.*

Si en el Derecho moderno, mucho más en nuestro país y en otros países de Latinoamérica la relación entre validez y eficacia del Derecho es una relación traumática y crucial para dotar de legitimidad al Estado de Derecho y de credibilidad al sistema normativo, el problema de la acción es el nombre que tiene el conjunto de técnicas y regulaciones normativas y de principios políticos que establecen cómo el individuo puede lograr que esa brecha se reduzca.

Desde el punto de vista conceptual la discusión acerca de la naturaleza de la acción ha sido intensa, prácticamente no existe libro de Derecho procesal que no intente tomar parti-

do en la polémica sobre la naturaleza de la acción y sobre la función que el régimen de la acción desempeña en el sistema procesal. Como dijimos, fue durante el siglo XIX cuando se desarrolló la discusión sobre el concepto de acción. Por un lado, como un concepto autónomo y abstracto vinculado a la tutela judicial o como una dimensión dinámica (el Derecho en armas), y por otro como el mismo concepto del derecho subjetivo, nada más que visto desde sus potencialidades, desde sus posibilidades de lograr siempre restablecerse como derecho cuando ha sido violado.

La "polémica sobre la *actio*" (Windsheid- Muther) no era ajena a la aparición de las grandes estructuras judiciales. También en el siglo XIX comienza una nueva etapa en la tecnificación y la estructuración de las grandes burocracias judiciales vinculadas a una nueva etapa de fortalecimiento del Estado moderno o de la aparición de los nuevos Estados nacionales tales como Alemania o Italia.

Si bien conceptualmente pareciera que la afirmación de un derecho a la tutela judicial en abstracto (o como más modernamente se ha señalado, como parte del Derecho constitucional de petición), fortalece la idea de que el ciudadano está protegido por el sistema judicial y que tiene un derecho nuevo que es el de poner en movimiento el aparato judicial, esta fórmula de abstracción también tuvo el efecto contrario, es decir, fortaleció la creencia de que se podía tener un derecho aunque ese derecho no tuviera ninguna vigencia ni posibilidad fáctica real de ejercerlo.

Si uno define los derechos por las acciones y toma conciencia de que no tiene ninguna acción para proteger su derecho, simplemente diría que no tiene el derecho. Si yo no tengo ninguna acción que me permita proteger la propiedad, no tengo un derecho a la propiedad. Por eso básicamente en el Derecho romano se definían antes que nada las acciones y se llega al concepto de derecho subjetivo por las acciones que tiene el individuo para protegerse.

Algunos romanistas señalaron este problema y por eso entendían que no era posible separar el concepto de acción del núcleo del derecho subjetivo al que estaba vinculado, que si ello sucedía en realidad la autonomía de ese concepto de acción no iba a significar un fortalecimiento de los derechos subjetivos, sino más bien un debilitamiento del concepto mismo de ese derecho. Se ha señalado que esta "autonomía"

del concepto de acción es la base de la autonomía del Derecho procesal; pero esa autonomía de la acción es también la base de la degradación de la judicialidad.

Si analizamos la historia del desarrollo institucional de nuestros países podemos ver cómo esta tendencia a creer que los derechos existen sin que uno tenga la posibilidad de reclamarlos cumplió una función importante en el ocultamiento de las formas autoritarias y en la persistencia de un Estado de Derecho ficticio o de una democracia puramente formal.

Es en este debate en donde interviene Chiovenda con un ensayo famoso, "La acción en el sistema de los derechos", que constituye un punto importante en el desarrollo del Derecho procesal y que es tomado en cuenta posteriormente por todos los procesalistas poniéndole nuevas bases al tema de la acción. Chiovenda pretende saldar esta discusión o encontrar un punto de encuentro reconociendo la autonomía del concepto de acción (esto sin duda es cierto, porque conceptualmente es posible generar un concepto de la acción diferente del concepto mismo del derecho subjetivo). Pero a su vez Chiovenda hace hincapié sobre el carácter de poder individual que subyace en la acción. Ella se convierte, entonces, en un poder que acompaña a todo derecho: hace que sea el poder que el individuo tiene para que todos los mecanismos y aparatos del Estado preocupados por la vigencia del sistema normativo se pongan en marcha para proteger el derecho vulnerado.

En realidad el intento de Chiovenda de armonizar las discusiones no salva al problema central, ya que no se trataba exclusivamente de un problema teórico. Era necesario establecer un mecanismo que permitiera, a partir del reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre de 1789, el desarrollo creciente de esos derechos sin que las tensiones sobre el sistema político fueran tan grandes que provocaran una transformación de la sociedad. Estas tensiones se produjeron durante la Revolución Francesa y quedaron instaladas como el problema político central desde entonces.

Cabría preguntarse si es necesario volver a la idea de que el derecho que no puede ser efectivamente ejercido no es un derecho. ¿Qué hubiera ocurrido con el desarrollo creciente de los derechos fundamentales si no se hubiera inventado esta válvula de escape que permite el avance de las formula-

ciones normativas sin que la realidad política y social o económica tenga que adecuarse necesariamente a ellas?

Hoy una de las tareas principales de la ciencia jurídica en general y también del Derecho procesal es desarrollar mecanismos y esclarecer ideas que permitan revertir este camino, es decir, reducir la brecha que existe entre la proclamación de derechos y su efectiva vigencia.

Volver a pensar el debate sobre el concepto de acción y elaborar un concepto de acción que no esté separado del contenido de los derechos es uno de los mecanismos para comenzar este camino.

2. *Acción penal: facultades del Estado*

Esta abstracción del concepto de acción sirvió además para contribuir a otro proceso paralelo, pero en el fondo vinculado por las mismas circunstancias y razones políticas. Si se desvincula el concepto de acción de los derechos concretos que debe proteger, entonces ese concepto de acción es fácilmente utilizable por el Estado mismo.

El siglo XIX, así como adopta un nuevo modelo procesal denominado sistema mixto o inquisitivo reformado, el cual contiene algunos elementos de los viejos sistemas acusatorios de tipo romano-germánico, reafirma por otra parte la participación del Estado y la repotencia.

Los llamados sistemas acusatorios formales, es decir aquellos que adoptan la dinámica de los sistemas acusatorios, pero le entregan la parte que le corresponde a la víctima al Ministerio Público para que la ejerza en nombre del Estado, reafirman la participación estatal y en el fondo son profundamente inquisitivos.

El concepto de acción penal pública se convierte entonces en uno de los elementos fundamentales de soporte de la legitimación de la acción del Estado en el proceso penal.

Un Estado que por un lado asume el poder de requerir y por el otro el poder de juzgar (poder requirente y poder jurisdiccional en manos del Estado); se garantiza el monopolio de la persecución penal. Se ha pretendido fundamentar este monopolio en la necesidad de reducir los niveles de violencia que el delito genera por sí mismo (v. gr. venganza, etc.). Este argumento que en un plano también abstracto puede tener una mayor fuerza, cede inmediatamente ante la simple consta-

tación de que ha sido el Estado el mayor productor de violencia inútil en el desarrollo de los sistemas penales.

Hoy entonces nos encontramos con un Derecho penal y un Derecho procesal penal fundados de un modo casi exclusivo sobre el concepto de acción pública. Sin embargo es ese mismo concepto de acción pública el que debemos criticar y reformular conforme lo hemos señalado en el punto anterior. Ya se trate de que adoptemos un concepto autónomo de acción o ya sea que adoptándolo asumamos la tesis chiovendana de que se trata siempre de un poder individual, el concepto de *acción penal pública* es, como lo dice el mismo Chiovenda, *un concepto impropio.*

Justamente el sistema penal, señalaba este autor, es un ejemplo de una parcela del Derecho que puede funcionar sin el concepto de acción, porque éste es siempre el poder individual de poner en marcha los mecanismos que el Estado pone a su disposición para que la ley se cumpla efectivamente. Desde esta perspectiva, acción en sentido propio solamente es aquella que en el ámbito del Derecho penal llamamos "acción privada", como facultad de la víctima para poner en marcha la persecución penal. Se debe utilizar otro concepto distinto del de acción para referirse a la facultad del Estado para intervenir en los procesos penales, tanto como para describrirla como para fundarla.

No se puede equiparar estas facultades de la víctima, el derecho de acción que esta víctima tiene, con la simple facultad de denunciar. En primer lugar porque la facultad de denunciar la tiene todo ciudadano, y en última instancia no ejerce con ella ninguna facultad de persecución sino que simplemente pone en conocimiento de los órganos de persecución penal del Estado la noticia de un delito.

La adopción de un concepto de acción de este tipo tiene consecuencias muy importantes: en primer lugar modifica el papel de la víctima dentro del proceso penal. Normalmente se acepta de un modo acrítico la existencia de las facultades del Estado para llevar adelante la persecución penal y se discute con precisión qué papel puede tener la víctima dentro del proceso penal. En realidad, la discusión debe ser inversa: se debe aceptar que la víctima siempre tiene el derecho de poner en funcionamiento los órganos de persecución penal del Estado y de provocar el poder jurisdiccional (sin duda con los límites que un proceso penal establezca) y lo que se

debe justificar es la participación del Estado a través del Ministerio Público ya sea porque la víctima es débil en sí misma, ya sea porque se trata de una víctima comunitaria con una debilidad de gestión, o porque se trata de una víctima que es la más indefensa de todas como es la sociedad en su conjunto. Pero de todos modos siempre se debe reconocer la existencia de ese poder individual como la base de la organización de un sistema verdaderamente acusatorio.

Esta misma idea fue sostenida con absoluta claridad por Carrara, que en su *Programa* señalaba que lo que se debía justificar era cuánta participación debía tener el Ministerio Público en el proceso, y no qué participación debía tener la víctima, ya que esto resultaba de la propia naturaleza de los sistemas acusatorios.

Esta inversión del problema de la víctima dentro del proceso penal es la primera consecuencia de una redefinición de la acción, y como se advierte fácilmente le da nuevas bases al Derecho penal y al Derecho procesal penal. Una segunda consecuencia importante es la que tiene que ver con la distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la acción penal.

Se ha aceptado también de un modo acrítico que en la medida que le corresponde al poder federal establecer los delitos y las penas también le corresponde establecer el concepto de acción. Básicamente porque se está pensando en el concepto de acción como una pura facultad del Estado vinculada a la eficacia de la persecución penal y, por lo tanto, si tiene la competencia para fijar los delitos es razonable —dice Soler— que tenga la competencia para establecer las condiciones que están estrechamente vinculadas a la eficacia de la punición.

Sin embargo una vez que hemos adoptado el concepto clásico de acción llegamos a la conclusión de que no necesariamente se debe aceptar que el régimen de la acción sea un poder federal. En primer lugar porque si se trata de un poder individual, toda nuestra Constitución Nacional en cuanto se trata del ejercicio de poderes individuales no está organizada desde el Estado federal hacia el municipio, sino al contrario, desde las estructuras municipales hacia el Estado federal que es el más restrictivo y último.

Por otra parte, si se ha aceptado que deban ser las mismas provincias quienes deban organizar el proceso es razo-

nable también que ellas organicen el poder requirente y así sea aceptado sin mayor discusión.

Si la acción está vinculada al poder requirente de los ciudadanos de cada provincia, es lógico que sea cada Estado provincial el que deba establecer las condiciones que llevan a poner en marcha los órganos de persecución penal y el poder jurisdiccional que ellas han organizado. Se ha señalado que esto generaría desigualdades dentro del proceso. Sin duda en todo régimen federal el problema de la desigualdad en la aplicación de la ley es un problema intrínseco a la propia estructura federal. La existencia de regímenes excarcelatorios distintos en una provincia o en otra también genera desigualdades, o la existencia —como también ocurre en nuestro país— de procesos inquisitivos en una provincia y otros de mayor contenido acusatorio, genera desigualdades aún mayores. Para ello existe un órgano encargado de preservar la aplicación igualitaria de las normas constitucionales y en especial de los derechos individuales, que es la Corte Suprema nacional, y un recurso que sirve especialmente para poner en manos de los litigantes el remedio para esas situaciones, que es el recurso extraordinario. Por lo tanto el argumento de la desigualdad es aplicable a muchas otras instituciones y es un problema central de los regímenes federativos que no tiene por qué influir específicamente en la regulación de la acción.

En la medida que las provincias van adoptando sistemas acusatorios que le dan al Ministerio Público un papel preponderante en la organización de la investigación y en la persecución penal se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso federal quien establezca, por ejemplo, las prioridades (principio de oportunidad) de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales y a las propias características y organización del derecho de los órganos requirentes y judiciales de cada provincia y sus posibilidades de actuación. En la medida en que nuestro país estaba inmerso en sistemas inquisitivos las doctrinas que señalaban que la regulación de la acción penal, en tanto pensada exclusivamente como acción penal pública, era poder federal, parecían razonables porque el papel del Ministerio Público —y con mucha más razón el papel de la víctima— era absolutamente irrelevante.

En los sistemas inquisitivos, como también señalaba Calamandrei, en realidad lo que ocurre es que son sistemas sin acción, y por lo tanto la apropiación del régimen de la acción por parte del poder federal aparecía como un elemento absolutamente natural, intrínsecamente ligado a la determinación de los delitos y de las penas. Una tercera consecuencia de esta reconceptualización de la acción tiene que ver con el análisis de las condiciones de legitimidad del ministerio público. Se ha discutido muy poco acerca de cuáles son las razones que justifican la participación del Estado a través de los fiscales en un proceso. La discusión ha girado alrededor de si el fiscal era abogado del Estado o de la sociedad y se ha dejado de lado el problema de la relación entre el Ministerio Público y la víctima. Por el contrario, si la víctima es la dueña natural de la acción —y al decirlo se entiende que ese poder de poner en marcha los organismos de persecución penal y de jurisdicción debe ser eficaz—, debe tener la posibilidad de lograr por lo menos una decisión jurisdiccional, sea ésta absolutoria o condenatoria, vinculada a su caso. Entonces esta relación del Ministerio Público con la víctima no es una simple relación de tutela a distancia o una relación débil sino una relación fuerte y permanente a lo largo de todo el proceso penal, orientada a la búsqueda de ese tipo de eficacia, es decir, una satisfacción razonable de los intereses de la víctima.

Se debe entender que el Ministerio Público justifica su acción en tanto vuelve eficaz la defensa de los derechos de las víctimas o de sus intereses afectados. Si en cada delito además de la afectación de intereses particulares existe un interés de la sociedad, esto es un problema agregado, que requiere una justificación, pero que de ninguna manera debe evitar la justificación de lo anterior. Aún en aquellos casos en los que podría existir —lo que no es tan común— una colisión de intereses de tal manera de que el interés de la sociedad sea contrario al interés de la víctima.

Siempre se debe realizar una justificación muy precisa acerca de cuándo deben ceder los intereses individuales frente a un interés social. Este interés social debe ser concreto, debe existir una proporción importante a favor suyo, debe demostrar que en última instancia no existe otro camino que permita conciliar esos intereses.

El reposicionamiento de la víctima en base a una idea de acción totalmente diferente provoca una discusión renovada acerca de las condiciones de legitimidad del ejercicio del Ministerio Público y del fiscal, no ya como un funcionario autónomo o como un burócrata al servicio de intereses puramente estatales sino como un funcionario puesto por el Estado para darle soporte y tutela concreta a los intereses afectados por la acción delictiva.

3. *Niveles en el régimen de la acción*

En el desarrollo del régimen de la acción en los sistemas procesales concretos existen tres niveles:

1) uno vinculado a la distribución de facultades o de poderes entre el Estado y la víctima, que es lo que se conoce como división o clasificación de las acciones;

2) un segundo nivel, vinculado a las condiciones y modalidades del ejercicio de la acción, y

3) un tercer nivel que regula los modos de extinción de esa acción.

En cuanto al primer punto nuestra legislación ha aceptado una división tripartita de las acciones: acciones que sólo corresponden a la víctima y determinan que la persecución penal sea básicamente una facultad y responsabilidad de ella. Es la que llamamos acción privada que está circunscripta a delitos que afectan bienes personalísimos. En base a lo que hemos dicho en este capítulo esta categoría de los delitos de acción privada y las facultades de la víctima deben ser repensadas y su radio de acción ampliado. Éste es el concepto propio de acción.

Una segunda categoría es lo que se conoce como acción de instancia privada, es decir, se le reconoce a la víctima la facultad no sólo de poner en marcha el proceso sino de condicionar mediante su voluntad inicial la acción posterior del Estado. De esta manera, si la víctima no autoriza la persecución penal, el Ministerio Público no puede hacerlo por sí mismo. Este tipo de acción se reserva para delitos en los que, si bien por su gravedad existe un mayor interés estatal en la persecución de oficio, igualmente hay una preeminencia de afectación de bienes individuales, como por ejemplo todo lo que tiene que ver con el Derecho penal que protege la libertad sexual.

Por último queda como categoría remanente los delitos de acción pública que se definen como todos aquellos en los cuales el Ministerio Público tiene una facultad para ejercerlos por sí mismo. Esta clasificación tripartita debe ser revisada. En primer lugar y como ya dijimos, sobre la base de la preeminencia de la acción privada; en segundo lugar, en aquellos casos en los cuales existe el interés concurrente entre la víctima y el Estado pero todavía existe una preeminencia de los intereses particulares, el poder de la víctima sobre el ejercicio de la acción debe ser mucho más prolongado, más permanente que la sola facultad de realizar una autorización inicial. Caso contrario se produce un sinsentido, por ejemplo, cuando la víctima de una violación tiene en los primeros momentos del proceso (donde todavía posiblemente se encuentre sometida al trauma de los hechos ocurridos) que autorizar o no autorizar, y luego pierde ese poder cuando tiene la posibilidad de pensar con mayor tranquilidad si el proceso penal es conveniente o no o si es el modo más adecuado de proteger sus intereses.

Por eso las nuevas legislaciones procesales en América latina reconocen a la víctima el poder de revocar esa autorización cuando ya ha establecido con claridad que el proceso penal no es el mecanismo más idóneo para defender sus intereses lesionados. La acción pública, finalmente, debe ser diseñada de un modo más complejo, no sólo porque existen casos en los cuales si bien hay un interés social el Estado no debe encargarse automáticamente de la persecución penal, sino porque aquí ingresa el tema de la participación de las asociaciones y de las organizaciones que pueden llevar adelante una persecución penal en base a intereses colectivos muchas veces de un modo más eficaz, sin que necesariamente participe el Estado o que lo haga de un modo subsidiario. Ya sea que se trate de intereses difusos tales como el medio ambiente o la defensa del consumidor o las conductas monopólicas, o se trate de aquellos casos en los cuales la víctima está en una situación de vulnerabilidad y le pide a una asociación que proteja sus intereses (por ejemplo, mujeres golpeadas o violencia doméstica, o afectaciones a la libertad sexual, accidentes de tránsito), o se trate de casos de violaciones a los derechos humanos donde las organizaciones civiles han demostrado una mayor eficacia en la persecución

penal, o los funcionarios del Estado puedan tener compromisos o ser más vulnerables a presiones. Muchas veces estas nuevas formas de gestión de lo público son más eficaces que la acción directa del Estado.

Lo cierto es que existe una apreciable fuerza social que puede poner en marcha la persecución penal sin que ello implique estatalidad, teniendo en cuenta además que en los países pobres las estructuras estatales son más débiles, lo que hace que sea un error desaprovechar esa fuerza.

Por otra parte, la relación entre acción privada y acción pública debe ser mucho mas dinámica; no se trata de aferrarse a una distinción conceptual que en abstracto establecen las leyes sino que debe existir una relación más fluida en base a las posibilidades concretas de ejercer la persecución penal. Carece de sentido que el Estado asuma para sí el ejercicio de una persecución penal y excluya a la víctima o la deje con facultades menores y luego, ya sea por razones de sobrecarga de trabajo o prioridades o cualquiera otra razón, no ejerza en concreto esta persecución penal. Toda vez que el Estado cede por razones pragmáticas o de sobrecarga de trabajo en la persecución penal, queda inalterada la acción privada que es el núcleo básico de todo el concepto de acción.

Si requiere una justificación especial la participación del estado en la persecución penal, mucho más aún requirió de justificación que el Estado no ejerza la persecución penal y le impida a la víctima ejercerla. Sólo en los casos en los cuales existan razones de política criminal muy fuertes, que tratan de preservar el desgaste de los órganos jurisdiccionales podría asumirse algún tipo de justificación para impedir el ejercicio de este derecho de las víctimas.

Vemos pues que en la medida que se piensa el régimen de la acción desde nuevas categorías, puede ser dotado de mayor plasticidad, asumiendo que se distribuyen las relaciones de poder entre el Estado a través del Ministerio Público, los particulares y las organizaciones que desarrolla la misma sociedad para defender sus intereses.

El segundo nivel tiene que ver con las condiciones y modalidades del ejercicio de la acción penal. El principio general establece que si el Estado ha decidido intervenir en el proceso penal debe tener una razón para hacerlo y por lo tanto debe ejercerlo en todos los casos (principio de legalidad

procesal). Sin embargo, como esta previsión es genérica, ocurre luego que ante el caso particular el Estado descubre que no tiene interés o no tiene posibilidades concretas de llevar adelante la persecución penal o debe hacerlo de un modo concreto. De todos modos, cuando se encuentra frente a esta situación lo primero que debe reconocer es que existe, más allá de su propia facultad, la facultad que tiene la víctima de lograr la reparación de sus derechos afectados mediante una decisión jurisdiccional. La facultad que se le da al Estado para modificar su decisión de intervenir en ese proceso penal cuando se da alguna de las circunstancias señaladas precedentemente es conocido como *principio de oportunidad*, es decir, la posibilidad de no ejercer la persecución penal fundada en alguna de esas razones señaladas. Puede descubrir que no tiene interés porque se trata de casos que son insignificantes frente a otros casos que debe perseguir. El concepto de insignificancia que funda el principio de oportunidad es un concepto relativo, no absoluto. En realidad se trata siempre de un concepto de *menor relevancia*; si un caso es insignificante por sí mismo —es decir que no contiene los elementos de relevancia social como para constituir un ilícito—, esto no es un problema de principio de oportunidad sino un problema de alcance de la prohibición y por lo tanto la respuesta del Estado frente a un caso que no ha ingresado al campo de la prohibición, es la de desestimarlo porque no constituye delito, o sobreseerlo o absolverlo, según la oportunidad procesal en la que se encuentre.

El concepto de insignificancia que utiliza el proceso para fundar el principio de oportunidad es distinto del concepto de insignificancia que en el ámbito del Derecho penal se utiliza para reconocer que una conducta no es típica. En el ámbito del principio de oportunidad el concepto de insignificancia implica que es menos relevante que otros casos o que su importancia no es suficiente en relación a los costos de la persecución penal. De un modo u otro siempre es un concepto relativo a las condiciones del ejercicio de la persecución penal.

Existen otras razones, fundadas en economía procesal es decir, en la necesidad de asignar los recursos de un modo más eficiente: el hecho de que por las reglas del concurso real o de los límites a las facultades de penar del Estado, la

pena que se le puede imponer a una persona no puede ser aumentada, ya sea que se persigan diez o cincuenta casos no se podrá superar el límite de pena establecido (saturación de pena). Puede haber casos en los cuales la persecución penal ceda ante los reclamos de un país extranjero (extradición y cooperación judicial internacional).

Una consideración particular merecen aquellos casos en los cuales el Estado suspende la persecución penal respecto de una persona, porque de este modo puede obtener información para juzgar a otro imputado de mayor importancia, o resolver un caso vinculado de mayor relevancia social. Este mecanismo, que es un modo para poder lograr la colaboración de los miembros generalmente pertenecientes a una organización, puede ser eficaz en la persecución penal de la delincuencia organizada, pero de todos modos debe ser utilizado con mucho cuidado y legislado de un modo preciso y para casos restrictivos. Se debe evitar que reaparezca la práctica del testigo secreto o el delator u otras formas que han existido a lo largo de la historia, porque constituyen casos de persecución penal autoritaria o manipulada por razones políticas.

Si bien no es posible rechazar de un modo total y absoluto la utilización de estos mecanismos, sí es necesario advertir sobre el cuidado y la precisión de su regulación, ya sea que se trate de la utilización de la información de un agente provocador bajo sus distintas formas o de un miembro de la organización que decide colaborar.

De todos modos, éste es uno de los casos en donde existe una colisión de intereses entre la víctima y las necesidades del Estado, y por lo tanto los derechos e intereses de la víctima no pueden ser dejados de lado simplemente por la utilidad social, sino que como toda expropiación, debe ser reparada y debe estar claramente establecida la utilidad pública.

Existen otros problemas vinculados a las modalidades del ejercicio de la acción: por un lado, ciertos obstáculos al ejercicio de la acción penal provenientes de privilegios constitucionales, es decir algunos funcionarios que requieren un trámite previo antes de que se pueda ejercer la persecución penal contra ellos, o un juzgamiento previo en otra sede no jurisdiccional como es el caso de jueces, legisladores o altas autoridades del Estado. También existen casos menores en los cuales la acción penal requiere que se resuelva una si-

tuación litigiosa previa, como son los casos de prejudicialidad. Todas estos instrumentos conforman obstáculos para el ejercicio de la acción penal y constituyen un condicionante del ejercicio de la persecución penal.

En tercer lugar existen casos en los cuales se permite al Estado suspender el ejercicio de la persecución penal por razones de utilidad, porque se pueden lograr las finalidades de esa persecución e inclusive satisfacer los intereses de la víctima sin llegar a una decisión de condena, provocando además el efecto de que cuando se trate de la primera infracción de una persona o de condiciones particulares que han llevado a la realización de esa infracción se evitan la violencia propia del proceso o la estigmatización que provoca una condena. Estas "suspensiones del proceso", normalmente condicionadas a que la persona cumpla algún tipo de instrucción o que no realice un delito durante un determinado tiempo, son una modalidad que amplía las formas de intervención del Estado dándole mayor eficacia y plasticidad a la persecución penal, y reducen la violencia propia de una condena o el trámite de un proceso completo. Se debe evitar que a través de ellas se ejerzan nuevas formas de violencia o se las utilice para evitar las exigencias propias del juicio, provocando una verdadera punición indirecta.

El tercer nivel está vinculado a la extinción de esa acción penal, es decir, cuáles son las razones que extinguen el derecho que tiene el Estado de perseguir. En primer lugar las razones por las cuales se extingue la acción penal están vinculadas a ciertos hechos: por ejemplo si muere el imputado contra quien se dirige esa persecución penal, obviamente ella ya carece de sentido y se extingue; sobre todo porque en el Derecho penal moderno no se puede extender la penalidad hacia los allegados o hacia las personas vinculadas a ese imputado, tal como ocurría antiguamente. Sin embargo existen otros mecanismos que tienen un mayor contenido político. El primero de ellos tiene que ver con el tiempo, es decir si la intervención del Estado en la persecución penal requiere una justificación, también debe formar parte de esa justificación el tiempo por el cual se le da esa facultad al Estado. Normalmente se admite, para la gran mayoría de delitos, que esta facultad que se le da al Estado está limitada por el tiempo. La institución que regula la limitación temporal se conoce

como plazo de prescripción. El plazo que se establezca para cada delito varía según la legislación.

Sin embargo como la prescripción es una garantía del imputado, no es un problema de la acción, en realidad, sino del régimen de garantías.

La prescripción entonces es una institución jurídica que regula el tiempo por el cual se faculta al Estado a ejercer la persecución penal. Normalmente hay ciertas condiciones que pueden suspender ese tiempo y ampliarlo (suspensivo) y hay razones que lo hacen nacer de nuevo (interrupción). De todas las razones de interrupción, la única que parece admisible, ya que la prescripción es un límite, es aquella que constituye un verdadero obstáculo a la persecución penal. En este sentido, como no se permite la persecución penal en rebeldía, pareciera que toda vez que el imputado se pone en situación de fuga, de rebeldía, e impide la persecución penal, esto debería ser una causa que interrumpe el curso de la prescripción. Lo que no es admisible es pensar que el propio desarrollo de la persecución penal, los propios actos del Estado que puedan ser morosos hagan ampliar el trámite de la persecución. No puede cualquier acto del procedimiento servir (la llamada secuela de juicio) para ampliar los propios límites que se le han puesto al Estado para la persecución.[1]

Existen otros mecanismos que se pueden establecer para extinguir la acción penal. Se discute la función de la reparación en aquellos casos en los cuales la víctima concilia sus intereses con el imputado y logra una reparación del daño o finalmente perdona por sus propias razones la conducta lesiva. Es razonable sostener que su voluntad, en este sentido puede extinguir la acción penal.

En otros casos, aun sin consentimiento de la víctima, una reparación suficiente puede ser admisible según el propio Estado para poner fin al proceso y pacificar el conflicto; también puede ser una causal de extinción el pago del máximo de una multa, el cumplimiento del plazo cuando se ha

[1] BINDER, Alberto: "Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio", en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 123.

suspendido el proceso. En fin, a través de men de la extinción de la acción penal se están recon to en muchas ocasiones que se han provocado solucion ra el caso que son mucho más civilizadas que el ejercicio poder penal o permiten cumplir las finalidades de la ad stración de la justicia de un modo más acabado.

Todo lo expuesto nos permite comp r que el régimen de la acción penal así como el conju e las normas vinculadas a ella forman una legislación to contenido político, que prácticamente establece las de todo el sistema de justicia penal y por lo tanto requi estudio profundo y no rutinario y un diseño basado nsideraciones políticas claras y adecuadas a la Constit Nacional. En este tema, como en tantos otros, debemos rar la ruina, para iniciar nuevas investigaciones.

como plazo de prescripción. El plazo que se establezca para cada delito varía según la legislación.

Sin embargo como la prescripción es una garantía del imputado, no es un problema de la acción, en realidad, sino del régimen de garantías.

La prescripción entonces es una institución jurídica que regula el tiempo por el cual se faculta al Estado a ejercer la persecución penal. Normalmente hay ciertas condiciones que pueden suspender ese tiempo y ampliarlo (suspensivo) y hay razones que lo hacen nacer de nuevo (interrupción). De todas las razones de interrupción, la única que parece admisible, ya que la prescripción es un límite, es aquella que constituye un verdadero obstáculo a la persecución penal. En este sentido, como no se permite la persecución penal en rebeldía, pareciera que toda vez que el imputado se pone en situación de fuga, de rebeldía, e impide la persecución penal, esto debería ser una causa que interrumpe el curso de la prescripción. Lo que no es admisible es pensar que el propio desarrollo de la persecución penal, los propios actos del Estado que puedan ser morosos hagan ampliar el trámite de la persecución. No puede cualquier acto del procedimiento servir (la llamada secuela de juicio) para ampliar los propios límites que se le han puesto al Estado para la persecución.[1]

Existen otros mecanismos que se pueden establecer para extinguir la acción penal. Se discute la función de la reparación en aquellos casos en los cuales la víctima concilia sus intereses con el imputado y logra una reparación del daño o finalmente perdona por sus propias razones la conducta lesiva. Es razonable sostener que su voluntad, en este sentido puede extinguir la acción penal.

En otros casos, aun sin consentimiento de la víctima, una reparación suficiente puede ser admisible según el propio Estado para poner fin al proceso y pacificar el conflicto; también puede ser una causal de extinción el pago del máximo de una multa, el cumplimiento del plazo cuando se ha

[1] BINDER, Alberto: "Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio", en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 123.

suspendido el proceso. En fin, a través del régimen de la extinción de la acción penal se están reconociendo en muchas ocasiones que se han provocado soluciones para el caso que son mucho más civilizadas que el ejercicio del poder penal o permiten cumplir las finalidades de la administración de la justicia de un modo más acabado.

Todo lo expuesto nos permite comprender que el régimen de la acción penal así como el conjunto de las normas vinculadas a ella forman una legislación de alto contenido político, que prácticamente establece las bases de todo el sistema de justicia penal y por lo tanto requiere un estudio profundo y no rutinario y un diseño basado en consideraciones políticas claras y adecuadas a la Constitución Nacional. En este tema, como en tantos otros, debemos superar la rutina, para iniciar nuevas investigaciones.

Quinta Parte
LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

Hasta ahora hemos estado estudiando las bases del proceso penal: los principios que lo estructuran, fundamentalmente, como un proceso garantizador. Sobre esas bases, el proceso penal se organiza de un modo determinado. La organización del proceso penal no es un problema menor, ya que en numerosas ocasiones dependerá de ella —de su correcta estructuración— que el proceso penal cumpla efectivamente con los principios que lo fundan o deberían fundarlo. Asimismo, muchas de las peores distorsiones de las garantías y principios fundamentales provienen de una estructuración incorrecta o de las distorsiones que la práctica genera en la propia estructura del proceso penal.

El análisis que haremos de las fases del proceso penal no estará sujeto a ningún código en particular: sí lo estará a lo que consideramos el diseño constitucional de proceso penal, concepto sobre el que hemos insistido mucho a lo largo de esta obra. Pero, en realidad, todo proceso penal está estructurado sobre fases, que cumplen objetivos específicos.

Normalmente, existen cinco fases principales. Una primera fase de *investigación, preparación o instrucción*, cuyo cometido principal consiste en la preparación de la acusación o del juicio. Una segunda fase donde *se critica o analiza el resultado de esa investigación*. Una tercera etapa plena, principal, que es *el juicio propiamente dicho*. Una cuarta fase en la que se controla el resultado de ese juicio, la sentencia, a través de distintos medios de *impugnación* o *recursos* y, finalmente, una quinta fase en la que *se ejecuta la sentencia* que ha quedado firme. Éstas son, a grandes rasgos, las etapas principales en las que se divide cualquier proceso penal.

No todos los sistemas procesales organizan estas fases del mismo modo: algunos entregan la instrucción y el juicio a un mismo juez, otros a jueces diferentes; algunos realizan todo el procedimiento por escrito y otros realizan una ins-

trucción escrita y el juicio oral; en fin, cada código de procedimientos organiza las fases de distinto modo aunque, como ya hemos visto en capítulos anteriores, existen ciertos *modelos básicos* de estructuración de los sistemas procesales (inquisitivo, acusatorio, escrito, oral, etc.) a los que responden los distintos sistemas normativos.

Una explicación básica como la que pretendemos realizar tiene el efecto benéfico, a nuestro juicio, de permitir comprender la lógica de *cualquier* sistema procesal. Muchas veces se obliga al estudiante a prestar atención a problemas menores o de detalle y no se le enseñan los conceptos fundamentales que le permitirán orientarse en la necesaria profundización que deberá realizar de su preparación universitaria. En los capítulos siguientes nos proponemos, precisamente, brindar al estudiante esos conceptos elementales: ellos le servirán para analizar con mayor profundidad cualquiera de los códigos procesales penales vigentes en nuestro país. Esperamos, también, que le sirvan para criticarlos, para descubrir sus fallas y para comprender lo que hemos dicho al principio de esta introducción: la organización del proceso no es algo distinto de la vigencia de las garantías y principios básicos; al contrario, muchas veces ellas sucumben ante las reglas de organización procesal.

La práctica de los tribunales y del ejercicio de la abogacía tienden a darle la mayor importancia al conocimiento de esa organización. En realidad, es común que se llegue al extremo de considerar que lo único importante es conocer tal plazo, tal requisito de los escritos que se deben presentar, los modos de interponer recursos, en fin, todos los detalles de la concreta estructuración de los procedimientos. No es nuestra intención afirmar que ese conocimiento no tiene ninguna importancia: lo que sí queremos destacar es que ese conocimiento no garantiza el conocimiento del proceso penal ni —mucho menos— del Derecho procesal penal. Si el estudiante desea convertirse en un mero práctico, un "picapleitos" que conoce al dedillo los requisitos procesales, le recomendaría que, siguiendo esa vieja costumbre de la decadencia universitaria, se dedique a "leer el Código", ya que seguramente allí encontrará el "saber" que está buscando.

Sin embargo no crea que con ese conocimiento ha comprendido lo que es el proceso penal. Muy por el contrario,

posiblemente anule de ese modo su capacidad para captar la esencia del fenómeno procesal.

Si todo proceso penal tiene una organización, esa organización responde a una lógica. La lógica de la organización del proceso, no es una mera "racionalidad", guiada por principio de eficacia administrativa. La justicia penal no es un proceso de tramitación de expedientes. La "lógica" procesal es una lógica de tratamiento de conflictos humanos y, como tal, está orientada claramente a sus consecuencias "prácticas", es decir, a las consecuencias que se producen en la solución o en la "redefinición" de ese conflicto.

Las fases procesales se nutren de esa lógica, y las consecuencias sobre el conflicto se miden siempre en términos de intensidad del ejercicio de poder: de allí que siempre se hallen en juego las garantías procesales y volvamos sobre ellas.

Esta introducción sirve, a mi juicio, para advertir al lector sobre lo que hallará en los próximos capítulos. Espero que ellos cumplan con sus expectativas y comprenda que son apenas una guía para conducirlo al verdadero estudio de los sistemas procesales, que deberá ser, necesariamente, una tarea de mayor profundidad, de mayor rigor y —¿por qué no?— de mayor compromiso personal.

trucción escrita y el juicio oral; en fin, cada código de procedimientos organiza las fases de distinto modo aunque, como ya hemos visto en capítulos anteriores, existen ciertos *modelos básicos* de estructuración de los sistemas procesales (inquisitivo, acusatorio, escrito, oral, etc.) a los que responden los distintos sistemas normativos.

Una explicación básica como la que pretendemos realizar tiene el efecto benéfico, a nuestro juicio, de permitir comprender la lógica de *cualquier* sistema procesal. Muchas veces se obliga al estudiante a prestar atención a problemas menores o de detalle y no se le enseñan los conceptos fundamentales que le permitirán orientarse en la necesaria profundización que deberá realizar de su preparación universitaria. En los capítulos siguientes nos proponemos, precisamente, brindar al estudiante esos conceptos elementales: ellos le servirán para analizar con mayor profundidad cualquiera de los códigos procesales penales vigentes en nuestro país. Esperamos, también, que le sirvan para criticarlos, para descubrir sus fallas y para comprender lo que hemos dicho al principio de esta introducción: la organización del proceso no es algo distinto de la vigencia de las garantías y principios básicos; al contrario, muchas veces ellas sucumben ante las reglas de organización procesal.

La práctica de los tribunales y del ejercicio de la abogacía tienden a darle la mayor importancia al conocimiento de esa organización. En realidad, es común que se llegue al extremo de considerar que lo único importante es conocer tal plazo, tal requisito de los escritos que se deben presentar, los modos de interponer recursos, en fin, todos los detalles de la concreta estructuración de los procedimientos. No es nuestra intención afirmar que ese conocimiento no tiene ninguna importancia: lo que sí queremos destacar es que ese conocimiento no garantiza el conocimiento del proceso penal ni —mucho menos— del Derecho procesal penal. Si el estudiante desea convertirse en un mero práctico, un "picapleitos" que conoce al dedillo los requisitos procesales, le recomendaría que, siguiendo esa vieja costumbre de la decadencia universitaria, se dedique a "leer el Código", ya que seguramente allí encontrará el "saber" que está buscando.

Sin embargo no crea que con ese conocimiento ha comprendido lo que es el proceso penal. Muy por el contrario,

posiblemente anule de ese modo su capacidad para captar la esencia del fenómeno procesal.

Si todo proceso penal tiene una organización, esa organización responde a una lógica. La lógica de la organización del proceso, no es una mera "racionalidad", guiada por principio de eficacia administrativa. La justicia penal no es un proceso de tramitación de expedientes. La "lógica" procesal es una lógica de tratamiento de conflictos humanos y, como tal, está orientada claramente a sus consecuencias "prácticas", es decir, a las consecuencias que se producen en la solución o en la "redefinición" de ese conflicto.

Las fases procesales se nutren de esa lógica, y las consecuencias sobre el conflicto se miden siempre en términos de intensidad del ejercicio de poder: de allí que siempre se hallen en juego las garantías procesales y volvamos sobre ellas.

Esta introducción sirve, a mi juicio, para advertir al lector sobre lo que hallará en los próximos capítulos. Espero que ellos cumplan con sus expectativas y comprenda que son apenas una guía para conducirlo al verdadero estudio de los sistemas procesales, que deberá ser, necesariamente, una tarea de mayor profundidad, de mayor rigor y —¿por qué no?— de mayor compromiso personal.

XVIII. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Bien se puede afirmar que en el comienzo del proceso penal se halla la vida social. Vida social que se manifiesta de un modo conflictivo, doloroso y también misterioso.

El proceso penal comienza por enfrentarse a un hecho social o a un conflicto del que se sabe muy poco. Sin embargo, por alguna vía, las autoridades a quienes el Estado les ha encargado la investigación de los delitos —fiscales o jueces de instrucción— se deben enterar acerca de si ese hecho conflictivo —que podrá ser un delito o podrá, en definitiva, no serlo— ha existido en realidad.

Estos canales a través de los cuales ingresa la primera información (y que por eso mismo se los puede considerar como los que dan nacimiento al proceso penal) se denominan "actos iniciales del proceso" y pueden ser de distinta clase.

El primero y más común es *la denuncia*, el acto mediante el cual alguna persona que ha tenido noticia del hecho conflictivo inicial, lo pone en conocimiento de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución penal (policía, fiscales, jueces). Esa persona podrá ser alguien que de algún modo se halla involucrado en ese conflicto (víctima o familiar de ella, por ejemplo) o cualquier otra persona que haya conocido el hecho, razones, también, diversas (testigo presencial, por referencias, etc.).

Los ciudadanos no están obligados a denunciar los hechos presuntamente delictivos, aunque se pueda considerar deseable que lo hagan. Un Estado en el que los ciudadanos tuvieran esa obligación sería un Estado policial en el que cada ciudadano se convertiría en garante del orden: tal sociedad totalitaria no es recomendable, ni respondería a los principios republicanos de nuestra Constitución.

Por tal razón, es posible afirmar que los códigos procesales no pueden, en nuestro orden constitucional, establecer una obligación general de denunciar. Sin embargo, sí pueden establecer *casos particulares* de denuncia obligatoria. Es común que los códigos establezcan esa obligación siempre que exista una *situación profesional o funcional de mayor compromiso con el orden público*. Así, tienen la obligación de denunciar los funcionarios y empleados públicos, cuando toman conocimiento del hecho en ocasión de sus funciones, los médicos (y quienes, en general, ejercen el arte de curar) cuando conozcan el hecho en ocasión del ejercicio de su profesión. Por lo general, los códigos procesales tienen normas de esta clase y se podría extender la obligación hacia otras situaciones similares; por ejemplo, los tutores respecto de los delitos que afecten a sus pupilos, o los órganos de las personas jurídicas respecto de los delitos que afecten al patrimonio de su representada. En fin, la obligación de denunciar está ligada a situaciones particulares y eso es algo muy diferente a una obligación genérica, que terminaría convirtiendo a todos los ciudadanos en sospechosos, a la vez que en delatores.

Los códigos procesales suelen establecer requisitos para que las denuncias valgan como tales. Éstas, en primer lugar, deben contener una descripción del hecho denunciado y, si se cuenta con esos datos, de la persona supuestamente autora o partícipe en el hecho que se denuncia; asimismo se exige que el denunciante —por supuesto, también en la medida concreta de sus posibilidades— señale las pruebas o los antecedentes de la noticia que lleva a las autoridades. Asimismo, los códigos exigen que se identifique al denunciante, y esto nos enfrenta al problema de las denuncias anónimas. ¿Se le podría otorgar valor a una denuncia anónima? Sin duda este tipo de denuncias han demostrado ser un instrumento eficaz para conocer los hechos delictivos; sin embargo es totalmente inadmisible en un Estado de Derecho, protector de los ciudadanos, que se dé curso a denuncias tales. La delación anónima puede convertirse fácilmente en un instrumento de persecución, inclusive de persecución política. Creo, pues, que es impropio de un Estado republicano dar curso a estas denuncias, aunque es común que las policías den comienzo a sus investigaciones por medio de denuncias de este tipo,

no haciéndolas valer como tales, sino como modos difusos de iniciar una investigación de oficio.

El denunciante no se convierte en un sujeto procesal, ni adquiere mayores responsabilidades por el resultado final del proceso penal. Es común que se establezca, sin embargo, que sí es responsable (responsabilidad que se manifiesta procesalmente en el pago de las costas, por ejemplo), si su denuncia es maliciosa o temeraria. Por otra parte, el Código Penal establece como delito la falsa denuncia.

En algunas ocasiones, quien hace la denuncia es directamente la víctima y no sólo se limita a dar noticia del hecho, sino que, además, solicita intervenir en el proceso penal como *querellante*, sujeto procesal que estudiaremos en otro capítulo. Cuando así ocurre, nos encontramos con otro de los modos tradicionales de dar inicio al proceso penal que es *la querella*. Ésta no es más que una denuncia, a la que se suma una instancia o solicitud de constitución como sujeto procesal. Por tal razón, se suele ser más estricto en los requisitos de admisibilidad de una querella, en especial en la demostración de todas las circunstancias que *legitiman* a la persona para solicitar su participación como querellante.

Por último, el tercer modo normal de iniciar el proceso penal se da cuando los órganos de persecución penal toman noticia directa de un supuesto hecho delictivo. Éstos son los casos de *conocimiento de oficio*. El más común de todos ellos es la *prevención policial*, es decir, cuando la policía ha tomado noticia de un presunto delito y comienza las investigaciones preventivas, bajo las órdenes de algunos de los órganos principales de la persecución (que podrán ser los fiscales o los jueces de instrucción).

Luego de los actos iniciales, mediante los cuales ha ingresado formalmente una hipótesis delictiva al sistema judicial, comienza un período netamente *preparatorio*, que consiste en un conjunto de actos —fundamentalmente de investigación— orientados a determinar si existen razones para someter a una persona a un juicio. El pedido del fiscal, consistente en que se inicie juicio respecto de una persona determinada y por un hecho determinado, se denomina *acusación*. Por lo tanto, bien podemos decir que, luego de los actos iniciales del proceso, comienza un conjunto de actividades procesales tendientes a *preparar la acusación*.

Ese conjunto de actividades procesales preparatorias, que pueden recibir el nombre de *sumario, procedimiento preparatorio, instrucción* o *investigación preliminar o preparatoria*, puede ser organizada de distintos modos, que dependen de la cercanía o lejanía que tenga el sistema procesal respecto del modelo acusatorio.

Por ejemplo, aquellos sistemas procesales que siguen el modelo inquisitivo encargan la investigación o desarrollo del sumario al *juez de instrucción*. Una vez que éste termina de reunir las pruebas, le envía el sumario al fiscal, para que sea él quien requiera la apertura a juicio (acusación). Aun aquellos sistemas que no siguen plenamente el sistema inquisitivo, sino que siguen el modelo llamado "mixto" o "inquisitivo reformado", le entregan también la investigación al juez, para que realice una *instrucción formal* y que luego, sobre la base de ese sumario, el fiscal requiera la apertura de un juicio oral y público. Otros sistemas, que se acercan mucho más al modelo acusatorio, le entregan la investigación preliminar o instrucción directamente al *fiscal*, quien se convierte en el encargado de preparar la acusación que él mismo presentará.

Sustancialmente, durante el período preparatorio existen cuatro tipos de actividades:

1. Actividades puras de investigación.
2. Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento.
3. Anticipos de prueba, es decir, prueba que no puede esperar su producción en el debate.
4. Decisiones o autorizaciones, vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales.

En principio, esta fase preliminar o preparatoria del proceso penal es una fase de *investigación*. La investigación es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata, pues, de la actividad que encuentra o detecta los medios que servirán de prueba. En la realidad de la mayoría de nuestros sistemas procesales, lo que debería ser una actividad creativa se ha convertido en una actividad rutinaria, en una simple acumulación, más o

menos mecánica, de hojas que transcriben actas. Este fenómeno de burocratización de la investigación —fenómeno que genera mucha impunidad— es una consecuencia del procedimiento escrito y de la adopción del sistema inquisitivo en esta fase, lo cual lleva necesariamente a una formalización excesiva de la investigación. Aun los sistemas llamados "de juicio oral" que conservan sin embargo el modelo inquisitivo en esta etapa, padecen este defecto e, inclusive, ello produce luego una distorsión del juicio oral mismo (distorsión que se origina en la incorporación de la "prueba" del sumario, simplemente a través de su lectura o, mejor dicho, por su mera mención).

De este modo, cuando la investigación se hace rutinaria, se pierde uno de sus principios básicos, cual es la necesidad de que existan "estrategias de investigación", es decir, caminos más eficaces, según los casos, para encarar y lograr la preparación de la acusación.

Durante el desarrollo de este procedimiento preparatorio se deben tomar *decisiones*. Por ejemplo, cualquiera de los sujetos procesales puede plantear una excepción (es decir, una defensa parcial y anticipada como, por ejemplo, una excepción de prescripción o de falta de acción) o cualquier otra clase de incidente (por ejemplo, aquellos relativos a la admisión o rechazo de la constitución —participación en el proceso— de alguno de esos sujetos procesales). Todos estos planteos obligan a tomar decisiones, que serán resoluciones a dictarse durante la instrucción. Una de ellas, quizás la más importante, es aquella resolución mediante la cual se decide que un imputado deberá permanecer en prisión o encarcelamiento preventivo.

También será necesario tomar otro tipo de decisiones, esta vez no a causa de planteos o incidentes, sino porque ciertos actos de investigación pueden afectar algunas garantías procesales, derecho o bienes protegidos por la Constitución.

En algunos casos, por ejemplo, para poder localizar una prueba se vuelve necesario ingresar a un domicilio, o bien se debe secuestrar algún objeto o documento que pertenece a una tercera persona, o bien se debe efectuar alguna investigación corporal o mental sobre el imputado o sobre un testigo. Todos estos actos de investigación afectan el ámbito de

intimidad, la reserva de los papeles privados o la propiedad o la integridad física de las personas. Como ya hemos visto en otros capítulos, la protección de esos bienes no es absoluta, sino que exige que cuando ellos puedan ser afectados se tomen *decisiones formales*, destinadas a provocar sobre ellos la menor afectación posible. Desde el punto de vista procesal, eso significa que se deberán librar órdenes expresas y formales (la Constitución exige que sean expedidas por autoridades judiciales) que permitan realizar esos actos de investigación. A esta clase de decisiones las podemos llamar *autorizaciones jurisdiccionales*.

Por último, en algunas ocasiones excepcionales, se hace necesario realizar un *anticipo de prueba*. Para comprender este concepto habrá que dar algunas explicaciones previas.

Cuando afirmamos que esta primera fase del proceso penal es "preparatoria", queremos decir, fundamentalmente, que los elementos de prueba que allí se reúnen no valen aún como "prueba". Hemos visto ya que existe una garantía básica que consiste en el juicio previo, es decir, que ninguna persona puede ser condenada sin un juicio en el que se presente la prueba que permitirá comprobar su culpabilidad o su inocencia. El juicio es, pues, *el momento de la prueba*, en un sentido sustancial. Lo anterior no es sino la recolección de los elementos que servirán para probar la imputación en el juicio; ése es, precisamente, el sentido de las palabras "preparatorio de la acusación", con las que calificamos al procedimiento previo al juicio.

Sin embargo, en algunas ocasiones, no es posible esperar al juicio para producir la prueba. Por ejemplo: la víctima —cuyo testimonio es necesario— o cualquier otro testigo, se halla agonizando. No se podrá esperar al juicio para que ellos testimonien. Lo mismo puede ocurrir con una pericia: ésta puede versar sobre una sustancia perecedera y, por lo tanto, tampoco se puede esperar al juicio para producir la pericia. En esos casos, en los que existe un obstáculo insuperable para producir la prueba en el momento que corresponde, se permite que, mediante un mecanismo procesal, se le dé valor anticipado a la información que brindan esos elementos de prueba. Ese mecanismo es el *anticipo de prueba*; consiste, básicamente en la realización jurisdiccional de esa prueba, de un modo tal que *también se anticipen las condiciones básí-*

cas del juicio, en especial, la posibilidad de control sobre la prueba por parte de todos los sujetos procesales y la presencia del juez.

Una vez convalidada la prueba de un modo anticipado —y convenientemente registrada— se incorpora ésta directamente al juicio. Esta incorporación se realiza por su lectura, es decir, leyendo el acta que recogió el resultado de la prueba. Pero, repetimos, éste es un mecanismo *excepcional*, ya que el principio de que sólo es prueba lo que se produce en el juicio es un principio de una importancia fundamental, que no debe ser abandonado ligeramente.

A pesar de ello, debemos reconocer que nuestros sistemas procesales funcionan en gran medida sobre la base de una *conversión automática* en "prueba", de los elementos reunidos en la investigación, sin que éstos sean producidos directamente en el juicio. De este modo, en la práctica, se dictan sentencias basadas casi con exclusividad en el "sumario". *Y esto significa, en buen romance, prescindir del juicio previo, es decir,* ***dictar sentencias inconstitucionales***.

Según como se haya organizado el sistema procesal concreto, esas cuatro actividades procesales básicas que brevemente hemos descripto se desarrollarán de distinto modo.

Por ejemplo: cuando la investigación o instrucción ha sido encargada al juez de instrucción, él mismo realiza estas cuatro actividades. Investiga, toma decisiones, autoriza allanamientos y realiza prueba anticipada. Por eso, siempre se ha dicho que el juez de instrucción concentra una gran cuota de poder sobre el proceso penal.

En realidad, él realiza dos tareas que son incompatibles en sí mismas: por un lado, debe ser investigador —y, como tal, el mejor investigador posible—, pero, por otra parte, él debe ser el custodio de las garantías procesales y constitucionales. En definitiva, el juez de instrucción debe ser guardián de sí mismo, y esto genera, a mi juicio, de un modo estructural e irremediable, algún tipo de ineficacia. O el juez de instrucción es ineficaz en tanto que investigador o lo es como guardián de la Constitución. Las tendencias más modernas tienden a acabar con la rémora del juez de instrucción, producto de la transacción con el sistema inquisitivo, que impuso el viejo Código de Instrucción Criminal Francés de 1808. En gran medida, el fracaso de los sistemas de in-

vestigación de nuestros sistemas procesales proviene del empecinamiento en mantener el sistema inquisitivo en la instrucción, aunque luego se le adose un juicio oral, que a la postre resulta distorsionado.

Otro modo de organizar la investigación preliminar consiste en acentuar el carácter acusatorio del sistema, dividiendo las dos funciones básicas, de modo que sea el Ministerio Público el encargado de investigar, quedando reservada para el juez la tarea de autorizar o tomar decisiones, pero nunca de investigar.

Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales (incluso el Código Procesal Penal italiano, que tanta influencia ha ejercido, ha evolucionado en su última versión de 1989 hacia este sistema), en la práctica ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales.

Los fiscales, por su parte, tienen la responsabilidad de la investigación, y los jueces, sólo la responsabilidad de vigilar y controlar esa investigación. Por supuesto, estos dos modelos señalados son sólo modelos básicos, ya que existen muchas maneras de combinarlos, de hacerlos coexistir (como aquellos sistemas que le entregan al fiscal la investigación preliminar —o "citación directa", como también suele denominársela— de los delitos menores), estableciendo distintos puntos de mixtura.

Cabe preguntarse: ¿prevé nuestra Constitución Nacional alguna forma especial de estos sistemas? Creo que no se puede decir que prevea directamente alguna forma en especial. Pareciera, pues, que el diseño de los sistemas de investigación forma parte de los poderes que conservan las provincias, según el art. 75, inc. 12. Sin embargo, aquí también tenemos que tener en cuenta que, cuando la Constitución organiza un juicio (el juicio político que, como ya dijimos, independientemente de su objeto específico conserva la estructura de un juicio penal), lo hace de tal modo que la *investigación del caso es responsabilidad de quien debe acusar* (la Cámara de Diputados). Esto demuestra, que el proceso penal al que hace referencia la Constitución es un proceso penal *eminentemente acusatorio*, no en el sentido formal de que debe existir siempre una acusación para que pueda existir un juicio, sino también en el sentido más amplio de entregar la

responsabilidad de la investigación a quien debe presentar la acusación.

En fin: lo que podemos sostener es que la Constitución contiene un diseño básico pero completo del proceso penal, con distinta fuerza normativa ya que, como hemos visto, el juicio oral, público y por jurados está expresamente impuesto. La Constitución es coherente, pues, con el sistema republicano en el que se inspiró y con las fuentes históricas de sus instituciones. En definitiva, el proceso penal que mejor se adapta a los principios y a las normas de la Constitución Nacional es aquel que establece el juicio oral, público, por jurados y, además, establece una estructura acusatoria en sentido amplio, es decir, entregándole la investigación de los delitos a los propios fiscales.

Pero la investigación preliminar o procedimiento preparatorio no es un problema sólo de los jueces y los fiscales. En esta etapa participan también los otros sujetos procesales, y ya estudiaremos las características, facultades y límites a la intervención de cada uno de ellos.

Destaquemos por ahora que, durante el procedimiento preparatorio, si bien no es una etapa eminentemente contradictoria como lo es el juicio, deben existir igualmente amplias posibilidades de defensa: ello supone la posibilidad de proponer diligencias, de participar en los actos, de plantear incidentes, etcétera.

También significa que, si bien esta etapa no es pública en el sentido en que lo es el juicio oral (abierto a todos los ciudadanos), no se debe deducir de ello que sea secreta para los distintos sujetos procesales. Al contrario: el defensor, el querellante, las partes civiles, deben tener acceso al desarrollo de la investigación.

Esta posibilidad siempre estará limitada, porque existen ocasiones en las que la eficacia de un acto o una investigación concreta depende del secreto. En esos casos, los códigos procesales, con distintas modalidades, permiten que *por un tiempo limitado* se establezca el secreto de las actuaciones, aun para los intervinientes en el proceso.

Así como el procedimiento preparatorio o instrucción tiene actos iniciales definidos, también tiene *actos conclusivos*. La instrucción debe finalizar de algún modo formal.

Existen distintos modos de finalizar la investigación. El primero —y, si se quiere, el más propio— es *la acusación*, que es el acto mediante el cual el Ministerio Público requiere la apertura de un juicio pleno.

Pero puede ocurrir que el fiscal no encuentre elementos para acusar, porque se ha comprobado que la persona imputada no ha sido el autor del hecho ni ha participado en él o, con más razón, porque se ha comprobado que el hecho no existió o, si existió, no constituye delito. En todos estos casos, el fiscal requiere que la investigación termine en un sobreseimiento definitivo, que es una absolución anticipada.

También puede ocurrir que la investigación no llegue a ninguna de estas dos situaciones: no existen elementos suficientes para acusar, ni tampoco la certeza necesaria para pedir una absolución anticipada (sobreseimiento). En estos casos, existen dos posibilidades, según los códigos: o bien se establece un tiempo límite dentro del cual se debe llegar a uno de los dos estados mencionados —y, si no se arriba a ello, necesariamente se sobresee—, o bien se permite que la investigación termine de un modo provisional, que implica una clausura provisoria de la investigación o sumario, hasta que se pueda continuar con ella o aparezcan nuevos elementos de prueba.

En muchos sistemas procesales se hace abuso del sobreseimiento provisional y ello implica, de hecho, dejar la investigación en una especie de "limbo", ya que la persona imputada no llega a saber con precisión cuál es su verdadera situación procesal o real. Es conveniente, pues, que el sobreseimiento provisional quede limitado a aquellos casos en los que existe *alguna posibilidad real y concreta* de que la investigación sea reanudada o aparezca algún nuevo elemento de prueba. Caso contrario, se debe resolver de un modo definitivo, ya que existe un derecho, también básico, que indica que las personas sometidas a proceso tienen que tener certeza sobre su situación y se debe arribar a una solución definitiva en un plazo razonable.

El fiscal, en consecuencia, pedirá que el juez tome alguna de estas decisiones: que admita su acusación (y se abra a juicio), que sobresea (definitivamente) o que dicte un sobreseimiento provisional. También existe la posibilidad, en algunos casos particulares —como la rebeldía del imputado (su

fuga)— en los que la investigación simplemente queda archivada, hasta que el imputado purgue tal situación de rebeldía.

Los pedidos o requerimientos fiscales no son admitidos automáticamente. Al contrario, ellos desencadenan un conjunto de actividades procesales, que culminarán con las decisiones que ya hemos mencionado. Al conjunto de esa actividad de análisis del contenido y resultado de la investigación se lo suele denominar *"crítica instructoria"*, y los mecanismos procesales que giran alrededor de esta crítica instructoria constituyen lo que podemos denominar *"procedimiento intermedio"*, segunda fase del proceso penal de la que nos ocuparemos en el próximo capítulo.

XIX. LA FASE INTERMEDIA, CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación que se ha llevado a cabo a lo largo de la instrucción o investigación preliminar consiste en la acumulación de un conjunto de información que servirá para determinar si es posible someter a una persona determinada (imputado-acusado) a un juicio.

Sin embargo, los distintos sistemas procesales no pasan automáticamente de la instrucción al juicio. Existe entre ambos una fase intermedia que, como veremos seguidamente, cumple diversas funciones.

Esta fase intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable. El juicio es público y ello significa que el imputado deberá defenderse de la acusación en un proceso abierto, que puede ser conocido por cualquier ciudadano.

Así como la publicidad implica una garantía en la estructuración del proceso penal, también tiene un costo: por más que la persona sea absuelta y se compruebe su absoluta inocencia, el solo sometimiento a juicio siempre habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aun de descrédito público. Por tal razón, un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria.

Imaginemos los efectos sociales de un proceso penal en el que la sola denuncia basta para que se someta a las personas a juicio público: tal proceso serviría más bien como un mecanismo de persecución y descrédito de las personas antes que como un mecanismo institucionalizado para resolver los conflictos penales.

La investigación concluye con un pedido, que normalmente realiza el fiscal. Ese requerimiento fiscal, como también hemos visto, podrá consistir en el pedido de apertura a juicio, esto es, en una acusación. O podrá consistir en un sobreseimiento, es decir, en el pedido de que la persona imputada sea absuelta sin juicio, porque de la sola investigación preliminar surge la certeza de que no ha sido la autora del hecho punible, o bien la de que ese hecho punible no ha existido en realidad. También pueden existir otros pedidos, tales como el archivo o el sobreseimiento provisional, pero los dos modos esenciales de conclusión de la investigación son, o deberían ser, la acusación y el sobreseimiento.

Estos pedidos deben ser controlados en un doble sentido: por una parte existe un control *formal*; por la otra, existe un control *sustancial* de los requerimientos fiscales o de los actos judiciales conclusivos.

Este control, a su vez, puede ser *necesario* u *optativo*, según que la fase intermedia sea una etapa obligada del proceso o ella sólo exista cuando alguno de los sujetos procesales objeta el requerimiento fiscal.

Para simplificar la explicación, supondremos que el requerimiento fiscal es un sobreseimiento o una acusación. En uno u otro caso, tal requerimiento debe cumplir con ciertas formalidades, cuyo sentido radica en la búsqueda de precisión en la decisión judicial. Por ejemplo, se debe identificar correctamente al imputado, se debe describir el hecho por el cual se pide la absolución o la apertura a juicio, se debe calificar jurídicamente ese hecho. En cualquiera de estos campos, el requerimiento fiscal puede contener errores o "vicios", que deben ser corregidos para que la decisión judicial no sea inválida. Por ejemplo, la acusación o el sobreseimiento pueden identificar mal al imputado, y ello podría causar la condena o la absolución de la persona equivocada; puede describir el hecho de un modo incorrecto —ya sea por exceso o por defecto, es decir, porque incluye circunstancias de hecho que no han formado parte de la investigación o, al contrario, porque omite circunstancias de hecho relevantes para el caso.

Los distintos sujetos procesales tendrán interés en corregir esos defectos. El imputado, el defensor o el querellante querrán que la decisión judicial sea correcta y no pueda ser invalidada. Cada uno, obviamente, desde la óptica de sus

intereses particulares. Pero también el juez tendrá interés en que la decisión judicial no contenga errores o en que éstos no se trasladen a la etapa de juicio donde pueden generar mayores perjuicios o invalidar la totalidad del propio juicio.

En síntesis, desde este punto de vista, la fase intermedia constituye el conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación.

Pero la fase intermedia no agota su función en el control formal. Sirve —también y principalmente— para realizar un control sustancial sobre esos actos conclusivos.

Los actos que ponen fin a la investigación (sean requerimientos fiscales o decisiones judiciales, según los diferentes sistemas) implican, como hemos visto, un determinado grado de acumulación de información. El grado de información o de conocimiento necesario varía según los distintos tipos de acto conclusivo; pero siempre implican un determinado grado de adquisición de conocimientos sobre el hecho y su autor.

Por ejemplo: si se trata de una acusación, tendrá que ser una acusación fundada; esto no significa que *ya* debe hallarse probado el hecho, porque ello significaría una distorsión de todo el sistema procesal. La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contiene *una promesa*, que deberá tener fundamento, de que el hecho *será probado* en el juicio.

Supongamos que un fiscal acusa, pero no ofrece ninguna prueba o presenta prueba notoriamente insuficiente, inútil o impertinente. Esa acusación carecerá de fundamento y tendrá un vicio *sustancial*, ya que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a las condiciones de fondo necesarias para que esa acusación sea admisible.

Lo mismo puede ocurrir con un sobreseimiento, medida que implica un grado de certeza total o, por lo menos y en principio, el mismo grado de certeza necesario para una sentencia absolutoria. Si el requerimiento de sobreseimiento no demuestra que existe ese grado de certeza, tendrá un vicio sustancial, que no se relaciona con el cumplimiento de las formas necesarias para que ese pedido sea válido.

Si es un objetivo del sistema procesal el que los juicios sean serios y fundados y que no se desgasten esfuerzos en

realizar un juicio cuando no están dadas las condiciones mínimas para que se pueda desarrollar con normalidad —o para que el debate de fondo tenga contenido—, se debe establecer un mecanismo para "discutir" previamente si están presentes esas condiciones "de fondo".

La fase intermedia cumple esta función de *discusión o debate preliminar* sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación. El imputado y su defensor podrán objetar la acusación porque carece de suficiente fundamento y se pretende someter a juicio a una persona sin contar con los elementos necesarios para poder probar esa acusación. También pueden objetar que el hecho descripto en la acusación no constituye delito o que comporta un delito distinto del considerado en ese requerimiento.

El querellante podrá objetar el pedido de sobreseimiento, ya que a su juicio existe fundamento suficiente para someter al imputado a un juicio o, en aquellos sistemas que admiten cierres provisorios de la investigación, porque es ésa la solución que corresponde y no una solución definitiva.

Esta discusión preliminar puede incluir el planteo de distintas excepciones, que ataquen aspectos sustanciales del ejercicio de la acción y también planteos formales.

La *excepción* es el modo procesal de introducir en la discusión una defensa parcial o circunscripta, de modo de provocar una decisión directa sobre esa defensa. Por ejemplo, el imputado podrá plantear que la acción se halla prescripta o que el fiscal no puede ejercer esa acción porque se trata de un delito de instancia particular y esa instancia no se ha producido.

En síntesis, desde el punto de vista sustancial, la fase intermedia consiste en una discusión preliminar sobre las condiciones de fondo de cada uno de los actos o requerimientos conclusivos.

Si reunimos ambas perspectivas, notaremos que la fase intermedia es un período de discusión bastante amplio e importante dentro de la estructura general de proceso.

Sin embargo, no todos los sistemas tienen claramente delimitada esta etapa. Algunos de ellos dividen esta discusión entre los actos finales de la instrucción formal (actos que giran alrededor de la "clausura del sumario") y los actos preparatorios del juicio, de modo que no se distingue formal-

mente con claridad esta etapa, aunque exista conceptualmente. Otra forma de estructurar el proceso consiste en marcar fuertemente la fase intermedia, de modo que constituya un conjunto de actos relativamente autónomos, o por lo menos, que en ellos se asuma con total claridad la crítica de los resultados de la investigación.

Lo que debe quedar en claro es que en todo sistema procesal existe esta fase intermedia, aunque pueda quedar oculta debido al modo concreto como la crítica instructoria se ha estructurado.

Existe la posibilidad, asimismo, de que esta fase sea una etapa *necesaria* del procedimiento o bien sea una fase *optativa*, según que alguno de los sujetos procesales realice una objeción a los actos o requerimientos conclusivos, plantee una excepción en este momento o considere oportuno realizar una discusión anticipada. No existen razones determinantes para optar por un sistema u otro. El primero —cuando se trata de una etapa necesaria— permite que la fase intermedia cumpla alguna otra función. El otro —como etapa optativa— permite evitar esta fase cuando no existe ninguna objeción y, por lo tanto, ahorra el precioso tiempo del proceso.

Por ejemplo: cuando la fase intermedia se diseña de un modo notorio y necesario, se puede convertir en un mecanismo concreto para evitar o restringir el uso del recurso de apelación durante la etapa preparatoria o instrucción. La utilización de dicho recurso durante esa etapa —y, sobre todo, su mala utilización— es una de las principales fuentes de demoras de la investigación. Por tal razón, se puede utilizar la fase intermedia para dar una oportunidad de revisión de las decisiones tomadas durante la instrucción, y limitar así la posibilidad de apelar esas decisiones.

El modelo basado en la apelación de las decisiones tomadas durante la instrucción, es una forma de *control vertical*; el otro —que limita las posibilidades de apelación, pero otorga una nueva posibilidad de realizar los planteos rechazados, o permite la revisión en la fase intermedia de decisiones tomadas durante la instrucción— es un modelo de *control horizontal*, que permite salvar el principio de *progresividad del proceso penal.*

Este principio indica que es conveniente que el proceso penal no tenga marchas y contramarchas, avances y retroce-

sos, sino un desarrollo lineal, que adquiere su plenitud, por concentración, durante el juicio.

Los mecanismos procesales que permiten esta crítica del trabajo instructorio variarán también según los sistemas procesales y según la intensidad de esta fase intermedia.

Sin embargo siempre, luego de esta discusión preliminar, se produce una decisión judicial. Si el juez o tribunal decide admitir la acusación, se dictará el *auto de apertura a juicio*, que es la decisión propia de esta fase. Si no se admite la acusación, se podrá dictar un *sobreseimiento* (que según los sistemas podrá ser definitivo o provisional, aunque es más correcto utilizar la palabra "sobreseimiento" para el que tiene el carácter de definitivo, porque así lo utilizan los códigos procesales modernos y, además, el "sobreseimiento provisional" no deja de ser un modo anormal de terminación del proceso). También se podrán tomar otras decisiones no tan frecuentes, como *el archivo* (fundado en la rebeldía del imputado, por ejemplo).

El *auto de apertura a juicio* es la decisión judicial por medio de la cual se admite la acusación: se acepta el pedido fiscal de que el acusado sea sometido a un juicio público.

Como decisión judicial, el auto de apertura a juicio cumple una función de gran importancia. Él debe determinar el contenido preciso del juicio, delimitando *cuál será su objeto*. Por tal razón, el auto de apertura también debe describir con precisión cuál será el "hecho justiciable". Esta determinación no se exige sólo por una razón de precisión o prolijidad, sino porque existe un principio garantizador, ligado al principio de defensa, según el cual la sentencia que se dicte luego del juicio sólo podrá versar sobre los hechos por los cuales se ha abierto el juicio. La delimitación del hecho que será objeto del juicio cumple una función garantizadora, porque evita acusaciones sorpresivas y permite una adecuada defensa. Este principio se denomina *principio de congruencia* entre la acusación y la sentencia, aunque su contenido específico puede ser descripto como el *carácter intangible del objeto del juicio*. (Existe una excepción o, si se quiere, un límite a este principio: la ampliación de la acusación durante el juicio, que luego estudiaremos.)

Además de esta función, el auto de apertura suele cumplir otras funciones no menos importantes: por ejemplo, iden-

tifica ya con absoluta precisión al acusado; califica el hecho (aunque esta calificación jurídica sigue siendo provisional, porque el juez, en la sentencia, tiene libertad para calificar el hecho de un modo diferente); determina el tribunal competente para el juicio, identifica a quienes intervendrán como partes en el debate y puede contener lo que se denomina la *citación a juicio*, es decir, el emplazamiento para que las partes concurran al tribunal del debate a presentar la prueba de la que pretenden valerse en el juicio. En mayor o menor medida, éstos serán los contenidos normales de un auto de apertura a juicio.

Existen diferentes relaciones entre la decisión judicial y la acusación, según la intensidad del carácter acusatorio del sistema procesal. Si es acusatorio en un sentido extremo, la acusación obligará a la apertura a juicio y la decisión judicial se limitará al control formal que asegure el desarrollo normal del juicio. Si el sistema es acusatorio, pero de un modo mitigado, el juez podrá admitir o desechar la acusación cuando ésta no tenga suficiente fundamento. Si es acusatorio en un sentido restringido, el juez podrá, incluso, obligar al fiscal a presentar una acusación cuando considere que existen razones para que la persona imputada sea acusada y el fiscal no lo hubiera hecho. Aún más: si el sistema es acusatorio en un sentido más amplio —es decir, si incorpora activamente a la víctima—, el juez podrá decidir si ella acusará en lugar del fiscal, o admitirá la acusación de la víctima aun cuando el fiscal no hubiere acusado.

Todas éstas son variantes que permiten estructurar el proceso de diferente modo.

Luego de esta fase intermedia, el juez o tribunal podrá dictar un *sobreseimiento* (no es éste el único momento procesal en el que se puede dictar un sobreseimiento, pero sí es el momento más oportuno). Como ya hemos dicho, el sobreseimiento es una absolución anticipada: una decisión desincriminatoria, fundada en la certeza de que el supuesto hecho punible no existió, o si existió como hecho no era un hecho punible o de que el imputado no tuvo participación alguna en el mismo. Todos estos supuestos implican un grado de certeza equiparable al de una sentencia absolutoria, y sus efectos pueden también ser equiparados, ya que el sobreseimiento firme cierra irrevocablemente el proceso.

Se han planteado dudas y discusiones acerca de cuál es la resolución adecuada cuando no se ha llegado al grado de certeza que requiere el sobreseimiento, tampoco existen razones suficientes para fundar una acusación y la investigación se halla agotada. Podemos decir, pues, que nos hallamos ante un estado de *incertidumbre insuperable.*

Algunos argumentan que en estos casos se debe arribar a una decisión provisional, porque en teoría nunca se puede afirmar que la incertidumbre sea insuperable. Sin embargo esto no es cierto. Supongamos el caso de un marido que ha golpeado a su esposa, dentro del cuarto conyugal, sin otros testigos que ellos mismos. La esposa dirá que su marido la lesionó y el marido dirá que se golpeó accidentalmente. No existen otros indicios, ni pruebas indirectas: sólo los dichos de uno contra el otro. ¿Cuál es la solución adecuada?

Es evidente, pues, que nos hallamos ante una incertidumbre insuperable. Como los casos de este tipo son bastante frecuentes y muchas veces existe la convicción íntima de que el imputado ha sido culpable, se pretende utilizar una solución provisional (el sobreseimiento provisional) como un modo de *castigo indirecto.* No necesita demasiado análisis la afirmación de que ésa es una utilización totalmente inconstitucional del proceso, y la pervivencia de lo que se denomina "penas extraordinarias", es decir, la posibilidad de aplicar *ex post* penas no previstas, que surgen de la discrecionalidad del juez.

La solución correcta para los estados de incertidumbre insuperable es también el sobreseimiento. No sólo por derivación de la regla del *in dubio pro reo,* sino porque existe un derecho de las personas a que su situación procesal adquiera, en un tiempo razonable, un carácter definitivo. El sometimiento a proceso es siempre un menoscabo y ese menoscabo no se puede extender en el tiempo más allá de lo razonable. Menos aún cuando no existe ninguna esperanza seria de que la situación de incertidumbre puede cambiar.

Por el contrario, cuando sí existe una esperanza seria de que la incertidumbre podrá ser superada, la solución adecuada debe ser de carácter provisional.

Hemos visto, pues, cómo esta fase intermedia cumple un papel importante en la totalidad del proceso. La hemos explicado de un modo general, para que el alumno pueda

identificarla por sus características sustanciales, sin importar cómo ha sido concretamente estructurada en los distintos códigos procesales.

La experiencia demuestra que son pocos los casos que llegan a juicio. El mayor peso o carga de trabajo de los sistemas procesales recae en esta etapa intermedia, que muchas veces suele ser considerada con poca atención. En gran medida, además, los efectos distorsionados del proceso —su utilización como método de coerción, por ejemplo— se producen en esta etapa o alrededor de ella y de las decisiones que le son propias.

Espero haber destacado suficientemente su importancia: ella es el antecedente inmediato del juicio y, como ya hemos repetido varias veces, allí el proceso penal adquiere su máxima intensidad, su plenitud. La transición de la instrucción —con sus características especiales y sus propios principios— al juicio, es quizás la parte más delicada del proceso. El hecho circunstancial de que la mayoría de nuestros códigos procesales no la destaca suficientemente ha hecho que no se le preste la atención debida. Sin embargo, muchas de las grandes decisiones de política procesal que le dan carácter al proceso penal, pasan por esta fase intermedia y por el modo concreto como se controla el resultado de la instrucción.

Además, el carácter poco contradictorio de la instrucción se corrige con este debate preliminar, de modo que las garantías procesales, la posibilidad de defensa, el principio de inocencia, etc., no cumplan su función sólo en el juicio, sino que extiendan su poder benéfico a lo largo de todo el proceso penal, resguardando el valor intangible de la persona humana.

XX. EL JUICIO PENAL ORDINARIO O COMÚN

Ya nos hemos referido —en el capítulo VI— a las características básicas del juicio penal, según la Constitución Nacional. Allí hemos destacado suficientemente la importancia y el sentido de los principios fundamentales del juicio (oralidad, inmediación, publicidad y concentración), así como las finalidades sociales que ellos cumplen.

El presente capítulo estará dedicado a la organización del juicio penal y a su producto genuino, la sentencia. Sin embargo, debemos tener en cuenta ciertas características generales.

En primer lugar, se debe destacar su importancia: ésta es la etapa plena y principal del proceso penal; en realidad, todo el sistema procesal penal pivota sobre la idea y la organización del juicio. Asimismo, sólo es posible comprender cabalmente un sistema procesal si se lo mira desde la perspectiva o desde la atalaya del juicio penal.

Esto, que parece una "verdad de Perogrullo", no lo es en la realidad de nuestros sistemas procesales e, incluso, en muchos de los sistemas de comprensión que desarrollan los científicos. La "fuerza" del sumario o de la investigación preliminar es tan grande, que tiende a ocupar el centro de la escena procesal; ésa es una perspectiva profundamente errada y, por supuesto, no es la perspectiva constitucional.

El juicio penal es la etapa principal del proceso penal porque es allí donde se "resuelve" o "redefine", de un modo definitivo, —aunque revisable— el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal. Este carácter definitivo es muy importante para comprender la lógica del juicio oral. Aquellos que están imbuidos del sistema escrito no suelen comprender este carácter del juicio penal, porque los juicios

escritos, precisamente, no tienen esta característica; al contrario, ellos son intrínsecamente revisables, provisorios, por los efectos del recurso de apelación y su uso indiscriminado.

Como el juicio oral tiene este carácter definitivo, que se expresa en la instancia única que le es propia —discutiremos este problema en el capítulo sobre los recursos—, toda la organización del juicio refleja esa característica. Concretamente, eso significa que el juicio oral es mucho más estricto y más preciso en las reglas de producción de la prueba, que un sistema escrito. Por otra parte, el juicio oral requiere mayor preparación.

En consecuencia, la primera fase de todo juicio oral es la *preparación del juicio.* En el juicio oral deben coincidir tanto en el tiempo (simultaneidad) como en el espacio (contigüidad) una serie de personas y de cosas que son las que le darán contenido y vida a ese juicio. Por ejemplo: es absolutamente imprescindible que todos los sujetos procesales y el juez estén presentes en el mismo momento, dado que, por el principio de inmediación, ellos no pueden delegar sus funciones. Asimismo, la prueba que valdrá será sólo aquella que se produzca en el juicio y que se incorpore a él según los distintos mecanismos previstos para ello. De tal modo, jueces, fiscales, defensores, testigos, peritos, documentos, cosas, etc., deberán coincidir temporal y espacialmente en un *ambiente,* que es la *sala de audiencias.*

Siempre se han destacado la importancia y las ventajas de esta coincidencia temporal, como un modo de lograr que, en un sentido aproximativo, se reproduzca el conflicto inicial, con algunos de sus "protagonistas iniciales". Sin embargo, pocas veces se ha destacado —y menos aún estudiado— la importancia del espacio en la administración de justicia penal. Si ella es, también, un sistema de administración de símbolos sociales, el espacio actúa como uno de esos símbolos. La sala de audiencias no es sólo un *espacio-escenario*; es, también, un *espacio-símbolo.*

La preparación del juicio es, pues, la primera fase de juicio oral, cuyo cometido consiste en la preparación de todos los elementos del debate, en la depuración final de todas aquellas circunstancias que pudieran nulificarlo o tornarlo inútil; es el momento de la integración del tribunal, del ofrecimiento de la prueba; en fin, es la etapa de la organización del juicio.

La importancia final o el contenido preciso de esta etapa se halla en estrecha relación con la fase intermedia del proceso penal. Si existe una fase intermedia claramente marcada, la preparación del juicio se convertirá en algo así como la "sintonía fina" del control sobre el proceso. Por el contrario, si la etapa intermedia o de control de la acusación no se halla lo suficientemente desarrollada, la etapa de preparación del juicio contribuirá también al control formal o sustancial de la acusación.

Los distintos códigos procesales establecen formas diversas de conexión entre la fase intermedia y la preparación del juicio y, aunque existen dos actividades perfectamente diferenciables —por una parte, el control de la investigación y de la acusación y, por la otra, preparación del debate—, generalmente la etapa de preparación del juicio abarca, con diferentes intensidades, estas dos actividades.

La primera actividad de preparación del juicio consiste en la *integración del tribunal*, es decir, en la determinación concreta y anticipada de los jueces que resolverán el caso. Según la concreta organización judicial, esta actividad tendrá mayor o menor importancia, ya que, si la organización judicial es de un tipo rígido, los jueces estarán predeterminados por la asignación del caso a un tribunal o a una cámara. Pero, si la organización judicial sigue un modelo más dinámico (por ejemplo, si a un tribunal —en sentido amplio— lo forman todos los jueces con determinada competencia territorial, o se integra con jueces legos —escabinos—), la actividad de integración será más importante ya que sólo en ese momento se conocerá el nombre concreto de los jueces del caso. Por supuesto, siempre existe la limitación del principio del juez natural que, como ya vimos, significa que la persona del juez o su asignación a un caso, no puede ser manipulado de un modo arbitrario.

Desde el punto de vista de los sujetos procesales, la integración del tribunal implica la posibilidad de plantear recusaciones, es decir, incidentes de separación de todos o algunos de los jueces del caso, fundados en el "temor de parcialidad". Los distintos casos de recusación (parentesco, amistad, enemistad, interés, etc.) se fundan en el temor de que el juez no actúe imparcialmente en el caso.

La segunda actividad de preparación de gran importancia es el *ofrecimiento de prueba*. Éste consiste en el señala-

miento concreto de los medios de prueba que utilizarán las partes para corroborar sus distintas hipótesis. Ofrecer prueba significa señalar los elementos o medios de prueba que se utilizarán en el debate. El tribunal analiza ese ofrecimiento de prueba y prepara su producción futura (ordena citaciones, peritajes, organiza el traslado de elementos materiales, etc.). En determinadas ocasiones, si la prueba no es susceptible de ser llevada a cabo en el debate, el tribunal puede ordenar su producción anticipada, siguiendo las mismas reglas del anticipo de prueba durante la investigación preliminar. Asimismo, el tribunal tiene un poder de policía sobre el ofrecimiento de prueba. Si se ha ofrecido prueba *inútil* (que no contiene información que sirva para probar las distintas hipótesis), *impertinente* (que contiene información no referida a las hipótesis de prueba), *superabundante* (cuando se satura de información sobre una misma hipótesis o tema) o *ilegal* (se pretende introducir información surgida de una fuente ilícita o de un modo prohibido), el tribunal tiene facultades para impedir que esa prueba se produzca. Este poder de policía sobre la prueba debe ser utilizado con mucha precaución, porque se halla en juego la garantía de la defensa en juicio y una de sus consecuencias más importantes, que es la amplitud de prueba.

Por lo general, también se le otorga al tribunal la facultad de programar *prueba de oficio*, cuando considera que no se ha ofrecido un medio de prueba importante para el juicio.

Una tercera actividad de organización del juicio, que suele ser dejada para esta parte del proceso, consiste en la posibilidad de *unir, separar o dividir el juicio*, según las modalidades del caso. La acusación puede versar sobre diversos hechos, o puede contener imputaciones contra diversas personas. También se puede tratar de varios casos relacionados con el mismo imputado u otras formas de conexidad (relación que existe entre casos). En estas circunstancias, el tribunal también puede ordenar el debate, ampliándolo hacia casos conexos o dividiéndolo según los hechos separables.

También existe otra forma de dividir el debate, que es conocida como *cesura del juicio penal*. La cesura es un mecanismo procesal que permite dividir el debate en dos partes: una dedicada al análisis de la existencia del hecho y el dis-

cerrimiento de la culpabilidad, y la otra dedicada a la determinación o individualización de la pena.

Este mecanismo de la cesura permite ordenar el debate teniendo en cuenta la importancia —cada día más reconocida—de la concreta aplicación de la pena. De este modo, en la primera parte del debate se determinará si el acusado ha cometido la acción que se le imputa y si es culpable. Finalizada esta etapa, se dicta lo que se suele denominar *interlocutorio de culpabilidad*, es decir, una sentencia fraccionada que sólo decide sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del acusado. Luego de este interlocutorio de culpabilidad se continúa con el debate sobre la pena (se ofrece prueba relativa a la individualización de la pena) y se dicta una decisión formal sobre las penas que integra, junto con el interlocutorio de culpabilidad, la sentencia completa. Esta forma de dividir el juicio se acomoda mucho más a un Derecho penal que le otorga mayor importancia a las consecuencias concretas de las decisiones judiciales. La aplicación de una pena es la consecuencia más concreta de la decisión judicial penal y muchas veces ha sido tratada de un modo superficial o matemático, como si el imponer ocho, quince o veinte años de prisión no fuera un asunto de suma importancia (desde el punto de vista de quien debe sufrir esos años de encierro, quizás el más importante).

Por último, el tribunal tiene que firmar concretamente la fecha del debate, de la celebración de la audiencia principal.

Todas éstas son actividades propias de la organización del debate que, con mayor o menor claridad, estarán presentes en la etapa de preparación del juicio.

En esta etapa, también, existe una última sintonía fina sobre las condiciones de validez del debate o sobre su utilidad. Por ejemplo: según los códigos, o bien puede existir todavía la posibilidad de plantear una excepción (falta de acción, prescripción, etc.), o bien el tribunal puede comprobar una causa que impide la realización del debate o bien el caso puede ser cerrado sin debate (por ejemplo, si el acusado de violación se casó con la ofendida). Esta actividad circunscripta y excepcional está reservada para casos claros, que tornarían inútil o inválida la realización del debate.

Antes de la fecha de la audiencia es normal que exista un período de vacancia obligatoria, ya que todos los sujetos

deben prepararse para el debate. Esto significa que la audiencia no se puede fijar de un modo inmediato, sino que se suele establecer un plazo mínimo que varía según los códigos. Una vez fijada aquélla, los distintos sujetos procesales y el tribunal ya saben a qué atenerse. Saben, concretamente, qué día, a qué hora y en qué lugar deberán presentarse para realizar el juicio.

Ese día comienza el debate principal, momento central del proceso penal, luego del cual se llegará a la sentencia.

Como ya hemos visto, el debate es un punto de encuentro. En la dinámica del proceso penal se halla el juego entre la diferenciación, producto de la asignación de distintas funciones a cada uno de los sujetos procesales y el encuentro personal de todos esos sujetos en el debate o vista principal. Este juego —no siempre respetado en los sistemas procesales concretos— es el que asegura, en gran medida, que la verdad o la construcción de la solución del caso será el producto de un diálogo, de un proceso dialéctico.

La primera actividad propia del debate, consiste en la constatación de la presencia de todas aquellas personas cuya presencia es obligatoria. No debemos olvidar que existe un principio básico —ya analizado— que es el de *la inmediación:* este principio exige la presencia personal en el juicio de los sujetos procesales y, por supuesto, del tribunal. Por tal razón, una vez que el tribunal se ha constituido en la sala de audiencias, le corresponderá al presidente (o al secretario del tribunal, según los sistemas) constatar la existencia del imputado, del Ministerio Público, de los defensores, del querellante y de las partes civiles, si se hubiere ejercido la acción civil en el proceso penal.

La ausencia de los sujetos procesales o del tribunal produce efectos diferentes. Por ejemplo, si falta alguno de los jueces, si no se encuentran el Ministerio Público, el defensor o el imputado, el debate carecerá de valor, y es necesario suspender la convocatoria hasta que ellos se hallen presentes. Por el contrario, si el querellante o el actor civil no están presentes, se considerarán abandonadas sus pretensiones. En el caso específico del demandado civil, su presencia no es imprescindible, ya que aquí rigen normas propias de los procedimientos civiles, según los cuales es posible el juicio en ausencia, lo cual, como ya vimos, no es admisible en el juicio penal.

La presencia del imputado es fundamental, porque él tiene un sustancial derecho de defensa. Por tal razón es común que los códigos establezcan que él debe concurrir al debate "libre en su persona" aunque, para evitar su fuga o asegurar la realización del debate es posible dictar alguna medida de coerción o custodia, siempre, claro está, que esas medidas no restrinjan su derecho de defensa.

Como también hemos visto ya, este encuentro entre los sujetos procesales y el tribunal es *público*, para asegurar el control popular sobre el modo de administrar justicia. Existen, sin embargo, algunas excepciones a la publicidad, fundadas en razones de conveniencia (por ejemplo, si la publicidad puede afectar el pudor de alguno de los intervinientes), en razones de seguridad (si la publicidad puede generar peligro para la integridad física de alguno de los intervinientes o existen razones de orden público), o en razones de disciplina (que permiten al presidente del tribunal restringir el acceso a personas que perturbarían el desarrollo del debate, a menores sin acompañamiento, etc.). Sin embargo, se debe tener bien en claro que las restricciones al acceso o la limitación de la publicidad deben ser excepcionales y la decisión que las establece, fundada; ya que se halla en juego un principio —el control ciudadano— de suma trascendencia.

Una vez producido este encuentro de las personas indicadas, en condiciones de validez (inmediación, publicidad) comienza a desarrollarse el debate. Este desarrollo tiene diversas fases:

1. Apertura y constitución del objeto del debate.
2. Producción de la prueba.
3. Discusión sobre la prueba o alegatos.
4. Clausura del debate.

La *apertura* consiste, fundamentalmente, en la constatación de las mínimas condiciones de validez del debate y en la fijación con precisión de su objeto. Por tal razón, uno de los actos iniciales es la lectura de la acusación y de auto de apertura del juicio. Éstos son los instrumentos que "fijan" sobre qué se va a discutir. Esta fijación del objeto del debate no es simplemente informativa; al contrario, como ya hemos visto, cumple una función principal, ligada a lo que se denomina "principio de congruencia": la sentencia sólo podrá ver-

sar sobre los puntos de hecho fijados en la acusación y el auto de apertura del juicio.

Por otra parte, si bien la acusación o el auto de apertura a juicio son, en principio, límites infranqueables, existe *una excepción* que se denomina *"ampliación de la acusación"*: ella consiste en la posibilidad del fiscal de incluir un hecho nuevo, que no había sido considerado en la acusación o en el auto de apertura a juicio. Sin embargo, ese poder también está limitado: sólo se podrán incluir hechos nuevos que estén estrechamente ligados con el hecho básico y que amplíen el objeto del debate, pero no lo modifiquen totalmente. Esos hechos nuevos podrían ser, por ejemplo, hechos que integran un delito continuado o hechos que influyen en una agravante o atenuante, que hasta ese momento no se había considerado. Pero de ninguna manera se podría ampliar la acusación incluyendo hechos que *no tienen un vínculo esencial* con el hecho básico, fijado en la acusación o en el auto de apertura.

Con la lectura de la acusación y el auto de apertura a juicio se fija con claridad la imputación, pero todavía no se ha fijado totalmente el "objeto del debate". Para ello es necesario escuchar al imputado, que es el titular del derecho de defensa en sentido primigenio (lo que también se llama "derecho de defensa material", por referencia al derecho de defensa "técnico", que ejerce el abogado defensor). Lo cierto es que no se puede saber con precisión sobre qué se va a debatir hasta que no esté fijada la controversia, y esa controversia se establece entre la acusación y la defensa. La declaración del imputado, pues, se convierte en uno de los elementos principales de la conformación del objeto del debate y por eso se debe garantizar que en los momentos iniciales el imputado tenga una amplia posibilidad de declaración, para defenderse. Ello no quiere decir que éste sea el único momento de declaración del imputado, pero sí que es un momento imprescindible.

La declaración del imputado es, pues, un momento esencial de debate y es esta declaración, no las anteriores que hubiere prestado durante la investigación preliminar, la que tiene mayor virtualidad. Durante todo el desarrollo del debate, el imputado podrá ampliar su declaración o hacer las acla-

raciones que considere convenientes. También es conveniente que el defensor técnico realice el planteo básico de su defensa para que queden claros el objeto y los límites de la controversia.

De este modo, desde la lectura de la acusación hasta la declaración del imputado, queda fijado el objeto del debate. Como se puede apreciar, el juicio oral responde a una lógica muy sencilla y eso es lo que ha hecho que se convierta en el modelo dominante de justicia penal. En cualquier conflicto, de cualquier naturaleza, procederíamos del mismo modo: escuchar a uno y otro de los términos del conflicto, para poder saber cuál es el objeto de la controversia.

Luego de esta fijación del objeto de discusión comienza la producción de la prueba. Se tratará, en esta segunda fase, de incorporar la información que servirá para comprobar cada una de las hipótesis. Los distintos sujetos procesales proponen al tribunal diversas hipótesis, algunas inculpatorias, otras exculpatorias, algunas referidas a la responsabilidad civil, etc. Esas hipótesis deberán ser confirmadas o desechadas por el tribunal y, para ello, necesita información. La confirmación de cada una de las hipótesis procesales está en relación directa con la intensidad de información vinculada con esa proposición hipotética.

La información ingresa al juicio por diversos canales. Esos canales son los medios de prueba: testigos, peritos, documentos, cosas secuestradas, etc. La información puede también ingresar a través de una observación directa por parte del tribunal (inspección del lugar del hecho, etc.). En consecuencia, la información ingresa por vía directa (comprobación inmediata) o a través de un canal distinto al tribunal.

Las formas más comunes de ingreso de la información son las siguientes: a través de *testigos* (personas que han obtenido la información mediante su percepción directa), *peritos* (personas especialmente calificadas con relación a un conocimiento particular, que explican un fenómeno que no es asequible al tribunal según su capacidad de análisis común), *documentos* (cualquier tipo de soporte material —papel, cinta, electrónico, vídeo, etc.— que contiene información), *cosas* (elementos materiales que han tenido alguna vinculación con los hechos que se intenta comprobar). En principio, es admisible cualquier otro canal de información siempre que

no sea ilícito, que sea susceptible de control por parte de los sujetos procesales y no afecte la dignidad de las personas.

En el debate principal se organiza la *producción de la prueba*. Producir la prueba significa que los distintos canales vuelcan su información específica, en presencia de todos los intervinientes en el debate. La organización de la producción de la prueba se rige por principios de orden y de eficacia. Todos los sujetos procesales y el propio tribunal tienen amplias facultades para extraer toda la información que crean necesaria para comprobar las distintas hipótesis. Esta extracción de información se realiza a través de métodos específicos: por ejemplo, a través de interrogatorios, de informes de los peritos, de exhibición y análisis de los documentos, etc. Asimismo, si es necesario, se realizarán comprobaciones inmediatas, a través de la constitución del tribunal en el lugar del hecho para inspeccionarlo, secuestrar la correspondencia, etcétera.

De este modo, a través de la producción de la prueba, se ingresa toda la información disponible. Un principio básico, vinculado a los principios de inmediación y a la idea misma del juicio previo, es que la información que se puede utilizar para llegar a la convicción final sólo puede ser aquella que ha ingresado válidamente al debate principal. "Prueba" significa la *prueba incorporada al juicio*. Muchos sistemas escritos —e incluso algunos que incorporan el juicio oral— desconocen esta idea básica y, en consecuencia, la información principal sigue siendo la que se incorporó durante la instrucción (el sumario). Este mecanismo, que ya hemos analizado, produce una grave distorsión del juicio penal.

Con toda la información disponible comienza la tercera fase del debate, consistente en los *alegatos finales* o *discusión final*. Ésta es la fase más estrictamente ligada a la idea de debate o discusión. Aquí los sujetos procesales deberán presentar al tribunal la solución del caso que cada uno propone, mediante el análisis de la prueba producida (la información disponible) y el análisis de las normas aplicables al caso, tal como cada uno de ellos entiende que ha quedado conformado. Ésta es una fase de discusión y, por lo tanto, se debe permitir que los distintos sujetos procesales discutan (por supuesto, dentro de un marco de orden y disciplina).

Finalmente, se concederá la palabra al imputado, para que realice su última defensa y, eventualmente, se le puede

conceder la palabra a la víctima, de modo que el debate finalice con la visión de quienes son los verdaderos protagonistas del conflicto que se está tratando de solucionar. De este modo, se clausura el debate y el tribunal, inmediatamente, sin que exista un plazo —que rompería con la idea de observación directa e inmediata de la prueba y de la discusión—, ingresa a un recinto para deliberar.

Comienza así la tercera parte principal del juicio penal que es la *producción de la sentencia.*

El período de producción de la sentencia comienza con la *deliberación*, de la que ya hemos hablado también. La deliberación es el proceso de discusión y análisis de todos los elementos que permitirán construir la solución del caso. La deliberación debe ser, insisto, un proceso de discusión y de análisis y, por tal razón, los códigos procesales suelen dar a los jueces indicaciones acerca de los pasos necesarios para profundizar ese análisis. No obstante, lo importante es que la deliberación sea exhaustiva y profunda, orientada en dos sentidos: por una parte, la construcción de la norma aplicable al caso; por la otra, el análisis de la información reunida en relación a las distintas hipótesis en juego. El primer nivel es el del *análisis jurídico*; el segundo, el de la *valoración de la prueba.*

La solución jurídica de un caso nunca resulta de la aplicación automática de la ley. Al contrario, a partir del conjunto del sistema normativo los jueces deben construir o hallar la norma concreta que solucionará el caso, también concreto. Esa norma concreta surge de la conjunción de diversas normas, que interactúan y se modifican mutuamente. El sistema jurídico es un orden dinámico, con capacidad de concentrarse, por medio de la actividad judicial, en una solución individual.

La otra actividad principal consiste en la valoración de la prueba. Es decir, en la actividad intelectual consistente en enlazar la información con las distintas hipótesis. Esta actividad de enlace se ha realizado a lo largo de la historia de diversos modos. Se puede decir que han existido sistemas que dejan ese enlace librado a la libertad del juez y otros que, por el contrario, establecen nexos obligatorios entre la prueba y la conclusión a la que se debe arribar. Estos sistemas trasuntan, en el fondo, una mayor o menor confianza en el

juez, aunque los pocos sistemas que aún conservan un sistema "tasado" o "de conexión fija" se caracterizan por una rigidez y un formalismo que no sirven para controlar al juez ni para una adecuada valoración de la prueba.

Los primeros sistemas se denominan sistemas de *libre valoración de la prueba*. Los segundos sistemas, de *prueba legal* o *tasada*. Los primeros están ligados indisolublemente al juicio oral y los segundos a los sistemas inquisitivos y escritos. En un sistema de prueba legal se utilizan fórmulas tales como "dos testigos hacen plena prueba" y otros semejantes, de modo que se establece una tabulación *ex ante*, del valor de la prueba.

El sistema de libre valoración de la prueba deja librada al raciocinio del juez la elaboración de las conexiones entre las hipótesis y la información. Existen dos grandes modos de establecer un sistema de libre valoración de la prueba: los llamados sistemas de *íntima convicción* (en algunos casos también llamados "de libre convicción") en los que *no se le pide* al juez que manifieste el modo o el camino por el cual ha construido su convicción y lo explique. Estos sistemas de íntima convicción no requieren la fundamentación de la sentencia. El otro gran grupo es el llamado sistema de *sana crítica racional* o *crítica racional*, en los que se exige al juez que explique fundadamente su decisión.

La diferencia entre uno y otro no reside en que uno sea racional y el otro emocional, sino, simplemente, en el hecho de que en el primero de ellos no se exige fundamentación, y en el segundo es necesaria la exteriorización del razonamiento del juez. Lo que cambia de uno a otro es el grado de control sobre el razonamiento del juez; por eso se ha afirmado muchas veces que el sistema de la sana crítica racional es un sistema intermedio entre la prueba legal y la íntima convicción. Del primero saca la idea de control (que se manifiesta en la exigencia de fundamentación), del segundo toma la idea de libertad, que se materializa en la falta de reglas de tasación de la prueba y el solo sometimiento a los principios lógicos de un raciocinio común.

Sin ninguna duda, el sistema de crítica racional o sana crítica es el que ofrece mayores garantías y se adecua mejor a los postulados de una justicia democrática.

La deliberación, entonces, es el conjunto de operaciones intelectuales o espirituales del tribunal, mediante las cuales

se construye la solución jurídica del caso y se opta por una de las hipótesis de hecho probables, mediante la valoración de la prueba. El tercer paso consiste en la *subsunción de los hechos al Derecho*, proceso dialéctico del que resulta el producto genuino y esencial del proceso penal: la sentencia.

La sentencia es el acto que materializa la decisión del tribunal. Como tal, es un acto formal, ya que su misión es establecer la "solución" que el orden jurídico, a través de la institución judicial, ha encontrado para el caso que motivó el proceso. La sentencia penal o bien es una sentencia de condena o bien es una sentencia de absolución, ya que en esta etapa del proceso no existe otra posibilidad y el caso obligatoriamente deberá llegar a una de estas dos opciones.

La sentencia de condena significa el reconocimiento de la existencia de todos los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y su determinación. La absolución, por el contrario, significa que no se ha comprobado el hecho, o se ha comprobado que no existió o que no era ilícito, o se ha comprobado la existencia de presupuestos que inhiben la aplicación de la pena (justificantes, causas de inculpabilidad, etc.) o, por último, no se ha comprobado la participación del acusado en los hechos imputados. El momento de la sentencia es, pues, un momento alternativo, ya que se absuelve o se condena. Por esta razón, es aquí donde tiene mayor virtualidad el principio de favorabilidad al reo *(in dubio pro reo).*

Este principio, en el marco de este momento alternativo, nos señala una orientación clara de política criminal, relativa al modo de solucionar el conflicto provocado por la duda, en especial, por la duda en la valoración de la prueba. En realidad, este principio se puede formular también diciendo que, para que se pueda dictar una condena, es necesaria la certeza o una certidumbre rayana en la certeza y que, si no existe ese estado de convicción, necesariamente se debe optar por una absolución.

La sentencia es un producto formal, no sólo por la importancia que ella tiene respecto de la solución del caso, sino porque constituye el objeto principal de los recursos y el resultado al que tiende todo el proceso.

Por esta razón, se suelen establecer requisitos formales ligados a la correcta identificación del tribunal, del imputado

y de los demás sujetos procesales; la correcta y precisa descripción del hecho que se ha juzgado (recuérdese el principio de congruencia); la explicación de las razones que han llevado al tribunal a construir el hecho justiciable en un determinado sentido; así como las razones jurídicas que lo han llevado a construir la norma jurídica aplicable al caso (fundamentación o motivación); por supuesto, finalmente, la decisión concreta (fallo), es decir, el núcleo de la decisión (condena o absolución), con todas sus consecuencias legales —pena, reparaciones civiles, responsabilidad por los gastos (costas), cómputo de la pena, etcétera.

Esta sentencia debe ser leída ante los sujetos procesales y el público, y así queda notificada (notificación por su lectura). Es de vital importancia tener en cuenta que entre el desarrollo del debate, la deliberación y la sentencia se debe respetar el principio de continuidad, de modo que todas esas etapas están relacionadas por la inmediatez. Sería contrario a los principios que informan el juicio oral el que los jueces observaran el debate y sólo después de varios días (en los que habrán tenido distintos tipos de interferencias) dictan la sentencia. Lo correcto, si se toma en serio el principio de inmediación, es que no debe existir solución de continuidad entre el debate y el dictado de la sentencia. Caso contrario, se desnaturaliza el propio juicio oral.

Algo muy distinto es la excepción que aparece en muchos códigos en el sentido de que *los fundamentos* de la sentencia pueden ser escritos varios días después: ello no significa, de ningún modo, que el fallo, la decisión nuclear de la sentencia, pueda ser postergada.

La sentencia, junto con el acta del debate (breve síntesis de lo ocurrido), se integran para formar la documentación del debate.

Aquí también se debe tener en claro otra consecuencia directa del principio de inmediación. Lo que exige ese principio es que el juez tenga un conocimiento directo de los sujetos y de la prueba. Nada ganaría el juicio oral si se pretendiera documentarlo todo, por moderno que fuere el sistema de registro. El paso de un juicio por escrito (o por registros) a un juicio oral no es un problema de técnicas o de medios tecnológicos: se trata, antes bien, de un modo cultural de administrar justicia, que se debe preservar en la integridad de sus

principios básicos: la oralidad, como instrumento al servicio de la inmediación y de la publicidad, la continuidad del debate y su contigüidad con la sentencia, la concentración de la prueba y un sistema libre pero controlado de valoración de la prueba.

La vigencia de estos principios es lo que hace que, por lo que nos toca conocer en nuestro actual horizonte cultural, el juicio oral sea el más idóneo de administrar justicia.

y de los demás sujetos procesales; la correcta y precisa descripción del hecho que se ha juzgado (recuérdese el principio de congruencia); la explicación de las razones que han llevado al tribunal a construir el hecho justiciable en un determinado sentido; así como las razones jurídicas que lo han llevado a construir la norma jurídica aplicable al caso (fundamentación o motivación); por supuesto, finalmente, la decisión concreta (fallo), es decir, el núcleo de la decisión (condena o absolución), con todas sus consecuencias legales —pena, reparaciones civiles, responsabilidad por los gastos (costas), cómputo de la pena, etcétera.

Esta sentencia debe ser leída ante los sujetos procesales y el público, y así queda notificada (notificación por su lectura). Es de vital importancia tener en cuenta que entre el desarrollo del debate, la deliberación y la sentencia se debe respetar el principio de continuidad, de modo que todas esas etapas están relacionadas por la inmediatez. Sería contrario a los principios que informan el juicio oral el que los jueces observaran el debate y sólo después de varios días (en los que habrán tenido distintos tipos de interferencias) dictan la sentencia. Lo correcto, si se toma en serio el principio de inmediación, es que no debe existir solución de continuidad entre el debate y el dictado de la sentencia. Caso contrario, se desnaturaliza el propio juicio oral.

Algo muy distinto es la excepción que aparece en muchos códigos en el sentido de que *los fundamentos* de la sentencia pueden ser escritos varios días después: ello no significa, de ningún modo, que el fallo, la decisión nuclear de la sentencia, pueda ser postergada.

La sentencia, junto con el acta del debate (breve síntesis de lo ocurrido), se integran para formar la documentación del debate.

Aquí también se debe tener en claro otra consecuencia directa del principio de inmediación. Lo que exige ese principio es que el juez tenga un conocimiento directo de los sujetos y de la prueba. Nada ganaría el juicio oral si se pretendiera documentarlo todo, por moderno que fuere el sistema de registro. El paso de un juicio por escrito (o por registros) a un juicio oral no es un problema de técnicas o de medios tecnológicos: se trata, antes bien, de un modo cultural de administrar justicia, que se debe preservar en la integridad de sus

principios básicos: la oralidad, como instrumento al servicio de la inmediación y de la publicidad, la continuidad del debate y su contigüidad con la sentencia, la concentración de la prueba y un sistema libre pero controlado de valoración de la prueba.

La vigencia de estos principios es lo que hace que, por lo que nos toca conocer en nuestro actual horizonte cultural, el juicio oral sea el más idóneo de administrar justicia.

XXI. LOS JUICIOS ESPECIALES

Normalmente los códigos procesales estructuran un modelo de procedimiento común u ordinario, aplicable a la gran mayoría de los casos. Se busca así una normalización del trabajo, bajo patrones comunes, que permite disciplinar la labor de todos y cada uno de los intervinientes en el proceso penal.

Sin embargo, este deseo de normalización no siempre puede ser satisfecho, porque existen situaciones particulares que obligan a una respuesta particularizada del proceso penal.

Estas situaciones particulares surgen de la realidad, ya que ésta se caracteriza, precisamente, por la multiplicidad de situaciones particulares. Lo que hace que el proceso penal responda de un modo diferenciado a cada una de ellas es la existencia de decisiones político-criminales, que transforman o condicionan la persecución penal o todo el proceso.

En algunos casos, la decisión básica es la de simplificar la respuesta estatal, ya sea porque la sociedad requiere una decisión mucho más rápida o bien porque la trascendencia de la infracción no justifica el despliegue de mayores recursos. Otras veces, la decisión básica se refiere a la participación misma del Estado en la persecución penal, como ocurre en los delitos de acción privada. Existen otros casos en que lo que importa es dotar de mayores garantías al proceso penal.

A grandes rasgos, podemos distinguir dos tipos distintos de respuestas procesales especiales:

a) procedimientos especiales, cuando existe una estructuración especial que influye en todo el procedimiento;

b) juicios especiales, cuando lo que adquiere características especiales es sólo la estructura del juicio.

Tres son las razones fundamentales que nos permiten clasificar a esos procesos:

a) la idea de simplificación;
b) la menor intervención estatal;
c) el aumento de garantías.

1. *Juicios y procedimientos especiales vinculados con la idea de simplificación del proceso*

El proceso penal supone una conjunción de recursos humanos y materiales. Esto tiene un costo que predominantemente es absorbido por el Estado, como un servicio público. Ocurre, muchas veces, que el delito del que debe ocuparse el proceso es un delito de menor importancia, medida ésta en términos objetivos —tales como el monto de la pena máxima o del perjuicio económico causado, y no por el grado de culpabilidad.

En circunstancias de este tipo el Estado toma la decisión de no afectar al caso los mismos recursos que le dedicaría si se tratara de un delito de mayor importancia. De este modo, se busca simplificar el procedimiento en su totalidad, para que el costo del servicio judicial sea menor.

Por otra parte, la satisfacción que reciban las víctimas (y la respuesta estatal es también una satisfacción a sus reclamos) debe ser más rápida y sencilla, ya que nadie percibiría como una solución justa que, por un pequeño delito, se deba esperar o atender un proceso largo y complicado.

Para situaciones como éstas los códigos procesales suelen prever procesos y juicios especiales, que generalmente se llaman correccionales. El procedimiento o juicio correccional es, entonces, un modo simplificado de responder ante delitos de menor importancia.

Algunas de las principales simplificaciones de esta respuesta particular, son las siguientes:

a) *La simplificación del procedimiento de investigación.* Algunos códigos, incluso, llegan a modificar totalmente el sistema de investigación en estos casos. Por ejemplo, se mantiene la instrucción jurisdiccional para los casos de delitos mayores y se entrega la investigación preparatoria a los fiscales (citación directa) en los casos de delitos "correccionales". Otros códigos, si bien mantienen el sistema de instrucción jurisdiccional en todos los casos, generan una forma

simplificada del sumario (inclusive con plazos breves) para los casos correccionales.

b) *La abreviación de los plazos.* Otra de las características comunes de este tipo de respuesta particular consiste en la abreviación de muchos de los plazos (para presentación de prueba, para contestar vistas o traslados, etc.).

c) *El tribunal unipersonal.* Aquellos sistemas que juzgan mediante tribunales colegiados, suelen dejar que los casos correccionales sean juzgados por tribunales integrados por un solo juez.

d) *Limitaciones a los recursos.* Muchas veces se establecen limitaciones para recurrir los fallos. Por ejemplo, se permite el recurso de apelación, pero no el de casación y aun en algunos casos existen limitaciones al recurso de apelación.

e) *La simplificación de los trámites.* En general, se puede decir que existe una simplificación de los trámites: menos requisitos formales para la confección de actas; en el contexto de procesos escritos, una actuación más cercana a la oralidad, etcétera.

Otros casos de simplificación del procedimiento son los vinculados a los denominados *juicios de faltas.*

Ya hemos visto en otra parte de este curso que las faltas o contravenciones forman parte del poder penal del Estado. Ellas buscan captar aquellas conductas que afectan bienes jurídicos pero, o bien esos bienes jurídicos no merecen una protección tan fuerte (como por ejemplo, la tranquilidad de los vecinos) o bien la afectación a esos bienes jurídicos no tiene mayor intensidad.

Regularmente, los códigos procesales establecen un procedimiento y un juicio especial para estos casos. En primer lugar, no se puede decir que exista una verdadera instrucción preliminar o, por lo menos, no existe del mismo modo que la conocemos para el caso de los delitos. Esa actividad previa suele ser reemplazada por un "acta de constatación" u otras formas de documentación directa, mediante la cual un funcionario —generalmente se trata de funcionarios policiales— deja constancia de la observación de la infracción. Es, en realidad, un testimonio privilegiado y formalizado.

El acta, por lo general, debe contener una descripción de la infracción constatada, el nombre del infractor o impu-

tado, su domicilio, etc., y el nombre del funcionario que realizo tal constatación. De este modo, dicha acta sirve de base para el juicio e, inclusive, cumple la función de acusación. Por esa razón se suele establecer, también, que se debe entregar una copia de dicha acta al infractor, para que tenga conocimiento de la imputación que se le hace.

La realización del juicio —oral, en los sistemas más modernos o con tendencia a la oralidad en los viejos sistemas inquisitivos—se rige por normas simplificadas: la audiencia es menos formal, se puede prescindir de la existencia de un defensor técnico, no es necesaria la presencia del funcionario que constató la infracción y, fundamentalmente, se simplifican los requisitos para el dictado de la sentencia, ya que prácticamente ésta se puede limitar al fallo o incluir apenas una sucinta fundamentación. Se ha llamado a este tipo abreviado de sentencia, que se dicta de un modo inmediato a la realización del juicio y sin mayores formalidades, *decreto penal*; y a estos juicios simplificados se los ha llamado *juicios por decreto penal.*

También es común que se asigne la realización del juicio de faltas a jueces especiales, formando tribunales unipersonales, o se delegue esta función en los jueces de paz. Una forma *inadmisible* de realizar este tipo de juicios es cuando se delega el juzgamiento en funcionarios policiales. Repetimos: las faltas o contravenciones son ejercicio del poder penal del Estado y, por lo tanto, su juzgamiento se debe regir por las mismas condiciones y garantías pensadas para el caso de los delitos. *De ningún modo, en éste o en cualquier otro caso, simplificación del proceso puede significar depreciación de las garantías judiciales.*

Una tercera forma de abreviar el proceso se da en aquellos casos en los que la admisión de los hechos por parte del imputado torna innecesaria la realización del debate. Sin embargo, esto requiere aclaraciones. No se trata de que, si el imputado ha "confesado", se pueda prescindir del juicio o los jueces estén habilitados a dictar su sentencia sobre la sola base de esa confesión. La realización del juicio no es tan sólo un método para adquirir una determinada certeza, sino el modo democrático y republicano de administrar justicia; y aun en el caso de la confesión más clara y precisa, ese imputado *sigue teniendo el derecho a un juicio previo*, realizado

con todas las garantías judiciales; y la sociedad, por su parte, necesita y reclama que la justicia se siga impartiendo a través de jueces independientes y de juicios públicos.

Existen, sin embargo, casos en los que el propio imputado manifiesta su consentimiento expreso y controlado, nunca presunto, y su conveniencia de evitar el juicio. Las razones de tal consentimiento y tal conveniencia pueden ser muchas. Puede ocurrir que el imputado desee evitarse el trámite del proceso y la realización del juicio, con el consiguiente desgaste que ello conlleva. O, en aquellos sistemas procesales que han incorporado métodos de disponibilidad de la acción o criterios de oportunidad (casos legales en los que se puede renunciar total o parcialmente a la persecución legal), el imputado puede obtener ventajas claras, que disminuyan su pena.

Aclararemos este punto con un ejemplo. Los sistemas procesales modernos tienden a abandonar una versión estricta del principio de legalidad procesal, según el cual todas y cada una de las infracciones penales que se cometen en la sociedad deben ser perseguidas y castigadas. La vigencia irrestricta de este principio ha causado no sólo la sobrecarga endémica de los tribunales penales, sino que produce además un efecto de impunidad selectiva, que funciona de hecho y generalmente en desmedro de los sectores más humildes de la sociedad, ya que los tribunales sólo se preocupan de los hurtos y robos, y acaso de algún homicidio.

Para resolver este problema se han diseñado *"criterios de oportunidad"*, es decir, casos legales en los que el Estado puede prescindir de la persecución penal. Estos casos legales normalmente se basan en criterios cuantitativos (insignificancia del hecho, escasa culpabilidad), cualitativos (determinados tipos de delitos o condiciones especiales del caso), de economía (multiplicidad de hechos imposibles de investigar o cuya investigación no produce modificaciones sobre la pena esperable) o de mayor interés (colaboracionismo). Se puede tomar la decisión de no perseguir los pequeños hurtos en un supermercado (insignificancia) o los hurtos cometidos por personas que, sin llegar a estar en un estado de necesidad justificante, se hallan en una situación de pobreza angustiante (escasa culpabilidad) o los delitos cometidos en el curso de alguna manifestación pública en la que, por ejem-

plo, hubo algún tipo de provocación policial (criterio cualitativo), o bien se puede prescindir de algunos hechos de estafa cuando se trata de un "fraude-masa" en el que se debe investigar cientos de ventas fraudulentas realizadas por una misma persona y las reglas de acumulación de penas por concurso real tienen un tope que ya ha sido llenado con unos cuantos casos (criterio de economía); por último, por ejemplo, algún caso donde se prefiere prescindir de la persecución penal respecto de un pequeño vendedor de drogas a fin de utilizar su testimonio para incriminar al gran traficante de estupefacientes.

Los sistemas de investigación modernos tienden a basarse cada día más en estos criterios de persecución selectiva, como respuesta a la realidad de la sobrecarga de trabajo de la justicia penal, que se ha manifestado durante muchos años y que es una de las causas más directas de la impunidad.

La respuesta procesal a esta necesidad suele ser el establecimiento de mecanismos simplificados para arribar a la sentencia (procesos monitorios o abreviados). La idea básica consiste en que, si el imputado ha admitido los hechos y, además, ha manifestado su consentimiento para la realización de este tipo de procedimiento, se pueda prescindir de toda la formalidad del debate y dictarse sentencia de un modo simplificado.

Estos mecanismos son muy útiles, pero deben ser legislados y observados con cuidado, para que no se conviertan en una forma de acabar con ese conjunto de garantías que significa el juicio oral y público. Por tal motivo, siempre es conveniente que se establezcan resguardos claros para preservar un consentimiento libre y seguro por parte del imputado; inclusive, prever que el imputado cuente con el suficiente asesoramiento y advertencia para tomar su decisión. Por otra parte, los tribunales no deben aplicar estos mecanismos de un modo automático, sino que siempre deben controlar que cumplan su cometido, que se respeten las garantías e, incluso, cuando existe alguna duda, se debe preferir la realización del juicio oral, aun por encima de la voluntad manifestada por el imputado.

La administración de justicia a través de métodos democráticos y republicanos no sólo se funda en razones de

interés individual, sino que es el modo como la sociedad ha admitido que se ejerza el poder penal, el cual, como no nos cansaremos de repetir a lo largo de este trabajo, es siempre un poder de alta intensidad.

2. *Juicios y procedimientos fundados en la menor intervención estatal*

La relación del Estado respecto del conjunto de conflictos de carácter penal no es uniforme, porque tampoco todos ellos tienen el mismo valor o intensidad.

Algunos conflictos penales —es decir, conflictos sociales que son captados por el Derecho penal— sólo afectan intereses personales que necesitan ser protegidos por el Estado pero que no trascienden de una afectación a bienes jurídicos estrictamente personales. Por ejemplo, el Estado se halla interesado en proteger la dignidad de cada una de las personas, pero de ello no se infiere que los delitos contra el honor afecten otro interés que no sea estrictamente personal.

Los delitos que tienen esa característica generan efectos procesales particulares. Normalmente se los conoce como "delitos de acción privada", porque la intervención del Estado a través del proceso penal se halla limitada.

En los delitos de acción privada —por ejemplo, los delitos contra el honor— el Estado no suele tomar a su cargo la promoción de la acción, sino que deja esa actividad exclusivamente en manos de la víctima. A ella le competerá preparar su acción y presentar la acusación. En este sentido, el proceso en los delitos de acción privada se asemeja mucho más a un proceso civil —aunque no se puede decir que sea semejante— en donde el principio dispositivo tiene una mayor fuerza.

La víctima deberá reunir las pruebas, realizar por su cuenta la investigación preliminar y, sobre esa base, presentar su *acusación*. Sin embargo, es común que los códigos establezcan algunos casos de *auxilio a la víctima* porque ésta no tiene posibilidad de reunir alguna prueba o de pedir algún informe. Por ejemplo, no tiene posibilidades materiales de lograr la identificación del imputado y necesita auxilio de los jueces. Estos mecanismos suelen ser denominados *actos preparatorios de la querella* y su intensidad y alcance varían según los códigos, aunque todos se basan en el principio de

un auxilio indispensable, sin el cual no es posible presentar la acusación frustrándose por consiguiente de un modo absoluto la facultad de querellas que se le confiere a la víctima.

Una vez que se ha presentado la querella (con todos los requisitos formales y sustanciales, en especial, los referidos a la correcta identificación del hecho y del imputado), comienza lo que se suele denominar *juicio para delitos de acción privada* y que comporta, básicamente, ciertas modificaciones con respecto a la estructura del juicio común. En primer lugar, es tradicional que este tipo de juicios esté acompañado de una primera etapa, preliminar, de carácter *conciliatorio.* El Estado tiene el mayor interés en lograr un acuerdo entre las partes y evitar el desgaste del proceso penal.

Normalmente, esta etapa de conciliación gira alrededor de una *audiencia de conciliación* en la que el juez (bien podría ser otro funcionario conciliador) trata de lograr una finalización del pleito, fundamentalmente a través de dos vías. La primera de ellas consiste en un reconocimiento del hecho y admisión de culpabilidad total por parte del ofensor. En realidad, una especie de "allanamiento", luego del cual se simplifica el dictado de la sentencia. En el caso específico de los delitos contra el honor, ese allanamiento suele recibir el nombre de *"retractación"* y produce efectos particulares —como por ejemplo, la publicación de la sentencia—. La segunda de las vías posibles consiste en alguna forma de transacción cuyo resultado sea la finalización de la acción penal emprendida por el ofendido.

Cabe aclarar que en el régimen de los delitos de acción privada, la víctima tiene una potestad absoluta para renunciar a su acción y a su derecho a accionar. En realidad, una vez que ella ha interpuesto la acción penal, su renuncia a esa acción produce necesariamente efectos sustanciales respecto a su derecho a plantear su acción. Es lo que se conoce como *renuncia o abandono de la querella* y su efecto es la imposibilidad de plantear de nuevo esa acción. Como vemos, se trata de una acción en la que el principio dispositivo tiene una vigencia mucho más amplia.

La etapa de conciliación busca, pues, llegar a una solución anticipada del caso por alguna de esas vías.

Superada esa etapa de un modo negativo, se debe realizar el juicio. El juicio penal en sí mismo no difiere en mucho

del juicio común. La principal diferencia es que la víctima sigue teniendo la carga total de la acusación y de la presentación de la prueba y su inactividad produce efectos sustanciales sobre la acción misma (abandono). En algunos casos, por ejemplo en las legislaciones donde aún sigue vigente el delito de adulterio —que tradicionalmente es de acción privada— se suelen establecer limitaciones a la publicidad del juicio, para proteger la intimidad de las personas.

En lo que respecta al dictado de la sentencia y el planteamiento de los recursos, no suelen existir mayores diferencias entre este juicio especial y el juicio común.

Como hemos podido apreciar, existe una correspondencia entre el carácter eminentemente personal de los delitos de acción privada y la estructura del proceso. Eso no quiere decir que el Estado se desentienda de la "solución" del conflicto, como lo hace con otros innumerables conflictos de carácter personal; sí significa, sin embargo, que su participación en el proceso de redefinición institucional de ese conflicto-base estará limitada por ese mismo carácter personal. La actividad directa de la víctima será la que deba impulsar el proceso y la que permitirá llegar a una sentencia.

Cabría preguntarse si este tipo de estructuración del proceso no seguirá avanzando en el futuro —como ya sucedió en tiempos pasados— hacia una vigencia todavía mayor del principio dispositivo. Existe una tendencia universal a dar mayor participación a la víctima en el proceso penal y a ampliar el círculo de los delitos de acción privada, en la convicción de que el Estado, muchas veces, se apropia de las facultades y derechos de las víctimas y luego ni satisface sus propios intereses estatales ni le brinda satisfacción alguna al directamente ofendido por el delito.

Esta tendencia existe y debe ser estimulada. Por ejemplo, es necesario explorar nuevos mecanismos procesales o adaptar esquemas tales como el arbitraje o los procesos puramente privados. Buena parte de las reflexiones modernas de la ciencia procesal avanzan en este sentido. Lo fundamental es encontrar el punto de equilibrio entre las necesidades de la paz social y la restauración de los intereses personales. Un Estado absolutamente prescindente también puede generar situaciones de injusticia ya que, de ese modo, las relaciones básicas de poder existentes en la sociedad se siguen

manifestando libremente en ámbitos como los de la solución de los conflictos, con posibilidades de reproducir las grandes desigualdades propias de esa misma base social.

Existe otra clase de delitos en los que, si bien sigue existiendo un fuerte interés estatal —porque se trata de conductas graves—, se reconoce el interés preponderante de la víctima. Este tipo de delitos está vinculado normalmente a las agresiones de carácter sexual, que contienen una alta cuota de violencia, pero que afectan bienes jurídicos directamente vinculados a la intimidad de las personas.

Estos casos, que suelen ser denominados "delitos de instancia privada", plantean algunas modificaciones en el procedimiento. Por ejemplo, la investigación de esos delitos, si bien queda en manos de los órganos estatales de investigación (fiscales o jueces de instrucción) está subordinada a una "autorización" de la víctima (o de sus representantes legales si fuere menor o incapaz), sin la cual el Estado no puede realizar ninguna actividad procesal. Si la víctima no "insta" la acción, no se puede promover la persecución de ese delito. De este modo, se delega en la víctima la determinación de la oportunidad de esa investigación. Muchas veces las víctimas no quieren sumar al dolor de la ofensa las molestias o daños colaterales de la tramitación del proceso y prefieren que el caso quede en el olvido. Prevalece, pues, el interés particular.

Varían las soluciones posibles en cuanto a las facultades de las víctimas en estos casos, una vez que ellas ya han dado esta autorización. Por ejemplo, ¿qué efecto tiene la renuncia de la víctima una vez que ella ha dado su autorización para que se persiga el delito? En general, la solución suele ser negativa ya que, una vez autorizada la persecución, no se le reconoce a la víctima el derecho de detener el desarrollo de esa investigación. Esta solución es discutible, porque si existió al inicio un interés preponderante de la víctima no se evidencia la razón por la cual tal interés personal no deba seguir existiendo con posterioridad al inicio de la investigación. Al contrario, normalmente la víctima no se encuentra en condiciones de resolver adecuadamente el conflicto de intereses (por ejemplo, entre su interés obvio en la persecución penal y su interés en no aumentar sus dolores o molestias personales) mientras no ha comenzado el proceso penal y puede calibrar los efectos de ese proceso. Lo correcto, pues,

es reconocer efectos sustanciales a la renuncia de la víctima en los delitos de instancia privada —por supuesto, siempre que ella manifieste esa renuncia dentro de un plazo razonable—. No así, por ejemplo, si lo hace una vez que se ha iniciado el juicio, porque en ese caso sometería todo el desarrollo del proceso a una incertidumbre inadmisible.

Existen otros delitos que generan un funcionamiento análogo del proceso penal, aunque en ellos no está en juego un conflicto de intereses personales, sino uno de carácter estatal. Se trata de los delitos que afectan algún área del funcionamiento del Estado, que se podría ver afectada por el desarrollo del proceso. Se los suele denominar *delitos sujetos a autorización estatal* y siguen el mismo principio de subordinar la promoción de la persecución pública, en este caso a la autorización del responsable del área específica del Estado.

3. *Juicios y procedimientos fundados en el aumento de garantías*

En algunos casos, el Estado tiene interés en rodear de mayores garantías al proceso penal, ya sea porque la persona se halla en una situación potencial de mayor indefensión o porque los efectos del proceso penal pueden ser en sí mismos más dañosos.

Un caso paradigmático de este tipo de proceso es lo que se suele denominar el *"proceso penal de menores"*. Generalmente existe una discordancia entre la mayoría de edad civil (18, 21, etc.) y la edad límite a partir de la cual los menores ya pueden ser responsables de delitos (14, 16, 18, etc.). Los Estados modifican su política criminal en este campo según políticas sociales más amplias o criterios de protección de la minoridad.

Lo cierto es que suele ser común que menores de edad civil se vean involucrados como imputados en el proceso penal. Aquí nos encontramos con una situación que reúne las dos características señaladas al principio —mayor indefensión potencial y mayor capacidad dañosa del proceso penal—. La respuesta a esta situación es el desarrollo de un proceso penal específico para menores, con mayores garantías.

Éste es el problema específico, a mi juicio, de lo que a veces se llama el Derecho procesal penal juvenil. Muchas veces

—y esto es evidente en la práctica de nuestros países— se ha pretendido ayudar al menor generando un proceso penal (y un Derecho penal) paternalista, tutelar, orientado a la formación y el cuidado del menor, en el que el juez debía ser, ante todo, el buen padre que seguramente ese menor no había tenido. Esta posición, benévola en su formulación, no ha producido todos los efectos esperados —muchas veces ha naufragado ante la complejidad del problema y la falta de recursos— y ha generado, como efecto negativo, el descuido de las garantías procesales de los menores.

Por ello, considero importante recalcar una idea simple, obvia inclusive, que sin embargo ha sido abandonada en la práctica del proceso penal de menores: *todas las garantías y derechos pensados para los adultos* (principio de inocencia, juicio previo, defensa en juicio, etc.) *deben tener vigencia absoluta y más estricta en el proceso penal de menores.* Toda estructuración especial del proceso debe generar una protección mayor, por encima de esas garantías formales y nunca en desmedro o abandono de ellas. Lo mismo ocurre con las grandes garantías del Derecho penal, tales como los principios de legalidad, culpabilidad, en fin, todo lo que solemos englobar dentro de un Derecho penal "de acto" y no "de autor".

Entonces, la primera característica de un proceso penal de menores debe ser *una vigilancia más estricta de la vigencia de las garantías judiciales.* Esto se manifiesta, en primer lugar, en un control más estrecho del juez y del defensor.

En segundo lugar, se deben aumentar las posibilidades reales de defensa del menor. Para ello se suele permitir que los padres o tutores participen en el proceso, ejerciendo una suerte de defensa material de su hijo o tutelado.

En tercer lugar, se establece una mayor limitación sobre las medidas de coerción en el proceso penal (prácticamente se proscriben, aunque de hecho no ocurre así). Muchas veces sin embargo, a través de supuestas "medidas tutelares" —siempre en la creencia nefasta de que el cambio de nombre significa un cambio de naturaleza— se filtran medidas de coerción peores que las que se aplican a los mayores y sin control alguno. Por ejemplo, los códigos establecen que no se puede detener provisionalmente al menor, pero luego se dictan medidas tutelares que en la práctica significan encerrar-

lo en una cárcel o en una "institución educativa" peor que una cárcel.

Por último, también existen resguardos especiales en el desarrollo del juicio. Por ejemplo, limitaciones a la publicidad, un mayor interés en la prueba relacionada con la personalidad del menor, y en algunos casos, se establece una *cesura obligatoria del debate*, dictando primero el interlocutorio de culpabilidad y postergando el dictado de la sentencia para una etapa posterior, tras un período de observación sobre el desarrollo de la personalidad del menor. Se suelen aumentar, también, las posibilidades del perdón judicial.

En una situación diferente, pero análoga, se hallan los inimputables. Ellos se encuentran en una situación de mayor indefensión; sin embargo, el proceso penal ha actuado tradicionalmente al revés: en vez de aumentar las garantías, respondió al problema de un modo automático y formal.

Suele ocurrir que la declaración de inimputabilidad no está rodeada de las suficientes garantías. No debemos olvidar que para poder declarar inimputable a una persona —con los efectos que ello produce—, debemos comprobar antes que ha cometido un acto típico y antijurídico. Es decir, la inimputabilidad es *la declaración de irresponsabilidad respecto de un ilícito penal suficientemente comprobado.* Al contrario, en la práctica de nuestros sistemas, se acostumbra a realizar una simple comprobación de alguna deficiencia psíquica, sin ahondar ni en los presupuestos sustanciales (ilicitud) ni en la existencia de peligrosidad, que es lo que permitirá aplicar una medida de seguridad. Tampoco debemos olvidar que, por más que le cambiemos el nombre, la medida de seguridad es una enorme restricción a la libertad de las personas, que se asemeja mucho —si no es igual— a una pena.

Lo correcto es que el proceso penal aumente las garantías en caso de que se encuentre involucrado un supuesto inimputable. Se trata, pues, de diseñar un juicio especial, que aumente las garantías y no las disminuya con el pretexto —una vez más— de un supuesto paternalismo. Por ejemplo, también se pueden establecer restricciones a la publicidad, exigir un estudio profundo de la personalidad y un debate acerca de ello, así como acerca de la peligrosidad, la participación obligada del curador o tutor del incapaz, de sus familiares y, en

todo caso, una comprobación estricta de los presupuestos anteriores a la imputabilidad, que fundan la ilicitud.

Hemos visto, pues, cómo el proceso penal es altamente receptivo a las decisiones de política criminal. Éste es, precisamente, un tema constante de investigación: cómo las decisiones de política criminal influyen o son transformadas en la vida cotidiana de nuestra justicia penal. En especial, los sistemas escritos e inquisitivos han desarrollado una especie de "esclerosis" procesal, que les impide adaptarse a las circunstancias cambiantes de la sociedad y de la política. No obstante, el proceso penal tiene una parte que sí debe ser rígida, porque se vincula a una de sus misiones básicas: ninguna decisión de política criminal debe transformarse en una mayor indefensión de las personas. Cuando ello ocurre, el proceso penal abandona su misión principal y se transforma en un gran método de persecución.

XXII. LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

Hemos visto ya que, a través del procedimiento común u ordinario o a través de procedimientos especiales que responden a situaciones particulares y a decisiones concretas de política criminal, el proceso penal llega a un producto central y básico: la sentencia. Ésta es el acto judicial por excelencia, que determina o construye los hechos, a la vez que construye la solución jurídica para esos hechos, "solucionando" o, mejor dicho, "redefiniendo" el conflicto social de base, que es reinstalado de un modo nuevo en el seno de la sociedad.

La sentencia es, pues, el acto procesal que produce los mayores efectos jurídicos. Por tal razón, esa sentencia debe ser controlada o revisada. Este control del producto genuino del juez se realiza a través de ciertos mecanismos procesales que pueden provocar una revisión total o parcial de esa sentencia y, por extensión, también de otros actos procesales que producen efectos jurídicos eventualmente gravosos para alguno de los sujetos procesales.

Esos mecanismos procesales son *los recursos:* éstos son *los medios de impugnación de la sentencia* y otras resoluciones, y a través de ellos se cumple con el principio de control.

La idea de control también es un principio central en la estructuración del proceso y de todo el sistema de justicia penal. Esta idea de control se fundamenta en cuatro pilares:

a) La sociedad debe controlar cómo sus jueces administran justicia.

b) El sistema de justicia penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol, para permitir la planeación institucional.

c) Los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada.

d) Al Estado le interesa controlar cómo sus jueces aplican el Derecho.

Estos cuatro principios se materializan en diversas formas de control. Por ejemplo, el principio *a)* está ligado especialmente a la idea de publicidad del juicio. El principio *b)* se relaciona especialmente con el tema del control de la gestión judicial, en particular con el problema de monitoreo estadístico. Los principios *c)* y *d)* se relacionan más estrechamente con la idea de los mecanismos procesales de impugnación de las decisiones judiciales.

Sin embargo, no debemos creer que cada uno de estos principios se relaciona "exclusivamente" con el tema indicado. Al contrario, ellos señalan cuatro intereses o fuerzas básicas que influyen sobre distintas instituciones. Así, en el principio de publicidad también influye el interés de los sujetos procesales; y en el monitoreo estadístico también tiene que ver el control social o popular.

Lo mismo sucede con los recursos. En ellos se materializa, principalmente, el interés de control de los sujetos procesales; pero también influyen en ellos el interés social o estatal en normalizar la aplicación del Derecho.

Por esta razón, podemos analizar los medios de impugnación desde dos perspectivas fundamentales: una, como un derecho de impugnación, ligado al valor "seguridad jurídica" y como un medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto; la otra perspectiva se basa en la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas (o cumplan su función pacificadora), y el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo.

La idea del recurso como derecho aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que en su artículo 8°, sobre Garantías Judiciales dice: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) *h)* derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"; ésta será la perspectiva que tomaremos en cuenta principalmente, aunque de ello no se debe inferir que las otras perspectivas posibles son menos importantes.

De este modo, pues, la "impugnabilidad" de la sentencia y de otros fallos importantes se vincula a las garantías judiciales mínimas; y un proceso penal garantizador debe establecer el derecho o la facultad de recurrir el fallo.

Pero, ¿qué significa "derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior"? Fundamentalmente, se debe entender como el establecimiento de un mecanismo de control real sobre el fallo. No quiere decir que la Convención Americana de Derechos Humanos haya optado por algún tipo de recurso en particular o —como algunos han sostenido— que la "doble instancia", entendida como un doble juzgamiento integral del caso, se haya convertido en un derecho humano fundamental. La interpretación correcta es la que indica —como lo ha enunciado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos— que el derecho fundamental consiste en la facultad de desencadenar un mecanismo real y serio de control de fallo, por un funcionario distinto del que lo dictó y dotado de poder para revisar el fallo anterior, es decir, que su revisión no sea meramente declarativa, sino que tenga efectos sustanciales sobre el fallo. Ése es el sentido, a mi juicio, de la exigencia de un juez o tribunal superior: no tanto un problema de jerarquía del tribunal, sino una cuestión de poder. Se pide un tribunal o juez con poder real de revisar el fallo.

El otorgamiento de esa facultad de recurrir debe ser amplio. Tanto en lo que respecta a las personas a quienes se reconoce esa facultad *(impugnabilidad subjetiva)*, como a las resoluciones judiciales que pueden ser recurridas *(impugnabilidad objetiva)*. Podemos decir, pues, que en el espíritu del Pacto de San José, que diseña las garantías básicas de un proceso penal, se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben poder ser recurridas por todas las personas que intervienen en ese proceso penal.

De esto no se debe inferir que cualquier resolución puede ser recurrida inmediatamente, ni que cualquier sujeto del proceso puede recurrir cualquier resolución. La organización del sistema de recursos es algo que depende de cada sistema procesal y que debe ser analizado en relación con la totalidad del proceso penal. Ha existido una suerte de "esencialismo" de los recursos —el recurso de apelación es esto y el recurso de casación es necesariamente esto otro...— que en gran medida ha oscurecido un tratamiento moderno de los recursos, necesariamente *funcional*.

Cada sistema procesal, dijimos, organiza su sistema de recursos y lo importante es que el conjunto total de esa orga-

d) Al Estado le interesa controlar cómo sus jueces aplican el Derecho.

Estos cuatro principios se materializan en diversas formas de control. Por ejemplo, el principio *a)* está ligado especialmente a la idea de publicidad del juicio. El principio *b)* se relaciona especialmente con el tema del control de la gestión judicial, en particular con el problema de monitoreo estadístico. Los principios *c)* y *d)* se relacionan más estrechamente con la idea de los mecanismos procesales de impugnación de las decisiones judiciales.

Sin embargo, no debemos creer que cada uno de estos principios se relaciona "exclusivamente" con el tema indicado. Al contrario, ellos señalan cuatro intereses o fuerzas básicas que influyen sobre distintas instituciones. Así, en el principio de publicidad también influye el interés de los sujetos procesales; y en el monitoreo estadístico también tiene que ver el control social o popular.

Lo mismo sucede con los recursos. En ellos se materializa, principalmente, el interés de control de los sujetos procesales; pero también influyen en ellos el interés social o estatal en normalizar la aplicación del Derecho.

Por esta razón, podemos analizar los medios de impugnación desde dos perspectivas fundamentales: una, como un derecho de impugnación, ligado al valor "seguridad jurídica" y como un medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto; la otra perspectiva se basa en la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas (o cumplan su función pacificadora), y el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo.

La idea del recurso como derecho aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que en su artículo 8°, sobre Garantías Judiciales dice: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) *h)* derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"; ésta será la perspectiva que tomaremos en cuenta principalmente, aunque de ello no se debe inferir que las otras perspectivas posibles son menos importantes.

De este modo, pues, la "impugnabilidad" de la sentencia y de otros fallos importantes se vincula a las garantías judiciales mínimas; y un proceso penal garantizador debe establecer el derecho o la facultad de recurrir el fallo.

Pero, ¿qué significa "derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior"? Fundamentalmente, se debe entender como el establecimiento de un mecanismo de control real sobre el fallo. No quiere decir que la Convención Americana de Derechos Humanos haya optado por algún tipo de recurso en particular o —como algunos han sostenido— que la "doble instancia", entendida como un doble juzgamiento integral del caso, se haya convertido en un derecho humano fundamental. La interpretación correcta es la que indica —como lo ha enunciado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos— que el derecho fundamental consiste en la facultad de desencadenar un mecanismo real y serio de control de fallo, por un funcionario distinto del que lo dictó y dotado de poder para revisar el fallo anterior, es decir, que su revisión no sea meramente declarativa, sino que tenga efectos sustanciales sobre el fallo. Ése es el sentido, a mi juicio, de la exigencia de un juez o tribunal superior: no tanto un problema de jerarquía del tribunal, sino una cuestión de poder. Se pide un tribunal o juez con poder real de revisar el fallo.

El otorgamiento de esa facultad de recurrir debe ser amplio. Tanto en lo que respecta a las personas a quienes se reconoce esa facultad *(impugnabilidad subjetiva)*, como a las resoluciones judiciales que pueden ser recurridas *(impugnabilidad objetiva)*. Podemos decir, pues, que en el espíritu del Pacto de San José, que diseña las garantías básicas de un proceso penal, se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben poder ser recurridas por todas las personas que intervienen en ese proceso penal.

De esto no se debe inferir que cualquier resolución puede ser recurrida inmediatamente, ni que cualquier sujeto del proceso puede recurrir cualquier resolución. La organización del sistema de recursos es algo que depende de cada sistema procesal y que debe ser analizado en relación con la totalidad del proceso penal. Ha existido una suerte de "esencialismo" de los recursos —el recurso de apelación es esto y el recurso de casación es necesariamente esto otro...— que en gran medida ha oscurecido un tratamiento moderno de los recursos, necesariamente *funcional*.

Cada sistema procesal, dijimos, organiza su sistema de recursos y lo importante es que el conjunto total de esa orga-

nización, permita un adecuado y serio control de las sentencias. Esto es importante, sobre todo respecto de lo que se ha llamado "apelaciones instructorias", es decir, la posibilidad de provocar en cualquier momento y de un modo casi automático el control de decisiones o incidentes acaecidos durante la Instrucción o Procedimiento Preparatorio. Una automaticidad absoluta de estas apelaciones instructorias —y el abuso que suelen hacer algunos sujetos procesales— ha provocado, en la práctica de nuestros sistemas, grandes atrasos y complicaciones, en desmedro de los objetivos de celeridad del proceso y de progresividad de la investigación.

Es posible, pues, sin afectar el derecho básico a recurrir el fallo, establecer una organización del recurso más racional, ligada a las resoluciones sustanciales del proceso.

Por otra parte, el derecho a recurrir no es un derecho sin condiciones: tiene el límite del agravio. Si el sujeto que quiere recurrir no ha sufrido ningún agravio, no se le reconoce el derecho, porque éste no constituye un simple mecanismo disponible, sino un mecanismo destinado a dar satisfacción a un interés real y legítimo. ¿Qué interés puede tener en revisar un fallo quien no ha resultado afectado por él? Por supuesto, para satisfacer las exigencias de amplitud del Convenio de San José es necesario que los sistemas procesales no sean muy estrictos en la determinación del agravio. En realidad, la sola posibilidad de que ese agravio exista es suficiente para permitir que el sujeto potencialmente agraviado pueda plantear su recurso.

La idea de control se ha manifestado normalmente en los sistemas de recursos a través de dos grandes mecanismos. El primero permite el dictado de un nuevo fallo integral; el segundo es un control sobre la aplicación del Derecho y sobre las condiciones de legitimidad del fallo (condiciones ligadas generalmente a las garantías judiciales, incluida la garantía de una sentencia fundamentada).

Históricamente, el primer tipo de control se ha plasmado en lo que se denomina *"recurso de apelación"*; y el segundo, en el *"recurso de casación"*. Pero —insisto— no es conveniente una visión esencialista acerca de los recursos. Lo correcto es determinar con precisión cuál es el tipo de control que se desea establecer y, a partir de allí, organizar y diseñar el recurso. Lo fundamental será que, durante el pro-

ceso de control, no se puedan abandonar los grandes principios procesales, en especial la inmediación. En gran medida, el problema del tipo de recurso más aceptable se clarifica si ponemos continuamente como una exigencia fundamental la inmediación. Buena parte de la discusión sobre cuál de los dos tipos de recursos es conveniente esconde, en realidad, un problema acerca del valor que se le quiere dar a la inmediación.

En su evolución histórica, por ejemplo, el recurso de apelación —que es un recurso que permite que otro tribunal dicte un nuevo fallo integral sobre el caso— estuvo ligado a sistemas procesales en los que no se respetaba totalmente el principio de inmediación. Se trataba, fundamentalmente, de procesos por registros o escritos, en los que el tribunal de "segunda instancia" se limitaba a leer esos registros y, sobre la base de esa lectura, dictar un nuevo fallo integral, es decir, realizando una nueva valoración de la prueba.

Por el contrario, el recurso de casación estuvo ligado históricamente a sistemas en los que la inmediación —sobre todo en la valoración de la prueba— era más estricta, como sucede en los sistemas con juicio oral y, por lo tanto, el segundo tribunal revisor no tenía posibilidad de revisar esa valoración de la prueba si no era observándola directamente de nuevo; en ese caso, dejaba de ser un tribunal revisor para convertirse en un nuevo tribunal de "primera" instancia.

Vemos, pues, que lo que ha pasado con el recurso de apelación y el recurso de casación es que "funcionalmente" son distintos y no pueden ser entendidos sino en relación a la totalidad del proceso en el que están inmersos. No siempre se ve esto así y muchas veces se ha querido superponer ambos recursos, desconociendo esa diferencia funcional intrínseca; con ello no se ha logrado más que entorpecer el proceso y aumentar la lentitud de su trámite, con poco beneficio para el control general sobre los fallos.

El desafío es, pues, establecer algún recurso que impongan el máximo control posible, con el máximo respeto a los principios y garantías procesales, en especial —como se ha dicho— al principio de inmediación. El nombre que le demos a un recurso de esa clase poco importa.

Esta tensión se ha manifestado en las tendencias a una mayor amplitud del recurso de casación o en la tendencia a

tratar de compatibilizar el recurso de apelación con sistemas procesales basados en la inmediación. Pero, antes de analizar este punto, necesitamos ver algo más acerca de estos recursos.

Como dijimos, el recurso de apelación estuvo ligado al Derecho romano tardío, en el que se consolidaron las estructuras imperiales y la jurisdicción comenzó a ser concebida como un poder delegado del emperador, quien podía recuperarlo a través de una cadena sucesiva de funcionarios (esta idea todavía pervive escondida en lo que se denomina efecto "devolutivo" del recurso de apelación). De este modo, se fortalecía no tanto ya la idea de control de las partes sobre el fallo, sino la idea de control de Estado sobre la labor de sus jueces.

Este esquema de control es retomado por el Derecho canónico —y, en general, por el Derecho continental europeo en lo que se llamó la "recepción del Derecho romano"— y se instala en los procesos inquisitivos en los que, en su versión canónica original, el juez también era un "delegado" del Papa; en la versión secular, adoptada por los Estados monárquicos, el juez era un delegado del rey absoluto. Modernamente, esa idea de devolución de un poder delegado fue modificada en la medida en que se consolidaba la separación de poderes y se tecnificaba la labor judicial. Su límite quedó establecido de un modo dialéctico: el juez revisor tendría tanto poder cuanto las partes le entregaran mediante la crítica del fallo. Aquello sobre lo que no existía agravio quedaba firme y establecido; pero luego, en la tendencia hacia un control más amplio, también se comenzó a abandonar una visión estricta de esta idea, sobre la base del control de oficio por parte de los jueces revisores, en especial de todo lo relativo a las garantías judiciales o principios constitucionales.

En cuanto a las formas, plazos, requisitos de admisibilidad, etc., los sistemas procesales varían, aunque se puede decir que, en la práctica de los sistemas procesales se suele establecer una especie de automaticidad del recurso de apelación o un uso indiscriminado de esta vía de control que, sumada a la posibilidad de recurrir de un modo inmediato muchas resoluciones dentro del proceso, genera muchas disfunciones y una gran carga de trabajo para los jueces revisores, que conspira finalmente contra la propia función de control.

La clave fundamental para juzgar el recurso de apelación —por lo menos en la versión a que nos tienen acostumbrados nuestros sistemas procesales más cercanos— es la falta de inmediación. El juez revisor pierde totalmente el contacto con los sujetos procesales y con la prueba: él analiza los escritos, los registros y, sobre la base de la lectura, dicta un fallo nuevo. Éste es el principal defecto del recurso de apelación y —aunque se puede discutir si éste resulta de su propia naturaleza— lo cierto es que, fundamentalmente en los sistemas inquisitivos, cumple esa función. De este modo la calidad del fallo, en vez de mejorar, empeora en términos globales, porque es el resultado de un conocimiento más alejado de la vida real del caso.

En cuanto al recurso de casación, no resulta tan importante determinar su origen y evolución histórica como señalar que, generalmente, ha estado ligado a sistemas procesales más respetuosos del principio de inmediación. Aquí el problema es el siguiente: el juez de primera instancia ha tenido una observación directa de la prueba y sobre la base de esa observación inmediata ha dictado un fallo, en el que "construye los hechos" y determina o define el Derecho aplicable al caso. Ese fallo se materializa en una sentencia que, como ya vimos y corresponde a las garantías judiciales básicas, debe estar fundada, es decir, debe expresar los razonamientos que le han permitido al juez arribar a ese fallo.

¿Cómo controlar ese fallo, sin afectar el principio de inmediación? Ése es el problema. Y clásicamente el recurso de casación respondió circunscribiéndose al control de la aplicación del Derecho, sin ingresar a la construcción de los hechos. De allí la clásica concepción del recurso de casación como un recurso técnico, limitado a las "cuestiones de Derecho".

Sin embargo, la evolución de la conflictividad social y la propia necesidad política de un mayor control hicieron evolucionar al recurso de casación hacia formas más amplias, de mayor control. A pesar de eso, el recurso de casación tiene un límite que hasta ahora ha sido infranqueable: se trata, fundamentalmente, de un control sobre la sentencia y sobre sus fundamentos, ya que por imperativo del principio de inmediación no puede ir más allá de este control.

Esto tiene, principalmente, dos consecuencias: la primera, que el recurso de casación normalmente anula la sen-

tratar de compatibilizar el recurso de apelación con sistemas procesales basados en la inmediación. Pero, antes de analizar este punto, necesitamos ver algo más acerca de estos recursos.

Como dijimos, el recurso de apelación estuvo ligado al Derecho romano tardío, en el que se consolidaron las estructuras imperiales y la jurisdicción comenzó a ser concebida como un poder delegado del emperador, quien podía recuperarlo a través de una cadena sucesiva de funcionarios (esta idea todavía pervive escondida en lo que se denomina efecto "devolutivo" del recurso de apelación). De este modo, se fortalecía no tanto ya la idea de control de las partes sobre el fallo, sino la idea de control de Estado sobre la labor de sus jueces.

Este esquema de control es retomado por el Derecho canónico —y, en general, por el Derecho continental europeo en lo que se llamó la "recepción del Derecho romano"— y se instala en los procesos inquisitivos en los que, en su versión canónica original, el juez también era un "delegado" del Papa; en la versión secular, adoptada por los Estados monárquicos, el juez era un delegado del rey absoluto. Modernamente, esa idea de devolución de un poder delegado fue modificada en la medida en que se consolidaba la separación de poderes y se tecnificaba la labor judicial. Su límite quedó establecido de un modo dialéctico: el juez revisor tendría tanto poder cuanto las partes le entregaran mediante la crítica del fallo. Aquello sobre lo que no existía agravio quedaba firme y establecido; pero luego, en la tendencia hacia un control más amplio, también se comenzó a abandonar una visión estricta de esta idea, sobre la base del control de oficio por parte de los jueces revisores, en especial de todo lo relativo a las garantías judiciales o principios constitucionales.

En cuanto a las formas, plazos, requisitos de admisibilidad, etc., los sistemas procesales varían, aunque se puede decir que, en la práctica de los sistemas procesales se suele establecer una especie de automaticidad del recurso de apelación o un uso indiscriminado de esta vía de control que, sumada a la posibilidad de recurrir de un modo inmediato muchas resoluciones dentro del proceso, genera muchas disfunciones y una gran carga de trabajo para los jueces revisores, que conspira finalmente contra la propia función de control.

La clave fundamental para juzgar el recurso de apelación —por lo menos en la versión a que nos tienen acostumbrados nuestros sistemas procesales más cercanos— es la falta de inmediación. El juez revisor pierde totalmente el contacto con los sujetos procesales y con la prueba: él analiza los escritos, los registros y, sobre la base de la lectura, dicta un fallo nuevo. Éste es el principal defecto del recurso de apelación y —aunque se puede discutir si éste resulta de su propia naturaleza— lo cierto es que, fundamentalmente en los sistemas inquisitivos, cumple esa función. De este modo la calidad del fallo, en vez de mejorar, empeora en términos globales, porque es el resultado de un conocimiento más alejado de la vida real del caso.

En cuanto al recurso de casación, no resulta tan importante determinar su origen y evolución histórica como señalar que, generalmente, ha estado ligado a sistemas procesales más respetuosos del principio de inmediación. Aquí el problema es el siguiente: el juez de primera instancia ha tenido una observación directa de la prueba y sobre la base de esa observación inmediata ha dictado un fallo, en el que "construye los hechos" y determina o define el Derecho aplicable al caso. Ese fallo se materializa en una sentencia que, como ya vimos y corresponde a las garantías judiciales básicas, debe estar fundada, es decir, debe expresar los razonamientos que le han permitido al juez arribar a ese fallo.

¿Cómo controlar ese fallo, sin afectar el principio de inmediación? Ése es el problema. Y clásicamente el recurso de casación respondió circunscribiéndose al control de la aplicación del Derecho, sin ingresar a la construcción de los hechos. De allí la clásica concepción del recurso de casación como un recurso técnico, limitado a las "cuestiones de Derecho".

Sin embargo, la evolución de la conflictividad social y la propia necesidad política de un mayor control hicieron evolucionar al recurso de casación hacia formas más amplias, de mayor control. A pesar de eso, el recurso de casación tiene un límite que hasta ahora ha sido infranqueable: se trata, fundamentalmente, de un control sobre la sentencia y sobre sus fundamentos, ya que por imperativo del principio de inmediación no puede ir más allá de este control.

Esto tiene, principalmente, dos consecuencias: la primera, que el recurso de casación normalmente anula la sen-

tencia y "reenvía" el caso al tribunal inferior para que se dicte una nueva sentencia, sólo excepcionalmente anula *(casa)* la sentencia de primera instancia y dicta directamente la sentencia correcta; por ejemplo: cuando el error en la aplicación del Derecho es muy evidente y no se necesita prueba para tomar una decisión en contrario (por ejemplo, se ha condenado por un delito que no existe), el juez revisor puede dictar un nuevo fallo.

La segunda consecuencia es que el recurso de casación no puede controlar la valoración de la prueba como proceso interno del juez. Lo único que puede controlar es la expresión que de ese proceso ha hecho el juez, en la fundamentación de esa sentencia. De este modo, el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos que normalmente aceptamos como propios de un pensamiento correcto.

El recurso de casación también, como el de apelación, tiene requisitos formales —de tiempo, de admisibilidad— y ello varía de sistema a sistema. Como característica general, se puede decir que el recurso de casación se suele organizar de un modo más estricto en cuanto a la expresión de las razones por las que se recurre en casación un fallo. La expresión de los *motivos del recurso* debe ser más precisa. Incluso, respecto de algunos motivos —que se suele llamar "relativos" (por oposición a "absolutos")—, se acostumbra exigir que haya existido un reclamo previo y oportuno, una especie de queja oportuna acerca de que se estaba cometiendo un error, para luego poder plantear el recurso. Claramente, ese requisito no se exige cuando se halla en juego un motivo absoluto, es decir, un motivo que afecte garantías judiciales básicas o los principios que estructuran el proceso, o cuando se trata de errores en la aplicación del Derecho sustancial.

En definitiva, no hemos hecho un análisis exhaustivo de los dos recursos, sino que apenas hemos planteado algunos problemas básicos del sistema de recursos. Éste es un tema en constante evolución, que requiere una gran imaginación para plasmar mecanismos procesales concretos, que permitan el máximo control sin mengua de los principios y garantías básicas —en especial, como ya hemos expuesto, sin mengua del principio de inmediación—. De otro modo, bajo una supuesta idea de control más preciso, lo que se logra en reali-

dad es una depreciación del valor y calidad de los fallos penales.

Nos hemos detenido en la contraposición del recurso de apelación con el de casación porque ellos permiten advertir los problemas básicos que existen en el tema del control de fallo. Hay otros recursos —algunos de menor entidad, como el recurso *de reposición* (una queja de revisión inmediata, por el mismo juez que dictó el fallo) o el recurso *de aclaratoria* (en realidad una forma de recurso de revisión, limitado a errores materiales en el dictado de la sentencia)— y otros de gran trascendencia institucional como el *recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, a través del cual se realiza el máximo control institucional dentro de nuestro sistema de justicia, pero que, en realidad, no difiere de un recurso de casación.

Lo importante para este curso no es aprender los detalles de la organización de los recursos, sino los problemas que subyacen a ellos y las decisiones de política criminal que en ellos se cristalizan. Nos hemos detenido en esa perspectiva —que es la perspectiva básica de este libro elemental— porque permite una comprensión más dinámica y menos formal de los recursos *en función de la totalidad del sistema procesal* del cual son una parte importante.

tencia y "reenvía" el caso al tribunal inferior para que se dicte una nueva sentencia, sólo excepcionalmente anula *(casa)* la sentencia de primera instancia y dicta directamente la sentencia correcta; por ejemplo: cuando el error en la aplicación del Derecho es muy evidente y no se necesita prueba para tomar una decisión en contrario (por ejemplo, se ha condenado por un delito que no existe), el juez revisor puede dictar un nuevo fallo.

La segunda consecuencia es que el recurso de casación no puede controlar la valoración de la prueba como proceso interno del juez. Lo único que puede controlar es la expresión que de ese proceso ha hecho el juez, en la fundamentación de esa sentencia. De este modo, el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos que normalmente aceptamos como propios de un pensamiento correcto.

El recurso de casación también, como el de apelación, tiene requisitos formales —de tiempo, de admisibilidad— y ello varía de sistema a sistema. Como característica general, se puede decir que el recurso de casación se suele organizar de un modo más estricto en cuanto a la expresión de las razones por las que se recurre en casación un fallo. La expresión de los *motivos del recurso* debe ser más precisa. Incluso, respecto de algunos motivos —que se suele llamar "relativos" (por oposición a "absolutos")—, se acostumbra exigir que haya existido un reclamo previo y oportuno, una especie de queja oportuna acerca de que se estaba cometiendo un error, para luego poder plantear el recurso. Claramente, ese requisito no se exige cuando se halla en juego un motivo absoluto, es decir, un motivo que afecte garantías judiciales básicas o los principios que estructuran el proceso, o cuando se trata de errores en la aplicación del Derecho sustancial.

En definitiva, no hemos hecho un análisis exhaustivo de los dos recursos, sino que apenas hemos planteado algunos problemas básicos del sistema de recursos. Este es un tema en constante evolución, que requiere una gran imaginación para plasmar mecanismos procesales concretos, que permitan el máximo control sin mengua de los principios y garantías básicas —en especial, como ya hemos expuesto, sin mengua del principio de inmediación—. De otro modo, bajo una supuesta idea de control más preciso, lo que se logra en reali-

dad es una depreciación del valor y calidad de los fallos penales.

Nos hemos detenido en la contraposición del recurso de apelación con el de casación porque ellos permiten advertir los problemas básicos que existen en el tema del control de fallo. Hay otros recursos —algunos de menor entidad, como el recurso *de reposición* (una queja de revisión inmediata, por el mismo juez que dictó el fallo) o el recurso *de aclaratoria* (en realidad una forma de recurso de revisión, limitado a errores materiales en el dictado de la sentencia)— y otros de gran trascendencia institucional como el *recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, a través del cual se realiza el máximo control institucional dentro de nuestro sistema de justicia, pero que, en realidad, no difiere de un recurso de casación.

Lo importante para este curso no es aprender los detalles de la organización de los recursos, sino los problemas que subyacen a ellos y las decisiones de política criminal que en ellos se cristalizan. Nos hemos detenido en esa perspectiva —que es la perspectiva básica de este libro elemental— porque permite una comprensión más dinámica y menos formal de los recursos *en función de la totalidad del sistema procesal* del cual son una parte importante.

XXIII. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

1. *Introducción*

Una vez que ha finalizado la etapa de control sobre el fallo de primera instancia, esa sentencia adquiere firmeza, deviene una *sentencia firme*. La firmeza de la sentencia, como veremos en el capítulo siguiente, tiene varios significados: a los efectos del capítulo presente ella significa que las decisiones contenidas en ellas han adquirido obligatoriedad.

Una sentencia contiene diversas decisiones. En primer lugar, contiene una decisión acerca de *la imputación*. Si esa decisión es negativa, hablaremos de absolución, y si es positiva, de condena. La condena contiene también una decisión sobre la pena que se deberá aplicar, cuya calidad y cantidad depende de lo establecido en el Código Penal. Observaremos en particular los problemas que se plantean respecto de la ejecución de la pena de prisión y de la pena de multa.

Por otra parte, la sentencia puede contener decisiones acerca de las *responsabilidades civiles* y sobre la *atribución de los gastos* del proceso, que es lo que se suele llamar "costas del proceso". En este capítulo, pues, nos ocuparemos de tres temas:

1) la ejecución de la pena de prisión;

2) la ejecución de la pena de multa;

3) la imposición y ejecución de las costas del proceso.

Los problemas que plantea la ejecución de la sentencia no son problemas menores. Muchas veces los sistemas judiciales se han desentendido de esos problemas, alegando que se trataba de problemas de índole administrativa y que la actividad de los jueces finaliza con el dictado del fallo. Por supuesto, ésa es una perspectiva errónea, que superficializa

la tarea de los jueces y hace que ellos se desentiendan de las consecuencias de sus propias decisiones, con menoscabo de la propia actividad decisoria. Esa indiferencia, como veremos a continuación, es más grave en el caso de la ejecución de la pena de prisión.

2. *La ejecución de la pena de prisión*

Cuando la condena impone una pena de prisión, se ha tomado una decisión muy grave: será obligatorio, por mandato judicial, que una persona sea encerrada en una jaula y pase allí, supongamos, los siguientes diez años de su vida.

Ocurre muchas veces en la práctica de nuestros sistemas, que el juez se limita a tomar la decisión y luego otra institución —el sistema penitenciario— se ocupa de ejecutar la sentencia. Los jueces no tienen ningún control o si la ley les da facultades de control, no la ejercen y se limitan a un control formal sobre plazos, etcétera.

Las consecuencias de esa indiferencia, como ya hemos dicho, son muy graves. En primer lugar ello ha ocasionado, en gran medida, que los condenados a prisión pasen a ser objetos olvidados en un depósito totalmente insalubre, que carezcan totalmente de derechos y sean considerados intrínsecamente "enemigos": enemigos de la sociedad, enemigos de los guardiacárceles, enemigos de los jueces, enemigos entre ellos mismos. Es la degradación absoluta del ser humano, considerado como un "otro" absoluto y, por lo mismo, las instituciones se sienten legitimadas a ejercer sobre ellos cualquier tipo de violencia.

En segundo lugar, esa indiferencia ha depreciado la actividad misma de los jueces, al alejarlos de las consecuencias de sus propias decisiones. Mucho se ha hablado últimamente de los procesos de legitimación o autolegitimación de la justicia. Esos procesos de legitimación no son auténticos en la medida que no buscan fortalecer los fines institucionales de la administración de justicia, sino generar una "ideología judicial" inmune a los cambios y exigencia sociales y autoconvencida de su misión "histórica" o "cuasisacerdotal". Esa actitud ha provocado muy poca autocrítica en los jueces —que están convencidos de que cumplen una misión "sagra-

da" y tienen, en general, una visión "aséptica" de la administración de justicia. Así, según esa perspectiva, los jueces no tienen nada que ver con la brutalidad policial, con el estado lamentable de las cárceles, con la impunidad de los poderosos, con la indefensión de los sectores pobres de la sociedad, con las carencias de las víctimas. En fin, muchos jueces creen que ellos se limitan a aplicar el Derecho y, por lo tanto, son otros los culpables de esas cosas.

Se hace imperioso, pues, superar esa situación de indiferencia. Para ello existe un mecanismo: judicializar la etapa de ejecución de la pena, de modo que sean jueces específicos —los llamados *jueces de ejecución* o *de vigilancia penitenciaria*— los que se ocupen del control general sobre la ejecución de la pena de prisión.

Cuando hablamos de *judicializar la ejecución de la pena*, eso significa generar mecanismos procesales concretos para que el juez pueda vigilar —y el condenado quejarse cuando así no ocurra— que la pena de prisión cumpla con sus finalidades.

Muchas veces hemos escuchado que se le asigna a la ejecución de la pena ciertas finalidades —tales como la resocialización, reeducación, reinserción—, en general, finalidades de prevención especial. No es éste el lugar para analizar esas finalidades y los mecanismos penitenciarios que ellas generan; lo que nos importa es que el juez de ejecución o de vigilancia penitenciaria debe velar para que la pena cumpla con esas finalidades enunciadas.

Para ello, generalmente se le asignan funciones de control formales y sustanciales sobre la pena de prisión. Las funciones formales de control son todas aquellas que tienen que ver con el tiempo de cumplimiento de la pena. El mecanismo para controlar ese tiempo es el "cómputo", es decir, la determinación judicial del indicio y la finalización del encierro obligatorio.

El control sustancial sobre la pena de prisión implica diversas actividades. Entre ellas:

1) El control sobre la eficacia de la pena en relación con sus finalidades: ¿Cumple el encierro alguna finalidad? ¿Sirve para su resocialización? ¿O éstas son todas falsedades, como insistentemente lo han señalado el penitenciarismo y

la criminología moderna? Y en el caso de que el juez compruebe que la pena de prisión no cumple ninguna finalidad, ¿qué debe hacer?, ¿liberar al prisionero? Estos interrogantes demuestran que la pena de prisión se basa fundamentalmente en la idea de retribución, puro castigo, más allá de que utilicemos verbalizaciones supuestamente "benévolas". Pero eso es un tema ajeno a este trabajo —aunque muy interesante.

2) El control del respeto a los derechos fundamentales de los condenados. Uno de los avances sustanciales del penitenciarismo es la consideración del condenado como un sujeto de derechos, protagonista de la propia vida carcelaria y de la configuración del sistema penitenciario. Misión fundamental del juez será la vigilancia del cumplimiento de esos derechos (derecho a la salud, a la identidad, a mantener contacto con familia y amigos, a expresar sus ideas, a estar comunicado con el exterior, a participar en política, etc.), a punto tal que se podría afirmar que el juez de ejecución es, sustancialmente, un juez garantizador de los derechos fundamentales de los condenados, y en ello se resume su función.

3) El control sobre las sanciones disciplinarias, de modo que ellas no se conviertan en un doble castigo —el castigo de la prisión y luego el castigo de las sanciones disciplinarias— impuesto, en realidad, por el hecho pasado o por las características personales del condenado.

4) El control sobre la administración penitenciaria, para que ella cumpla con sus objetivos y no degrade la vida carcelaria. En cierto modo, el juez de ejecución es el control externo del sistema penitenciario, con poder suficiente para modificar, incluso, las prácticas administrativas de las cárceles.

Judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de la ejecución de la pena, sino, como ya hemos visto en el capítulo correspondiente a la defensa, permitir que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación, sino de una ejecución descarriada de la pena. Para ello se debe permitir que el condenado continúe con asistencia técnica, de modo que él pueda hacer valer sus derechos y el conjunto de garantías que limitan la actividad penitenciaria.

3. *La ejecución de la pena de multa*

Aunque no de la misma importancia que los problemas de la pena de prisión, la ejecución de la pena de multa también genera problemas, en especial porque siempre existe la posibilidad de que, finalmente, se convierta en pena de prisión.

La pena de multa siempre está sujeta a una tensión básica: por un lado se la vislumbra como un interesante instrumento de política criminal porque tiene los mismos efectos de prevención general —o aún superiores—, con una muy baja cuota de violencia; pero, por otro lado, la multa siempre estará bajo la sospecha de convertirse en un modo indirecto de impunidad para los sectores de mayores recursos. Esta tensión se puede superar mediante los modernos sistemas de unidades variables de multa, según las condiciones económicas del caso y mediante el mecanismo —también de fundamentacion problemática, debido al principio de legalidad— de indexación automática de las multas. Pero esa tensión básica siempre estará presente y se manifiesta con mayor intensidad en la ejecución de la multa.

El problema básico del proceso de ejecución de la multa es la política a seguir con quien carece de medios suficientes para afrontarla. En esos casos, ¿se debe convertir automáticamente en prisión? Creo que la respuesta correcta es la opuesta: se deben agotar los medios para evitar que la pena de multa se convierta en una pena de prisión, haciendo así entrar "por la puerta trasera" lo que se quiso evitar en un primer momento.

Para ello existen diversos mecanismos: en primer lugar, se debe permitir un pago fraccionado de esa multa, según la capacidad real de quien debe afrontarla. Si ello no es posible, se debe permitir la sustitución de esa multa por otro mecanismo no violento y similar; por ejemplo, la sustitución por trabajo voluntario. Si tampoco ello resulta posible, se debe tratar de ejecutar forzosamente la multa, rematando los bienes del condenado y, si aún así no fuera posible cobrar esa multa, entonces se puede recurrir a la conversión en prisión, según las escalas de conversión que fijen las legislaciones.

Hemos hablado de lo que se debería hacer dentro de un Derecho penal respetuoso de sus propias decisiones de política criminal. La práctica suele ser diferente, ya que si el con-

la criminología moderna? Y en el caso de que el juez compruebe que la pena de prisión no cumple ninguna finalidad, ¿qué debe hacer?, ¿liberar al prisionero? Estos interrogantes demuestran que la pena de prisión se basa fundamentalmente en la idea de retribución, puro castigo, más allá de que utilicemos verbalizaciones supuestamente "benévolas". Pero eso es un tema ajeno a este trabajo —aunque muy interesante.

2) El control del respeto a los derechos fundamentales de los condenados. Uno de los avances sustanciales del penitenciarismo es la consideración del condenado como un sujeto de derechos, protagonista de la propia vida carcelaria y de la configuración del sistema penitenciario. Misión fundamental del juez será la vigilancia del cumplimiento de esos derechos (derecho a la salud, a la identidad, a mantener contacto con familia y amigos, a expresar sus ideas, a estar comunicado con el exterior, a participar en política, etc.), a punto tal que se podría afirmar que el juez de ejecución es, sustancialmente, un juez garantizador de los derechos fundamentales de los condenados, y en ello se resume su función.

3) El control sobre las sanciones disciplinarias, de modo que ellas no se conviertan en un doble castigo —el castigo de la prisión y luego el castigo de las sanciones disciplinarias— impuesto, en realidad, por el hecho pasado o por las características personales del condenado.

4) El control sobre la administración penitenciaria, para que ella cumpla con sus objetivos y no degrade la vida carcelaria. En cierto modo, el juez de ejecución es el control externo del sistema penitenciario, con poder suficiente para modificar, incluso, las prácticas administrativas de las cárceles.

Judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de la ejecución de la pena, sino, como ya hemos visto en el capítulo correspondiente a la defensa, permitir que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación, sino de una ejecución descarriada de la pena. Para ello se debe permitir que el condenado continúe con asistencia técnica, de modo que él pueda hacer valer sus derechos y el conjunto de garantías que limitan la actividad penitenciaria.

3. *La ejecución de la pena de multa*

Aunque no de la misma importancia que los problemas de la pena de prisión, la ejecución de la pena de multa también genera problemas, en especial porque siempre existe la posibilidad de que, finalmente, se convierta en pena de prisión.

La pena de multa siempre está sujeta a una tensión básica: por un lado se la vislumbra como un interesante instrumento de política criminal porque tiene los mismos efectos de prevención general —o aún superiores—, con una muy baja cuota de violencia; pero, por otro lado, la multa siempre estará bajo la sospecha de convertirse en un modo indirecto de impunidad para los sectores de mayores recursos. Esta tensión se puede superar mediante los modernos sistemas de unidades variables de multa, según las condiciones económicas del caso y mediante el mecanismo —también de fundamentacion problemática, debido al principio de legalidad— de indexación automática de las multas. Pero esa tensión básica siempre estará presente y se manifiesta con mayor intensidad en la ejecución de la multa.

El problema básico del proceso de ejecución de la multa es la política a seguir con quien carece de medios suficientes para afrontarla. En esos casos, ¿se debe convertir automáticamente en prisión? Creo que la respuesta correcta es la opuesta: se deben agotar los medios para evitar que la pena de multa se convierta en una pena de prisión, haciendo así entrar "por la puerta trasera" lo que se quiso evitar en un primer momento.

Para ello existen diversos mecanismos: en primer lugar, se debe permitir un pago fraccionado de esa multa, según la capacidad real de quien debe afrontarla. Si ello no es posible, se debe permitir la sustitución de esa multa por otro mecanismo no violento y similar; por ejemplo, la sustitución por trabajo voluntario. Si tampoco ello resulta posible, se debe tratar de ejecutar forzosamente la multa, rematando los bienes del condenado y, si aún así no fuera posible cobrar esa multa, entonces se puede recurrir a la conversión en prisión, según las escalas de conversión que fijen las legislaciones.

Hemos hablado de lo que se debería hacer dentro de un Derecho penal respetuoso de sus propias decisiones de política criminal. La práctica suele ser diferente, ya que si el con-

denado no puede pagar la multa ella es convertida en prisión, sin pasar por los otros pasos. Creo que este tipo de conversión automática no es legítimo, porque también es una forma de violar el principio de legalidad de las penas.

4. *La ejecución de las costas*

Otra decisión importante que se toma en las sentencias —sean éstas condenatorias o absolutorias— es la imposición de las costas. *Costas* son los gastos que se han originado durante el proceso y, básicamente, pueden consistir en el pago de impuestos, pago de gastos (en peritajes, etc.) y el pago de honorarios profesionales de peritos o abogados. Las sentencias y otras resoluciones que ponen fin al proceso deben resolver acerca de cómo se distribuirán esos gastos, es decir, quién se hará cargo de ellos.

El gran principio que rige este tema es que el vencido paga las costas. Pero este principio, de vigencia casi absoluta en el proceso civil, tiene limitaciones por la naturaleza propia del proceso penal. En principio, si bien el imputado vencido se hará cargo de las costas, el Estado se preocupará de adelantar sus gastos, por ejemplo en peritajes, ya que ello está íntimamente vinculado al principio de defensa en juicio. Asimismo, si la víctima ha participado en el proceso penal, por más que la imputación no tenga finalmente éxito, no siempre se la obligará a hacerse cargo de las costas, ya que en muchas ocasiones se considerará que ella estaba ejerciendo un derecho justificado al reclamar la actuación de los organismos de persecución penal del Estado. Otras veces, aunque el imputado sea absuelto, no se considerará al Estado como vencido y, en consecuencia, tampoco como responsable de las costas.

Todos estos problemas son los que están presentes en la imposición de las costas y su ejecución; y los sistemas procesales regulan de diferente modo cada una de estas cuestiones. Si tuviéramos que hacer una síntesis de los principales problemas que se plantean, sería la siguiente:

a) La determinación de quiénes y en qué medida serán sujetos responsables de las costas.

b) La determinación de cuál será el contenido de esas costas (qué gastos entrarán en el concepto de costas).

c) En qué proporción se harán cargo de ellas los sujetos potencialmente responsables.
d) En qué medida el Estado se hará cargo de las costas, en caso de absolución.
e) La determinación precisa del importe de las costas *cuantificación* o *liquidación de las costas*.
f) La determinación del procedimiento de cobro de estas costas, que puede ser diferido a la vía civil.

Éstos son los problemas que, en mayor o menor medida, suelen regular los códigos procesales, aunque en el caso del proceso penal existe una tendencia —contraproducente— a no realizar regulaciones precisas sobre la cuestión de las costas. Esto ha contribuido, en cierto modo, a fomentar utilizaciones irresponsables del proceso penal que desnaturaliza su esencia —por ejemplo, cuando se lo utiliza como un método extorsivo, o como una agencia ejecutiva de cobro de deudas—. Asimismo, los jueces penales han sido proclives a seguir por ese camino de otorgarle poca importancia a este problema y, de ese modo, ellos también han fomentado esa distorsión del proceso penal.

Éstos son los principales problemas relativos a la ejecución de la sentencia, que nos interesaba destacar. La sentencia también resuelve otros problemas, como devolución de cosas, anotaciones en los registros, órdenes de inhabilitación, etc. Sin embargo, el principal problema de la ejecución de la sentencia penal es la relación entre la administración de justicia y el sistema penitenciario: allí es necesario que la justicia no dé la espalda a una realidad que, en gran medida, con o sin razón, ella misma ayuda a generar. Es necesario, pues, un sistema procesal penal que "dé la cara" al sistema penitenciario y no uno que lo ignore, como si el control de la pena de prisión fuera un problema de "carceleros".

se han creado mecanismos procesales para corregir los defectos de atribución de competencia. Esto se traduce en lo que se suele denominar "incidentes de competencia".

Los incidentes de competencia son ciertos mecanismos procesales, que ocurren dentro de una causa, pero no tienen que ver con la resolución del conflicto base, sino que influyen de un modo tangencial. Se trata, en realidad, de mecanismos de discusión de la competencia.

Independientemente de los nombres que recibe, que son variables, existe una división tradicional que proviene del Derecho hispánico, que diferencia la "declinatoria" de la "inhibitoria". La declinatoria es el incidente que se plantea ante el juez incompetente; se le está diciendo al juez: "usted no debería tener esta causa". La inhibitoria es el incidente que se plantea ante el juez que es competente pero no tiene la causa; se le dice al juez: "usted debería hacerse cargo de este asunto; mande, pues, un oficio al juez que lo tiene actualmente para que se inhiba y le mande la causa a usted".

1.3. **Imparcialidad y apartamiento de jueces**

Otra característica del juez, esencial, es su imparcialidad. La imparcialidad es algo diferente de la independencia, aunque se trata de conceptos relacionados entre sí. La independencia determina que el juez esté sólo sometido a la ley y a la Constitución. La imparcialidad significa que, para la resolución del caso, el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley y la solución justa para el litigio tal como la ley lo prevé. Tan entrelazados están los conceptos de independencia e imparcialidad que el juez que no es independiente no es imparcial. Pero, de hecho, son conceptos diferentes.

Existen también mecanismos procesales para preservar la imparcialidad del juez; se los conoce como "causas de apartamiento" o "excusas y recusaciones".

Con relación a los "impedimentos" o "causales de apartamiento" existen dos sistemas que hoy son adoptados indistintamente por los diferentes códigos procesales. Por una parte, los sistemas llamados de *numerus clausus* —o sistemas cerrados—, que enumeran taxativamente los casos en los que el juez puede excusarse. Por otra parte, existen siste-

mas abiertos, donde no hay una enumeración precisa y cerrada de los casos que generan este impedimento, sino que se establece una única causal que recibe el nombre genérico de "temor de parcialidad". Existen también sistemas mixtos que incluyen una enumeración —que pasa de ser taxativa a ejemplificativa, y que responde a los casos más comunes de parcialidad de acuerdo con la tradición histórica (amistad, interés, enemistad manifiesta, etc.)— pero, por otra parte, deja abierta la posibilidad de alegar en forma genérica el temor de parcialidad.

Modernamente se tiende a abrir los sistemas, puesto que los de *numerus clausus* resultan muy estrechos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la práctica procesal cotidiana es frecuente el uso de estas causales para "quitarse de encima", sin adquirir mayores responsabilidades, a un juez que por una u otra razón resulta molesto.

Es por ello que se han estudiado y establecido cada vez mayores exigencias para fundamentar el planteo de la recusación. A mi juicio, resultan mejores los sistemas amplios, estrictos, si embargo, en cuanto al planteo del incidente, particularmente en cuanto se refiere a la prueba. El temor de parcialidad debe ser fundamentado con pruebas; no basta con simple alegación de que tal temor existe.

En cuanto al modo de plantearlo, existen dos formas que son, en cierto modo, antagónicas. Por una parte, aquellos casos en que la iniciativa de apartarse la adopta el juez, porque toma conciencia de que incurre en una de las causas de recusación o bien se da cuenta de que por alguna circunstancia imprevista no puede ser imparcial. Es éste un "apartamiento de oficio" que recibe el nombre de "excusación".

Por otra parte, puede ocurrir que sea alguna de las partes la que le solicita al juez que se aparte en razón de su temor de parcialidad. En este caso, se dice que se está planteando una "recusación".

Tanto los incidentes de competencia como los mecanismos de apartamiento de los jueces son mecanismos previstos para proteger y garantizar la imparcialidad de los jueces.

Por su parte, el juez, como sujeto procesal, puede tomar sus decisiones en forma unipersonal o bien a través de lo que se denomina "tribunales colegiados" o "colegios sentenciadores". Tales tribunales colegiados son, sin duda, mucho

más seguros en cuanto a la administración de justicia. Por lo general, conviene a los sistemas de juicio oral ir acompañados de tribunales colegiados, porque de ese modo se garantiza una deliberación más profunda, más certera frente a cada caso.

1.4. **Los auxiliares del juez**

El auxiliar fundamental de juez es el secretario. Resulta importantísimo que el secretario no ejerza nunca funciones jurisdiccionales.

Por otra parte, en la actualidad, la función del secretario está siendo muy revisada; indudablemente debe ser redefinida, puesto que se procura liberar al juez de todas aquellas funciones que no sean propiamente jurisdiccionales, se analiza qué tareas puede y debe asumir el secretario en lugar del juez, para que éste realice solamente —pero del todo— su función específica.

Al mismo tiempo, se intenta reestructurar el conjunto de lo que se denomina "personal de apoyo a los jueces" y crear una verdadera carrera judicial administrativa. Todo esto con el fin de cambiar la situación actual en que el secretario y los empleados realizan tareas que en realidad corresponden al juez, mientras que éste realiza tareas que podrían realizar los empleados o el secretario.

También está en estudio, paralelamente, la función de la oficina judicial, incluyendo a todo el personal que auxilia de algún modo al juez, como los notificadores, citadores, etcétera.

2. *El fiscal*

La figura del fiscal se relaciona necesariamente con el sistema acusatorio. No obstante, en muchos países existe una suerte de "híbrido" entre el viejo sistema inquisitivo —donde no existía el fiscal— y esta función propia del sistema acusatorio; se ha generado con ello una figura que es siempre una suerte de "extraño" dentro del proceso, puesto que el fiscal no acaba nunca de encajar dentro del sistema inquisitivo al que no pertenece.

Desde el punto de vista de la evolución histórica, la figura del fiscal en el ejercicio de la acción penal corresponde a un estadio de mayor evolución de la sociedad y de mayor centralización del poder. En la medida en que la sociedad se fue organizando jurídicamente de un modo más estable y, sobre todo, en la medida en que el Estado comenzó a constituir una realidad importante y estable, la venganza personal o la simple acusación privada fueron cediendo terreno. La víctima, por su parte, fue perdiendo atribuciones por el simple hecho de que la potencial venganza de la víctima podía generar, a su vez, un nuevo conflicto, y resultaba imposible detener la espiral de violencia. En consecuencia, en la medida en que el Estado comienza a asumir como una de sus tareas primordiales el mantenimiento del orden y de la seguridad pública, intenta aplacar los conflictos. Para ello, ya que el conflicto inicial —el delito— no pudo ser evitado, procura evitar al menos la venganza de la víctima. Genera para ello una figura que se apropia en cierto modo de los derechos de la víctima a vengarse, a pedir reparación, etc., y lo ejerce en nombre del Estado.

Cabe destacar que la figura del fiscal está ligada desde su nacimiento al principio acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación. Antiguamente, en el sistema llamado "acusatorio puro" no podía haber juicio sin la acusación del damnificado, de la víctima.

En la medida en que el sistema acusatorio ingresa en un contexto de mayor "estabilidad", el fiscal va a ocupar el lugar de la víctima; lo hace, claro está, con características muy particulares: lo hace como funcionario del Estado.

A partir de entonces comienza a afirmarse que el Estado se desdobla en dos funciones: la función jurisdiccional —puesto que el juez es, también, un funcionario del Estado— y lo que se denomina la "función requirente", ejercida por otro funcionario del Estado que es el Ministerio Público Fiscal.

Aquellos sistemas que mantienen básicamente la estructura del sistema acusatorio pero han abandonado los principios del sistema acusatorio puro —o "sistema acusatorio material"— en el que la víctima ocupaba un lugar central, son conocidos como "sistemas acusatorios formales". ¿Por qué "formales"? Porque conservan la forma del sistema acusatorio, pero interviene ya un principio diferente: no es ya la

víctima quien se encarga de ejercer la acusación, sino un funcionario del Estado. El Estado absorbe entonces las dos funciones básicas que estructuran el juicio.

A partir del momento en que el fiscal comienza a asumir un papel preponderante, se vislumbra el primero de los grandes problemas que plantea su figura. No hay duda de que la función jurisdiccional es —o al menos debe ser— una función independiente. Ahora bien, ¿cómo debe instalarse esta función requirente del Ministerio Público dentro del marco de la división de poderes?

Esta discusión lleva ya mucho tiempo y todavía no se ha aplacado, puesto que constituye un punto central dentro del tema del Ministerio Público. Se la conoce, por lo general, con el nombre de "El problema de la ubicación funcional del Ministerio Público".

Dentro de esta discusión se han ido conformando, a grandes rasgos, tres grandes grupos de soluciones. En primer lugar, están quienes afirman que esta actividad requirente es una actividad similar a la jurisdiccional. Otro grupo de autores sostiene que se trata de una actividad eminentemente distinta de la jurisdiccional pero que, en última instancia, influye enormemente en la administración de justicia. En opinión de estas dos corrientes, el Ministerio Público debe formar parte del Poder Judicial. Esto es lo que se conoce como la "posición judicialista" acerca del Ministerio Público y es una postura sostenida por muchos autores, particularmente dentro del ámbito hispanoamericano.

Frente a esto surge otra postura que sostiene que el Ministerio Público es quien canaliza la política criminal de un Estado y que, por lo tanto, debe permanecer en la órbita del Poder Ejecutivo, que es el poder administrador de políticas por excelencia. Opinan estos autores que si se priva al Poder Ejecutivo de este "brazo ejecutor" que es el Ministerio Público, no le queda ninguna posibilidad de promover políticas específicas en el ámbito criminal ni de provocar cambio alguno en ese orden. Sostienen también que, si el Ministerio Público pasa a la órbita del Poder Judicial, quedará subordinado a los jueces y a la Corte Suprema, lo que quebraría la estructura contradictoria del juicio. Esta posición —muy fuerte en Estados Unidos, Europa y también en Latinoamérica— se conoce como "administrativista" o "presidencialista", de-

bido a que propugna que el Ministerio Público sea una rama de la Administración. No hay en ello, manifiestan, peligro alguno para los ciudadanos, puesto que son los jueces —y no los fiscales— quienes, en última instancia, toman las decisiones en materia judicial.

Frente a las dos posturas mencionadas existe una tercera, que es la que últimamente ha tomado más fuerza en Latinoamérica: la que se conoce como "posición extrapoder" o independentista. Según ella, el Ministerio Público no debe formar parte del Poder Judicial —porque en ese caso podría quedar subordinado a la Corte Suprema y, sobre todo, los fiscales pueden perder de vista su función y creer que son jueces cuando no lo son—. Pero tampoco debe estar ligado al poder político, sobre todo en América latina, donde el Estado está entre los que más delitos cometen, y ello lo tornaría muy vulnerable a las presiones y las influencias políticas. Frente a tal situación, de acuerdo con esta tercera postura, la solución consiste en generar una institución autónoma, independiente. "Autónoma" significa que nadie le puede imponer norma alguna; esto quiere decir que si, por ejemplo, el Presidente de la Nación quisiera transmitirle instrucciones, tales instrucciones no serían obligatorias. Tampoco lo serían instrucciones emanadas del Parlamento.

Como hemos dicho, el Ministerio Público cumple una función requirente esencialmente distinta de la magistratura. De ningún modo se puede hablar de "independencia judicial" aplicada al Ministerio Público. Éste es independiente como institución, mientras que los jueces son independientes *in personam*. Ello es así porque el Ministerio Público es una institución que debe realizar políticas coherentes. Mientras la independencia judicial está preservando la imparcialidad del juez, el Ministerio Público se rige por otros principios.

Por eso se suele decir que constituye una "magistratura vertical", por contraposición a la magistratura judicial, considerada una "magistratura horizontal" donde, en realidad, todos los jueces son "equivalentes" en el sentido del ejercicio de su función. Un miembro de la Corte Suprema no tiene más jurisdicción que un juez de paz; tiene, sí, una competencia funcional diferente, pero no más jurisdicción.

El Ministerio Público, en cambio, se organiza vertical y jerárquicamente. Como consecuencia de ello, surge un tema

sumamente interesante, que ha generado controversias en la ciencia procesal moderna: la cuestión de *las instrucciones a los fiscales*, y del modo como éstas se trasladan dentro de este cuerpo jerárquico y unitario —unitario, puesto que actúa como un todo frente a la sociedad y frente a la judicatura—. (No rige para el Ministerio Público el concepto de competencia, puesto que su caso no es igual al del juez —que sólo ejerce su judicatura en el ámbito de su competencia—, sino que se trata de una institución que sólo cuenta con mecanismos administrativos internos de distribución del trabajo.)

Frente a este problema se han desarrollado diferentes propuestas de solución. Uno de ellos discrimina los distintos contenidos que las instrucciones pueden tener. Tales contenidos pueden ser dispositivos, es decir, indicaciones acerca de cómo ejercer una acción o un recurso, o referidas a la prescindencia de dicho recurso, siempre según las posibilidades de disposición de cada sistema jurídico. Estos contenidos pueden generar responsabilidades porque existe un deber de obediencia. En este sentido, una buena solución es aquella que establece el deber de obediencia del fiscal inferior respecto del fiscal superior, pero se establece también la posibilidad de que el subordinado en disidencia deje constancia de su opinión. Respecto de esta cuestión se establece la posibilidad de que los fiscales inferiores generen un mecanismo interno de revisión de las decisiones tomadas por sus superiores o de las instrucciones recibidas.

Evidentemente, la cuestión de las instrucciones internas se relaciona con los principios de unidad, de jerarquía y de verticalidad del Ministerio Público como magistratura requirente.

El Ministerio Público cumple, dentro del proceso penal, con una amplia variedad de funciones en directa relación con el grado de "acusatoriedad" que tenga el juicio.

Se entiende que los sistemas acusatorios se rigen por un principio fundamental: aquel según el cual no puede haber juicio sin acusación. En otras palabras, dentro de un sistema acusatorio no podría realizarse un juicio sin dictar, en primer lugar, una apertura a juicio que admita una acusación formal.

Otro tema que se puede discutir son las relaciones que existen entre el pedido de acusación fiscal y la apertura del juicio; es decir, si el juez está obligado por la acusación fiscal o si es el juez quien puede obligar al Ministerio Público a acusar. Esto tiene que ver con las decisiones que tome el Código Procesal respecto del grado de "acusatoriedad" que se le quiere conferir al sistema. En los últimos años, la tendencia universal al respecto se orienta a acentuar enormemente el carácter acusatorio de los sistemas procesales. Debido a ello, no sólo ha dejado de aceptarse el sistema inquisitivo, sino que, además de exigirse acusación en todos los casos, se entrega la preparación de la acusación —es decir, el llamado "procedimiento preparatorio"— al Ministerio Público. Esta modalidad ha demostrado ser más eficaz al tiempo que más respetuosa de los derechos humanos.

Dentro de los sistemas acusatorios, existen diferentes variantes. Algunas de ellas, más amplias, le entregan toda la preparación de la acusación al Ministerio Público, el cual asume luego, en el juicio, un papel equivalente al del abogado defensor. Otros sistemas —como el "acusatorio mitigado"— le entregan la investigación preparatoria a un juez quien, una vez concluida, la presenta al Ministerio Público para que éste decida acerca de si corresponde o no acusar. Existen sistemas acusatorios mitigados con juicio escrito y sistemas acusatorios mitigados con juicio oral. La tendencia más moderna se orienta, no al sistema acusatorio formal en extremo, sino a un sistema acusatorio material, es decir, aquel que —como veremos a continuación— amplía mucho más la participación de la víctima como querellante en el proceso penal.

3. *El querellante*

Existe, junto al Ministerio Público, otra parte acusadora fundamental: se trata del acusador particular o "querellante privado". Éste puede actuar en aquellos casos en que el Ministerio Público no tiene nada que hacer ni puede actuar de oficio el juez —puesto que se trata de un delito de acción privada (el caso de las injurias, por ejemplo)—. También puede aparecer lo que se denomina el "querellante conjunto", en aquellos casos en que el acusador privado participa en el proceso junto con el Ministerio Público.

Este acusador o querellante conjunto, a su vez, puede ser un "querellante conjunto autónomo" —cuando tiene atribuciones similares a las del Ministerio Público y las ejerce de un modo paralelo—; o bien puede ser un "querellante conjunto adhesivo" —cuando trabaja como tercero coayudante del Ministerio Público, es decir, que va de algún modo "detrás" del Ministerio Público.

La tendencia moderna, como hemos dicho, se orienta a abrirle ampliamente la puerta al acusador particular: ampliar los casos de acusación particular privada —es decir, los casos de "delitos de acción privada"—, permitir la participación del acusador particular en todos los casos de acción pública, etcétera.

Por otra parte, en los últimos años se discute acerca de si se debe mantener la figura de un "querellante conjunto adhesivo" —es decir, coayudante del Ministerio Público— o si se admite un "querellante conjunto autónomo". Pareciera que la tendencia dominante se orienta hacia un sistema de querellante conjunto autónomo, es decir, que no sea simplemente "adhesivo", sino que tenga las mismas facultades que el Ministerio Público. Obviamente, nunca tendrá la misma fuerza que éste, puesto que el Ministerio Público es un agente estatal; pero sí, al menos, las mismas atribuciones. Por ejemplo: una de las características de la función del querellante conjunto adhesivo hace que, si el Ministerio Público no acusa, aquél no puede acusar. Un querellante conjunto autónomo puede acusar, aun si el Ministerio Público no lo hace. Lo mismo ocurre si el Ministerio Público no recurre: el querellante autónomo podría igualmente recurrir.

En general, se ha comprobado que el querellante particular resulta una figura muy útil dentro del proceso, puesto que moviliza mucho la justicia y le quita trabajo al Ministerio Público —que, por lo general, está sobrecargado de trabajo.

Y no es cierto que esta modalidad sirva para canalizar el sentimiento de venganza por intermedio del Estado. Eso es un mito que tiene un origen histórico determinado. Han existido dos códigos procesales —los Códigos italianos de 1913 y 1930—, de una factura técnica excepcional, que ejercieron por ello una gran influencia en todo el mundo, particularmente en Latinoamérica. A esos Códigos —en especial al de

1930— subyacía la idea de que la víctima no debía ingresar al proceso penal puesto que de ese modo canalizaba su venganza a través del Estado.

Está perfectamente demostrado que tal afirmación es falsa. Cuando la víctima ingresa al proceso penal busca, fundamentalmente, una reparación; sobre todo, muchas veces, una reparación pecuniaria, y no la venganza. Son muy raros los casos en los que la víctima no busca un arreglo económico, sino la imposición de una pena. Modernamente, cuando ya ha entrado en crisis la pena de prisión, muchos comienzan a preguntarse si, en última instancia, esta actitud de procurar una reparación económica no es mucho más sana, mucho más útil a la sociedad que la imposición de una pena que, en realidad, no le sirve a nadie.

Consecuentemente, en la medida en que se revalorizó la reparación privada, es decir, la antigua solución de la composición en el Derecho germánico, se revalorizó con enorme vigor la participación del querellante particular en el proceso penal.

Además de la víctima, existen también otros sujetos que pueden ingresar como querellantes o acusadores particulares. Aquí nos encontramos con el antiguo sistema de la "acción popular". Es éste un sistema antiquísimo, restaurado según la tradición por Solón —legislador, uno de los fundadores del Estado griego clásico—, para que todos aprendieran a dolerse los unos del mal de los otros.

En realidad, la acción popular —es decir, la facultad que tiene cualquier ciudadano de presentarse como acusador particular en cualquier proceso— no ha rendido en la práctica concreta muchos frutos. Ello porque tiende a ser una atribución tan difusa que, porque todos la tienen, nadie la ejerce.

Por ello, en la actualidad, se tiende a limitar la acción pública a aquellos delitos que afectan intereses colectivos. Por ejemplo, los delitos cometidos por funcionarios públicos: se entiende que el ciudadano, en tanto contribuyente que paga los impuestos con los que los funcionarios públicos son remunerados, debe disponer siempre de una acción en los casos de delitos que afecten al fisco o la función administrativa. Éste es el ámbito donde se le reconoce mayor virtualidad a la acción popular. Y esto, como todo aquello que signifique darles poder a los ciudadanos, es algo positivo, que no

debe ser restringido, sino alentado, y que, probablemente, se irá utilizando cada vez más en el futuro.

De la mano de la necesidad de fortalecer la acción popular de una manera concreta, comenzó a desarrollarse una nueva idea: la de la *acción colectiva* y el *querellante colectivo*. Es decir, el objetivo de que no sea sólo el sujeto individual quien puede presentarse como acusador, sino que también puedan hacerlo las instituciones, fundaciones o asociaciones de ciudadanos.

Y esto puede ocurrir, particularmente, en dos casos. En primer lugar, en aquellos en los que resulten afectados intereses comunes. Se trata, en especial, de los denominados "intereses difusos"; por ejemplo: la calidad del medio ambiente, la protección del consumidor, la seguridad en el trabajo, etcétera.

Por otra parte, existe la posibilidad de que las acciones colectivas se originen a pedido de la víctima. Esto puede ocurrir en los casos en que la víctima siente que, individualmente, estaría desprotegida dentro del proceso penal; entonces puede recurrir en busca de apoyo a una entidad —por ejemplo, una asociación de ciudadanos—, para que la auxilie a gestionar el proceso penal (mujeres golpeadas, víctimas de agresiones sexuales, etc.).

Cabe agregar, por último, que en todos aquellos sistemas procesales que prevén el ejercicio de la acción civil durante el proceso penal, existe la figura del *actor civil*, que podrá ser la víctima o un tercero: concretamente, es la persona que lleva adelante los intereses civiles en el proceso penal y ejerce la acción civil contra el imputado o contra quien sea el demandado civil.

También se discute a veces acerca de la conveniencia o no de incorporar al actor civil al proceso penal. Sin embargo, se ha comprobado que constituye un buen servicio para los ciudadanos quienes, de otro modo, se verían obligados a repetir sus acciones. Frecuentemente el juicio penal versa casi sobre las mismas pruebas que el juicio civil correspondiente. Por lo tanto, creo que la incorporación de la acción civil dentro del juicio penal resulta conveniente.

4. *El imputado y su defensor*

El tercer grupo importante dentro de los sujetos procesales es aquel que se suele denominar *las partes "pasivas"*,

por contraposición a las partes "activas", que son las que hemos considerado anteriormente.

Se trata, fundamentalmente, del imputado, "aquella persona contra quien se dirige la pretensión penal", en palabras de Vélez Mariconde (nótese que no habla de la "acción penal", porque la acción penal se dirigiría contra el juez, es decir, es el derecho de petición judicial; si se trata, en cambio, de la pretensión punitiva, es decir, el pedido de un castigo contra el imputado). La idea importante —que ya forma parte del Derecho procesal moderno— consiste en que el imputado no es el "objeto" del proceso, sino, por el contrario, su "sujeto".

El imputado es, precisamente, uno de los sujetos esenciales del proceso, y esta consideración tiene una consecuencia importantísima respecto del sentido de la declaración de ese imputado. Si el imputado es sujeto del proceso, su declaración constituirá, fundamentalmente, un medio de defensa. Dicha declaración es uno de los modos por medio de los cuales se expresa uno de los sujetos del proceso. Y no —quede bien en claro— un medio para obtener información de una fuente que, en este caso, viene a ser el propio imputado.

Por lo tanto, si el imputado desea, voluntariamente, hacer ingresar información al proceso, ése es otro problema. Y esa información sí puede ser utilizada. Pero la declaración del imputado no puede ser, en modo alguno, un medio para obtener información. Es, por el contrario, el medio por el cual este sujeto debe defenderse.

Esta distinción entre lo que significa ser objeto o sujeto del proceso resulta de suma importancia, ya que el procedimiento inquisitivo tendió siempre a ver al imputado como un objeto del proceso. El sistema inquisitivo es claramente paternalista, donde no hay en realidad una lucha de posiciones contrarias y donde, consecuentemente, no se reconoce suficientemente la existencia de los diferentes sujetos procesales.

Este esquema de los sujetos procesales se comprende con mucha mayor facilidad dentro del marco del sistema acusatorio, en donde existe auténtica contradicción y donde se puede observar claramente a quien acusa y a quien se defiende. Dentro de un sistema inquisitivo, por el contrario, es el juez el que debe hacer todo: procurar la información y lue-

go juzgar. Y esto, formalmente, desdibuja la figura de los sujetos procesales; particularmente, la del imputado.

Dentro del sistema inquisitivo se desdibuja también la figura del fiscal y la del acusador particular. Pero más aún la del imputado, que es tratado como un sujeto de prueba.

En cuanto a esta distinción entre el imputado/sujeto y el imputado/objeto, restan algunas discusiones centradas en aquellos pocos casos en que el imputado sí debe ser "objeto de prueba" —pero nunca, insisto, "objeto del proceso penal"—. Son éstos los casos, por ejemplo, del reconocimiento en rueda de personas. En ese caso, el imputado actúa como objeto de prueba. Pero allí, en realidad, es el testigo el verdadero medio de prueba que, para poder trasmitir la información que posee necesita de la presencia del imputado junto a otras personas.

Una discusión análoga se plantea en el caso de las pruebas de sangre, con la investigación corporal del imputado (se encuentra, por ejemplo, cabello entre los dedos de una víctima y es necesario quitarle un cabello al imputado para efectuar comparaciones). Se entiende que en estos casos el imputado actúa efectivamente como objeto de prueba.

Respecto de este tema, algunos opinan que tampoco en estos casos puede el imputado ser "utilizado" como objeto de prueba, y que el imputado no puede ser sometido a ningún tipo de revisión y análisis. Sin embargo, la consecuencia de esta postura extrema sería que, por ejemplo, el imputado no puede ser obligado a participar de una rueda de presos o a proporcionar un solo cabello de su cabeza. La discusión es más profunda cuando se trata de las pruebas de sangre. Respecto de ese tema hay posiciones muy encontradas y la controversia es muy viva en los tribunales internacionales de derechos humanos, que no han alcanzado una decisión al respecto. Por una parte, parece haber una necesidad muy grande de que se pueda disponer de este tipo de pruebas independientemente de la voluntad del imputado. Por la otra, la decisión de prescindir de ellas representaría un avance, aunque costoso, en el respeto a los derechos humanos.

Otra cuestión que debe quedar sumamente en claro es que no se debe confundir de ninguna manera al imputado con el autor del delito. El ser imputado es una situación procesal de una persona, situación que le otorga una serie de

facultades y derechos, y que en modo alguno puede ser automáticamente equivalente a ser el autor de un cierto delito. Puesto que una persona absolutamente inocente puede ser imputada, no se puede "hacer" de todo imputado un culpable, porque para decidir eso existen el proceso y el juicio.

Las facultades de los imputados están ligadas a la idea de la defensa en juicio. La defensa dentro del juicio, como hemos visto, recae en un sentido material sobre el imputado. El imputado es el titular del derecho de defensa y comprendidos dentro de ese derecho están el derecho a declarar —o no—, el derecho a pedir prueba, el derecho a realizar instancias procesales, etc. Y uno de estos derechos fundamentales es el derecho a contar con un defensor, es decir, el derecho a contar con un asistente técnico que lo auxilie en su defensa. El imputado también tiene derecho a defenderse a sí mismo, posibilidad normalmente admitida por los códigos, salvo cuanto tal autodefensa sea perjudicial para el propio interesado. Puesto que el concepto de "inviolabilidad de la defensa" no es solamente un interés disponible del imputado, sino también una exigencia de la legitimidad del proceso dentro de un Estado de Derecho. Se entiende que un proceso penal legítimo será sólo aquel donde el imputado haya tenido suficiente oportunidad de defensa. Es por ello que este sujeto procesal no puede renunciar a la defensa y que, si bien tiene el derecho de autodefenderse, toda vez que el juez compruebe que esta autodefensa resulta nociva para sus intereses, debe nombrarle un defensor de oficio.

Se ha discutido mucho acerca de si el defensor es o no un órgano de la administración de justicia. Personalmente, tiendo a desconfiar de las posturas que ven en el defensor una suerte de auxiliar de la justicia, o de órgano de la búsqueda de la justicia, antes que un asistente técnico del imputado. Se trata de posturas que únicamente son válidas en sentido figurado. Pero la característica más importante de la tarea del defensor —y la que debe ser destacada con mayor énfasis— es la de ser un asistente técnico que cuenta con la confianza del imputado. Por eso se suele distinguir el "defensor de confianza" —o "defensor privado"—, que es aquel que el imputado puede elegir—, y el "defensor público", que es el que el Estado brinda como un servicio cuando el imputado no nombra defensor o es incapaz de costear sus servicios. El

imputado siempre tiene derecho a nombrar un defensor de confianza, aun cuando el Estado le hubiere nombrado un defensor público. Y si el imputado nombra un defensor privado, éste desplaza necesariamente al defensor público, puesto que se privilegia la posibilidad de contar con una persona de confianza para un menester tan delicado.

Las facultades del defensor son también muy amplias. Puede pedir prueba, instar el procedimiento, discutir, realizar debates, etc. En última instancia, si hubiere colisión de voluntades entre el imputado y su defensor, prevalecerá siempre la voluntad del imputado, puesto que es el titular del derecho de defensa. No obstante esto, algunos sistemas procesales, particularmente en la actualidad, subordinan ciertas manifestaciones de voluntad del imputado al hecho de contar previamente con un asesoramiento adecuado. Éste es uno de los mecanismos que se están empleando a fin de evitar lo que se conoce como "consentimiento fraudulento", es decir, el caso en que, por lo general, la policía presiona al imputado para que diga determinadas cosas o le provoca una situación permanente de presión de modo tal que en apariencia el imputado está declarando libremente cuando, en realidad, está coaccionado por la policía. Muchas "manifestaciones espontáneas" se han basado en esta ficción.

Uno de los procedimientos más típicos consiste en coaccionar o directamente torturar al imputado, indicarle cómo debe declarar y dejarlo libre. La persona sabe que si no obedece las consignas caerá con seguridad nuevamente en manos de la policía. Esto se conoce como "coacción teledirigida".

Uno de los mecanismos que se están estudiando a fin de evitar casos como éste consiste, como se ha dicho, en establecer la obligación de consultar con el defensor antes de declarar, de aceptar una reducción de pena, de rendir una confesión.

Esto no debe ser interpretado en el sentido de que el defensor tenga una posición de preeminencia respecto del imputado. Al contrario: según se dijo, en caso de producirse una colisión de voluntades es el imputado quien tiene la última palabra.

En principio pareciera que el derecho del imputado a nombrar defensores es ilimitado. Sin embargo, por razones

de orden práctico, los sistemas procesales tienden a limitar estas facultades por la sencilla razón de que si cada imputado pudiera tener, digamos, dieciséis defensores, se complicaría enormemente el desarrollo del juicio —particularmente si se trata de un juicio oral—. Han existido casos famosos donde uno de los recursos para dilatar el proceso ha sido el de nombrar muchos defensores, cada uno de los cuales solicitaba siempre el ejercicio del derecho a alegar en juicio; el proceso, entonces, no terminaba nunca.

Existe, en consecuencia, una norma tradicional según la cual se otorga una suficiente amplitud para nombrar defensores, pero se limita tradicionalmente su número razonable a la cantidad de 2 o 3. Ése es el número, claro está, de los defensores que pueden intervenir directamente en el juicio. Independientemente de ello, éstos pueden hacerse asesorar por una legión de abogados si así lo desean; pero éstos no tienen derecho a intervenir.

Se ha dado un debate, particularmente en Europa y los Estados Unidos, acerca de si, en ciertos casos, el juez podría tomar la decisión de apartar a un defensor. Tal posibilidad tuvo su origen en el hecho de que, en ciertos tipos de delincuencia, los propios "defensores" actuaban frecuentemente de "correo" entre los imputados detenidos y las organizaciones delictivas (de mafia, terrorismo, etc.), es decir, participaban de la misma asociación ilícita que estaba siendo juzgada. Para esos casos, en algunos países, se desarrolló una legislación denominada "casos de apartamiento del defensor", es decir, casos en los cuales el juez tiene la facultad de no admitir la participación de un cierto defensor en el proceso.

Se trata, sin embargo, de una legislación muy peligrosa y muy discutida. Es decir: en caso de ser puesta en vigencia debe restringirse cuidadosamente a los casos en los cuales esté debidamente comprobado que el defensor participa de las mismas actividades delictivas del imputado. Además, normalmente, resulta conveniente dejar esta decisión en manos de un juez superior al que tiene la causa en cuestión, ya que, de otro modo, se puede prestar a ser un modo de persecución política, consistente en rechazar defensores de manera continua.

En todos aquellos sistemas procesales que admiten el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, y como

contrapartida de la figura del actor civil, existe también la figura del demandado civil.

Por lo general, el demandado civil es el imputado penal, que es quien ocasionó el daño. Pero perfectamente podría ser un tercero que tenga responsabilidad por los daños. Por ejemplo: en el caso de lesiones culposas producidas al conducir un automóvil, también podría ser "tercero civilmente responsable" el titular del vehículo cuando no fuere el causante de las lesiones.

Se trata de un debate permanente dentro de la ciencia penal. También el de si es posible "citar en garantía" dentro del proceso penal a las compañías de seguros, tema que cobra suma importancia en el caso de lesiones culposas. Por ejemplo: una persona que atropella a otra y la lesiona, tiene un seguro de responsabilidad civil; ¿se puede citar en garantía a la compañía de seguros para que participe en el proceso penal con carácter de tercero civilmente demandado? Desde el punto de vista de los intereses civiles, pareciera que sí. Sin embargo, existe una tendencia consistente a no involucrar a las compañías de seguros en los procesos penales para evitar complicaciones en el proceso.

Existe, por último, otro caso de participación en el proceso penal de un tercero que no está directamente implicado en el asunto de fondo. Por ejemplo: un individuo le roba el auto a otro y mientras lo utiliza comete un robo o un homicidio; luego es apresado y el automóvil es decomisado por la policía. La persona que sufrió el robo del automóvil participará como víctima en un proceso por ese robo. Pero dentro del proceso por el robo y el homicidio cometidos con su vehículo no tiene una participación directa. Puede ingresar, sin embargo, como un tercero interesado al solo efecto de sostener una discusión puntual, como es la devolución de un objeto que le pertenece y fue incorrectamente decomisado.

Séptima Parte

EJERCICIOS Y SUGERENCIAS PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

1. *Introducción*

1. Esta parte es en cierto modo un apéndice o complemento del texto que contiene las unidades teóricas; este carácter complementario no debe ser entendido de un modo peyorativo y, menos aún, extender esa actitud emocional hacia el "trabajo práctico". En esa última frase, no deja de existir un dejo tautológico, si se me permite usar una expresión tan imprecisa. La voz griega *praxis* recupera un sentido más profundo y esencial. *Praxis* es trabajo y es relación directa con la realidad; pero antes que nada es el modo humano de estar en el mundo. Estar conscientemente en el mundo y actuar en él, esto es, existir en nuestro modo especial de ser.

2. La *praxis* es abarcadora, compromete la totalidad de nuestra vida. Pero, ¿es necesaria esta reflexión para un simple apéndice? Sí y no. Por supuesto la ejercitación no es más que eso, y su principal valor es pedagógico. Sin embargo nuestra enseñanza apegada aún en muchos casos a una declamación narcisista y superficial, necesita una reflexión integradora de lo práctico (¿o de la *praxis*?).

3. Una enseñanza sin *praxis* no es vital, no es enseñanza, está muerta. Pero esto no significa una apología de la práctica, como muchas veces se ha entendido. Muchos "laboratorios", "talleres", cursos de capacitación, etc., se basan en la idea de que la enseñanza "práctica" es el estudio de las rutinas de los tribunales, las "experiencias" del ejercicio profesional y los "tics" y "guiños" que son necesarios para convertirse en un abogado exitoso.

4. No quiero despreciar con ligereza este tipo de conocimiento: ello no solo sería petulante, sino hipócrita, porque por mi propia experiencia reconozco que esos conocimientos muchas veces son imprescindibles para el éxito profesional. Sin embargo, quiero destacar otro tipo de ejercitación, que puede cumplir una doble función: la de servir como desarrollo profesional, pero, a la vez, como estímulo intelectual y académico.

5. Seguramente, todos hemos sentido frente a un curso que debíamos emplear dos discursos, incluso debíamos adoptar una doble actitud; una para dirigirnos a un grupo de alumnos preocupados exclusivamente por su formación profesional como abogados y cuya vocación se circunscribe a ese ejercicio profesional; y otro, que tiene inquietudes intelectuales o a veces, una firme vocación académica. Normalmente también existe otro grupo: aquellos que no tienen ninguna vocación o la están descubriendo.

6. ¿A quiénes debe hablarle el profesor? ¿En base a cuáles intereses debe estructurar su mensaje? Muchas veces cometemos errores al no tomar en cuenta esta realidad y prescindir de algunos de estos grupos. Todavía recuerdo a un profesor que en su primera clase advertía que la universidad mataba vocaciones intelectuales, lo que podía ser realista, pero dejaba sin salida a un grupo de estudiantes que sí tenian vocación intelectual; o a aquel otro profesor que entendía que debía transmitirle a sus alumnos sus "aventuras tribunalicias" y que la habilidad dialéctica o la frase oportuna eran suficientes conocimientos, frente a los oscuros y complicados conceptos que formaban el programa de la materia.

7. ¿O cuántas veces no hemos sentido que sólo hablábamos para una pequeña porción del curso, mientras el resto garabateaba en silencio su hastío? ¿No nos hemos encontrado frente a alumnos totalmente desorientados, que al terminar nuestro curso, continuaban su marcha sin rumbo?

8. Siempre he creído que desconocer esta realidad es una renuncia dolorosa, muchas veces impuesta por la falta de tiempo, la necesidad o la rutina. Pero siempre renuncia al fin. Existe otro problema adicional que consiste en la necesaria uniformidad de los contenidos técnicos. Por eso este "complemento" de la parte teórica busca dar respuesta a la diversidad de demandas de los alumnos de un mismo curso, brindando adiestramiento para el desarrollo profesional, para quienes sólo busquen eso, tratando de estimular a quienes tienen inquietudes intelectuales y ayudando a encontrar su rumbo a quienes no saben por qué estudian leyes.

9. ¿Puede el trabajo práctico cumplir esa función? Sí, si lo entendemos en el sentido amplio y vital de *usar las ideas*. Me produce fascinación un taller mecánico ordenado, donde

todas las herramientas ocupan un lugar y existen multiplicidad de recipientes con tornillos, tuercas o arandelas. Sin embargo distinta ha sido mi sensación al tener que "usar" esas herramientas. Así me he enfrentado a mi inhabilidad natural, al cansancio o al aburrimiento, así como otros habrán descubierto el maravilloso aumento de su capacidad que produce cada herramienta.

10. ¿Cómo podremos saber qué es el Derecho si no lo usamos? ¿Cómo sabremos el valor de un concepto sino descubrimos sus consecuencias? Las sugerencias para el trabajo práctico que se presentan a continuación son ejercicios para usar las ideas expuestas en la parte teórica y, en consecuencia, profundizar en el conocimiento del Derecho procesal penal; ellos no reemplazan al conocimiento teórico, al contrario, lo presuponen. Pero también presuponen una actitud en el alumno y el profesor. Si entre ambos no desean superar una relación "comercial" de la enseñanza según la cual uno vende un producto y otro lo recibe —y después verá que hará con él— los materiales de ejercitación servirán de muy poco. Por el contrario, si deciden usar y poner a prueba las ideas, establecerán una relación más profunda. Para ello muchos profesores deberán bajar del pedestal y muchos alumnos deberán abandonar su visión mercantilista y utilitaria.

2. *El análisis de casos hipotéticos*

1. La metodología de casos es el mejor ejercicio para los estudiantes pero requiere algunas aclaraciones. Desde el punto de vista puramente pedagógico lo obliga a un estudio más profundo y ya enmarcado en el tipo de actividad que luego realizará como abogado. En este sentido es el trabajo práctico por excelencia (y no lo es por ejemplo el redactar una demanda o un escrito judicial que, para ser realizado correctamente, presupone que se ha analizado con precisión el caso que le sirve de base).

2. He insistido en la importancia del análisis jurídico y él no es una actividad que se pueda desarrollar sólo sobre normas sino que requiere la concurrencia de un caso, es decir, de una situación real o hipotética que permita realizar el proceso de subsunción en enlazar situaciones vitales con prescripciones. El proceso de subsunción obliga al alumno a

detectar dentro de la totalidad del relato cuáles son los elementos que a su juicio tienen relevancia jurídica, deberá fundamentar su elección, deberá explicar por qué razón desecha otros elementos y deberá confrontar este análisis con el realizado con otros compañeros del curso. También deberá analizar cuál debe ser el papel del abogado en ese caso, qué le aconsejaría a un hipotético cliente y analizar cuáles serían las consecuencias de un mal desempeño profesional.

3. Este tipo de ejercitación es bastante común en la enseñanza del Derecho penal, pero paradójicamente, pese a que el uso incorrecto del Derecho procesal penal produce perjuicios más directos a las personas que otras ramas jurídicas, no se ha desarrollado convenientemente este tipo de ejercitación y la ausencia de bibliografía contrasta con la de colecciones de casos penales. Sin duda el carácter analítico de la Teoría del Delito ha contribuido enormemente a difundir el método de casos en el Derecho penal y la falta de un camino (un método) en el Derecho procesal ha significado un obstáculo.

4. Sin embargo es posible desarrollar un método para resolver casos procesales que no tiene las mismas características que el utilizado por el Derecho penal, pero sirve para ordenar las discusiones. El análisis puede seguir estos pasos:

2.1. **La construcción de la situación o el relato del hecho**

1. A diferencia de los tradicionales casos penales, en los que la base fáctica ya viene determinada y solo se analiza su relevancia (en el camino de ida y vuelta propio de la subsunción), los casos procesales tienen siempre un primer paso en el que se debe construir esta base, ya se trate finalmente de una decisión de fondo o de una cuestión incidental. Este primer paso permite ejercitar la *teoría de la prueba.* Existen otros casos en los que se pretende discutir sobre la validez de los actos o su nulidad y pareciera que en ellos no es necesario construir un soporte fáctico.

2. Efectivamente, en esos casos se está superando esta primera etapa del mismo modo que existen casos de Derecho penal que de un modo abreviado plantean directamente problemas de justificación o culpabilidad. De todos modos siempre es preferible que los casos procesales estén construidos

sobre un soporte fáctico (de fondo o incidental) para que el alumno piense los problemas de validez de los actos procesales en el contexto más amplio que provee la situación fáctica. De este modo se puede evitar el defecto de considerar el problema de la actividad procesal defectuosa bajo el prisma exclusivo de la relación bipolar validez-nulidad, sin considerar los efectos más amplios sobre el resto de la base fáctica. Puede parecer —y de hecho lo será muchas veces— que analizar el caso desde la acusación, defensa, producción de prueba y sentencia es más sencillo. La única diferencia con el método propuesto es el lugar de análisis de la base fáctica. Si nos ubicamos en el punto del "intérprete-juez" (que es el que se usa, por ejemplo en los casos de Derecho penal) la información ya ha ingresado (por eso es un caso hipotético) y el analista está situado en un punto en el que puede guiarse por la trilogía clásica de base fáctica-presupuestos procesales-sentencia.

De todos modos ésta es una propuesta de trabajo para ordenar las ideas y cada profesor y alumno la modificará según le sea útil. Igualmente influirá el modo como se ha instruido el caso y la amplitud de lo que se desea ejercitar.

Este primer nivel implica:

a) *El análisis de la validez de la información* (medios de prueba y reglas de legalidad de la prueba);
b) *La construcción del relato, del hecho* (logicidad e *in dubio pro reo* con el valor que tenga en cada etapa);
c) *La pertinencia del relato* (relevancia, subsunción, "ida y vuelta" con las distintas soluciones normativas. El relato es pertinente si le da base a alguna de las soluciones normativas posibles, sin que sea necesario decidirse ya por una de ellas).

2.2. **El desarrollo de la controversia**

1. Desarrollar la controversia ampliamente es un paso ineludible en un caso procesal ya que debe existir un litigio (salvo que se continúe pensando en la presencia de los sistemas inquisitivos que son sistemas judiciales sin litigio). En cierto modo el conjunto de exigencias vinculadas a la formación de la controversia constituyen los "presupuestos procesales" y su análisis se puede ordenar del modo siguiente:

1. *El planteo de la petición:*
   a) *Admisibilidad* (oportunidad, formas, es decir si es reconocido como una pretensión válida).
   b) *Legitimación* (es decir la petición ha sido hecha por quien tiene facultades para hacerlo).
2. *La respuesta a la petición:*
   a) *Oportunidad.*
   b) *Legitimación.*
3. *El objeto litigioso* (su contenido depende de muchos factores, se trata de definir con precisión lo que debe ser decidido). La cuestión en litigio puede ser "de fondo", es decir vinculada directamente al conflicto que constituyó el caso ya sea que trate la totalidad o una parte de lo que está en discusión, o puede ser "incidental", es decir referida a una cuestión que afecta la decisión o influye en ella pero no está vinculada directamente en el conflicto originario.

2.3. La construcción de la decisión

Finalmente el juez debe decidir el objeto definido en la controversia sobre la base fáctica analizada. Ello tiene también dos fases

1. *Las condiciones para decidir* (se debe analizar si se trata de la persona habilitada para decidir, capacidad, competencia, etcétera).
2. *La construcción de la decisión:*
   a) *La forma de la decisión.*
   b) *El contenido de la decisión* (absolver, condenar, invalidar, etc.), aquí el caso puede contener también un análisis de la solución de fondo o llegar a la solución por vías procesales.
   c) *La lógica de la decisión,* es decir, no sólo su lógica interna sino su adecuación al objeto litigioso (congruencia).
   d) *Su impugnabilidad* (qué tipo de control permite). Este tipo de análisis no establece un punto específico para las garantías procesales porque ellas están presentes en todos los niveles, muchas veces el caso se resolverá por la afectación de una de estas garantías en algunos de los niveles de análisis.

Esquema de análisis

1. *La construcción de la situación fáctica o el relato del hecho.*
   a) El análisis de la validez de la información.
   b) La construcción del relato del hecho.
   c) La pertinencia del relato (relevancia).

2. *El desarrollo de la controversia.*
   1. El planteo de la petición:
      a) Admisibilidad.
      b) Legitimación.
   2. La respuesta:
      a) Oportunidad.
      b) Legitimación.
   3. El objeto litigioso.

3. *La construcción de la decisión:*
   1. Las condiciones para decidir.
   2. La construcción de la decisión:
      a) La forma de la decisión.
      b) El contenido de la decisión.
      c) La lógica de la decisión.
      d) Su impugnabilidad.

3. *Debates*

1. Se incluye una pequeña muestra de algunas lecturas que sirven para motivar la reflexión y el debate. Esta selección es puramente subjetiva y busca llamar la atención sobre algún aspecto incluido en el texto o que le ha servido de fundamento. Los estudiantes de nuestras escuelas de leyes están demasiados acostumbrados a utilizar los manuales y apuntes como su única fuente de conocimiento. Esto le hace un gran mal a su formación intelectual ya que esos textos —como también este pequeño curso— tienen las limitaciones propias de su destino específico. Los profesores deben tratar de estimular la amplitud de las lecturas; para ello nada mejor que señalarles puntos específicos, autores determinados, previamente seleccionados por el profesor, que le enseñen al alumno que la lectura no es otra cosa que un diálogo calmo y profundo con alguien que se ha preocupado de los mismos temas que ahora le preocupan a él.

2. En este sentido, la lectura es un ejercicio intelectual insoslayable. También se les debe enseñar a los alumnos que una lectura que no se haya acompañado de reflexión, es una como una conversación superficial, que podrá divertir mo-

mentáneamente pero es impropia del trabajo intelectual y finalmente hace perder tiempo.

3. Algunas lecturas para el debate:

a) James GOLDSCHMIDT: *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936, "Introducción".

Función del proceso y misión de la ciencia procesal.

En un conocido y famoso libro del abate Sieyés, iniciador de la Revolución Francesa, preguntaba el autor: "Qu'est-ce que le tiers État"; ¿Qué es el Tercer Estado? Al interrogante contestaba: "Nada". Y luego, añadía: ¿Qué debería ser? Todo. ¿Qué aspira a ser? Algo. Igualmente podría preguntarse con respecto al tratamiento científico del proceso: ¿Qué es o, por lo menos, qué era hasta los tiempos recientes? Nada. La causa hay que buscarla en el Derecho romano, donde el proceso no era sino una emanación del Derecho civil. Ahora bien, como el Derecho romano ha llegado a ser la base de la jurisprudencia entera, ese enfoque ha influido en nuestra ciencia. Aun después de que el proceso logró emanciparse del Derecho privado, la ciencia del proceso se contentó con describir los fenómenos procesales o, como veremos, se inspiró en construcciones que sólo son adecuadas al Derecho privado.

De hecho, la ciencia del proceso habría de ser: Todo. En la práctica, apenas si se aplica el Derecho fuera del proceso. Aún en los casos de aplicación extraprocesal, por ejemplo, de la redacción de un contrato, suele hablarse de jurisprudencia cautelar para indicar que la misión de ésta es prevenirse contra un posible pleito futuro. Con esto no quiero decir que todo Derecho que se aplica en un pleito sea Derecho procesal. Pero todo Derecho que surge en un proceso ha de llevarse a un denominador procesal para que sea aplicable; por ejemplo, cuando el objeto del pleito es una compraventa, las obligaciones del comprador y del vendedor se presentan al juez, desde el principio, revistiendo la forma de acción y de excepción, y el juez ha de averiguar cuáles son los hechos respecto de los que el actor o el demandado tienen la carga de la afirmación y de la prueba. Es decir, que el Derecho privado se transforma en un Derecho justicial, quedando como misión de la ciencia en el futuro la de llevar a cabo tal transformación en todas las relaciones jurídicas de Derecho privado.

En realidad, la ciencia del Derecho procesal se contenta con ser "algo", a saber: pretende que se establezcan las categorías que le son adecuadas.

b) Heinz ZIPF: *Introducción a la política criminal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, pp. 2 y 3.

Las definiciones de "política criminal".

Feuerbach concibe la política criminal como sabiduría legislativa del Estado. Franz von Liszt define la política criminal como el conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instituciones con ella relacionadas. Roberto von Hippel define la política criminal como consideración de la eficacia del Derecho penal bajo el criterio de la conveniencia. Para Peters, apoyándose en la célebre distinción de Sauer, repetida en forma lemática, entre "Política criminal" y "Política Criminal", la Política Criminal es el conjunto de la actividad creadora estatal o municipal, o relacionada con el Estado, el Municipio, dirigida a una configuración adecuada, con la finalidad de prevenir y reducir los delitos y sus efectos. Mezger, ve la política criminal en sentido amplio como el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito.

La definición del concepto usual actualmente debe ser aclarada por algunas opiniones, tanto de dogmáticos del Derecho penal como de criminólogos. Sax ve la política criminal como el conjunto de las tendencias y disposiciones dirigidas a la adecuada aplicación del Derecho penal. Schröder entiende por política criminal la suma de todos los medios de reacción de los tribunales penales, los métodos y principios con que el Estado se enfrenta con el delito. Según Jescheck, la política criminal se ocupa de la cuestión de cómo constituir del modo más adecuado el Derecho penal, a fin de que pueda corresponder a su misión de proteger la sociedad. La política criminal debe ocuparse de la remodelación de las normas jurídico penales (en sentido amplio) y de la organización adecuada y perfeccionamiento del dispositivo estatal de persecución penal y de ejecución de la pena (Göppinger). Según Kaiser, ella pretende la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias y tácticas sociales para conseguir un control óptimo del delito.

Nota: Se han suprimido las citas bibliográficas presentes en el original de este texto, con el fin de aligerar la lectura del párrafo.

c) Alessandro BARATTA: *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo XXI, México, 1986, cap. XV, 42. "Cuatro in-

dicaciones 'estratégicas para una política criminal de las clases subalternas'", pp. 213 y ss.

Una política criminal alternativa

Se impone así la necesaria distinción programática entre política penal y política criminal, entendiéndose con la primera una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado (ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad, y entendiéndose en sentido amplio la segunda como política de transformación social e institucional. Una política criminal alternativa es la que escoge decididamente esta segunda estrategia, extrayendo todas las consecuencias de la conciencia cada vez más clara en cuanto a los límites del instrumento penal. Entre todos los instrumentos de política criminal, el Derecho penal es, en último análisis, el más inadecuado.

La perspectiva de fondo de esta política criminal es radical, por derivar de una teoría que reconoce que la cuestión penal no está sólo ligada a contradicciones que se expresan en el plano de las relaciones de distribución, y no es por ello soluble obrando sólo sobre esas relaciones para corregirlas, sino sobre todo en las contradicciones estructurales que derivan de las relaciones sociales de producción. En tal virtud, una política criminal alternativa coherente con su propia base teórica no puede ser una política de "sustitutivos penales" que queden limitados en una perspectiva vagamente reformista y humanitaria, sino una política de grandes reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de formas de vida comunitaria y civil alternativas y más humanas, y del contrapoder proletario, en vista de la transformación radical y de la superación de las relaciones sociales de producción capitalistas.

d) Jeremías BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, (1823), Ejea, Buenos Aires, 1971. Traducción de la compilación francesa de E. Dumont, por Manuel Ossorio Florit.

Todas las reglas del procedimiento deben dirigirse a estas cuatro finalidades: *1)* rectitud en las decisiones; *2)* celeridad; *3)* economía; *4)* eliminación de los obstáculos superfluos.

La rectitud en las decisiones constituye el fin directo; los otros tres no son sino fines colaterales. Se trata de evitar inconvenientes accesorios conocidos con el nombre de "plazos, de vejaciones y gastos"; bien entendido que se trata de plazos, de vejaciones y de gastos innecesarios en los cuales prepondere el daño, es decir, que hecho el balance de sus efectos, el mal sobrepase el bien.

Lo que yo entiendo por rectitud en las decisiones, es su conformidad con la ley, puesto que sobre la ley se regulan los temores y las esperanzas de los ciudadanos. La ley representa una expectativa. El público quedará satisfecho si la decisión del juez se ajusta a esta expectativa; si la contraría, se habrá establecido un principio de inseguridad y, en casos importantes, una alarma proporcional.

Se puede concebir fácilmente una justicia "abstracta" que es la que parecerá tal a los ojos de un juez infalible, conocedor de todas las circunstancias de la causa; pero distinguir esa justicia abstracta de la justicia legal, constituye una pretensión vana y peligrosa que entregaría al juez a las fantasías de su imaginación y le haría perder de vista su verdadera guía, que no es otra cosa que la ley. La ley adjetiva, es decir, la ley de procedimiento que únicamente será buena en tanto concurra al cumplimiento de la ley sustantiva.

Si el juez, de acuerdo con las reglas del procedimiento, absuelve al acusado a quien cree culpable según los términos de la ley; si hace perder a un ciudadano un derecho, que conforme a su persuasión, la ley quería conservarle; en una palabra, si el negocio lleva a un desenlace contrario al que habría tenido según la integridad de un juez libre, se puede estar seguro de que aquellas reglas son malas.

En todas estas hipótesis lo que la ley sustantiva promete a los ciudadanos, la ley adjetiva les quita los medios para obtenerlos; los dos aspectos de la ley están en oposición uno con otro.

Sin embargo, no hay que deducir de estas observaciones que sea necesario abolir todas las formas y no tener otra regla que la voluntad de los jueces: lo que se necesita evitar son las formas, las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción y que hacen del procedimiento el enemigo de la ley sustantiva.

En cuanto a los fines que he llamado colaterales, de celeridad, economía y eliminación de obstáculos superfluos, queda todo dicho con su solo enunciado: mas adaptar el procedimiento a esos fines y conformar a ellos la práctica, es una labor que requiere por parte del legislador una habilidad y una firmeza extraordinarias, porque en esa carrera hay que luchar más que en ninguna otra contra seductores intereses. No hay nada de sátira ni nada de exageración en decir que el procedimiento parece haber estado dirigido hacia fines absolutamente contrarios y como con el deseo de multiplicar los gastos, las dilaciones y las vejaciones, mediante el agregado de todo lo que puede hacerlo ininteligible. Esos vicios no han sido, sin embargo, el efecto de un plan adoptado por los tribunales; han sido la consecuencia de aquellos intereses de que acabo de hablar, de aquellos

intereses seductores que no han tenido ningún freno, porque la opinión pública estaba muda o impotente sobre los abusos que su ignorancia le impedía enjuiciar, o era indiferente sobre la suerte de los litigantes, individuos dispersos que no forman una clase, que cambian todos los días, cuyos pleitos son odiosos y que no pueden ni siquiera hacer comprender sus quejas más legítimas (cap. II, pp. 12 y ss.).

e) Ladislao THOT: *Historia de las antiguas instituciones de Derecho penal*, Buenos Aires, 1927.

a) *Reglas generales para la aplicación de la tortura.*
La antigua doctrina reunida por la práctica judicial estableció algunas reglas de carácter general, que sirvieron de pauta para aplicación de la tortura.
La más importante regla general era que antes de proceder el juez a aplicar la tortura, debía comprobar la existencia del "cuerpo del delito", porque si no constaba éste debidamente no era permitido recurrir a aquélla. A este respecto, hubo tal rigorismo jurídico en la doctrina y en la práctica que si el reo confesaba haber dado muerte a una persona y haber arrojado el cuerpo al mar, pero no había habido testigos ni se diere con el cadáver, a pesar de su confesión no poder ser castigado, salvo que resultase comprobado por "fama pública" que la persona de referencia había sido muerta en efecto.
En caso de hechos que no tenían por su naturaleza, ningún cuerpo de delito, éste era reemplazo por los indicios.
Otra regla no menos importante era la que disponía que, antes de la tortura, el juez debía hacerle conocer al reo los indicios legítimos y suficientes reunidos, a fin de que éste pudiera desvirtuarlos por contra-indicios o por presunciones legales.
Además de ellas debemos mencionar otras reglas no menos importantes. Una era la que establecía que la tortura debía efectuarse de modo tal que el reo saliera de ella "salvo". Esta regla era tan primordial que, como vamos a verlo más tarde, en caso de transgredirla el juez era castigado.
Otra regla trascendental era la que establecía que los medios para averiguar la verdad es decir, los instrumentos de tortura, debían ser ajustados por el juez a los indicios acumulados contra el reo y a la atrocidad del delito. A este respecto, el principio general era que el medio para la averiguación de la verdad no podía ser mayor que la pena misma que amenazara al reo. (p. 288)

b) *El enjuiciamiento en los procesos criminales contra las brujas.*
El enjuiciamiento criminal contra las brujas estuvo inseparablemente vinculado con el nuevo sistema del proceso inquisitorial, que tuvo su origen en Alemania.

Sus principios y reglas eran las siguientes. La persona acusada era capturada e incomunicada en una celda aislada *(carceris squalores)*, que tenía por objeto darle oportunidad para reflexionar acerca de su pasado y de su porvenir, es decir, provocar en ella el arrepentimiento y la pronta confesión del delito imputado. Luego se le aplicaba el llamado "recelo" *(territio)*, intimidación a que se le sometía mostrándole y describiéndole los instrumentos y atrocidades de la tortura que le esperaba en caso de negar el delito. Si el recelo no daba resultado, desnudábase al acusado y se le cortaba el pelo de todo el cuerpo, a fin de evitar cualquier fraude que pretendiera hacer para que el cuerpo fuese insensible a la tortura. Luego procediase a la búsqueda del llamado estigma diabólico, por creerse que toda bruja tenía en su cuerpo un lugar que era insensible a las punzadas y del cual no manaba sangre; para comprobarlo, el verdugo punzaba en distintos sitios y particularmente donde hallaba algo que le parecía anormal. También se trató de impedir que las brujas recibieran ayuda de su cómplice, el diablo, por lo cual durante la tortura se les quitaba la ropa.
Previamente a la tortura empleábanse pruebas preliminares, tales como la prueba de las lágrimas *(Tränenprobe)*, la prueba de bruja y la balanza de brujas.
La prueba de lágrimas consistía en lo siguiente: el sacerdote o el juez hacía colocar al acusado sobre su cabeza, rezando una fórmula de juramento, según cuyo contenido, si el acusado era inocente, sus ojos empezarían de inmediato a verter lágrimas. Si no podía llorar, se consideraba demostrada su culpabilidad; y al llorar luego la persona acusada, decíase que era indicio de que había sido ayudada por el diablo.
Por fin, la balanza de brujas consistía en pesar a la acusada para establecer si su peso era mayor del que había sido apreciado con anterioridad. Semejante prueba tenía su fundamento en la creencia general de que las brujas, las noches de los sábados, tenían conciliábulos secretos a los cuales solían concurrir montadas en escobas, para lo cual se necesitaba tener un cuerpo liviano, lo que se lograba mediante un pacto con el diablo. Así, pues, antes de colocarse a la acusada en la balanza, se calculaba, por personas que la conocían, el peso aproximado que podía tener en una época anterior a la perpetración del delito de brujería; si resultaba tener el mismo peso supuesto o uno mayor, era declarada inocente, pues no podía ser bruja; y, en cambio, si resultaba de un peso menor que el supuesto era considerada culpable.
En algunas partes se recurrió directamente a la tortura, sin estos procedimientos previos. (pp. 75 y 76).

f) Arturo Jauretche: *Manual de zonceras argentinas*, 7ª ed., A. Peña Lillo, Buenos Aires, 1974.

Habeas Corpus *(zoncera nº 26)*

Cada vez que meten preso a un tipo, más o menos arbitrariamente, hay un abogado recién recibido que dice:

—Esto lo arreglo con un *Habeas Corpus*.

Y el abogado resulta un petisito en una cancha de básquet, pues los grandotes —que son los jueces— empiezan a pasarse la pelota por arriba sin que haya modo de que entre en la red. A esto de pasarse la pelota por arriba le llaman cuestiones de competencia o de jurisdicción. Esto, en los casos en que el gobierno está descuidado —que son muy pocos— y no hay estado de sitio ni Conintes.

Diógenes el Cínico se lamentaba, linterna en mano, de que no había podido encontrar un hombre. Quisiera verlo buscando un juez con un recurso de *habeas corpus*, y una lámpara de mercurio en la mano. ¡Pobre de él!

Eso lo saben los abogados que no son recién recibidos cuando les hablan de presentar un *Habeas Corpus* (salvo que el preso sea tratante de blancas, contrabandista o ladrón de automóviles).

Ésta es la oportunidad de hablar de esas zonceras llamadas garantías constitucionales, que son las que se quieren poner en movimiento con el *Habeas Corpus*. No sé si debo hacerlo porque me comprenden las generales de la ley (¿o los generales?) como se verá en lo siguiente.

Aquí debo confesar una zoncera propia, a la que me referiré en la zoncera que sigue, y que trata de mi confiscación de bienes, expresamente prohibida por la Constitución Nacional (Declaraciones, Derechos y Garantías). Ahí se verá lo que me pasó por zonzo, es decir por creer en las garantías constitucionales.

Se trataba de mi inclusión en los interdictos por la "Junta de Recuperación Patrimonial" en 1955.

Diré ahora, que lo me hizo más zonzo fue mi condición de abogado, pues a pesar de tener casi 30 años en la profesión procedí como un abogado recién recibido.

Me dije: se trata de un tribunal especial, prohibido por la Constitución en sus garantías; se trata de un juzgamiento por ley posterior al hecho de la causa, invierte el cargo de la prueba y establece un procedimiento especial para ciudadanos especiales con lo que destruye la igualdad ante la ley, también contenida en las garantías. Estos ciudadanos especiales son sacados "de la pata" el "montón", colocados en desigualdad por quien hace la lista de "interdictos" —que todavía no se sabe quién la hizo, aunque parece evidente que la hicieron abogados que después se especializaron en defender "interdictos" explotando el negocio que

habían inventado bajo la dirección del Dr. Busso, que era Ministro del Interior— (¿será por esto, o porque el colchón no tenía lana, que no se han construido los oleoductos, viviendas y todas las otras maravillas que iban a resultar de los fondos provenientes de la recuperación patrimonial?).
También me dije: ahora no estamos en ninguna de las dos "tiranías", sino en plena libertad, y la Constitución de 1853 ha sido restaurada, aunque sólo sea por Decreto. Ahora el derecho no lo marca Valenzuela, sino los maestros de la cátedra, como Orgaz, Galli, Soler... Y salí a buscar mis jueces naturales.
¡Todavía los ando buscando!
Tampoco dijeron nada los Colegios y Asociaciones de Abogados que se la pasaron haciendo declaraciones durante la "segunda tiranía", pero parece que esto sólo prueba que los Colegios y Asociaciones no están dirigidos por abogados recién recibidos; están hechos para sostener las garantías constitucionales como zoncerías, pero no a los abogados zonzos que las invocan. Así es como los abogados me dicen: "¿Qué clase de pescado sos que crees en las garantías constitucionales y en los Colegios de Abogados?" ¡Y ahora me lo dicen hasta los abogados recién recibidos!
Lo que prueba que soy el único abogado recién recibido que queda en el país.
Eso sí: cuando se trata de una empresa extranjera o de un periódico de los grandes, las garantías funcionan. Además, pocas veces tienen que recurrir a los jueces porque los gobernantes saben para quién son las garantías y se cuidan de no tocarlos (pp. 185/186).

g) Reid HASTIE, Steven PENROD y Nancy PENNINGTON: *La institución del jurado en los Estados Unidos —sus intimidades—*, traducción de César P. Giudini Joubert, Civitas, 1986, cap. 1, p. 17.

El proceso mediante jurado constituye la piedra angular de la idea de justicia en los Estados Unidos. El derecho a ser juzgado por un jurado imparcial y no sometido a las exigencias del poder político es una de las garantías constitucionales más incuestionables y de mayor tradición. Los Estados Unidos se distinguen del resto de las naciones —en lo que al sistema judicial se refiere— por el papel fundamental asignado al juicio mediante jurado. Los más de trescientos mil procesos de este tipo que se realizan anualmente son de enorme importancia práctica y simbólica para todas las personas que participan en los mismos o que, de una manera u otra, están al tanto de ellos. El ciudadano medio de los Estados Unidos entiende que la participación en la vida pública se efectúa no solamente mediante el ejerci-

cio del derecho de voto, sino también a través del ejercicio del derecho a formar parte del jurado.
Su larga historia y la importancia que se le atribuye en el sistema legal de nuestros días no impide que sea incierto el futuro del proceso mediante jurado. Los cambios sociales ocurridos en los Estados Unidos han planteado exigencia que la justicia no puede satisfacer mediante este tipo de proceso tal como ha venido funcionando hasta ahora. El aumento del número de procesos penales y civiles ha saturado el sistema judicial, planteando dificultades sin precedentes para que el jurado pueda enjuiciar correctamente. Se han producido aumentos espectaculares en la complejidad y duración de los procesos. En algunos distritos, solamente la tarea de selección de los miembros del jurado para causas penales normales puede llegar a durar hasta una semana. Aunque no son la regla, los procesos civiles y penales que duran meses y hasta años constituyen un freno para la administración de justicia. En la jurisdicción civil, los adelantos técnicos y científicos que se plantean en el proceso son de tal complejidad que, además de representar un verdadero desafío para los entendidos en la materia, parecería que exigen de los ciudadanos que participan en el jurado niveles de conocimientos imposibles de alcanzar. Asimismo, los procesos tecnológicos originan cambios en algunos de los usos probatorios y procesales y permiten un mayor conocimiento por el público gracias al acceso de los medios de comunicación, todo lo cual ha provocado transformaciones en la naturaleza del proceso por jurado.

h) Max Weber: "Formas racionales e irracionales de administración de justicia", extractos de Max Rheinstein, editor, en *Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1954, pp. 349-56. En Wilhem Aubert: *Sociología del Derecho*, Tiempo Nuevo, Caracas, Venezuela, 1971, p. 159:

La razón decisiva del éxito de la organización burocrática ha sido siempre su pura superioridad técnica sobre toda otra forma de organización. Una administración burocrática plenamente desarrollada está frente a las formas no burocráticas en igual relación que la máquina frente a las formas no mecánicas de producción (...). La burocracia otorga a la administración de justicia bases para dar aplicación a un sistema racional, conceptualmente sistematizado, de Derecho, constituido por "leyes", tal como se lo logró por vez primera con un elevado grado de perfección técnica en las postrimerías del Imperio romano. En la Edad Media, la recepción del Derecho romano se produjo simultáneamente con la burocratización de la administración de justicia.

El juzgamiento por especialistas formados en cada nación fue sustituyendo al tipo más antiguo de proceso, fundado en la tradición o en hipótesis irracionales.
El juzgamiento racional fundado en conceptos jurídicos rigurosamente formales debe ser cotejado con el tipo de juzgamiento orientado primariamente en tradiciones sagradas en las que no se encuentra una base clara para la solución de casos concretos. Así los litigios son resueltos a través de una justicia carismática, es decir, por las "revelaciones" concretas de un oráculo, la condena de un profeta o por una ordalía; o por una justicia de cadí, no formalista, fundada en juicios de valor éticos concretos u otras valoraciones prácticas; o bien como justicia empírica, formalísticamente, pero sin requerir la subsución del caso en conceptos racionales, sino recurriendo a "analogías" y con referencia e interpretación a "precedentes".

i) Karl J. MITTERMAIER: *Tratado de la Prueba de Materia Criminal*, 7ª ed., Reus, Madrid, s/f, Parte primera, cap. XIII, p. 82.

He aquí las objeciones en toda su fuerza. No creemos que sean capaces de arrastrar la opinión del observador atento y sagaz, porque conducen en definitiva al error; y lo que tienen de especioso debe sólo excitarnos a examinar con más detención si los vicios de que se acusa al Jurado, son inherentes a su naturaleza o resultado de su organización defectuosa en ciertos países; si esta institución lleva en sí misma garantías importantes que no podrían encontrarse en las jurisdicciones regulares, y si no es más propia que cualquiera otra para conciliarse la pública confianza con la equidad de las sentencias. No; no puede negarse por un solo momento la ventaja de semejantes garantías:
1. Mientras que los jueces ordinarios, bastante indiferentes a veces hacia la opinión de los conciudadanos, y a menudo más interesado en su ascenso, se esfuerzan en conquistar el favor de aquellos de quienes depende su propia fortuna y la de sus parientes y allegados, descuidan sus funciones por estar al abrigo de toda censura pública, y nada tienen que temer de las consecuencias de una sentencia defectuosa, los jurados, por el contrario, contraen una inmensa responsabilidad moral ante la opinión pública del país, juez soberano e incorruptible. Basta haber vivido en un país donde esté en vigor el jurado, para saber la impresión que sus veredictos causan en todas partes; *2.* y cuando, terminada su misión, vuelve a entrar el jurado en el seno de la ciudad, se halla al punto en presencia de la crítica general, allí ninguna deja de censurarle cuando se presente la ocasión, y la reprobación pública puede herirle de muy distinto modo que al juez los apercibimientos de

sus superiores; y sabedor de esto, presta a los debates una atención incesante y más concienzuda.

j) Eugenio Raúl ZAFFARONI: "Sistema Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material", en *Criminología Crítica*, I Seminario, Universidad de Medellín, Colombia, 1984. p. 113.

Considero que la breve descripción del fenómeno contravencional en la Ciudad de Buenos Aires permite poner en descubierto un mecanismo de criminalización que no puede llamarse propiamente "subterráneo", dado que es manifiesto, sino "paralelo" al sistema penal estricto. El discurso jurídico segrega cuidadosamente el sistema penal paralelo, apelando al más heterogéneo arsenal argumental de racionalizaciones minimizantes: naturaleza no penal, menor cuantía, razones prácticas, organización federal, etc. De cualquier manera, el resultado práctico de la segregación jurídica minimizadora es la total ignorancia de las garantías que proclama el discurso jurídico respecto del sistema penal estricto. Esto se acompaña de un descrédito social del abogado que se especializa en la práctica profesional de las defensas en este sistema paralelo y de una desvalorización teórico-jurídica del mismo sistema. La minimización formal conlleva el desprestigio de los esfuerzos científicos que se consideran inútiles en campo tan "nimio". La investigación jurídico-penal del área paralela carece de "mercado universitario y editorial": no se enseña en los programas ordinarios de especialización, no hay interés en publicar los trabajos sobre este sistema. No sólo los juristas que exponen el Derecho penal en forma más o menos convencional se desentienden del sistema penal paralelo, sino que el discurso jurídico minimizante es internalizado por los reformados y críticos, que deslumbrados por la "gran represión" estricta pierden de vista la represión incontrolada que se lleva a cabo por los sistemas paralelos minimizados.

4. *Investigaciones*

1. También es útil plantear pequeños ejercicios de investigación. En este caso no importa tanto el resultado del ejercicio como el hecho de que el alumno comience a enfrentarse a los problemas de la investigación que pueden ir desde la dificultad en diseñar el proyecto (aprender a definir con precisión lo que quiere investigar) hasta el simple, pero a veces determinante escollo, de no hallar la bibliografía conveniente. En nuestro país las bibliotecas no suelen estar ver-

daderamente al servicio del lector (y la biblioteca de la Facultad de Derecho es una prueba de ello) porque no respetan *razonablemente* el ritmo de un trabajo de investigación que, a veces requiere que la espera para acceder a los libros no se prolongue demasiado o se le den otras facilidades (préstamos, horarios más amplios, etc.). No obstante es importante inculcar en los alumnos el hábito de recurrir a una biblioteca, de mantener la disciplina que requiere un trabajo constante de búsqueda y, sobre todas las cosas, a resistir *el peso de la información*, mientras uno encuentra el hilo conductor que convierte a esa masa de datos en un trabajo ordenado y fundamentado. La enorme cantidad de información a la que fácilmente puede acceder un estudiante actualmente hace necesario un trabajo más arduo en el análisis y el uso de la información. Necesita también una guía más fuerte, para no desalentarse ante el cúmulo de datos.

2. En cuanto a las investigaciones que requieren trabajo empírico o de campo, difícilmente los alumnos se hallarán en condiciones de desarrollarlas con satisfacción, aunque se trate de pequeños trabajo muy acotados. No obstante, dada la tremenda necesidad que tenemos de estimular las investigaciones empíricas en el campo del Derecho, incluiremos pequeños ejercicios que, aunque no sean realizados con el conveniente rigor, pueden ir generando la conciencia de que no es posible realizar afirmaciones sobre la realidad sin un adecuado sustento en el conocimiento empírico.

3. Algunos ejemplos de ejercicios de investigación.

a) Cuadro de análisis político-criminal

Este ejercicio busca que el alumno aprenda a reflexionar sobre la política criminal y a efectuar análisis en ese campo —que no es estrictamente jurídico— sin perder por ello rigor científico o lógico. Se debe desterrar la costumbre —bastante extendida— según la cual es suficiente sostener proposiciones axiológicamente valiosas, sin preocuparse demasiado por su fundamentación. Por ello la investigación que aquí se propone busca obligar a que el alumno desarrolle un pensamiento crítico pero fundamentado.

1) El primer paso consiste en la identificación de un sector de la política criminal. (Por ejemplo protección del

medio ambiente, castigo al consumo o tráfico de drogas, etc).

2) El segundo paso consiste en el análisis de la política criminal *formulada*, es decir, la que surge del primer análisis, de los textos legales, esto es, de las políticas *explícitas*. Para ello, se recomienda la utilización de la tabla siguiente, que le servirá al estudiante para ordenar la información:

Nivel 1. Política criminal formulada o explícita

Objetivos	*Decisiones*	*Instrumentos*	*Reglas*	*Estrategias*

3) En el tercer paso, el alumno deberá realizar el mismo análisis anterior pero tratando de indagar si existe una política criminal "real" tras las formulaciones. En rigor, este análisis no se puede realizar correctamente sin contar con datos sobre la realidad; sin embargo, como el objetivo de este ejercicio es otro, el alumno podrá prescindir de estos datos si no le es posible hallarlos, guiándose, en ese caso, por su experiencia o simple observación. Deberá utilizar la misma tabla anterior para ordenar esta nueva información.
En los niveles 1 y 2 se analiza la política criminal como un fenómeno social. El alumno debe comprender que se halla todavía en el plano del ser y se debe notar la importancia de no cambiar inadvertidamente planos durante la tarea.

4) En el cuarto paso, el alumno debe construir un primer modelo de política criminal. Para ello también usará la tabla indicada. Debe agregar, además, una pequeña fundamentación política que aclare cuáles son los valores que sustentan su modelo.

5) El quinto paso consiste en la elaboración de un modelo alternativo al construido en el nivel anterior. Se busca de este modo que el alumno comprenda la existencia y puja entre modelos de política criminal que

se plantean a sí mismos como alternativos. También aquí se debe trabajar con la tabla señalada en el primer paso.

6) El sexto ejercicio consiste en la elaboración de un informe global sobre el sector de política criminal seleccionado al inicio. Este informe debe reflejar la conjunción de los cuatro niveles analizados previamente (política formulada, política real, y los dos modelos alternativos). Aquí el alumno vuelve al plano del ser y el desarrollo de los valores que realizó en el nivel 3 y 4 se convierten en valoraciones concretas inmersas en el mismo proceso social. Este sexto ejercicio busca que, así como el alumno en los ejercicios anteriores debía atenerse a la linealidad del nivel en el que se hallaba trabajando, aquí debe comprender que la realidad no es lineal, sino múltiple y que todo análisis debe buscar, en definitiva, captar del mejor modo posible esa multiplicidad.

7) El último paso consiste en tratar de identificar o definir a los sujetos productores hegemónicos de la política criminal.

Este trabajo no es sencillo y posiblemente requiera mucha ayuda del profesor. Es importante que los alumnos intenten realizarlo y que la corrección sea estricta ya que el mejor modo de adquirir una metodología de trabajo es a través del ensayo y el error.

b) Los pro y los contra los jurados

Muchos autores se han pronunciado a favor y en contra de los jurados. Una pequeña investigación que pueden realizar los alumnos es la elaboración de un cuadro o tabla en las que de un lado se ordenen los argumentos a favor del jurado y en el lado opuesto el argumento específicamente contrario.

Una variante de este ejercicio es el siguiente: también en nuestro país han existido muchos pronunciamientos a favor y en contra de esta institución. El alumno deberá investigar a los juristas y políticos argentinos que han opinado en este tema, y sobre esa base tratar de definir las corrientes de opinión y sus fundamentos principales.

c) ¿Cómo funcionan los jurados?

Existen diversos tipos de jurados. El alumno deberá investigar cómo funcionan en los Estados Unidos o en Inglate-

rra y compararlos con los sistemas de jurados que existen en Alemania, Francia o Inglaterra.

d) ¿Y los proyectos de ley de jurados?

El alumno deberá investigar cuáles proyectos se han presentado a lo largo de nuestra historia, cuáles eran sus características y cuál fue su suerte.

e) Contravenciones y delitos

El alumno deberá buscar un criterio o un fundamento *cualitativo* para delimitar cuándo un ilícito constituye un delito o una contravención y qué importancia puede tener ello.

f) El fuero de vecindad

El alumno debe realizar una pequeña investigación histórica para hallar los orígenes del derecho de un ciudadano de ser juzgado por jurado proveniente del lugar donde el delito se había cometido.

g) El fuero federal

El alumno deberá analizar los casos de competencia federal aceptados por la jurisprudencia y detectar aquellos, que según su criterio, deberían permanecer en la competencia provincial.

h) Los delitos de prensa

El alumno deberá investigar la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el art. 32 de la Constitución Nacional y caracterizar la doctrina judicial dominante y sus variaciones.

En todas estas pequeñas investigaciones el profesor deberá indicarle al alumno los primeros pasos y las primeras referencias bibliográficas a partir de las cuales podrá comenzar su trabajo.

i) ¿Qué piensan los ciudadanos de la justicia penal?

El objeto de esta pequeña investigación es precisar qué concepto tienen de la administración de justicia penal un cierto grupo de ciudadanos.

Para ello se debe elegir un número determinado de personas (tratando de que tal número esté al alcance de las posibilidades del alumno; no interesa aquí su valor muestral) y de que refleje de algún modo la composición de un grupo mayor (puede ser la ciudad, el barrio, etc.). Luego el alumno

elaborará un cuestionario (que debe evaluar el profesor), realizar las encuestas, y elaborar un informe. El profesor debe vigilar que todas las proposiciones sobre la realidad que realice el alumno tengan fundamento en la encuesta y, cuando así no lo sea, se advierta convenientemente al lector.

j) ¿Qué sucede en los tribunales penales?

Éste es un trabajo de observación. El alumno deberá visitar uno o varios tribunales o asistir a un juicio y, *sobre la base de sus observaciones personales* y los apuntes que pudo recolectar durante su visita, elaborar una nota acerca de qué sucedió durante su visita, qué significado le otorga y qué reflexiones le motiva.

Luego el profesor le debe indicar algún texto legal donde el alumno buscará las normas que los protagonistas de la vida judicial que él observó, utilizaron de algún modo.

k) ¿Cuál es la misión del abogado penalista?

El alumno debe buscar textos (artículos, ensayos, códigos de ética forense, etc.) que contengan reflexiones sobre la misión del abogado penalista. Luego, sobre la base de este material, debe realizar una reflexión personal, teniendo en cuenta las circunstancias socio-políticas concretas del momento.

l) Eficiencia y garantía

El alumno debe seleccionar, por indicación del profesor, una institución procesal que reciba en los códigos de procedimientos una regulación fácilmente identificable (v. gr., la declaración del imputado, las medidas de coerción, alguna prueba en particular, etc.) y tratará de analizar los aspectos normativos que buscan lograr eficiencia (en el sentido otorgado en el texto) y los que procuran preservar libertad y dignidad personal. El ejercicio adquiere mayor valor si se realiza sobre textos legales.

5. *Bibliografía*

1. Por último, esta sección busca abrir el panorama intelectual del alumno lo que es imprescindible dado el carácter introductorio de este libro. Por esta misma razón la selección que aquí incluiremos no sigue otro criterio que el de señalar caminos posibles, puertas que el alumno deberá tras-

pasar por sí mismo si se halla interesado. La selección bibliográfica responde, pues, a un criterio pedagógico puramente personal. Cada profesor sugerirá otras obras que le parezcan significativas o estimulantes. Lo importante es que el alumno sienta que su superación intelectual es posible, que ésta siempre comporta una aventura y un riesgo, pero que no existe otra forma de crecer que no sea con audacia y asumiendo esos riesgos. La universidad no debe jamás matar vocaciones intelectuales. Ése quizás sea su peor pecado.

2. Al alumno que quiera ampliar alguno de los temas tratados en la obra o profundizar en el estudio del Derecho procesal penal, le sugiero la lectura de los siguientes trabajos:

AA.VV.: "La realidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal", en *La implementación de la reforma procesal penal*, C.D.J/CPU-N.CS, Chile, 1996.

BARCELLONA, Pietro: *El uso alternativo del Derecho*, Fontanella.

—, y COTTURRI: *El Estado y los juristas*, Fontanella, 1976.

BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, trad. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986.

BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, trad. Fenech, Labor, Barcelona, 1945.

BINDER, Alberto: *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

—, *El proceso penal*, Ilanud, Costa Rica, 1992.

—, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BOVINO, Alberto: *Problema del Derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

CAFFERATA NORES, José I.: *La excarcelación*, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1988.

—, *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

—, *Temas de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

—, *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983.

CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1977/98.

—, *Opúsculo de Derecho criminal*, Temis, Bogotá.

CARRIÓ, Alejandro: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.: *Tratado de Derecho procesal penal*, 7 vols., Ediar, Buenos Aires, 1960-1968.

—, *Derecho procesal penal*, 3 vols., Lerner, Córdoba, 1984-1985.

D'ÁLBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación, comentado*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997

DE LA RÚA, Fernando: *El recurso de casación*, Zavalía, Buenos Aires, 1973.

—, *Proceso y justicia*, L.E.A., Buenos Aires, 1980.

DUSSELL, Enrique: *Ética de la liberación*, Trotta, Madrid, 1997.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1996.

—, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987.

FLORIÁN, Eugenio: *Elementos de Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1933.

GOLDSCHMIDT, James: *Principios generales del proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1961.

—, *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936.

GORANSKY, Mirna: "Un juicio sin jurados", AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

LEVENE, Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

—, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Editores del Puerto, 1995

—, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Ediciones L.E.A., Buenos Aires, 1981.

—, *La ordenanza procesal penal alemana*, 2 vol., Depalma, Buenos Aires, 1978-1982.

—, y otros: *El Ministerio Público en el proceso penal*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, 4 vols., trad. S. Sentís Mellendo y M. Ayerza Redín, Ejea, Buenos Aires, 1951.

NÚÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal comentado*, Lerner, Córdoba, 1986.

ODERIGO, Mario A.: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973.

PASTOR, Daniel: "El encarcelamiento preventivo", AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

ROXIN, ARTZ y TIEDEMAN: *Introducción al Derecho penal y Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1984.

ROXIN y otros: *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

RUBIANES, Carlos: *Manual de Derecho procesal penal*, 4 vols., Depalma, Buenos Aires, 1976-1986.

SCHMIDT, Eberhard: *Fundamentos constitucionales del Derecho procesal penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

SUPERTI, Héctor: *Derecho procesal penal*, Juris, Buenos Aires, 1998.

TOCORA, Fernando: *Política criminal contemporánea*, Temis, Bogotá, 1997.

VAN DIKE, Vernon: *Ciencia política: un análisis filosófico*, Tecnos, Madrid, 1962.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: *Curso de Derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.

—, *Derecho procesal penal*, 2 tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995-97

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, 3 vols., Lerner, Córdoba, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio: *Sistemas penales y derechos humanos en América latina*, Depalma, Buenos Aires, 1984-1986.

—, y otros: *El sistema penal argentino*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

XXIV. LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA FIRME

En un Estado de Derecho, que sostiene la seguridad jurídica, la tranquilidad y el respeto a los ciudadanos como principios básicos de la organización social, existe un momento en que necesariamente el proceso penal finaliza. La decisión que se ha tomado —generalmente la sentencia— se convierte en una decisión final o "firme". Esto significa, como ya hemos analizado, que el Estado no podrá ejercer nuevamente la coerción penal ni perseguir penalmente a las personas por ese hecho *(ne bis in idem)*. El principio de cosa juzgada protege a las personas de la incertidumbre y de la posibilidad de que el Estado decida utilizar el proceso penal como un instrumento de persecución política constante. El proceso penal debe ser un mecanismo para arribar a una decisión y nunca un instrumento de control social aunque, como también hemos visto, muchas veces cumpla esa función.

Una sentencia u otra resolución "firme" significa que no puede ser revisada. Sin embargo, este principio tiene excepciones.

En el ámbito del Derecho procesal penal las excepciones al principio de "cosa juzgada" se basan en tres circunstancias distintas:

a) Cuando la valoración jurídica del caso ha cambiado en virtud del principio del retroactividad de la ley más benigna.

b) Cuando la sentencia o resolución final se encuentra viciada, es decir, se ha fundado en prueba falsa, o ha dejado de tener en cuenta prueba determinante sobre el hecho, que sólo se conoció con posterioridad a la sentencia.

c) Cuando la sentencia es producto de un juez inicuo o prevaricador.

El primer caso es sencillo: la legislación penal contiene un principio según el cual siempre se debe juzgar el caso conforme a la ley más benigna. Este principio, que originariamente tuvo su ámbito de aplicación cuando se trataba de cambios en la legislación realizados mientras el caso estuviera pendiente de juzgamiento, luego fue ampliado y se considera que lo determinante es que siempre el hecho debe ser valorado conforme a la legislación más benigna, desde que ese hecho fue cometido hasta que hubiere dejado de producir todos sus efectos —generalmente hasta el agotamiento de la pena—. De este modo, el principio de retroactividad de la ley más benigna pasó a constituir una excepción al principio de cosa juzgada. Si alguien había sido condenado y ya estaba cumpliendo pena por un delito que una legislación posterior a la condena derogaba, los efectos de esa legislación más benigna avanzaban sobre el efecto de la cosa ya juzgada.

No es éste el lugar para analizar los distintos problemas y alternativas que presenta el principio de ley más benigna. Será suficiente, para los propósitos de este libro, señalar que ello constituye un caso de excepción a la intangibilidad de la cosa juzgada.

La otra excepción, vinculada siempre al fracaso de un elemento de prueba ya utilizado o a la existencia de un nuevo elemento de prueba hasta ese momento ignoto, sí genera mayores dificultades.

La primera de ellas se refiere a la extensión de esta excepción. ¿Debe regir sólo a favor del imputado o también en su contra? ¿Se puede volver a juzgar a una persona absuelta, si esa absolución se ha fundado en prueba falsa o han aparecido con posterioridad nuevos elementos de prueba?

Aquí es necesario diferenciar dos casos: si el absuelto no ha fraguado prueba ni la ha ocultado, es decir, si no ha realizado ningún acto positivo para provocar el error judicial, la respuesta debe ser clara: en ningún caso se puede revisar la absolución. En estos casos la sentencia adquiere una firmeza absoluta, producto del fundamento de la cosa juzgada como un límite al poder penal del Estado. ¿Cuál debe ser la solución cuando el imputado ha realizado actos positivos de ocultamiento o falsificación de prueba? Nuevamente es necesario

realizar una diferenciación: si el imputado ha ocultado prueba, tampoco se puede hacer caer la cosa juzgada en su perjuicio, porque se debe comprender como parte integrante del derecho de defensa el hecho de no presentar las pruebas que lo incriminan. No sólo el imputado no tiene ningún deber de presentar la prueba de cargo, sino que es comprensible que, para defenderse, no lo haga. Un Estado que respeta el derecho de defensa no puede cargarles las consecuencias de ese ejercicio al propio titular de ese derecho.

La situación problemática queda circunscripta, pues, a los casos en los que el imputado ha logrado su propia absolución mediante la manipulación fraudulenta de la prueba. El imputado ha provocado por medios ilícitos el error judicial; por ejemplo, le ha pagado a testigos falsos, ha sobornado al juez o ha falsificado documentos. ¿Debe el Estado respetar la absolución, aun cuando se compruebe fehacientemente que ésta se funda en cualquiera de esas circunstancias, provocadas deliberadamente por el imputado?

La respuesta también debe ser afirmativa. El ejercicio del poder penal del Estado es un poder de tan alta intensidad, que sólo comprende una verdadera limitación, garantizadora de los derechos de las personas, si ese poder sólo se puede ejercer una vez. Dicho de un modo figurado, el Estado tiene una escopeta con un solo cartucho y si queremos que los ciudadanos vivan en una situación de seguridad debemos afrontar colectivamente los costos de aquellos casos en los que el disparo se inutiliza por las malas artes del imputado. En términos globales, es más peligroso admitir el poder del Estado para revisar las absoluciones. Por lo tanto, la absolución adquiere una firmeza absolutamente intangible.

No ocurre lo mismo con la condena, ya que para un Estado de Derecho es absolutamente repugnante el que un inocente pueda ser condenado y sufrir prisión por un error judicial. De este modo, las posibilidades de revisar una sentencia condenatoria deben ser amplias.

Se puede revisar una sentencia condenatoria si se han producido nuevos hechos o ha aparecido un nuevo elemento de prueba que modifica totalmente la situación de condena. Esto se puede producir por una virtualidad intrínseca a esa prueba o a ese hecho (por ejemplo, si alguien ha sido condenado por homicidio y luego aparece la persona que se había

dado por muerta) o cuando el hecho en sí mismo no tiene virtualidad suficiente, pero en conexión con otras pruebas que fueron incorporadas en su momento al proceso, genera una nueva situación global (por ejemplo, aparece la persona con la que había estado el imputado en otro lugar y esto, sumado a otros indicios anteriores, prueba la defensa del imputado y demuestra que él nunca podría haber estado en el lugar del crimen).

Este principio básico debe ser utilizado con amplitud, siempre que se respete el carácter de excepcionalidad de la revisión. Este carácter excepcional se manifiesta en el hecho de que nunca la revisión debe ser una forma de repetir la valoración de la información: si no hay información nueva —y, además, relevante—, no puede existir una revisión. Caso contrario, el mismo principio de la cosa juzgada perdería sentido y las decisiones estatales tendrían siempre un carácter provisional, inadmisible en un Estado de Derecho.

Debe quedar en claro, pues, que no toda condena equivocada es revisable. Solamente lo es aquella que se funda en información falsa o no ha tenido en cuenta información relevante. Si el juez o todos los jueces que han entendido en ese asunto han valorado mal esa información y ya se ha agotado todos los recursos previstos en el sistema jurídico, esa condena no es revisable. Éste es un límite específico del recurso de revisión y, sin duda, deja subsistente un problema: ¿qué sucede si se han agotado todos los recursos, no existe nueva información, pero es evidente que todos los jueces han valorado la información de un modo manifiestamente incorrecto? ¿Podría funcionar el *habeas corpus* como la última herramienta que tienen los ciudadanos para evitar la prisión injusta? ¿O el Estado prefiere sostener el principio de cosa juzgada, aun a costa de la prisión de un inocente? La duda está planteada.

Este principio general de "información nueva" se suele plasmar en los distintos códigos procesales en ejemplos tradicionales o que, según la experiencia histórica, constituyen los casos tradicionales de revisión. Ellos son:

a) Cuando se presentan, después de la sentencia, nuevos documentos de carácter decisivo, que por distintas razones no hubieran sido incorporados al proceso.

b) Cuando los testigos son falsos o el peritaje ha sido fraguado.
c) Cuando los testigos tenían alguna forma de inhabilidad relevante, desconocida al momento de dictar sentencia.
d) Cuando aparece viva la persona que se daba por muerta.
e) Cuando se comprueba la falsedad de algún documento u otro tipo de prueba, que había sido considerada auténtica.

Éstos son sólo ejemplos; pero en algunos textos normativos, que no establecen un criterio general, se plantea como problema el carácter meramente ejemplificativo o exhaustivo de supuestos similares a los descriptos. Una interpretación correcta, teniendo en cuenta el conjunto de las garantías constitucionales y el principio rector del respeto a la inocencia y el repudio a la prisión injusta, debe llevar a considerar que siempre se establecen casos ejemplificativos y que la revisión de una condena no puede ser limitada por los textos procesales, ya que se hallan en juego principios y garantías de superior jerarquía.

Existe una modalidad "refleja" de revisión, que se da cuando la condena puede ser revisada porque otra sentencia —penal o de otro tipo— que le había servido de base, es revisada a su vez. Por ejemplo, una sentencia que había declarado válido un matrimonio —y sobre esa base se había condenado por bigamia—; luego esa sentencia es revisada y se declara nulo el primer matrimonio, de modo que no puede existir bigamia.

El tercer caso de revisión se da cuando el juez ha dictado deliberadamente una sentencia en contra de la información de la causa o de la ley. El caso más común es el del prevaricato, delito funcional de los jueces; pero también pueden existir casos en los que el delito de prevaricato no se tipifique como tal, pero exista una grave infracción a los deberes del juez. Supongamos el caso de un juez que dictó una sentencia que ha quedado firme, pero en realidad la dictó antes de que fuera nombrado formalmente o después de haber sido destituido.

Habría que pensar también qué pasaría si alguien objetara la sentencia porque, en realidad, esa sentencia no la hizo el juez, sino un secretario o un empleado, aunque el

juez la haya firmado para validarla formalmente. ¿Es revisable? Nos encontraríamos con la dolorosa realidad de que inclusive sentencias de la Corte Suprema han sido dictadas por funcionarios subalternos y los jueces se han limitado a un control formal.

Hemos visto que toda condena es revisable, aun cuando haya quedado firme. ¿Existe algún límite temporal? Aquí existen dos posiciones: quienes sostienen que la revisión debe prosperar siempre que la condena esté produciendo algún efecto —por ejemplo, que se esté cumpliendo la pena—, y quienes sostienen que la revisión no debe tener ningún tipo de límites ya que, de un modo u otro —jurídico o social—, una condena siempre produce efectos.

La posición correcta es esta última, ya que una condena, dejando de lado todos sus efectos jurídicos, siempre significa un estigma, más gravoso si se trata de un inocente injustamente condenado. Por lo tanto, la revisión de la sentencia se puede plantear en cualquier momento, aun cuando la pena haya cesado, haya prescripto, etc. Se discute, también, si se debe tratar de una acción personal, o los herederos del condenado también pueden plantear la revisión. Creo que la condena a un inocente es uno de los actos más irritantes e inadmisibles dentro de un Estado de Derecho y, por lo tanto, no se deben poner límites a la revisión. Se debe permitir la revisión para restaurar la memoria del condenado.

La revisión de una condena puede buscar dos fines primordiales: el primero, por supuesto, es la búsqueda de la absolución; el segundo es una condena más benigna. De este modo, la revisión también debe prosperar si lo único que se pretende es revisar una agravante y no la condena en su totalidad. Aun debería prosperar la revisión cuando la determinación de la pena se ha basado en hechos falsos. Por ejemplo: en un delito de tránsito el juez, al individualizar la pena, manifiesta que aplica la pena más grave posible porque el conductor luego de causar heridas a un transeúnte, abandonó el lugar del hecho. Nuevos testigos demuestran que eso no es cierto, que inmediatamente prestó auxilio y, además, ese auxilio fue eficaz para salvar la vida del herido. ¿Debe revisarse la sentencia condenatoria cuando lo que se pretende es un cambio de tipificación, sin ninguna influencia sobre la pena? Otro ejemplo: una persona ha sido condenada por

violación a una menor de 11 años a quien amenazó con un revólver. ¿Se debe revisar la condena, si luego se comprueba que no era tal menor sino que tenía 16 años, de modo que se trata de una violación, pero no a una menor de 11 años? Evidentemente, los efectos sociales de una condena u otra no son similares. Estimo que, aun cuando se tratare de una declaración que no influyera sobre la pena, siempre se debe admitir la revisión si existe algún interés relevante que exceda la simple estima personal.

Esta posibilidad de revisar una absolución firme se canaliza a través de un mecanismo procesal que es el *recurso de revisión*.

Se suele discutir si a este mecanismo se lo debe denominar "recurso" o se trata de una "acción". Un recurso está siempre ligado a la revisión de una decisión no firme aún —dicen unos— y, por lo tanto, el recurso de revisión no es un recurso, sino "una acción", el ejercicio del derecho constitucional de plantear ante los tribunales una determinada pretensión que sólo se puede lograr a través de un proceso. La discusión no tiene demasiada utilidad, ni ha influido en el diseño. Es preferible mantener la denominación tradicional de *recurso de revisión*, aunque se trate de un recurso anómalo.

Lo cierto es que los distintos textos procesales plantean, por un lado, requisitos para la admisibilidad del recurso y, por el otro, un trámite determinado.

Como se trata de una petición excepcional, se suele exigir que el pedido vaya acompañado de la prueba que lo funda o de los datos concretos para localizarla. El recurso de revisión no es una forma desesperada de intentar la revisión de un fallo adverso, sino un modo concreto y fundado de plantear un error judicial. Por lo tanto, es correcto que los requisitos de presentación sean lo suficientemente estrictos como para apreciar la seriedad del pedido y evitar malgastar el tiempo y los recursos en peticiones infundadas. Ello no quiere decir que se deba tener una actitud formalista: se trata, al contrario, de exigir la fundamentación del pedido de revisión, es decir, la expresión clara de los motivos y la mención de la prueba que lo funda.

Si no es necesario realizar una instrucción suplementaria, el tribunal competente —que ha declarado admisible el

recurso— se avocará al fondo del problema y revisará la sentencia condenatoria. Si es posible dictar la nueva sentencia sólo con los nuevos elementos de prueba (aquellos que tienen una virtualidad propia para modificar el fallo —por ejemplo la aparición con vida del supuesto muerto—), el tribunal modificará la sentencia. Si, por el contrario, se trata de nuevos elementos de prueba que sólo adquieren valor en conjunción con los ya incorporados o se trata del caso del juez inicuo, el tribunal anulará el fallo anterior y mandará que se realice un nuevo juicio, que seguirá las reglas comunes *(reenvío)*.

De un modo sintético, ésas son las reglas procesales relativas a la revisión del fallo firme. Normalmente funciona a petición del interesado, pero nada obsta a que sea el tribunal de oficio quien desencadene la revisión: insisto en que la posibilidad de condena a un inocente o la imposición de una pena injusta es algo tan irritante para el Estado de Derecho que no puede tener limitaciones en la instancia. Incluso cualquier persona podría realizar el planteo ante los tribunales ya que no sólo se halla en juego el interés del damnificado por el fallo injusto, sino la credibilidad de la administración de justicia como institución social.

Esta misma idea de amplitud lleva a que tampoco el recurso tenga limitaciones en cuanto a la posibilidad de plantearlo varias veces. El rechazo del recurso no impide su nuevo planteo, siempre —claro está— que cumpla con los requisitos de admisibilidad.

La sentencia que admite el recurso y decide directamente el caso —es decir, no reenvía a un nuevo juicio— puede absolver, con todas las consecuencias de esa decisión (libertad, devolución de objetos decomisados, etc.); también puede modificar la condena o rebajar la pena.

Una de las consecuencias más importantes de una condena revisada es la indemnización al condenado que ha sufrido injustamente. Esta indemnización ha adquirido el carácter de un derecho humano básico, establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, donde se establece: "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial" (art. 10). Este derecho es un derecho absoluto. La ley nacional podrá establecer la clase y la cantidad de esa in-

demnización siempre que ésta sea real y no ilusoria. Aunque no existan leyes específicas sobre la indemnización judicial, los tribunales pueden fijarla, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos forma parte de la legislación interna del país y no existe colisión alguna con normas constitucionales.

Sexta Parte

ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y SUJETOS PROCESALES

XXV. INTRODUCCIÓN. LOS SUJETOS PROCESALES

Sin duda, la regulación sobre los sujetos procesales es de suma importancia dentro de la legislación de un país.

La doctrina distingue entre lo que se llama "Derecho procesal penal en sentido estricto" —es decir, las normas procesales que estructuran los distintos actos procesales— y lo que algunos llaman "Derecho de la organización judicial" —el estudio de todas las normas que tienen que ver con la organización, no sólo de los jueces, sino de todos los sujetos que, de un modo u otro, intervienen en el proceso penal.

Durante mucho tiempo se insistió demasiado en esta distinción, que marca una separación que no deja de ser artificial. Tanto la regulación de los actos procesales propiamente dichos, como la regulación de las funciones, atribuciones y características de los distintos sujetos procesales pueden formar parte de un mismo cuerpo normativo. Por otra parte, se ha podido constatar que la influencia de las normas de organización judicial sobre el funcionamiento efectivo de las puramente procesales es muy grande y que, en consecuencia, no resulta conveniente separarlas de un modo tan tajante. Menciono apenas esta distinción, pues, sólo para apuntar que no tiene sino utilidad para el estudio y el análisis teórico.

Los sujetos que intervienen en el proceso penal se pueden agrupar en tres grandes sectores: *el juez* y sus auxiliares, *quienes acusan* y llevan adelante la pretensión penal —a la que ocasionalmente se suma la civil— y *quienes se defienden* —el imputado y el defensor como asistente suyo—. Junto a ellos encontramos a los *demandados civiles*.

1. *El juez como sujeto procesal*

El juez es un funcionario del Estado que ejerce un determinado poder, denominado "poder jurisdiccional". A ello ha-

cen referencia tanto las teorías "objetivas" de lo jurisdiccional —que hacen radicar la esencia de la función en la facultad de solucionar un conflicto—, como las teorías "subjetivas" de lo jurisdiccional— que explican la función por la potestad de aplicar el Derecho al caso concreto. Para una y otra, el juez es un funcionario del Estado con poder para solucionar un litigio que otras personas llevan a su consideración. Por otra parte, no se trata de "cualquier solución", sino de aquella solución prevista por el orden jurídico para ese conflicto.

Se discute también si lo jurisdiccional, además de ser un poder, es un deber; o si es un "poder-deber". Porque, si bien el juez tiene poder para resolver el caso, ese poder no es un atributo personal —él encarna un poder que, en realidad, es atributo del Estado—, ni es de ejercicio optativo —no depende de su decisión juzgar o dejar de juzgar el caso.

Diremos que lo jurisdiccional es un poder propio del Estado, que se expresa a través de ciertos funcionarios que tienen el deber de ejercer esa jurisdicción.

Lo importante es el hecho de que lo jurisdiccional tiene un contenido sustantivo, que no se puede identificar sin más con el poder de decisión, puesto que el juez tiene también otras facultades: ciertas facultades coercitivas, ciertas facultades ordenatorias dentro del proceso, ciertas facultades disciplinarias.

Hay que tener en cuenta que lo jurisdiccional tiene un contenido sustantivo que no proviene de una "naturaleza" particular de ese carácter. Es la Constitución política de un país la que decide acerca de las atribuciones de los jueces. Las atribuciones jurisdiccionales, pues, están determinadas por las normas de superior jerarquía dentro de un Estado: tanto la Constitución como los pactos internacionales a los que cada país haya adherido.

A partir de este hecho aparece ya una línea muy clara de política criminal: el imperativo de respetar el ámbito jurisdiccional y, como complemento necesario, la necesidad de no recargar a los jueces con tareas que no responden estrictamente a este ámbito a fin de permitirles ejercer libremente sus verdaderas funciones.

Ahora bien, un código de procedimientos será inconstitucional toda vez que le otorgue a los jueces tareas que son

esencialmente incompatibles con la misión que les asigna la Constitución, es decir, con su tarea de juzgar. La tarea de investigar, por ejemplo, es incompatible con la de juzgar, por más que una y otra sean ejecutadas por jueces diferentes.

El otro concepto fundamental con relación al juez como sujeto procesal es la idea del "monopolio de la jurisdicción". En un Estado de Derecho como el que todas las constituciones modernas procuran crear, el monopolio de la jurisdicción debe pertenecer a los jueces organizados dentro del Poder Judicial.

1.1. Tribunales administrativos: ¿tribunales especiales?

El primer problema que se presenta al respecto es la necesidad de la existencia de "tribunales administrativos", necesidad propia de la sociedad moderna, con el crecimiento de la administración y como un reclamo propio de la dinámica administrativa. Aparecen en muchos lugares tribunales municipales, tribunales administrativos o, como sucede con la justicia militar, tribunales con funciones estrictamente disciplinarias. Frente a este fenómeno cabría preguntarse si tales tribunales administrativos no violan el principio del monopolio jurisdiccional, es decir, si no son inconstitucionales. Esta discusión todavía no se ha dado en muchos países; sin embargo, es una de las discusiones más actuales de la doctrina.

Frente a esto, existen dos soluciones posibles: una —más purista, menos "práctica"— propone destruir todo, quitarle legitimidad a todo tribunal administrativo y que todo tribunal sea jurisdiccional. Parece ser la solución más correcta, ya que respeta mucho más claramente el monopolio jurisdiccional. Al mismo tiempo, hay que reconocer que sería una solución muy poco práctica, puesto que significaría una sobrecarga de trabajo, en particular referida a reclamos de menor cuantía, que la justicia de ningún país está dispuesta a absorber.

Ante esta situación, surgió la idea de que, en la medida en que un tribunal administrativo tenga previsto un recurso ante un tribunal judicial, queda completamente a salvo el principio del monopolio del ejercicio jurisdiccional.

Esta posibilidad plantea, a su vez, otra discusión sobre si este último recurso ante el juez debe ser "ordinario" o "ex-

traordinario" o si, en última instancia, el monopolio de la jurisdicción se satisface con la existencia de una acción especial, como es el amparo.

Personalmente opino que la idea de que, por el solo hecho de que cualquier materia es susceptible de amparo, se preserva el principio del monopolio de la jurisdicción, representa una interpretación demasiado estrecha. Sin embargo, el asunto es materia de discusión. Creo que lo necesario sería establecer algún tipo de recurso ordinario que, en última instancia, permita siempre una revisión judicial.

1.2. **Jurisdicción y competencia**

El segundo problema que se plantea es el de los llamados "fueros especiales". En cuanto a esto, lo que está en discusión es la característica de la "unidad de la jurisdicción". La pregunta es si la jurisdicción debe ser uniforme o si, por el contrario, se pueden crear fueros especiales. Tengamos en cuenta que un "fuero especial" puede ser también el de los menores, un fuero penal económico, un fuero penal militar o un fuero penal agrario.

Personalmente no creo que hubiera dificultad siempre que se cumplan ciertas condiciones: en primer lugar, que la tarea de juzgar esté siempre a cargo de jueces de la Constitución, pertenecientes al Poder Judicial, nombrados según mecanismos comunes: además, que sean respetados los principios de juez natural, la independencia judicial, las garantías procesales, etc. La clave está en no crear tribunales excepcionales encubiertos, lo cual estaría totalmente vedado puesto que o bien se trata de tribunales creados *ex post* o bien de tribunales que procuran claramente manipular la judicatura para afectar las garantías procesales.

1.2.1. La competencia

Es muy difícil que, en cualquier Estado, un juez ejerza una jurisdicción ilimitada en todas las materias posibles. La forma de limitar la jurisdicción es lo que se denomina "competencia". La competencia es una limitación de la jurisdicción del juez; éste sólo tendrá jurisdicción para cierto tipo de casos. Esto responde a motivos prácticos: la necesidad de

dividir el trabajo dentro de un determinado Estado por razones territoriales, materiales, funcionales.

Habitualmente los jueces se dividen la tarea según tres grandes campos de competencia. En primer lugar, la *competencia territorial*, según la cual el juez puede ejercer su jurisdicción sobre los litigios ocurridos en determinado territorio. Por otra parte, la *competencia material*, que le permite al juez ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios, por ejemplo, los litigios penales. Por último, la *competencia funcional*, por ejemplo, la que tienen los jueces de primera instancia respecto de los jueces de segunda instancia.

Normalmente, en las grandes urbes, debido al volumen del trabajo, existen otros mecanismos adicionales para ordenar la distribución de la tarea. Es lo que habitualmente se conoce como el sistema de "turnos" o sistema de asignación de casos. Eso se ha vuelto muy problemático porque la competencia siempre estuvo ligada a la idea de juez natural, es decir, a la idea de que en forma previa a la comisión del hecho debía estar predeterminado el juez que había de juzgarlo. La pregunta es ésta: ¿deben estos sistemas de división del trabajo seguir la misma regla de la competencia?, ¿es indistinto, a los efectos del principio de juez natural, que juzgue un caso uno u otro cualquiera, por ejemplo, de los jueces penales de una ciudad? ¿Afecta o no las garantías esta división interna del trabajo?

Este tema se está estudiando, ya que no es fácil de resolver. Se han producido ciertas prácticas, como la que se ha dado en llamar *forum shopping*, que consiste en la manipulación de los sistemas de asignación de casos para elegir al juez. (El nombre ha sido tomado de una institución vigente en el Derecho internacional privado, que se aplica cuando las partes de un contrato pactan la jurisdicción que ha de aplicarse en caso de litigio.) Últimamente se están intentando nuevos mecanismos que preserven el principio del juez natural al tiempo que eviten la manipulación de la elección de los jueces. Lo cierto es que aún no está claro cómo resolver los problemas "de turnos", de asignación interna del trabajo.

1.2.2. Los incidentes de competencia

Puesto que el concepto de competencia está ligado al principio del juez natural que es una garantía de los ciudadanos,

se han creado mecanismos procesales para corregir los defectos de atribución de competencia. Esto se traduce en lo que se suele denominar "incidentes de competencia".

Los incidentes de competencia son ciertos mecanismos procesales, que ocurren dentro de una causa, pero no tienen que ver con la resolución del conflicto base, sino que influyen de un modo tangencial. Se trata, en realidad, de mecanismos de discusión de la competencia.

Independientemente de los nombres que recibe, que son variables, existe una división tradicional que proviene del Derecho hispánico, que diferencia la "declinatoria" de la "inhibitoria". La declinatoria es el incidente que se plantea ante el juez incompetente; se le está diciendo al juez: "usted no debería tener esta causa". La inhibitoria es el incidente que se plantea ante el juez que es competente pero no tiene la causa; se le dice al juez: "usted debería hacerse cargo de este asunto; mande, pues, un oficio al juez que lo tiene actualmente para que se inhiba y le mande la causa a usted".

1.3. **Imparcialidad y apartamiento de jueces**

Otra característica del juez, esencial, es su imparcialidad. La imparcialidad es algo diferente de la independencia, aunque se trata de conceptos relacionados entre sí. La independencia determina que el juez esté sólo sometido a la ley y a la Constitución. La imparcialidad significa que, para la resolución del caso, el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley y la solución justa para el litigio tal como la ley lo prevé. Tan entrelazados están los conceptos de independencia e imparcialidad que el juez que no es independiente no es imparcial. Pero, de hecho, son conceptos diferentes.

Existen también mecanismos procesales para preservar la imparcialidad del juez; se los conoce como "causas de apartamiento" o "excusas y recusaciones".

Con relación a los "impedimentos" o "causales de apartamiento" existen dos sistemas que hoy son adoptados indistintamente por los diferentes códigos procesales. Por una parte, los sistemas llamados de *numerus clausus* —o sistemas cerrados—, que enumeran taxativamente los casos en los que el juez puede excusarse. Por otra parte, existen siste-

mas abiertos, donde no hay una enumeración precisa y cerrada de los casos que generan este impedimento, sino que se establece una única causal que recibe el nombre genérico de "temor de parcialidad". Existen también sistemas mixtos que incluyen una enumeración —que pasa de ser taxativa a ejemplificativa, y que responde a los casos más comunes de parcialidad de acuerdo con la tradición histórica (amistad, interés, enemistad manifiesta, etc.)— pero, por otra parte, deja abierta la posibilidad de alegar en forma genérica el temor de parcialidad.

Modernamente se tiende a abrir los sistemas, puesto que los de *numerus clausus* resultan muy estrechos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la práctica procesal cotidiana es frecuente el uso de estas causales para "quitarse de encima", sin adquirir mayores responsabilidades, a un juez que por una u otra razón resulta molesto.

Es por ello que se han estudiado y establecido cada vez mayores exigencias para fundamentar el planteo de la recusación. A mi juicio, resultan mejores los sistemas amplios, estrictos, si embargo, en cuanto al planteo del incidente, particularmente en cuanto se refiere a la prueba. El temor de parcialidad debe ser fundamentado con pruebas; no basta con simple alegación de que tal temor existe.

En cuanto al modo de plantearlo, existen dos formas que son, en cierto modo, antagónicas. Por una parte, aquellos casos en que la iniciativa de apartarse la adopta el juez, porque toma conciencia de que incurre en una de las causas de recusación o bien se da cuenta de que por alguna circunstancia imprevista no puede ser imparcial. Es éste un "apartamiento de oficio" que recibe el nombre de "excusación".

Por otra parte, puede ocurrir que sea alguna de las partes la que le solicita al juez que se aparte en razón de su temor de parcialidad. En este caso, se dice que se está planteando una "recusación".

Tanto los incidentes de competencia como los mecanismos de apartamiento de los jueces son mecanismos previstos para proteger y garantizar la imparcialidad de los jueces.

Por su parte, el juez, como sujeto procesal, puede tomar sus decisiones en forma unipersonal o bien a través de lo que se denomina "tribunales colegiados" o "colegios sentenciadores". Tales tribunales colegiados son, sin duda, mucho

más seguros en cuanto a la administración de justicia. Por lo general, conviene a los sistemas de juicio oral ir acompañados de tribunales colegiados, porque de ese modo se garantiza una deliberación más profunda, más certera frente a cada caso.

1.d. Los auxiliares del juez

El auxiliar fundamental de juez es el secretario. Resulta importantísimo que el secretario no ejerza nunca funciones jurisdiccionales.

Por otra parte, en la actualidad, la función del secretario está siendo muy revisada; indudablemente debe ser redefinida, puesto que se procura liberar al juez de todas aquellas funciones que no sean propiamente jurisdiccionales, se analiza qué tareas puede y debe asumir el secretario en lugar del juez, para que éste realice solamente —pero del todo— su función específica.

Al mismo tiempo, se intenta reestructurar el conjunto de lo que se denomina "personal de apoyo a los jueces" y crear una verdadera carrera judicial administrativa. Todo esto con el fin de cambiar la situación actual en que el secretario y los empleados realizan tareas que en realidad corresponden al juez, mientras que éste realiza tareas que podrían realizar los empleados o el secretario.

También está en estudio, paralelamente, la función de la oficina judicial, incluyendo a todo el personal que auxilia de algún modo al juez, como los notificadores, citadores, etcétera.

2. *El fiscal*

La figura del fiscal se relaciona necesariamente con el sistema acusatorio. No obstante, en muchos países existe una suerte de "híbrido" entre el viejo sistema inquisitivo —donde no existía el fiscal— y esta función propia del sistema acusatorio; se ha generado con ello una figura que es siempre una suerte de "extraño" dentro del proceso, puesto que el fiscal no acaba nunca de encajar dentro del sistema inquisitivo al que no pertenece.

Desde el punto de vista de la evolución histórica, la figura del fiscal en el ejercicio de la acción penal corresponde a un estadio de mayor evolución de la sociedad y de mayor centralización del poder. En la medida en que la sociedad se fue organizando jurídicamente de un modo más estable y, sobre todo, en la medida en que el Estado comenzó a constituir una realidad importante y estable, la venganza personal o la simple acusación privada fueron cediendo terreno. La víctima, por su parte, fue perdiendo atribuciones por el simple hecho de que la potencial venganza de la víctima podía generar, a su vez, un nuevo conflicto, y resultaba imposible detener la espiral de violencia. En consecuencia, en la medida en que el Estado comienza a asumir como una de sus tareas primordiales el mantenimiento del orden y de la seguridad pública, intenta aplacar los conflictos. Para ello, ya que el conflicto inicial —el delito— no pudo ser evitado, procura evitar al menos la venganza de la víctima. Genera para ello una figura que se apropia en cierto modo de los derechos de la víctima a vengarse, a pedir reparación, etc., y lo ejerce en nombre del Estado.

Cabe destacar que la figura del fiscal está ligada desde su nacimiento al principio acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación. Antiguamente, en el sistema llamado "acusatorio puro" no podía haber juicio sin la acusación del damnificado, de la víctima.

En la medida en que el sistema acusatorio ingresa en un contexto de mayor "estabilidad", el fiscal va a ocupar el lugar de la víctima; lo hace, claro está, con características muy particulares: lo hace como funcionario del Estado.

A partir de entonces comienza a afirmarse que el Estado se desdobla en dos funciones: la función jurisdiccional —puesto que el juez es, también, un funcionario del Estado— y lo que se denomina la "función requirente", ejercida por otro funcionario del Estado que es el Ministerio Público Fiscal.

Aquellos sistemas que mantienen básicamente la estructura del sistema acusatorio pero han abandonado los principios del sistema acusatorio puro —o "sistema acusatorio material"— en el que la víctima ocupaba un lugar central, son conocidos como "sistemas acusatorios formales". ¿Por qué "formales"? Porque conservan la forma del sistema acusatorio, pero interviene ya un principio diferente: no es ya la

víctima quien se encarga de ejercer la acusación, sino un funcionario del Estado. El Estado absorbe entonces las dos funciones básicas que estructuran el juicio.

A partir del momento en que el fiscal comienza a asumir un papel preponderante, se vislumbra el primero de los grandes problemas que plantea su figura. No hay duda de que la función jurisdiccional es —o al menos debe ser— una función independiente. Ahora bien, ¿cómo debe instalarse esta función requirente del Ministerio Público dentro del marco de la división de poderes?

Esta discusión lleva ya mucho tiempo y todavía no se ha aplacado, puesto que constituye un punto central dentro del tema del Ministerio Público. Se la conoce, por lo general, con el nombre de "El problema de la ubicación funcional del Ministerio Público".

Dentro de esta discusión se han ido conformando, a grandes rasgos, tres grandes grupos de soluciones. En primer lugar, están quienes afirman que esta actividad requirente es una actividad similar a la jurisdiccional. Otro grupo de autores sostiene que se trata de una actividad eminentemente distinta de la jurisdiccional pero que, en última instancia, influye enormemente en la administración de justicia. En opinión de estas dos corrientes, el Ministerio Público debe formar parte del Poder Judicial. Esto es lo que se conoce como la "posición judicialista" acerca del Ministerio Público y es una postura sostenida por muchos autores, particularmente dentro del ámbito hispanoamericano.

Frente a esto surge otra postura que sostiene que el Ministerio Público es quien canaliza la política criminal de un Estado y que, por lo tanto, debe permanecer en la órbita del Poder Ejecutivo, que es el poder administrador de políticas por excelencia. Opinan estos autores que si se priva al Poder Ejecutivo de este "brazo ejecutor" que es el Ministerio Público, no le queda ninguna posibilidad de promover políticas específicas en el ámbito criminal ni de provocar cambio alguno en ese orden. Sostienen también que, si el Ministerio Público pasa a la órbita del Poder Judicial, quedará subordinado a los jueces y a la Corte Suprema, lo que quebraría la estructura contradictoria del juicio. Esta posición —muy fuerte en Estados Unidos, Europa y también en Latinoamérica— se conoce como "administrativista" o "presidencialista", de-

bido a que propugna que el Ministerio Público sea una rama de la Administración. No hay en ello, manifiestan, peligro alguno para los ciudadanos, puesto que son los jueces —y no los fiscales— quienes, en última instancia, toman las decisiones en materia judicial.

Frente a las dos posturas mencionadas existe una tercera, que es la que últimamente ha tomado más fuerza en Latinoamérica: la que se conoce como "posición extrapoder" o independentista. Según ella, el Ministerio Público no debe formar parte del Poder Judicial —porque en ese caso podría quedar subordinado a la Corte Suprema y, sobre todo, los fiscales pueden perder de vista su función y creer que son jueces cuando no lo son—. Pero tampoco debe estar ligado al poder político, sobre todo en América latina, donde el Estado está entre los que más delitos cometen, y ello lo tornaría muy vulnerable a las presiones y las influencias políticas. Frente a tal situación, de acuerdo con esta tercera postura, la solución consiste en generar una institución autónoma, independiente. "Autónoma" significa que nadie le puede imponer norma alguna; esto quiere decir que si, por ejemplo, el Presidente de la Nación quisiera transmitirle instrucciones, tales instrucciones no serían obligatorias. Tampoco lo serían instrucciones emanadas del Parlamento.

Como hemos dicho, el Ministerio Público cumple una función requirente esencialmente distinta de la magistratura. De ningún modo se puede hablar de "independencia judicial" aplicada al Ministerio Público. Éste es independiente como institución, mientras que los jueces son independientes *in personam*. Ello es así porque el Ministerio Público es una institución que debe realizar políticas coherentes. Mientras la independencia judicial está preservando la imparcialidad del juez, el Ministerio Público se rige por otros principios.

Por eso se suele decir que constituye una "magistratura vertical", por contraposición a la magistratura judicial, considerada una "magistratura horizontal" donde, en realidad, todos los jueces son "equivalentes" en el sentido del ejercicio de su función. Un miembro de la Corte Suprema no tiene más jurisdicción que un juez de paz; tiene, sí, una competencia funcional diferente, pero no más jurisdicción.

El Ministerio Público, en cambio, se organiza vertical y jerárquicamente. Como consecuencia de ello, surge un tema

sumamente interesante, que ha generado controversias en la ciencia procesal moderna: la cuestión de *las instrucciones a los fiscales*, y del modo como éstas se trasladan dentro de este cuerpo jerárquico y unitario —unitario, puesto que actúa como un todo frente a la sociedad y frente a la judicatura—. (No rige para el Ministerio Público el concepto de competencia, puesto que su caso no es igual al del juez —que sólo ejerce su judicatura en el ámbito de su competencia—, sino que se trata de una institución que sólo cuenta con mecanismos administrativos internos de distribución del trabajo.)

Frente a este problema se han desarrollado diferentes propuestas de solución. Uno de ellos discrimina los distintos contenidos que las instrucciones pueden tener. Tales contenidos pueden ser dispositivos, es decir, indicaciones acerca de cómo ejercer una acción o un recurso, o referidas a la prescindencia de dicho recurso, siempre según las posibilidades de disposición de cada sistema jurídico. Estos contenidos pueden generar responsabilidades porque existe un deber de obediencia. En este sentido, una buena solución es aquella que establece el deber de obediencia del fiscal inferior respecto del fiscal superior, pero se establece también la posibilidad de que el subordinado en disidencia deje constancia de su opinión. Respecto de esta cuestión se establece la posibilidad de que los fiscales inferiores generen un mecanismo interno de revisión de las decisiones tomadas por sus superiores o de las instrucciones recibidas.

Evidentemente, la cuestión de las instrucciones internas se relaciona con los principios de unidad, de jerarquía y de verticalidad del Ministerio Público como magistratura requirente.

El Ministerio Público cumple, dentro del proceso penal, con una amplia variedad de funciones en directa relación con el grado de "acusatoriedad" que tenga el juicio.

Se entiende que los sistemas acusatorios se rigen por un principio fundamental: aquel según el cual no puede haber juicio sin acusación. En otras palabras, dentro de un sistema acusatorio no podría realizarse un juicio sin dictar, en primer lugar, una apertura a juicio que admita una acusación formal.

Otro tema que se puede discutir son las relaciones que existen entre el pedido de acusación fiscal y la apertura del juicio; es decir, si el juez está obligado por la acusación fiscal o si es el juez quien puede obligar al Ministerio Público a acusar. Esto tiene que ver con las decisiones que tome el Código Procesal respecto del grado de "acusatoriedad" que se le quiere conferir al sistema. En los últimos años, la tendencia universal al respecto se orienta a acentuar enormemente el carácter acusatorio de los sistemas procesales. Debido a ello, no sólo ha dejado de aceptarse el sistema inquisitivo, sino que, además de exigirse acusación en todos los casos, se entrega la preparación de la acusación —es decir, el llamado "procedimiento preparatorio"— al Ministerio Público. Esta modalidad ha demostrado ser más eficaz al tiempo que más respetuosa de los derechos humanos.

Dentro de los sistemas acusatorios, existen diferentes variantes. Algunas de ellas, más amplias, le entregan toda la preparación de la acusación al Ministerio Público, el cual asume luego, en el juicio, un papel equivalente al del abogado defensor. Otros sistemas —como el "acusatorio mitigado"— le entregan la investigación preparatoria a un juez quien, una vez concluida, la presenta al Ministerio Público para que éste decida acerca de si corresponde o no acusar. Existen sistemas acusatorios mitigados con juicio escrito y sistemas acusatorios mitigados con juicio oral. La tendencia más moderna se orienta, no al sistema acusatorio formal en extremo, sino a un sistema acusatorio material, es decir, aquel que —como veremos a continuación— amplía mucho más la participación de la víctima como querellante en el proceso penal.

3. *El querellante*

Existe, junto al Ministerio Público, otra parte acusadora fundamental: se trata del acusador particular o "querellante privado". Éste puede actuar en aquellos casos en que el Ministerio Público no tiene nada que hacer ni puede actuar de oficio el juez —puesto que se trata de un delito de acción privada (el caso de las injurias, por ejemplo)—. También puede aparecer lo que se denomina el "querellante conjunto", en aquellos casos en que el acusador privado participa en el proceso junto con el Ministerio Público.

Este acusador o querellante conjunto, a su vez, puede ser un "querellante conjunto autónomo" —cuando tiene atribuciones similares a las del Ministerio Público y las ejerce de un modo paralelo—; o bien puede ser un "querellante conjunto adhesivo" —cuando trabaja como tercero coayudante del Ministerio Público, es decir, que va de algún modo "detrás" del Ministerio Público.

La tendencia moderna, como hemos dicho, se orienta a abrirle ampliamente la puerta al acusador particular: ampliar los casos de acusación particular privada —es decir, los casos de "delitos de acción privada"—, permitir la participación del acusador particular en todos los casos de acción pública, etcétera.

Por otra parte, en los últimos años se discute acerca de si se debe mantener la figura de un "querellante conjunto adhesivo" —es decir, coayudante del Ministerio Público— o si se admite un "querellante conjunto autónomo". Pareciera que la tendencia dominante se orienta hacia un sistema de querellante conjunto autónomo, es decir, que no sea simplemente "adhesivo", sino que tenga las mismas facultades que el Ministerio Público. Obviamente, nunca tendrá la misma fuerza que éste, puesto que el Ministerio Público es un agente estatal; pero sí, al menos, las mismas atribuciones. Por ejemplo: una de las características de la función del querellante conjunto adhesivo hace que, si el Ministerio Público no acusa, aquél no puede acusar. Un querellante conjunto autónomo puede acusar, aun si el Ministerio Público no lo hace. Lo mismo ocurre si el Ministerio Público no recurre: el querellante autónomo podría igualmente recurrir.

En general, se ha comprobado que el querellante particular resulta una figura muy útil dentro del proceso, puesto que moviliza mucho la justicia y le quita trabajo al Ministerio Público —que, por lo general, está sobrecargado de trabajo.

Y no es cierto que esta modalidad sirva para canalizar el sentimiento de venganza por intermedio del Estado. Eso es un mito que tiene un origen histórico determinado. Han existido dos códigos procesales —los Códigos italianos de 1913 y 1930—, de una factura técnica excepcional, que ejercieron por ello una gran influencia en todo el mundo, particularmente en Latinoamérica. A esos Códigos —en especial al de

1930— subyacía la idea de que la víctima no debía ingresar al proceso penal puesto que de ese modo canalizaba su venganza a través del Estado.

Está perfectamente demostrado que tal afirmación es falsa. Cuando la víctima ingresa al proceso penal busca, fundamentalmente, una reparación; sobre todo, muchas veces, una reparación pecuniaria, y no la venganza. Son muy raros los casos en los que la víctima no busca un arreglo económico, sino la imposición de una pena. Modernamente, cuando ya ha entrado en crisis la pena de prisión, muchos comienzan a preguntarse si, en última instancia, esta actitud de procurar una reparación económica no es mucho más sana, mucho más útil a la sociedad que la imposición de una pena que, en realidad, no le sirve a nadie.

Consecuentemente, en la medida en que se revalorizó la reparación privada, es decir, la antigua solución de la composición en el Derecho germánico, se revalorizó con enorme vigor la participación del querellante particular en el proceso penal.

Además de la víctima, existen también otros sujetos que pueden ingresar como querellantes o acusadores particulares. Aquí nos encontramos con el antiguo sistema de la "acción popular". Es éste un sistema antiquísimo, restaurado según la tradición por Solón —legislador, uno de los fundadores del Estado griego clásico—, para que todos aprendieran a dolerse los unos del mal de los otros.

En realidad, la acción popular —es decir, la facultad que tiene cualquier ciudadano de presentarse como acusador particular en cualquier proceso— no ha rendido en la práctica concreta muchos frutos. Ello porque tiende a ser una atribución tan difusa que, porque todos la tienen, nadie la ejerce.

Por ello, en la actualidad, se tiende a limitar la acción pública a aquellos delitos que afectan intereses colectivos. Por ejemplo, los delitos cometidos por funcionarios públicos: se entiende que el ciudadano, en tanto contribuyente que paga los impuestos con los que los funcionarios públicos son remunerados, debe disponer siempre de una acción en los casos de delitos que afecten al fisco o la función administrativa. Éste es el ámbito donde se le reconoce mayor virtualidad a la acción popular. Y esto, como todo aquello que signifique darles poder a los ciudadanos, es algo positivo, que no

debe ser restringido, sino alentado, y que, probablemente, se irá utilizando cada vez más en el futuro.

De la mano de la necesidad de fortalecer la acción popular de una manera concreta, comenzó a desarrollarse una nueva idea: la de la *acción colectiva* y el *querellante colectivo*. Es decir, el objetivo de que no sea sólo el sujeto individual quien puede presentarse como acusador, sino que también puedan hacerlo las instituciones, fundaciones o asociaciones de ciudadanos.

Y esto puede ocurrir, particularmente, en dos casos. En primer lugar, en aquellos en los que resulten afectados intereses comunes. Se trata, en especial, de los denominados "intereses difusos"; por ejemplo: la calidad del medio ambiente, la protección del consumidor, la seguridad en el trabajo, etcétera.

Por otra parte, existe la posibilidad de que las acciones colectivas se originen a pedido de la víctima. Esto puede ocurrir en los casos en que la víctima siente que, individualmente, estaría desprotegida dentro del proceso penal; entonces puede recurrir en busca de apoyo a una entidad —por ejemplo, una asociación de ciudadanos—, para que la auxilie a gestionar el proceso penal (mujeres golpeadas, víctimas de agresiones sexuales, etc.).

Cabe agregar, por último, que en todos aquellos sistemas procesales que prevén el ejercicio de la acción civil durante el proceso penal, existe la figura del *actor civil*, que podrá ser la víctima o un tercero: concretamente, es la persona que lleva adelante los intereses civiles en el proceso penal y ejerce la acción civil contra el imputado o contra quien sea el demandado civil.

También se discute a veces acerca de la conveniencia o no de incorporar al actor civil al proceso penal. Sin embargo, se ha comprobado que constituye un buen servicio para los ciudadanos quienes, de otro modo, se verían obligados a repetir sus acciones. Frecuentemente el juicio penal versa casi sobre las mismas pruebas que el juicio civil correspondiente. Por lo tanto, creo que la incorporación de la acción civil dentro del juicio penal resulta conveniente.

4. *El imputado y su defensor*

El tercer grupo importante dentro de los sujetos procesales es aquel que se suele denominar *las partes "pasivas"*,

por contraposición a las partes "activas", que son las que hemos considerado anteriormente.

Se trata, fundamentalmente, del imputado, "aquella persona contra quien se dirige la pretensión penal", en palabras de Vélez Mariconde (nótese que no habla de la "acción penal", porque la acción penal se dirigiría contra el juez, es decir, es el derecho de petición judicial; sí se trata, en cambio, de la pretensión punitiva, es decir, el pedido de un castigo contra el imputado). La idea importante —que ya forma parte del Derecho procesal moderno— consiste en que el imputado no es el "objeto" del proceso, sino, por el contrario, su "sujeto".

El imputado es, precisamente, uno de los sujetos esenciales del proceso, y esta consideración tiene una consecuencia importantísima respecto del sentido de la declaración de ese imputado. Si el imputado es sujeto del proceso, su declaración constituirá, fundamentalmente, un medio de defensa. Dicha declaración es uno de los modos por medio de los cuales se expresa uno de los sujetos del proceso. Y no —quede bien en claro— un medio para obtener información de una fuente que, en este caso, viene a ser el propio imputado.

Por lo tanto, si el imputado desea, voluntariamente, hacer ingresar información al proceso, ése es otro problema. Y esa información sí puede ser utilizada. Pero la declaración del imputado no puede ser, en modo alguno, un medio para obtener información. Es, por el contrario, el medio por el cual este sujeto debe defenderse.

Esta distinción entre lo que significa ser objeto o sujeto del proceso resulta de suma importancia, ya que el procedimiento inquisitivo tendió siempre a ver al imputado como un objeto del proceso. El sistema inquisitivo es claramente paternalista, donde no hay en realidad una lucha de posiciones contrarias y donde, consecuentemente, no se reconoce suficientemente la existencia de los diferentes sujetos procesales.

Este esquema de los sujetos procesales se comprende con mucha mayor facilidad dentro del marco del sistema acusatorio, en donde existe auténtica contradicción y donde se puede observar claramente a quien acusa y a quien se defiende. Dentro de un sistema inquisitivo, por el contrario, es el juez el que debe hacer todo: procurar la información y lue-

go juzgar. Y esto, formalmente, desdibuja la figura de los sujetos procesales; particularmente, la del imputado.

Dentro del sistema inquisitivo se desdibuja también la figura del fiscal y la del acusador particular. Pero más aún la del imputado, que es tratado como un sujeto de prueba.

En cuanto a esta distinción entre el imputado/sujeto y el imputado/objeto, restan algunas discusiones centradas en aquellos pocos casos en que el imputado sí debe ser "objeto de prueba" —pero nunca, insisto, "objeto del proceso penal"—. Son éstos los casos, por ejemplo, del reconocimiento en rueda de personas. En ese caso, el imputado actúa como objeto de prueba. Pero allí, en realidad, es el testigo el verdadero medio de prueba que, para poder trasmitir la información que posee necesita de la presencia del imputado junto a otras personas.

Una discusión análoga se plantea en el caso de las pruebas de sangre, con la investigación corporal del imputado (se encuentra, por ejemplo, cabello entre los dedos de una víctima y es necesario quitarle un cabello al imputado para efectuar comparaciones). Se entiende que en estos casos el imputado actúa efectivamente como objeto de prueba.

Respecto de este tema, algunos opinan que tampoco en estos casos puede el imputado ser "utilizado" como objeto de prueba, y que el imputado no puede ser sometido a ningún tipo de revisión y análisis. Sin embargo, la consecuencia de esta postura extrema sería que, por ejemplo, el imputado no puede ser obligado a participar de una rueda de presos o a proporcionar un solo cabello de su cabeza. La discusión es más profunda cuando se trata de las pruebas de sangre. Respecto de ese tema hay posiciones muy encontradas y la controversia es muy viva en los tribunales internacionales de derechos humanos, que no han alcanzado una decisión al respecto. Por una parte, parece haber una necesidad muy grande de que se pueda disponer de este tipo de pruebas independientemente de la voluntad del imputado. Por la otra, la decisión de prescindir de ellas representaría un avance, aunque costoso, en el respeto a los derechos humanos.

Otra cuestión que debe quedar sumamente en claro es que no se debe confundir de ninguna manera al imputado con el autor del delito. El ser imputado es una situación procesal de una persona, situación que le otorga una serie de

facultades y derechos, y que en modo alguno puede ser automáticamente equivalente a ser el autor de un cierto delito. Puesto que una persona absolutamente inocente puede ser imputada, no se puede "hacer" de todo imputado un culpable, porque para decidir eso existen el proceso y el juicio.

Las facultades de los imputados están ligadas a la idea de la defensa en juicio. La defensa dentro del juicio, como hemos visto, recae en un sentido material sobre el imputado. El imputado es el titular del derecho de defensa y comprendidos dentro de ese derecho están el derecho a declarar —o no—, el derecho a pedir prueba, el derecho a realizar instancias procesales, etc. Y uno de estos derechos fundamentales es el derecho a contar con un defensor, es decir, el derecho a contar con un asistente técnico que lo auxilie en su defensa. El imputado también tiene derecho a defenderse a sí mismo, posibilidad normalmente admitida por los códigos, salvo cuanto tal autodefensa sea perjudicial para el propio interesado. Puesto que el concepto de "inviolabilidad de la defensa" no es solamente un interés disponible del imputado, sino también una exigencia de la legitimidad del proceso dentro de un Estado de Derecho. Se entiende que un proceso penal legítimo será sólo aquel donde el imputado haya tenido suficiente oportunidad de defensa. Es por ello que este sujeto procesal no puede renunciar a la defensa y que, si bien tiene el derecho de autodefenderse, toda vez que el juez compruebe que esta autodefensa resulta nociva para sus intereses, debe nombrarle un defensor de oficio.

Se ha discutido mucho acerca de si el defensor es o no un órgano de la administración de justicia. Personalmente, tiendo a desconfiar de las posturas que ven en el defensor una suerte de auxiliar de la justicia, o de órgano de la búsqueda de la justicia, antes que un asistente técnico del imputado. Se trata de posturas que únicamente son válidas en sentido figurado. Pero la característica más importante de la tarea del defensor —y la que debe ser destacada con mayor énfasis— es la de ser un asistente técnico que cuenta con la confianza del imputado. Por eso se suele distinguir el "defensor de confianza" —o "defensor privado"—, que es aquel que el imputado puede elegir—, y el "defensor público", que es el que el Estado brinda como un servicio cuando el imputado no nombra defensor o es incapaz de costear sus servicios. El

imputado siempre tiene derecho a nombrar un defensor de confianza, aun cuando el Estado le hubiere nombrado un defensor público. Y si el imputado nombra un defensor privado, éste desplaza necesariamente al defensor público, puesto que se privilegia la posibilidad de contar con una persona de confianza para un menester tan delicado.

Las facultades del defensor son también muy amplias. Puede pedir prueba, instar el procedimiento, discutir, realizar debates, etc. En última instancia, si hubiere colisión de voluntades entre el imputado y su defensor, prevalecerá siempre la voluntad del imputado, puesto que es el titular del derecho de defensa. No obstante esto, algunos sistemas procesales, particularmente en la actualidad, subordinan ciertas manifestaciones de voluntad del imputado al hecho de contar previamente con un asesoramiento adecuado. Éste es uno de los mecanismos que se están empleando a fin de evitar lo que se conoce como "consentimiento fraudulento", es decir, el caso en que, por lo general, la policía presiona al imputado para que diga determinadas cosas o le provoca una situación permanente de presión de modo tal que en apariencia el imputado está declarando libremente cuando, en realidad, está coaccionado por la policía. Muchas "manifestaciones espontáneas" se han basado en esta ficción.

Uno de los procedimientos más típicos consiste en coaccionar o directamente torturar al imputado, indicarle cómo debe declarar y dejarlo libre. La persona sabe que si no obedece las consignas caerá con seguridad nuevamente en manos de la policía. Esto se conoce como "coacción teledirigida".

Uno de los mecanismos que se están estudiando a fin de evitar casos como éste consiste, como se ha dicho, en establecer la obligación de consultar con el defensor antes de declarar, de aceptar una reducción de pena, de rendir una confesión.

Esto no debe ser interpretado en el sentido de que el defensor tenga una posición de preeminencia respecto del imputado. Al contrario: según se dijo, en caso de producirse una colisión de voluntades es el imputado quien tiene la última palabra.

En principio pareciera que el derecho del imputado a nombrar defensores es ilimitado. Sin embargo, por razones

de orden práctico, los sistemas procesales tienden a limitar estas facultades por la sencilla razón de que si cada imputado pudiera tener, digamos, dieciséis defensores, se complicaría enormemente el desarrollo del juicio —particularmente si se trata de un juicio oral—. Han existido casos famosos donde uno de los recursos para dilatar el proceso ha sido el de nombrar muchos defensores, cada uno de los cuales solicitaba siempre el ejercicio del derecho a alegar en juicio; el proceso, entonces, no terminaba nunca.

Existe, en consecuencia, una norma tradicional según la cual se otorga una suficiente amplitud para nombrar defensores, pero se limita tradicionalmente su número razonable a la cantidad de 2 o 3. Ése es el número, claro está, de los defensores que pueden intervenir directamente en el juicio. Independientemente de ello, éstos pueden hacerse asesorar por una legión de abogados si así lo desean; pero éstos no tienen derecho a intervenir.

Se ha dado un debate, particularmente en Europa y los Estados Unidos, acerca de si, en ciertos casos, el juez podría tomar la decisión de apartar a un defensor. Tal posibilidad tuvo su origen en el hecho de que, en ciertos tipos de delincuencia, los propios "defensores" actuaban frecuentemente de "correo" entre los imputados detenidos y las organizaciones delictivas (de mafia, terrorismo, etc.), es decir, participaban de la misma asociación ilícita que estaba siendo juzgada. Para esos casos, en algunos países, se desarrolló una legislación denominada "casos de apartamiento del defensor", es decir, casos en los cuales el juez tiene la facultad de no admitir la participación de un cierto defensor en el proceso.

Se trata, sin embargo, de una legislación muy peligrosa y muy discutida. Es decir: en caso de ser puesta en vigencia debe restringirse cuidadosamente a los casos en los cuales esté debidamente comprobado que el defensor participa de las mismas actividades delictivas del imputado. Además, normalmente, resulta conveniente dejar esta decisión en manos de un juez superior al que tiene la causa en cuestión, ya que, de otro modo, se puede prestar a ser un modo de persecución política, consistente en rechazar defensores de manera continua.

En todos aquellos sistemas procesales que admiten el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, y como

contrapartida de la figura del actor civil, existe también la figura del demandado civil.

Por lo general, el demandado civil es el imputado penal, que es quien ocasionó el daño. Pero perfectamente podría ser un tercero que tenga responsabilidad por los daños. Por ejemplo: en el caso de lesiones culposas producidas al conducir un automóvil, también podría ser "tercero civilmente responsable" el titular del vehículo cuando no fuere el causante de las lesiones.

Se trata de un debate permanente dentro de la ciencia penal. También el de si es posible "citar en garantía" dentro del proceso penal a las compañías de seguros, tema que cobra suma importancia en el caso de lesiones culposas. Por ejemplo: una persona que atropella a otra y la lesiona, tiene un seguro de responsabilidad civil; ¿se puede citar en garantía a la compañía de seguros para que participe en el proceso penal con carácter de tercero civilmente demandado? Desde el punto de vista de los intereses civiles, pareciera que sí. Sin embargo, existe una tendencia consistente a no involucrar a las compañías de seguros en los procesos penales para evitar complicaciones en el proceso.

Existe, por último, otro caso de participación en el proceso penal de un tercero que no está directamente implicado en el asunto de fondo. Por ejemplo: un individuo le roba el auto a otro y mientras lo utiliza comete un robo o un homicidio; luego es apresado y el automóvil es decomisado por la policía. La persona que sufrió el robo del automóvil participará como víctima en un proceso por ese robo. Pero dentro del proceso por el robo y el homicidio cometidos con su vehículo no tiene una participación directa. Puede ingresar, sin embargo, como un tercero interesado al solo efecto de sostener una discusión puntual, como es la devolución de un objeto que le pertenece y fue incorrectamente decomisado.

Séptima Parte

EJERCICIOS Y SUGERENCIAS PARA EL TRABAJO PRÁCTICO

1. *Introducción*

1. Esta parte es en cierto modo un apéndice o complemento del texto que contiene las unidades teóricas; este carácter complementario no debe ser entendido de un modo peyorativo y, menos aún, extender esa actitud emocional hacia el "trabajo práctico". En esa última frase, no deja de existir un dejo tautológico, si se me permite usar una expresión tan imprecisa. La voz griega *praxis* recupera un sentido más profundo y esencial. *Praxis* es trabajo y es relación directa con la realidad; pero antes que nada es el modo humano de estar en el mundo. Estar conscientemente en el mundo y actuar en él, esto es, existir en nuestro modo especial de ser.

2. La *praxis* es abarcadora, compromete la totalidad de nuestra vida. Pero, ¿es necesaria esta reflexión para un simple apéndice? Sí y no. Por supuesto la ejercitación no es más que eso, y su principal valor es pedagógico. Sin embargo nuestra enseñanza apegada aún en muchos casos a una declamación narcisista y superficial, necesita una reflexión integradora de lo práctico (¿o de la *praxis*?).

3. Una enseñanza sin *praxis* no es vital, no es enseñanza, está muerta. Pero esto no significa una apología de la práctica, como muchas veces se ha entendido. Muchos "laboratorios", "talleres", cursos de capacitación, etc., se basan en la idea de que la enseñanza "práctica" es el estudio de las rutinas de los tribunales, las "experiencias" del ejercicio profesional y los "tics" y "guiños" que son necesarios para convertirse en un abogado exitoso.

4. No quiero despreciar con ligereza este tipo de conocimiento: ello no solo sería petulante, sino hipócrita, porque por mi propia experiencia reconozco que esos conocimientos muchas veces son imprescindibles para el éxito profesional. Sin embargo, quiero destacar otro tipo de ejercitación, que puede cumplir una doble función: la de servir como desarrollo profesional, pero, a la vez, como estímulo intelectual y académico.

5. Seguramente, todos hemos sentido frente a un curso que debíamos emplear dos discursos, incluso debíamos adoptar una doble actitud; una para dirigirnos a un grupo de alumnos preocupados exclusivamente por su formación profesional como abogados y cuya vocación se circunscribe a ese ejercicio profesional; y otro, que tiene inquietudes intelectuales o a veces, una firme vocación académica. Normalmente también existe otro grupo: aquellos que no tienen ninguna vocación o la están descubriendo.

6. ¿A quiénes debe hablarle el profesor? ¿En base a cuáles intereses debe estructurar su mensaje? Muchas veces cometemos errores al no tomar en cuenta esta realidad y prescindir de algunos de estos grupos. Todavía recuerdo a un profesor que en su primera clase advertía que la universidad mataba vocaciones intelectuales, lo que podía ser realista, pero dejaba sin salida a un grupo de estudiantes que sí tenian vocación intelectual; o a aquel otro profesor que entendía que debía transmitirle a sus alumnos sus "aventuras tribunalicias" y que la habilidad dialéctica o la frase oportuna eran suficientes conocimientos, frente a los oscuros y complicados conceptos que formaban el programa de la materia.

7. ¿O cuántas veces no hemos sentido que sólo hablábamos para una pequeña porción del curso, mientras el resto garabateaba en silencio su hastío? ¿No nos hemos encontrado frente a alumnos totalmente desorientados, que al terminar nuestro curso, continuaban su marcha sin rumbo?

8. Siempre he creído que desconocer esta realidad es una renuncia dolorosa, muchas veces impuesta por la falta de tiempo, la necesidad o la rutina. Pero siempre renuncia al fin. Existe otro problema adicional que consiste en la necesaria uniformidad de los contenidos técnicos. Por eso este "complemento" de la parte teórica busca dar respuesta a la diversidad de demandas de los alumnos de un mismo curso, brindando adiestramiento para el desarrollo profesional, para quienes sólo busquen eso, tratando de estimular a quienes tienen inquietudes intelectuales y ayudando a encontrar su rumbo a quienes no saben por qué estudian leyes.

9. ¿Puede el trabajo práctico cumplir esa función? Sí, si lo entendemos en el sentido amplio y vital de *usar las ideas*. Me produce fascinación un taller mecánico ordenado, donde

todas las herramientas ocupan un lugar y existen multiplicidad de recipientes con tornillos, tuercas o arandelas. Sin embargo distinta ha sido mi sensación al tener que "usar" esas herramientas. Así me he enfrentado a mi inhabilidad natural, al cansancio o al aburrimiento, así como otros habrán descubierto el maravilloso aumento de su capacidad que produce cada herramienta.

10. ¿Cómo podremos saber qué es el Derecho si no lo usamos? ¿Cómo sabremos el valor de un concepto sino descubrimos sus consecuencias? Las sugerencias para el trabajo práctico que se presentan a continuación son ejercicios para usar las ideas expuestas en la parte teórica y, en consecuencia, profundizar en el conocimiento del Derecho procesal penal; ellos no reemplazan al conocimiento teórico, al contrario, lo presuponen. Pero también presuponen una actitud en el alumno y el profesor. Si entre ambos no desean superar una relación "comercial" de la enseñanza según la cual uno vende un producto y otro lo recibe —y después verá que hará con él— los materiales de ejercitación servirán de muy poco. Por el contrario, si deciden usar y poner a prueba las ideas, establecerán una relación más profunda. Para ello muchos profesores deberán bajar del pedestal y muchos alumnos deberán abandonar su visión mercantilista y utilitaria.

2. *El análisis de casos hipotéticos*

1. La metodología de casos es el mejor ejercicio para los estudiantes pero requiere algunas aclaraciones. Desde el punto de vista puramente pedagógico lo obliga a un estudio más profundo y ya enmarcado en el tipo de actividad que luego realizará como abogado. En este sentido es el trabajo práctico por excelencia (y no lo es por ejemplo el redactar una demanda o un escrito judicial que, para ser realizado correctamente, presupone que se ha analizado con precisión el caso que le sirve de base).

2. He insistido en la importancia del análisis jurídico y él no es una actividad que se pueda desarrollar sólo sobre normas sino que requiere la concurrencia de un caso, es decir, de una situación real o hipotética que permita realizar el proceso de subsunción en enlazar situaciones vitales con prescripciones. El proceso de subsunción obliga al alumno a

detectar dentro de la totalidad del relato cuáles son los elementos que a su juicio tienen relevancia jurídica, deberá fundamentar su elección, deberá explicar por qué razón desecha otros elementos y deberá confrontar este análisis con el realizado con otros compañeros del curso. También deberá analizar cuál debe ser el papel del abogado en ese caso, qué le aconsejaría a un hipotético cliente y analizar cuáles serían las consecuencias de un mal desempeño profesional.

3. Este tipo de ejercitación es bastante común en la enseñanza del Derecho penal, pero paradójicamente, pese a que el uso incorrecto del Derecho procesal penal produce perjuicios más directos a las personas que otras ramas jurídicas, no se ha desarrollado convenientemente este tipo de ejercitación y la ausencia de bibliografía contrasta con la de colecciones de casos penales. Sin duda el carácter analítico de la Teoría del Delito ha contribuido enormemente a difundir el método de casos en el Derecho penal y la falta de un camino (un método) en el Derecho procesal ha significado un obstáculo.

4. Sin embargo es posible desarrollar un método para resolver casos procesales que no tiene las mismas características que el utilizado por el Derecho penal, pero sirve para ordenar las discusiones. El análisis puede seguir estos pasos:

2.1. La construcción de la situación o el relato del hecho

1. A diferencia de los tradicionales casos penales, en los que la base fáctica ya viene determinada y solo se analiza su relevancia (en el camino de ida y vuelta propio de la subsunción), los casos procesales tienen siempre un primer paso en el que se debe construir esta base, ya se trate finalmente de una decisión de fondo o de una cuestión incidental. Este primer paso permite ejercitar la *teoría de la prueba*. Existen otros casos en los que se pretende discutir sobre la validez de los actos o su nulidad y pareciera que en ellos no es necesario construir un soporte fáctico.

2. Efectivamente, en esos casos se está superando esta primera etapa del mismo modo que existen casos de Derecho penal que de un modo abreviado plantean directamente problemas de justificación o culpabilidad. De todos modos siempre es preferible que los casos procesales estén construidos

sobre un soporte fáctico (de fondo o incidental) para que el alumno piense los problemas de validez de los actos procesales en el contexto más amplio que provee la situación fáctica. De este modo se puede evitar el defecto de considerar el problema de la actividad procesal defectuosa bajo el prisma exclusivo de la relación bipolar validez-nulidad, sin considerar los efectos más amplios sobre el resto de la base fáctica. Puede parecer —y de hecho lo será muchas veces— que analizar el caso desde la acusación, defensa, producción de prueba y sentencia es más sencillo. La única diferencia con el método propuesto es el lugar de análisis de la base fáctica. Si nos ubicamos en el punto del "intérprete-juez" (que es el que se usa, por ejemplo en los casos de Derecho penal) la información ya ha ingresado (por eso es un caso hipotético) y el analista está situado en un punto en el que puede guiarse por la trilogía clásica de base fáctica-presupuestos procesales-sentencia.

De todos modos ésta es una propuesta de trabajo para ordenar las ideas y cada profesor y alumno la modificará según le sea útil. Igualmente influirá el modo como se ha instruido el caso y la amplitud de lo que se desea ejercitar.

Este primer nivel implica:

a) *El análisis de la validez de la información* (medios de prueba y reglas de legalidad de la prueba);
b) *La construcción del relato, del hecho* (logicidad e *in dubio pro reo* con el valor que tenga en cada etapa);
c) *La pertinencia del relato* (relevancia, subsunción, "ida y vuelta" con las distintas soluciones normativas. El relato es pertinente si le da base a alguna de las soluciones normativas posibles, sin que sea necesario decidirse ya por una de ellas).

2.2. **El desarrollo de la controversia**

1. Desarrollar la controversia ampliamente es un paso ineludible en un caso procesal ya que debe existir un litigio (salvo que se continúe pensando en la presencia de los sistemas inquisitivos que son sistemas judiciales sin litigio). En cierto modo el conjunto de exigencias vinculadas a la formación de la controversia constituyen los "presupuestos procesales" y su análisis se puede ordenar del modo siguiente:

1. *El planteo de la petición:*
   a) *Admisibilidad* (oportunidad, formas, es decir si es reconocido como una pretensión válida).
   b) *Legitimación* (es decir la petición ha sido hecha por quien tiene facultades para hacerlo).
2. *La respuesta a la petición:*
   a) *Oportunidad.*
   b) *Legitimación.*
3. *El objeto litigioso* (su contenido depende de muchos factores, se trata de definir con precisión lo que debe ser decidido). La cuestión en litigio puede ser "de fondo", es decir vinculada directamente al conflicto que constituyó el caso ya sea que trate la totalidad o una parte de lo que está en discusión, o puede ser "incidental", es decir referida a una cuestión que afecta la decisión o influye en ella pero no está vinculada directamente en el conflicto originario.

2.3. **La construcción de la decisión**

Finalmente el juez debe decidir el objeto definido en la controversia sobre la base fáctica analizada. Ello tiene también dos fases

1. *Las condiciones para decidir* (se debe analizar si se trata de la persona habilitada para decidir, capacidad, competencia, etcétera).
2. *La construcción de la decisión:*
   a) *La forma de la decisión.*
   b) *El contenido de la decisión* (absolver, condenar, invalidar, etc.), aquí el caso puede contener también un análisis de la solución de fondo o llegar a la solución por vías procesales.
   c) *La lógica de la decisión,* es decir, no sólo su lógica interna sino su adecuación al objeto litigioso (congruencia).
   d) *Su impugnabilidad* (qué tipo de control permite). Este tipo de análisis no establece un punto específico para las garantías procesales porque ellas están presentes en todos los niveles, muchas veces el caso se resolverá por la afectación de una de estas garantías en algunos de los niveles de análisis.

Esquema de análisis

1. *La construcción de la situación fáctica o el relato del hecho.*
   a) El análisis de la validez de la información.
   b) La construcción del relato del hecho.
   c) La pertinencia del relato (relevancia).

2. *El desarrollo de la controversia.*
   1. El planteo de la petición:
      a) Admisibilidad.
      b) Legitimación.
   2. La respuesta:
      a) Oportunidad.
      b) Legitimación.
   3. El objeto litigioso.

3. *La construcción de la decisión:*
   1. Las condiciones para decidir.
   2. La construcción de la decisión:
      a) La forma de la decisión.
      b) El contenido de la decisión.
      c) La lógica de la decisión.
      d) Su impugnabilidad.

3. *Debates*

1. Se incluye una pequeña muestra de algunas lecturas que sirven para motivar la reflexión y el debate. Esta selección es puramente subjetiva y busca llamar la atención sobre algún aspecto incluido en el texto o que le ha servido de fundamento. Los estudiantes de nuestras escuelas de leyes están demasiados acostumbrados a utilizar los manuales y apuntes como su única fuente de conocimiento. Esto le hace un gran mal a su formación intelectual ya que esos textos —como también este pequeño curso— tienen las limitaciones propias de su destino específico. Los profesores deben tratar de estimular la amplitud de las lecturas; para ello nada mejor que señalarles puntos específicos, autores determinados, previamente seleccionados por el profesor, que le enseñen al alumno que la lectura no es otra cosa que un diálogo calmo y profundo con alguien que se ha preocupado de los mismos temas que ahora le preocupan a él.

2. En este sentido, la lectura es un ejercicio intelectual insoslayable. También se les debe enseñar a los alumnos que una lectura que no se haya acompañado de reflexión, es una como una conversación superficial, que podrá divertir mo-

mentáneamente pero es impropia del trabajo intelectual y finalmente hace perder tiempo.

3. Algunas lecturas para el debate:

a) James GOLDSCHMIDT: *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936, "Introducción".

Función del proceso y misión de la ciencia procesal.

En un conocido y famoso libro del abate Sieyés, iniciador de la Revolución Francesa, preguntaba el autor: "Qu'est-ce que le tiers État"; ¿Qué es el Tercer Estado? Al interrogante contestaba: "Nada". Y luego, añadía: ¿Qué debería ser? Todo. ¿Qué aspira a ser? Algo. Igualmente podría preguntarse con respecto al tratamiento científico del proceso: ¿Qué es o, por lo menos, qué era hasta los tiempos recientes? Nada. La causa hay que buscarla en el Derecho romano, donde el proceso no era sino una emanación del Derecho civil. Ahora bien, como el Derecho romano ha llegado a ser la base de la jurisprudencia entera, ese enfoque ha influido en nuestra ciencia. Aun después de que el proceso logró emanciparse del Derecho privado, la ciencia del proceso se contentó con describir los fenómenos procesales o, como veremos, se inspiró en construcciones que sólo son adecuadas al Derecho privado.

De hecho, la ciencia del proceso habría de ser: Todo. En la práctica, apenas si se aplica el Derecho fuera del proceso. Aún en los casos de aplicación extraprocesal, por ejemplo, de la redacción de un contrato, suele hablarse de jurisprudencia cautelar para indicar que la misión de ésta es prevenirse contra un posible pleito futuro. Con esto no quiero decir que todo Derecho que se aplica en un pleito sea Derecho procesal. Pero todo Derecho que surge en un proceso ha de llevarse a un denominador procesal para que sea aplicable; por ejemplo, cuando el objeto del pleito es una compraventa, las obligaciones del comprador y del vendedor se presentan al juez, desde el principio, revistiendo la forma de acción y de excepción, y el juez ha de averiguar cuáles son los hechos respecto de los que el actor o el demandado tienen la carga de la afirmación y de la prueba. Es decir, que el Derecho privado se transforma en un Derecho justicial, quedando como misión de la ciencia en el futuro la de llevar a cabo tal transformación en todas las relaciones jurídicas de Derecho privado.

En realidad, la ciencia del Derecho procesal se contenta con ser "algo", a saber: pretende que se establezcan las categorías que le son adecuadas.

b) Heinz ZIPF: *Introducción a la política criminal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, pp. 2 y 3.

Las definiciones de "política criminal".

Feuerbach concibe la política criminal como sabiduría legislativa del Estado. Franz von Liszt define la política criminal como el conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instituciones con ella relacionadas. Roberto von Hippel define la política criminal como consideración de la eficacia del Derecho penal bajo el criterio de la conveniencia. Para Peters, apoyándose en la célebre distinción de Sauer, repetida en forma lemática, entre "Política criminal" y "Política Criminal", la Política Criminal es el conjunto de la actividad creadora estatal o municipal, o relacionada con el Estado, el Municipio, dirigida a una configuración adecuada, con la finalidad de prevenir y reducir los delitos y sus efectos. Mezger, ve la política criminal en sentido amplio como el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito.

La definición del concepto usual actualmente debe ser aclarada por algunas opiniones, tanto de dogmáticos del Derecho penal como de criminólogos. Sax ve la política criminal como el conjunto de las tendencias y disposiciones dirigidas a la adecuada aplicación del Derecho penal. Schröder entiende por política criminal la suma de todos los medios de reacción de los tribunales penales, los métodos y principios con que el Estado se enfrenta con el delito. Según Jescheck, la política criminal se ocupa de la cuestión de cómo constituir del modo más adecuado el Derecho penal, a fin de que pueda corresponder a su misión de proteger la sociedad. La política criminal debe ocuparse de la remodelación de las normas jurídico penales (en sentido amplio) y de la organización adecuada y perfeccionamiento del dispositivo estatal de persecución penal y de ejecución de la pena (Göppinger). Según Kaiser, ella pretende la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias y tácticas sociales para conseguir un control óptimo del delito.

Nota: Se han suprimido las citas bibliográficas presentes en el original de este texto, con el fin de aligerar la lectura del párrafo.

c) Alessandro BARATTA: *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Siglo XXI, México, 1986, cap. XV, 42, "Cuatro in-

dicaciones 'estratégicas para una política criminal de las clases subalternas'", pp. 213 y ss.

Una política criminal alternativa

Se impone así la necesaria distinción programática entre política penal y política criminal, entendiéndose con la primera una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado (ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad, y entendiéndose en sentido amplio la segunda como política de transformación social e institucional. Una política criminal alternativa es la que escoge decididamente esta segunda estrategia, extrayendo todas las consecuencias de la conciencia cada vez más clara en cuanto a los límites del instrumento penal. Entre todos los instrumentos de política criminal, el Derecho penal es, en último análisis, el más inadecuado.

La perspectiva de fondo de esta política criminal es radical, por derivar de una teoría que reconoce que la cuestión penal no está sólo ligada a contradicciones que se expresan en el plano de las relaciones de distribución, y no es por ello soluble obrando sólo sobre esas relaciones para corregirlas, sino sobre todo en las contradicciones estructurales que derivan de las relaciones sociales de producción. En tal virtud, una política criminal alternativa coherente con su propia base teórica no puede ser una política de "sustitutivos penales" que queden limitados en una perspectiva vagamente reformista y humanitaria, sino una política de grandes reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de formas de vida comunitaria y civil alternativas y más humanas, y del contrapoder proletario, en vista de la transformación radical y de la superación de las relaciones sociales de producción capitalistas.

d) Jeremías Bentham: *Tratado de las pruebas judiciales*, (1823), Ejea, Buenos Aires, 1971. Traducción de la compilación francesa de E. Dumont, por Manuel Ossorio Florit.

Todas las reglas del procedimiento deben dirigirse a estas cuatro finalidades: *1)* rectitud en las decisiones; *2)* celeridad; *3)* economía; *4)* eliminación de los obstáculos superfluos.

La rectitud en las decisiones constituye el fin directo; los otros tres no son sino fines colaterales. Se trata de evitar inconvenientes accesorios conocidos con el nombre de "plazos, de vejaciones y gastos"; bien entendido que se trata de plazos, de vejaciones y de gastos innecesarios en los cuales prepondere el daño, es decir, que hecho el balance de sus efectos, el mal sobrepase el bien.

Lo que yo entiendo por rectitud en las decisiones, es su conformidad con la ley, puesto que sobre la ley se regulan los temores y las esperanzas de los ciudadanos. La ley representa una expectativa. El público quedará satisfecho si la decisión del juez se ajusta a esta expectativa; si la contraría, se habrá establecido un principio de inseguridad y, en casos importantes, una alarma proporcional.

Se puede concebir fácilmente una justicia "abstracta" que es la que parecerá tal a los ojos de un juez infalible, conocedor de todas las circunstancias de la causa; pero distinguir esa justicia abstracta de la justicia legal, constituye una pretensión vana y peligrosa que entregaría al juez a las fantasías de su imaginación y le haría perder de vista su verdadera guía, que no es otra cosa que la ley. La ley adjetiva, es decir, la ley de procedimiento que únicamente será buena en tanto concurra al cumplimiento de la ley sustantiva.

Si el juez, de acuerdo con las reglas del procedimiento, absuelve al acusado a quien cree culpable según los términos de la ley; si hace perder a un ciudadano un derecho, que conforme a su persuasión, la ley quería conservarle; en una palabra, si el negocio lleva a un desenlace contrario al que habría tenido según la integridad de un juez libre, se puede estar seguro de que aquellas reglas son malas.

En todas estas hipótesis lo que la ley sustantiva promete a los ciudadanos, la ley adjetiva les quita los medios para obtenerlos; los dos aspectos de la ley están en oposición uno con otro.

Sin embargo, no hay que deducir de estas observaciones que sea necesario abolir todas las formas y no tener otra regla que la voluntad de los jueces: lo que se necesita evitar son las formas, las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción y que hacen del procedimiento el enemigo de la ley sustantiva.

En cuanto a los fines que he llamado colaterales, de celeridad, economía y eliminación de obstáculos superfluos, queda todo dicho con su solo enunciado: mas adaptar el procedimiento a esos fines y conformar a ellos la práctica, es una labor que requiere por parte del legislador una habilidad y una firmeza extraordinarias, porque en esa carrera hay que luchar más que en ninguna otra contra seductores intereses. No hay nada de sátira ni nada de exageración en decir que el procedimiento parece haber estado dirigido hacia fines absolutamente contrarios y como con el deseo de multiplicar los gastos, las dilaciones y las vejaciones, mediante el agregado de todo lo que puede hacerlo ininteligible. Esos vicios no han sido, sin embargo, el efecto de un plan adoptado por los tribunales; han sido la consecuencia de aquellos intereses de que acabo de hablar, de aquellos

intereses seductores que no han tenido ningún freno, porque la opinión pública estaba muda o impotente sobre los abusos que su ignorancia le impedía enjuiciar, o era indiferente sobre la suerte de los litigantes, individuos dispersos que no forman una clase, que cambian todos los días, cuyos pleitos son odiosos y que no pueden ni siquiera hacer comprender sus quejas más legítimas (cap. II, pp. 12 y ss.).

c) Ladislao THOT: *Historia de las antiguas instituciones de Derecho penal*, Buenos Aires, 1927.

a) *Reglas generales para la aplicación de la tortura.*
La antigua doctrina reunida por la práctica judicial estableció algunas reglas de carácter general, que sirvieron de pauta para aplicación de la tortura.
La más importante regla general era que antes de proceder el juez a aplicar la tortura, debía comprobar la existencia del "cuerpo del delito", porque si no constaba éste debidamente no era permitido recurrir a aquélla. A este respecto, hubo tal rigorismo jurídico en la doctrina y en la práctica que si el reo confesaba haber dado muerte a una persona y haber arrojado el cuerpo al mar, pero no había habido testigos ni se diere con el cadáver, a pesar de su confesión no poder ser castigado, salvo que resultase comprobado por "fama pública" que la persona de referencia había sido muerta en efecto.
En caso de hechos que no tenían por su naturaleza, ningún cuerpo de delito, éste era reemplazo por los indicios.
Otra regla no menos importante era la que disponía que, antes de la tortura, el juez debía hacerle conocer al reo los indicios legítimos y suficientes reunidos, a fin de que éste pudiera desvirtuarlos por contra-indicios o por presunciones legales.
Además de ellas debemos mencionar otras reglas no menos importantes. Una era la que establecía que la tortura debía efectuarse de modo tal que el reo saliera de ella "salvo". Esta regla era tan primordial que, como vamos a verlo más tarde, en caso de transgredirla el juez era castigado.
Otra regla trascendental era la que establecía que los medios para averiguar la verdad es decir, los instrumentos de tortura, debían ser ajustados por el juez a los indicios acumulados contra el reo y a la atrocidad del delito. A este respecto, el principio general era que el medio para la averiguación de la verdad no podía ser mayor que la pena misma que amenazara al reo. (p. 288)

b) *El enjuiciamiento en los procesos criminales contra las brujas.*
El enjuiciamiento criminal contra las brujas estuvo inseparablemente vinculado con el nuevo sistema del proceso inquisitorial, que tuvo su origen en Alemania.

Sus principios y reglas eran las siguientes. La persona acusada era capturada e incomunicada en una celda aislada *(carceris squalores)*, que tenía por objeto darle oportunidad para reflexionar acerca de su pasado y de su porvenir, es decir, provocar en ella el arrepentimiento y la pronta confesión del delito imputado. Luego se le aplicaba el llamado "recelo" *(territio)*, intimidación a que se le sometía mostrándole y describiéndole los instrumentos y atrocidades de la tortura que le esperaba en caso de negar el delito. Si el recelo no daba resultado, desnudábase al acusado y se le cortaba el pelo de todo el cuerpo, a fin de evitar cualquier fraude que pretendiera hacer para que el cuerpo fuese insensible a la tortura. Luego procedíase a la búsqueda del llamado estigma diabólico, por creerse que toda bruja tenía en su cuerpo un lugar que era insensible a las punzadas y del cual no manaba sangre; para comprobarlo, el verdugo punzaba en distintos sitios y particularmente donde hallaba algo que le parecía anormal. También se trató de impedir que las brujas recibieran ayuda de su cómplice, el diablo, por lo cual durante la tortura se les quitaba la ropa.
Previamente a la tortura empleábanse pruebas preliminares, tales como la prueba de las lágrimas *(Tranenprobe)*, la prueba de bruja y la balanza de brujas.
La prueba de lágrimas consistía en lo siguiente: el sacerdote o el juez hacía colocar al acusado sobre su cabeza, rezando una fórmula de juramento, según cuyo contenido, si el acusado era inocente, sus ojos empezarían de inmediato a verter lágrimas. Si no podía llorar, se consideraba demostrada su culpabilidad; y al llorar luego la persona acusada, decíase que era indicio de que había sido ayudada por el diablo.
Por fin, la balanza de brujas consistía en pesar a la acusada para establecer si su peso era mayor del que había sido apreciado con anterioridad. Semejante prueba tenía su fundamento en la creencia general de que las brujas, las noches de los sábados, tenían conciliábulos secretos a los cuales solían concurrir montadas en escobas, para lo cual se necesitaba tener un cuerpo liviano, lo que se lograba mediante un pacto con el diablo. Así, pues, antes de colocarse a la acusada en la balanza, se calculaba, por personas que la conocían, el peso aproximado que podía tener en una época anterior a la perpetración del delito de brujería; si resultaba tener el mismo peso supuesto o uno mayor, era declarada inocente, pues no podía ser bruja; y, en cambio, si resultaba de un peso menor que el supuesto era considerada culpable.
En algunas partes se recurrió directamente a la tortura, sin estos procedimientos previos. (pp. 75 y 76).

l) Arturo Jauretche: *Manual de zonceras argentinas*, 7ª ed., A. Peña Lillo, Buenos Aires, 1974.

Habeas Corpus *(zoncera nº 26)*

Cada vez que meten preso a un tipo, más o menos arbitrariamente, hay un abogado recién recibido que dice:

—Esto lo arreglo con un *Habeas Corpus*.

Y el abogado resulta un petisito en una cancha de básquet, pues los grandotes —que son los jueces— empiezan a pasarse la pelota por arriba sin que haya modo de que entre en la red. A esto de pasarse la pelota por arriba le llaman cuestiones de competencia o de jurisdicción. Esto, en los casos en que el gobierno está descuidado —que son muy pocos— y no hay estado de sitio ni Conintes.

Diógenes el Cínico se lamentaba, linterna en mano, de que no había podido encontrar un hombre. Quisiera verlo buscando un juez con un recurso de *habeas corpus*, y una lámpara de mercurio en la mano. ¡Pobre de él!

Eso lo saben los abogados que no son recién recibidos cuando les hablan de presentar un *Habeas Corpus* (salvo que el preso sea tratante de blancas, contrabandista o ladrón de automóviles).

Ésta es la oportunidad de hablar de esas zonceras llamadas garantías constitucionales, que son las que se quieren poner en movimiento con el *Habeas Corpus*. No sé si debo hacerlo porque me comprenden las generales de la ley (¿o los generales?) como se verá en lo siguiente.

Aquí debo confesar una zoncera propia, a la que me referiré en la zoncera que sigue, y que trata de mi confiscación de bienes, expresamente prohibida por la Constitución Nacional (Declaraciones, Derechos y Garantías). Ahí se verá lo que me pasó por zonzo, es decir por creer en las garantías constitucionales.

Se trataba de mi inclusión en los interdictos por la "Junta de Recuperación Patrimonial" en 1955.

Diré ahora, que lo me hizo más zonzo fue mi condición de abogado, pues a pesar de tener casi 30 años en la profesión procedí como un abogado recién recibido.

Me dije: se trata de un tribunal especial, prohibido por la Constitución en sus garantías; se trata de un juzgamiento por ley posterior al hecho de la causa, invierte el cargo de la prueba y establece un procedimiento especial para ciudadanos especiales con lo que destruye la igualdad ante la ley, también contenida en las garantías. Estos ciudadanos especiales son sacados "de la pata" el "montón", colocados en desigualdad por quien hace la lista de "interdictos" —que todavía no se sabe quién la hizo, aunque parece evidente que la hicieron abogados que después se especializaron en defender "interdictos" explotando el negocio que

habían inventado bajo la dirección del Dr. Busso, que era Ministro del Interior— (¿será por esto, o porque el colchón no tenía lana, que no se han construido los oleoductos, viviendas y todas las otras maravillas que iban a resultar de los fondos provenientes de la recuperación patrimonial?).
También me dije: ahora no estamos en ninguna de las dos "tiranías", sino en plena libertad, y la Constitución de 1853 ha sido restaurada, aunque sólo sea por Decreto. Ahora el derecho no lo marca Valenzuela, sino los maestros de la cátedra, como Orgaz, Galli, Soler... Y salí a buscar mis jueces naturales.
¡Todavía los ando buscando!
Tampoco dijeron nada los Colegios y Asociaciones de Abogados que se la pasaron haciendo declaraciones durante la "segunda tiranía", pero parece que esto sólo prueba que los Colegios y Asociaciones no están dirigidos por abogados recién recibidos; están hechos para sostener las garantías constitucionales como zonceras, pero no a los abogados zonzos que las invocan. Así es como los abogados me dicen: "¿Qué clase de pescado sos que creés en las garantías constitucionales y en los Colegios de Abogados?" ¡Y ahora me lo dicen hasta los abogados recién recibidos!
Lo que prueba que soy el único abogado recién recibido que queda en el país.
Eso sí: cuando se trata de una empresa extranjera o de un periódico de los grandes, las garantías funcionan. Además, pocas veces tienen que recurrir a los jueces porque los gobernantes saben para quién son las garantías y se cuidan de no tocarlos (pp. 185/186).

g) Reid HASTIE, Steven PENROD y Nancy PENNINGTON: *La institución del jurado en los Estados Unidos —sus intimidades—*, traducción de César P. Giudini Joubert, Civitas, 1986, cap. 1, p. 17.

El proceso mediante jurado constituye la piedra angular de la idea de justicia en los Estados Unidos. El derecho a ser juzgado por un jurado imparcial y no sometido a las exigencias del poder político es una de las garantías constitucionales más incuestionables y de mayor tradición. Los Estados Unidos se distinguen del resto de las naciones —en lo que al sistema judicial se refiere— por el papel fundamental asignado al juicio mediante jurado. Los más de trescientos mil procesos de este tipo que se realizan anualmente son de enorme importancia práctica y simbólica para todas las personas que participan en los mismos o que, de una manera u otra, están al tanto de ellos. El ciudadano medio de los Estados Unidos entiende que la participación en la vida pública se efectúa no solamente mediante el ejerci-

cio del derecho de voto, sino también a través del ejercicio del derecho a formar parte del jurado.
Su larga historia y la importancia que se le atribuye en el sistema legal de nuestros días no impide que sea incierto el futuro del proceso mediante jurado. Los cambios sociales ocurridos en los Estados Unidos han planteado exigencia que la justicia no puede satisfacer mediante este tipo de proceso tal como ha venido funcionando hasta ahora. El aumento del número de procesos penales y civiles ha saturado el sistema judicial, planteando dificultades sin precedentes para que el jurado pueda enjuiciar correctamente. Se han producido aumentos espectaculares en la complejidad y duración de los procesos. En algunos distritos, solamente la tarea de selección de los miembros del jurado para causas penales normales puede llegar a durar hasta una semana. Aunque no son la regla, los procesos civiles y penales que duran meses y hasta años constituyen un freno para la administración de justicia. En la jurisdicción civil, los adelantos técnicos y científicos que se plantean en el proceso son de tal complejidad que, además de representar un verdadero desafío para los entendidos en la materia, parecería que exigen de los ciudadanos que participan en el jurado niveles de conocimientos imposibles de alcanzar. Asimismo, los procesos tecnológicos originan cambios en algunos de los usos probatorios y procesales y permiten un mayor conocimiento por el público gracias al acceso de los medios de comunicación, todo lo cual ha provocado transformaciones en la naturaleza del proceso por jurado.

h) Max Weber: "Formas racionales e irracionales de administración de justicia", extractos de Max Rheinstein, editor, en *Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1954, pp. 349-56. En Wilhem Aubert: *Sociología del Derecho*, Tiempo Nuevo, Caracas, Venezuela, 1971, p. 159:

La razón decisiva del éxito de la organización burocrática ha sido siempre su pura superioridad técnica sobre toda otra forma de organización. Una administración burocrática plenamente desarrollada está frente a las formas no burocráticas en igual relación que la máquina frente a las formas no mecánicas de producción (...). La burocracia otorga a la administración de justicia bases para dar aplicación a un sistema racional, conceptualmente sistematizado, de Derecho, constituido por "leyes", tal como se lo logró por vez primera con un elevado grado de perfección técnica en las postrimerías del Imperio romano. En la Edad Media, la recepción del Derecho romano se produjo simultáneamente con la burocratización de la administración de justicia.

El juzgamiento por especialistas formados en cada nación fue sustituyendo al tipo más antiguo de proceso, fundado en la tradición o en hipótesis irracionales.
El juzgamiento racional fundado en conceptos jurídicos rigurosamente formales debe ser cotejado con el tipo de juzgamiento orientado primariamente en tradiciones sagradas en las que no se encuentra una base clara para la solución de casos concretos. Así los litigios son resueltos a través de una justicia carismática, es decir, por las "revelaciones" concretas de un oráculo, la condena de un profeta o por una ordalía; o por una justicia de cadí, no formalista, fundada en juicios de valor éticos concretos u otras valoraciones prácticas; o bien como justicia empírica, formalísticamente, pero sin requerir la subsución del caso en conceptos racionales, sino recurriendo a "analogías" y con referencia e interpretación a "precedentes".

i) Karl J. MITTERMAIER: *Tratado de la Prueba de Materia Criminal*, 7ª ed., Reus, Madrid, s/f, Parte primera, cap. XIII, p. 82.

He aquí las objeciones en toda su fuerza. No creemos que sean capaces de arrastrar la opinión del observador atento y sagaz, porque conducen en definitiva al error; y lo que tienen de especioso debe sólo excitarnos a examinar con más detención si los vicios de que se acusa al Jurado, son inherentes a su naturaleza o resultado de su organización defectuosa en ciertos países; si esta institución lleva en sí misma garantías importantes que no podrían encontrarse en las jurisdicciones regulares, y si no es más propia que cualquiera otra para conciliarse la pública confianza con la equidad de las sentencias. No; no puede negarse por un solo momento la ventaja de semejantes garantías:
1. Mientras que los jueces ordinarios, bastante indiferentes a veces hacia la opinión de los conciudadanos, y a menudo más interesado en su ascenso, se esfuerzan en conquistar el favor de aquellos de quienes depende su propia fortuna y la de sus parientes y allegados, descuidan sus funciones por estar al abrigo de toda censura pública, y nada tienen que temer de las consecuencias de una sentencia defectuosa, los jurados, por el contrario, contraen una inmensa responsabilidad moral ante la opinión pública del país, juez soberano e incorruptible. Basta haber vivido en un país donde esté en vigor el jurado, para saber la impresión que sus veredictos causan en todas partes; 2. y cuando, terminada su misión, vuelve a entrar el jurado en el seno de la ciudad, se halla al punto en presencia de la crítica general, allí ninguna deja de censurarle cuando se presente la ocasión, y la reprobación pública puede herirle de muy distinto modo que al juez los apercibimientos de

sus superiores; y sabedor de esto, presta a los debates una atención incesante y más concienzuda.

j) Eugenio Raúl ZAFFARONI: "Sistema Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material", en *Criminología Crítica*, I Seminario, Universidad de Medellín, Colombia, 1984. p. 113.

Considero que la breve descripción del fenómeno contravencional en la Ciudad de Buenos Aires permite poner en descubierto un mecanismo de criminalización que no puede llamarse propiamente "subterráneo", dado que es manifiesto, sino "paralelo" al sistema penal estricto. El discurso jurídico segrega cuidadosamente el sistema penal paralelo, apelando al más heterogéneo arsenal argumental de racionalizaciones minimizantes: naturaleza no penal, menor cuantía, razones prácticas, organización federal, etc. De cualquier manera, el resultado práctico de la segregación jurídica minimizadora es la total ignorancia de las garantías que proclama el discurso jurídico respecto del sistema penal estricto. Esto se acompaña de un descrédito social del abogado que se especializa en la práctica profesional de las defensas en este sistema paralelo y de una desvalorización teórico-jurídica del mismo sistema. La minimización formal conlleva el desprestigio de los esfuerzos científicos que se consideran inútiles en campo tan "nimio". La investigación jurídico-penal del área paralela carece de "mercado universitario y editorial": no se enseña en los programas ordinarios de especialización, no hay interés en publicar los trabajos sobre este sistema. No sólo los juristas que exponen el Derecho penal en forma más o menos convencional se desentienden del sistema penal paralelo, sino que el discurso jurídico minimizante es internalizado por los reformados y críticos, que deslumbrados por la "gran represión" estricta pierden de vista la represión incontrolada que se lleva a cabo por los sistemas paralelos minimizados.

4. *Investigaciones*

1. También es útil plantear pequeños ejercicios de investigación. En este caso no importa tanto el resultado del ejercicio como el hecho de que el alumno comience a enfrentarse a los problemas de la investigación que pueden ir desde la dificultad en diseñar el proyecto (aprender a definir con precisión lo que quiere investigar) hasta el simple, pero a veces determinante escollo, de no hallar la bibliografía conveniente. En nuestro país las bibliotecas no suelen estar ver-

daderamente al servicio del lector (y la biblioteca de la Facultad de Derecho es una prueba de ello) porque no respetan *razonablemente* el ritmo de un trabajo de investigación que, a veces requiere que la espera para acceder a los libros no se prolongue demasiado o se le den otras facilidades (préstamos, horarios más amplios, etc.). No obstante es importante inculcar en los alumnos el hábito de recurrir a una biblioteca, de mantener la disciplina que requiere un trabajo constante de búsqueda y, sobre todas las cosas, a resistir *el peso de la información*, mientras uno encuentra el hilo conductor que convierte a esa masa de datos en un trabajo ordenado y fundamentado. La enorme cantidad de información a la que fácilmente puede acceder un estudiante actualmente hace necesario un trabajo más arduo en el análisis y el uso de la información. Necesita también una guía más fuerte, para no desalentarse ante el cúmulo de datos.

2. En cuanto a las investigaciones que requieren trabajo empírico o de campo, difícilmente los alumnos se hallarán en condiciones de desarrollarlas con satisfacción, aunque se trate de pequeños trabajo muy acotados. No obstante, dada la tremenda necesidad que tenemos de estimular las investigaciones empíricas en el campo del Derecho, incluiremos pequeños ejercicios que, aunque no sean realizados con el conveniente rigor, pueden ir generando la conciencia de que no es posible realizar afirmaciones sobre la realidad sin un adecuado sustento en el conocimiento empírico.

3. Algunos ejemplos de ejercicios de investigación.

a) Cuadro de análisis político-criminal

Este ejercicio busca que el alumno aprenda a reflexionar sobre la política criminal y a efectuar análisis en ese campo —que no es estrictamente jurídico— sin perder por ello rigor científico o lógico. Se debe desterrar la costumbre —bastante extendida— según la cual es suficiente sostener proposiciones axiológicamente valiosas, sin preocuparse demasiado por su fundamentación. Por ello la investigación que aquí se propone busca obligar a que el alumno desarrolle un pensamiento crítico pero fundamentado.

1) El primer paso consiste en la identificación de un sector de la política criminal. (Por ejemplo protección del

medio ambiente, castigo al consumo o tráfico de drogas, etc).

2) El segundo paso consiste en el análisis de la política criminal *formulada*, es decir, la que surge del primer análisis, de los textos legales, esto es, de las políticas *explícitas*. Para ello, se recomienda la utilización de la tabla siguiente, que le servirá al estudiante para ordenar la información:

Nivel 1. Política criminal formulada o explícita

Objetivos	*Decisiones*	*Instrumentos*	*Reglas*	*Estrategias*

3) En el tercer paso, el alumno deberá realizar el mismo análisis anterior pero tratando de indagar si existe una política criminal "real" tras las formulaciones. En rigor, este análisis no se puede realizar correctamente sin contar con datos sobre la realidad; sin embargo, como el objetivo de este ejercicio es otro, el alumno podrá prescindir de estos datos si no le es posible hallarlos, guiándose, en ese caso, por su experiencia o simple observación. Deberá utilizar la misma tabla anterior para ordenar esta nueva información.
En los niveles 1 y 2 se analiza la política criminal como un fenómeno social. El alumno debe comprender que se halla todavía en el plano del ser y se debe notar la importancia de no cambiar inadvertidamente planos durante la tarea.

4) En el cuarto paso, el alumno debe construir un primer modelo de política criminal. Para ello también usará la tabla indicada. Debe agregar, además, una pequeña fundamentación política que aclare cuáles son los valores que sustentan su modelo.

5) El quinto paso consiste en la elaboración de un modelo alternativo al construido en el nivel anterior. Se busca de este modo que el alumno comprenda la existencia y puja entre modelos de política criminal que

se plantean a sí mismos como alternativos. También aquí se debe trabajar con la tabla señalada en el primer paso.

6) El sexto ejercicio consiste en la elaboración de un informe global sobre el sector de política criminal seleccionado al inicio. Este informe debe reflejar la conjunción de los cuatro niveles analizados previamente (política formulada, política real, y los dos modelos alternativos). Aquí el alumno vuelve al plano del ser y el desarrollo de los valores que realizó en el nivel 3 y 4 se convierten en valoraciones concretas inmersas en el mismo proceso social. Este sexto ejercicio busca que, así como el alumno en los ejercicios anteriores debía atenerse a la linealidad del nivel en el que se hallaba trabajando, aquí debe comprender que la realidad no es lineal, sino múltiple y que todo análisis debe buscar, en definitiva, captar del mejor modo posible esa multiplicidad.

7) El último paso consiste en tratar de identificar o definir a los sujetos productores hegemónicos de la política criminal.

Este trabajo no es sencillo y posiblemente requiera mucha ayuda del profesor. Es importante que los alumnos intenten realizarlo y que la corrección sea estricta ya que el mejor modo de adquirir una metodología de trabajo es a través del ensayo y el error.

b) Los pro y los contra los jurados

Muchos autores se han pronunciado a favor y en contra de los jurados. Una pequeña investigación que pueden realizar los alumnos es la elaboración de un cuadro o tabla en las que de un lado se ordenen los argumentos a favor del jurado y en el lado opuesto el argumento específicamente contrario.

Una variante de este ejercicio es el siguiente: también en nuestro país han existido muchos pronunciamientos a favor y en contra de esta institución. El alumno deberá investigar a los juristas y políticos argentinos que han opinado en este tema, y sobre esa base tratar de definir las corrientes de opinión y sus fundamentos principales.

c) ¿Cómo funcionan los jurados?

Existen diversos tipos de jurados. El alumno deberá investigar cómo funcionan en los Estados Unidos o en Inglate-

rra y compararlos con los sistemas de jurados que existen en Alemania, Francia o Inglaterra.

d) ¿Y los proyectos de ley de jurados?

El alumno deberá investigar cuáles proyectos se han presentado a lo largo de nuestra historia, cuáles eran sus características y cuál fue su suerte.

e) Contravenciones y delitos

El alumno deberá buscar un criterio o un fundamento *cualitativo* para delimitar cuándo un ilícito constituye un delito o una contravención y qué importancia puede tener ello.

f) El fuero de vecindad

El alumno debe realizar una pequeña investigación histórica para hallar los orígenes del derecho de un ciudadano de ser juzgado por jurado proveniente del lugar donde el delito se había cometido.

g) El fuero federal

El alumno deberá analizar los casos de competencia federal aceptados por la jurisprudencia y detectar aquellos, que según su criterio, deberían permanecer en la competencia provincial.

h) Los delitos de prensa

El alumno deberá investigar la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el art. 32 de la Constitución Nacional y caracterizar la doctrina judicial dominante y sus variaciones.

En todas estas pequeñas investigaciones el profesor deberá indicarle al alumno los primeros pasos y las primeras referencias bibliográficas a partir de las cuales podrá comenzar su trabajo.

i) ¿Qué piensan los ciudadanos de la justicia penal?

El objeto de esta pequeña investigación es precisar qué concepto tienen de la administración de justicia penal un cierto grupo de ciudadanos.

Para ello se debe elegir un número determinado de personas (tratando de que tal número esté al alcance de las posibilidades del alumno; no interesa aquí su valor muestral) y de que refleje de algún modo la composición de un grupo mayor (puede ser la ciudad, el barrio, etc.). Luego el alumno

elaborará un cuestionario (que debe evaluar el profesor), realizar las encuestas, y elaborar un informe. El profesor debe vigilar que todas las proposiciones sobre la realidad que realice el alumno tengan fundamento en la encuesta y, cuando así no lo sea, se advierta convenientemente al lector.

j) ¿Qué sucede en los tribunales penales?

Éste es un trabajo de observación. El alumno deberá visitar uno o varios tribunales o asistir a un juicio y, *sobre la base de sus observaciones personales* y los apuntes que pudo recolectar durante su visita, elaborar una nota acerca de qué sucedió durante su visita, qué significado le otorga y qué reflexiones le motiva.

Luego el profesor le debe indicar algún texto legal donde el alumno buscará las normas que los protagonistas de la vida judicial que él observó, utilizaron de algún modo.

k) ¿Cuál es la misión del abogado penalista?

El alumno debe buscar textos (artículos, ensayos, códigos de ética forense, etc.) que contengan reflexiones sobre la misión del abogado penalista. Luego, sobre la base de este material, debe realizar una reflexión personal, teniendo en cuenta las circunstancias socio-políticas concretas del momento.

l) Eficiencia y garantía

El alumno debe seleccionar, por indicación del profesor, una institución procesal que reciba en los códigos de procedimientos una regulación fácilmente identificable (v. gr., la declaración del imputado, las medidas de coerción, alguna prueba en particular, etc.) y tratará de analizar los aspectos normativos que buscan lograr eficiencia (en el sentido otorgado en el texto) y los que procuran preservar libertad y dignidad personal. El ejercicio adquiere mayor valor si se realiza sobre textos legales.

5. *Bibliografía*

1. Por último, esta sección busca abrir el panorama intelectual del alumno lo que es imprescindible dado el carácter introductorio de este libro. Por esta misma razón la selección que aquí incluiremos no sigue otro criterio que el de señalar caminos posibles, puertas que el alumno deberá tra-

pasar por sí mismo si se halla interesado. La selección bibliográfica responde, pues, a un criterio pedagógico puramente personal. Cada profesor sugerirá otras obras que le parezcan significativas o estimulantes. Lo importante es que el alumno sienta que su superación intelectual es posible, que ésta siempre comporta una aventura y un riesgo, pero que no existe otra forma de crecer que no sea con audacia y asumiendo esos riesgos. La universidad no debe jamás matar vocaciones intelectuales. Ése quizás sea su peor pecado.

2. Al alumno que quiera ampliar alguno de los temas tratados en la obra o profundizar en el estudio del Derecho procesal penal, le sugiero la lectura de los siguientes trabajos:

AA.VV.: "La realidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal", en *La implementación de la reforma procesal penal*, C.D.J/CPU-N.CS, Chile, 1996.

BARCELLONA, Pietro: *El uso alternativo del Derecho*, Fontanella.

—, y COTTURRI: *El Estado y los juristas*, Fontanella, 1976.

BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, trad. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986.

BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, trad. Fenech, Labor, Barcelona, 1945.

BINDER, Alberto: *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

—, *El proceso penal*, Ilanud, Costa Rica, 1992.

—, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BOVINO, Alberto: *Problema del Derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

CAFFERATA NORES, José I.: *La excarcelación*, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1988.

—, *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

—, *Temas de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

—, *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983.

CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1977/98.

—, *Opúsculo de Derecho criminal*, Temis, Bogotá.

CARRIÓ, Alejandro: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.: *Tratado de Derecho procesal penal*, 7 vols., Ediar, Buenos Aires, 1960-1968.

—, *Derecho procesal penal*, 3 vols., Lerner, Córdoba, 1984-1985.

D'ÁLBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación, comentado*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997

DE LA RÚA, Fernando: *El recurso de casación*, Zavalía, Buenos Aires, 1973.

—, *Proceso y justicia*, L.E.A., Buenos Aires, 1980.

DUSSELL, Enrique: *Ética de la liberación*, Trotta, Madrid, 1997.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1996.

—, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987.

FLORIÁN, Eugenio: *Elementos de Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1933.

GOLDSCHMIDT, James: *Principios generales del proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1961.

—, *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936.

GORANSKY, Mirna: "Un juicio sin jurados", AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

LEVENE, Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

—, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Editores del Puerto, 1995

—, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Ediciones L.E.A., Buenos Aires, 1981.

—, *La ordenanza procesal penal alemana*, 2 vol., Depalma, Buenos Aires, 1978-1982.

—, y otros: *El Ministerio Público en el proceso penal*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, 4 vols., trad. S. Sentís Mellendo y M. Ayerza Redín, Ejea, Buenos Aires, 1951.

NUÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal comentado*, Lerner, Córdoba, 1986.

ODERIGO, Mario A.: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973.

PASTOR, Daniel: "El encarcelamiento preventivo", AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

ROXIN, ARTZ y TIEDEMAN: *Introducción al Derecho penal y Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1984.

ROXIN y otros: *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

RUBIANES, Carlos: *Manual de Derecho procesal penal*, 4 vols., Depalma, Buenos Aires, 1976-1986.

SCHMIDT, Eberhard: *Fundamentos constitucionales del Derecho procesal penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

SUPERTI, Héctor: *Derecho procesal penal*, Juris, Buenos Aires, 1998.

TOCORA, Fernando: *Política criminal contemporánea*, Temis, Bogotá, 1997.

VAN DIKE, Vernon: *Ciencia política: un análisis filosófico*, Tecnos, Madrid, 1962.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: *Curso de Derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.

—, *Derecho procesal penal*, 2 tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995-97

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, 3 vols., Lerner, Córdoba, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio: *Sistemas penales y derechos humanos en América latina*, Depalma, Buenos Aires, 1984-1986.

—, y otros: *El sistema penal argentino*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

Esta edición se terminó de imprimir en
Junio de 1999 en Gráfica Lat s.r.l.,
Loyola 1654 - (1414) Capital Federal