

Franja Morada - CED

**JORGE E. VAZQUEZ ROSSI**

**DERECHO  
PROCESAL  
PENAL**

TOMO I  
CONCEPTOS GENERALES



**RUBINZAL-CULZONI**  
EDITORES

# Franja Morada - CED

**DERECHO PROCESAL PENAL**

**Jorge Eduardo Vázquez Rossi**

Profesor titular de "Derecho Procesal II" en la Facultad de  
Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral

## **DERECHO PROCESAL PENAL**

(La realización penal)

TOMO I

**CONCEPTOS GENERALES**

SELECCION DE JURISPRUDENCIA

por **JOSÉ MARÍA MEANA**

Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Pampa

**RUBINZAL - CULZONI EDITORES**

Tucumán 2644 - Tel. (042) 555520 - 3000 Santa Fe

Montevideo 1740 - Tel. (041) 493879 - 2000 Rosario

Lavalle 1635 - 1º "A" - Tel. (01) 375-0154 / 3427 - 1048 Buenos Aires

# Franja Morada - CED

ISBN 950-727-086-8

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

---

IMPRESO EN ARGENTINA

---

## PROLOGO

A diez años de la publicación de mi *Curso de Derecho Procesal Penal* aparece este primer tomo de *Derecho Procesal Penal*, que tiene como base aquella obra. En realidad, la idea inicial fue la de actualizar el anterior trabajo, que sirvió a muchos estudiantes para el cursado de la materia y que varios años atrás se agotó. Pero los muchos cambios que fueron produciéndose en el terreno de los estudios y de la legislación realizativa, unidos a los ocurridos en la propia evolución de las ideas del autor, condujeron a que la tarea fuese ampliándose, culminando finalmente en esta propuesta que se orienta hacia un tratamiento integral.

No es exagerado pensar que en pocas zonas de los estudios jurídicos sucedieron tantas transformaciones como dentro de la comprendida dentro del título de esta obra. Se registraron profundas modificaciones en los enfoques, se advirtió un dinamismo creciente en la delimitación de los problemas y en las soluciones buscadas, y sobre muchos temas se generó un debate intenso en modo alguno agotado. Constancias de ello se encuentran en una rica producción monográfica y en algunas obras generales, en las ponencias de los diversos congresos que regularmente reúnen a los especialistas y en los proyectos modificatorios de la legislación vigente, todo lo cual configura un clima de intensa actividad intelectual en el que la dinámica es la constante.

# Franja Morada - CED

Esta obra pretende reflejar, en la medida de las posibilidades del autor, esa atmósfera creativa que, principalmente, tuvo por ámbito natural los claustros de la universidad pública, sede central de un intercambio de ideas pluralista y amplio: justicia es reconocer entonces la deuda mantenida no sólo con distinguidos e inteligentes colegas, sino con los estudiantes, permanentes impulsores de la tarea y cuestionadores agudos de los temas considerados y, en última instancia, destinatarios de este trabajo.

El enfoque elegido se dirige en lo básico a relacionar lo procesal con lo sustantivo, y de ahí el subtítulo de *La realización penal* que enfatiza sobre las cuestiones aplicativas que, evidentemente, obligan a una permanente vinculación con la normativa de fondo que se concreta a través y mediante el proceso. De igual modo, resulta insoslayable la consideración de cuestiones institucionales y político-criminales, ya que, en definitiva, nos encontramos ante el ejercicio del poder estatal en su ejercicio de mayor incidencia sobre los individuos.

Finalicé mi anterior *Curso...* con un *epílogo abierto* en el que manifestaba mi esperanza fundada de que el advenimiento democrático posibilitase avances en el desarrollo científico, el fortalecimiento republicano y el mejoramiento de la legislación procesal; el paso de estos años que, más allá de avances y retrocesos, podemos considerar fecundos, han mostrado algunos de los esperados progresos. Sigo convencido de que, aun faltando mucho para hacer, bastante se ha logrado. En ese convencimiento prosigo un trabajo que, como toda obra de objetivos científicos, debe continuar siempre en tránsito, siempre abierta.

## INTRODUCCION

### **CONSTITUCION, DELITO Y PROCESO**

El Derecho Penal ha girado permanentemente dentro del círculo que siglos atrás planteó el autor inglés Hobbes: “Los hombres, librados a sí mismos, instauran de hecho la ley de la selva, se convierten en lobos para sus semejantes y la única regla es la voluntad del más fuerte. Para evitar esta situación de anarquía, es preciso que aparezca un poder central que, asumiendo la plena autoridad, garantice condiciones que eviten que el hombre sea lobo para el hombre. Surge así, bajo el nombre del monstruo bíblico, el Leviatán, es decir, el Estado”.

En el plano de la historia, puede admitirse que asisten más razones a favor de la visión hobbiana de la que años después desarrolló Rousseau en orden a una hipotética e idílica sociedad primitiva de buenos salvajes que convivían libre y pacíficamente.

Según los datos con que contamos, luego del colapso del Imperio Romano se instituyen en Occidente las formas jurídicas de los pueblos germanos y francos, que se caracterizan por la idea del delito como daño, por la ausencia de un aparato oficial y permanente de justicia, por la intervención directa de los involucrados en el conflicto y por la posibilidad de métodos compositivos de resolución. Es lo que se conoce como “sistema

acusatorio privado”, cuyos méritos seducen justificadamente a más de un estudioso.

Pero este remedo judicial del combate real desemboca, por su propia lógica, en el predominio de los más fuertes, en el arbitrio de los poderosos y en el sojuzgamiento de los débiles.

Es probable que el complejo proceso que se define en la Baja Edad Media en orden a la paulatina consolidación de un poder central haya implicado, dentro de la relatividad de la dialéctica histórica, un cierto progreso con el surgimiento de reglas más claras.

Lo indiscutible es que dentro de la lucha de la monarquía con los díscolos señores feudales, uno de los puntos centrales del combate, junto al establecimiento de un tesoro y un ejército nacional, estuvo dado por el diseño de un aparato judicial oficial y centralizado<sup>1</sup>.

Nace así la idea del delito como desobediencia, habida cuenta de que el mandato incumplido refería a la voluntad soberana. Y el fenómeno –vigente hasta nuestros días– del carácter público (fundamentalmente, la pena estatal) de lo penal. Y como el rey lo era por derecho divino, se confunden las legitimidades seculares y sagradas identificándose delito y pecado. Consecuentemente, antes del castigo importa la averiguación, y para ello se instituye un completo aparato persecutorio, de creciente tecnificación, dándose forma a lo que se conoce como sistema inquisitivo.

Las “ceremonias del castigo”<sup>2</sup>, a través del horror fastuoso de los suplicios, implicaba el rito apoteótico de la restauración de la autoridad violada.

Nos encontramos ante el apogeo del Leviatán. La plena expropiación monopólica de la función punitiva encuentra en

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de E. Lynch, Gedisa, Barcelona, 1980; PESSINA, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, trad. de González del Castillo, Reus, Madrid, 1936.

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, trad. de Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1978.

el Derecho Penal del absolutismo monárquico su más cabal manifestación.

Los intolerables excesos de esta práctica judicial, el arbitrio de los magistrados, la total carencia de seguridad jurídica, lo terrible de las penas, el uso de la represión contra la libertad de pensamiento y de expresión, el secreto de los procedimientos y la carencia de medios efectivos de defensa, fueron objeto de la permanente crítica del pensamiento de la ilustración, cuya síntesis expuso Beccaria<sup>3</sup>.

Los grandes cambios preconizados por el pensamiento liberal y concretado en los movimientos políticos de fines del siglo XVIII y principios del XIX, significaron las más importantes reformas en la limitación del poder penal estatal. Las mismas pueden sintetizarse en el reconocimiento de la dignidad humana y de derechos individuales intangibles; en la sujeción de la autoridad al imperio del Derecho, que rige por igual para gobernantes y gobernados; al requisito sustantivo de legalidad como base de toda imputación penal y como garantía de libertad; a la separación entre los ámbitos de la religión y la vida civil; al reconocimiento del derecho de defensa y la publicidad del proceso, y a la humanización de las sanciones punitivas.

Sobre tales bases se elabora el sistema penal moderno, desarrollándose a partir de las obras de Carrara y de Feuerbach una disciplina que pretende un considerable grado de racionalidad.

El esfuerzo más notorio en el aludido conjunto de ideas es el de limitar el poder penal estatal, estableciendo una serie de condiciones para que pueda arribarse válidamente a una imposición de sanción punitiva.

La limitación y racionalización del Derecho Penal no es sino un aspecto del más general tema del control y regulación ju-

<sup>3</sup> BECCARIA, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de C. B. de Quirós, Cajica, Puebla, 1957.

rídica del poder, encontrándose, por ende, la cuestión punitiva ligada y subordinada a los avatares del desarrollo político. En este sentido, la ubicación temática dentro de la macrofísica del poder, es un dato de evidencia. El ordenamiento penal es consecuencia directa del político; más aún, constituye el reflejo más fiel y profundo de una determinada organización estatal. Una sociedad se define más por lo que prohíbe que por lo que dice querer; más por sus castigos que por sus recompensas.

De acuerdo con lo señalado, existe una íntima interrelación entre las ideas y realizaciones del iluminismo liberal en los campos político y penal, marcando una evolución conjunta<sup>4</sup>.

Es que el constitucionalismo, como idea dinámica manifestada en los diversos terrenos del ordenamiento social, no significa, en definitiva, otra cosa que encauzar la autoridad dentro de carriles legales de los cuales el poder encuentra, a la vez, su legitimidad y limitación. Dentro de tal perspectiva, el dilema hobbesiano se resuelve en un equilibrio entre los individuos y el Estado: los hombres dejan de ser lobos entre sí, pero no a costa de someterse al dominio de un monstruo omnipotente.

Es sabido que la Constitución es una organización del poder; como tal, resulta el punto de convergencia político-jurídico que establece explícitamente las bases del ordenamiento general de la sociedad civil, regulando la convivencia sobre normas claras y previsibles. En tal sentido, como lo vio Kelsen, afianza el cimiento sobre el que se dará la derivación normativa y constituye el punto de partida de legalidad del sistema<sup>5</sup>.

Si bien es posible pensar que toda sociedad tiene niveles de organización jurídica y que en ella se da una suerte de constitución implícita, la idea moderna y estricta de constitución significa el establecimiento de parámetros racionales y formales de estructuración del poder, disciplinando los órganos y con-

<sup>4</sup> CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, trad. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de García Maynez, Textos Universitarios, México, 1969.

secuentes facultades de los mismos, las divisiones funcionales, sus límites de actuación y las condiciones de acceso, mantenimiento y cese de los funcionarios y, sobre todo, los derechos de los individuos y sus relaciones con el gobierno. De ahí que pueda hablarse de “constitucionalismo”, en el sentido estricto, como de un fenómeno específico de la cultura occidental, opuesto –por definición– al absolutismo en sus variadas manifestaciones. Y precisamente, desde la perspectiva histórica, el constitucionalismo se opone al despotismo monárquico y tiene concreción en los movimientos revolucionarios de fines del siglo XVIII y en la posterior evolución de los mismos.

En consecuencia, tenemos en claro que, sobre la base del complejo entramado de las ideas *ius naturalistas*, contractualistas e individualistas, se otorgue límites al poder, se busque su legitimidad en la voluntad popular, se divida funcionalmente el ejercicio de la autoridad y se otorgue preeminencia a la persona humana.

Al mismo tiempo, lo señalado nos permite avanzar en la comprensión de que el constitucionalismo va más allá de una simple organización político-jurídica, ya que en su seno alientan concepciones pluralistas que tienden a la “sociedad abierta”<sup>6</sup>.

La supremacía de la Constitución implica la idea de una legalidad fundamental, la que se sitúa por encima de la voluntad de quienes ejercen el poder, el que sólo es válido en tanto y en cuanto se ajuste a los parámetros y formas prefijados y se desenvuelva dentro de los límites establecidos.

En consecuencia y de acuerdo con lo expuesto, podemos concluir en que el significado de la Constitución es el de un sistema gubernativo subordinado a pautas legales expresas, de las que deriva su legalidad y legitimidad. Aparece como un pacto básico mediante el cual se construye un modelo normativo que incluye por igual a gobernantes y gobernados y de las

<sup>6</sup> POPPER, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de E. Loedel, Planeta-Agostini, Barcelona, 1992.

pautas organizativas de la convivencia política. De este cimiento surgirá un concepto de lo debido y de lo prohibido, de lo estimado como valioso y lo reputado disvalioso y, más aún, una concepción del hombre como tal. Porque el texto constitucional, al explicitar determinadas soluciones a los problemas sociales, establece principios y criterios interpretativos con incidencia directa sobre la normatividad derivada. En el fondo de toda Constitución anida el sentido profundo de lo que es y debe ser el hombre en sociedad.

Habida cuenta de lo precedente, podemos hablar de un *paradigma constitucional*, utilizando el término *paradigma* en el sentido que ha cobrado relevancia a partir de los estudios de la historia de la ciencia<sup>7</sup>, es decir, un determinado marco conceptual que engloba una visión del mundo, permitiendo su descripción. La noción opera como una estructura cognoscitiva que da base y sentido a las diversas tareas científicas, fijando un lenguaje común, criterios interpretativos y de verificación y, en definitiva, marcando la zona de problemas y de soluciones.

Por todo ello, hablar de un “paradigma constitucional” es hacerlo de un esquema o criterio interpretativo del ordenamiento jurídico, que refiere a una profundización hermenéutica del texto y sentido de la Constitución.

En tal inteligencia, abordamos lo concerniente al sistema penal.

Se trata de una consideración del Derecho Penal (en sentido amplio) “según Constitución”.

Determinar cuál es el sentido de delito que anida en el seno de la ley fundamental, cuáles son los marcos realizativos y hasta dónde puede llegar el legislador ordinario y qué puede determinar el órgano de juzgamiento.

En realidad, tal interrogante no se encuentra presente de

<sup>7</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de A. Contin, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, tema que se desarrollará en el capítulo respectivo.

manera clara en nuestra tradición jurídica latinoamericana, donde es dable advertir una desvinculación entre los códigos de la materia y la práctica judicial con respecto a la normatividad basal.

Es probable que gran parte de las fracturas institucionales, de los retrocesos de la libertad y de la falta de un efectivo desarrollo jurídico en muchos de nuestros países, se deba a esta profunda falta de adecuación al espíritu constitucional.

El primer ideario de la revolución y la independencia, ese rechazo al absolutismo colonial y esa fervorosa apuesta libertaria que fue el más destacado blasón y el denominador común de los movimientos que se alzaron contra el régimen de la monarquía española y portuguesa, encontró, por cierto después de muchos esfuerzos y contradicciones, formalización en las constituciones liberales del siglo XIX que, bajo la inspiración del constitucionalismo norteamericano y francés, apostaban a consolidar los cambios y a desarrollar un progreso ordenado en la libertad.

Esa senda no fue adecuadamente recorrida. Un hecho especialmente revelador es el que atañe a la regulación del enjuiciamiento penal, que se apartó de forma notoria del programa constitucional. La mayor parte de los códigos procesales penales latinoamericanos se inspiraron en fuentes que los constituyentes expresamente rechazaron, acudiendo a la reiteración de los esquemas inquisitivos que, con algunas pocas modificaciones, se mantuvieron vigentes durante casi un siglo generando una verdadera “cultura inquisitiva”<sup>8</sup> que, de hecho, significó el notorio atraso de la justicia penal latinoamericana respecto de la evolución mundial.

Los resultados de lo señalado significaron el uso del proceso como un anticipo punitivo y el auge del fenómeno del “preso

<sup>8</sup> BINDER, Alberto, *Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, año 1, N<sup>o</sup> 4, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992.

sin condena"<sup>9</sup>; la morosidad, burocratización y delegación judicial; la carencia de publicidad republicana y de participación y control popular; la ineficacia investigativa y la incapacidad de resolver conflictos. Y todo ello unido a la complacencia de la judicatura respecto al poder político y a la realidad de un sistema selectivo y opresor<sup>10</sup>. Estos defectos evidentes no escapan en la actualidad a nadie y su puntualización puede reputarse poco menos como un lugar común, todo lo cual ha convocado a reiterados intentos de reformas, los que han tenido dispar suerte, pero que aparecen como una exigencia ineludible<sup>11</sup>.

Aunque con menor grado de notoriedad, la situación descrita comprende igualmente a las legislaciones penales sustantivas, con especial relevancia respecto de los catálogos punitivos y la ejecución de las penas.

Lo precedente hace que retomemos con nuevos elementos lo atinente a la ausencia de un paradigma constitucional en la regulación y aplicación de la normatividad penal, la que, por regla, se desarrolló dentro de modelos positivistas, ya fuere primero de índole naturalista y, luego, normativista.

En realidad, más que de positivismo en un sentido estricto, pudo hablarse de un pensamiento meramente exegético lo que, unido al uso espúreo de la herramienta penal por parte del legislador, generó las defectuosas prácticas a que aludimos.

En el sentido que nos ocupa, se ha insistido sobre la necesidad de una tarea interpretativa que se defina como una verdadera hermenéutica constitucional<sup>12</sup>, capaz de encontrar los

<sup>9</sup> CARRANZA, Elías D.; MORA, Luis Paulini; HOUED, Mario y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1982.

<sup>10</sup> BERGALLI, Roberto, *Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1984; ANIYAR DE CASTRO, Lola, *La realidad contra los mitos*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1982.

<sup>11</sup> Ministerio de Justicia de la República de El Salvador, *Memoria Conferencia Iberoamericana sobre reforma de la justicia penal*, San Salvador, 1991.

<sup>12</sup> COBOS DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, t. I.

critérios rectores que orienten sobre las direcciones posibles y deseables. Y ello, porque en toda constitución, como resultado de determinadas tensiones históricas y de exigencias valorativas, anida un “sentido profundo”, una idea del Derecho o, si se quiere, una suerte de expresión concentrada del mismo.

Es cierto entonces que cuando se trata de determinar bajo qué condiciones y por qué motivos un individuo, un integrante de la sociedad, puede ser privado del más importante bien, se ingresa en una zona que exige de la más cuidadosa discreción a los efectos de evitar los desbordes que, históricamente, se produjeron y contra los cuales la Constitución levantó sus vallas. Del mismo modo, es posible extraer del conjunto y del espíritu de las disposiciones fundamentales los elementos mínimos necesarios para una idea constitucional del delito y del debido proceso, como así también de la sanción punitiva.

De modo sintético, puede señalarse que, de acuerdo con la letra y sentido constitucional, la regulación punitiva sólo puede tener por temas aquellos comportamientos que, de modo grave, lesionan o ponen en peligro las relaciones intersubjetivas y, de una manera general, afectan las zonas de libertad ajenas, impidiendo o dificultando la coexistencia.

De tal manera, el *ius puniendi* no surge como una emanación de la autoridad por sí misma ni encuentra su legitimidad en la soberanía como manifestación de poder, sino que se concreta como una necesidad social de protección de un determinado orden jurídico cuyo sustento, como se viene desarrollando, es la Constitución. Así, el Derecho Penal, como frontera última y como el medio más vigoroso de defensa de ese orden jurídico, cumple una función disuasiva (prevención general) de aquellas conductas que afecten los bienes jurídicos, empleando para ello la amenaza abstracta de la pena pública y, en el caso concreto de la ocurrencia histórica de la hipótesis prevista en la norma, se activan procedimientos averiguativos y discursivos para determinar el hecho y su autor y, comprobados los extremos atri-

butivos de responsabilidad penal, aplicar la sanción (prevención especial).

Dentro del Estado republicano democrático de Derecho, de bases constitucionales, el ejercicio de la autoridad está subordinado a la ley, la que es igual para gobernantes y gobernados, y limitada por derechos y garantías fundamentales. Esto significa que, por imperio y lógica de la misma positividad, el ordenamiento punitivo debe adecuarse a principios conformadores. Esto es lo que se ha correctamente entendido como *los fundamentos políticos del Derecho Penal*<sup>13</sup> que, en lo básico, pueden encontrarse en los principios de legalidad, reserva, necesidad, judicialidad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad.

Sobre tales bases, de lo que se trata es de adecuar el sistema penal a la idea de Derecho que anida en el texto constitucional y en las propias implicancias del régimen de gobierno republicano y democrático. En este aspecto, la misma noción de democracia es de índole dinámica, es decir, es un constante hacer y pensar en la conquista y consolidación de más amplias zonas de libertad. Esto, en relación al sistema penal, significa que “Estado democrático será aquel que en un proceso constante de apertura va reduciendo la coerción al mínimo indispensable. En este contexto, el recurso penal será siempre la *ultima ratio* en la llamada lucha contra la criminalidad y representa el aspecto extremo de la política criminal”<sup>14</sup>.

Ahora bien, todo lo hasta ahora considerado atiende fundamentalmente a la necesaria protección del individuo frente al poder penal estatal. En el tratamiento, resulta inexcusable considerar también lo referente a los pactos internacionales de tutela de los Derechos Humanos que, en su concepción preponderante, aparecen como garantías del individuo frente a la autoridad, destacándose en esta perspectiva la Convención Ame-

<sup>13</sup> NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 1978, t. I, Tít. II.

<sup>14</sup> HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Política penal en el Estado democrático*, en *El poder penal del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 155 y ss.

ricana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que norma una completa serie de deberes estatales en orden al reconocimiento operativo de los derechos fundamentales<sup>15</sup>.

Pero cabe interrogarnos sobre si además de esta válida y urgente cuestión, no resulta igualmente necesario saber si esa idea del Estado democrático, asegurativo de los derechos de los habitantes, no debe también conducirnos a respuestas en orden a la protección de esos mismos habitantes contra el delito.

Es obvio que el tema implica una dramática tensión (a la que se aludió al principio del trabajo) que se produce por la colisión de direcciones de fuerza divergentes, si no directamente enfrentadas. Por un lado, el discurso académico preponderante en las últimas décadas ha ido abandonando los tradicionales carriles de la elaboración dogmática, para adentrarse en consideraciones de política criminal y en descripciones empíricas de los males más notorios de que adolece el sistema penal. De esto son elocuentes ejemplos las direcciones conocidas como el Derecho Penal de mínima intervención<sup>16</sup>, la criminología crítica<sup>17</sup>, con su especial y virulenta expresión latinoamericana<sup>18</sup> y, finalmente, el abolicionismo<sup>19</sup>. Todo esto configura un panorama altamente polémico que tiene los rasgos comunes, más allá de la variedad de matices, posiciones y líneas de abordaje, de un radical disconformismo, un severo cuestionamiento y un

<sup>15</sup> MINVIELLE, Bernardette, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal*, en *Doctrina Penal*, N° 41/44, Depalma, Buenos Aires, 1988.

<sup>16</sup> BARATTA, Alessandro, *Principios del Derecho Penal mínimo (para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límites de la ley penal)*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

<sup>17</sup> TAYLOR, Ian; WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *Criminología crítica*, trad. de N. Grab, Siglo XXI, México, 1977.

<sup>18</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de la liberación*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1987. También la revista *Capítulo Criminológico*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia, Maracaibo.

<sup>19</sup> AUTORES VARIOS, *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

total espíritu crítico hacia el ordenamiento punitivo vigente y hacia la realidad de su funcionamiento.

Nadie puede dudar de que esta línea de pensamiento ha tenido una notoria influencia en el ámbito universitario y en el desarrollo doctrinario, aunque pareciera que su incidencia práctica sobre el curso concreto de las soluciones político-criminales ha sido escasa y que, incluso, ha llevado a cierto desencanto en algunos de sus propios y más prominentes autores<sup>20</sup>. Pero al margen de ello, es indiscutible que la visión que sobre la materia penal se tiene a fines del siglo XX nada tiene que ver con aquella que caracterizaba los trabajos clásicos de principios y primeras décadas de la centuria, y que el cuestionamiento está instalado firmemente en el propio seno de la doctrina.

Y frente a ello, existe también otra visión crítica, pero de signo contrario. Es la que proviene del discurso de los grandes medios de comunicación de masas, de grupos de presión ciudadana y de algunos sectores políticos que señalan el pretendido aumento de la criminalidad, la ineficacia del sistema, la inseguridad ciudadana y la necesidad de aumentar los niveles de represión.

Los contenidos de este discurso presentan la característica común de aparecer siempre con un tono alarmista y de pretender representar el estado medio de la opinión pública (que, en nuestros tiempos y con las particularidades comunicacionales contemporáneas, es por lo común "opinión publicada"). Las argumentaciones son simples y esquemáticas, de contenido maniqueo: el delito y los delincuentes son el "mal" y los ciudadanos normales el bien; es preciso que tales ciudadanos cuenten con medios eficaces de protección ante la delincuencia creciente: mayor número de instituciones y personal represivo, reacciones inmediatas, eliminación de la libertad provisional y penas más

<sup>20</sup> YOUNG, Jock, *El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical*, en *El poder punitivo del Estado*, Juris, Rosario, 1993.

severas. Todo esto configura un insistente “reclamo del encierro”, que hace de la cárcel (en el mejor de los casos) la solución buscada. Al mismo tiempo, por una tendencia que encontramos presente desde los orígenes de la cuestión penal, se transita naturalmente hacia una categorización autoral de índole grupal; así, como antes se hablaba de “herejes” o se perseguía a determinados grupos étnicos, tales como moros, judíos o gitanos, en nuestros tiempos se habló de “subversivos”, “narcos”, “corruptos”, etcétera.

Dentro de las autoridades políticas, este discurso encuentra respuesta en promesas de reinstalar la pena de muerte, crear nuevos y más eficientes organismos de lucha contra la delincuencia, aumentar los presupuestos y equipamientos policiales, y generar mayor vigilancia. Así mismo, muchas reformas que tanto en el campo de la legislación sustantiva<sup>21</sup>, como en los aspectos realizativos y ejecutivos se habían logrado o se encontraban en curso avanzado de concreción, perdieron su empuje, mostraron retrocesos, fueron detenidas o dejadas en suspenso, cuando no directamente sustituidas por iniciativas de signo conservador o autoritario.

En resumen: toda consideración mínimamente objetiva debe comprender los dos polos señalados, más aún, pareciera que es una exigencia de racionalidad tratar de atender a los motivos profundos que subyacen, como datos reales, por debajo de posiciones a veces simplificadas por la misma lógica de los discursos.

Así como es imposible negar las deficiencias del sistema penal, tampoco puede hacérselo con los datos que ofrece la realidad delictiva. Especialmente, la de índole violenta aparece en la conciencia pública como un dato preocupante y ocasiona válidos reclamos. Estos no pueden ser ignorados y obligan al

<sup>21</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, *La influencia de la Unión Internacional de Derecho Criminal y de la Asociación Internacional de Derecho Penal en el desarrollo internacional de la política criminal moderna*, en *Doctrina Penal*, Nº 15, Depalma, Buenos Aires, 1981, ps. 455 y ss.

poder público a respuestas contundentes, ya que cuando éstas no aparecen surge el creciente fenómeno de las reacciones individuales, las venganzas y las organizaciones privadas de seguridad, todo lo cual nos retorna a niveles de ley de la selva y del predominio del más fuerte.

Precisamente, la indudable existencia de formas represivas informales en la que con frecuencia aparecen involucradas actividades parapoliciales (el caso de Brasil es ilustrativo de lo dicho), ha llevado a pensadores comprometidos con ideas despenalizantes, a sostener la vigencia del Derecho Penal, con todos sus defectos, como la alternativa posible de cierto grado de control y de limitación de una violencia que, de no controlarse por los carriles oficiales, desemboca en el terror. Como lo vio Zaffaroni, al menos en América Latina la alternativa de la hipotética abolición del Derecho Penal es la represión indiscriminada, la ferocidad del combate, los fusilamientos en las calles, la muerte y la violencia<sup>22</sup>.

Mal que nos pese, con todos sus defectos el Derecho Penal sustantivo y los procedimientos realizativos siguen constituyendo el modo posible de mayores garantías para limitar el poder penal y no sólo del Estado, sino de grupos paraoficiales a veces con tanto o más poder real que las propias organizaciones institucionales.

Precisamente, en esa línea de pensamiento se ha trabajado señalándose que el Derecho Penal cumple en nuestros tiempos un papel (obviamente, de relativa eficacia, pero que constituye una línea de posibilidades válida) de defensa de lo público controlable contra los ataques de lo privado incontrolado<sup>23</sup>. Ello tiene que ver con las cambiantes circunstancias del mundo actual y con el surgimiento de formas delictuales diferentes de las tradicionales y estrechamente relacionadas con manifestaciones

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

<sup>23</sup> VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *El Derecho Penal de la democracia*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993.

implícitas o explícitas de poder. Las muestras más evidentes de lo dicho se encuentran en las grandes manifestaciones de organizaciones delictivas, tales como la mafia y el narcotráfico, y también en las actividades de grupos otrora vinculados a la política represiva de las dictaduras militares (lo que ha dado en caracterizarse como “mano de obra desocupada”). Pero también debemos tener en cuenta de modo especial los hechos que provienen del propio poder político y que se expresan dentro de lo que de un modo general podemos calificar como corrupción gubernativa. A esto se agrega (con frecuencia de un modo de reales interconexiones) la delincuencia económica de alto vuelo, tales como las estafas bancarias, el deliberado vaciamiento de empresas, las quiebras fraudulentas, el monopolio, etcétera<sup>24</sup>.

No puede negarse que en los últimos tiempos este tipo de hechos ha crecido de modo notable y aunque no tienen la repercusión de los de la delincuencia violenta, ofrecen motivos de notoria negatividad sobre el entramado social. La tendencia económica preponderante en los países latinoamericanos de privatización de los servicios públicos fundamentales, a más de generar desocupación, acentuar la marginalidad y dejar librada la economía a la acción de los socialmente poderosos, aumentando el abismo de la desigualdad, ha significado –de hecho– que se pase de monopolios estatales relativamente controlables a monopolios privados casi al margen de la legalidad, frente a los cuales los usuarios carecen prácticamente de la más mínima vía de acciones y reclamos.

Si bien está en claro que el Derecho en general y el penal en particular no constituyen por sí soluciones a los problemas sociales y que, de manera alguna un crecimiento punitivo puede hacer desaparecer las causas motivadoras de las conductas delictivas, también lo es que la misma vida social exige ciertos

<sup>24</sup> TIEDEMANN, Klaus, *El concepto de delito económico y de Derecho Penal económico*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1975, año 4.

niveles de seguridad y, consecuentemente, de reacción ante hechos que perturban o lesionan las bases mismas de la convivencia.

Ello resulta un dato fundamental en nuestra actualidad, donde “gran parte de la criminalidad [...] es obra de sujetos que en absoluto son débiles, sino que, al contrario, son sujetos particularmente fuertes”; esto resulta de esencial consideración, ya que la abolición o el debilitamiento del sistema penal puede tener resultados por completo paradójicos, volviéndose en contra de los mismos fines que se buscaban: “La lucha contra la represión penal está amenazada de devenir una lucha a favor de la prepotencia de los socialmente fuertes contra los débiles, los cuales sólo pueden defenderse asociándose a un poder público que les garantice con efectividad de las prevaricaciones de los más fuertes”<sup>25</sup>.

Lógicamente, ello implica que el funcionamiento de lo penal responda a un mayor grado de representatividad de los intereses comunes y que, por ende, cuente con una legitimidad que hunda sus raíces en el sistema democrático, entendiendo por tal no sólo el cumplimiento de ciertas reglas de juego electivas (que constituyen un mínimo necesario, aunque no suficiente), sino que avance hacia un contenido material de la democracia. De esto se deduce que, en primer lugar, las figuras penales surjan de la ley en sentido estricto, es decir, de disposiciones generales sancionadas por el parlamento de acuerdo con los procedimientos establecidos para el caso y luego de consideraciones que respondan a un verdadero debate sobre la necesidad y características de la infracción punible. Y en segundo lugar, que en el supuesto se trate de la protección, mediante la pertinente descripción de conductas, de bienes jurídicamente protegidos que razonablemente se entiendan fun-

<sup>25</sup> MELOSSI, Darío, *Ideología y Derecho Penal. ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?*, en *Pena y Estado*, P. P. U., Barcelona, 1991.

damentales para la coexistencia. En la determinación del bien jurídico se da una estrecha relación con las concepciones imperantes del Estado con aquello que en verdad se estima imprescindible. Como bien fue advertido, de la creencia en la debida profundización de este concepto, “se pone de manifiesto su imprecisión e incapacidad para expresar lo realmente protegido por el Derecho Penal”, lo que impide una auténtica fundamentación y la consecuente implementación de “una política criminal coherente con los contenidos materiales de un Estado social y democrático de Derecho”<sup>26</sup>.

Es de evidencia que la precisión y delimitación del bien jurídico, como contenido material del injusto, constituye un punto esencial para la teleología de la interpretación, que en este aspecto debe responder al señalado paradigma constitucional y adecuarse a niveles racionales de decisión, tanto en lo general de la decisión política incriminante, como en el caso concreto de aplicación del Derecho Penal en una situación y a un individuo particular.

Pero es obvio que un buen ordenamiento del catálogo punitivo no basta para el correcto y representativo funcionamiento del sistema. Por definición, la ley es general y abstracta, implica una postulación de lo debido y, por ende, se mantiene dentro del terreno del deber ser. Y al respecto, es bien sabido que entre lo normado y lo real, existe una distancia que, por razones diversas, entre las que cabe mencionar factores políticos, dificultades averiguativas, criterios de permisibilidad, indiferencia o adecuación social, desaparición del fenómeno, cambios históricos de criterios morales, selectividad persecutoria, etcétera, hace que algunas figuras sólo mantengan una presencia retórica (por ej., las disposiciones aún vigentes sobre duelo), otras se apliquen sobre determinados sectores (aborto) o se desvanezcan en archivos por imposibilidad de hallar los autores (hurtos), o

<sup>26</sup> HORMAZABAL MALAREE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social democrático de Derecho*, P. P. U., Barcelona, 1991.

tropiecen para su aplicación con serias oposiciones de poder (delitos políticos, ecológicos y/o de corporaciones económicas)<sup>27</sup>. Este es el fenómeno que se conoce como de la “cifra negra”, que puede ser caracterizado como la diferencia estimada entre el número de conductas delictivas que se suponen ocurren realmente y las que llegan a conocimiento de las autoridades competentes, generando la pertinente actividad persecutoria y la eventual condena.

La operatividad real del sistema penal tiene un marcado carácter selectivo, no sólo en lo que atañe a la clientela habitual de comisarías, tribunales y cárceles (semejante a la de los hospitales públicos), sino también en el tipo de sucesos, por lo que mayoritariamente se ponen en marcha los mecanismos averiguativos. Y esto no sólo por la evidente razón de que en la realidad ocurre mayor número de ciertos tipo de casos, sino también porque el sistema parece operar con comodidad ajustado a la rutina de esas situaciones relativamente simples, sin complejidades investigativas, protagonizados por individuos de poca cultura y recursos y, por lo común, asistidos por defensores oficiales de hecho inexistentes.

Esto lleva a que se haya generalizado la imagen “marginal” de la justicia penal.

Esa justicia funciona como una “ajenidad” que no soluciona el conflicto y donde ni siquiera se da un efecto simbólico.

En gran parte, lo señalado es consecuencia directa de esa “cultura inquisitiva” a la que ya nos referimos y cuyos efectos han marcado a fuego el sistema penal latinoamericano, afortunadamente con algunos cambios relativamente recientes que implican cierto avance hacia una imprescindible modernización, pero que es urgente profundizar<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> LOPEZ-REY Y ARROYO, Manuel, *Opresión, violencia y permisibilidad*, Universidad, Buenos Aires, 1985.

<sup>28</sup> VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Crisis de la justicia penal: diagnóstico y propuestas*, en *Doctrina Penal*, N° 39, Depalma, Buenos Aires, 1987.

Y como antes se dijo, esa profundización, en la coherencia de un espíritu democrático, debe recorrer sendas de representatividad popular. Esto lleva, en primer lugar, a mayores niveles de legitimación de los protagonistas reales del conflicto, pero también a un papel más definido y activo de la fiscalía; en la medida en que el sistema penal no abandone el principio de oficialidad persecutoria y mantenga la estructura derivada de la acción penal pública, resulta fundamental diferenciar netamente, por un lado, a la fiscalía del órgano decisor<sup>29</sup> y, por el otro, acentuar su intervención como órgano representativo de intereses generales. En este sentido, el Ministerio Público debe ser, realmente, una institución “pública” dotada de ciertos márgenes controlables de discrecionalidad persecutoria, tanto respecto de la promoción como del mantenimiento de la acción y con medios suficientes como para acometer válidamente la investigación de aquellas conductas socialmente dañosas.

En este mismo orden de ideas, debe insistirse sobre el carácter esencialmente público y popularmente controlable del juicio que, tanto por ser un acto de gobierno republicano como por el sentido de conocimiento social, debe tramitarse –al menos en aquellas causas significativas– de una manera que haga posible que la ciudadanía tenga claro conocimiento de las razones por las cuales se absuelve o condena a un individuo. Igualmente, de acuerdo con lo que está constitucionalmente ordenado en varios países, el acto de juzgar debe contar con intervención popular a través de la institución del jurado o de tribunales escabinados.

Los precedentes elementos de índole procesal y de directa derivación constitucional, resultan requisitos insoslayables tanto para un avance en la democratización de la justicia penal como para una real aproximación de esa justicia al pueblo (que es su destinatario) y que la cultura inquisitiva separó en un divorcio

<sup>29</sup> AUTORES VARIOS, *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

irreconciliable. Obviamente, tales reformas (desde tiempo atrás propiciadas) requieren para su éxito no sólo de la voluntad política de institucionalizarlas, sino de mecanismos selectivos de los operadores judiciales que permitan reclutar, sin los tradicionales criterios clasistas y/o corporativos, verdaderos jueces de la democracia.

Es posible pensar que en la hora actual existe un verdadero desafío en torno a una reformulación del sistema penal. En tal aspecto, los días finales de nuestro siglo guardan analogía con los vividos en las postrimerías del siglo XVIII, en el que se gestaron las bases de la evolución moderna del Derecho Penal y se sentaron los lineamientos de un conjunto de procedimientos garantizadores de los derechos del imputado.

La dramática experiencia de las muchas fracturas del orden institucional, las lecciones de una dura y reciente historia, la profundización teórica de una doctrina que ha sabido cuestionar y destruir mitos y abrir la reflexión hacia la realidad, y la cada vez mayor vigencia de un paradigma constitucional, permiten alentar esperanzas en el mejoramiento de un sistema que debe servir para asegurar esas condiciones básicas sin las cuales no es posible la libertad y, por ende, la seguridad y el desarrollo de las personas.

El recientemente desaparecido profesor Carlos Nino acometió con especial rigor este trabajo de búsqueda de fundamentos legitimantes del sistema penal dentro del Estado democrático y las bases constitucionales<sup>30</sup>. Parte de la idea de que todos los individuos están investidos de ciertos derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución y que implican la consecuente obligación de respeto de los mismos no sólo por el Estado, sino por todos los restantes individuos. La organi-

<sup>30</sup> NINO, Carlos Santiago, *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los Derechos Humanos*, en *Doctrina Penal*, año 12, N° 45, Depalma, Buenos Aires, 1989. También: *La huida frente a las penas*, en *No hay Derecho*, N° 4, Buenos Aires, 1991.

zación estatal se justifica por su deber de actuación en el aseguramiento de tales derechos. Para ello, monopoliza la coacción penal (pena y acción pública, poder jurisdiccional) para evitar la comisión de injustos y, en su caso, castigar las infracciones. El respeto a la autonomía moral y funcional de las personas conlleva necesariamente a la efectiva prohibición de actos que afecten dicha esfera, tales como matar, lesionar, apropiarse de bienes ajenos, burlar la buena fe, falsificar, etcétera. Y con mucha más razón, aquellas conductas que a más de la agresión individual trascienden hacia los bienes generales y las condiciones mínimas que hacen posible la sociedad abierta.

No puede discutirse que todo conjunto social puede y debe contar, para subsistir como tal, con instrumentos eficaces de defensa. Claro está que el desafío democrático es el de una defensa legítima. Esto implica que, como ha sido detallado en algunos fallos memorables de alguna jurisprudencia argentina<sup>31</sup>, el Estado jamás puede aparecer beneficiándose de un ilícito ni combatir el delito con el delito.

En la señalada tesitura es innegable que en los últimos años han ido produciéndose avances significativos, pero también lo es que el diseño coherente y consensuado de una política criminal de la democracia es una suerte de asignatura pendiente. El gran debate sobre el tema, que pareció insinuarse con fuerza durante la década del '80, ha perdido impulso. Sin embargo, son incontables los aportes producidos dentro de los estudios de teoría del delito, política criminal, criminología y procedimientos que permiten sostener, en lo básico, que existe una verdadera cultura jurídica latinoamericana que, desde el garantismo constitucional, apunta a una modificación integral del

<sup>31</sup> C. S. J. N., "Montenegro", sobre la garantía de no ser obligado a declarar contra sí, *Fallos*: 303:1938; "Fiorentino", sobre inviolabilidad del domicilio, *Fallos*: 306:1752; Cám. Nac. Crim. y Correc., "Monticelli de Prozillo", en L. L. 1984-D-373; así mismo, ver MILLER, Jonathan M.; GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

sistema. Tal formulación necesita de la voluntad política para concretarse legal e institucionalmente, por lo que los esfuerzos en tal sentido deben preponderantemente orientarse hacia esa dirección. Se señala esto en el convencimiento de que si bien toda evolución doctrinaria, en la medida en que participa de las características y espíritu de la actividad científica, es una tarea inacabada e inacabable, sigue y debe seguir su camino de permanente “obra en marcha”, puede desembocar en una suerte de callejón sin salida o en una siembra sobre lo estéril si no encuentra acogimientos reales en el legislador y en el juzgador (usando estas dos últimas palabras con clara conciencia de que se trata de ficciones que empleamos para denominar unitariamente lo que es múltiple y variable).

La ausencia de una meditada (o al menos discutida) política criminal es un dato de la realidad latinoamericana, lo que se traduce en un fragmentarismo reformista que, pendularmente, pasa de la liberalización a la incriminación y que con mucha más frecuencia de la deseable acude a la amenaza punitiva cada vez que se enfrenta ante un problema que se entiende urgente solucionar.

La subsidiaridad del sistema penal respecto del orden jurídico es, en la mayoría de nuestros países, una verdadera utopía y, más bien, asistimos a una suerte de inflación penal que traduce una actitud de acudir, en primer lugar, a la respuesta punitiva ante las más diversas situaciones.

Tal proliferación, a más de caótica e inabarcable, desdibuja la fuerza de la reacción ante el injusto, colocando en un mismo nivel todo tipo de comportamientos, desde los verdaderamente lesivos hasta los meramente formales o circunstanciales. Por eso, y sin perjuicio (o más bien a causa de ello) de lo dicho respecto a conductas que en verdad exigen una respuesta contundente, el primer reclamo de la doctrina a la política cabe ser el de la limitación y la prudencia. Ello tanto respecto a quienes legislan como especialmente a quienes juzgan. En este

último aspecto, deviene de estricta pertinencia todo lo dicho con relación a una interpretación constitucional que, en más de una ocasión, aparece más como una exigencia de elemental sentido común que un requerimiento de profundidad técnica.

En síntesis: de lo que se trata es de una suerte de retorno a las fuentes; de abreviar en esas limpias aguas que nutrieron los movimientos libertarios que fundaron nuestras patrias y que dieron sentido a los movimientos emancipadores, y de encontrar firmes cimientos para la construcción de un verdadero “Derecho Penal de la democracia” en esa inacabada (y muchas veces mal aprendida) lección del texto y espíritu constitucional. Sólo así podremos esperar razonablemente que los hombres no se devoren entre sí, pero sin que los aplaste el Leviatán.

## CAPITULO I

### EL DERECHO PROCESAL PENAL

#### 1. Objeto de estudio

En la realidad social ocurre que ciertos individuos son sometidos por otros, investidos de autoridad y poder, a constreñimientos graves; cuando éstos son consecuencia de una decisión que impone formal y deliberadamente un castigo como consecuencia de una conducta anterior del castigado, calificada como delictiva, la denominamos "pena". En nuestro país estas sanciones pueden consistir en la privación de libertad por lapsos variables, en la prohibición de ejercer actividades profesionales y/o al pago de cantidades dinerarias. En otros sistemas y tiempos, las penas investían mayor entidad aflictiva: ejecución del condenado, inflicción de sufrimientos físicos, realización de trabajos forzados, exilios y/o confinación en lugares inhóspitos, etcétera.

El Estado moderno ha conformado un complejo sistema normativo institucional que estatuye una serie de condiciones y prevé actividades, socialmente perceptibles, que configuran el *poder penal*; éste, a través de procedimientos específicos, define comportamientos a cuya comisión se asocian penas. Cuando en la realidad sucede una de estas conductas, se ponen en marcha mecanismos coactivos, averiguativos y discursivos, que culminan

en una decisión sobre si corresponde o no la imposición concreta del castigo abstractamente definido.

El objeto de este estudio es el conjunto de los elementos mediante los cuales el Estado aplica el Derecho Penal. Se considerarán los órganos, sujetos, actos y métodos a través de los cuales se llega a determinar la aplicación de pena o medida de seguridad y, en algunos supuestos, reparaciones pecuniarias de los daños ocasionados.

Lo señalado es lo que denominamos como:

## A) *El Derecho Procesal Penal*

Que es el conjunto abarcativo de aquellas disposiciones estatales que regulan la función aplicativa del Derecho Penal.

### a) *Denominación. Sentido de las palabras empleadas*

Lo que fue circunscripto como objeto de estudio puede ser abordado desde diferentes perspectivas: una descripción basada en datos empíricos de cómo y en qué casos actúan ciertas personas ante un suceso que entienden como delictivo; una reseña de las variaciones en el tiempo de esas maneras; las valoraciones y mecanismos psicológicos de los operadores; los condicionamientos culturales que explican las instituciones, y las prescripciones normativas que regulan esos métodos aplicativos. La denominación "Derecho" atiende a este último aspecto (aunque no necesariamente implica dejar de lado los restantes), significando que se trata de un conjunto de normas jurídicas; "Procesal", porque el objeto delimitador de tal regulación se desarrolló en torno a un peculiar método de desenvolvimiento secuencial, que ha sido denominado como "proceso", y "Penal", porque disciplina la aplicación del Derecho de esa naturaleza.

### b) *Concepto*

El Derecho Procesal Penal es el conjunto de disposiciones jurídicas que organizan el poder penal estatal para realizar (apli-

car) las disposiciones del ordenamiento punitivo. Para ello estructura normativamente el aparato de investigación y juzgamiento y los procedimientos seguidos desde que se tiene información sobre un hecho presuntamente delictivo hasta la resolución conclusiva y posterior ejecución de lo dispuesto.

“Los fenómenos procesales penales deben ser representados por un sistema de conceptos obtenidos de las normas vigentes”<sup>1</sup>, lo que significa que la caracterización del objeto de estudio debe encuadrarse a través del material brindado por la regulación positiva y por las categorías que le otorgan sentido.

Sobre esta base puede proponerse como una descripción suficientemente general y abarcativa de los diversos fenómenos, la de que el Derecho Procesal es el conjunto de preceptos, sistemáticamente interrelacionados, que tratan de los órganos, sujetos y actos destinados a la aplicación de la ley penal sustantiva o, como se dijo repetidamente en doctrina, el conjunto de normas que disciplinan la actividad del Estado para la aplicación de las leyes de fondo.

El concepto sobre esta materia ha sido formulado diversamente a través de:

### c) *Definiciones*

La doctrina ha prestado amplia y justificada atención a la delimitación del objeto de estudio, conceptualizando la materia y proponiendo definiciones capaces de encuadrar el tema.

Aunque la delimitación teórica del Derecho Procesal Penal es preocupación que se advierte ya adelantado el siglo, se encuentran aportes significativos en la obra de los penalistas clásicos, que dedicaban páginas a las cuestiones realizativas y, en ocasiones, avanzaban desde los preponderantes aspectos prácticos a caracterizaciones generales. Así Carrara trata *Del origen filosófico del juicio penal*; por su parte Feuerbach en su *Tratado de Derecho Penal*, anali-

<sup>1</sup> CLARIA OLMEDO, Jorge Alberto, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960, t. I, p. 44.

zando lo que denomina *Pragmática del Derecho punitivo*, entiende al Derecho Procesal Penal como “el poder estatal de juzgar válidamente ciertas acciones según las leyes penales”, agregando más adelante: “El conjunto de las actuaciones previstas por las leyes, por medio de las cuales el Estado persigue sus derechos emergentes de las leyes penales, se llama proceso criminal”<sup>2</sup>.

En lo que hace a elaboraciones teóricas más cercanas y al solo efecto de hacer menciones de algunos de estos aportes, recordemos la de Florián que define al Derecho Procesal Penal como “el conjunto de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran”<sup>3</sup>. Con mayor actualidad, Giovanni Leone encuadra el conjunto de normas correspondientes a nuestra disciplina en orden al fin a que se encaminan, el que se divide en: “a) Declaración de certeza de la *notitia criminis* (es decir, declaración de certeza del delito e inflicción de la pena); b) a la declaración de certeza de la peligrosidad social y a la aplicación de medidas de seguridad; c) declaración de certeza de las responsabilidades civiles conexas al delito y la inflicción de las consiguientes sanciones, y d) a la ejecución de las providencias”<sup>4</sup>.

Clara y precisa resulta la definición del alemán Jürgen Baumann: “Derecho Procesal Penal es el conjunto de las normas destinadas a regular el procedimiento para la determinación y realización de la pretensión penal estatal”<sup>5</sup>.

En lo que atañe a las conceptualizaciones propuestas por la doctrina latinoamericana, merece mencionarse la del profesor brasileño Fernando Da Costa Tourinho para quien la materia

<sup>2</sup> FEUERBACH, Anselm, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, ps. 315 y 325.

<sup>3</sup> FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. de Pietro Castro, Bosch, Barcelona, 1934, p. 14.

<sup>4</sup> LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963, t. I, p. 14.

<sup>5</sup> BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 2.

abarca la organización judicial penal y la estructuración del proceso penal; citando a Federico Marques propone como definición que se trata del conjunto de normas y principios que regulan la aplicación jurisdiccional del Derecho Penal objetivo, y la sistematización de los órganos de jurisdicción y los respectivos auxiliares como también los de persecución penal<sup>6</sup>.

En nuestro país ha sido Clariá Olmedo uno de los que con más ahínco laboró en una conceptualización del Derecho Procesal Penal. En su *Tratado...*, luego de pasar revista a los contenidos, concluye diciendo que “el Derecho Procesal Penal es la zona jurídica reguladora de la efectiva realización del Derecho Penal; establece los principios que gobiernan esa realización y determina los órganos, la actividad y el procedimiento para actuar la ley penal sustantiva”<sup>7</sup>.

Por su parte, el más actual Julio Maier define diciendo que “es la rama del orden jurídico interno de un Estado cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él”<sup>8</sup>.

Más allá de las diferencias y énfasis personales de cada autor, la generalidad de la doctrina mantiene respecto del contenido y definición de la materia estudiada coincidencias en orden a que estamos ante un conjunto normativo o, como aclara Maier “una porción delimitada” del orden jurídico estatal, que se identifica por su objeto y función de disciplinar la aplicación del Derecho Penal sustantivo. En tal aspecto, la materia se conforma por disposiciones reguladoras de los órganos, sujetos y actos que el Estado establece para realizar la legislación punitiva.

<sup>6</sup> DA COSTA TOURINHO (filho), Fernando, *Proceso Penal*, Saraiva, São Paulo, 1986, t. I, p. 16.

<sup>7</sup> CLARIA OLMEDO, ob. cit., p. 48.

<sup>8</sup> MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1 “A”, p. 102.

## d) *Características*

Puesto en claro que la legislación procesal penal es el conjunto de preceptos reguladores de los órganos, sujetos y actos que conforman los requisitos necesarios para una válida aplicación de la ley penal sustantiva, el Derecho Procesal, desde una perspectiva general, legisla sobre la organización del Poder Judicial, determinando los modos de ejercicio de la facultad y actividad jurisdiccional, como así también los derechos y deberes de las partes y auxiliares, las condiciones y formas de los diversos actos y los distintos medios impugnativos.

Las normas procesales, como manifestación concreta de uno de los tres poderes esenciales del Estado, atañen a la administración de justicia, es decir, a la aplicación o realización de la normatividad sustantiva. Como señala con precisión Alsina, el Derecho Procesal “es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo”<sup>9</sup>. Así, como ha sido ampliamente precisado por la doctrina extranjera y nacional, la legislación procesal se dirige a hacer efectivas las leyes de fondo o sustantivas. Igualmente, la doctrina coincide en que ese medio realizativo está dado por el proceso.

A través del mismo se establecen distintos actos y etapas, con formas rituales y dentro de órganos prefijados, mediante los cuales se determina si cabe o no la aplicación de la legislación sustantiva general al hecho singular en consideración.

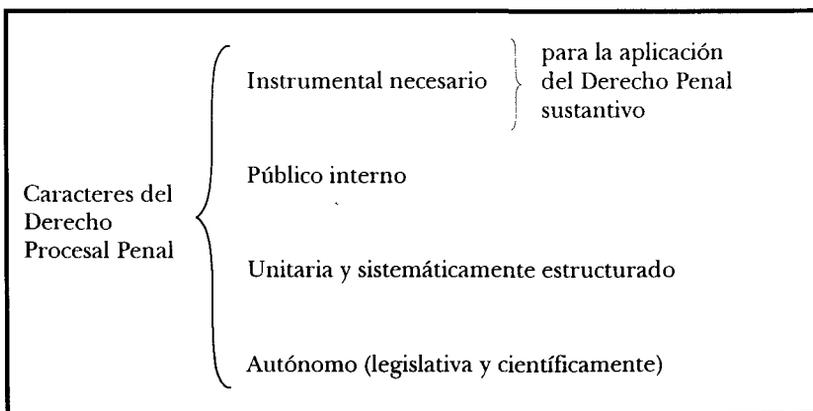
En el caso de la normatividad penal y por mandato constitucional, el Derecho Procesal es el único y necesario medio para definir si se encuentran dados los presupuestos para obrar la sanción prevista para la eventual transgresión al precepto de la norma de la legislación penal de fondo.

Resumiendo y destacando lo hasta ahora expuesto, podemos concluir proponiendo las siguientes notas o características del Derecho Procesal Penal:

<sup>9</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.

- a) Es un conjunto de normas, es decir: disposiciones legales promulgadas por los órganos pertinentes, válidas y vigentes. Por lo general, tales normas se agrupan a través de disposiciones orgánicas.
- b) Tales disposiciones legislan sobre el poder jurisdiccional del Estado y regulan el proceso como fenómeno jurídico específico destinado a la realización del Derecho sustantivo.
- c) En el precedentemente señalado sentido, el Derecho Procesal Penal se dirige desde la noticia sobre un hecho presuntamente criminoso, a través de actos previamente fijados, hasta la declaración de certeza en torno a la cuestión planteada, y a las consecuentes ejecuciones.
- d) En el camino hacia esa declaración de certeza, se procuran armonizar los derechos y garantías del imputado, con el interés público por la averiguación y castigo de conductas criminosas, dentro de ese amplio terreno en que se desenvuelve la función del Estado para lograr la represión y prevención de la criminalidad.

En consecuencia, puede proponerse como caracterización de la materia en estudio lo siguiente: Derecho Procesal Penal es el conjunto de disposiciones legales sistemáticamente estructuradas que establecen coactivamente la organización, formas



y medios de actuación del poder jurisdiccional del Estado para la aplicación o realización del Derecho Penal sustantivo, fijando procedimientos que regulen, garantizando los derechos individuales, la investigación judicial y los debates entre las partes, con miras a la declaración de certeza en torno a la comisión de hechos delictivos generadores de pretensión punitiva y eventualmente resarcitoria, y las posteriores ejecuciones.

## 2. El Derecho Procesal Penal dentro del orden jurídico

Es de elemental evidencia que la materia que ocupa nuestra atención es una parte de un conjunto normativo e institucional mucho más amplio. En las consideraciones iniciales fueron indicadas algunas relaciones con el Derecho Penal sustantivo, las que con más detalle serán luego consideradas. Así mismo, en los análisis se echará mano de categorías del Derecho Procesal general y se atenderá a determinadas cuestiones de índole resarcitoria que se encuentran reguladas por el Derecho Civil. Por otra parte, la integral configuración de los temas de la realización penal se hará siempre sobre la base de lo mandado por el texto y espíritu constitucional. Estas simples menciones dan ya la idea de que si bien por cuestiones metodológicas y legales nos centramos en esto que denominamos el Derecho Procesal Penal, el mismo no es sino un sector del orden jurídico.

*Orden u ordenamiento jurídico* es una denominación conceptual que alude a la estructura normativa que rige dentro de un determinado Estado. Por cierto que esta caracterización exige un profundo ahondamiento y que el mismo ha sido hecho por los estudios de teoría general del Derecho, correspondiendo –por la amplitud y complejidad del tema– remitirse a ellos<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Sobre el particular, pueden consultarse: AFTALION, Enrique R.; GARCIA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, Coeditora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, ps. 211 y ss.; ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974; KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón

Bástenos tener en cuenta que no se trata de una mera yuxtaposición de disposiciones, sino de interrelaciones y derivaciones que conforman un conjunto. A modo de ejemplo, piénsese en que cuando un tribunal compuesto por jueces designados de acuerdo con la Constitución y leyes reglamentarias y competentes según las disposiciones orgánicas, dicta una sentencia luego del trámite procesal previsto en el Código de la materia, declara, si correspondiere, la responsabilidad penal y civil de un individuo (de acuerdo a los digestos sustantivos) y lo remite a un establecimiento de prisión dependiente del Poder Ejecutivo, está aplicando disposiciones constitucionales, procesales, penales, civiles y administrativas.

El orden jurídico ha sido estudiado desde el doble y convergente aspecto de su unidad estructural y de su derivación, entendiéndolo último en un proceso de generalidad decreciente que, partiendo de las normas fundamentales, pasando por los códigos de fondo y de procedimiento y por la preceptiva reglamentaria, finaliza en la norma individual<sup>11</sup>. Esta idea re-

Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1978; KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado* cit.; MAIER, ob. cit.; RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1959, ps. 281 y ss.; RINESSI, Antonio Juan, *Orden jurídico positivo*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXI, ps. 49 y ss.; ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, y *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969; SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969; VERNENGO, Roberto José, *Curso de teoría general del Derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, ps. 293 y ss.

<sup>11</sup> RECASENS SICHES, ob. cit., p. 281: "El ordenamiento jurídico vigente en un Estado, en un determinado momento, se compone de una serie de preceptos de diversa generalidad. Los hay de máxima generalidad; por ejemplo, los contenidos en las leyes, los cuales, en términos abstractos, ligan a determinado tipo de situaciones y determinado tipo de consecuencias; los hay de una mayor concreción, como son muchos de los expresados en reglamentos y en disposiciones administrativas, los cuales vienen a concretar, en términos más restringidos, principios contenidos en las leyes. Hay otros preceptos jurídicos que tienen una materia y un ámbito ya puramente concreto y singularizado, cuales son, vgr., los pactos de un determinado contrato [...] Y finalmente,

sulta de especial importancia para la interpretación y valoración tanto de la legislación como de los pronunciamientos jurisdiccionales, ya que la validez del sistema positivo entero descansa sobre la preceptiva constitucional.

Las notas que distinguen al orden jurídico son las de una positividad –legislación vigente– promulgada por el Estado, como punto de referencia en cuanto a su origen, respaldo coactivo y significación, lo que les otorga unidad y mutua interrelación a pesar de las notorias diferencias que distinguen los agrupamientos por materias, funciones y jerarquías. Al mismo tiempo, como fue advertido por Ross, este orden normativo ofrece aspectos institucionales, es una “maquinaria jurídica”<sup>12</sup> corporizada objetivamente en parlamentos, órganos administrativos, sociedades, tribunales, etcétera, que en el plano de la realidad representan y dan vida a las prescripciones.

Ross nos habla de que el orden jurídico se encuentra compuesto por *normas de conducta*, es decir, aquellas que procuran que los destinatarios sigan un determinado comportamiento, previendo una sanción (refrendada por la fuerza estatal) para el supuesto de incumplimiento, y por *normas de competencia*, que son las que establecen los mecanismos de creación de las normas, órganos de ejecución de las disposiciones y todo lo concerniente al funcionamiento del sistema.

El tema del orden jurídico puede ser enfocado desde una perspectiva lógica y preponderantemente formalista, dirección que ha tenido desarrollo en la obra de Kelsen y en quienes profundizaron en el recorrido de ese camino; pero igualmente es tema de análisis sociológico, toda vez que se atiende a la operatividad real de mecanismos de control social. Una postura que pareciera aunar ambas perspectivas es la del ya citado Ross,

todavía, los hay de una máxima concreción, como ocurre con las disposiciones de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, en los cuales se manda nominativamente, con plazo determinado, una cierta prestación o consecuencia”.

<sup>12</sup> ROSS, ob. cit., p. 58.

que de manera sintética pero clara dice que se trata de un orden que tiene vigencia en el mundo de los hechos, lo que auna las cuestiones de validez, vigencia, correlación sistemática y derivación jerárquica con descripciones fácticas y de funcionamiento.

Respecto de la *función de este ordenamiento*, es posible hacer una distinción entre los *aspectos preventivos* o proyectivos y los consecuentes o *sancionatorios*. Los primeros implican una programación de las relaciones intersubjetivas, estableciendo determinados modelos de conductas queridas y procurando una regulación futura del curso de los acontecimientos, mediante la motivación o la disuasión de ciertas acciones u omisiones. Y el segundo opera cuando por cualquiera de las hipótesis previstas en la norma, el hecho valorado como debido y querido no ocurrió o bien se produjo una situación de conflicto. De tal manera, si bien la estructura lógica del precepto normativo implica siempre un “deber ser”, en el primer caso se atiende hacia el futuro y en el segundo hacia el pasado.

Este último es el aspecto más notorio del funcionamiento del ordenamiento, ya que allí se discutirá la correspondencia de los preceptos a los hechos (interpretación) y se determinarán las consecuencias (aplicación).

El Derecho Procesal se ubica dentro de esta zona, ya que a través de normas de competencia (leyes orgánicas) y de conductas procedimentales destinadas a sujetos específicos, disciplina modos de actuación tendientes a la aplicación institucional de las normas sustantivas de que se trate. La necesidad de su funcionamiento surge, precisamente, cuando la norma de conducta reguladora de una situación de convivencia no ha sido observada y se ha producido fácticamente el supuesto de la sanción prevista.

En la mayoría de los casos el orden jurídico es acatado de manera espontánea por los individuos de la sociedad en que rige; es decir, que en una época y lugar determinados, las dis-

posiciones tienen "vigencia". Mientras la cuestión de la validez es de índole lógica, de correlaciones e interdependencias y de derivación de fundamentación, la de la vigencia hace a la realidad operativa del sistema de preceptos y, en relación a la característica de positividad inherente al orden jurídico, adquiere un valor determinante. Pero un aspecto no puede desvincularse del otro, especialmente en lo que hace a la interpretación y aplicación, y aunque como advierte Kelsen, no pueden ser confundidos los planos de análisis, se da una dependencia de la validez respecto de la eficacia; del mismo modo, la vigencia sin validez implicaría un acto de mera fuerza, sin legitimación.

Es decir que la vigencia de un orden jurídico, su operatividad real, remite a la conciencia de validez, todo lo cual configura esa especificidad de lo jurídico como un objeto cultural de peculiares características, que si bien se encuentra condicionado como todo producto cultural por lo histórico-social e implica una relación dialéctica con el poder (el Derecho no puede existir sin poder), es un algo diferente que no puede, sin más, ser reducido a esos otros fenómenos.

Las correlaciones de validez resultan un aspecto de preponderante importancia en nuestra materia, debiendo entenderse lo dicho con referencia a lo que se entiende como el sistema penal y su incidencia sobre aspectos fundamentales de la coexistencia y organización social. En tal óptica se enfocará ahora la relación del Derecho Procesal Penal con las zonas jurídicas de mayor relevancia:

## *A) Derecho Constitucional*

La base fundamental y fundamentadora, el cimiento sobre el que descansa todo el ordenamiento jurídico es la Constitución.

Es un dato de experiencia histórica que todo Estado se organiza en torno a una serie de principios que ordenan el ejer-

cicio de la autoridad pública, su ámbito de desenvolvimiento y las relaciones entre el poder y los individuos. En tal aspecto, aparece como inherente a la idea misma de Estado e implica, a la vez, situaciones fácticas derivadas de la evolución histórica, contenidos ideológicos y valorativos y formulaciones normativas. Esto es lo que ha sido denominado como “constitución material”, enfocando el problema desde una perspectiva preponderantemente sociológica.

Pero resulta claro que en la evolución de los sistemas jurídicos modernos, la idea de Constitución significa un complejo normativo fundamental, sobre el que descansa el entero orden jurídico. Tampoco puede desconocerse que históricamente la formulación explícita de textos constitucionales aparece como intentos y logros deliberados de constreñir el poder dentro de límites acotados, dotando a la estructuración política de parámetros racionales y encuadrando el ejercicio de la autoridad en condiciones de subordinación legal<sup>13</sup>.

De ahí que asista razón a quienes hablan de *constitucionalismo* como de un movimiento asentado sobre la defensa de determinados derechos básicos, cuya protección se procura asegurar mediante formulaciones normativas investidas de la mayor solemnidad<sup>14</sup> y cuyo origen es remontado hasta la Carta Magna inglesa de 1215; en tal aspecto, el concepto encuentra una larga y profusa elaboración doctrinaria en el pensamiento de la ilustración y, especialmente, en las formulaciones contractualistas<sup>15</sup>, todo lo cual se concreta en los grandes movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII y en la promulgación de textos constitucionales en el siglo XIX. En tal contexto, el constitucionalismo refleja la lucha contra el absolutismo monárquico, el reconocimiento de derechos individuales originarios y con-

<sup>13</sup> RAMELLA, Pablo, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 6.

<sup>14</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1953, t. I.

<sup>15</sup> CASSIRER, *Filosofía de la Ilustración* cit.

JORGE E. VAZQUEZ ROSSI

---

diciones limitativas del poder, al igual que nuevas bases de legitimación de la autoridad pública, dadas por la representatividad popular, el pacto social y la voluntad general<sup>16</sup>.

Dentro de este esquema, la Constitución diseña un programa de sociedad y un marco configurativo del Estado. Aparece como una propuesta fundante del entero orden jurídico, como un modelo organizativo en los que ciertos derechos se entienden y valoran como esenciales para la convivencia y, por ello, intangibles para la propia autoridad que es comprendida no como fin en sí misma, sino como emanada de las necesidades de los individuos que le dan sentido a través del pacto fundacional.

El constitucionalismo, en la formulación y evolución que puede llamarse clásica, se caracterizó por la acendrada defensa de las garantías del individuo frente al Estado y por una limitación de la esfera del poder de éste a través de divisiones funcionales y encuadrado dentro de esquemas o espacios legalmente predeterminados.

Ahora bien: la limitación del poder sólo puede ocurrir por un acto de poder. Si bien no puede desconocerse la eficacia operativa de ideas que postulan, a la vez, la crítica de lo existente y la necesidad de un cambio, el mismo sólo sobreviene cuando condiciones objetivas posibilitan una transformación política con capacidad suficiente para establecer las bases de un nuevo orden jurídico, cuya expresión normativa se perfila en la Constitución. Ello es lo que ocurrió en las revoluciones norteamericana y francesa y, con otras particularidades, en las repúblicas latinoamericanas, al igual que en Alemania, Italia y España cuando se retornó al Estado de Derecho.

Habida cuenta de que, como lo expresa Kelsen, “el derecho es un orden u organización específico del poder”<sup>17</sup>, cabe atender a esa particular dialéctica: la Constitución, para promulgarse y

<sup>16</sup> ROSS, Alf, *¿Por qué democracia?*, trad. de Roberto José Vernengo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, ps. 51 y ss.

<sup>17</sup> KELSEN, ob. cit.

regir, necesita de una situación fáctica en la cual quienes la dictan tienen la suficiente capacidad de acción política para ese acto fundacional, plasmando allí el conjunto de ideas vertebrales sobre el Estado. De tal manera, culmina con esa promulgación (como ocurrió en nuestro país cuando se arribó a la organización nacional a través del largo y contradictorio proceso iniciado con los revolucionarios de mayo) una serie de circunstancias históricas que permiten el establecimiento de una nueva organización; obviamente, el mantenimiento de tal orden ocurrirá mientras las relaciones de poder lo hagan viable.

Puesta en claro la “vigencia” de una Constitución, corresponde hablar de su función legitimante y fundante de la “validez” del orden jurídico.

Pueden reputarse como clásicos los análisis que respecto de la derivación de validez del sistema normativo ha hecho Kelsen, describiendo la interrelación de fundamentación: “La derivación de las normas de un orden jurídico de la norma fundamental, se realiza mostrando cómo las normas particulares han sido creadas de acuerdo con la norma básica”<sup>18</sup>, lo que, a más de otros requisitos en orden a la propia formulación de las leyes, les confiere validez, siendo el último y definitivo sustento de la misma la adecuación a los postulados constitucionales.

Al mismo tiempo y desde otra perspectiva, ese cimiento de validez no se limita a servir de soporte formal, sino que implica lo que es dable denominar como una condensación de sentido, es decir, criterios programáticos en orden a los temas fundamentales de una organización jurídica, lo que conduce al interrogante sobre lo que quiere la Constitución; la respuesta a tal pregunta es de directa incidencia interpretativa para el análisis de las normas derivadas.

En consecuencia y de una manera general, el entero orden jurídico está referido a la Constitución, por lo que no hay rama o zona del mismo que no guarde relaciones.

<sup>18</sup> KELSEN, ob. cit., p. 135.

Pero de una manera particular, ello ocurre con el Derecho Procesal Penal.

Corresponde a Eduardo Couture la certera observación de que el Derecho Procesal “reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución”<sup>19</sup>, agregando que “de la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático”, idea que guarda plena correlación con lo que ya indicamos y que permite una hermenéutica en torno al tipo de proceso que se desprende del texto y espíritu constitucional, y que como el autor citado, entre otros, señala, dista de haberse concretado en muchas de las legislaciones vigentes.

Es de destacar que si bien la investigación del autor uruguayo se ciñe al proceso en general, con directa alusión al civil, sus aportes son de una indudable significación a toda materia realizativa y por entero aplicables a la materia penal, donde adquieren aún mayor vigencia. Y en el aspecto que se considera, se comparte plenamente la perspectiva en que se enfoca al Derecho Procesal como enlazado estrecha e íntimamente con el Derecho Constitucional.

Más adelante (Cap. VI) analizaremos el tema de cuál es el proceso penal querido por nuestra Constitución.

## B) *Derecho Penal*

Durante mucho tiempo las normas aplicativas y las disposiciones sustantivas no se diferenciaron conceptualmente, apareciendo las primeras como un apéndice práctico del Derecho Penal (Parte general). En realidad, la autonomía legislativa y doctrinaria es relativamente reciente, siendo, por otra parte, indiscutible que tanto disposiciones de fondo como adjetivas integran el sistema penal. Esto implica dejar en claro desde un principio, que la vinculación del Derecho Procesal Penal con el Derecho Penal más que estrecha es, en realidad, sólo un

<sup>19</sup> COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1948, t. I, ps. 20/21.

aspecto –circunscripto por razones metodológicas– de una misma cuestión.

De una manera genérica, se conceptualiza al Derecho Penal sustantivo como conjunto de normas que definen delitos y estados peligrosos, asociando a los mismos penas (privación de bienes jurídicos) y medidas de seguridad. Se trata de una regulación objetiva del poder punitivo del Estado, cuya finalidad se dirige a disuadir determinadas conductas (acciones u omisiones) que se valoran disvaliosas para la convivencia, con la amenaza abstracta y general de una sanción gravosa (prevención general) y, en su caso, con la aplicación concreta de una pena o medida de seguridad al infractor (prevención especial). Ahora bien: por imperio de la Constitución, esa sanción o medida sólo puede ocurrir como conclusión de un proceso regular (garantía de judicialidad), por lo que el *Derecho Procesal Penal* aparece como el ordenamiento que disciplina los medios para determinar si en el caso se han dado los presupuestos fácticos y jurídicos para la imposición punitiva.

Desde antiguo se ha atribuido al Estado la facultad o Derecho subjetivo de castigar (*jus puniendi*), lo que de manera real no es otra cosa que la más clara manifestación de poder; tal facultad se ha justificado por la necesidad de arbitrar medios tendientes a “proteger la convivencia humana en la comunidad”<sup>20</sup>, asegurando “la inquebrantabilidad del orden jurídico” por medio de la coacción estatal, que emplea como amenaza y retribución la pena pública, manifestación por antonomasia de la autoridad institucionalizada.

Tal poder puede llegar (como la historia lo demuestra) a manifestaciones intolerables si no se limita dentro de parámetros estrictos, que es por lo que luchó gran parte de la evolución ideológica que hemos reseñado respecto del constitucionalismo. Normativamente, ello se dio a través de los principios garan-

<sup>20</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, t. I, p. 4.

tizadores de legalidad sustantiva (*nullum crimen, nullum poena sine lege*) que consagra la primera parte de nuestro artículo 18, complementado con el de reserva (art. 19, Const. Nac.) que derivan en la formulación del Derecho Penal que delimita las condiciones, a través de principios aplicativos (parte general, teoría del delito) y descripción taxativa de acciones u omisiones, dolosas y culposas, a las que se aplica sanción, igualmente pre-determinada.

De tal manera, se ha dado en el Derecho moderno una limitación de la facultad punitiva del Estado, constreñida en zonas de legalidad, que determinan el primer nivel en el *proceso de criminalización*.

La sanción prevista en la norma se aplicará si la acción resulta típica, antijurídica y reprochable.

La función del ordenamiento punitivo, de índole preventivo y represivo, se dirige a proteger bienes jurídicos (vida e integridad personal, disponibilidad del hombre con las cosas, libertad, regularidad de las instituciones, salud pública, etc.) que se entienden indispensables para la protección de la sociedad.

Dentro del Estado Constitucional de Derecho, el ordenamiento punitivo liberal aparece como una limitación racional del poder punitivo, dirigido como protector de los Derechos Humanos y enmarcado en el ámbito de principios aplicativos estrictos, entre los cuales se encuentra la *garantía de judicialidad*. Este principio remite la cuestión aplicativa al terreno procesal y aparece conceptualmente como el nexo en el que se vinculan, necesaria e inescindiblemente, la regulación sustantiva con la realizativa.

El Estado de Derecho ha abandonado la reacción inmediata ante el delito, optando por recurrir a determinados métodos investigativos y de discusión, que son los regulados por lo que conocemos por proceso o enjuiciamiento penal.

Como advierte Núñez, “la judicialidad representa una garantía respecto de la imparcial y correcta aplicación de la ley

penal”<sup>21</sup>. De acuerdo con la Constitución, no puede darse aplicación del Derecho Penal sino en el proceso penal.

De ahí que el Derecho Procesal Penal sea, respecto del Derecho Penal, un instrumento necesario e imprescindible, formando ambos parte del sistema penal.

Esto significa que será dentro del enjuiciamiento donde cobrarán sentido las elaboraciones de la dogmática, inaplicables fuera de ese ámbito. Ambos órdenes se suponen mutuamente, careciendo de sentido uno sin el otro.

La doctrina no ha sido ajena al tratamiento de esta vinculación y es frecuente que los tratadistas de Derecho Penal dediquen páginas a los aspectos realizativos y que los estudiosos del proceso comiencen atendiendo a la regulación punitiva. Así Fenech, quien partiendo de los deberes jurídicos y su infracción, señala que cuando se trata de intereses en los que está comprometido el interés de la comunidad, “delimita lo que es injusto”, determinando infracciones que aparejan responsabilidad penal; para la prevención y represión de tales infracciones, el Estado establece un sistema de órganos públicos y procedimientos, que son los que se agrupan dentro del Derecho Procesal Penal<sup>22</sup>.

Dentro también de la doctrina española, Gimeno Sendra analiza “el sistema punitivo” y apunta con acierto que la garantía sustantiva de legalidad se complementa con la del proceso jurisdiccional, indisolublemente unido a la legislación de fondo<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> NUÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit.

<sup>22</sup> FENECH, Miguel, *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1982, p. 7.

<sup>23</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, t. II (*Proceso Penal*). En página 25, dice el autor: “...el principio de legalidad no se agota en la claridad de los tipos delictivos –lo que supone una elección en favor ‘del derecho penal de hecho’ frente ‘al derecho penal de autor’– ni en el rasgo formal de las normas que lo componen, ni en el carácter irretroactivo de éstas. Esencial a su noción es también la dimensión procesal-jurisprudencial. La indisponibilidad de las normas y la imperatividad de su observancia confieren al proceso penal ‘un carácter de necesidad’ que excluye la posibilidad de cualquier acuerdo o disposición privada para solucionar el conflicto originado por la producción del hecho delictivo”.

En la doctrina argentina, Jorge Clariá Olmedo atendió al tema; partiendo de la norma penal que configura el “conjunto cerrado y discontinuo de ilicitudes” que aparejan sanciones, expuestas de manera abstracta y general, lo que lleva a la necesidad práctica de complementarlo con disposiciones realizativas, las que se encuentran “al servicio del Derecho Penal sustantivo”<sup>24</sup>.

Por su parte Julio Maier es enfático en la afirmación (que compartimos) de que “el Derecho Procesal Penal es parte del Derecho Penal”, tratándose de “una unidad político-jurídica” con fines comunes; el Derecho Procesal Penal determina procedimientos para actuar el Derecho Penal, apareciendo así como mutuamente interdependientes en orden a la realización de la política penal del Estado<sup>25</sup>.

Agrega Maier que ninguno de estos órdenes puede siquiera ser pensado sin relación de uno al otro, ya que integran el sistema penal “como instrumento de control social”. Esto conduce a que teórica y prácticamente ambas disciplinas (durante varios años rígidamente separadas en la enseñanza universitaria) exijan una consideración conjunta; la falta de la misma ha provocado notorias falencias, no sólo de índole doctrinaria, sino también legislativas.

La evolución histórica enseña con elocuencia que los métodos realizativos responden a la misma concepción política que la que preside la regulación punitiva de fondo, lo que se patentiza en nuestros días cuando se sancionan determinadas le-

<sup>24</sup> CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. I, p. 78: “Si el poder penal del Estado es puesto en acto por el Derecho Procesal Penal, si las normas integradoras penales son realizadas por las normas procesales penales en su efectividad y aquéllas en muchos casos se implantan como garantía de esa efectiva realización, ninguna duda cabe acerca de que con gran reiteración ha de ser indispensable acudir a normas penales sustantivas para la debida solución de los problemas de nuestra disciplina, máxime cuando las leyes procesales dan muchas veces por sentado, como es lógico, la existencia y contenido de esas normas sustanciales al proporcionar la construcción procesal”.

<sup>25</sup> MAIER, ob. cit., p. 178.

gislaciones especiales (normas de emergencia antiterroristas, legislación penal tributaria, etc.) que junto a disposiciones de fondo disciplinan métodos aplicativos<sup>26</sup>.

Así mismo, el análisis de nuestra Constitución y de sus fuentes ideológicas, evidencia que el constituyente previó orgánicamente la cuestión penal, todo lo cual permite la conclusión de que la unidad entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal es derivación particularizada del poder penal del Estado.

Se trata ahora de avanzar aun más en la delimitación de este importante tema, considerando algunos aspectos concretos de las relaciones entre estos ordenamientos.

En el estudio de las garantías nos detendremos sobre el principio de inocencia y la exigencia de previa incriminación legal del hecho, requisito indispensable para la validez de la persecución penal. El Derecho Penal según la Constitución, es un catálogo discontinuo de infracciones punibles, las que limitan (legalidad y reserva) la potestad represiva del Estado y, por ende, la actuación de los órganos regulados por el Derecho Procesal Penal.

Así mismo, las descripciones típicas de los preceptos penales describen acciones u omisiones, es decir, conductas o comportamientos, lo que significa que el Derecho Penal liberal lo *es de acto* y no de autor, como era postulado en las propuestas positivistas y en manifestaciones totalitarias que tendían fundamentalmente a la personalidad delincuente. De ahí entonces que los métodos realizativos deban atender a las comprobaciones relativas al hecho delictivo, procurando su reconstrucción conceptual y analizando todas las circunstancias pertinentes que remiten a la tipicidad.

Las menciones que se hacen sobre la peligrosidad del autor, serán relevantes en orden al cuántum de la pena correspondiente.

<sup>26</sup> MAIER, ob. cit., ps. 181/186; VAZQUEZ ROSSI, *El Derecho Penal de la democracia* cit.

Precisamente, en relación a la pena, la incidencia del ordenamiento sustantivo sobre el realizativo es de singular importancia. El Código Penal argentino, al igual que la mayoría, disciplina como sanciones punitivas la multa, la inhabilitación y la privación de libertad en carácter de prisión o reclusión. La sanción de la ley 24.316 de 1994 introduce algunos deberes para el condenado condicionalmente (art. 27 bis) que responden a lo proyectado en orden a medidas alternativas de la prisión, pero sin que aún aparezca esa posibilidad de modo genuino. En nuestro tiempo se ha cuestionado severamente este último tipo de penas, criticándose no sólo sus resultados prácticos, sino sus mismas finalidades y racionalidad. Al respecto, se han propuesto soluciones alternativas, que hagan del encierro la sanción más grave, aplicable en casos especialmente previstos y si otros mecanismos punitivos no resultan posibles o adecuados. Pero sin perjuicio de ello y dentro del actual régimen legal, el sistema seguido en los digestos procesales para la situación del imputado durante la tramitación de la causa, se remite a la escala punitiva de la figura penal atribuida. De tal manera, la libertad provisional será o no procedente según la dimensión de la pena abstractamente conminada. Esto hace que a través de la prisión preventiva, se dé de hecho un anticipo punitivo, desvirtuando el estado jurídico de inocencia y convirtiendo al proceso en un medio de control social, de carácter sancionatorio, ante el inicio mismo de la imputación.

Pero lo que interesa señalar acá es la dependencia sancionatoria que guarda la materia procesal de la sustantiva, ya que es obvio que si la legislación de fondo se orientase hacia la preponderancia de penas diferentes, carecería de sentido la regulación realizativa que centra gran parte de su normatividad y manifestaciones reales en la privación cautelar de libertad.

En otro aspecto, el ordenamiento sustantivo ha optado por un sistema de persecución oficial (iniciación de oficio de la acción pública), descartando (salvo los supuestos excepcionales de ac-

ción de ejercicio privado) toda relevancia de la autonomía de la voluntad individual.

Maier ha descripto exhaustivamente las consecuencias de esta decisión del Estado de implementar la reacción oficial ante el delito o persecución penal pública, mostrando que esa elección, de raigambre inquisitiva, condiciona todo el desarrollo procesal.

Igualmente correspondería considerar la importancia del principio de responsabilidad personal, por el propio hecho, en el desarrollo investigativo y determinativo.

De la misma manera, la incidencia del proceso penal sobre lo sustantivo es notoria. Desde un punto de vista estricto, el problema se plantea en el terreno de la vigencia más que en el de la validez. De nada valen las arduas elaboraciones de la dogmática, poco importa la prolija simetría de la teoría del delito y menos el ahondamiento interpretativo en torno a los bienes jurídicamente protegidos, si tales categorías no son aplicadas dentro de un proceso. De ahí que una simple experiencia de la realidad tribunalicia pueda conducirnos sin esfuerzo a la melancólica conclusión de que el complejo ámbito teórico de los estudios de la ciencia penal tiene una muy relativa incidencia sobre los mecanismos aplicativos y que, más bien, aparece como una zona de conocimiento que se realimenta a sí misma.

La realización penal condiciona la aplicación de la normatividad sustantiva, no sólo por las razones que ya se han explicitado, sino por el proceso de selección de casos que allí se opera. Sin entrar ahora en la discusión sobre el criterio de oportunidad y sobre cuestiones tales como la cifra negra, selectividad social y dispar desarrollo de las causas según fuere el objeto procesal y los involucrados, es de evidencia que la justicia penal "elige" determinadas infracciones y que va otorgándoles particulares soluciones históricamente variables según alternativas cuya causación excede lo jurídico.

Por otra parte, es en el proceso donde se pueden encontrar

soluciones sencillas y razonables a problemas que desvelan a los teóricos penales, tales como ocurre con la mínima afectación de bienes jurídicos, o lo que se conoce con el nombre de “delito de bagatela”; para ello sería simple otorgar plena virtualidad al ámbito de oportunidad en la promoción de la acción, ya que resulta absurdo y oneroso tramitar causas por hechos baladíes, sin incidencia social. Al mismo tiempo, en aquellos casos en que la infracción es de relevancia preponderantemente particular y donde no se encuentran comprometidos intereses generales, la voluntad de los involucrados para la promoción y/o prosecución de la acción debiera adquirir efectos operativos.

Muchos y variados son los aspectos en los que la regulación procesal incide de forma directa sobre la sustantividad. Baste pensar en que el solo término “realización” implica pasar del terreno de lo posible a lo real; el Derecho Penal sólo es “real” en el campo procesal.

### C) *Proceso civil*

En los últimos tiempos del desarrollo de las disciplinas procesales, se hizo notoria la tendencia hacia una comprensión global y unificadora de los órdenes reguladores del proceso. Nació y se desarrolló así la denominada *Teoría del proceso*, tema que nos ocupará en detalle más adelante.

Puede considerarse, como ya fuera de discusión, que tanto el Derecho Procesal Civil como el Penal se estructuran en torno a conceptos básicos fundamentales, idénticos y aplicables para ambos. Las ideas de “proceso”, jurisdicción, acción, acto procesal, medios impugnativos, sanción procesal, preclusión, etcétera, son idénticas e igualmente presentes en uno y otro.

En lo básico, puede señalarse que lo procesal en cuanto tal se ordena en torno a particularidades que lo diferencian de las leyes de fondo y que conforman el medio imprescindible para la aplicación de tales leyes. En consecuencia, las semejanzas

y relaciones entre el Derecho Procesal Civil y Penal son estrechas, dinámicas y en permanente manifestación.

Las diferencias derivan de los principios y características de las legislaciones sustantivas que instrumentan, ya que en el caso de la Penal nos encontramos ante un Derecho Público, cuya aplicación compromete intereses fundamentales de orden jurídico establecido, cuya defensa más vigorosa es, precisamente, la legislación punitiva.

Los códigos procesales penales establecen en forma expresa en distintos supuestos (principalmente los relacionados con el ejercicio de la acción civil), la aplicación supletoria de las disposiciones formadas por los cuerpos procesales civiles.

En resumen: tanto el Derecho Procesal Civil como el Penal participan de principios esenciales y de estructuras constitutivas comunes; igualmente se advierten mutuas influencias y relaciones recíprocas, con aplicación subsidiaria de preceptos procesales civiles a algunas situaciones del proceso penal. Pero mientras dentro del proceso civil se dan relaciones entre particulares, de Derecho Privado, en el penal se desenvuelven cuestiones de Derecho Público; al mismo tiempo, el Derecho Procesal Penal constituye el instrumento necesario de aplicación del Derecho Penal, el cual no tiene otra manera de realizarse, lo que no ocurre con las relaciones de Derecho Privado. Por último, mientras en el ordenamiento ritual civil las partes tienen considerables facultades de disponibilidad, las mismas son muy restringidas (o casi inexistentes) en el penal, advirtiéndose al mismo tiempo en uno y otro Derecho instituciones propias sin equivalentes en el restante (así, en el proceso penal, toda la etapa instructoria).

Pero tanto el proceso civil como el penal o el laboral o el contencioso administrativo, ordenan normas dirigidas a realizar, aplicándola al caso concreto, las disposiciones sustantivas, y mientras estas últimas regulan supuestos de la vida de relación, las segundas ordenan procedimientos para arribar a conclusio-

nes determinativas de la procedencia o improcedencia de las consecuencias (sanciones) previstas en las disposiciones sustantivas.

## D) *Otras ramas jurídicas*

A más de las estrechas relaciones que el Derecho Procesal Penal guarda con los preceptos constitucionales, de los que debe ser derivación operativa; con el Derecho Penal, cuya normatividad realiza, y con el proceso civil –ámbito aplicativo–, es evidente que en la medida en que forma parte del orden jurídico concebido como unidad formal, mantiene vinculaciones con el entero sistema.

### a) *Derecho Público*

#### 1) *Los pactos internacionales*

Dentro del campo de lo que se conoce como Derecho Público, encontramos contactos con el *Internacional* en lo que atañe a la importante materia de *los pactos o convenios internacionales* que, si bien se incorporan al orden jurídico nacional por ratificaciones o sanciones legislativas internas, adoptando los más importantes relacionados con los Derechos Humanos rango constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), refieren al ámbito normativo del ordenamiento de relaciones entre Estados.

Especialmente luego de la Segunda Guerra Mundial y sobre el fondo de la dramática experiencia histórica de los regímenes totalitarios, se dio una vigorosa fuerza en la formulación de preceptos limitadores del poder penal del Estado y de defensa de los Derechos Humanos. Si bien la operatividad de tales expresiones resultó a menudo muy relativa, cumpliendo un papel más de índole simbólica que reguladora, no puede desconocerse que se ejerció una influencia positiva en la humanización de la materia punitiva.

En el orden mundial, debe mencionarse la *Carta de las Na-*

*ciones Unidas*, surgida de la Declaración de San Francisco de 1945 y, particularmente, la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, proclamada como resolución 217 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (resolución XXI, 16-12-66), que fue ratificada por nuestro país por ley 23.313 de 1986.

Igualmente se destacan convenios regionales. Sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas se suscribe en Londres en 1949 la creación del Consejo de Europa, que al año siguiente promulga el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuya finalidad se orienta a la promoción de las democracias pluralistas, la protección de los Derechos Humanos y la defensa del Estado de Derecho; el Convenio prevé facultades de supervisión, supranacional, las que se implementan mediante organismos de control que pueden actuar dentro de los países signatarios. Este punto implica un avance notorio respecto de los anteriores sistemas de pactos y recomendaciones de un valor simbólico más que efectivo, y tal vez marque una línea que en un futuro próximo ejerza decisiva influencia sobre la realización penal que, al menos en sus aspectos fundamentales, tiende no sólo a una mayor similitud, sino a elaborar pautas que trascienden los esquemas nacionales. Sobre este particular observa Maskin que “la vigencia del Convenio Europeo y, en general, la del Pacto del Consejo de Europa introdujo una novedad de enorme importancia. Los órganos del sistema tuvieron, a partir de la vigencia de éste, la facultad de revisar la decisión de última instancia de los órganos locales”<sup>27</sup>. De tal manera, puede verificarse el cumplimiento real de la sistemática garantizadora mediante trámites ante órganos jurisdiccionales supranacionales.

De la misma manera que lo acontecido en Europa, en Amé-

<sup>27</sup> MASKIN, Héctor, *El sistema europeo de Derechos Humanos*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, p. 11.

rica se dio una evolución normativa regional continuadora y desarrolladora de las pautas establecidas por las Naciones Unidas. En 1948 se celebra la Conferencia Interamericana que sanciona la Carta de la Organización de Estados Americanos, en la que se reconocen de manera expresa “los derechos fundamentales de la persona humana”.

En 1969, en la ciudad de San José de Costa Rica, la Conferencia Especializada Interamericana aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos, más conocida como *Pacto de San José de Costa Rica*, en cuyo artículo 8º se da una amplia y minuciosa regulación de preceptos atinentes a la realización penal. En 1984 el Pacto es incorporado como ley de la Nación (ley 23.054), adquiriendo plena vigencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno. A partir de la sanción de la Constitución reformada, toma rango constitucional.

Cabe señalar que los fuertes movimientos existentes en la actualidad en relación a la cooperación y coordinación de comunidades regionales, permite prever una creciente importancia de aspectos específicos del Derecho Internacional Público sobre la materia penal y procesal.

Desde otro punto de vista, cuestiones como las de *extradición* relacionan directamente a la realización penal con el Derecho Internacional Público. Al respecto, debe citarse el Tratado de Montevideo de 1889 entre nuestro país, Uruguay, Bolivia, Paraguay y Perú, que fuera ratificado por ley 3192 de 1894, y el Tratado Interamericano de Extradición de 1933, también de Montevideo, ley 14.467. Así mismo, existen convenios bilaterales con diferentes países.

## 2) *Derecho Público provincial*

También el Derecho Procesal Penal presenta relaciones con el denominado *Derecho Público provincial*. Toda vez que por el sistema federal los Estados provinciales, jurídica e históricamente precedentes al nacional, se organizan en torno a sus propias

constituciones, es evidente que el ordenamiento realizativo de cada provincia deriva de sus estatutos fundamentales. En ellos no sólo se avanza sobre aspectos relativos a las garantías individuales (como ocurre, por ejemplo, con la Constitución de Córdoba de 1987), sino que se dan bases organizativas de la administración de justicia (tribunales superiores, ubicación institucional del Ministerio Público dentro del Poder Judicial).

Así mismo, dentro de la legislación provincial, en estrecha relación con la materia procesal, encontramos las leyes orgánicas del poder judicial y la regulación de acciones de inconstitucionalidad (recurso extraordinario provincial) y de hábeas corpus.

Debe consignarse además lo relativo a la legislación contravencional o de faltas, la que tanto en sus aspectos sustantivos como realizativos se encuentra dentro de las órbitas provinciales.

Como se advierte, las interrelaciones son tan estrechas que, en realidad, podría decirse que, con excepción de lo atinente al Código Federal, el Derecho Procesal Penal argentino se desarrolló dentro de la órbita del Derecho Público provincial.

Las vinculaciones con el *Derecho Administrativo* son de la misma forma amplias y estrechas. Como se sabe, esta rama del Derecho Público interno tiene por objeto la regulación de la administración pública, es decir, el conjunto de órganos y actividades correspondientes al Poder Ejecutivo del Estado.

Podría decirse que hay una zona materialmente similar a la abarcada por las regulaciones administrativas y que es la compuesta por la normatividad orgánica del servicio de justicia; si bien la misma, en la división (como toda clasificación, en el fondo meramente arbitraria) de zonas de estudio y configuración específica queda fuera del Derecho Administrativo, circunscripto a lo Ejecutivo, es de evidencia que se trata de un mismo tipo de funciones normativas.

Así también el Derecho Administrativo presenta procedimientos dirigidos a reclamos de los particulares ante la administración o de actuaciones de ésta sobre sus integrantes en

casos de incumplimiento de deberes, todo lo cual genera un ámbito preceptivo de extrema similitud.

Completando el cuadro debe tenerse en cuenta que tanto la policía de seguridad como de investigación (exceptuando la de dependencia judicial) se encuentran dentro de la órbita del Poder Ejecutivo y regidas por el Derecho Administrativo, lo que también ocurre con el personal de vigilancia en los institutos de ejecución.

## b) *Derecho Privado*

El *Derecho Civil*, verdadero tronco del desarrollo de todas las ramas del ordenamiento jurídico, brinda conceptos basales que nutren, como supuestos, el contenido de las normas del Derecho Procesal Penal; por ejemplo, las nociones de hechos y actos jurídicos, cómputo de plazos, persona, matrimonio, et-  
cétera.

Desde otro punto de vista, se ha impuesto en la sistemática procesal penal la incorporación, como relación procesal anexa, de la acción civil resarcitoria de los daños ocasionados por el delito, lo que deriva en la circunstancia de que el proceso penal es también realizador de las normas sustantivas civiles que refieren a la responsabilidad por ilícitos.

En relación a este último aspecto, se dan relaciones con el *Derecho Comercial* en lo que atañe al contrato de seguro y la consecuente intervención y responsabilidad objetiva de la aseguradora citada en garantía.

En aquellos supuestos en que el propio ordenamiento penal alude a categorías y presupuestos de la legislación comercial, tal normatividad cobra realización dentro del proceso penal.

## **3. La norma procesal penal**

Dice Maier que las normas procesales penales regulan “comportamientos específicos que componen actos jurídicos elaborados para dar vida al procedimiento que permite averiguar

si existe una infracción al deber que impone la norma sustantiva”<sup>28</sup>.

Como se sabe, las normas del Derecho sustantivo establecen habitualmente una prestación debida como obligación y la sanción prefigurada para el caso de incumplimiento. A modo de ejemplo: el artículo 78 del Código Penal manda implícitamente que no debe quitarse la vida a ningún hombre y expresamente que, en el caso de que ello acontezca, el sujeto autor del homicidio sufrirá una pena de extrema gravedad. Sin embargo, dentro de la unidad del orden jurídico y de acuerdo con los principios fundamentales del Estado de Derecho, ante esa situación de hecho prevista por la norma, no corresponderá sin más la aplicación coactiva de la sanción prevista. Para llegar a la aplicación de tal sanción, *debe pasarse necesariamente por el proceso*, único medio jurídicamente válido para arribar al pronunciamiento jurisdiccional de certeza imprescindible para la determinación de la procedencia de la pena.

Esto significa que, para la actuación de las normas sustantivas penales, deberá recurrirse a los procedimientos establecidos a través de las normas procesales. Mientras las normas sustantivas o materiales son reguladoras de comportamientos de la vida de relación, generando determinadas pretensiones a los interesados, las procesales establecen los medios de los órganos establecidos y los actos mediante los cuales el juez y los distintos sujetos procesales realizan el proceso en el que se determinará la validez de esas pretensiones consagradas por la legislación de fondo.

Palacio ha señalado que lo propio de las normas procesales es decir *quién* debe determinar y *cómo*, la existencia o inexistencia de los derechos y obligaciones emergentes del caso concreto. Igualmente, propone definir las normas procesales como conceptualizaciones de los órganos competentes para intervenir en

<sup>28</sup> MAIER, Julio B. J., *La ordenanza procesal alemana*, Depalma, Buenos Aires, 1978.

los procesos, estableciendo las facultades y deberes de sus componentes, las actuaciones de esos órganos, de las partes y auxiliares y la características de los actos procesales. Y por último: “La conducta que debe observar el órgano judicial en oportunidad de dictar sentencia definitiva, para determinar el modo o los modos de ser correspondientes a la relación o situación jurídica en que se fundó la pretensión o petición que dio motivo al proceso”<sup>29</sup>.

Es evidente a la luz de lo dicho que puede concluirse (como lo destaca con precisión y claridad Barrios de Angelis)<sup>30</sup> que tanto las normas sustantivas como las procesales responden al mismo esquema: si “A” es, debe ser “B”; si “B” no es, debe ser “C”, entendiendo por “A” determinada situación de hecho o real, por “B” otro acontecimiento real y por “C” la sanción; es decir que la norma establece consecuencias jurídicas asociadas idealmente a supuestos de hechos.

La diferencia entre la norma sustantiva y la procesal se da en relación no a la estructura lógica, sino en cuanto a los contenidos y objetos o, como dice Palacio, “por la peculiar interferencia” de las conductas que conceptualizan. En lo que refiere a las normas procesales, las mismas regulan el modo necesario para la instrumentación realizativa del Derecho sustantivo. Como señala Leone, el sistema normativo procesal penal “disciplina la declaración de certeza de la *notitia criminis* y de la ejecución de las providencias del juez penal”<sup>31</sup>. Estas normas establecen los órganos jurisdiccionales, los sujetos procesales y sus derechos y deberes, los actos del proceso y las oportunidades de los mismos. Esto significa que su objeto es el proceso y las relaciones jurídicas que en él se configuran, siendo sus destinatarios el juez y sus auxiliares, el Ministerio Público, las partes

<sup>29</sup> PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, t. I.

<sup>30</sup> BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Teoría del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

<sup>31</sup> LEONE, ob. cit.

privadas y aquellos llamados a colaborar en la administración de justicia, tales como testigos, peritos, etcétera.

Dentro de esta perspectiva de análisis, Maier ha destacado que las normas procesales generan la realización de comportamientos específicos para saber si en el caso se ha dado la infracción de lo preceptuado en la norma sustantiva y, en tal supuesto, actuar la sanción correspondiente.

Queda en claro que aparece así un carácter de dependencia lógico-jurídica de la norma procesal penal en relación a la determinación de la aplicación de las sanciones previstas en las normas sustantivas ante la transgresión a sus preceptos. En tal sentido, el sistema normativo procesal penal “complementa” la norma penal, apareciendo como condición para su efectiva aplicación. Pero desde otra perspectiva, este sistema normativo procesal resulta plenamente autónomo, ya que encuentra sus fundamentos lógicos, su finalidad y objeto en esa totalidad estructural significativa que constituye el proceso como entidad jurídica específica.

#### **4. Norma procesal y precepto legal**

Una de las dificultades para la clara comprensión de las normas procesales y de la correlativa formulación de una teoría orgánica en su torno, se encuentra en el hecho de que por lo general, los preceptos legales pertinentes no determinan las normas con la diáfana precisión con que lo hacen las disposiciones de las leyes sustantivas, especialmente las correspondientes al Derecho Penal.

Conviene recordar que no puede confundirse norma con precepto legal, aunque a veces coincidan. La norma conforma una unidad de sentido que conceptualiza una conducta determinada en una situación dada, asociando idealmente al no cumplimiento de lo establecido como debido en el precepto la aplicación de una consecuencia sancionatoria.

La norma procesal, reguladora de comportamientos espe-

cíficos referidos a la configuración y desarrollo del proceso, emerge en el común de los casos de distintos artículos de los cuerpos legales que ordenan determinadas situaciones procesales. Observa Leone en la obra ya citada, que “la norma penal sustancial [...] está de ordinario contenida en un solo artículo de la ley [...] mientras que la norma procesal está de ordinario seccionada en varios artículos”. Esta realidad repercutirá sobre la tarea interpretativa, como se verá más adelante, exigiendo una cuidadosa reconstrucción a la vez conceptual y significativa.

Es frecuente que los artículos legales procesales ofrezcan definiciones, caracterizaciones y remisiones; igualmente, priva en ellas lo que Leone denomina “núcleo preceptivo”, con un notorio predominio de los aspectos descriptivos y un casi desdibujamiento de la sanción, todo lo contrario de lo que acontece con la norma penal. De ello se sigue –observa Leone– “que la individualización de la norma procesal exige un trabajo de recomposición de los dos núcleos dispersos en una entidad única”, esto es, de la descripción preceptiva y de la sanción consecuente al supuesto de incumplimiento.

A la apuntada dificultad debe agregarse la sabida circunstancia de que el carácter procesal de las normas no se deduce sin más de la sede legal en que se hallen, sino del objeto, contenido y materia de regulación. En la mayoría de los casos estas normas están dentro de los códigos procesales, pero existen también variedad de ellas entre las disposiciones de otros cuerpos legales, tales como el fundamental constitucional, las constituciones provinciales, las leyes orgánicas del Poder Judicial y aun en la legislación penal sustantiva.

La precisa determinación de la norma procesal penal, como unidad de sentido aplicada a la regulación de las conductas procesales, implica saber extraerla de los distintos preceptos legales en una tarea científico-interpretativa semejante a la realizada en el campo del Derecho Penal por la Dogmática; en realidad, es posible hablar, como ya lo hacen algunos autores,

de una Dogmática Procesal. Por cierto que esta actitud intelectual implica una superación de los tan corrientes “comentarios”, cuya proliferación pareciera marcar un regreso hacia la época de los Prácticos.

### 5. Las fuentes del Derecho Procesal Penal

Con el metafórico término de “fuentes” la doctrina tradicional se ha referido al modo de manifestación de la norma jurídica. La idea refiere conjuntamente a las formas o maneras de exteriorización de los contenidos jurídicos y al surgimiento de los mismos. Como explica Maier, es de dónde “mana” el Derecho<sup>32</sup>, pudiendo agregarse, con palabras de Aftalión, que nos encontramos ante la designación del “origen, nacimiento o causa” del Derecho en general o de una zona determinada del mismo<sup>33</sup>. La idea proviene de Savigny que delimita las fuentes como “las causas de nacimiento del Derecho...”, comprendiendo a las instituciones y los preceptos<sup>34</sup>.

Es de evidencia que lo señalado puede servir para adentrarnos en una causación real. Desde tal perspectiva, cabe considerar los factores sociales que condicionan el surgimiento y desenvolvimiento de las normas jurídicas, entendidas como parte de la normatividad general y como manifestación del *control social*. Aquí debe analizarse el conjunto situacional que en épocas y pueblos determinados llevan al establecimiento, mantenimiento y evolución de un orden jurídico. En tal aspecto, son relevantes los modos de producción, las relaciones de poder, las concepciones del mundo imperantes, el particular desarrollo histórico, las ideas y elaboraciones teóricas sobre el tema y demás aspectos culturales que, con diversa incidencia, explican los sistemas de Derecho. Como se verá en el capítulo siguiente, todo

<sup>32</sup> MAIER, *Derecho Procesal...* cit., t. 1 “A”, p. 152.

<sup>33</sup> AFTALION, ob. cit., p. 288.

<sup>34</sup> SAVIGNY, Federico C. de, *La ciencia del Derecho*, cit. por AFTALION, ob. cit., p. 288, nota 2.

esto es relevante en el caso del Derecho Penal y de sus métodos realizativos y, obviamente, no puede dejarse de lado en un intento de abordaje integral del fenómeno jurídico, de índole estrictamente social. Tal enfoque atañe de manera preponderante a la consideración “real” de las estructuras jurídicas, pero su índole es “extrajurídica” o, si se prefiere “prejurídica”, ya que hace a las consideraciones de las condiciones operativas que están antes, por detrás o como contexto de las normas y que, en definitiva, las explican socialmente. De ahí que normalmente la cuestión sea tema de la historia y de la sociología del Derecho.

El enfoque que predomina en los tratados jurídicos no es el antedicho, sino el que refiere a aspectos formales, circunscritos a la validez de las disposiciones. En tal sentido, como señala Vernengo, fuente “son las normas positivas, de cualquier tipo, que pueden ser invocadas por un órgano como fundamento de la *validez* de las normas que estatuye”<sup>35</sup>, es decir, una norma de nivel superior a la que en la situación se aplica, en la que ésta tiene fundamento, lo que nos remite en definitiva a las ya consideradas ideas en torno a la derivación jerárquica de las disposiciones del orden jurídico.

De esta manera, fuentes del Derecho Procesal Penal serán aquellos preceptos que estructuran el funcionamiento, operadores y órganos que realizan el Derecho Penal de un Estado en una época.

## A) *Ley*

De las fuentes enumeradas por la doctrina clásica para el Derecho: ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina, es sabido que, en la actualidad, la primera es la formalmente excluyente. Cuando hablamos de Derecho Procesal, lo hacemos del conjunto de disposiciones estructuradas dentro de los denominados códigos, a los que corresponde agregar las contenidas en las leyes

<sup>35</sup> VERNENGO, ob. cit., p. 239.

de organización del poder judicial. A esto se suman, en primer término, los principios básicos –sustento del ordenamiento– de las constituciones, y luego disposiciones de leyes especiales y reglamentaciones pertinentes.

Esto permite afirmar que, en primer término, la fuente del Derecho Procesal Penal moderno está configurada por la ley positiva, es decir, disposiciones generales, objetivamente formuladas, de carácter obligatorio y emanadas de la autoridad competente. De ahí que cuando, en capítulos siguientes, se atiende a la evolución histórica, se tomarán en cuenta aquellas legislaciones que representaron momentos importantes en el desarrollo de la disciplina, lo que, por otra parte, resulta poco menos que imprescindible, ya que constituyen la prueba documental de los enjuiciamientos vigentes.

Dentro del Derecho Procesal Penal argentino debe señalarse que el término “ley” debe comprenderse en sentido estricto, es decir, acorde con la Constitución, como acto formal emanado del poder legislativo; ello, tanto para el orden nacional como para el de las distintas provincias que, consecuencia del régimen político federal, se encuentran facultadas para el dictado de sus respectivas legislaciones organizativas del poder judicial y de los códigos de procedimientos.

Igualmente deben ser incluidos dentro del concepto los tratados y convenciones internacionales en la medida en que sean aprobados por el órgano legislativo nacional.

### B) *Jurisprudencia*

Por tal se entienden los antecedentes que, sobre casos concretos, emanan de los órganos dispuestos para la aplicación del Derecho. Por lo general la referencia atañe a los pronunciamientos de tribunales de superior jerarquía, tales como cortes supremas o de casación. En relación a la cuestión que nos ocupa, se trata de saber si este tipo de decisiones, fundamentalmente de índole singular, a través de la reiteración de criterios apli-

cativos (precedentes) o mediante determinadas declaraciones (fallos plenarios), establece no sólo parámetros o *standards* interpretativos vinculantes para futuras decisiones, sino también y directamente, normas generales susceptibles de ser reconocidas como tales e invocadas y aplicadas en casos por venir.

Sobre el tema se han suscitado arduos debates, los que remiten tanto a una teoría general del Derecho como a consecuencias prácticas de extrema relevancia<sup>36</sup>. Al considerar de modo específico la norma procesal penal, su interpretación y aplicación, se tratará con mayor amplitud el problema, pero desde ya es conveniente aclarar que es preciso establecer una distinción, válida para nuestro sistema jurídico de índole legalista y de derivación continental europea, entre lo que es ley como fuente formal del Derecho Procesal Penal y los modos (formales y reales) de interpretación y aplicación de las normas realizativas. De tal manera, la jurisprudencia es siempre una labor lógicamente secundaria, ya que presupone la existencia primaria del precepto legal, cuyo sentido y aplicabilidad a situaciones particulares define y concreta, bastando que el legislador modifique la disposición interpretada para que toda esa construcción se desmorone y carezca de utilidad.

Tales bases nos permiten concluir en que, desde el punto de vista o perspectiva formal, en nuestro sistema la jurisprudencia

<sup>36</sup> Es sabido que, por autorización normativa en algunas leyes de organización del Poder Judicial, por acordadas de tribunales superiores o por una asunción práctica de facultades, existen en nuestra realidad tribunalicia lo que se conoce como fallos plenarios o de tribunales plenos, donde las diversas salas de una cámara o cámaras reunidas se pronuncian sobre alguna cuestión opinable, en la que se han dado decisivos diferentes. Esta función que, por lo demás, es inherente a los tribunales de casación, tiende a unificar la jurisprudencia estableciendo línea de interpretación. Pero de lo que se trata es de saber si tal doctrina judicial deviene obligatoria para futuros pronunciamientos de los tribunales integrantes e inferiores, problema de máxima relevancia en situaciones como las previstas en la legislación organizativa santafesina, donde puede darse una interpretación decisoria de una ley de manera abstracta y condicionante, lo que luce, con toda claridad, como netamente inconstitucional.

dencia no es fuente del Derecho Procesal Penal, sino manifestación de criterios interpretativos y de funcionamiento operativo del sistema.

### C) *Costumbre*

Ha sido caracterizada como usos o comportamientos repetidos y cuya dirección se entiende como debida, encontrándose por lo común enraizados en tradiciones que valoran positivamente tales conductas. Es sabido que las costumbres desempeñaron un papel fundamental en los órdenes jurídicos primitivos y que incluso en épocas modernas se entendieron como la verdadera base del Derecho, vinculándose a los sentimientos populares y a valores nacionales. Por otra parte, en la medida en que lo consuetudinario aparece como un punto de inflexión entre vigencia y validez, entre factores condicionantes reales y formales, se la entendió como la fuente por excelencia del orden jurídico.

Sin embargo, dentro del Derecho continental europeo y luego de la Revolución Francesa y el gran movimiento codificador que colocó a la ley en un puesto preponderante y excluyente, fue perdiendo su importancia, al extremo de aparecer en la actualidad como un antecedente arcaico.

En relación al Derecho Procesal moderno el tema se relaciona con las denominadas *prácticas forenses* o *usos tribunalicios* los que, si bien determinan algunos modos de actuación profesional en los operadores, obviamente no constituyen fuente. Sí resultaría de interés determinar si algunas de esas prácticas no constituyen, de hecho, apartamiento de la normatividad vigente, en ocasiones superándola o mejorándola y, en otras, trabándola o modificando su sentido. Pero ello lleva a un enfoque diferente del de las fuentes y, obviamente, no constituyen modo de producción del Derecho, sino que hacen a la realidad de los funcionamientos.

## D) *Doctrina*

Lo dicho respecto de la jurisprudencia (que en definitiva no es sino doctrina judicial), puede ser aplicado a la doctrina o teoría jurídica. Toda norma, por precisa y clara que resulte, necesita para su aplicación de una previa interpretación, lo que implica encontrar su sentido y verdadera significación. Al mismo tiempo, los ordenamientos vigentes son valorados y analizados críticamente. Pero es evidente que este trabajo elaborativo y sistemático, que indiscutiblemente contribuye a la clarificación y reconstrucción conceptual (como lo analizamos al tratar de la dogmática) y que en más de una ocasión propicia y logra cambios legislativos, no es formalmente creador del Derecho.

Desde un punto de vista material, no puede negarse que las posiciones científicas e ideológicas, que las valoraciones sociales y políticas que develan los mecanismos del orden jurídico, encuentran en la doctrina expresión, por lo que materialmente, la elaboración intelectual, tanto de índole exegética como problemática, contribuye al mejoramiento legislativo, lo que en nuestra materia y en el país puede ser seguido con relativa exactitud. La influencia de los diversos autores, su prestigio intelectual y su vinculación con factores de poder, marcan líneas de predominio en determinadas interpretaciones, sobre el mantenimiento o cambio institucional y en relación a determinadas maneras de comprender lo jurídico. Pero desde la perspectiva formal, la doctrina no genera preceptos, sino que los interpreta, guiando la aplicación de la ley vigente y, en ocasiones, contribuyendo a la creación de nuevas leyes.

## **6. La ciencia del Derecho Procesal Penal**

En la interpretación y aplicación de las normas del ordenamiento procesal penal, en su reconstrucción sistemática y en la valoración de las mismas intervienen elementos cognoscitivos y axiológicos que exceden la mera exégesis de los preceptos y que se basan en conocimientos en torno a la materia que con-

figuran una disciplina específica que se ha corrientemente denominado como Ciencia del Derecho Procesal Penal.

Empleamos el término “ciencia” de un modo general y habitual, como el de un saber racional dirigido a un segmento o zona objetiva de la realidad (aunque fuere de índole cultural) y sin adentrarnos en la ardua problemática epistemológica al respecto. En tal aspecto nos encontramos ante una compleja construcción teórica que deriva en aplicaciones prácticas. Para la aproximación que procuramos, podemos citar la caracterización propuesta por Ferrater Mora, quien indica que se trata de un modo de conocimiento que aspira a expresar unívocamente sus proposiciones mediante un lenguaje riguroso capaz de explicar fenómenos y establecer leyes sobre los mismos<sup>37</sup>. El conocimiento científico se dirige a circunscribir su objeto, determinarlo, examinarlo y describirlo; elaborar categorías comprensivas de los fenómenos, reconstruyéndolos conceptualmente y estableciendo constantes verificables que otorguen márgenes de comprensibilidad y previsibilidad.

Lo que llamamos Ciencia del Derecho Procesal procura establecer una teoría sobre el fenómeno realizativo penal; lo que es la realización penal –objeto de estudio– ya lo hemos esbozado y constituirá la materia íntegra de todo el trabajo. Y en lo que atañe a la idea de “teoría”, podemos dar una aproximación de la misma señalando que se trata de una construcción intelectual que describe una realidad (en nuestro caso la realización penal), intentando explicarla racional y fundadamente, estableciendo criterios generales capaces de abarcar supuestos diferentes. Se ha definido el concepto de teoría como “un sistema deductivo en el cual ciertas consecuencias observables se siguen de la conjunción de hechos observados con la serie de las hipótesis fundamentales del sistema”<sup>38</sup>. Cuando la teoría refiere, como

<sup>37</sup> FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, Sudamericana, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 284.

<sup>38</sup> FERRATER MORA, ob. cit., t. II, p. 777.

en nuestra materia, a una realidad de índole cultural, cumple una función no sólo explicativa, sino modificatoria, lo que es puntualmente aplicable al desarrollo histórico del Derecho Procesal Penal.

El último aspecto que se ha señalado es de particular relevancia, dado que en el campo de lo jurídico la teoría ha tenido decisiva influencia sobre la práctica, pues en la aplicación del Derecho el intérprete utiliza categorías conceptuales y esquemas sistemáticos que llevan a captaciones de sentidos que vuelca en la realización normativa; así mismo, el análisis crítico de la legislación vigente y las propuestas de modificaciones de la preceptiva se hace, por lo general, desde la perspectiva teórica que confronta críticamente lo existente con lo que debiera ser.

Ahora bien: puesta en claro esta decisiva influencia e interrelación entre la legislación vigente o conjunto normativo y la teoría interpretativa, aplicativa y crítica, cabe señalar que es preciso distinguir ambos niveles, y ello, porque frecuentemente ocurre que con la expresión “Derecho Procesal Penal” designamos de manera conjunta una doble realidad: en primer lugar, como lo hemos venido haciendo a lo largo de este trabajo, referimos al conjunto de disposiciones jurídicas que regulan la administración de justicia penal y, en segundo lugar, nombramos también la rama o sector de las disciplinas jurídicas que estudia esta legislación.

Es dable observar en algunos autores, como Clariá Olmedo en su *Tratado...*, una confusión entre ambos niveles<sup>39</sup>, lo que puede restar claridad a las pertinentes exposiciones, ya que un objeto es un código y otro el conjunto de ideas que lo interpretan o valoran.

En consecuencia y más allá de un uso habitual indiscriminado, reservamos la denominación de Derecho Procesal Penal para la rama jurídica compuesta por la regulación relativa a la

<sup>39</sup> CLARIA OLMEDO, ob. cit., ps. 42, 46, 49, etc. El autor trata de manera indistinta y global lo atinente a la legislación y su estudio doctrinario.

organización y procedimientos de la justicia en materia penal, y Ciencia del Derecho Procesal Penal, al estudio de tal regulación; es una zona de los conocimientos jurídicos que considera los principios fundamentales, categorías y sistematización de la realización penal.

### A) *Nociones sobre la evolución de la disciplina*

La conformación de los estudios sobre la materia procesal penal en torno a una zona específica de las disciplinas jurídicas, es relativamente reciente. Los antecedentes remotos refieren a obras de índole práctica, por lo común dirigidas a suministrar indicaciones sobre los modos de llevar adelante investigaciones sobre temas determinados; también se citan, dentro de estas mismas características, a los aportes de los conocidos como “Glosadores”, sin que haya elementos que justifiquen tenerlos como precursores. Lo que sí se advierte en esta primera etapa, es la diferenciación entre lo que atañe al tema penal de lo que hace a las regulaciones privadas.

Más adelante, con la obra de los primeros maestros del Derecho Penal, comenzaron a atenderse las particularidades aplicativas, considerándose las –como ya se señaló– como un apéndice práctico de la construcción general. Así mismo, las elaboraciones del constitucionalismo contribuyeron a fijar las condiciones de actuación del poder penal del Estado en materia punitiva, lo que redundó en la profundización del esquema de garantías.

Pero es dentro del procesalismo civil donde se avanza hacia una concepción diferenciada de la materia procesal respecto de la sustantiva, lo que marcará el punto de una evolución que culminará con la denominada Teoría del Proceso que propone una disciplina plenamente autónoma. Se cita como comienzo de esta tendencia a la obra de Windscheid *La acción del Derecho Romano desde el punto de vista moderno*, publicada en 1856 y en la que se trata de la separación conceptual de la acción (como

instancia procesal) del Derecho subjetivo que se pretende hacer valer.

Primero en Alemania y luego en Italia se elaboran como propios de la disciplina procesal las categorías de acción, jurisdicción, presupuestos procesales, excepción y defensa, y las teorías explicativas del proceso como relación jurídica y como situación. Todo esto lleva a la configuración de una clara especificidad de lo procesal, que se concreta en una diferenciación (teórica y funcional) neta de las normas y estudios sustantivos. En tal aspecto, se postula el desarrollo de una ciencia o teoría del proceso capaz de analizar la categoría lógica del mismo y de derivar de ella notas definitorias y caracterizantes para cualquier fenómeno procesal, con independencia de la legislación de fondo que se instrumentalice.

## B) *La cuestión en la doctrina argentina*

De manera similar a lo acontecido en Europa, los primeros estudios sobre la realización penal tuvieron lugar como una referencia aplicativa en estudios generales sobre la materia penal. Así, se menciona el *Curso de Derecho Criminal*, de Carlos Tejedor, publicado en 1860. Igualmente, estos primeros estudios apuntan por regla general a una exégesis de la legislación vigente o a propuestas de reformas parciales, pudiendo englobárselos como situados dentro de lo que ha sido denominado como “procedimentalismo”.

Clariá Olmedo menciona los trabajos de Malagarriga y Sasso (*Procedimiento penal argentino*, 1910), Tomás Jofré (*Manual de procedimiento criminal*, Buenos Aires, 1914, al que siguieron varias ediciones, correspondiendo mencionar la actualizada por Halperin en 1943) y los difundidos apuntes de las clases universitarias del doctor Máximo Castro<sup>40</sup>.

Estas obras (que encuentran coherencia en el tiempo en que se escribieron y la legislación que glosaban) marcan una

<sup>40</sup> CLARIA OLMEDO, ob. cit., ps. 68 y ss.

primera etapa de índole explicativa, preponderantemente orientada a aclarar cuestiones aplicativas, que ha sido denominada como “procedimentalismo”. En realidad, esta forma de entender la materia ha continuado hasta nuestros días y, en lo básico, se caracteriza más que por un intento sistemático, al modo de la dogmática jurídico penal, por un más simple y modesto objetivo exegético. Los diversos “códigos comentados” que se han sucedido, con mayor o menor fortuna, en la evolución de la materia, son una muestra de esta perspectiva, cuyo pragmatismo no puede desconocerse.

En parecida línea, aunque con mayor valor sistemático, debe tomarse en consideración una muy abundante producción de artículos publicados en revistas especializadas o como monografías específicas sobre temas puntuales.

Las obras que marcaron la evolución de la doctrina procesal penal argentina y que se caracterizaron por una mayor ambición y profundización, surgieron dentro del ámbito de la Universidad Nacional de Córdoba, siendo insoslayable la mención de Alfredo Vélez Mariconde y su *Estudios de Derecho Procesal Penal*, de 1956 y actualizada como *Derecho Procesal Penal*, en una edición de 1981; con notoria claridad expositiva, este trabajo que hizo de firme cimiento al posterior desarrollo de un pensamiento renovador, mostró las relaciones de la función realizativa con el contexto político de que forma parte y ciñó sus consideraciones a la idea y confrontación de las nociones de “sistema” procesal, abogando con énfasis, de acuerdo a un análisis del texto y espíritu constitucional, por un proceso acusatorio.

El *Tratado de Derecho Procesal Penal* de Jorge Alberto Clariá Olmedo, comenzado a publicar en 1960, se concretó como un vasto intento de sistematización y conceptualización de la materia; especialmente en los dos primeros tomos, construyó una pulcra arquitectura de conceptos que, al igual que lo acontecido con la obra de Vélez Mariconde, dieron perspectivas y conte-

nidos que forman parte integrante de la doctrina procesal penal argentina.

En lo que respecta al ámbito de la Capital Federal y de la Universidad Nacional de Buenos Aires, debe mencionarse la obra del español Niceto Alcalá Zamora y Castillo, con la colaboración de Ricardo Levene, *Derecho Procesal Penal*, de 1945; con el mismo título y en un todo ceñido al texto del Código Federal, la de Mario Oderigo de 1952, y posteriormente el *Manual de Derecho Procesal Penal* de Carlos Rubianes, en el que se atiende de manera paralela al Digesto Nacional y al de Córdoba.

Respecto de la evolución doctrinaria reseñada puede advertirse que se parte de una inicial influencia española, lo que no es de extrañar dados los antecedentes derivados del pasado colonial y de que el Código Federal de 1888 proyectado por Obarrio tomó como modelo la legislación hispánica. Cabe mencionar como obras conocidas y utilizadas en la Argentina las de Ruiz y Rodríguez, Covián y, más modernamente, Niceto Alcalá Zamora y Castillo<sup>41</sup>.

Entre los tratadistas franceses recibidos en nuestro ámbito se mencionan a Faustin Helie, de índole procedimentalista y la de Garraud.

Pero la influencia más perceptible en la renovación de los estudios procesales provino principalmente de Italia, en cuya legislación y principios explicativos abrevaron Soler y Vélez Mariconde para la reforma del Código cordobés de 1940. En este aspecto, la tendencia teórica predominante provino de los aportes de Chiovenda, continuados por Carnelutti, Florian, Calamandrei, Luchini, Manzini y el más moderno Leone. Estas direcciones doctrinarias marcaron un acercamiento hacia el Derecho Procesal Civil y una búsqueda de tratamientos conjuntos

<sup>41</sup> Especialmente la editada en nuestro medio: ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE (h), Ricardo, *Derecho Procesal Penal*, Kraft, Buenos Aires, 1945.

de categorías explicativas de los fenómenos procesales fundamentales, especialmente en torno a la noción básica de proceso.

En tal aspecto, se produjo en las últimas décadas un progresivo alejamiento del estudio del Derecho Procesal Penal del Derecho Penal, y una consecuente aproximación al procesalismo civil y a la teoría del proceso, lo que puede advertirse aun hoy en la estructuración curricular de la enseñanza de la materia en varias de nuestras universidades.

Respecto de los tratadistas alemanes que tanta influencia ejercen en los estudios sustantivos, fueron conocidos entre nosotros Beling, Graf zu Dohna, Goldschmidt y Baumann.

### C) *Situación dentro del estado democrático*

Dentro de la restauración democrática producida en el país a partir de 1983, los estudios sobre la realización penal adquirieron notable fuerza. Muchas fueron las circunstancias que contribuyeron a ello, debiendo mencionarse entre las más significativas el clima de libertad recuperado en todos los órdenes y la normalización de las universidades nacionales. Así mismo, la conciencia de que durante la época del gobierno militar gran parte de las graves violaciones a los Derechos Humanos acontecieron dentro de la aplicación del Derecho represivo, llevó a una justificada preocupación para encontrar métodos realizativos que imposibilitasen, al menos en el campo jurídico de los procedimientos, las prácticas perversas.

La atención se centró en la necesidad de reformar el Código Procesal Penal de la justicia federal vigente, con pequeñas reformas, desde 1888 e incurablemente envejecido. En el análisis de la situación, se habló de “crisis de la justicia penal” y de “colapso del sistema”, expresiones que sintetizaban tanto el notorio atraso técnico de la legislación aludida y sus modos aplicativos, como el incumplimiento de las finalidades y funciones que, dentro de la sociedad, debía cumplir el método de enjuiciamiento.

Los estudios y discusiones en torno a esta reforma imprescindible superaron holgadamente los moldes que tradicionalmente habían constreñido el estudio de la materia, situaron en el debate la necesidad de explicitar los enfoques de política criminal, el análisis de las funciones reales cumplida por diferentes institutos procesales y atendieron a la hermenéutica constitucional como base de la crítica a la existencia y guía de la renovación.

En torno a la discusión del proyecto de nuevo Código Procesal Penal de la Nación se llevaron a cabo diversos encuentros, siendo el más importante el celebrado en la Universidad Nacional de Buenos Aires y donde concurren especialistas argentinos y extranjeros<sup>42</sup>. Así mismo, los diversos congresos nacionales fueron el lugar de importantes disertaciones y discusiones sobre temas de un nuevo proceso penal, advirtiéndose a la vez que sin dejarse de lado los aportes logrados por la teoría del proceso, se centraba el análisis de las cuestiones en relación a la función cumplida por la realización penal dentro del entero sistema punitivo. En tal aspecto, las páginas de la revista *Doctrina Penal* reflejaron la dinámica evolución de estas ideas, en las que se tomaban aportes del más moderno pensamiento internacional.

En esta evolución, no pueden dejar de mencionarse los *Encuentros Anuales de Profesores de Derecho Procesal Penal*, el primero de los cuales se realizó en la Universidad Nacional de La Plata en 1985, siendo continuado por los de Rosario, Córdoba, Santiago del Estero, Santa Fe, Corrientes y nuevamente Rosario y Córdoba. Entre otros, participaron activamente en estos foros de análisis y discusión los profesores doctores Pedro Bertolino (La Plata); José Ignacio Cafferata Nores, Raúl Montero y Víctor

<sup>42</sup> Resultó de especial relevancia el congreso llevado a cabo en la Universidad Nacional de Buenos Aires en 1988, obrando las diversas intervenciones en: Presidencia de la Nación, Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Hacia una nueva justicia penal*, Imprenta Oficial, Buenos Aires, 1989.

Vélez (Córdoba); Federico Domínguez (Lomas de Zamora); Angela Ledesma (Santiago del Estero y Tucumán); Francisco D'Albora, Julio Maier y Miguel Almeyra (Buenos Aires); Víctor Corvalán, Héctor Superti y Ramón T. Ríos (Rosario); Efraín Quevedo Mendoza (Mendoza); Ramón Acuña y Adolfo Beraja (Nordeste), y Carlos Chiara Díaz y Jorge Vázquez Rossi (Litoral).

A más de los nombrados concurren numerosos auxiliares de cátedra y alumnos adelantados, lo que otorgó a estos encuentros un singular dinamismo.

La importancia de estos congresos debe señalarse en el doble aspecto de una seria profundización y discusión de los contenidos y enseñanza de la materia, y en el de haber difundido valiosos proyectos legislativos y contribuido, mediante recomendaciones y propuestas concretas, a la modernización y avance de la legislación procesal penal.

Dentro del clima de vigoroso esfuerzo intelectual señalado, aparecieron desde 1983 en adelante numerosas obras, a varias de las cuales se citará en las oportunidades pertinentes.

## CAPITULO II

### **EL DERECHO PROCESAL PENAL COMO PARTE DEL SISTEMA PENAL**

#### **1. Ubicación del Derecho Procesal Penal**

En el capítulo inicial se aportaron elementos para una definición de este particular conjunto normativo, al que se caracterizó como una rama o zona jurídica con elementos específicos ubicada dentro del denominado Derecho Público (fundamentalmente, regula la actividad de órganos públicos –jurisdiccionales, requirentes e investigativos– dirigidos a la persecución penal oficial para la aplicación al caso de la ley punitiva sustantiva dentro del ámbito territorial del Estado).

La característica más acentuada de este ordenamiento refiere a su *función realizativa*, es decir, a la organización de medios institucionales y procedimentales destinados a determinar prácticamente, en situaciones concretas, las disposiciones generales de las leyes sustantivas.

En el caso de la materia que consideramos, caben dos perspectivas de análisis; una, que atiende a los procedimientos en sí mismos y que de la exégesis de las disposiciones vigentes se remonta a la elaboración de categorías lógicas, comprensivas de diferentes supuestos, articulando conceptualmente –con prescindencia de lo aplicado– los mecanismos aplicativos. En

torno a esto, se ha hablado de una “teoría del proceso” o de “Derecho judicial”, abarcativa del estudio de los órganos pre-dispuestos por el Estado para ejercer el poder y función jurisdiccional y del método –proceso– mediante el cual se actúa en procura de la resolución.

Y la otra se dirige preponderantemente a considerar al Derecho Procesal Penal como parte integrativa del Derecho Penal *lato sensu* o en sentido amplio, atendiendo a que, en la realidad social y en el ordenamiento normativo, la sistemática punitiva se materializa a través de los organismos y procedimientos de aplicación.

En el presente capítulo tomaremos en cuenta este segundo aspecto.

Como vimos en el capítulo inicial, las relaciones del Derecho Procesal Penal son extremadamente íntimas con el Penal, tanto que durante mucho tiempo no encontraban una diferenciación ni tratamiento separado.

## **2. El sistema penal**

Se entiende por tal el conjunto de disposiciones e instituciones que configuran los mecanismos del poder penal del Estado. Desde un punto de vista normativo, el mismo está compuesto por los preceptos sustantivos que describen comportamientos (acciones u omisiones) a los que se asocian sanciones punitivas, los principios generales abarcativos de todas estas figuras, los métodos realizativos y aplicativos y lo atinente a la ejecución de tales sanciones.

Este conjunto normativo ha sido tradicionalmente denominado como Derecho Penal *lato sensu* o Derecho Penal en sentido amplio, abarcando las materias que por razones didácticas se conocen como parte general del Derecho Penal, cuyo principal espacio está ocupado por la teoría del delito; la parte especial o análisis del catálogo delictivo o de los delitos en particular; el Derecho Procesal Penal o regulación realizativa (Derecho

Penal formal o instrumental), y el Derecho atinente a la ejecución de las sanciones declaradas en las pertinentes resoluciones que, en lo que refiere al régimen en establecimientos carcelarios ha sido conocido también como Derecho penitenciario.

Tampoco puede dejar de tomarse en cuenta lo que constituye el verdadero cimiento normativo y principista de toda la precedente construcción jurídica dentro de un Estado de Derecho y que es el conjunto de normas fundamentales o sistema garantizador, establecido a través de la Constitución Nacional, pactos o convenciones internacionales y constituciones provinciales.

Así mismo lo que refiere a los órganos de aplicación y funcionamiento del sistema se encuentra regulado en las llamadas leyes orgánicas o de organización del poder judicial y de instituciones auxiliares como la policía.

Sobre cada una de estas zonas, la evolución jurídica ha ido concretando estudios específicos que, en la configuración doctrinaria y didáctica se conformó a través de materias particulares, tales como Derecho Constitucional, Derecho Penal parte general, Derecho Penal parte especial y Derecho Procesal Penal, cada una de las cuales ha pretendido alcanzar una autonomía curricular, contando con amplia bibliografía, congresos periódicos y metodologías propias. Desde un punto de vista legislativo, estas normas se encuentran repartidas y en gran medida separadas en: textos constitucionales y convenios internacionales; la parte general del Código Penal; la parte especial del Código Penal y leyes penales especiales; los códigos de procedimientos, las leyes organizativas, y los reglamentos carcelarios y policiales.

Ahora bien: tal separación y diferenciación no puede hacer olvidar que existe una profunda interrelación entre tales partes que, en realidad, lo son de un todo que es, precisamente, lo que se denomina como sistema penal. En consecuencia, si bien es aceptable la distinción zonal (aunque existen recientes e importantes experiencias didácticas que procuran un enfoque global), ella no puede nunca desconocer que nos encontramos

ante un conjunto que recibe su unidad y sentido de la *función* que cumple dentro de la sociedad.

Esta función (que puede también entenderse como finalidad general) es compleja, pero de una manera esquemática es posible caracterizarla como la de una doble regulación: la de los individuos, para que ajusten sus comportamientos a determinadas pautas y, en caso contrario, reciban el castigo correspondiente, intentándose asegurar de tal manera el mantenimiento de determinadas relaciones de convivencia, y la del poder penal estatal –el que ejecuta ese control– que debe constreñirse a condiciones de actuación previamente establecidas.

El Estado de Derecho moderno pretende generar una utilización racional, limitada y reglada de su poder. Las bases de esta configuración se encuentran en los estatutos fundamentales o constituciones que, por una parte, declaran los derechos individuales y sociales inalienables y las consecuentes garantías para su eficaz protección, reconocimiento y operatividad y, por la otra, disciplina la institución, organización y divisiones de los órganos gubernativos. Todo esto tiene una incidencia directa sobre el sistema penal, ya que como oportunamente se verá en detalle, en tales estatutos se define una idea de lo que es jurídicamente posible conceptualizar como delito y los requisitos de una válida imposición de sanción punitiva mediante métodos realizativos ajustados a determinadas condiciones.

Sobre esas bases y a través de las disposiciones generales de los códigos penales, se ha intentado construir un concepto genérico de delito, es decir, determinar los caracteres comunes que debe revestir un comportamiento humano al que se califica de delictivo. Aunque se trata de una estructura teórica, cuya aplicación y utilidad depende, en definitiva, de los operadores judiciales, ha contribuido a la sistematización orgánica de la materia penal.

El conjunto de prohibiciones conminadas con penas o infracciones punibles, aparece en la parte y leyes especiales; ahí

se describen abstractamente y con mayor o menor delimitación acciones cuya comisión aparejará castigo penal. Por lo común, el articulado se encuentra agrupado temáticamente según el bien jurídico que se tutela, hablándose así, como en el Código Penal argentino de delitos contra las personas, la libertad, la propiedad, la administración pública, etcétera.

La decisión de tener una conducta por delictiva es un acto legislativo y, por ende, político, en el que no siempre inciden razones de índole jurídica. En esta determinación abstracta intervienen factores de poder, motivos circunstanciales, problemas sociales, valoraciones morales, urgencias de seguridad, etcétera. No hay delitos en sí mismos o “naturales” y una recorrida por la historia y el Derecho Comparado nos muestra que han sido entendidos como delictivos los más variados comportamientos, a los que también se conminó con las más diversas penas.

Ahora bien: ¿qué sucede cuando en la realidad ocurre un concreto acontecimiento ubicable dentro de la previsión o descripción normativa?

El Estado de Derecho ha optado por un sistema de *reacción mediata*, disciplinando procedimientos investigativos y de discusión para determinar si en el caso se está verdaderamente ante un hecho delictivo y ante sujetos penalmente responsables.

De acuerdo con expresas disposiciones constitucionales (infra Cap. VI) nadie puede ser condenado sin “juicio previo”. De tal manera, la sanción punitiva válida sólo puede ser impuesta por el órgano jurisdiccional competente como resolución conclusiva de un proceso regularmente tramitado.

La doctrina coincide en denominar a esta cuestión procesal como “realizativa”, toda vez que a través de ella se concreta la aplicación de la ley sustantiva. Así, el proceso penal es el camino de necesario e imprescindible tránsito para actuar las disposiciones de fondo.

Por último, decidida una sanción penal, surge la cuestión de su ejecución. Este tema adquiere especial importancia en

torno a las medidas de privación de la libertad, cuyo cuestionamiento ha sido diverso y vigoroso. Sobre el particular, mucho se ha discutido sobre el sentido y fin de la pena y sobre los modos de aplicarla. Pero sin duda, la importancia de esto –en lo que confluye gran parte del sistema– obliga a que se lo tenga especialmente en cuenta.

Ahora bien, si por razones metodológicas, de configuración y desarrollo legislativo y teórico y aun operativas, se diferencian netamente las zonas correspondientes a cada una de las antedichas áreas, es imposible desconocer la profunda interrelación de cada una y, por ende, la necesidad de una perspectiva global de abordaje.

Sin pretender ahondar en cuestiones epistemológicas sobre el concepto de sistema, debemos aclarar que se entiende a los fines de lo tratado de “un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas”<sup>1</sup>, todas las cuales guardan correspondencias entre sí, relacionándose con la cultura de la que constituye una expresión parcial.

En ese aspecto se habla de “sistema penal”, mencionándose

<sup>1</sup> SANDOVAL HUERTAS, Emiro, *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá, 1989, p. 5.

La idea de una visión integral de la cuestión la expuse en *El Derecho Penal de la democracia*, en *Revista de estudios procesales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987, Nº 37.

Ahora bien, puesta en claro la referida postulación, ello no debe hacernos incurrir en el engaño de creer que el “sistema” funciona como un todo coherente, como un aceitado mecanismo que responde a una directiva común y organizada. En la realidad, hay una “asistematicidad del sistema”, en la que incluso pueden advertirse notorias contradicciones de fines y medios operativos en los diferentes segmentos.

Sobre el tema puede también mencionarse: MARRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 15, donde se lee: “El sistema penal es el conjunto de instituciones y de procedimientos que la sociedad utiliza para expresar la reacción contra la criminalidad. Los engranajes esenciales de este sistema son el derecho y el procedimiento, la organización judicial y los diferentes servicios de policía”.

Igualmente, PICCA, Georges, *La criminología*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 103.

ese conjunto que trata de métodos formalizados de control para evitar determinados comportamientos que se entienden dañosos o lesivos para un orden de convivencia y de los castigos y procedimientos de aplicación para los infractores.

El punto de inflexión central de este sistema, la zona de confluencia, está dada por el proceso o realización penal, ya que allí operará concretamente, a través de sujetos reales, el Derecho Penal, tema que será tratado posteriormente.

### **3. El proceso de criminalización**

Por tal se entiende el conjunto sucesivo de actos que conducen a que a un individuo concreto se le aplique una sanción penal. Este tratamiento va dirigido a evidenciar la interrelación sistemática considerada en el punto precedente.

El primer momento de este proceso lleva a una decisión política de tipo abstracto y general. Es el que ocurre cuando el poder político decide la penalización de ciertas conductas que se estiman lo suficientemente disvaliosas como para merecer la amenaza punitiva.

Dentro del Estado Constitucional, los delitos sólo pueden ser creados por una ley, entendido el término en su sentido estricto de norma general aprobada mediante procedimientos reglados por el Poder Legislativo.

Esta decisión, como todo acto político, está sujeta a múltiples factores y con frecuencia obedece a problemas circunstanciales.

En la evolución legislativa de los países modernos, ha sido frecuente que se haya procedido a la regulación de la materia penal sustantiva a través de estructuras orgánicas, conocidas como códigos; los mismos parecen habitualmente como trabajos completos de depurada técnica jurídica y sistemáticamente desarrollados. Pero junto a ellos, por el paso del tiempo, el surgimiento de nuevos problemas o un discutible intento de reforzar penalmente determinadas prescripciones, existe una frondosa legislación especial (por ejemplo, Código Aduanero,

estupefacientes, Ley Penal Tributaria, etc.) que no siempre guarda coherencia y proporcionalidad con el esquema básico.

El conjunto de las conductas descriptas abstractamente a las que se asocian penas, configura el denominado *catálogo punitivo*, que, junto a los principios reguladores generales, es el primer momento de criminalización; éste es de índole abstracta, genérica y en ocasiones de valor predominantemente simbólico. Por lo común, es cumplido espontáneamente. Pero cuando en el mundo real ocurre una situación en la que alguien ha desobedecido la norma prohibitiva y ejecuta la conducta descrita en el precepto (un individuo ha matado, o se ha apropiado ilegítimamente de cosa ajena, o ha abusado ardidosamente de la confianza, o adulterado perjudicialmente documentación o ha traficado con estupefacientes, etc.), se pone en marcha el mecanismo predispuesto por otro conjunto normativo, que son los códigos de procedimientos.

Ahora bien: sabemos que en la realidad no todos los hechos que se ajustan a las disposiciones penales son perseguidos, ni mucho menos, efectivamente castigados a través de sanción penal formal. Esta diferencia entre lo que razonablemente se supone ocurrido y lo que es objeto de intervención institucional, se conoce como *cifra negra* y varía considerablemente según las diversas figuras. Las causas son múltiples, variadas y cambiantes; a modo de ejemplo pueden citarse dificultades de investigación, factores políticos, criterios de permisibilidad, cambios de valoraciones en las pautas derivadas de la moral positiva, etcétera. Pero lo cierto es que el sistema penal no abarca efectivamente todos los actos y autores que se supone se encuentran dentro de las previsiones normativas. Para algunos, esto implica una carencia de efectividad, lo que puede ser real en casos tales como los relacionados en general con la seguridad y en particular con agresiones a las personas y la propiedad o en situaciones de corrupción política. Pero desde otro punto de vista,

es probable que un mecanismo que persiguiese todas las infracciones devendría socialmente intolerable.

El sistema penal opera con un *principio no formalizado de oportunidad*, correspondiendo por lo general la selección de su clientela a los organismos policiales. De tal manera, se ha señalado que se da una elección de hechos y autores, lo que tiene que ver directamente con el proceso real de criminalización que, cuantitativamente, opera sobre ciertos sectores (estratos sociales marginales) y de acuerdo con estereotipos (criminalización secundaria).

De todas formas y ciñéndonos a lo que se quiere hacer claro en el presente punto de la criminalización abstracta y general decidida por el poder político en la norma legal, se pasa a la etapa de realidad; en ella se recorrerá un camino en el cual, mediante procedimientos predeterminados, se arribará a una decisión final –por lo común, bastante distante en el tiempo del hecho que motivó la causa– que resolverá sobre si el imputado es penalmente responsable de la acción delictiva atribuida; en caso negativo, el individuo se verá libre de persecución penal, y en el supuesto afirmativo, se le impondrá una sanción. Ahora bien: puede suceder que en esta última alternativa se declare que la pena está ya cumplida, lo que resulta bastante habitual por la circunstancia de las medidas de privación cautelar de libertad que implican que el justiciable espere la decisión final en prisión a través de verdaderos anticipos de pena que convierten al proceso en un medio de castigo.

De acuerdo con lo dicho, podemos concluir que para que a un individuo se lo tenga por penalmente responsable deben ocurrir una compleja serie de requisitos y condiciones que, de manera esquemática, podemos resumir de la siguiente manera:

- a) Que exista una decisión política formalizada de incriminar abstractamente ciertos comportamientos;
- b) que en la realidad de los hechos se dé una situación en

- la cual una persona ejecute aquellos actos previstos en el precepto sustantivo pertinente;
- c) que tal situación llegue a conocimiento de los órganos y operadores facultados para desarrollar la persecución penal y que los mismos decidan instar los procedimientos adecuados;
  - d) que a través de tales procedimientos se acredite la existencia del hecho delictivo y la intervención del justiciable, sin que medien circunstancias impeditivas de la persecución penal, o justificantes o exculpantes, y
  - e) que el órgano jurisdiccional correspondiente declare la responsabilidad penal del inculpado.

En cada uno de estos pasos influyen, además, factores diferentes. Hay un difícil de definir entramado de estructuras normativas preexistentes, maneras y hábitos de actuación de los operadores de las mismas, valoraciones y opiniones, condicionamientos socioeconómicos, relaciones de poder e intereses circunstanciales.

Lo que debe quedarnos en claro es que, como en su momento expuso Durkheim<sup>2</sup>, la idea de crimen o delito es siempre un juicio social formalizado, relativo y sujeto a variables cambiantes. Lo que se entiende por criminal es producto de una cultura, la ideología y las opciones políticas. Los catálogos delictivos, la idea misma de delito y los procedimientos para determinarlo y castigarlo, variaron a lo largo del tiempo y de los Estados, como así también las características de las personas mayoritariamente involucradas en la cuestión.

#### **4. La justicia penal**

En esa perspectiva de equilibrio deberá sumarse toda reflexión sobre la justicia penal, es decir, sobre los modos organizados por el Estado y respaldados por su poder coactivo para

<sup>2</sup> DURKHEIM, Emilio, *Las reglas del método sociológico*, trad. de A. Ferrer, Dédalo, Buenos Aires, 1964.

la determinación de los supuestos de aplicación de la legislación penal.

Como será adecuadamente desarrollado más adelante, por imperio del principio constitucional de ninguna pena sin juicio previo (art. 18, Const. Nac.), el único ámbito legal de aplicación del Derecho Penal es el Derecho Procesal Penal. El proceso penal es el camino de realización del Derecho Penal en sentido estricto. Todo lo elaborado por la teoría del delito encuentra aquí su cabal aplicación, evidenciando una vez más la profunda interrelación entre ambos órdenes normativos.

Por justicia penal entendemos lo relativo a la organización del poder jurisdiccional y a los procedimientos estructurados para la investigación de los hechos delictivos y de la discusión sobre los mismos en orden a la aplicación de la ley sustantiva.

Ya hemos indicado que en la evolución histórica, disposición penal, desarrollo procesal y penal, aparecieron con frecuencia unidos o confundidos en una interrelación difícil de diferenciar. Justicia penal era, sobre todo, la imposición de pena. El posterior desarrollo fue diferenciando estos niveles hasta llegarse a la moderna concepción del proceso como puente o nexo entre la normatividad de fondo y la aplicación concreta de la sanción prevista en la disposición pertinente.

Ahora bien: a pesar de tal diferenciación, que ha llevado en los aspectos legislativos y doctrinarios al concepto admitido de la autonomía de la materia procesal, es un hecho social indiscutible que las manifestaciones reales de la justicia penal desempeñan un papel, tal vez aparentemente más importante que el del mismo Derecho Penal, en la represión del delito. El individuo, la opinión pública, no se enfrentan ni se encuentran con la legislación punitiva, por definición abstracta, sino con la realidad de las comisarías, tribunales, jueces y abogados. El poder punitivo del Estado se manifiesta a través de su justicia penal. Al mismo tiempo, no puede desconocerse que en considerable número de casos el proceso es, de hecho, una impo-

sición punitiva, resultando de todo punto de vista más gravoso que la sanción definitiva.

De este hecho –a veces escamoteado en muchos análisis jurídicos– debe partirse para una verdadera comprensión de la problemática de la justicia penal, a la que debe enfocarse no sólo a través de un estudio dogmático-interpretativo, sino también crítico.

De ahí que el estudio del Derecho Procesal no pueda prescindir del planteo de interrogantes sobre sus relaciones con el Derecho Penal, sobre su papel dentro de la sociedad toda y sobre qué tipo de proceso y hacia qué finalidades se orienta. Y esto, no tanto desde el punto de vista de un proceso ideal, sino de un proceso posible, pero siempre desde la idea que implica el sentido y delimitación del Estado de Derecho.

Podríamos decir (y sería un buen título para un trabajo) que la cuestión punitiva ha girado, en el terreno de la teoría, entre los polos que idealmente podemos representar por los nombres de Beccaria y Ferri; mientras el primero puso en su famoso *De los delitos y de las penas* el énfasis en las garantías individuales, el segundo –fiel a la concepción positivista italiana– abogó por la defensa social y por la consideración del delincuente como un marginado o un enfermo al que había que separar de los buenos ciudadanos y reformar a cualquier costo. Entre estos dos puntos ha oscilado permanentemente la cuestión: por un lado, un ahondamiento en el arduo problema de poner límites al poder del Estado y fortalecer los derechos del imputado, y por el otro, el avance en la proliferación de figuras delictivas y de métodos investigativos y represivos cada vez mayores.

Referido el problema al campo de la justicia penal, está en claro que se trata de armonizar el innegable interés público en la prevención, investigación y eventual punición de hechos delictivos, con la amplia faz garantizadora del individuo sometido a proceso.

La justicia penal, tal cual aparece organizada modernamente, responde básicamente al *principio de oficialidad*, es decir, que está fuera del ámbito de los particulares y sólo reservada al poder estatal, por medio de los órganos pertinentes. Esto se traduce en la acción penal pública y en la indisponibilidad de la misma; igualmente, en la creación de un aparato estatal de persecución y juzgamiento que conforma, en definitiva, la cuestión en tratamiento. Una de las principalísimas manifestaciones es el proceso penal, que en palabras de Maier aparece “como una obra total del Estado para realizar las normas penales materiales cuando surja la sospecha de su infracción”<sup>3</sup>. De ahí entonces que todo lo concerniente a la justicia penal desemboque en el tema central del proceso penal, que será básicamente lo que nos ocupe.

### 5. Los enfoques de estudio

Como todo lo real, el sistema penal es susceptible de múltiples enfoques para su consideración. Más aún: puede admitirse que cada teórico propone, de hecho, una particular visión, acentuando determinada perspectiva de abordaje y tratamiento. Pero con plena conciencia de no agotar la cuestión y a los efectos de ir avanzando en la delimitación de la materia, es conveniente tener en cuenta algunas distinciones.

De lo ya tratado se deduce que el sistema penal es analizable en zonas específicas, conocidas tradicionalmente como Derecho Penal parte general, Derecho Penal parte especial y Derecho Procesal Penal; esta última ha de ser la que ocupará nuestra atención.

Pero no puede olvidarse que toda parte, en cuanto tal, carece de claridad si no se la integra dentro del conjunto en que se halla y del cual, en definitiva, cobra su pleno sentido. En el estudio del Derecho Procesal Penal debe tenerse siempre presente que nos encontramos ante métodos realizativos de una

<sup>3</sup> MAIER, *La ordenanza procesal alemana* cit.

normatividad sustantiva y ante cuestiones que hacen, en definitiva, a la operatividad de las mismas.

Desde otro punto de vista, se ha hablado de un *enfoque o método dogmático*. La denominación proviene de que el estudioso del Derecho considera las disposiciones vigentes como dogmas, como hechos objetivos que resultan indiscutibles en su poder obligante.

Más allá de lo muy poco feliz de esta denominación, el señalado enfoque alcanzó en su momento amplia influencia, en especial por obra de los trabajos de los tratadistas penales alemanes, con notoria repercusión sobre españoles y latinoamericanos.

Su principal logro fue la elaboración de una teoría general del delito, es decir, un concepto aplicable a todo delito particular. Señala Francisco Muñoz Conde que “la primera tarea a la que se enfrenta la teoría general del delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena”<sup>4</sup>.

Habida cuenta que ello surge de lo que el legislador ha establecido como delito, el concepto se formula sobre la base de los elementos legales. En los medios referidos, es de pacífica aceptación que el concepto de delito lo es de índole estratificada, es decir, compuesta, siendo sus elementos configurantes la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, aunque los autores y escuelas discrepen sobre las características, componentes y relevancia de cada uno de estos elementos.

Así mismo, respecto de las características particulares de cada delito específico, el método lo considera en todas sus particularidades interpretativas.

El enfoque dogmático ha sido acertadamente descrito por Novoa Monreal, quien indica que “su verdadero carácter no

<sup>4</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 17.

es otro que el de un método destinado a obtener el esclarecimiento simplificado y coherente del verdadero sentido de las leyes positivas”. Este método de índole normativa procura alcanzar niveles de previsibilidad y racionalidad en la aplicación de las disposiciones, redundando ello en el afianzamiento del valor seguridad jurídica.

Siguiendo con el mencionado autor, quien resume pulcramente diversas elaboraciones, se advierte que “el dogmático utiliza para sus lucubraciones únicamente el contenido de textos positivos, que él no puede modificar ni alterar en forma alguna (por lo que ha de tenerlos como ‘dogmas’) y realiza con ellos un trabajo lógico...”, que implica diferentes etapas, a saber:

- a) Un acopio o recolección de los textos legales pertinentes (en nuestro caso, las disposiciones constitucionales aplicables, las leyes orgánicas y los códigos de procedimientos penales);
- b) el análisis de dichos preceptos, tanto en sí mismos como en relación al conjunto de que forman partes;
- c) ordenación lógica de dichos textos;
- d) agrupamiento según criterios de semejanzas y diferencias;
- e) sobre tal base, proposición de conceptos generales, y
- f) elaboración de una estructura donde cada parte cobre su sentido y significación de acuerdo con lo general.

Como ya hemos indicado, la perspectiva de análisis dogmático encontró su mayor desarrollo dentro del Derecho Penal. Desde un punto de vista más amplio, puede ser considerada como propia de los estudios normativos, es decir, de aquellos que circunscriben como objetos de conocimiento los productos legales. Así mismo, corresponde a la tendencia o enfoque que, a partir de la obra de Kelsen, caracterizan sus preocupaciones por lo que se ha denominado “pureza del método”, tratando de ceñir el trabajo teórico a lo jurídico, encontrando la especificidad determinante en el conjunto sistemático de normas

formalmente dictadas por la autoridad estatal y respaldadas por sanciones establecidas por esa misma autoridad.

Este enfoque puede ser aplicado a la consideración de cualquier zona de la realidad jurídica. Sus principales méritos son el logro de aceptables niveles de racionalidad y clarificación de contenidos, lo que redundará en seguridad y, por ende, en previsibilidad. Las objeciones más conocidas son las que se dirigen a que el antedicho es sólo una parte fragmentaria del fenómeno en análisis; así mismo, que deja fuera de consideración cuestiones de relevancia, tales como aspectos institucionales y, especialmente, problemáticos, ya que se desentiende del funcionamiento operativo de las normas y de la valoración crítica de sus contenidos. De tal manera, la "pureza" implicaría limitaciones que, larvadamente, supondrían aceptar como debido un determinado estado de cosas, ignorar las relaciones de poder y los condicionamientos sociales<sup>5</sup>.

En el campo de los estudios procesales muchas veces ni siquiera se alcanzó el nivel de una verdadera dogmática, predominando un enfoque puramente *exegético* que se ceñía a los textos procedimentales, aclarando las significaciones y, en el mejor de los casos, articulando las concordancias.

El sistema penal ha sido también objeto de *análisis críticos*, provenientes de estudios filosóficos sociales y criminológicos,

<sup>5</sup> Dentro de la teoría penal argentina, los enfoques del dogmatismo penal, por años preponderantes, fueron eficazmente representados por Sebastián Soler en su *Derecho Penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 14, donde se lee: "Esta forma de considerar el estudio del Derecho Penal como estudio de normas jurídicas, es característico de todo estudio jurídico de una materia dada, y se llama estudio dogmático porque presupone la existencia de una ley y se propone su sistematización, interpretación y aplicación correcta".

El cuestionamiento y/o superación de tal perspectiva ha sido amplio y variado, al igual que con disímiles fundamentaciones y explicitación de posiciones ideológicas. Una línea de tal pensamiento puede consultarse en NOVOA MONREAL, Eduardo, *Crítica y desmitificación del Derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1978, y ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas* cit.

los que aunaron desarrollos teóricos y axiológicos junto al manejo de datos empíricos.

En lo básico, estas direcciones (de muy diversa formulación) significaron un cambio de paradigmas: ya no se tomaba el conjunto normativo como exclusiva configuración del fenómeno jurídico y, mucho menos, se lo aceptaba como dogma; por el contrario, se develaba la significación oculta de los discursos, se atendía al funcionamiento real del sistema y se cuestionaban no sólo los errores o desviaciones, sino la misma legitimidad.

Ante lo que se ha conocido como “crisis de la justicia penal” y habida cuenta del ya señalado hecho de que en la realización confluyen casi todos los aspectos relevantes de la materia penal, el Derecho Procesal Penal se convirtió en lugar privilegiado del encuentro de direcciones críticas, siendo notorio el descrédito –si no el abandono– de los enfoques meramente exegéticos, cuya pobreza salta a la vista y cuya futilidad fuera más de un siglo atrás denunciada por von Kirchmann.

La línea de estudio que en el presente trabajo se emprende postula la validez y necesidad de enfoques problemáticos, cuyos ecos resuenan en una vasta e importante bibliografía y en las más notorias intervenciones de los congresos sobre la materia. Pero este aspecto no puede hacer desconocer que la finalidad preponderante se orienta hacia la descripción sistemática del arduo fenómeno de la realización penal, cuyos aspectos más importantes –y permanentes– se tratará de ofrecer al lector.

## 6. Política criminal

Ya hemos indicado que la denominación *lato sensu* de Derecho Penal encuadra al Derecho Penal *stricto sensu* o Derecho Penal propiamente dicho o sustantivo, y Derecho Procesal Penal o regulación formal, adjetiva o ritual. El Derecho Penal así entendido responde explícita o implícitamente, a los lineamientos dados por la política penal o política criminal. Con esta denominación hacemos referencia a una corriente de pensa-

miento o actitud doctrinaria que pretende enfocar analítica y también críticamente el conjunto de las medidas a que el Estado acude e implementa para la lucha contra el delito. Así se enfoca la cuestión de los fines y objetivos, el sentido de las medidas empleadas, la función otorgada al Derecho Penal, los límites del mismo, la ideología subyacente; en definitiva, todo lo que Heinz Zipf caracteriza como "obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal"<sup>6</sup>.

Puede decirse que la tendencia predominante desde la época de la Ilustración, y a pesar de reacciones de diverso grado e incidencia, ha sido la de un enfoque teórico y relativamente práctico destinado a controlar el poder punitivo del Estado dentro de límites racionales y en concordancia con los postulados constitucionales. Por supuesto que, como en toda evolución social, este avance no ha sido uniforme ni ininterrumpido, registrándose momentos de profundos retrocesos. Incluso en el nivel de la teoría, pueden rastrearse, como en el caso de algunas direcciones del positivismo y de los ideólogos del autoritarismo, enormes fracturas en la tradición liberal. Sin embargo, a pesar de tantas contradicciones y maguer el estatismo creciente de la sociedad contemporánea, el estado actual del desarrollo científico e incluso, nos atreveríamos a decir, de la conciencia jurídica, entiende que no puede haber legislación punitiva válida, ya fuere en sus aspectos sustantivos o formales, que no se enmarque y responda a los principios, postulados, características y requisitos del Estado de Derecho, definido según los lineamientos dados por el constitucionalismo.

En tal aspecto, se ha advertido que no existe ni puede darse una política criminal sin presupuestos (como tampoco existe forma ninguna de Derecho sin tales); la misma estará siempre incorporada dentro del marco referencial de una determinada configuración del Estado. La que entendemos como propia del

<sup>6</sup> ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Revista de Derecho Privado, Jaén, 1979.

actual desenvolvimiento de los estudios jurídicos y como directa derivación de nuestra Constitución Nacional (desgraciadamente, tantas veces desobedecida en la realidad política, con las funestas consecuencias conocidas por todos), es la ya señalada del Estado sujeto al principio supremo de legalidad y orientado no como fin en sí mismo, sino “como medio de posibilitar la convivencia de las personas”<sup>7</sup> a través de la armónica regulación de la sociedad; lo que vaya más allá de eso, todo lo que implique un avasallamiento del individuo fuera de los límites estrictamente racionales y necesarios para, precisamente, posibilitar esa convivencia, resultará un intolerable apartamiento de los fines y límites que enmarcan al poder estatal.

En este sentido se ha hablado de que el Derecho Penal, fundamentalmente a través de los principios de legalidad y reserva, es el límite de los medios de represión de la criminalidad y, a su vez, en la medida en que la potestad punitiva se presenta como pretensión de actuación de esas normas, el proceso limita racionalmente la aplicación de las mismas a los casos en que se determine, con las debidas garantías y en grado de certeza, la pertinencia de dicha aplicación.

Al mismo tiempo, la interpretación de todo ese complejo normativo debe hacerse según la Constitución, que es una suerte de sentido concentrado de los conceptos rectores del Derecho vigente en un país y que, en materia penal, define un determinado programa.

Lo señalado lleva a la compleja y realmente importante cuestión de la misión y función del Derecho Penal *lato sensu* dentro del Estado de Derecho, lo que, en definitiva, constituye una de las problemáticas básicas de la política criminal<sup>8</sup>. Al respecto,

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, t. I.

<sup>8</sup> BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal*, trad. de F. Gutiérrez Alvis, Bosch, Barcelona, 1977, p. 15, donde dice: “El pensamiento penal que está en relación con la historia, con la cultura, con los contrastes del ambiente, con los choques de intereses, con el drama

debe observarse que en los últimos años se ha producido un replanteo integral, a veces por completo radical, de los mismos supuestos sobre los que se asentaba el tradicional desarrollo de las disciplinas penales, replanteo que, en lo básico, puede sintetizarse en la superación de todo formalismo y en el análisis crítico de los sistemas vigentes.

El tema apuntado cobra especial importancia y una urgencia práctica insoslayable en una nación como la nuestra, que a través de sucesivas fracturas del orden jurídico-político-constitucional registró momentos de gravísimos apartamientos de los principios básicos del liberalismo penal, los que se tradujeron en irregularidades procesales y en la proliferación de una legislación y prácticas punitivas de corte represivo, acorde con una ideología asentada sobre la denominada "seguridad nacional" que, en definitiva, no era sino la manifestación despótica del poder.

De ahí que cobre especial significación la idea de Eugenio Zaffaroni de que "el Derecho Penal no puede tener otra función que la de seguridad jurídica"<sup>9</sup>, entendiendo por tal, como ya lo apuntamos, las condiciones que posibiliten la coexistencia. Todo lo que vaya más allá de esto tanto en los aspectos sustantivos como adjetivos, implicará una injerencia intolerable que, paradójicamente, causará no sólo mayor alarma social –como de hecho aconteció en el país– sino que afectará en su misma médula la seguridad pública, convirtiendo al Estado y sus manifestaciones de poder en un Leviatán destructor.

La necesidad de enfoques político-criminales ha sido un punto de especial relevancia en los debates contemporáneos, tanto en el análisis del Derecho Penal sustantivo como realizativo, debiendo indicarse respecto a este último que muchos

de la vida. En síntesis, la sistematización del pensamiento jurídico hace perder de vista la sustancia y el origen político de los problemas de las doctrinas, de las construcciones mentales típicas del jurista".

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Política criminal latinoamericana*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982.

problemas (como sería el caso de los denominados delitos de bagatela, el papel de la víctima, la posible composición en ilícitos que involucran aspectos particulares, etc.) encuentran solución dentro del proceso penal.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el diseño de métodos de enjuiciamiento implica claras opciones políticas y se conecta con la actuación de los poderes públicos. Cuestiones como la de la intervención y control popular, los límites al poder punitivo, la relevancia de la voluntad e intervención de los individuos, la regulación de la acción, las medidas cautelares, entre otros aspectos, no son simples elementos técnicos sino determinaciones que comprometen profundos sentidos de la vida de relación entre los ciudadanos y la justicia oficial.

Dentro de nuestra doctrina, Julio Maier enfocó su obra atendiendo a este tipo de perspectiva. En su *Derecho Procesal Penal argentino*, estudiando el enjuiciamiento como un hecho cultural inserto en la historia, considera a la política criminal como el enfoque que contribuye a delimitar la tendencia caracterizante del Derecho Procesal Penal contemporáneo. Sobre el particular señala que en nuestros tiempos los estudios sobre la materia se separan “cada vez más de la labor especulativa dogmático-jurídica”, para darse de lleno “a la crítica de las instituciones penales y a la búsqueda de medios racionales de actuación del poder penal del Estado”<sup>10</sup>.

Ese poder penal se manifiesta de manera directa y fuerte a través de la persecución y juzgamiento, por lo que la manera de organizarlo, limitarlo y racionalizarlo es una importante tarea cuya dirección deviene de decisiones político-criminales que, obviamente, no son sino una zona de la política general. De tal manera, es la política la que puede decidir sobre el curso de las modificaciones procesales, aunque sea el desenvolvimiento doctrinario el que indique las direcciones más correctas.

A la luz de la experiencia histórica, las relaciones entre en-

<sup>10</sup> MAIER, *Derecho Procesal...* cit., t. 1 “B”, p. 146.

juiciamiento penal y política general son estrechas y directas. Con harta frecuencia, el poder político se sirvió de la persecución punitiva como medio eficaz de averiguación y castigo del disenso y como método de afirmación autoritaria. De ahí que la primera idea en torno al tema de estas complejas relaciones, esté configurada por el tipo de organización política que impere en una sociedad, resultándonos inconcebible, dentro de las líneas que han desarrollado la actual ciencia procesal, otro sistema que no sea el del Estado de Derecho y donde el poder punitivo se encauce a través de límites estrictos y racionales.

Sobre esa base pueden luego plantearse y desarrollarse diferentes opciones, todas las cuales refieren en una u otra forma a cualquiera de las etapas y momentos del proceso de criminalización: qué, cuándo, a quién y cómo se pena, todo lo cual genera debates que introdujeron perspectivas amplias en torno al sistema penal, que van desde las más radicales del abolicionismo hasta las que privilegian la defensa de la sociedad mediante el aparato punitivo, pasando por líneas reduccionistas y limitativas.

Está en claro que la consideración del aparato realizativo carecería de todo sentido (fuera de los notorios aspectos que ofrece para la crítica) si aceptásemos la idea (que teóricamente no carece de aspectos seductores) de abolir el sistema penal. Pero entendemos que en el marco de lo vigente, dentro del contexto latinoamericano y con la realidad política existente, la dirección se dirige a fortalecer niveles de racionalidad y garantías, de participación y control popular, de mayor agilidad y menor burocracia. En este sentido y en lo que hace de modo estricto al tema realizativo, la reforma de nuestros códigos de procedimientos —emprendida y desarrollada de manera dispar dentro de la última década— es una tarea en la que el poder político democrático toma decisiones que, en general, pueden reputarse como avances, pero que distan de agotar lo posible. La consideración y discusión de perspectivas de cambio ha es-

tado más a cargo de especialistas que de legisladores, aunque ha podido advertirse un interesante acercamiento.

El análisis que a lo largo de esta obra se ha hecho y se hará de las cuestiones estudiadas, tomará en cuenta los temas sistemáticos con una perspectiva problemática dada, en definitiva, por criterios de política procesal vinculada, como no puede ser de otra manera, a la política penal.

## 7. Sobre el fin y la función

Toda regulación jurídica, por la misma estructura de la norma, se orienta hacia una finalidad. La norma es siempre un “deber ser”, lo que implica una valoración de algo como debido y, por ende, querido. El Derecho es inescindible de lo teleológico y de lo axiológico, por lo que el mismo análisis de su especificidad no puede prescindir de este tipo de consideraciones que hacen a su más íntima realidad.

La finalidad general de un ordenamiento jurídico excede el campo de las consideraciones particulares y se convierte en tema de especulación filosófica. Sin embargo, especialmente dentro de las disciplinas penales, es notoria la preocupación de los tratadistas por interrogarse sobre los fines del sistema punitivo, encontrando en los mismos argumentos justificativos; ello ocurre de una manera especial sobre la cuestión de la pena y en su torno se ha producido en las últimas décadas un rico debate cuyas líneas más notorias atienden a apuntar la discrepancia entre los fines proclamados y las funciones reales.

De todas maneras y sin entrar en el presente trabajo dentro del señalado debate, podemos recordar que hay cierta coincidencia doctrinaria en otorgar al sistema penal la finalidad de proteger un determinado orden de convivencia. En algunas configuraciones históricas y dada la circunstancia de la íntima trabazón entre Derecho Penal y poder, lo que en realidad se tutelaba era la autoridad estatal (el delito de mayor gravedad era el de lesa majestad).

Dentro del moderno Estado de Derecho democrático de base constitucional, donde el poder se encuentra limitado por su misma regulación y legitimado por el respeto de derechos fundamentales, la finalidad del ordenamiento punitivo no puede ser otra que la protección de derechos humanos y de bienes jurídicos imprescindibles para la coexistencia<sup>11</sup>. En tal contexto, cobra sentido la observación de Jescheck de que “el Derecho Penal como orden de paz y de protección de las relaciones sociales humanas tiene en ello una importancia fundamental”, haciendo posible el mantenimiento del orden social; por lo común, este orden –cuando responde a la realidad del conjunto humano– es acatado de manera espontánea, ya que sobre el mismo actúan “los controles sociales”, pero como refuerzo resulta necesaria la capacidad disuasiva de la abstracta amenaza de penas como consecuencia de infracciones; de ahí que “el Derecho Penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal”<sup>12</sup>.

Cuando los controles espontáneos y el poder de prevención general del ordenamiento penal fracasan, al ocurrir en la realidad un hecho que, en principio, parece corresponder a la descripción de una figura penal, surge la acción generadora de investigación y debate y, en su caso, la pretensión punitiva, y si correspondiere, la decisión jurisdiccional condenatoria. Todo esto es regulado por el Derecho Procesal Penal. Desde una perspectiva simbólica, la puesta en marcha de la persecución y la pertinente condena, aparecen como una afirmación del orden quebrantado por la infracción. Y en tal aspecto y de un modo general, puede decirse que el Derecho Procesal Penal se identifica con los fines del Derecho Penal o, más bien, que concreta en la realidad operativa los fines de aquél.

Los tratadistas de la materia, por lo común, consideran cuestión de *los fines en el proceso* a lo que en su momento nos re-

<sup>11</sup> HORMAZABAL MALAREÉ, *Bien jurídico y Estado...* cit.

<sup>12</sup> V. supra Cap. I, nota 20.

feriremos. Pero debe señalarse ahora que, en la medida en que el ordenamiento realizativo disciplina la garantía de judicialidad –como condición limitativa de la aplicación del poder penal del Estado– para la determinación de las consecuencias jurídicas previstas en las disposiciones sustantivas, se da una identidad en orden al sentido final que explica sus articulaciones. De ahí que el ya citado Jescheck entienda que el Derecho Procesal Penal se proponga “como meta” el restablecimiento “de la paz jurídica perturbada” mediante la decisión conclusiva que se pronuncia en orden al caso sometido<sup>13</sup>.

Del mismo modo, puede decirse que la finalidad del Derecho Procesal es la de un justo mecanismo de justicia punitiva y de la correcta aplicación del ordenamiento penal vigente.

Mientras los fines refieren a un aspecto programático de la normatividad y acentúan un aspecto valorativo y de sentido general de la sistemática preceptiva e institucional, *la función* tiende mayormente a comprender la real operatividad. La función es el ejercicio o acción propia de un órgano, su dinamismo, las particularidades que caracterizan una determinada actividad<sup>14</sup>.

Respecto del sistema penal, con especial atención a la regulación sustantiva, se ha discutido con pasión sobre cuáles son las verdaderas funciones del mismo, tema que por su complejidad y vastedad queda fuera del ámbito de este trabajo.

En lo que nos atañe, señalemos que la cuestión nos retorna a algunos de los caracteres definitorios del ordenamiento procesal penal, fundamentalmente el realizativo.

Ya ha quedado en claro que el Derecho Penal define abstractamente características de acciones u omisiones, dolosas o culposas, valoradas como injustos punibles. Pero para que esa

<sup>13</sup> Para Jescheck (ob. cit., p. 23) el Derecho Penal en sentido amplio se apoya en “tres pilares”, a saber: Derecho Penal material, Derecho Procesal Penal y Derecho de ejecución de la pena.

<sup>14</sup> BERTOLINO, Pedro, *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

punibilidad se transforme en punición, es preciso el mecanismo de actuación real diseñado y desarrollado a través de los procedimientos averiguativos y de debate previstos por la legislación procesal penal.

Desde un punto de vista realista, lo que existe es el conjunto de personas (policías, empleados judiciales, fiscales, defensores y jueces) con las que trata el imputado en ciertos lugares (tribunales, institutos de detención) y que realizan diversos actos más o menos formales (interrogatorios, declaraciones, exposiciones y discusiones) en cierta oportunidad (audiencias) y durante el transcurso de un tiempo más o menos extenso, al final del cual se tomará una decisión en la que se declarará que el enjuiciado hizo o no tal acción, que la misma invistió determinadas características y que como consecuencia de ello se le impone real o simbólicamente una pena, o una medida de seguridad, o se lo absuelve.

Durante el transcurso de esa secuencia, quienes actúan ejecutarán sus actos conforme a una rutina o rito que es el determinado por lo que hemos ido conociendo como Derecho Procesal Penal y ciertas personas habilitadas por tales normas para ello –fiscales y defensores–, en oportunidades predeterminadas sostendrán posiciones incriminantes o desincriminantes, invocando como sustento de sus argumentaciones otras normas, que son las conocidas como Derecho Penal. Por último, las personas investidas de autoridad para resolver el caso –conjunto de hechos con relevancia normativa, conforme a las previsiones abstractas de la ley sustantiva– resolverán la cuestión, justificando su decisión en esas normas y haciendo para ello interpretaciones más o menos acordes con criterios elaborados por lo que se conoce como doctrina, la que se encuentra en tratados sobre la materia y en antecedentes de fallos similares.

En consecuencia y desde esta perspectiva, en realidad la función del Derecho Procesal no es otra que la de “hacer” el Derecho Penal, incluso la de ejercer determinadas formas de

control y hasta de anticipo punitivo, a través de una reacción inmediata a través del encarcelamiento preventivo y las coacciones inherentes a los primeros momentos investigativos.

En la misma dimensión, puede agregarse que es función del Derecho Procesal Penal diseñar el esquema de actuación de la justicia estatal en materia punitiva, asumiendo oficialmente la intervención necesaria a la investigación y resolución de los conflictos penales.

En ese aspecto obra como un sustitutivo de la reacción individual y de la venganza privada o justicia por mano propia que, históricamente, se ha evidenciado, en definitiva, como predominio de los más fuertes y generadora de arbitrariedad y despotismo. En tal sentido y dentro del Estado de Derecho, el ordenamiento procesal penal opera como una garantía contra los abusos del poder y genera marcos de previsibilidad decisoria redundantes en seguridad individual.

A esto debe agregarse que un proceso penal público acotado por límites legales y aplicativo de un Derecho sustantivo racional, contribuye eficazmente a desempeñar la actividad reconstitutiva del orden quebrantado por el delito (la finalidad que, según se citó, se entiende como básica del ordenamiento punitivo), recomponiendo el conflicto social que, a través de los individuos involucrados, surgió por obra del injusto.

## CAPITULO III

### LA REALIZACION PENAL EN LA HISTORIA

#### 1. Derecho e historia del Derecho

Más allá de discusiones ontológicas sobre el ser del Derecho, nadie puede dejar de convenir en que es una creación humana, un producto cultural que encontramos en distintas épocas y pueblos y que ha ido modificando sus características en relación a las circunstancias históricas. Como tal, ha formado parte de los medios de control social, es decir, de las pautas orientadoras y sancionadoras de los comportamientos individuales en función de los intereses y/o valoraciones comunitarias. Progresivamente, fue diferenciándose de la normatividad religiosa y moral y adquiriendo un considerable grado de formalización que le dio características específicas.

Pero aun dentro de una particularidad que permite definirlo de manera diferenciada de otros conjuntos normativos, el Derecho forma parte de la sociedad y de las relaciones de poder que la configuran. Esto, como ya ha sido dicho a lo largo de este trabajo, se hace patente de modo ilustrativo en torno a la materia punitiva, tanto por las características de las infracciones como por las razones de las prohibiciones y la fuerza de la reacción ante la transgresión.

De tal manera, si se quiere alcanzar una aceptable compren-

sión de lo jurídico, el análisis no puede limitarse a sus especificidades. A modo de ejemplo, piénsese en lo que a lo largo de los tiempos se ha entendido como delitos y cuáles conductas han sido sancionadas con penas, al igual que las razones esgrimidas para justificarlas, los modos aplicativos y los tránsitos recorridos para averiguar y decidir lo que se entendía correspondía.

Los estudios sociales de nuestro tiempo han puesto ya suficientemente en claro que la legislación y el aparato penal responden a motivaciones que exceden lo jurídico y que encuentran su explicación en las ideas, sentimientos e intereses profundos de una determinada época, registrando las variantes de la política general la que, a su vez, supone determinadas relaciones de los individuos entre sí y ante el poder gubernamental.

En el caso de la realización penal esto resulta, a la vez, claro y fundamental, ya que en tal terreno se advierte como en pocos otros tan nítidamente esa dependencia de la construcción y aplicación del Derecho al sistema de poder, al extremo de poder trazarse líneas de directa proporcionalidad entre modos realizativos y régimen de gobierno. Esto ha sido advertido por gran parte de la doctrina, lo que conduce a la conclusión de que los estudios sobre el tema no pueden limitarse a la mera cronología de las diferentes formas de enjuiciamiento, sino que, para ser fructíferos y para poder contribuir a una comprensión operativa de las líneas de fuerza actuantes sobre el presente, deben insertarse en la dialéctica histórica. Es decir: el Derecho en la historia y no sólo la historia del Derecho. Porque la conducta humana, las normas que la regulan y las instituciones que operativamente organizan la sociedad, son explicables y adquieren sentido a través de los desarrollos históricos concretos. De tal manera, cuando se analiza un cierto fenómeno del pasado (vgr., el enjuiciamiento inquisitivo) se trata de "recrearlo", procurando advertir cómo y por qué surgió, cuáles fueron las fuerzas que impulsaron su desarrollo, qué respuestas proponía a qué problemas y qué significado adquiriría dentro del

contexto en que funcionó. Así mismo, evidenciando la asincronía de muchos desenvolvimientos, los datos que surgen con la comparación respecto de otros fenómenos (como podría ser el desarrollo científico, las ideas filosóficas y las creaciones artísticas) y la representatividad social de los mismos.

Los métodos de realización penal son los que han marcado la evolución histórica, dejando memoria de ellos no sólo en las crónicas judiciales sino también en relatos generales y obras literarias; así mismo, tales métodos y el particular empleo de ellos, evidenciaron las características de acción del poder penal estatal y, como lo indica Maier siguiendo a Vélez Mariconde “hay correlación entre el sistema político imperante y el contenido del Derecho Procesal Penal”<sup>1</sup>, correlación que, incluso en niveles de más profunda significación, pareciera guardar nexos con las ideas que sobre el mundo, la verdad y el conocimiento se tienen en distintas épocas históricas, como apunta con agudeza Michel Foucault<sup>2</sup>.

El análisis histórico, como fue visto con claridad desde los primeros trabajos de materialismo histórico y con otras perspectivas por el estructuralismo y la teoría de los sistemas, nos permite comprender no sólo la fundamental incidencia de lo jurídico para el surgimiento, mantenimiento y desarrollo de los ordenamientos sociales, sino también las relaciones entre

<sup>1</sup> MAIER, *Derecho Procesal...* cit., t. 1 “B”, p. 19. En esta perspectiva de análisis, el autor trata amplia y detalladamente el tema que nos ocupa bajo el acertado título de “El Derecho Procesal Penal y su inserción en la historia”, contrastando en tal enfoque con el que corrientemente seguían muchos trabajos que se limitaban a una simple y no integrada serie de datos sobre métodos realizativos, por completo ausentes de relaciones contextuales de la situación histórica en que se presentaron.

<sup>2</sup> Los trabajos de Michel Foucault sobre la significación de los métodos realizativos pueden ya considerarse como clásicos y su influencia se advierte en todo estudio serio que analice el tema. De modo específico lo trató en *La verdad y las formas jurídicas*, 1973 y en el justamente difundido *Vigilar y castigar* cit. Pero además en otros muchos aportes parciales, que pueden consultarse en las recopilaciones tituladas *Microfísica del poder* y *La vida de los hombres infames*.

las normas y los comportamientos, lo que hace fecunda una línea de abordaje de índole realista (y no meramente normativista) para el correcto estudio de las cuestiones consideradas.

En este sentido, hemos de referirnos primeramente a un enfoque general o, si se prefiere el término, universal de la historia del Derecho realizativo, toda vez que dentro del mismo encontramos aquellos antecedentes relevantes que influyeron sobre la actualidad, permitiéndonos atender a la categoría de *sistema procesal* que, como tal, resulta útil para caracterizar configuraciones en el desarrollo de los diferentes métodos de enjuiciamiento, y luego centraremos la consideración sobre el desenvolvimiento del proceso penal en la Argentina, particularizando la cuestión.

Es evidente que la naturaleza de este trabajo y las propias limitaciones del autor hacen que las fuentes consultadas sean los tratados sobre la materia y la bibliografía de historia que resulta de pertinencia, ya que un trabajo específico de historia del Derecho Procesal implicaría una tarea de investigación documental y de confrontación de datos. De todas formas, la amplia y sólida bibliografía existente permite remitirse a la información brindada<sup>3</sup>.

## 2. Manifestaciones primitivas

Dentro de este apartado consideraremos brevemente lo que, de manera convencional, entendemos por aquellas configuraciones previas al desarrollo grecorromano o que, si bien pos-

<sup>3</sup> En las consideraciones que siguen he consultado de modo particular: SMITH, Juan Carlos, *Historia del Derecho*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIV; MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1951; CLARIA OLMEDO, *Tratado...* cit., ed. 1962; VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1981, t. I, p. 147; MAIER, *La ordenanza...* cit., y *Derecho Procesal...* cit.; JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*; LEVENE, Ricardo, *Historia del Derecho argentino*; TURBERVILLE, Arthur Stanley, *La inquisición española*, Fondo de Cultura Económica, México. En todas estas obras puede consultarse la pertinente bibliografía.

teriores, no alcanzaron una delimitación formal relevante ni características que nos permitan situarlas dentro de los sistemas generales.

En lo que hace a la prehistoria, la ausencia de documentos impide contar con datos objetivos y lo poco que puede suponerse deriva de estudios antropológicos en torno a pueblos en ese estadio. De todas maneras, puede aceptarse que desde los mismos orígenes del hombre como tal existieron regulaciones normativas, ya que el ser social resulta inconcebible sin un orden de esta naturaleza. Al respecto se habla de un conjunto de prohibiciones que reciben el nombre de *tabúes* y que son de índole mágico-religiosa, cuyos mecanismos atributivos escapan a los criterios más actuales de responsabilidad personal por la propia acción, adquiriendo en consecuencia las sanciones un sentido eminentemente expiatorio.

Con el paso del paleolítico al neolítico y el surgimiento de una economía sedentaria y de asentamiento permanentes, comienzan a perfilarse instituciones fundamentales, como la familia patriarcal de la cual el antiguo Derecho Romano ha dejado huellas que permiten su estudio.

En el terreno punitivo, ante infracciones del individuo de un grupo al de otro, se estructura lo que se conoce como “venganza de sangre”, que podía dar lugar a composiciones simbólicas y/o pecuniarias.

En las primeras civilizaciones, lo jurídico es indivisible de lo religioso, ya que la autoridad se concibe como de origen divino, encontrándose igualmente confundidas las funciones gubernativas, legislativas y judiciales. El monarca era el que dictaba las leyes, las interpretaba y decidía sobre premios y castigos, sin apelación posible y con suma autoridad.

En una trasposición simbólica, esta forma de reacción ha quedado fijada en los grandes mitos de las tradiciones religiosas, en las cuales la divinidad, ante una desobediencia a su mandato, reacciona inmediata y violentamente, imponiendo un castigo

al díscolo y su descendencia (Jehová expulsando a Adán y Eva del Paraíso, la condena de Caín, la destrucción de Sodoma, Prometeo encadenado, etc.).

Igualmente, las leyes fundamentales siempre se suponían de origen divino, dictadas por la divinidad a través del monarca o vicario que hacía de intermediario necesario y de intérprete de esa voluntad (el Dios de la Justicia transmitiendo a Hammurabi sus prescripciones, Jehová entregando las Tablas de la Ley a Moisés).

Respecto de las penas (de sentido ejemplificador), debe destacarse dentro de las prescripciones mosaicas el principio talional que, al menos, reconoce una idea de proporcionalidad; igualmente, en la figura de Salomón pueden encontrarse paradigmáticamente sintetizados los modos de imposición de justicia, donde el propio monarca es quien, por derecho divino, aplica las prescripciones, conoce de los hechos y decide, con equidad, sobre el caso. En estos casos resulta difícil encontrar formas procedimentales que puedan ser entendidas como antecedentes de la posterior evolución.

### 3. El Derecho griego

Es una circunstancia asaz sabida que lo que denominamos como tradición o cultura occidental se asienta sobre el cimiento de la herencia griega. La mayor parte de las creaciones intelectuales de que los hombres legítimamente se enorgullecen, tuvieron en ese pueblo su especial, sino inicial, formulación. Baste pensar en los poemas homéricos, en las tragedias áticas, en la filosofía, en la arquitectura y escultura, para comprender la magnitud de ese apego cultural.

Debe advertirse que con el nombre colectivo de “los griegos” se designan conjuntos humanos no idénticos y, por cierto, una evolución histórica con notorias diferencias, como es la que distingue, entre otras comunidades, a Esparta de Atenas. En el primer caso, nos encontramos ante un Estado guerrero sur-

gido de entre las luchas de dorios y aqueos, y con rígidas relaciones de dominación de unos pocos sobre muchos<sup>4</sup>. Este dato es una constante de toda la organización jurídica de la antigüedad, ya que los modos de producción se asentaban sobre la esclavitud, lo que implicaba que la vida institucional y los derechos que de ella se derivaban correspondieran tan sólo a los ciudadanos.

Respecto de Atenas, patria de los Jonios, su evolución (si bien igualmente fundada sobre la esclavitud) desembocó en formas organizativas del gobierno que aparecen como fecundas y que, al menos en lo que respecta a los hombres libres, dieron las bases de la organización e ideas democráticas.

En Atenas fue sucesivamente pasándose de la antigua monarquía a un régimen aristocrático y luego democrático.

De lo que fueron los métodos de resolver una cuestión penal en esos remotos orígenes, podemos hallar un testimonio a través de obras literarias, como ser la *Ilíada* y la *Odisea* y, con mayor complejidad, la célebre "Edipo Rey" de Sófocles.

Esta pieza se desarrolla sobre el fondo de antiguas tradiciones que formaban el marco mítico de la cultura griega y que, por su riqueza y profundidad, ha dado motivo para los más diversos análisis. En lo que hace a nuestro tema, se evidencian en la tragedia elementos de atribución objetiva de responsabilidad, tanto en lo que respecta al crimen por el que es castigada la ciudad entera como la desgracia en que cae Edipo, quien subjetivamente nada tuvo que ver en la causación de acontecimientos que, por consistir en profundas prohibiciones tabúes, generan la respuesta implacable de los dioses. Al mismo tiempo, la obra entera puede proponerse como el desarrollo de una investigación, una indagación ordenada y dispuesta paradójicamente por quien ha de resultar en definitiva imputado y castigado. Acá es el monarca quien hace de juez y quien

<sup>4</sup> MAISCH, R. y POHLAMMER, F., *Instituciones griegas*, trad. de W. Zotter, Labor, Barcelona, 1931.

recurre alternativamente a la iluminación del oráculo y a las informaciones de siervos y pastores, persiguiendo como objetivo una verdad que, en su inesperada luz, lo aniquilará.

Es interesante advertir que la evolución va marcando una diferenciación entre lo público, donde se encontraban conjuntas ideas de sacralidad y orden político, respecto de lo privado, que concernía exclusivamente a los interesados. Desde antiguo, el llamado "Consejo del Areópago" tenía a su cargo el juzgamiento de homicidios, mientras que la jurisdicción civil correspondía a los Arcontes. El primitivo Derecho de índole consuetudinaria fue escrito por Dracón hacia el año 600 a. d. C., con máximas de extrema severidad.

Pero este desenvolvimiento aún ligado a lo arcaico fue paulatinamente sustituido por métodos más racionales. A partir de las reformas de Solón en el siglo V a. d. C., se constituyó la "helica" o tribunal de jurados: "Ya no era el parecer de algún magistrado, sino la viva conciencia popular misma de donde debía dimanar el Derecho y hallarse justicia en último recurso"<sup>5</sup>.

La *acusación popular* obraba en las causas de Derecho Público, motivando la intervención de las autoridades; se abría una etapa de información sobre los hechos y finalmente, al aire libre y públicamente, se reunía el tribunal ante el cual las partes, acusador y acusado, exponían sus razones.

A modo de síntesis puede concluirse que la realización penal ateniense dejó como rica herencia para la posteridad la idea de una profunda interrelación entre lo jurídico y lo político, ya que su administración de justicia apareció en un todo coherente con la democracia poco menos que directa implantada con posterioridad a las reformas de Solón y ampliamente desarrollada en el siglo de Pericles. Así, la distinción entre cuestiones públicas y privadas y el funcionamiento para lo primero de la acción popular donde cualquier ciudadano podía instar la persecución de un delito que se entendía afectaba los intereses

<sup>5</sup> MAISCH y POHLAMMER, ob. cit., p. 52.

de todos; la instauración del debate como punto central para la resolución de la causa, efectuado de manera por completo pública y, por último, la directa intervención del pueblo en el juzgamiento, delinearon con firmeza las bases de lo que denominamos como proceso acusatorio.

Por último, no podemos dejar de considerar la importancia decisiva que tuvo la profunda serie de reflexiones filosóficas sobre el Estado y la justicia, cuyas formulaciones más altas las hallamos en las obras de Platón y Aristóteles.

#### 4. Roma

Al igual que lo que sucede con el Derecho griego, es preciso distinguir en Roma diferentes etapas evolutivas y ordenamientos dispares, los que, en sus grandes líneas, presentan paralelismo con lo ocurrido en la Hélade. Se parte de la monarquía donde el rey se investía de todas las funciones gubernativas, sin separación ni distinción. Era él quien promulgaba las leyes, quien las interpretaba y decidía los casos sometidos. El surgimiento de una magistratura, conocida como *questores*, no implicó cambios, ya que estos funcionarios actuaban como delegados del monarca<sup>6</sup>.

Recién ya avanzada la república se define un tipo de proceso acusatorio sobre el modelo ateniense, denominado como *accusatio*; la acusación –popular– podía ser presentada por cualquier ciudadano ante el pretor, quien le confería facultades para llevar a cabo una investigación sumaria para sustentar la posición incriminante. El juicio tenía lugar de manera oral y pública, ante un tribunal popular presidido por el pretor, quien sólo intervenía a los efectos de la conducción del debate entre acusador y acusado, sin influencias sobre la decisión.

<sup>6</sup> Es interesante advertir en la Ley de las XII Tablas (Tabla VIII) que se admite expresamente la composición; si ésta no tiene lugar, funciona el Talión. No se podía castigar sin condena previa. La pena capital sólo podía ser impuesta por el comicio máximo o centuriado (Tabla IX).

A medida que se acentúa la centralización estatal y la república es sustituida por el imperio, se modifica también el procedimiento penal, evidenciando la constante ya señalada de las profundas relaciones entre la organización política general, las facultades y libertades del individuo y los métodos de juzgamiento.

El señalado proceso de transformación no fue súbito, sino que se dio con perduración de las estructuras anteriores a las que fueron sumándose las nuevas, primero como, en cierta medida, excepcionales y luego como medios ordinarios, apareciendo –como por lo general acontece– la regulación jurídica de manera secundaria respecto de la política.

Con el crecimiento burocrático estatal, con la expansión geográfica y poblacional del imperio y ante nuevas necesidades derivadas del afianzamiento y mantenimiento de la autoridad, se va operando una paulatina sustitución de la *accusatio* en la que se entendía el delito público como de fundamental incumbencia ciudadana, por la actuación de funcionarios oficiales a quienes se encomendaba la averiguación y consecuente actuación; correlativamente, desaparecen los tribunales populares, reemplazados por órganos de justicia delegados del emperador.

De tal manera se perfila la *cognitio extra ordinem*, que comienza limitada a determinado tipo de delitos y coexistiendo durante cierto tiempo con la *accusatio*, pero –con la modificación de la legitimidad estatal, que pasa de la soberanía popular a la del emperador, lo que se acentúa a partir de Augusto– avanzando paulatinamente hasta transformarse en el método predominante. El nuevo sistema tiene la nota dominante de oficialidad y con él, como indica acertadamente Maier, “nace el sistema de persecución penal pública que llega hasta nuestros días”<sup>7</sup> a través de las últimas codificaciones, el Derecho Canónico y la enseñanza de las universidades medievales.

La *cognitio extra ordinem* es un procedimiento de oficio, que

<sup>7</sup> MAIER, ob. cit., p. 50.

comienza por la actuación de funcionarios que, por cualquier medio, recibían la noticia de un delito; se asentaba sobre actas y se caracterizaba por el secreto investigativo, como así también por posibilidades de apelación que elevaban el conocimiento de la causa hacia las autoridades superiores; así mismo, quien investigaba era quien juzgaba.

El carácter de saber técnico específico de lo jurídico se acentúa notablemente en Roma, al extremo de que la recopilación e interpretación de las disposiciones por parte de los juristas funda los cimientos de lo que modernamente entendemos por ciencia jurídica, elaborándose principios y máximas que aún hoy perduran.

Como conclusión podemos señalar que tanto en lo que refiere al proceso acusatorio como en los gérmenes del inquisitivo, Roma dejó un legado imperecedero.

## 5. Los tiempos medios

Dentro de la evolución histórica europea (que es la que en nuestra materia ha ejercido influencia sobre los métodos de enjuiciamiento), se hace comenzar lo que se denomina como Alta Edad Media con la caída del Imperio Romano de Occidente en el siglo V. Roma, que durante siglos había establecido una dominación global y vencido a todas las potencias competidoras, vive un lento proceso de descomposición aproximadamente desde el siglo IV, en el que tanto problemas internos como ataques de los pueblos que llamaba “bárbaros” (suevos, alanos, vándalos, germanos, francos, etc.), conducen a la desaparición del poder central y a una compleja evolución que modifica todo el ordenamiento del mundo antiguo. Esta época se caracterizará por un repliegue sobre comunidades locales y por el establecimiento del feudalismo, que se encontrará consolidado hacia el 800.

Entre los pueblos que invadieron a Roma y que cimentaron el nuevo diseño de Europa desempeñaron un papel preponderante *los germanos* (sajones, teutones y normandos), que tenían

su propia normatividad que, en lo que concierne a nuestro estudio, responde a lo que se caracteriza como “acusatorio privado”, ya que la acción correspondía a los directamente ofendidos por la infracción.

El Derecho germano, al igual que el de los otros pueblos que se apoderaron de las regiones que antes dominaba Roma, es mucho menos elaborado y más primitivo, presentando las características generales que describimos para la antigüedad. No existe ninguna distinción entre órdenes públicos y privados ni entre infracciones civiles y penales; funcionaba sobre la base de elementos de índole mágica, que luego se convirtieron en apelaciones a la divinidad (juramentos, duelos de Dios, ordalías).

La infracción, entendida como “quebrantamiento de la paz”, acarrea la “pérdida de la paz”, es decir, la protección comunitaria. Quien tenía el derecho de persecución era el ofendido o sus allegados, que ejercían una venganza legal, que podía ser sustituida por formas compositivas; si éstas fracasaban, se llegaba al procedimiento propiamente dicho ante una asamblea popular, de manera oral y pública y con métodos que remedaban el duelo.

En lo básico, este tipo de procedimientos influyó sobre el Derecho foral de gran parte de Europa durante varios siglos y se desarrolló en ausencia de un poder oficial y permanente de justicia. Con la consolidación del feudalismo la justicia es ejercida por los señores y se acentúa el localismo. Luego apareció paulatinamente un Derecho eclesiástico paralelo y formas de persecución oficial para infracciones de mayor incidencia.

Mientras Europa se adentra en el feudalismo, el que se acentúa con la disolución del breve imperio carolingio, el antiguo Derecho Romano se conservaba en Bizancio; así mismo, la Iglesia, que había extendido notoriamente su influencia, dominaba el escenario espiritual y se consolidaba como un poder político con tanta o mayor autoridad que el secular, con el que, más allá de ocasionales rivalidades, se hallaba consustanciada.

Para su funcionamiento institucional, elaboró un completo sistema normativo, que se hace remontar a los apóstoles y que originariamente aparece redactado entre los siglos III y IV, para adquirir posteriormente plena organicidad, configurándose como lo que se conoce bajo el nombre de *Derecho Canónico*.

Se establece una jurisdicción eclesiástica determinada tanto por las personas (clérigos) como por materias (delitos eclesiásticos y de carácter común, pero que implicaban lesiones a los dogmas, tales como blasfemia, adulterio, sodomía, perjurio, etc.), sustituyendo paulatinamente las prácticas consuetudinarias por compilaciones escritas y, en lo que hace a las cuestiones penales, regulándose procedimientos tendientes, en lo fundamental, a la investigación. De manera paralela, se elabora un complejo sistema filosófico que, a través de la Patrística y luego de la Escolástica, configura el andamiaje de ideas que condensan una visión del mundo asentada sobre lo teológico.

En este contexto adquiere coherencia la creación del *Tribunal de la Inquisición*, que sobre la base de antecedentes del Derecho eclesiástico es organizado por una bula de Inocencio III de 1206 y constituida oficialmente por Gregorio IX en 1230. Los propósitos declarados eran “ir en busca de herejes para sacarlos de su error”, siendo uno de los primeros objetivos el sometimiento de sectas que se alzaban contra la doctrina oficial y la autoridad del papado, como los cátaros o albigenses, cuyos representantes terminaron en la hoguera en 1244.

El conjunto de hechos e ideas que desemboca en el proceso inquisitivo, que ejercerá singular influencia sobre el Derecho Procesal moderno, es vasto y complejo. En primer lugar, responde a la notoria tensión que recorre gran parte del medioevo entre los localismos fragmentarios (feudos díscolos, ciudades relativamente independientes, dificultades en las comunicaciones, zonas de poder político enfrentadas a las monarquías) y la consolidación paulatina de un poder central que, al menos como aspiración, se encontraba en el núcleo mismo de la idea

de Cristiandad y de imperio universal; esta misma tensión se refleja en el concepto de "herejía" (selección de creencias, apartadas del dogma integral fijado por la Iglesia) que, como fenómeno social había adquirido magnitud preocupante. El procedimiento penal se convierte así, de manera paradigmática, en un medio político de protección de la autoridad (sacra y/o secular) y de castigo a la desobediencia. Por ello, se potencia la investigación de los motivos, características y participantes de lo que se entendía como delito-pecado.

Se produce así un cambio fundamental respecto a la idea de la infracción hasta entonces entendida como daño que incumbía, al menos preponderantemente, a los involucrados. Se perfila nítidamente la acción penal como oficiosa y oficial y un sistema de averiguación-persecución que consistía en una *inquisitio generalis* fundada en averiguaciones informales a cargo de una suerte de agentes que se valían del rumor, la delación y de la búsqueda personal de información que, de tener consistencia, desembocaba en la *inquisitio specialis*, que concretaba el proceso contra el imputado; los procedimientos estaban a cargo del inquisidor, que ostentaba la doble calidad de investigador-acusador y de juez. Tales funciones, desde un punto de vista lógico incompatibles, se disimulaban en la circunstancia de que el inquisidor actuaba como una suerte de confesor, procurando la confesión del reo y la expiación, mediante penitencia, de sus pecados.

La inquisición o Santo Oficio tenía una estructura internacional, dependiente del Papado y por encima de las jurisdicciones locales, aunque su influencia fue dispar en las diferentes zonas de actuación. Donde mayor predominio adquirió fue en Francia, Alemania, Italia y luego en España. Igualmente, sus métodos se confundieron paulatinamente con los de la justicia secular, apareciendo, de hecho, como un idéntico procedimiento realizativo. De ahí que si bien no se trata de un solo fenómeno y un análisis histórico pormenorizado debería dar cuenta de diferencias y

particularidades, en lo básico el procedimiento del Santo Oficio marcó lo que se conoce como “sistema inquisitivo”.

Tal sistema se iniciaba *ex officio*, desarrollándose de manera secreta e ignorando el imputado la prueba de cargo y los hechos concretos que se le atribuían; el impulso procesal era también de oficio, asentándose lo acontecido en actas redactadas por un escribano que dejaba minuciosa constancia de todo. El acto central de esta instrucción consistía en la indagación del acusado, procurándose por todos los medios (se regulaba prolijamente el uso del tormento) obtener la confesión que se entendía como la prueba fundamental e imprescindible para el pronunciamiento condenatorio. Estos procedimientos fueron objeto de minuciosas regulaciones, especialmente en lo que concernía a la prueba, cuyo valor acreditante era prefijado<sup>8</sup>.

Durante siglos, lo básico del sistema influyó decisivamente sobre el desenvolvimiento del Derecho Procesal Penal continental y, a través de España y Portugal, marcó el enjuiciamiento en las colonias americanas.

La transformación social que hizo posible el surgimiento, desenvolvimiento y consolidación de la realización penal inquisitiva excede ampliamente los enfoques meramente jurídicos y evidencia hasta qué punto la opción por un determinado método procesal es de directo contenido político, implicando igualmente un cierto desarrollo cultural en el que repercuten las ideas o concepciones del mundo características de una época<sup>9</sup>.

El proceso inquisitivo marca el apogeo de la idea y valoración de la autoridad, que se entiende legítima por derivación divina, ya se tratare de la eclesial o de la secular; el delito es lesión a esa autoridad que, a través de la pena repara el quebrantamiento del orden (de ahí el fasto de las “ceremonias del castigo”) y mediante la

<sup>8</sup> TURBERVILLE, ob. cit.

<sup>9</sup> TURBERVILLE, ob. cit., p. 30: “...se inspiró en la determinación, tomada por todos los monarcas poderosos de la época, fuesen católicos o protestantes, de mantener el orden, la uniformidad y la obediencia a la autoridad de la Iglesia lo mismo que la del Estado”.

persecución indaga no sólo al autor sino a sus allegados para conocer todo lo posible de aquello que se ve como una espina en el cuerpo social. Para lograrlo, precisa de un aparato de persecución y juzgamiento oficial, que actúe por sí mismo y sin necesidad de instancias extrañas, aboliéndose la relevancia antigua de las acciones ejercidas por los particulares, ya que el Estado expropia a los individuos el conflicto penal, que se convierte en público por excelencia. Así mismo, mientras la pena –por su efecto aleccionador y retributivo– se convierte en el punto central del drama judicial y se la ejecuta con la más amplia publicidad, lo que conduce a ella –necesidad de eficacia investigativa– es un tránsito secreto, rodeado de misterio, donde todo es oculto y lóbrego. Lo que acontece en las cámaras inquisitivas, es minuciosamente registrado en actas y valorado de acuerdo con dictámenes de lo que comienza a perfilarse como una interpretación jurídica, una exégesis de textos y preceptos de una ciencia que, sobre los cimientos del Derecho Romano y del Canónico, a través de los comentaristas y glosadores y en los estudios de las universidades, se aleja de lo popular y se rodea de un aura técnica, a la que sólo los iniciados pueden acceder. Y ante todo ese andamiaje de autoridad, ese apogeo de lo sacro y lo estatal, investido del prestigio del saber-poder, el acusado es el “reo”, un mero objeto de investigación y juzgamiento, una nada ante el todo: se lo delatará e investigará en secreto, se lo arrestará en medio de la noche, conduciéndolo a calabozos secretos, donde permanecerá durante plazos sin término, incomunicado y aterrorizado. Finalmente, comparecerá ante el inquisidor para ser interrogado y atemorizado, pudiendo si no responde a satisfacción ser constreñido a través de minuciosos tormentos que, por lo común, lo conducirán al definitivo suplicio.

## 6. El Derecho anglosajón

En Inglaterra, luego de las conquistas de los anglos y los sajones, los monarcas ejercían el mando y la administración de justicia, pero limitados por las normas de un fuerte Derecho

consuetudinario, del cual surgiría la estructura del *common law*. La posterior invasión normanda fue paulatinamente asimilándose a lo anterior y organizándose la sociedad en un feudalismo de características diferentes a las que presentaba en la Europa continental. Las baronías dependían de manera directa del rey y guardaban entre sí una relativa igualdad. Fueron precisamente los barones los que se revelaron tempranamente contra los excesos de la monarquía y en 1215 arrancaron de Juan Sin Tierra, lo que se conoce como la Carta Magna, estatuto fundamental que establece constitucionalmente límites precisos al poder real y una serie de garantías judiciales, entre las que se destaca la que dice: "...ningún hombre libre sea detenido o apresado o confiscados sus bienes o destruido en cualquier forma, ni pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra"<sup>10</sup>.

Este estatuto, justamente valorado como uno de los más importantes antecedentes del constitucionalismo, tuvo un ulte-

<sup>10</sup> La Carta Magna del Rey Juan fue promulgada el 15 de junio de 1215 y es considerada con justicia como uno de los más importantes antecedentes de la limitación constitucional del poder estatal. En 59 artículos se detallan derechos "concedidos a todos los hombres libres de nuestro reino", que comprenden los más diversos temas (herencias, tutoría, casamientos, viudez, acreencias y deudas, embargos, multas y prohibición de confiscaciones, navegación, etc.). La cláusula XLV reza: "Ningún alguacil pondrá en lo futuro en juicio a ningún hombre sobre su acusación singular, sin que se produzcan testigos fidedignos para probarla". La XLVI: "Ningún hombre libre tomado o aprisionado, desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o de alguna manera destruido; ni nos dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país". La XLVII: "Mas no venderemos, ni negaremos, ni retardaremos la justicia a ningún hombre". Y la LIII: "No nombraremos jueces ningunos, ni comisarios, ni alguaciles o *sheriffs*, sino los que sepan las leyes del reino y estén dispuestos a observarlas". En posteriores disposiciones, el rey Juan se obliga a restituir todos los derechos de que hubiesen sido privados los barones "sin el juicio legal de sus pares", basado en la ley de la tierra. Es de especial relevancia destacar que la carta establece con claridad un sistema de operatividad y control de las garantías que declara, cuidando especialmente los mecanismos de observancia confiados a veinticinco barones del reino.

rior desarrollo que marcó la evolución jurídica de Inglaterra y que en el terreno realizativo penal distinguiría con nitidez una evolución por completo diferente de la que desembocaría en el sistema inquisitivo concretado en los países de la Europa continental. Al mismo tiempo, el régimen político que desde temprana época registró el fenómeno del parlamentarismo hizo de valla a la tendencia absolutista que predominó en el resto de Europa. Se ha señalado al respecto que mediante sucesivas concesiones del rey, el parlamento inglés fue transformando su función consultiva en una fundamental tarea legislativa, erigiéndose así en una fuente productora de normas jurídicas.

Es de destacar que si bien las penas participaron de la gravedad propias de la época y que durante mucho tiempo se prodigó la de muerte, aun para delitos relativamente leves e incluso en caso de menores, el proceso en sí mismo mantuvo rasgos preponderantemente acusatorios, lo que significó que este método se conservase y desarrollase históricamente, contrastando con el inquisitivo. Así mismo, debe señalarse que el tribunal del Santo Oficio, salvo intentos esporádicos, nunca se afianzó en Inglaterra, ni tampoco alcanzó influencia en los países nórdicos.

El método de enjuiciamiento se caracterizó por la instancia de los particulares, por lo limitado de la etapa preparatoria y por la importancia del juicio, siendo éste de trámite oral, público, contradictorio y tramitado por ante un jurado popular, entendido como garantía fundamental de todo individuo de ser juzgado por sus pares.

Es de destacar que estos elementos constitutivos del enjuiciamiento de raíces anglosajonas y nórdicas, pasaron, como "ley de la tierra", a las colonias norteamericanas, que no sólo mantuvieron tales tradiciones, sino que al independizarse de la metrópoli inglesa, afianzaron y profundizaron el tema de las garantías judiciales, que siempre fueron entendidas como inherentes al sistema acusatorio.

En la evolución del Derecho inglés debe también mencio-

narse la institución del hábeas corpus, cuya primera formulación se encuentra en la Carta Magna y que con posterioridad fue reafirmado, evidenciando la idea de implementar límites efectivos al poder punitivo del Estado. Todo esto contrasta con lo que ocurrió en el ámbito continental, lo que explica que el Derecho anglosajón en materia realizativa haya sido valorado como un modelo en todas las circunstancias en que se propiciaban cambios políticos de incidencia sobre lo punitivo.

## 7. La modernidad

La época moderna, cuyo comienzo podemos fijar convencionalmente a fines del siglo XV, marca una situación paradójica. Por un lado, asistimos a un vertiginoso proceso de apertura en los más diversos órdenes de la actividad humana. Se intensifica el comercio y las relaciones entre los pueblos. Se supera definitivamente la antigua organización feudal y en muchos órdenes los Estados nacionales avanzan hacia mayores niveles de racionalidad. Se inician y desarrollan ampliamente los viajes de descubrimiento, incorporándose al conocimiento y comunicaciones vastas regiones del mundo antes aisladas o directamente ignotas. La navegación evidencia mejoras tecnológicas y la cartografía va delineando los contornos del orbe. El arte alcanza las más altas cimas y la ciencia experimental modifica las viejas ideas, aportando un nuevo concepto de realidad, operativo sobre los más diversos niveles. Así mismo, surgen poderosas corrientes de pensamiento que cuestionan las antiguas creencias y valoraciones y sientan las bases de cambios filosóficos y políticos<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Sobre la decisiva importancia del pensamiento de la modernidad: KRISTELLER, Paul Oscar, *Ocho filósofos del renacimiento italiano*, trad. de M. Peñalosa, Fondo de Cultura Económica, México, 1985; BOBBIO, Norberto, *Estudios de historia de la filosofía*, trad. de J. Bayón, Debate, Madrid, 1985; LASKI, Harold J., *El liberalismo europeo*, trad. de Victoriano Miguélez, Fondo de Cultura Económica, México, 1961; CASSIRER, ob. cit.; BELAVAL, Yvon (director), *Racionalismo. Empirismo. Ilustración*, en *Historia de la filosofía*, Siglo XXI, México, 1976, vol. 6.

Pero en el terreno de lo jurídico penal, tal apertura y progreso no sólo no se advierte, sino que el sistema inquisitivo va a adquirir su máximo desenvolvimiento y convertirse claramente en un medio de opresión y penalizante del disenso, conculcando libertades fundamentales y reprimiendo todo lo que tuviese el más ligero viso de ataque o desobediencia al orden constituido.

En tal aspecto, la inquisición española resulta paradigmática y puede entenderse como el más preciso ejemplo de despotismo, intolerancia y crueldad legal.

Ni la inquisición ni el sistema inquisitivo eran nuevos en España, ya que la primera había sido establecida durante el medioevo, pero con un papel limitado, y lo segundo, a través de "Las siete partidas" de Alfonso X a mediados del siglo XIII, y del Ordenamiento de Alcalá del siglo XIV. Pero el instituto adquirirá toda su importancia y triste fama bajo el reinado de los Reyes Católicos, que lo utilizaron como un eficaz instrumento para el fortalecimiento político, para la unificación religiosa y para la plena consumación de la reconquista. Más que la herejía, el objetivo de persecución fue el de moros y judíos y, especialmente, los conversos; así mismo, el desarrollo de la inquisición española puede entenderse dentro de la finalidad hegemónica de la corona española como un baluarte de poder en las conflictivas relaciones con el papado.

El proceso inquisitivo desempeñó en este sentido el papel de uno de los más poderosos medios de afianzamiento de la autoridad. Lo que se había iniciado en la Edad Media adquiere en la Modernidad su cabal culminación y encuentra plenitud lógica dentro del esquema estatal de las monarquías absolutas. El delito es, a la vez, infracción a la ley y a la religión; lesión al soberano y pecado, y el procedimiento, averiguación -nada, ni aun lo más oculto, debe escapar al conocimiento del inquisidor-, así como la pena, expiación y reafirmación del poder.

Para el logro de estas finalidades va conformándose un complejo cuerpo de reglas jurídicas e investigativas que minuciosa-

mente describen cómo actuar para descubrir brujas, herejes, judíos y falsos conversos; el ámbito de poder y de funciones del inquisidor y sus colaboradores; las distintas etapas de desarrollo de los procedimientos; los métodos y medios de introducir, lograr y valorar la prueba y de alcanzar la confesión del acusado, y las condiciones para justificar el pronunciamiento definitivo.

Como señala Turberville, el sistema procesal responde en la época a la determinación de las monarquías absolutas “de mantener el orden, la uniformidad y la obediencia a la autoridad” de la Iglesia y del Estado<sup>12</sup>.

Lo hecho por los Reyes Católicos fue proseguido por sus sucesores y guardó paralelismo con lo acontecido en Italia, Alemania y Francia.

En Alemania se abandonan las reglas del Derecho germánico y se recibe el Derecho Romano Canónico también hacia fines del siglo XV y comienzos del XVI. En 1532, bajo la inspiración de Carlos V, se sanciona la *Constitutio Criminalis*, conocida como “Carolina” y valorada justamente como una de las más completas compilaciones del sistema inquisitivo. Esta ley integral (regula los delitos y las penas, los procedimientos y la organización tribunalicia) significa la consolidación definitiva de la persecución penal estatal y la desaparición de las antiguas prácticas germanas de acciones privadas, venganza de sangre y soluciones compositivas. Observa Maier que queda así definida la idea de “la persecución penal pública u oficial, máxima madre del procedimiento inquisitivo que da origen a la concepción del proceso penal como instrumento para averiguar la verdad histórica...”<sup>13</sup>, acentuándose igualmente la tendencia hacia un carácter eminentemente técnico y docto de lo jurídico, alejado de lo popular, que venía gestándose desde el Derecho Canónico.

Los diversos actos procedimentales se fijaban en actas, cuya protocolización respondía a reglas estrictas y se reservaban al

<sup>12</sup> TURBERVILLE, ob. cit., p. 29.

<sup>13</sup> MAIER, ob. cit., p. 70.

conocimiento del personal judicial; el juez instructor se convierte en la figura central y determinante del proceso, quien dirige su actividad a la averiguación, haciéndolo de manera discontinua; la prueba es regulada en sus medios y valor acreditante, destacándose la importancia al respecto de los testimonios y de la confesión, como así también la regulación de los indicios y los requisitos para tener por cierto y probado cada elemento constitutivo del objeto procesal. De igual manera se regulaba lo atinente al tormento judicial en busca de la confesión y el modo de arribarse al fallo definitivo.

En orden a los sujetos procesales, el ofendido pierde toda disponibilidad, convirtiéndose en denunciante-testigo sujeto al desarrollo de la causa, en la que no hay ningún tipo de solución compositiva; el imputado es un objeto de investigación, severamente constreñido desde el inicio de la misma, rigiendo la regla del encarcelamiento preventivo; la defensa es limitada, careciendo de conocimiento e intervención sobre la prueba recibida en la instrucción. Rige la incomunicación, el aislamiento y la tortura.

Demás está decir que este método autoritario desembocó en una práctica normal de abusos e intromisiones sobre la libertad y dignidad humana, los que fueron dando crecientes motivos a las críticas formuladas desde diferentes sectores del pensamiento.

Como ya señalamos, Francia vivió también el apogeo del sistema inquisitivo, estrechamente ligado a la consolidación y fortalecimiento de una monarquía centralista y absolutista. Las principales regulaciones legales son la Ordenanza de 1498 y la de Francisco I de 1539. En lo fundamental, estos cuerpos siguen los lineamientos que hemos reseñado respecto de la Carolina. Bajo el reinado de Luis XIV se sanciona en 1670 otra ordenanza en la línea indicada, culminando en plenitud el predominio del sistema.

Es de interés destacar que lo que bien llama Maier "investigación oficial de la verdad" y que Foucault ha analizado en

sus connotaciones sociales, se define en la modernidad a través de la completa estatización de la función penal, como medio de control social y de absoluto predominio de la autoridad por sobre la intervención, derechos e intereses de los individuos, conceptos éstos que –con modificaciones tendientes a suavizar el rigor de la persecución y de la penalización– marcará la evolución del Derecho Penal contemporáneo.

Ha sido Foucault también quien ha destacado en el Derecho Penal del absolutismo la aparición del procurador, cuyos orígenes se remontan al medioevo y que actúa como representante directo del rey<sup>14</sup>, como un control del soberano sobre los propios tribunales inquisitivos.

De manera paralela a la culminación jurídica de la realización penal inquisitiva, la modernidad registra una notoria evolución de un *pensamiento crítico* dirigido hacia la justicia punitiva, pensamiento que, de modo considerable, influyó sobre los movimientos renovadores que se concentrarán a fines del siglo XVIII y desarrollarán plenamente en el XIX. Mientras que la estructura jurídica –al menos en la cuestión penal– desarrollaba hasta sus últimas consecuencias un sistema opresivo cuyas raíces se hundían en las ideas del medioevo, se daba una evolución ideológica cuestionadora de lo antiguo y postuladora de reformas. De tal forma, como en muchas otras ocasiones aconteció, el Derecho se presentaba como notorio obstáculo al cambio social, lo que se patentizaba en la persecución de la libertad de pensamiento y expresión y en el resguardo máximo de la autoridad entendida como valor en sí mismo. Esta concepción, al igual que los principios de legitimidad sobre los que se asen-

<sup>14</sup> “Aparece una figura totalmente nueva que no tiene precedentes en el Derecho Romano: el procurador. Este curioso personaje, que surge en Europa hacia el siglo XII, se presentará como representante del soberano, del rey o del señor. Cada vez que hay un crimen, delito o pleito ente los individuos, el procurador se hará presente en su condición de representante de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido delito o crimen” (FOUCAULT, *La verdad...* cit., ps. 75/76).

taba el antiguo régimen, fueron blanco del análisis racional y cuestionador de diferentes pensadores que, desde la época del Renacimiento y, especialmente, en lo que se conoce como *La Ilustración*, marcaron el camino de reformas sociales entre las que se encontró, de modo particular, la que refería al sistema penal.

La lucha contra el poder de la tradición, el paradigma racional, la idea de derechos individuales inalienables, la humanización de las penas, la búsqueda de garantías contra la autoridad estatal, el fundamento contractual de las relaciones sociales, económicas y políticas, el rechazo al dogmatismo y la limitación de la intervención punitiva, son los principales parámetros y cimientos sobre los que se desarrolló una nueva concepción del Derecho, en franca oposición a lo existente. A título de mera mención, corresponde citar a Grocio, Locke, Montesquieu, Voltaire, Diderot, D'Alambert y Rousseau. "Lo jurídico pierde su carácter sacro": la autoridad y la ley abandonan el origen divino y la pauta de lo razonable es el criterio interpretativo por excelencia; el fundamento del Derecho y de la organización estatal es el contrato. Así mismo, el análisis racional conduce a la búsqueda de normas fundamentales, inmutables y universales que, en todo tiempo y lugar definen los derechos del individuo y los límites al poder estatal. Sobre estos paradigmas se erige la construcción del *ius naturalismo racional* (entendido como normatividad ideal contrapuesta a la positiva y como herramienta de crítica al orden existente), que desembocará en la dinámica concepción de los derechos del hombre y del ciudadano, plenamente desarrollada durante el siglo XVIII y que se constituirá en el sistema de ideas-fuerza de las revoluciones norteamericana y francesa.

Bodenheimer resumió los logros de esta transformación:

El Derecho natural contribuyó a la abolición del vasallaje y la servidumbre. Ayudó a destruir los gremios y las restricciones medievales al comercio y a la industria. Liberó

la propiedad territorial de las cargas feudales. Creó la libertad de circulación y de elección de profesión. Inauguró una era de libertad religiosa y espiritual. Purgó al Derecho Penal y su procedimiento de sus efectos más importantes al abolir la tortura y humanizar el castigo. Acabó con los procesos de hechicería<sup>15</sup>.

En el orden de lo específico penal, la obra que resume el conjunto de las concepciones iluministas sobre la materia es la justamente célebre de César Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, publicada por primera vez en forma anónima en 1764.

Beccaria somete a crítica el sistema vigente en su tiempo. Básicamente quiere limitar el poder de los jueces, abogando con firmeza por el principio de legalidad sustantiva y por la publicidad del juzgamiento: “Tan sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos”, dice. Es enemigo de los márgenes interpretativos, de la analogía y de todo lo que implique arbitrio judicial.

La concepción general que preside todo el trabajo es la del *racionalismo ius naturalista* de base contractualista; sus más importantes ideas inspiradoras provienen de Montesquieu y Rousseau y, en las certeras objeciones a la tortura, de Voltaire. Para Beccaria el derecho de castigar –limitado de manera estricta– se desprende de las condiciones del pacto social y todo lo que traspase ese parámetro se convierte, de hecho, en mero abuso. Esto lleva a que entienda que los procedimientos deban encuadrarse dentro de la legalidad procesal, ajustándose a garantías para el imputado, quien debe contar con oportunidades de defensa y ofrecimiento de pruebas y no ser sometido a los constreñimientos inquisitivos. Hasta tanto una sentencia lo declare tal, nadie puede ser considerado culpable.

La segunda mitad del siglo XVIII muestra un estado de efervescencia crítica hacia el sistema penal del antiguo régimen; a los nombres que ya se han mencionado, debe agregarse el

<sup>15</sup> BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho Penal*, trad. de Vicente Herrero, Fondo de Cultura, México, 1942, p. 187.

de Jolann-Anselm von Feuerbach y el de su precursor Thomasius, señalándose que, al mismo tiempo, el debate sobre la reforma penal se había instalado vigorosamente en la sociedad. Esto motivó, entre otros cambios, la abolición de la tortura en Prusia en 1776 y la elaboración de programas de reformas sobre el enjuiciamiento penal que fueron delineando el ideario de la Revolución Francesa.

## 8. La Revolución Francesa. Las transformaciones del siglo XIX

Como se señaló en el punto anterior, la idea de un cambio sobre el sistema penal se había instalado en la conciencia jurídica de la época el que, con toda lógica, se integraba a posturas sobre modificaciones de la estructura política. En esto se advierte la más clara coherencia, ya que las postulaciones individualistas y el rechazo del absolutismo monárquico contrastaban con el régimen imperante en todas sus manifestaciones, una de las cuales era la punición de todo lo que contrastase o atacase el mantenimiento de lo existente.

Las reformas de mayor significación atendieron al logro del pleno establecimiento del *principio de legalidad sustantiva*. Sólo es delito aquello que con precisión ha sido descrito por la ley (emanada del Parlamento) antes del hecho de la causa. Los jueces deben limitarse a la aplicación de esa normatividad, no pudiendo incurrir en interpretaciones extensivas ni analógicas. Lo mismo ocurre con las penas, que deben encontrarse pre-determinadas por la ley y que pierden su carácter atroz. Desaparece la tortura como medio investigativo y como suplicio punitivo. El catálogo de delitos deja de lado los de índole religiosa y se limita a aquellas conductas atentatorias de la convivencia.

La importancia dada al enjuiciamiento penal por los revolucionarios franceses se hace evidente, considerando que ya en octubre de 1789 la Asamblea Constituyente produce una mo-

dificación de la Ordenanza de 1670, atendiendo fundamentalmente a los aspectos de aseguramiento de los derechos, garantías y facultades del imputado. Se le asegura información sobre la atribución delictiva y asistencia letrada. Se establecen estrictos plazos instructorios y la facultad del justiciable de introducir pruebas de descargo. La sentencia debía ser motivada.

En 1791 la Revolución deroga totalmente la Ordenanza de 1670. Se inicia así un período de transformaciones que llevarán a la moderna estructuración del enjuiciamiento penal. A más del fortalecimiento de las garantías individuales, la nueva reglamentación se veía influida por las tradiciones del Derecho anglosajón, reformuladas y renovadas por la Revolución Norteamericana. En tal sentido, si bien no se aceptaba plenamente un sistema acusatorio (el peso de la tradición inquisitiva lo impedía), se advertía una importante aproximación. El momento fundamental del proceso estaba dado por un juicio oral y público, con intervención de jurados. Para arribar a esta instancia, debía transitarse un primer momento de investigación oficial y una etapa intermedia de mérito de la acusación, también ante jurados.

La aplicación de este régimen, que presentaba características eclécticas y aun contradictorias, resultó dificultosa, tanto por sus propios problemas como por las resistencias conservadoras de los operadores; así mismo, dio lugar a intensos debates, en los que intervinieron ardorosamente las principales figuras políticas de la época. En 1795 fue modificado por el *Code des délits et des peines* que, en lo básico, sigue al anterior, introduciendo la división entre faltas, delitos y crímenes y la consecuente organización judicial para el juzgamiento de cada una.

En 1801 se organiza el Ministerio Público y se retorna a una instrucción preparatoria escrita, dándose las bases de lo que sería a partir de 1808 el *Código de Instrucción Criminal* bajo el influjo de Napoleón. Al respecto, observa Maier que aparece claramente “como un compromiso político-criminal entre la or-

denanza criminal de 1670 y la ley de enjuiciamiento de 1791<sup>16</sup>, lo que significó amalgamar los principios inquisitivos y los acusatorios; lo primero refiere a la persecución penal pública y oficial, a la búsqueda de la verdad real, a la finalidad de la efectividad investigativa y al mantenimiento de procedimientos escrituristas, reservados y no contradictorios; lo segundo, porque todo ello conducía no a la sentencia sino a la acusación, que abría el debate oral y público ante una *corte de assises*, formada por jueces técnicos y jurados populares. El Ministerio Público era el encargado de promover y sostener la acusación.

Es sabido que este Código (sobre cuyas características fundamentales volveremos al considerar el sistema mixto) ejerció notoria influencia sobre la legislación realizativa penal de la Europa continental durante el siglo XIX, desempeñando el papel de un modelo para las diversas modificaciones, pudiendo citarse entre otras la de Austria de 1873, Alemania en 1877 y España en 1882.

## 9. La actualidad

Durante las primeras décadas del siglo XX no se producen modificaciones relevantes sobre lo que constituyeron las grandes reformas del siglo anterior. Entre los códigos que ejercieron influencia sobre nuestra legislación, debe citarse el de Italia de 1913, que llevó el sistema mixto a una precisa formulación de buena técnica, lo que es destacado por Vélez Mariconde quien advierte la acentuación del carácter meramente preparatorio de la etapa instructoria, dirigida a dar las bases para la acusación y no “a reunir los elementos de convicción del juez del debate”<sup>17</sup>, previendo también un procedimiento de citación directa.

Pero fuera de este destacado aporte, parece acertada la calificación de Maier de que la evolución del Derecho Procesal Penal en nuestra centuria ha resultado mucho más “modesta”

<sup>16</sup> MAIER, ob. cit., p. 126.

<sup>17</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit.

que en la anterior<sup>18</sup>. Es que las líneas de trabajo fueron mayormente de carácter evolutivo, dirigidas a una mejor formulación de principios que derivaban del siglo precedente. En el desarrollo técnico mucho influyó una doctrina más sólida y elaborada que, gracias a los trabajos principalmente llevados a cabo en la teoría del proceso y el proceso civil, contribuyó a dotar de precisión conceptual y de categorías generales a la interpretación de la ley realizativa penal.

Así mismo no puede olvidarse el serio retroceso vivido en el sistema penal europeo como consecuencia de los regímenes políticos fascista, nacional socialista y las diversas dictaduras que, principalmente en España y Portugal, siguieron sus pasos. La involución advertida en el Derecho sustantivo, que en algunos casos suprimió el principio de legalidad y en otros creó múltiples figuras delictivas que potenciaban la obediencia al Estado y penalizaban toda diferencia ideológica, fue acompañada por métodos realizativos que volvían a colocar al imputado como un mero objeto procesal, diluían las garantías individuales y retornaban al secreto investigativo.

Luego de la derrota de las potencias del llamado Eje se produjo un saludable retorno a las fuentes liberales del ordena-

<sup>18</sup> MAIER, ob. cit., p. 143. También: *Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX*, en *El poder penal del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 273 y ss. En página 275 resume la transformación operada en el siglo XIX: "Si se quiere describir el cambio sufrido en términos históricos, lo mejor es expresar que se conservaron las metas materiales de la inquisición, nunca abandonadas, pero el método de realización varió, incorporándose un sistema acusatorio puramente formal, pensado parcialmente a semejanza de los sistemas acusatorios de la antigüedad, prohibiéndose todas las formas indignas con las cuales la inquisición pretendió lograr sus propósitos a todo trance y rescatándose al individuo como persona que, aun sospechada de haber transgredido las reglas fundamentales de deber de una sociedad, conservaba su carácter de sujeto de derechos, su dignidad". Lo que el autor citado tanto en este trabajo como en su *Derecho Procesal...* cit., entiende como contribución propia del siglo XX es la superación de la labor dogmática por una más amplia perspectiva de política criminal, idea que comparto en cuanto a enfoque de abordaje a las cuestiones, pero no en lo que hace al desarrollo de métodos realizativos.

miento penal. En las convenciones internacionales –a las que ya nos referimos– se reformularon los catálogos de derechos humanos y garantías procesales, y dentro de los Estados nacionales se adecuaron las legislaciones realizativas a esos fundamentos.

Sin embargo y a pesar del énfasis garantizador y humanista, en el terreno de la realidad restó mucho por recorrer, como bien lo vio en su momento Calamandrei<sup>19</sup>. Porque no sólo en los países del bloque comunista y en la perduración de algunas dictaduras europeas y latinoamericanas se daba una legislación atrasada, sino que incluso dentro de normatividades e instituciones adelantadas se producían prácticas desnaturalizadoras. En este panorama negativo debe también mencionarse el fenómeno de las legislaciones de emergencia que por lo general aunando disposiciones sustantivas y realizativas, se estructuraron para la más eficaz represión de determinado tipo de delincuencia altamente organizada, como la ligada al terrorismo, el narcotráfico y la mafia.

De todas maneras, lo que podríamos considerar como el proceso penal ordinario sigue fiel a los lineamientos concretados en las grandes reformas del siglo XIX, lo que se advierte en el reciente Código italiano y en los proyectos españoles<sup>20</sup>. En

<sup>19</sup> CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960. En página 198 se lee: “Sin embargo, cuánto camino hay que recorrer todavía antes de que este respeto a la persona humana penetre en el proceso penal [...] En el proceso penal, el hombre constituye todavía, en lugar de un sujeto, un objeto inerte a merced de la violencia del inquisidor. La pena de muerte constituye un delito legalizado, ya que hace irreparable el asesinato del inocente; pero todo el proceso penal, aun cuando no conduzca al suplicio es una escuela de irrupciones brutales dentro del recinto, que debería ser inviolable, de la personalidad humana. La violencia física constituye aún el instrumento preferido del inquisidor, y en la incertidumbre de la encarcelación preventiva, el imputado se encuentra ante quien lo interroga sin garantía alguna de defensa: la tortura, abolida de nombre, se ha resucitado bajo otras formas más científicas, pero no menos crueles, como el tercer grado, los interrogatorios extenuantes, las confesiones arrancadas y el suero de la verdad. Las penas son todavía cruelmente afflictivas e inhumanas en la mayor parte de los establecimientos de reclusión del mundo”.

<sup>20</sup> Entre los nuevos códigos de moderna factura, debe mencionarse el de Portugal. Sobre el mismo: AUTORES VARIOS, *O novo Código de Processo*

tal sentido, si bien se mantiene el principio inquisitivo de la acción penal pública y oficial, se la diferencia cada vez más netamente de la jurisdicción, encomendándose la etapa preparatoria al Ministerio Público, al que se entiende pertinente otorgar márgenes de discrecionalidad persecutoria (oportunidad). Así mismo se advierte una creciente preocupación por la víctima<sup>21</sup>, procurándose no sólo su consideración y respeto en la investigación, evitando que se convierta en “víctima del proceso”, sino implementándose formas de intervención.

Respecto del juicio, ya no puede dudarse que el oral es el único razonablemente concebible, entendiéndose de interés propiciar una división o cesura en dos faces, una de responsabilidad respecto del hecho y otra centralizada –si la primera decisión fue afirmativa– en la definición de la pena. Sobre este particular, el profundo cuestionamiento que se ha hecho sobre el fracaso de la prisión y el abandono de las ideas de terapia social o reeducación, ha repercutido sobre las medidas cautelares de privación de libertad, reflexionándose sobre medios alternativos que resulten menos gravosos al imputado y que no impliquen, de hecho, anticipos punitivos.

De manera explícita se ha entronizado en el debate contemporáneo el paralelismo de problemas y soluciones para las reformas sobre el Derecho Penal sustantivo y su realización procesal, lo que se advierte en las ideas sobre la mayor relevancia dada a los particulares involucrados en el conflicto penal, la sustitución gradual de la pena y medidas de encierro, la no penalización de las cuestiones de bagatela, la operatividad real de las garantías, la modificación de los catálogos punitivos y el enfoque integral desde un punto de vista político criminal.

*Penal*, Centro de Estudios Judicarios, Coimbra, 1992. En lo que refiere a la legislación italiana, el nuevo Código Procesal Penal fue publicado en la *Gazzetta Ufficiale* de Roma, del 24-10-88.

<sup>21</sup> ESER, A.; HIRSCH, H.; ROXIN, C.; CHRISTIE, N.; MAIER, J.; BERTONI, E.; BOVINO, A. y LARRAURI, E., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

## Capítulo IV

### EL DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO

#### 1. De la conquista a los movimientos emancipados

Muy poco es lo que se sabe sobre la justicia de los diversos pueblos que habitaban el continente americano antes de la llegada de los europeos. Puede suponerse que culturas desarrolladas como la de los Mayas, Incas o Aztecas contaron con particulares modos de regulación de la cuestión punitiva, pero a nivel de antecedentes para el posterior desarrollo carecen de trascendencia. De lo que debe partirse es de la legislación europea, impuesta por España y Portugal en sus dominios americanos. Ambas potencias hicieron tabla rasa con todo lo anterior, imponiendo a los aborígenes el idioma, religión, costumbres y organización de las respectivas metrópolis.

El proceso de conquista española iniciado en 1492, pronto se desarrolló y consolidó, regulándose jurídicamente estas regiones como parte, primero, de la Corona de Castilla y posteriormente del Reino de España, pero siempre con predominio de aquel que había impulsado las expediciones iniciales. Posteriormente se fue dando una amalgama entre las antiguas disposiciones y las que fueron dictándose por imperio de las circunstancias particulares, generándose lo que dio en llamarse "Derecho indiano". Así, la *Recopilación de Indias* de 1680 esta-

bleció un orden de prelación para la aplicación del Derecho en los dominios españoles, en las que no se encuentran disposiciones específicas sobre el enjuiciamiento penal, por lo que se estaba a lo que constituía el procedimiento habitual de la época, es decir, el sistema inquisitivo, determinado principalmente en las antiguas *Partidas*<sup>1</sup>.

Al mismo tiempo, el Tribunal del Santo Oficio o Inquisición fue implantado en América, por todo lo cual no caben dudas de que este sistema era el imperante, lo que explica así mismo su perduración luego de que se modificó la organización política colonial.

Las características más notorias del sistema penal que rigió en América son, en general, semejantes a las imperantes en los países de la Europa continental de la época: predominio de la Iglesia, carencia de principios de legalidad sustantiva y de separación de poderes, derivación monárquica, predominio de la investigación, ausencia de debate, limitación de la defensa, secreto y escriturismo de las actuaciones, arbitrio judicial y crueldad de las penas. Todo ello en el caso americano, agravado por una legislación dispersa y hasta contradictoria, y por las dificultades inherentes a las grandes distancias y escasa población.

Tal situación, a la que debe agregarse la frecuencia de prácticas abusivas, explica un general descrédito sobre los métodos de justicia durante la época colonial.

## 2. La independencia

El movimiento revolucionario que se extendió por todo el territorio latinoamericano tuvo desde sus inicios un claro sentido

<sup>1</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit., t. I, p. 158. El autor, basado en la bibliografía que cita, señala el siguiente orden de prelación: 1) Recopilación de Indias, 1680; 2) Derecho castellano (Ordenamiento de Alcalá, Nueva Recopilación y Novísima Recopilación); 3) Siete partidas. Se destaca que en toda la estructura institucional se desconocía la separación de poderes, siendo la justicia "no era nada más que una rama del gobierno", derivada de la voluntad real (p. 162).

de rechazo hacia el orden absolutista. La influencia de las ideas de la Ilustración y el prestigio de la Revolución Francesa marcaron las tendencias de los hombres que se alzaron contra el poder español. Si bien no puede hablarse de un programa orgánico, es indudable que el objetivo era un cambio integral de las condiciones políticas hasta entonces imperantes. Ello se advierte de modo especial en la actitud de los hombres de mayo de 1810 que, en sus figuras más relevantes, se encontraban imbuidos de propósitos radicales. Es claro que las circunstancias de una dura realidad, y de hábitos fuertemente arraigados y reacciones deliberadas impidieron que estas concepciones pudieran concretarse, debiendo transcurrir muchos años hasta que se lograron cambios institucionales. Sin embargo, en el campo del enjuiciamiento penal y en la afirmación de los derechos individuales, se advierte desde temprano el claro intento modificatorio. Al respecto, resume Vélez Mariconde: "El nuevo régimen político [...] además de conducir a la separación de poderes, consagró la necesidad del juicio previo a toda sanción, la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio, previsiones sobre el arresto, límites a la incomunicación, la libertad de locomoción, y más tarde se tradujo en la abolición del Tribunal de la Inquisición, del tormento y del juramento de los acusados"<sup>2</sup>.

Es probable que muchos de estos intentos tuviesen un valor más teórico que práctico, pero en el nivel de lo simbólico no puede desconocerse que afirmaron una línea de pensamiento y una dirección programática, cuya expresión más notoria se

<sup>2</sup>VELEZ MARICONDE, ob. cit., ps. 170/171. Así mismo, el autor cordobés anota una de sus más certeras observaciones, válidas no sólo para el momento histórico en análisis, sino para todo nuestro desarrollo de ideas de reformas y larvadas oposiciones; dice: "...el Derecho Procesal es el más reactivo a toda modificación porque 'se arraiga con la energía psicológica de la costumbre, de lo cotidiano'. Esta observación de Méndez Calzada es tan exacta que aun hoy rige en la Argentina como en otros países americanos, salvo pocas excepciones, un sistema inquisitivo que está en pugna con principios fundamentales de nuestro Derecho Constitucional y desprecia las enseñanzas de la doctrina moderna" (p. 170).

advierte en las resoluciones de la Asamblea de 1813 cuando manda quemar públicamente los instrumentos de tormento<sup>3</sup>.

Diversos reglamentos sobre organización judicial, seguridad individual y libertades básicas se suceden en el período comprendido entre 1811 y 1819, evidenciando la voluntad de contar con una normativa actualizada y liberal, lo que también se advierte en las reformas propiciadas por Bolívar y los revolucionarios mexicanos. El rechazo hacia el sistema inquisitivo constituyó una nota común en el proceso de emancipación americana.

Pero superada la guerra contra España, se produjeron desgastantes luchas intestinas y una generalizada situación caótica y anárquica que determinó una grave involución. El fenómeno del caudillaje implica, a más de un atraso en todos los órdenes, la asunción de poderes personales, donde el gobernante tiene todas las facultades y su voluntad es ley.

Esta actitud de autoritarismo marcará profundamente las prácticas penales argentinas, como se refleja en más de un testimonio literario.

Se sabe que los caudillos, con diferentes características y personalidades, representaron en sus respectivas provincias la suma de los poderes, actuando de una manera semejante a la de los antiguos señores feudales. En tal aspecto, el extenso período (1829-1852) del gobierno de Rosas resulta paradigmático: "El restaurador de las leyes administró justicia directa o indirectamente, a veces sin forma de juicio o sin defensa, nombrando múltiples comisiones especiales"<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, Buenos Aires, 1937, t. 1, p. 43, mencionaba el texto con el que la Asamblea de 1813 justifica su decisión: "El hombre [...] por su exceso de barbarie ha querido demostrar que él podía ser tan cruel como insensible al grito de sus semejantes [...] y ha tenido [...] la complacencia de inventar cadenas para hacer esclavos, de erigir cadalsos para sacrificar víctimas y en fin de calcular medios atroces para que la misma muerte fuese anhelada como único recurso de algunos desgraciados. Tal es la invención horrosa del tormento adoptada por la legislación española para descubrir los delincuentes".

<sup>4</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit., p. 186; CLARIA OLMEDO, ob. cit., t.

Tal situación implicó que los tímidos progresos que como resultado del programa de mayo se habían logrado en el país en materia de enjuiciamiento se diluyeran, cayéndose en prácticas arbitrarias y sin avanzarse nada respecto de la antigua legislación colonial. El poder judicial era sólo una manifestación más del ejecutivo, se carecía de legislación orgánica, privaba el arbitrio y la reacción inmediata.

Esto explica que iniciada la organización nacional a partir de la Constitución de 1853, el país se encontrase en una situación semejante a la de mayo de 1810, con todo por planificar y hacer. De ahí también el cuidado puesto por los constituyentes en diseñar de manera completa y orgánica un modelo de enjuiciamiento, asentado sobre el estricto respeto a los derechos y garantías individuales y de índole acusatorio, tomando como guía el proceso norteamericano.

### 3. El Código Nacional

Si bien como consecuencia de la organización política federal de la República Argentina la jurisdicción ordinaria pertenece a los Estados provinciales, que organizan sus respectivas administraciones de justicia y dictan los correspondientes procedimientos, el ámbito federal –por definición, de excepción– cobró desde un primer momento máxima importancia. Ello, tanto por el hecho de aparecer como la regulación ordinaria en la Capital Federal (justicia nacional) y en los por entonces numerosos territorios nacionales, como por el desarrollo preponderante (económico, cultural y demográfico) de la ciudad de Buenos Aires, lo que de hecho implicaba que el Digesto federal

I, p. 190: “El gobierno de Juan Manuel de Rosas oscurece totalmente el panorama legislativo, y con más razón el penal y procesal penal, desapareciendo todos los progresos que tan tortuosamente se habían logrado. Los tímidos principios acusatorios que comenzaban a introducirse en el proceso penal durante la época post revolucionaria, se eliminaron totalmente en los procedimientos penales de la dictadura, los que fueron sumidos por la práctica en el más crudo inquisitorialismo”.

iba a ser no sólo un modelo, sino el que disciplinaría las causas de mayor trascendencia. De igual manera, se suponía que el gobierno nacional que impulsaba de acuerdo con la reciente Constitución la reforma y modernización de la legislación, procuraría dotar a la Justicia Penal Federal de un instrumento realizativo apto y actualizado.

Las primeras leyes, de índole predominantemente organizativas, fueron preparando el terreno para la formulación de un código procesal; así la 27 (1862) de creación de juzgados federales y de composición de la Suprema Corte de Justicia, que jura por primera vez en 1863; la 48 (1863 y todavía vigente) que determina la competencia de los tribunales federales, prevé el recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante la Corte y regula la acción de hábeas corpus y la 50, con algunas disposiciones para el procedimiento penal.

#### A) *El proyecto González-De la Plaza*

Este proyecto evidencia el antecedente más claro de la voluntad del Poder Legislativo Nacional de adecuar el sistema de enjuiciamiento al programa constitucional. Según relata Vélez Mariconde, en 1871 el Congreso encomienda al Ejecutivo la designación de dos especialistas a los fines de que redacten un proyecto de ley “de organización del jurado [...] y de enjuiciamiento en las causas ordinarias de jurisdicción federal”<sup>5</sup>, nombrándose a tales efectos a los doctores Florentino González y Victorino de la Plaza, los que en 1873 dieron fin a su trabajo, remitiéndolo como “Proyecto de ley sobre el establecimiento del juicio por jurados y de Código de Procedimiento Criminal en las causas que conoce la justicia nacional”, precedido por una Exposición de Motivos<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit., p. 192.

<sup>6</sup> *Proyecto de ley sobre el establecimiento del juicio por jurados y de Código de Procedimiento Criminal, en las causas que conoce la justicia nacional*, Imprenta y Librería de Mayo, Buenos Aires, 1873.

El primero de estos dos proyectos complementarios constaba de 47 artículos y refería a la organización de los jurados populares y accidentales, tanto para la admisión de la acusación como para el veredicto final de mérito, los que actuaban bajo la dirección de un juez letrado y permanente. El jurado de juicio se integraba con ocho personas, sorteadas de una lista previamente confeccionada, las que se expedían sobre los hechos, correspondiendo al magistrado técnico el encuadre jurídico<sup>7</sup>.

Setecientos ochenta y seis artículos conformaban la estructura del proyecto de código, en el que aparecía definido un procedimiento dividido en tres etapas, a saber: una información preparatoria, a cargo de un juez; un procedimiento intermedio de admisión de la acusación ante un jurado de la misma y, si éste se declaraba procedente, el juicio propiamente dicho. El imputado aparece reconocido como sujeto investido desde el primer momento del derecho de defensa; se contempla su libertad caucionada como regla y a su respecto no regía el secreto de las actuaciones. En cuanto a la acción se preveía la pública y una suerte de popular. La sentencia era susceptible de apelación por ante la Corte Suprema.

Ambos proyectos se inspiraron en la legislación norteamericana, básicamente en los códigos de Luisiana y de Nueva York, lo que resulta coherente con los preceptos y fuentes constitucionales.

Como es sabido, el Congreso no trató estos proyectos, perdiendo por consiguiente estado legislativo.

Nos encontramos así ante la primera, pero por cierto no la última, opción política que marca el apartamiento de la dirección indicada por la Constitución Nacional. Es notorio que el Poder Legislativo incurre en una deliberada omisión, abandonando el cumplimiento de un expreso y terminante mandato constitucional, que enfáticamente había dispuesto la regulación

<sup>7</sup> Proyecto... cit. Igualmente: CAVALLERO, Ricardo y HENDLER, Edmundo S., *Justicia y participación*, Universidad, Buenos Aires, 1988, ps. 57/60.

de un enjuiciamiento acusatorio ante jurados. Sin modificar el texto constitucional y recurriéndose luego a las más peregrinas interpretaciones para explicar lo positivamente injustificable, se dejó de lado todo lo relativo a lo considerado en los proyectos de 1873, escamoteándose la posibilidad de una experiencia jamás realizada, por lo que las discusiones que luego sobrevinieron sobre el tema quedaron para siempre en el terreno de lo hipotético.

Debe repararse en la trascendencia de este deliberado rechazo, ya que el mismo habría de tener consecuencias graves en nuestra evolución institucional. Ello, porque en primer término y más allá de argumentos en favor o en contra del instituto, las disposiciones de los artículos 24, 67, inciso 11 (actual art. 75, inc. 12), y 102 (actual 118) son no sólo ley positiva válida, sino normas fundamentales (especialmente la primera, incluida en la parte dogmática y de garantías), por lo que el desconocimiento de las mismas significó una indisimulable quiebra de las bases del ordenamiento jurídico nacional, actitud que luego se repetía –en muchas ocasiones dramáticamente– en nuestra historia política. Y en segundo lugar, porque la decisión implicó una notoria desconfianza hacia formas de participación y control popular sobre el acto de la justicia. Con el argumento de la poca cultura cívica de la población, se abandonó un proyecto que tendía, precisamente, a cimentarla y desarrollarla. Desde entonces, nuestra justicia penal quedó divorciada de posibles contenidos democráticos<sup>8</sup>.

Vélez Mariconde expresa que la circunstancia de que el Congreso Nacional no aprobara los referidos proyectos “a pesar de sus bondades técnicas, significa el fracaso de la primera y más feliz tentativa de establecer en nuestro país el sistema acusatorio puro”<sup>9</sup>, agregando que el legislativo “se arrepintió pron-

<sup>8</sup> BERGALLI, Roberto, *Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

<sup>9</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit., p. 194.

to de su designio inicial” de implementar la intervención de jurados populares, citando al respecto la opinión de Obarrio quien sostenía que el Congreso había dado una indicación expresa en contrario.

Por su parte, Clariá Olmedo entiende que cuando se encargó el proyecto era indiscutible que “la principal preocupación” era establecer los jurados “para satisfacer las exigencias constitucionales”<sup>10</sup>, lo que implicaba, con toda evidencia, un cambio radical en lo hasta entonces conocido en nuestro medio.

Maier es enfático en indicar que el proyecto de 1873 “ha sido el único intento leal del Congreso de la Nación por aproximarse al sistema de enjuiciamiento penal que indica la Constitución Nacional”<sup>11</sup>, preguntándose luego por lo distinto que hubiese sido el destino de nuestra administración de justicia de haber cumplido el poder legislativo con el expreso mandato constitucional.

Lo cierto es que en el rechazo del trabajo de González y Victorino de la Plaza comienza la ya indicada senda divergente que alejó ¿definitivamente? la realización penal nacional del programa constitucional.

## B) *El Proyecto Obarrio y el Código de 1888*

Al transcurrir el tiempo sin que se tratase el proyecto anteriormente considerado, se hizo sensible la necesidad de contar con un Digesto para los procedimientos penales. Por el momento, la justicia nacional se regía por el Código de la Provincia

<sup>10</sup> CLARIA OLMEDO, ob. cit., p. 192.

<sup>11</sup> MAIER, *Derecho Procesal...* cit., t. 1 “B”, p. 179. En realidad, luego de 1873, hubo otros intentos con mayor o menor grado de avance: José Domínguez, 1883; Eduardo Wilde, 1886; Carlos Rodríguez Larreta, Rafael Herrera Vegas, Federico Iburguren y Carlos Octavio Bunge, 1885; Julián Aguirre, 1910; Tomás Jofré, 1919; Enrique del Valle Ibarlucea, 1920 y luego 1932; Jorge Albarracín Godoy, 1937; Natalio Carvajal Godoy, 1953; Julio César Corzo y Carlos Alberto Romero, 1988, y el sistema de escabinado incluido en el proyecto del Dr. Maier (CAVALLERO y HENDLER, ob. cit., ps. 60/63).

de Buenos Aires. En 1882 el Ejecutivo encomienda a los doctores Emilio Coni y Manuel Obarrio la preparación de un nuevo proyecto; ante la renuncia del primero, es Obarrio quien lleva adelante la tarea, presentándola en 1883.

En “Nota explicativa” datada en Buenos Aires el 15 de julio de 1882, el doctor Obarrio se dirige al ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor Eduardo Wilde<sup>12</sup> a los fines de explicitar “los principios sobre los que el proyecto descansa, del plan a que obedece y las soluciones que da a ciertos problemas del procedimiento criminal”.

Señala con agudeza que la primera cuestión que ha de plantearse es la relativa a “la elección del sistema de enjuiciamiento sobre el cual deberían reposar las disposiciones del proyecto”, ya que de la elección de las mismas derivarán, lógicamente, consecuencias regulatorias diferentes.

Sin utilizar la terminología, de lo que trata Obarrio es de determinar la opción entre el sistema acusatorio y el inquisitivo. El primero, en el contexto del debate de la época, se encuentra indisolublemente ligado al juicio por jurados. Señala sobre esto que “el jurado, como todas las grandes instituciones que afectan de una manera directa e inmediata el interés social, porque compromete el interés de todos y de cada uno de los individuos que forman parte de la asociación política, garantiendo e hiriendo sus derechos más preciosos, ha sido discutido”, tanto filosófica y política como prácticamente. Al respecto, piensa que “entre nosotros, el jurado, en principio, no puede ser observado”, agregando que si bien la Constitución lo establece, lo ha dejado supeditado “con sabia previsión” al criterio de los legisladores.

Si bien entiende (con el optimismo propio de la época) que

<sup>12</sup> OBARRIO, Manuel, *Nota explicativa al proyecto de Código de Procedimientos en Materia Penal*, Buenos Aires, 15-7-82, en *Apéndice al Código de Procedimientos en Materia Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1981. Las citas que se transcriben son del mismo.

han sido muchos y fundamentales los progresos operados en el país, valora como inmaduro al mismo para contar con la institución. “Este hecho –agrega–, que no puede considerarse como el resultado de una inacción culpable, importa la manifestación de una opinión uniforme y consciente respecto de la inoportunidad de radicar, todavía entre nosotros, una institución de ese género”.

Conforme a la carencia de tratamiento del proyecto González-Victorino de la Plaza, cree el doctor Obarrio que se le ha dado mandato expreso para elaborar un proyecto de diverso cuño, que es el que presenta y que, sin decirlo el autor, se inclina decididamente por el sistema inquisitivo. En tal aspecto, aboga por una instrucción a cargo de un juez, aunque sostiene que quien decide en definitiva debe ser otro distinto. Sin embargo, ello lo limita a la jurisdicción nacional, dejando un único juez instructor y sentenciador para los juzgados federales de sección. Se inclina así mismo por la iniciación *ex officio* (aunque con noticia al fiscal) y por el secreto sumarial. Y aclara: “Durante el sumario no hay debates ni discusiones; el juez obra con entera libertad, siguiendo sus propias inspiraciones o decretando las diligencias que le fueran pedidas por el Ministerio Público o el acusador particular”.

Posteriormente, analiza exhaustivamente todos los detalles del Digesto que propone.

Con fecha 28 de julio de 1884, la Comisión Revisora, integrada por Onéximo Leguizamón, Juan Barra y Filemón Posse, se expide. Indican que se ha creído necesario ampliar las facultades policiales y establecer, como principio, la facultad de defenderse personalmente del imputado. También se ha ampliado lo relativo a la libertad bajo fianza. Se detallan las otras diversas modificaciones.

En agosto de 1888, la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados eleva su informe, suscripto por Wenceslao Esc-

lante, Ernesto Colombres, Benjamín Basualdo, Estanislao Zeballos y Guillermo Torres.

Finalmente, el proyecto se convirtió en la ley 2372 de octubre de 1888 como *Código de Procedimientos en Materia Penal para el fuero federal y los tribunales ordinarios de la Capital Federal y de los territorios nacionales*.

El Código se estructuró en cuatro libros, que disciplinaron un procedimiento que podía comenzar por actividad preventiva, proseguía por la instrucción sumarial y desembocaba en el plenario. El sumario era secreto durante los primeros diez días, plazo que podía extenderse o reimplantarse; esta reserva era externa e interna para el imputado y su defensa. La conducción de esta etapa correspondía a la dirección discrecional del juez, siendo sus resoluciones respecto a diligencias investigativas, irrecurribles. La parte sumarial resultaba la fundamental, ya que las pruebas en ella introducidas servían no sólo para justificar la acusación, sino la sentencia. Respecto de los medios probatorios y del valor acreditante de las constancias, el Código Nacional reconocía una perceptible influencia del sistema de pruebas legales. En tal aspecto, la indagatoria ofrecía características más cercanas a la confesional que a un acto de defensa, implicando la convocatoria del justiciable a prestarla, procesamiento.

La etapa del plenario se iniciaba con el escrito de acusación fiscal y, en su caso, la del particular ofendido; de éstos se corría traslado a la defensa, abriéndose posteriormente la causa a prueba y, si la misma se producía, se alegaba sobre la misma. Como se advierte, el procedimiento seguía la configuración habitual del juicio civil ordinario.

Los autos de méritos (prisión preventiva, excarcelación) y la sentencia final, eran susceptibles de apelación ante la Cámara que correspondiere.

El Código original fue objeto de diversas modificaciones a lo largo de los años, pero sin que se alterara lo fundamental,

esto es: predominio del sumario, lentitud y discontinuidad de la tramitación, escriturismo en todas las etapas, reserva y doble instancia.

Es evidente que una vigencia superior al siglo contribuyó a moldear determinadas prácticas realizativas que, a pesar de las reformas, resultará difícil superar plenamente. Una de las más notorias es la relativa a la *delegación de funciones*<sup>13</sup>. Esta corruptela generalizada, tomada como normal por su reiteración, refiere tanto a la delegación legal de las iniciales diligencias investigativas encomendadas a organismos preventivos, como a la llevada a cabo dentro de los propios juzgados; así ocurría que el juez era un mero punto de referencia, una ficción formal, que raramente –salvo en algunos casos de singular importancia y repercusión– actuaba por sí, ya que las tareas –divididas en múltiples secretarías– eran efectuadas por personal subalterno, a quienes incluso correspondía el boceto de las resoluciones.

Aunque el fenómeno no corresponde atribuirlo de manera exclusiva a las características del Código de 1888, es indudable que en mucho el diseño procedimental que estructuró contribuyó a la burocratización de la justicia<sup>14</sup>. Se afirma tal juicio dado el hecho de que los órganos de juzgamiento, separados en departamentos estancos, raras veces trataban con los involucrados en el proceso; éste, se concretaba y manifestaba en actas (de arcaico formalismo) y no en actos. Todo se realizaba a través de formularios que repetían esquemas privados de auténtico contenido, los que se constituían en “expedientes” que acumulaban cuerpos en los que lo auténticamente significativo se diluía en multitud de prescindibilidades y que, en definitiva, aparecían como monumentos a lo vano, que difícil-

<sup>13</sup> BINDER, Alberto, *Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, en *Doctrina Penal*, N<sup>o</sup> 46/47, Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 369/383.

<sup>14</sup> VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Crisis de la justicia penal: diagnóstico y propuestas*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 439.

mente motivaban lecturas atentas. El caso era un número y una carátula; justiciables, testigos y peritos, sólo nombres. El juez lo era de papeles, no de hombres. Así mismo, la división del trabajo interno en los juzgados y externo en la doble instancia, contribuía a que la justicia fuera preponderantemente “administración”.

A la delegación burocrática, a la mediación probatoria, a lo moroso de la tramitación registral, se sumaba el ya antes apuntado rasgo notoriamente inquisitivo el que, como vimos, fue fruto de una deliberada elección política y de una toma de posición consciente por parte del autor del proyecto. El verdadero protagonista del procedimiento plasmado en el Código de 1888 era el juez del sumario, investido de las más amplias y discrecionales facultades en lo que acertadamente fue calificado como “pomposidad instructoria”<sup>15</sup>. Rodeado del prestigio de lo oculto, con mínimo control partivo, acumulaba elementos probatorios, haciendo su propia meritación. Por lo general, el auto de prisión preventiva era ya el boceto (poco menos que definitivo) de la acusación (que lo repetía, con meros cambios de palabras) y en frecuentes ocasiones, de la misma sentencia que, como se indicó, decidía conforme a las pruebas rendidas en la instrucción.

La etapa de juicio o plenario, ante un juez unipersonal (que en los juzgados federales de sección era el mismo que había instruido) aparecía de hecho como la menos importante, constituida por un mero intercambio de escritos entre fiscal y defensor, pero sin actividades relevantes.

Con el paso de los años y la creciente complejidad de las causas, el Código de 1888, durante mucho tiempo celosamente defendido en ámbitos de la Capital Federal se evidenció eficaz para el juzgamiento de hechos sencillos e impotente para los casos complejos, marcando así mismo una tajante cesura entre el servicio de justicia y la población.

<sup>15</sup> CAFFERATA NORES, José Ignacio.

Es de advertir que las deficiencias de este cuerpo legal fueron señaladas desde temprano. Uno de los primeros en indicar el apartamiento constitucional en que incurría el Código Nacional fue Tomás Jofré al explicitar los motivos de su proyecto para la Provincia de Buenos Aires.

Vélez Mariconde vio con claridad que los textos en que se inspiró Obarrio y las comisiones no eran los de las legislaciones adelantadas de la época, sino la antigua “compilación” española de 1879, ya abandonada en su país de origen que había adoptado en reemplazo un código moderno. Sobre tal consideración, el profesor cordobés expresa con feliz precisión que el Código Nacional “nació viejo y caducó”, desde sus mismos orígenes apartado de la mejor doctrina de la época y de las tendencias predominantes del Derecho Comparado<sup>16</sup>.

### C) *La necesidad de cambio y el proyecto del doctor Julio Maier*

Las grandes modificaciones operadas en el país desde la década final del siglo pasado, el crecimiento poblacional y urbano, una historia política tumultuosa y contradictoria, modificaciones sustanciales en el desarrollo de las concepciones jurídicas y cambios legislativos, parecieron no tener poder sobre la solidez del viejo Digesto; como un peñón en el mar de las críticas, resistió todos los embates durante más de una centuria. Por supuesto que entre las razones para tal perduración deben haber existido muchas no explicitadas y derivadas tanto del apego al hábito y a lo reiterado, como de intereses en mantener un sistema discontinuo, incontrolable por la opinión pública y tan eficiente para la penalización de la bagatela como ineficaz para lo complejo. Ello, porque desde el punto de vista teórico, las últimas décadas registraron el completo abandono de la palestra procesal por parte de los defensores del escriturismo inquisitivo.

De todas maneras, el Código Federal, que había sido reafirmado durante el lapso de los gobiernos militares, se había

<sup>16</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit., p. 196.

evidenciado como “extremadamente gravoso para el justiciable, insatisfactorio para los afectados y decepcionante para la sociedad”<sup>17</sup>, lo que explica los diversos intentos de reformas integrales que, sin éxito, se sucedieron a lo largo de los años.

Recuperada la vida institucional del país, el gobierno constitucional, surgido en los comicios de 1983, llevó a cabo de inmediato una serie de reformas en el terreno punitivo, principalmente dirigidas a modificar la legislación autoritaria del anterior régimen de facto. En lo que hace a la ley sustantiva, se retornó al Código Penal de 1921; igualmente, el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos se convierte en ley de la Nación bajo el N° 23.054. En el mismo año de 1984 se sanciona la Ley de Hábeas Corpus N° 23.098. La ley 23.077, llamada de Atentados al Orden Constitucional y a la Vida Democrática, regula un procedimiento de instrucción preparatoria y juicio oral y público, de instancia única, ante la Cámara Federal.

Dentro de este clima de reformas, cobra sentido el propósito de acometer una transformación integral del sistema penal del país, apareciendo como el primer paso el cambio de la legislación realizativa nacional. Para ello, el Poder Ejecutivo, a través del Consejo para la Consolidación de la Democracia, encomienda la redacción de un proyecto de nuevo Código Procesal Penal Nacional, el que es preparado por el doctor Julio Maier, quien lo concluye y presenta en 1986. Así mismo, el trabajo es sometido a una intensa tarea de difusión y discusión, en la que interviene lo más representativo del pensamiento jurídico tanto del país como del extranjero. El proyecto se acompaña con otro de ley de organización judicial y con una minuciosa tarea sobre la implementación práctica de las reformas.

La obra en consideración aparece así como de las más serias,

<sup>17</sup> VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo; PESSOA, Nelson R. y CHIARA DIAZ, Carlos A., *Código Procesal Penal de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 14.

profundas y técnicamente fundadas de la evolución jurídica argentina, habiendo suscitado en su turno uno de los debates de mayor amplitud y riqueza. Cuestiones tales como las de la política procesal del Estado y sus relaciones con el sistema punitivo, la interpretación constitucional, el papel del Ministerio Público, la necesidad de modificar la burocratización judicial, la intervención popular en el servicio de justicia, el papel de la víctima y la libertad del imputado, fueron algunos de los temas que ocuparon la atención de los especialistas y que trascendieron a la opinión pública.

En su Exposición de Motivos<sup>18</sup>, el autor desarrolla una contundente justificación de la imperiosa necesidad de la reforma, describiendo el “colapso” a que había arribado la administración de justicia nacional encuadrada dentro del viejo Código; atiende a los antecedentes históricos y las características de los sistemas procesales, como así a la influencia de los mismos dentro de la legislación argentina y a las opciones que significaron. El aspecto seguramente más relevante de todo este análisis es el concerniente a la hermenéutica del modelo constitucional en relación al enjuiciamiento penal, extrayendo de ello claras conclusiones que configuran los paradigmas del proyecto.

El procedimiento ordinario que se estructura parte de una actividad investigativa preparatoria a cargo del Ministerio Público que, como titular de la acción penal pública, encuentra los elementos probatorios sobre los que habrá de fundar la acusación. De tal manera, se avanza hacia una mecánica acusatoria, se desplaza la instrucción inquisitiva y se restituye a los sujetos procesales esenciales sus verdaderos y auténticos papeles. La relación jurídico-procesal queda definida a través del actor (fiscal y acusador particular) y el accionado (imputado y su defensa, investidos de las garantías fundamentales y correspondientes derechos) frente al tercero imparcial e impartido (juez).

<sup>18</sup> MAIER, Julio B. J., *Exposición de Motivos al proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, 18-12-86, Ministerio de Educación y Justicia, Secretaría de Justicia, Buenos Aires, 1988.

La crítica de lo llevado a cabo por la actividad preparatoria se concreta en el tribunal de acusación, ante el cual se tramitan también las cuestiones relativas a sujetos eventuales y excepcionales.

Admitida formalmente la acusación, se indica la etapa del juicio, cuya audiencia de debate es oral, pública, continua y contradictoria, aproximándose en su desarrollo más al modelo norteamericano que al seguido por los códigos mixtos del país.

El tribunal, integrado de manera diferente a la del de acusación, se compone de dos jueces técnicos profesionales, un juez técnico o conjuer tomado de la lista de abogados, y dos jurados legos.

El régimen de recursos se simplificó notablemente, buscándose formas de control entre acusación y defensa. A la cabeza del sistema, se encontraba el tribunal de casación, que entendía en este medio impugnativo sobre cuestiones de Derecho.

Lamentablemente, el proyecto no encontró sanción legislativa, repitiéndose lo ocurrido tantos años atrás con el de 1873.

#### D) *La ley 23.984*

En forma paralela a la elaboración del proyecto Maier, tuvo tratamiento el antiguo proyecto del doctor Levene; el 8 de mayo de 1985, el trabajo fue presentado por los senadores Martiarena y Benítez ante la Cámara de Senadores del Congreso Nacional, y luego del cambio de autoridades de 1989 y ante la pérdida de estado legislativo del anterior, recibió fuerte apoyo oficial. Con modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados se convirtió en ley 23.984, sancionada el 21 de agosto de 1991 como *Código Procesal Penal de la Nación*, rigiendo desde setiembre de 1992.

El proyecto que fuera presentado por los senadores Martiarena y Benítez era el mismo que, como emanado del Poder Ejecutivo Nacional, con la firma de María Estela Martínez de Perón como presidenta y de Ernesto Corvalán Nanclares como ministro de Justicia, ingresara al Congreso Nacional en setiem-

bre de 1975<sup>19</sup>; a su vez, este trabajo repetía el Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa, inspirado en el sistema mixto introducido en nuestro país por el Código de Córdoba, basado en el modelo italiano.

Las modificaciones más significativas introducidas en Diputados, que en algo modernizaron el esquema original, refieren a la admisión del particular ofendido como querellante conjunto en los delitos de acción pública; el otorgamiento de derechos a la víctima; el fortalecimiento del papel del Ministerio Público y la posibilidad de una actividad preparatoria a su cargo<sup>20</sup>.

De todas maneras, con la ley 23.984 ocurrió un fenómeno semejante al acontecido un siglo atrás respecto de los proyectos en consideración: se desechó el mejor y se optó por el más tradicional, menos elaborado y teóricamente superado, por lo que al caso podrían tener aplicación las ya citadas palabras de Vélez Mariconde cuando se refería a la sanción del Código de 1888. Cuando en el mundo y en nuestro país, el modelo en que se inspiró el proyecto del doctor Levene se encuentra plenamente abandonado, la Nación reincide en su elección de lo caduco.

Pero las fundadas críticas que pueden y deben efectuarse al Digesto vigente no implican desconocer que, dentro de la relatividad de toda situación histórica, significó un progreso respecto de lo anterior y una posibilidad cierta de cambio; en tal aspecto, si las reformas legales encuentran una práctica judicial y forense imaginativa y abierta, es probable que se avance en un mejoramiento del procedimiento nacional.

El Código se divide en cinco libros. El primero comprende las

<sup>19</sup> MARTINEZ DE PERON, María Estela, *Exposición de Motivos. Proyecto de ley del Poder Ejecutivo Nacional sobre reformas al Código de Procedimientos en lo Criminal*, 13-9-75, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1975, año 4, ps. 505 y ss.

<sup>20</sup> CORTESE, Lorenzo Juan, *El nuevo Código Procesal Penal. Reflexiones de un parlamentario*, en VAZQUEZ ROSSI, PESSOA y CHIARA DIAZ, *Código Procesal Penal de la Nación* cit., p. 171 y ss.

<sup>21</sup> JOFRE, Tomás, "Prólogo del autor del Código", *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1915.

disposiciones generales, abarcando las normas fundamentales, las acciones que nacen del delito, los órganos jurisdiccionales y su competencia, las partes penales y civiles, los actos procesales y la nulidad. El segundo trata del procedimiento instructorio, considerando dentro del mismo lo referente a la prueba, la actividad de los órganos preventores, la situación del imputado y los principales actos que le conciernen; por último, se disciplina la etapa intermedia. El tercero desarrolla el procedimiento del juicio común, distinguiendo entre los actos preparatorios, la audiencia de debate y la sentencia. Posteriormente se legisla sobre los procedimientos correccional, de menores y por delitos de acción privada. En el libro cuarto se regulan los recursos, encontrándose previstos los de reposición, apelación contra autos, casación, queja, inconstitucionalidad y revisión. El libro quinto refiere a ejecución.

El procedimiento ordinario establecido sigue en un todo los lineamientos del sistema mixto como fue introducido en el país a partir del Código cordobés de 1940: instrucción formal escrita y reservada, a cargo de un juez unipersonal que es a la vez investigador y evaluador de sus propios actos, con limitada intervención paritiva; etapa intermedia en que lo colectado pasa al fiscal para que se expida y, en su caso, formule el requerimiento de elevación a juicio, y juicio propiamente dicho, cuyo momento central es la audiencia de debate contradictorio, público y continuo. Pero es de observar que el carácter inquisitorial, propio de nuestra tradición jurídica, no se pierde por la oralidad, ya que son los tres jueces integrantes del tribunal los que pueden interrogar al imputado, peritos y testigos, haciéndolo de manera previa a las partes, por lo que la intervención de éstas se desdibuja en considerable medida, a lo que también contribuye la manera de preguntar.

Mientras los autos de mérito instructorio son susceptibles de apelación, la sentencia definitiva, de única instancia, puede ser atacada por casación que, como es sabido, tiene por inconvencible lo decidido respecto de los hechos y versa exclusivamente sobre el Derecho, tanto en sus aspectos materiales como procesales.

## 4. El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires

La Provincia de Buenos Aires, que tanta importancia tuvo en la historia institucional y que antes de la federalización de la ciudad de Buenos Aires confundió su legislación con la nacional, dictó su nuevo Código Procesal Penal en 1915.

La obra fue redactada por el doctor Tomás Jofré, quien en un prólogo más interesante que el propio texto legal, analiza críticamente la legislación realizativa penal vigente por entonces en el país, a las que atribuye responder en “su filiación histórica al siglo XVIII”. Respecto del Código Nacional resulta terminante: “Es retrógrado, inquisitivo y contrario a las constituciones políticas del país”. Como defectos más notorios apunta “el escriturismo, el sistema de pruebas legales, el secreto de la investigación, el desamparo de los acusados, los jueces permanentes y la dilación en los trámites”<sup>21</sup>.

A juzgar por esta explicitación de motivos podría pensarse que el Código propuesto iba a ser, cuando menos, semejante al proyecto nacional de 1873, lo que, evidentemente, no ocurrió, ya que el nuevo Digesto, con tener algunos aspectos renovadores, no llegó a plasmar modificaciones fundamentales ni esa plena adecuación a la letra y espíritu constitucional a que, sin dudas, el autor aspiraba.

En lo que hace al procedimiento, el mismo comienza con la “instrucción del sumario”, que sigue el desarrollo ya conocido de la instrucción formal; cuando hubiere motivos bastantes de sospecha sobre la autoría del imputado, se les tomará declaración indagatoria, la que es regulada detalladamente. Debe señalarse que los importantes temas relativos a la defensa y a la libertad provisional son considerados con criterios más modernos y aceptables que los hasta entonces vigentes. El derecho de defensa es reconocido de manera enfática y amplia.

Respecto del plenario, el Código estableció el desarrollo de uno escrito, similar al nacional, y otro oral, a opción del acusado y para “causas graves”. En este aspecto y aunque no de manera

decidida, ya que se trataba de un sistema de elección, el trabajo de Jofré tiene el mérito de haber sido el primer código vigente en el país que implementó el juicio oral y público, de instancia única y ante un Tribunal Colegiado.

Es interesante reparar en algunas particularidades de la regulación de la audiencia de debate, de la que podrá dejarse constancia en acta de lo más relevante y en la que se asegura la intervención del acusado.

De todas maneras, el sistema de doble vía o de opción no dio resultados, ya que es evidente que los principios que informan a ambos son diferentes y que, por lo general y como ocurrió, la burocracia escriturista se impone de hecho sobre la oralidad.

Con el transcurso del tiempo, la versión originaria (ley 3589) registró diferentes modificaciones que, sin alterar la estructura básica, introdujeron cambios. Una de las de mayor importancia fue la de 1986 (ley 10.358) que, a más de incorporar la figura del actor civil, potenciar la intervención del Ministerio Público y mejorar la sistemática general, disciplinó como procedimiento ordinario el juicio oral para delitos dolosos que hayan causado la muerte de una persona<sup>22</sup>.

Como ha ocurrido en todo el ámbito del país, existen proyectos de reformas integrales.

Debe señalarse que el Código de Jofré sirvió de modelo al adoptado por la Provincia de San Luis.

## **5. El Código de Córdoba de 1939 y la difusión del sistema mixto**

La doctrina argentina coincide en que la renovación respecto al Código Nacional y a los digestos que lo siguieron, se dio a través de la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la

<sup>22</sup> BERTOLINO, Pedro, *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires comentado, concordado y anotado*, Depalma Buenos Aires, 1987.

Provincia de Córdoba que, para su época, significó un intento de actualización.

En 1937, el ejecutivo provincial encomendó a los doctores Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde la redacción de un proyecto. Los nombrados, profesores universitarios de Derecho Penal el primero y Procesal Penal el segundo, basándose en anteriores trabajos, tomaron como modelo el Código italiano de 1913, es decir, el sistema mixto compuesto por un procedimiento instructorio a cargo de un juez técnico unipersonal (instrucción formal) y un juicio oral, público, contradictorio y continuo ante un tribunal también técnico integrado por tres jueces.

La etapa instructoria, de índole adquisitivo-probatoria y cautelar, reunía los elementos para fundamentar la acusación. La indagatoria era disciplinada como preponderantemente defensiva. El instructor valoraba su propia investigación a través de los llamados actos de mérito instructorio (procesamiento y prisión preventiva) y conducía la investigación según su discrecionalidad, concluyéndola –dentro de plazos legales– cuando la entendía completa.

Una vez finalizada la instrucción, se remitían por decreto las actuaciones al fiscal, que adquiría en este momento intermedio un papel preponderante, valorando lo actuado. Si entendía que había mérito para ello, redactaba la requisitoria de elevación a juicio en la que individualizaba al imputado, reseñaba los hechos y las principales acreditaciones y encuadraba legalmente el caso. Por lo general, esta pieza repetía en lo básico lo definido en el auto de procesamiento.

Admitida formalmente la requisitoria, se ponían los autos a disposición de las partes, las que ofrecían la prueba. Fijada fecha para la audiencia de debate, se realizaba ésta con la presencia del fiscal de cámara, imputado y defensor, peritos y testigos, ante el tribunal presidido por uno de los tres integrantes. Correspondía a los magistrados interrogar en primer término.

Finalizado el debate, del que se labraba un acta sucinta, con el alegato de la fiscalía y la defensa, se dictaba sentencia.

Las decisiones del juez de instrucción eran recurribles por apelación; la sentencia definitiva, en los casos y modalidades previstas y en lo que concernía a la interpretación y aplicación del Derecho (tanto sustancial como formal), por casación, ante el Superior Tribunal.

Debe señalarse que el Código de Córdoba previó también un procedimiento de *citación directa* para delitos leves, correspondiendo en tales supuestos una instrucción sumaria a cargo del fiscal.

Este Código fue sancionado el 22 de agosto de 1939 y promulgado como ley 3831, comenzando a regir a partir de febrero de 1940. En el momento en que se dictó se constituyó en una verdadera novedad dentro del enjuiciamiento penal latinoamericano, ejerciendo una notoria y positiva influencia que se extendió pronto por diferentes ámbitos, acompañado por una seria labor interpretativa y de difusión doctrinaria, en la que mucho tuvo que ver la cátedra de la Universidad Nacional de Córdoba y los congresos de la especialidad.

Pronto fue seguido por otras provincias argentinas, tales como Santiago del Estero (1941), San Luis (1947), La Rioja (1950), Jujuy (1950), Mendoza (1950, entrando en vigor en 1953 y también debido a Vélez Mariconde), Catamarca (1959), Salta (1961), San Juan (1961), La Pampa (proyectado por el Dr. Ricardo Levene, 1965), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971), Chaco (1971), Neuquén (1987), Río Negro (1987) y Misiones (1988).

Esta eclosión del sistema en la mayoría de las provincias argentinas permitió sostener a uno de sus principales impulsores que la legislación procesal penal argentina se había “mejorado en forma evidente”<sup>23</sup>, ya que se había logrado una moder-

<sup>23</sup> LEVENE (h), Ricardo, *Prólogo*, en VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos y CASTRO, R. A., *Procedimiento penal mixto*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1969.

Sobre comentarios a algunos códigos del sistema mixto, puede consul-

nización y un notorio avance hacia el predominio de los principios acusatorios.

No puede negarse que con respecto a esquemas precedentes, como los del Código Nacional de 1888, se había dado un progreso; tampoco la fuerza del impulso modificadorio inspirado en el Digesto cordobés. Varios congresos de la materia impulsaron la idea de lograr un "código tipo" para la unificación de la realización penal en el país (Mar del Plata, 1965) y aun en Latinoamérica. En las *V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, llevadas a cabo en Bogotá en 1970, se lo tomó como modelo de un enjuiciamiento penal uniforme, ejerciendo influencia en diferentes países de nuestra América. Igualmente, ya señalamos el peso que ejerció en intentos de reformas de la legislación federal argentina y, de manera concreta, en la ley 23.984.

Una valoración del sistema no puede desconocer muchos logros en el mismo. Pero la idea de entenderlo como un paradigma insuperable del enjuiciamiento penal ofrece abundantes flancos para la crítica. Y ello, no sólo por los ya indicados resabios inquisitivos inherentes a la instrucción formal, por el desdibujamiento del Ministerio Público y por la preponderancia que siguió ejerciendo la etapa instructoria, sino también por un juicio en el que el órgano jurisdiccional mantiene un papel de predominio sobre las partes (al extremo de que podría calificárselo como "inquisitivo oral") y donde la práctica ha conducido a que la prueba decisiva se introduzca por la mera lectura de las constancia instructorias.

Precisamente la conciencia de estos defectos llevaron a que, cuando parecía definitivamente consolidado el sistema mixto, se comenzasen a postular otras ideas, las que no sólo se plas-

tarse: LEGUIZAMON, Ramón C. y PESSOA, Nelson R., *Código Procesal Penal para la Provincia de Corrientes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986; CHIARA DIAZ, Carlos Alberto, *Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, y *La reforma procesal penal de Entre Ríos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.

maron en proyectos de la importancia del encabezado por el doctor Maier, sino que llegaron a sancionarse como leyes. La comparación entre estos nuevos programas de enjuiciamiento penal marca, sin dudas, una indudable superación del tradicional sistema mixto que, desde la actual perspectiva, puede entenderse como una etapa de fecundo desarrollo y de algunos logros significativos, pero ya superada.

## 6. Las nuevas tendencias

La seria y amplia discusión que se instaló en la conciencia jurídica argentina a partir del proyecto Maier y de los diferentes congresos sobre aspectos críticos del sistema penal, dinamizaron las ideas en torno al enjuiciamiento y abrieron perspectivas renovadoras. Ello se caracterizó por un análisis de los diferentes defectos de las legislaciones vigentes y de las concepciones sobre las que se asentaban y por una serie de propuestas concretas en orden a la renovación de los códigos procesales del país.

Si bien, como se trató en el punto correspondiente, el éxito no se alcanzó en el orden nacional, sí se dio en algunas provincias, a más de aparecer con claridad y fuerza como la tendencia que da sentido a las ideas de reformas en todo lugar en el que la misma se considera.

### A) Córdoba

Córdoba, que había resultado pionera en la adopción y difusión del sistema mixto, lo fue también en la reforma superadora del mismo.

En la mencionada provincia se dio una destacable conjunción entre desarrollo académico y poder político, lo que posibilitó la realización de una serie de importantes reformas, acompañadas de un sólido trabajo doctrinario.

La Constitución Provincial de 1870, con las modificaciones de 1883, 1900, 1912 y 1923, fue reformada en 1987, reafir-

mando en plenitud la vigencia y sentido de un orden jurídico-político democrático.

Ya se indicó en el punto respectivo (*supra*, p. 60) las íntimas relaciones entre el Derecho Público provincial y el Derecho Procesal Penal, por lo que es de importancia que nos detengamos en el análisis de los aspectos de mayor relevancia de este moderno texto constitucional, verdadero modelo en lo que respecta a los aspectos de nuestra materia.

En el preciso preámbulo, que debe entenderse como una explicitación teleológica y, por ello, como una guía interpretativa, se habla de “exaltar la dignidad de la persona y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos”, como así de “asegurar [...] el acceso de todas las personas a la justicia”.

En la primera parte, correspondiente a “Declaraciones, derechos, deberes, garantías y políticas especiales”, se consagra como forma de gobierno la representativa, republicana y democrática, enfatizándose sobre el principio de soberanía popular. Se consagra la inviolabilidad de la persona, la libertad religiosa y de conciencia, el pluralismo y la libre iniciativa.

La sección segunda de esta primera parte trata específicamente de los derechos de los habitantes, mencionando los consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Sobre el particular, el artículo 22 establece que tales derechos y garantías “son de aplicación operativa”.

La sección cuarta está referida específicamente a las garantías, regulando de manera particularizada las concernientes a la cuestión penal. El artículo 39 comienza diciendo que “nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Constitución”, lo que implica la idea de la directa operatividad del texto constitucional, que avanza sobre aspectos directamente procesales. Se consagran los principios del juez natural, inocencia, prohibición de múltiple persecución y duración razonable. El artículo 40 afirma la inviolabilidad de la defensa y necesidad de la defensa técnica y la prohibición

de ser el imputado obligado a declarar contra sí mismo o de cualquier persona en contra de sus allegados directos. Finalmente, se establece la regla de que “carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor”.

El artículo 41 de la Constitución de la Provincia de Córdoba define la regla de la publicidad de la prueba y de exclusión de la obtenida ilegalmente.

El artículo 42 trata de la privación de libertad, la que durante el proceso es excepcional; fuera del caso de flagrancia, toda restricción de la libertad debe emanar de orden de juez competente, quien debe fundarla según pautas que el mismo precepto determina. Se consagra el derecho de comunicación, tanto respecto al conocimiento del hecho al imputado, como de su situación a allegados. La incomunicación es excepcional y nunca concierne a las relaciones con el defensor.

Los artículos siguientes tratan de la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados y de las condiciones para el allanamiento. El artículo 47 da rango constitucional expreso a la acción de hábeas corpus.

Esta prolija reglamentación garantizadora se complementa con las normas referidas al Poder Judicial, investido de la garantía de independencia e inamovilidad. El artículo 162 reza que “la ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados”. Respecto de los deberes de los magistrados, se norma el de concurrencia a sus despachos públicos, resolución de las causas dentro de “plazos fatales” y “fundamentación lógica y legal”.

El Ministerio Público se ubica dentro del poder judicial y depende de un Fiscal General (art. 171). Ejerce sus funciones “con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica en todo el territorio de la provincia”.

Tan prolijo avance sobre cuestiones específicas de la reali-

zación penal, que iban más allá de lo normado por el Código vigente. exigían, lógicamente, la modificación del mismo. Pero el diseño del nuevo Digesto se hizo dentro de una serie de amplios y coherentes cambios de implementación de la Constitución. En lo atinente a la reforma judicial se buscó “poner a tono las instituciones del Poder Judicial con su nuevo perfil”<sup>24</sup>, implementándose para ello reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Ministerio Público y Código Procesal Penal, como partes integrativas de un todo orgánico.

En esta serie de bien estructuradas modificaciones mucho tuvo que ver el por entonces ministro de Gobierno y profesor universitario, doctor José Cafferata Nores, quien logró reunir equipos de trabajo no sólo de su provincia sino también de las cátedras más relevantes del país.

En el mensaje del Ejecutivo al Legislativo, remitiendo los proyectos puede leerse que “el carácter integral de la reforma respondió [...] al convencimiento de que cambiar los códigos sin transformar la organización tribunalicia, favorecería el mantenimiento de viejas prácticas burocráticas que neutralizarían el cambio pretendido”<sup>25</sup>.

En lo que atañe al nuevo Código Procesal Penal, se cita como base de inspiración el proyecto para la Nación del doctor Julio Maier, agregándose que la propuesta intenta lograr “un nuevo punto de equilibrio” entre los valores de justicia y seguridad.

Estas ideas son desarrolladas con amplitud en la Exposición de Motivos donde se formulan las bases del digesto. El mismo se orienta al logro de una mayor celeridad, simplificando procedimientos, y de una mayor eficacia que, sin afectar las garantías individuales, alcance adecuadamente la solución de aquellos casos complejos. Se trata de responder al desafío de “vivir en libertad con seguridad”, ya que “el Estado de Derecho

<sup>24</sup> Ministerio de Gobierno de la Provincia de Córdoba, *Reforma judicial*, t. IV, *Código Procesal Penal*, Córdoba, 1990.

<sup>25</sup> Id. nota anterior.

y el sistema democrático pueden garantizar la vigencia simultánea de ambos valores”<sup>26</sup>.

El cambio de mayor significación respecto del anterior código se centra en la sustitución de la instrucción judicial o formal por la investigación fiscal en los delitos de acción pública<sup>27</sup>.

Igualmente, se incorpora el querellante particular.

La actividad de la defensa controla todos los actos de investigación.

Los actos de la investigación preparatoria son sólo idóneos para fundamentar la acusación.

Se determina un control jurisdiccional para esta etapa.

La investigación fiscal es acotada en su duración.

Si se ha tomado declaración al imputado y el fiscal estima cumplida la investigación dentro de los plazos legales y con elementos de convicción suficientes en grado de probabilidad sobre el

<sup>26</sup> Ministerio de Gobierno de la Provincia de Córdoba, *Exposición de Motivos*.

<sup>27</sup> Id. nota anterior. En página 13 puede leerse: “Bajo una óptica puramente técnica o científica, se puede señalar que el desempeño de tareas de investigación que cumple el juez de instrucción no se corresponde con la imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Si bien la investigación fue puesta a cargo del juez buscando mayores garantías para el sospechoso, los resultados, en este aspecto, no han sido precisamente paradigmáticos.

”Además, parece artificial que el fiscal deba basar su acusación en pruebas que no han sido recibidas por él y para cuya selección carece de toda iniciativa vinculante, pues sólo puede proponer diligencias que el juez cumplirá si, a su exclusivo criterio, resultan pertinentes y útiles.

”También es criticable la inversión de roles, ya que el fiscal que debe investigar, se limita a controlar lo que el juez investiga y éste, que sólo debería controlar la investigación, la realiza personalmente.

”Parece entonces más conveniente establecer un procedimiento de investigación a cargo del Ministerio Fiscal, eficaz, ágil y garantizador, reduciendo la actividad del juez a algunas instancias de autorización o control, impuestas por requisitos constitucionales”.

Estas mismas ideas fueron desarrolladas por el Dr. Cafferata Nores, principal autor del proyecto e impulsos políticos del mismo, en *La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional*, en *Doctrina Penal*, N<sup>o</sup> 40, Depalma, Buenos Aires, 1987.

hecho intimado, el representante del Ministerio Público requerirá la citación a juicio; estas conclusiones deberán ser notificadas al defensor, quien podrá oponerse, instando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal. La cuestión será resuelta por el juez de instrucción, siendo la decisión recurrible por apelación.

Recibido el proceso, el tribunal citará a juicio y quedarán las actuaciones a disposición de las partes para el examen y los ofrecimientos de prueba.

El debate es oral y público, desarrollándose de manera continua durante las audiencias que resulten necesarias, bajo la dirección del presidente del tribunal de tres miembros. Es de destacar que, a diferencia del anterior código y del nacional, la parte que ha ofrecido el testigo comienza con el interrogatorio.

Producidos los alegatos y terminado el debate, de manera inmediata, el tribunal deliberará para sentenciar, en sesión secreta. Lo resuelto será notificado a las partes.

Como aspecto novedoso, el Código prevé la posibilidad de integrar el tribunal de juzgamiento de delitos graves con jurados, que en número de dos, se agregan a los tres jueces técnicos.

En lo que hace a los recursos, se mantiene el esquema de apelación contra los autos del juez de instrucción y casación contra las sentencias definitivas de los tribunales colegiados.

El Código fue sancionado como ley 8123 luego de un extenso e intenso trabajo de discusión y difusión, en el que colaboraron numerosas personas<sup>28</sup>. Indiscutiblemente, se trata de una obra de adelantada concepción que coloca nuevamente a la Provincia de Córdoba en un puesto de vanguardia dentro del procesalismo penal latinoamericano.

## B) Tucumán

Las ideas que dieron sentido al proyecto del doctor Maier y cimentaron la reforma de Córdoba, tuvieron plena acogida en la

<sup>28</sup> CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Introducción al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Lerner, Córdoba, 1992.

Provincia de Tucumán, que había permanecido marginada del proceso mixto y mantenía un sistema escriturista de viejo cuño.

Al igual que en Córdoba, el proceso de modernización comenzó con una reforma constitucional concretada en 1990, la que, en la materia que nos ocupa, consagra la inviolabilidad de la defensa, la motivación de las sentencias, la publicidad de la prueba, la prohibición de múltiple persecución, la inviolabilidad del domicilio, los límites y racionalidad de toda privación cautelar de la libertad y la necesidad de orden judicial, el hábeas corpus y el acceso a la justicia.

Si bien el texto no tiene la completa prolijidad del de su similar de Córdoba, implica un notorio avance hacia claras zonas de reconocimiento de derechos fundamentales.

En esa línea se produce la modificación del enjuiciamiento penal provincial, cuya transformación se juzgó imprescindible, mencionándose al respecto, al igual que en la reforma cordobesa, las conclusiones del *III Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Procesal Penal*, que propició tanto la necesidad de la reforma como las principales pautas operativas de la misma. En esta inteligencia, la Exposición de Motivos de la comisión reformadora coloca acertadamente el problema dentro de un contexto político, señalando que “la sociedad argentina requiere el afianzamiento del sistema republicano y democrático de gobierno, a través del disfrute de sus libertades fundamentales. Los vicios del sistema actual, desarrollaron una costumbre judicial donde el principio de intermediación fue reemplazado por el de delegación de funciones y burocratización de servicios”<sup>29</sup>.

El código anterior databa de 1968 (ley 3535), con las modificaciones de 1979, que, salvo algunos relativos avances, respondía al esquema del antiguo Código Nacional. Al igual que

<sup>29</sup> Código Procesal Penal de Tucumán, *Exposición de Motivos*, Cooperadora Fondo de Cultura Jurídica, Facultad de Derecho, Tucumán, 1991. La comisión redactora del proyecto de reformas estuvo integrada por José Vicente Muscara, Jorge Octavio Arias Cabral, Carlos Norry, Pedro Roldán Vázquez, Angela Esther Ledesma, Pedro Lezana Guerrero y José Ricardo Falú.

lo acontecido con el de Santa Fe, el Código tucumano se había marginado de la evolución marcada por el sistema mixto, lo que hacía imprescindible su reforma.

Describen los autores las diferentes alternativas que se les presentaron y cómo, partiéndose inicialmente del modelo cordobés de 1940, fue entendiéndose que debía seguirse otra línea de trabajo, inspirada en el proyecto Maier y en el nuevo de Córdoba.

De tal manera, las principales características innovadoras del trabajo se centraron en la modernización, fluidez y celeridad de la etapa preparatoria, confiada al titular de la acción pública, quien reúne por sí los elementos de fundamentación de la eventual acusación.

La Exposición de Motivos repite las palabras que sobre idéntico tema escribiera el doctor Maier, explicando su proyecto respecto al tipo de persecución penal por que se había optado. Sobre el papel que desempeña en el sistema la magistratura, se señala: "Como consecuencia lógica del procedimiento acusatorio [...] el juez se mantiene separado del aserto inicial sobre la existencia del hecho punible, constituyéndose así en un sujeto completamente imparcial de la relación procesal".

El Ministerio Público pertenece al Poder Judicial.

Se garantiza plenamente la defensa técnica.

Respecto de la coerción personal del imputado, la regla es la situación de libertad; para el mantenimiento de la misma podrá exigírsele caución, fijación de domicilio, compromiso de comparecer, abstenerse de realizar actos de obstaculizamiento y sujeción a la causa. La restricción a la libertad "sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley" (art. 269), lo que es revisable y modificable.

Concluida la investigación y habiéndose producido la declaración del imputado, estimándose probable la autoría culpable, el fiscal formulará requisitoria de elevación a juicio, lo

que será notificado al defensor, quien dentro del plazo de tres días podrá oponerse. Resuelta la misma o cuando no se hubiese deducido oposición, se decretará la remisión de las actuaciones al tribunal de juicio.

El juicio es regulado de manera similar al Código de Córdoba, lo que significa que las partes mantienen un papel preponderante en el examen de la prueba durante el debate.

Igualmente, el Código tucumano prevé la intervención del querellante en los delitos de acción pública y del actor civil para las cuestiones resarcitorias.

El Código Procesal Penal de Tucumán se convirtió en ley 6203 en 1991.

Por último debe agregarse que el precedente esquema trazado por las reformas de Córdoba y Tucumán ha sido igualmente adoptado por la Provincia de Santiago del Estero y que ha influido en proyectos modificatorios de otros Estados provinciales, encontrando en la actualidad amplio respaldo doctrinario.

## 7. Santa Fe

La Provincia de Santa Fe, la segunda en importancia dentro del concierto nacional, ostenta la poco feliz característica de haber permanecido férreamente marginada de los diferentes procesos transformadores operados dentro del enjuiciamiento penal del país. Tal situación contrasta con el énfasis progresista de las cátedras universitarias y con el dinamismo de un foro atento al mejoramiento de la administración de justicia, por lo que es dable esperar un próximo cambio.

A semejanza de lo acontecido en otras provincias, Santa Fe dicta su primer Digesto siguiendo el vigente en la Nación. Sobre un proyecto elaborado por los doctores Aliaga, Blanco, Martínez y Morán se sanciona el Código en diciembre de 1895, entrando en vigencia a partir del año siguiente. Si bien mereció elogios, desde la perspectiva actual nos cuesta comprender los motivos

de los mismos, ya que se trataba de un cuerpo legal que poco avanzaba sobre el federal y que presentaba como única novedad significativa la méritación instructoria hecha por el propio juez de instrucción a través del auto de procesamiento. Escriturismo, carácter netamente inquisitivo, régimen de pruebas legales y predominio instructorio, fueron sus características determinantes.

Es de señalar que el propio Poder Judicial (Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de la provincia del 29 de marzo de 1966) advirtió el atraso del texto respecto de las legislaciones más adelantadas y del estado doctrinario sobre la materia, instando a los poderes correspondientes a acometer una “reforma de fondo” que atendiera a las pautas definidas en el proyecto de código tipo elaborado por los doctores Clariá Olmedo, Torres Bas y Ricardo Levene que postulaban el sistema mixto<sup>30</sup>.

En 1967, el Poder Ejecutivo impulsó la reforma y luego del fracaso de distintas comisiones que no arribaron a resultados definitivos, se contrató al doctor Jaime Prats Cardona para que preparase un anteproyecto, el que fue analizado y discutido, disponiéndose finalmente que la Subsecretaría de Justicia redactara el proyecto definitivo, ya que a la fecha no existía Poder Legislativo bajo el régimen de la denominada Revolución Argentina del general Onganía. En el citado proyecto, intervinieron los doctores Roberto Büsser, Carlos Creus, Norberto Iturralde y Dante Vella. Luego de diferentes alternativas, se arribó a la sanción de la ley 6740 sancionada en octubre de 1970.

El código regula un procedimiento escriturista, con opción de plenario oral para delitos graves. Suprime la figura del querrelante en los delitos de acción pública e introduce las partes civiles. La actividad investigativa se confía a un juez de instrucción, que puede iniciar de oficio las actuaciones. Las pruebas

<sup>30</sup> BÜSSER, Roberto; CREUS, Carlos; ITURRALDE, Norberto y VELLA, Dante, *Comentario al Código Procesal Penal de Santa Fe*, Colmegna, Santa Fe, 1972, t. I, p. 10.

reunidas durante esta etapa son idóneas para fundar la decisión, confiada a un juez de sentencia. El pronunciamiento definitivo es apelable, regulándose un procedimiento ordinario de segunda instancia.

Por ley 8774, se introducen modificaciones parciales. En lo que toca al juicio, comienza con la llegada de los autos al juzgado correspondiente, ya que la requisitoria fiscal de elevación se ha producido, a semejanza de los códigos que disciplinan el plenario oral, en la etapa intermedia. En este aspecto, la regulación guarda semejanzas con la sistemática oral, ya que al final del juicio y luego de un período probatorio, las partes formulan las conclusiones. La sentencia es dictada por un juez unipersonal, siendo apelable.

Es de destacar lo curioso de las características de un sistema de enjuiciamiento que bajo la apariencia de una relativa modernización responde a las más antiguas fuentes de los ordenamientos procesales penales del país. Porque manteniendo como etapa probatoria preponderante la de la instrucción formal (la única de verdadera actividad), iniciable de oficio, disciplina el juicio de manera semejante al desarrollo de los códigos mixtos, pero tan sólo en forma aparente y retórica, ya que en ese momento, por regla, no hay introducción de prueba y, si ésta existe, no modifica lo ya acreditado. La división de los escritos en requisitoria de elevación a juicio y conclusiones por parte del fiscal y defensa y respuesta a las conclusiones por el defensor carece de todo sentido y utilidad, demorando inútilmente una tramitación de por sí farragosa y morosa.

Este sistema se define por la ausencia de todo protagonismo de los realmente involucrados, por el más alto grado de burocratización conocido, por la delegación de funciones y por la más completa mediación probatoria.

Algunas reformas introducidas en el sistema excarcelatorio (ley 9181) no han variado la estructura general.

## 8. El proyecto de Santa Fe de 1993

Las tendencias progresistas a que se ha hecho referencia al considerar los intentos modificatorios del doctor Maier y los Códigos de Córdoba y Tucumán, confluyeron y dieron sentido al trabajo elaborado como base de un nuevo Código Procesal Penal santafesino<sup>31</sup>.

Se dice en la Exposición de Motivos que las ideas básicas desde las que se partió fueron un claro diagnóstico crítico de la legislación y práctica vigentes, el apego y ahondamiento en el paradigma constitucional y la conciencia de circunstancias materiales que obligaban a buscar elaboraciones simples y de mínimo costo.

Respecto de lo primero, no está de más recordar algo que ya ha sido considerado a lo largo de estas páginas, pero que resulta de extrema importancia tener cabalmente en claro para poder comprender el énfasis de los diferentes intentos reformistas producidos en los últimos años. Porque como se señala en el texto introductorio analizado, resultaba evidente para el más desapasionado observador que el sistema tradicional abundaba en deficiencias estructurales; entre otros muchos defectos, el procedimiento escrito o de registros (que perduró en Santa Fe cuando casi todos los otros Estados provinciales lo habían a tiempo abandonado) conduce inevitablemente a la burocratización y, como consecuencia natural, a la delegación; de tal manera, la garantía constitucional de judicialidad se diluye en

<sup>31</sup> Por ley provincial 10.545 se crea la Comisión Bicameral para la Reforma de la Legislación Procesal Penal santafesina. Se integró con miembros de todos los bloques parlamentarios y fue presidida por el senador Raúl J. Gramajo y el diputado Angel E. Baltuzzi. El cuerpo encomienda a una comisión técnica formada por los Dres. Víctor Corvalán, Julio de Olazábal, Ramón T. Ríos y Jorge Vázquez Rossi la redacción del anteproyecto, el que es presentado en marzo de 1993. Sometido a la más amplia discusión y análisis público, se le introducen algunas correcciones. En el desarrollo del plan de reforma de la justicia penal santafesina, el Código deberá ser complementado con modificaciones en la Ley Orgánica y el Código de Faltas.

el ritualismo administrativista dentro del cual la figura del juez aparece como la de un jefe de despacho y la mayor parte de las tareas son ejecutadas por empleados con mayor o menor conocimiento y dedicación. La opinión pública y los propios involucrados carecen de todo contacto real con las causas, fallando finalmente sobre expedientes y no sobre personas y hechos. Por lo demás, la propia discontinuidad del trámite es generadora de demoras, lo que se agrava por un complejo régimen recursivo.

A lo indicado, debemos agregar una organización judicial de índole y conformación feudal, lo que, sumado a la distribución de tareas por turnos, implica un notorio desaprovechamiento de esfuerzos y recursos.

Los resultados prácticos de tal modalidad realizativa saltan a la vista: burocratización, ausencia de publicidad republicana, divorcio entre comunidad y servicio de justicia, incapacidad resolutive de conflictos y morosidad extrema. De la misma forma, como en su momento fue puntualizado con respecto al viejo Código Federal, el sistema parece eficaz tan sólo para aquellos hechos de fácil investigación y mínima relevancia social y, por lo contrario, ineficaz para lo complejo e importante.

Por lo dicho y por muchos otros elementos, la idea de la necesidad de afrontar la tantas veces postergada modificación, fue cobrando fuerza. Así se sancionó la ley 10.545, creando una comisión bicameral para la reforma de la legislación procesal penal santafesina, lo que también fue impulsado desde el Poder Ejecutivo provincial. Finalmente se encomendó la tarea a una comisión técnica que presentó en 1993 un anteproyecto, el que fue objeto de la más amplia difusión y debate.

El trabajo concreta una estructura orientada a la mayor simplicidad posible; consta de 438 artículos distribuidos en seis libros: I. Disposiciones generales; II. Actividad procesal; III. Investigación penal preparatoria; IV. Juicios y procedimientos especiales; V. Recursos, y VI. Ejecución. Los precede una Ex-

posición de Motivos en la que se explicita la línea ideológica y las características que dan sentido a lo proyectado.

El proyecto se inicia con lo que, siguiendo acertada terminología, denomina “normas fundamentales”, es decir, los principios y garantías básicas de directa derivación constitucional: judicialidad, juzgamiento por jueces naturales, estado de inocencia de la persona imputada, prohibición de múltiple persecución, *in dubio pro reo*, inviolabilidad de la defensa (derecho a ser oído, asesoramiento técnico, ofrecimiento y control de prueba, alegación e impugnación), derecho y protección de quien se presenta como víctima, restricción de la privación cautelar de libertad en los límites estrictos e indispensables para los fines del proceso, facultad de las partes para convenir y acordar trámites abreviados o simplificados y criterio limitativo en la interpretación de normas que regulan derechos individuales.

De lo antedicho se desprende ya que el diseño tiende a potenciar la función, papel y actividad de las partes, introduciendo como sujeto particularizado a quien ha sufrido directa y personalmente los efectos del hecho ilícito penal.

La acción penal pública y su consecuente ejercicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 del Código Penal, se encomienda oficiosa y oficialmente al Ministerio Público; a sus miembros compete la dirección de la policía en función judicial y la responsabilidad de actuar lo necesario para el logro investigativo que dé, en su caso, fundamento a la acusación pública.

Claro está que así como se ha potenciado a los sujetos de la acusación (se prevé también la figura del querellante adhesivo), se ha prestado escrupulosa atención a la operatividad de la defensa. Desde el momento en que se concreta hacia un sujeto determinado la investigación, se formalizará el acta de imputación, con cabal conocimiento de las circunstancias de la atribución delictiva e inexcusable presencia del defensor técnico, para quien nunca rige la eventual incomunicación y que debe asistir a toda diligencia definitiva e irreproducible.

Ante el tribunal de la etapa investigativa, el fiscal deberá solicitar, si cuenta con elementos para tal petición, la prisión preventiva, las medidas cautelares reales, el allanamiento de morada, la intercepción de correspondencia y/o intervención de comunicaciones. Así mismo, este órgano jurisdiccional resolverá sumariamente sobre controversias partivas y analizará la procedencia de la acusación a través de una breve y sencilla etapa intermedia.

De ser admitida la pieza acusatoria, se abrirá la del juicio, entendida como la fundamental y decisoria, y en cuyo transcurso, de manera actuada, pública, continua, concentrada y con inmediatez, las partes harán valer sus razones y acreditaciones.

El importante capítulo sobre la prueba es regulado por el proyecto dentro de la parte general; el trabajo consagra el principio de libertad probatoria, pero siempre en relación al objeto procesal y acorde con los parámetros constitucionales garantizados, ya que la prueba producida marginando alguna garantía deviene excluible. Así mismo, el tribunal carece de iniciativa probatoria, la que es confiada exclusivamente a las partes.

La materia recursiva también registra cambios de relevancia, toda vez que se ha suprimido el tradicional recurso de apelación, que se entendía como propio del régimen de registros y de una organización judicial vertical. En su lugar, lógicamente centrado de modo exclusivo en cuestiones de interpretación y aplicación de la normativa jurídica sustantiva o realizativa, se estructuró el recurso de casación el que, por otra parte, parece el natural para el control de decisiones de tribunales colegiados.

Como ocurrirá con toda modificación integral del modo de administrar justicia, el funcionamiento del tipo de modelos que se ha reseñado exige cambios profundos que no sólo refieren al apartado tribunalicio sino a la mentalidad de los operadores, con frecuencia apegados a los viejos hábitos. De todas formas, el esquema considerado ha ido abriéndose paso y es de esperar su próxima condición de procedimiento ordinario mayoritario.

## 9. Visión general

La evolución que hemos reseñado en la legislación procesal penal argentina, puede sintetizarse en la permanente tensión entre el no cumplido mandato constitucional que postula un enjuiciamiento acusatorio, y las fuertes tendencias inquisitivas que perduran desde nuestro pasado colonial y que tanto tienen que ver con prácticas autoritarias.

En tal sentido y más allá de las lógicas particularidades de cada región, puede hablarse, a grandes rasgos, de líneas evolutivas similares en toda Latinoamérica, por completo diferentes a las que caracterizan el enjuiciamiento anglosajón.

España y Portugal trasplantaron a América no sólo su legislación absolutista inquisitiva, sino prácticas judiciales divorciadas de la publicidad republicana y de cualquier forma de control popular, generando una brecha difícil de trasponer entre el aparato de justicia y la ciudadanía.

Al mismo tiempo y como ya lo señalamos, los procedimientos inquisitivos y formales fomentaron tanto la excesiva discrecionalidad investigativa como la delegación burocrática, convirtieron el anticipo punitivo en regla a través de la prisión preventiva y el generalizado fenómeno del "preso sin condena"<sup>32</sup>, dilataron considerablemente las tramitaciones y alejaron a los protagonistas reales de toda participación.

Como es lógico, este sistema desembocó en un estado que ha sido certeramente calificado como en estado crítico, cuando no directamente de colapso, generando un generalizado descontento. Esto explica la creciente importancia de un pensamiento cuestionador hacia el enjuiciamiento penal latinoamericano y los vigorosos programas y propuestas de reformas que, afortunadamente, en algunos casos fueron recogidos por el poder político, especialmente en momentos de consolidación democrática.

<sup>32</sup> CARRANZA; MORA; HOUED y ZAFFARONI, ob. cit.

Al respecto, es bueno tener en cuenta la estrecha relación que se advierte en la historia latinoamericana entre sistemas políticos y judiciales, ya que en muchos más casos que los deseables, el aparato penal se puso al servicio del mantenimiento de las diferentes dictaduras que asolaron el continente, sirviendo más para la persecución de todo aquel que se opusiese a los regímenes imperantes.

De todas formas, cuando se arribó a momentos de recuperación institucional, las tendencias reformistas lograron algunos triunfos, pudiendo advertirse algunos avances que, por lo general, han seguido las líneas marcadas por la doctrina argentina, siendo destacables también algunos aportes del procesalismo brasileño, mexicano, colombiano y venezolano<sup>33</sup>.

A fines del siglo puede pensarse que si bien han habido progresos valiosos, es aún mucho lo que resta por consolidar y por mejorar, siendo ésta una tarea que compromete a los hombres de Derecho democráticos.

<sup>33</sup> Respecto de la legislación procesal penal del Brasil: TOURINHO (filho), *ob. cit.*, t. I.

Por su parte, João Marcello en su comunicación al Coloquio Preparatorio del XV Congreso Internacional de Derecho Penal, Toledo, 1992, reseña que ya la Constitución Imperial de 1822 contenía disposiciones limitativas "a la bárbara normativa procesal de Portugal" del *Libro terrible*, de Felipe I en 1603. El primer Código Procesal Penal del nuevo Estado data de 1832 y consagra un sistema mixto, con intervención de jurados para el juicio. La reforma constitucional de 1891, influida por el constitucionalismo norteamericano, establece el federalismo, donde cada Estado, a semejanza de la Argentina, dicta su propio código. En 1934 se retorna al sistema procesal unitario, sancionándose en 1941 el Digesto de la materia para todo el país, vigente, con modificaciones, hasta el presente. La Constitución de 1988 avanza en la regulación de aspectos garantistas.

Para un panorama de la situación latinoamericana, ver: BINDER, *Perspectivas de la reforma...* *cit.*; Autores varios, *Memoria de la Conferencia Iberoamericana sobre reforma de la justicia penal*, San Salvador, 1991; CHACON CORADO, Mauro, *El enjuiciamiento penal guatemalteco*, Guatemala, 1991.

## CAPITULO V

### LOS SISTEMAS PROCESALES

#### 1. Consideraciones introductorias

A lo largo de los dos capítulos anteriores, tratamos repetidas veces de los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixtos, utilizando tales palabras para caracterizar determinadas concreciones históricas del enjuiciamiento penal. En el presente punto, dando por adquirida una noción sobre el desarrollo en el tiempo y en las principales culturas de los métodos de averiguación y juzgamiento de las infracciones penales, se trata de delimitar la idea de sistema procesal, definir sus notas de mayor importancia y establecer con claridad las diferencias que los distinguen.

La indicada caracterización tiene, a la vez, un valor teórico y práctico; lo primero, porque permite trazar el contorno y contenido de una noción general, una categoría que comprenda adecuadamente fenómenos históricos y, sobre tal base, reunir aspectos particulares dentro de una globalidad estructural. Y lo segundo, porque de la claridad conceptual extraemos parámetros para entender la lógica inherente de las formas de enjuiciamiento, advertir las soluciones a problemas puntuales y analizar críticamente, evitando incurrir en incoherencias, las legislaciones positivas.

En el sentido antedicho, reuniendo los dos aspectos que mutuamente se suponen, las consideraciones de la historia del Derecho Procesal Penal cobran una nueva riqueza. No se trata de acumular datos en una yuxtaposición de textos que han tenido vigencia a lo largo del tiempo y de los pueblos, sino de trazar líneas vertebrales que aporten elementos para una comprensión organizada, científicamente fundada, del fenómeno estudiado.

De tal manera, partiendo de los datos historiográficos, se procura hallar la coherencia interna que disciplinó tal o cual procedimiento, la lógica que dotó de sentido a las instituciones fundamentales y su significación dentro de la sociedad en que funcionó.

Pero lo dicho no es sólo útil en esta perspectiva general, sino que sirve también para análisis puntuales, para reconstrucciones sistemáticas y problemáticas y para la mejor fundamentación de las opciones de reformas, amén de la interpretación dogmática de los textos legales vigentes.

De ahí que no resulte exagerado ni excesivo postular que en orden a la consideración de los sistemas procesales es dable ubicar la entera aproximación a la disciplina procesal penal, ya que cuestiones tales como la organización de los poderes realizativos, el papel de los sujetos, los ámbitos de libertad y constreñimientos, la acreditación de la verdad y las relaciones políticas de una sociedad, tendrán no sólo cabida, sino inexcusable tratamiento.

La palabra "sistema" ha sido empleada en este trabajo en diferentes oportunidades y contextos y es sabido que la misma se utiliza con referencia a muy diferentes cuestiones. Sin embargo, en todos los casos, se trata de una referencia a un conjunto más o menos estructurado dentro del cual se dan relaciones recíprocas entre los elementos constitutivos, preponderantemente reunidos en orden a la función general común. Así, hemos hablado de "sistema penal" para considerar el cuerpo

de preceptos e instituciones que regulan las funciones del poder punitivo del Estado, dentro del cual aparece en un papel destacado lo atinente a la realización.

Precisamente, en relación a esto último, se presentan históricamente métodos particulares, con características comunes reconocibles, que permiten definir lo que ha sido denominado como “sistemas procesales”. Por tales se entiende el conjunto de disposiciones y de maneras operativas, empleadas dentro de una sociedad para resolver (averiguar y decidir) un conflicto de índole penal. La idea alude a un “método” que disciplina la instancia inicial y su desarrollo, la contradicción, la acreditación, las impugnaciones y el pronunciamiento.

Briseño Sierra ha señalado que lo fundamental y característico del Derecho Procesal es “el dinamismo de las reglas” que encauzan los comportamientos de los sujetos “organizados como tribunales” y de aquellos “autorizados para instar”, lo que conduce a la idea de que, en el tema, nos encontramos ante “conceptos básicos”, cuales son los de “conflicto jurídico, partes, juzgador, instancias, proveimientos y consecutividad”<sup>1</sup>. La forma de organizar estos elementos y la relevancia que se acuerda a cada uno dentro del conjunto, permite establecer la noción genérica de “sistema” y consecuentemente, distinguir con claridad cada uno de ellos.

Dentro de la doctrina procesal penal argentina quien otorgó especial relevancia al tema fue Vélez Mariconde. Da comienzo a su obra afirmando la necesidad de la comprensión histórica de las instituciones fundamentales para poder trazar líneas de política procesal y advertir la “íntima conexión que existe entre el Derecho político y el proceso penal”<sup>2</sup>. Precisamente, la configuración política de las sociedades hace que se otorgue predominio a intereses públicos o privados, marcando esto opciones

<sup>1</sup> BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Cárdenas, México, 1969, t. II, p. 26.

<sup>2</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit., t. I.

en la organización del enjuiciamiento. Sobre tal base es que emprende el estudio, derivado de la finalidad práctica de poder contribuir al cambio de la legislación vigente en su tiempo. Pero es de evidencia que ese propósito y metodología, como se dijo párrafos atrás, continúa teniendo plenitud de sentido en la actualidad.

Vélez, para caracterizar lo que estudiamos, habla indistintamente de “sistemas” o de “régímenes” procesales, aludiendo a los “tipos abstractos” o categorías que nos sirven para delimitar los fenómenos históricos.

Dentro de la teoría del proceso y atendiendo preferentemente a las ideas vertebrales que confluyen a configurar las nociones basales, se ha señalado que el concepto mismo de proceso es consustancial al de sistema, ya que el fenómeno procesal se presenta como “un conjunto ordenado, integral y total”<sup>3</sup>, en el que los elementos y relaciones se disponen orgánicamente. De la misma manera, se ha hablado de los sistemas procesales en relación al “impulso procesal”, es decir, con el acto idóneo para poner en movimiento la secuencia o desarrollo que conducirá a la decisión final; a un sistema de libre disposición en el que las partes instan, se lo denomina “dispositivo” y, por el contrario, a aquel en el que el propio tribunal actúa por sí y de oficio, se lo conoce como inquisitivo<sup>4</sup>.

Con lo hasta ahora expuesto, podemos tener en claro que la idea de sistema procesal refiere de manera doble a la característica de conjunto ordenado inherente al concepto de proceso y a los diferentes métodos o formas en que ese conjunto se dispone, componiendo una suerte de modelo organizativo.

Así, la noción de sistema procesal es semejante a la de “estilo” elaborada en los estudios de estética y de historia del arte. Es

<sup>3</sup> BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 100.

<sup>4</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, ps. 55 y 61.

una categoría que permite determinar direcciones comunes. Como define Hauser, “el estilo es la unidad ideal de una totalidad compuesta de toda una serie de elementos concretos y dispares”<sup>5</sup>, que logra establecer notas comunes para el reconocimiento de los fenómenos concretos. Sin la idea englobante de sistema procesal, tendríamos tan sólo una sucesión de leyes y procedimientos, un catálogo meramente cronológico de códigos legales o consuetudinarios, cuyo sentido cultural e inserción histórica devendría inaprensible.

La categoría de sistema procesal lleva a establecer conceptualmente la existencia de un número de rasgos determinantes, que si bien son extraídos empíricamente de modos históricos de enjuiciamiento, se convierten en una reconstrucción conceptual, en una elaboración o paradigma teórico que, a su vez, constituye una herramienta para interpretar y valorar los métodos reales. En definitiva, el sistema procesal es una estructura que delimita el curso de la secuencia o dinámica de actos, y que define las relaciones de poder entre los sujetos que le dan vida.

Puesto en claro esto, podemos avanzar en la analítica de los dos sistemas procesales que, de modo antagónico, se reconocen como prototipos. En tal aspecto, en torno a las características determinantes de cada uno, puede englobarse la entera materia procesal, ya que cada uno de sus elementos constitutivos implica soluciones determinadas al enjuiciamiento penal.

## 2. El sistema acusatorio

Se distingue por la neta diferenciación de la función referente respecto de la decisoria; igualmente, porque la interposición y contenido de la acción, es la que determina el ámbito de la jurisdicción, la que carece de iniciativa y no puede actuar de oficio. Acusador y acusado se encuentran situados en un

<sup>5</sup> HAUSER, Arnold, *Introducción a la historia del arte*, trad. de F. González Vicén, Guadarrama, Madrid, 1961, p. 276.

pie de igualdad, enfrentados a través de un contradictorio en cuyo transcurso aportarán sus postulaciones, acreditaciones y alegaciones, de manera pública y actuada, frente a un tribunal que se sitúa como un tercero imparcial e impartivo y que expresará su decisión conforme al convencimiento alcanzado en las deliberaciones.

Según ya ha sido indicado en el capítulo pertinente, el sistema acusatorio se perfila con nitidez en la democracia ateniense, pasando a Roma, donde en la época de la República alcanza un considerable desarrollo. Con características propias, define los procedimientos germanos (acusatorio privado) y la evolución del Derecho anglosajón.

Desde un punto de vista histórico, es advertible que surge en organizaciones políticas que han superado (o no han llegado) a regímenes de concentración de poder: tanto en Grecia como en Roma, el sistema acusatorio se relaciona íntimamente con la democracia y la República, sucediendo a la monarquía y, en el caso de los germanos, en sociedades de fuerte individualismo. Modernamente, la cuestión es aún más clara, ya que las tendencias y oscilaciones hacia conformaciones acusatorias o inquisitivas se encontraron estrechamente vinculadas a las operadas en la correlativa estructuración política liberal o autoritaria.

Igualmente, es posible señalar que la propia dinámica procesal del método acusatorio, guarda más estrecha vinculación con un Derecho Penal de acto que con uno de autor, ya que, por lo general, la atribución se ciñe a un acontecimiento, a un hecho que se imputa y sobre el que se postula, acredita y alega, en una discusión sobre el mismo. De tal forma, esto lleva a entender lo acontecido como un resultado disvalioso, cuando no directamente dañoso.

Como otra característica general a tener en cuenta, el proceso acusatorio implica formas de participación y control po-

pular acentuadas y aparatos de justicia más fluidos y menos rígidos que los que encontramos en la inquisición.

A los efectos de una más clara comprensión, atendamos a cada uno de los elementos configurantes:

## A) *Acción*

La relevancia de la acción en el sistema acusatorio es uno de los rasgos distintivos. El proceso se inicia y desarrolla a través de la acción, que se presenta como el principal poder realizativo, manifestado por actos de impulso y desenvolvimiento procedimental, que, a su vez, limita la decisión jurisdiccional a la petición.

Esta potestad de acción se confunde, por su específico contenido, con la acusación que, al ser la base y comienzo del enjuiciamiento y tener tanta importancia, da nombre al sistema.

Esta facultad de instar y la inexistencia de un órgano oficial predeterminado para averiguar y perseguir penalmente, hace que en los procedimientos acusatorios puros no exista la denuncia ni una etapa preparatoria investigativa previa, siendo la acusación el medio idóneo para alcanzar la iniciación y desarrollo del proceso.

La acusación es la acción con un contenido de pretensión punitiva, dirigida de manera concreta hacia el accionado o acusado, estableciéndose de tal manera una relación procesal entre ambos. A la acción corresponde de manera lógica la contra acción o defensa, generándose de tal manera el contradictorio.

Respecto de la titularidad para el ejercicio, la acción puede ser:

### a) *Popular*

Para interponer la acusación se encuentra habilitado cualquier ciudadano, en la medida en que se entiende el delito como hecho público que atenta contra las bases de la convivencia, interesa y concierne a todos. En tal aspecto, cada inte-

grante de la comunidad es una suerte de fiscal, habilitado para instar un proceso en contra de quien entiende que ha infringido las leyes del cuerpo social.

Esta es la manifestación por excelencia del sistema acusatorio y es evidente que implica un fuerte contenido de participación ciudadana en la administración de justicia y un eficaz control popular sobre la cosa pública. Históricamente, funcionó en sociedades relativamente pequeñas y con una organización política de democracia participativa.

A los efectos de evitar abusos, el acusador quedaba sujeto a responsabilidades si su acción resultaba temeraria o calumniosa.

## b) *Privada*

Cuya titularidad corresponde de manera exclusiva a quien ha sido víctima u ofendido por un delito que, por sus características, sólo ofrece aspectos particulares y atañe a los directamente involucrados.

La distinción entre acciones públicas y privadas la encontramos ya inicialmente esbozada en el Derecho griego y Romano, pero cabe considerar como un aspecto especialmente relevante para caracterizar al sistema acusatorio que en él no se da la existencia de órganos predeterminados, con carácter de autoridad estatal y extraños al conflicto, encargados de llevar adelante la persecución penal, que es uno de los rasgos expiatorios del conflicto inherentes a la inquisición.

En el sistema acusatorio se advierte la nota de pertenencia de la cuestión penal a los directamente involucrados, quienes tienen medios directos y operativos de actuación. Y esto tanto a través de la acción popular, que lleva la idea de control e intervención ciudadana a sus máximas expresiones, como en la acción privada donde surge nítido que interviene aquel a quien de modo directo concierne el conflicto.

Tocaría analizar si en puridad puede hablarse de sistema acusatorio cuando el ejercicio de la acción corresponde a un

representante de un cuerpo o colegio que, a su vez, representa la voluntad estatal de castigar. En puridad, pareciera que la respuesta al interrogante es negativa, pero no puede desconocerse que históricamente han existido y existen métodos de enjuiciamiento que manteniendo la mecánica acusatoria confían la instancia a instituciones específica y oficialmente habilitadas para ello, lo que implica la configuración de lo que se denomina como:

### c) *Acción pública*

Cuyos orígenes se relacionan más con la inquisición que con el método acusatorio. Sin embargo, en la actual configuración del sistema penal estatal, eminentemente público, puede concebirse una acción de estas características en una mecánica acusatoria que distinga con nitidez la función requirente de la decisoria, separando funcional y estructuralmente ambas. Igualmente, como acontece dentro del Derecho anglosajón, una fiscalía que se entienda como representativa de los intereses comunitarios y que incluso se legitime por la elección popular, puede adquirir un sentido semejante al que la definió en la pureza del sistema.

### B) *Jurisdicción*

La función de resolver el caso dentro del método acusatorio aparece como neta y claramente separada de todo lo atinente a la persecución, investigación y acreditación del mismo. Desde un punto de vista de teoría procesal, el sistema acusatorio se define y caracteriza por la firme diferenciación de los poderes de acción y de jurisdicción, conformando una especial relación procesal de horizontalidad contradictoria entre actor y accionado y de verticalidad con el órgano jurisdiccional. Quien decide, es un tercero por completo distinto del primero y segundo, independiente de éstos.

Precisamente, por ser un extraño al conflicto, deberá tomar su decisión conforme a las versiones, acreditaciones y alegaciones que le proporcionen las partes; así, mientras éstas desarrollan un papel

notoriamente activo, el órgano jurisdiccional mantiene una actitud pasiva, asistiendo a los debates y convirtiéndose en testigo presencial del curso procesal. Esto confiere una particular dinámica a la relación protagónica de los involucrados y un distanciamiento de quien es espectador privilegiado del drama judicial.

Las partes –verdaderos actores– deberán argumentar, probar y convencer a los jueces, quienes reciben las versiones que les son proporcionadas.

El tipo de relación antedicha implica que los juzgadores no concurren con un preconcepto o versión derivada de su propia investigación o de un diseñado previamente establecido. La materia sobre la que se expedirán surgirá, como conocimiento, de lo que perciban, de modo directo o inmediato, en la audiencia. Esto tiene derivaciones sobre la iniciativa probatoria, la incorporación por los medios y la valoración, todo lo cual contribuye a caracterizar el sistema acusatorio.

Así mismo, la circunstancia de los netos y definidos perfiles que revisten los poderes procesales, hace que la acusación –motor del proceso– resulte subordinada, en su formalidad y seriedad, a la jurisdicción, que examinará la procedencia de la misma y, finalmente, los méritos que asistan a las pretensiones introducidas. Las facultades de la acción necesitan no sólo de la contradicción de la defensa, sino del control del órgano jurisdiccional que pueda impedir demasías o ligerezas, limitando desgastes inútiles y gravosos.

Pero el punto de mayor interés y relevancia en orden a las características del sistema acusatorio en relación a la jurisdicción, está dado por lo que podríamos entender como contexto y significación política del poder decisorio. Y el mismo es el referido a la intervención popular dentro del órgano que dicta la resolución. En las manifestaciones clásicas, el tribunal estaba compuesto por ciudadanos que, en número diferente según el tipo de causas y las organizaciones históricas, se pronunciaban sobre el caso.

Así como la acción en su manifestación popular era una facultad de cualquier ciudadano, la jurisdicción era una manifestación de democracia directa a través de un conjunto de ciudadanos que decidían la cuestión. El poder de juzgar, como enfáticamente lo declara la Carta inglesa de 1215, era el de los “pares” o iguales del acusado, idea que se reafirma en los textos norteamericanos cuando hablan de los jurados compuestos por “vecinos” del lugar de los hechos y que, a su vez, remite al antecedente de venerable antigüedad de los tribunales de los “Heliastas” atenienses<sup>6</sup>.

Es decir que, la idea que anida en el seno del sistema acusatorio en su mayor pureza, es la de que el pueblo, de manera directa o a través de algunos de sus miembros, juzga a un integrante de la comunidad, a quien se le atribuye haber quebrantado algunas de las leyes que hacen posible la convivencia. La justicia es asunto de todos y a todos concierne, no siendo delegable.

De acuerdo con lo señalado, la jurisdicción en el proceso acusatorio aparece como el órgano decisorio que se pronuncia sobre una cuestión sometida a su consideración y valoración por las partes; no interviene en la investigación y se limita al conocimiento de lo que sucede durante la audiencia, que puede ser dirigida y encuadrada por un técnico. Por regla, el órgano es de índole colegiada y representativo o directamente conformado por la comunidad.

### C) Defensa

La propia dinámica de la relación procesal señalada entre acción y jurisdicción, es decir, entre el legitimado para abrir una causa y proponer los elementos acreditantes en función de una determinada decisión, y los llamados a fallar la cuestión,

<sup>6</sup> PLUTARCO, *Vidas paralelas*, “Solón”, cit. por Vélez Mariconde, t. I, p. 27: “Solón acordó a todos los ciudadanos el derecho de acusar para que se acostumbraran a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo”.

conduce a la necesidad de un contradictorio. Porque quien afirma una tesis y pide una decisión conforme a la misma, dirige su pretensión en contra de alguien. Es decir, “proyecta”<sup>7</sup> la acción hacia el accionado, que queda involucrado en la relación y así legitimado para “contra accionar”. La tesis genera una antítesis.

No he encontrado mejor caracterización aclarativa de la situación en análisis que la que proporciona el semiólogo Tzvetan Todorov<sup>8</sup>, quien, analizando el arduo tema de la verosimilitud, propone, a modo de relato hipotético, que dos individuos se enfrentan en un conflicto y que, en busca de solución, acuden ante las autoridades presentándoles el caso. Dado que la disputa no se ha desarrollado ante los ojos de los juzgadores, éstos cuentan con las versiones para poder decidir: “Sólo queda un medio: escuchar los relatos de los querellantes”.

La misma lógica de la relación lleva a que para poder pronunciarse, el tercero deba escuchar al primero y segundo. Ambas partes contrapuestas postularán sus posiciones, razonarán sobre ellas y aportarán sus acreditaciones.

Por ende, el acusado se encontrará en un pie de igualdad ante el acusador y tendrá las mismas oportunidades que aquél para intentar inclinar la balanza de la decisión hacia su lado. Es sujeto a todos los efectos, protagonista del encuentro judicial. La decisión jurisdiccional surgirá de ese enfrentamiento y, para que el mismo ocurra, es necesario que los contrincantes puedan contar con similares armas y situaciones.

En la medida en que el acusado es una parte necesaria de la dialéctica procesal, no es objeto de investigación ni se encuentra sometido a otros constreñimientos que aquellos imprescindibles para asegurar su presencia en el debate.

<sup>7</sup> El concepto de acción “como instancia proyectiva” ha sido desarrollado por Briseño Sierra (ob. cit., t. I).

<sup>8</sup> TODOROV, Tzvetan, *Introducción*, en AUTORES VARIOS, *Lo verosímil*, trad. de B. Dorriots, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1968, p. 11.

Al igual que el actor, el accionado podrá postular, acreditar y alegar.

En definitiva: así como la acusación alcanza su máximo perfil en este sistema, también acontece esto con la defensa.

## D) *Principales características externas*

La configuración de los poderes realizativos anteriormente indicados, conduce a que el modelo acusatorio presente, como fenómeno perceptible, determinadas características que contribuyen a individualizarlo. Ellas son:

### a) *Publicidad*

Entendida tanto en lo que respecta al conocimiento sobre lo que acontece y se ventila ante el estrado judicial, como en lo que refiere a la intervención y control popular. Porque el debate en audiencia es, por antonomasia, opuesto a todo secreto y porque la confrontación está abierta a la presencia de quienes concurren. Los argumentos y acreditaciones de las partes se dirigen no sólo a quienes ejercen específicamente la función juzgadora, sino a todos los asistentes que se convierten así en testigos de la regularidad del procedimiento y de la decisión.

Pero sobre todo porque el modelo acusatorio concibe el juicio como un acto de gobierno público, ejercido por la ciudadanía, por un sector de ella o por algunos elegidos como jurados. El poder punitivo se entiende como propio de la ciudadanía que lo ejerce directamente (Derecho ateniense) o bien autoriza al órgano oficial a dictar la pena que corresponda conforme a derecho (jurado norteamericano). Al respecto, se ha observado que en la medida en que en el sistema no hay delegación del poder, “es la comunidad soberana la que se halla en posición de juez”<sup>9</sup>, por lo que la publicidad del acto en su manifestación aparece como derivación manifestativa de esta

<sup>9</sup> COSACOV, Gustavo, *El mito de la no impunidad*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1988, p. 40.

característica fundamental, que ha sido tenida en cuenta de modo especial y advertida en su notoria importancia por la doctrina<sup>10</sup>.

## b) *Contradicción y debate*

Como se explicó, el proceso acusatorio comienza con el acto formal y concreto de la acusación, que es aquel en el cual el actor dirige una imputación concreta y determinada en contra del acusado. Esta atribución implica definir los hechos y el derecho, como así también la responsabilidad que, se postula, tuvo el imputado.

Esta instancia proyectiva se traslada al accionado que, a su vez, está constreñido a responder y facultado para hacerlo. De ambas posiciones contrapuestas surge y se perfila el contradictorio.

Tal contradictorio se concreta en el debate. En la audiencia pública, ante el tribunal y los asistentes, las partes argumentarán, acreditarán y alegarán, en una suerte de tesis y antítesis de la que surgirá, en definitiva, la síntesis del pronunciamiento, aceptando una u otra de las posiciones.

## c) *Oralidad*

Si bien esta característica no resulta esencial, ya que puede darse un proceso acusatorio escrito (y, de hecho, el procedimiento civil ordinario lo es), históricamente ha sido un rasgo definitorio de los procedimientos penales acusatorios, en oposición al escriturismo inquisitivo. Por otra parte, la concentración y actuación del contradictorio, llevan a que el método inherente al debate sea el oral lo que, así mismo, deviene como condición fundamental de una verdadera publicidad y control popular.

<sup>10</sup> Carrara apuntaba sobre la necesidad del juicio y, como antecedente de éste, de la formal acusación; igualmente, el cumplimiento de los requisitos de publicidad "plena de todo el procedimiento" y la paridad de acusador y acusado (CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, trad. de José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1977, t. II, p. 843).

Los procedimientos escritos implican, por su configuración, una mayor reserva y una discontinuidad, amén de llevar a formalizaciones y tecnicismos que generan una insalvable distancia entre los operadores y el pueblo.

También puede pensarse que la oralidad es condición de una auténtica intermediación, de un contacto directo entre el juzgador y los sujetos y materia sometida a decisión, lo que no sólo hace a la introducción y percepción de las acreditaciones, sino a la relación con los mismos protagonistas.

Todo esto explica el énfasis con el cual la doctrina, especialmente propugnando reformas sobre los métodos de la herencia inquisitiva que se concretaban a través del escriturismo de los procedimientos, defendió la oralidad<sup>11</sup>. Es que la misma es expresión cabal de un enjuiciamiento abierto, controlable, público y realmente contradictorio, como todo debate.

Ahora bien: debe advertirse que la realización actuada no es, en sí misma, garantía de acusatoriedad, ya que, como ocurre con algunas regulaciones y prácticas judiciales, puede servir a fines inquisitivos; esto ocurre cuando se otorgan al tribunal facultades de examen e indagación por sobre las partes y donde, de hecho, la audiencia se limita a recoger las pruebas instructorias, desdibujando la contradicción.

#### d) *Concentración*

Todo lo relevante, todo el material sobre el que corresponderá el pronunciamiento jurisdiccional, ocurre en la audiencia de debate; allí y sólo allí, las partes contrapuestas expondrán sus argumentos y arrimarán sus probanzas, ante la atención de los jueces y en acto público.

La actividad anterior realizada por las partes, especialmente por el acusador, tiene un carácter meramente preparatorio.

<sup>11</sup> La oralidad ha encontrado ardientes defensores que la entendieron como requisito de un juicio público y correcto. Así, Baumann (*Derecho Procesal...* cit.) y, entre nosotros, Vélez Mariconde, Levene y Maier.

La audiencia de debate, que debe desarrollarse como un acto único y continuo, sólo interrumpido por las pausas imprescindibles, es el momento que concentra el centro relevante de la secuencia procesal; por oposición, el sistema inquisitivo y la concreción escriturista implican una discontinuidad, una separación de actos.

La concentración en la audiencia de todos los elementos relevantes de la causa tiende a lograr en el órgano de juzgamiento una impresión unitaria, una visión global de todos los componentes del caso, acentuándose así la idea de comprensión de un suceso, que es la materia u objeto de decisión.

### e) *Inmediación*

La oralidad y la concentración conducen a la inmediación, que es una particular relación posicional del órgano de juzgamiento no sólo respecto de la prueba, sino de los protagonistas; esto, por obra de la publicidad, puede también extenderse hacia quienes asisten como espectadores a la audiencia.

El órgano de juzgamiento no está en un despacho controlando expedientes, sino que presencia y observa como testigo privilegiado el suceder del caso. Escucha y mira al acusador y acusado, comprueba las evidencias, oye las respuestas de los testigos y los informes de los peritos y reconstruye el hecho histórico de que se trata de una manera global, a través de lo que percibió en esa audiencia. La relación es directa. De tal modo, los juzgadores se convierten en testigos no del hecho –al que estuvieron ajenos– sino de su postulación y reconstrucción a través del laboreo de las partes; sobre la base que surge de esa concentración dramática del debate, se dictará la resolución.

### f) *Libre convicción*

Las características precedentes llevan a que resulte lógico que la decisión jurisdiccional se tome por el íntimo convencimiento. No hay otras reglas para guiar el pronunciamiento que

las que se desprenden del común sentir y optar de los hombres conforme a la fuerza de convencimiento que producen los argumentos y acreditaciones. Igualmente, en la medida en que en las más puras manifestaciones históricas del sistema acusatorio el cuerpo de juzgamiento se integraba con jurados legos, es de evidencia que el pronunciamiento debía surgir de un convencimiento íntimo no atado a otras reglas preestablecidas que las que se configuran por los modos de conocimiento habituales y por los modos de experiencia referidos al curso normal de los acontecimientos y la conducta humana. Así mismo, se atendía principalmente a los hechos, al suceso, más que a encuadres normativos, aunque ambos aspectos se encuentran, como es sabido, íntimamente relacionados.

La intermediación respecto de los protagonistas y sus argumentos y en relación a las pruebas producidas durante la audiencia, eran los únicos elementos que podían válidamente motivar una decisión que se encontrara en relación directa y estrecha con lo acontecido durante el debate al que íntegramente habían asistido los juzgadores.

### *E) La situación del imputado dentro del proceso acusatorio*

Ya ha sido indicado, insistiéndose sobre el tema desde diversos ángulos de abordaje, que dentro del modelo acusatorio el imputado, o sujeto contra el cual se dirige la acusación, está investido de facultades semejantes a las del actor, gozando de una situación de igualdad cuya manifestación por excelencia se da en la contradicción del debate. Esto implica consecuencias de extrema importancia, las que han sido destacadas por la doctrina liberal que veía con razón en la sistemática acusatoria el cumplimiento de garantías verdaderamente operativas de la libertad y derechos individuales y de firme coto a los desbordes autoritarios. Dada la importancia de la cuestión, es conveniente dedicarle un punto particular y delimitar con la mayor claridad las características pertinentes.

La circunstancia de que el proceso comience con la acusación formal implica la ausencia de investigación previa; esto, de hecho, permite afirmar que no existe persecución penal propiamente dicha, ya que en las manifestaciones clásicas, a través de la acción popular y de la privada, hacen que sea el particular interesado quien aporte los elementos fundantes de su pretensión, los que no son buscados por un organismo oficial preestablecido a los efectos. Al mismo tiempo, las previsiones de responsabilidad para quien incurriese en acusaciones deliberadamente falsas o temerarias, era un eficaz disuasivo para evitar ligerezas y calumnias.

La señalada ausencia de instrucción conlleva la falta de conreñimientos al imputado antes del juicio; los únicos gravámenes que el acusado puede legítimamente soportar son aquellos destinados a que no rehuya la causa, limitándose al aseguramiento de su presencia en el debate.

Coherente con lo expresado, la acusación destierra todo secreto, ya que tiene carácter público y permite al accionado conocer desde el inicio lo que se le atribuye y así preparar su defensa. Y en la medida en que es sujeto esencial de la relación procesal y parte necesaria, está legitimado para presentar sus razones y acreditaciones de igual manera que el actor. Esto lo coloca en un pie de igualdad y en un papel tan activo y protagónico como el del acusador.

Medidas como el secreto sobre las pruebas incriminantes, privación cautelar de libertad como regla, incomunicación y presiones para obtener la confesión, resultan contrapuestas a la misma mecánica de los procedimientos derivados del modelo acusatorio.

### **3. El sistema inquisitivo**

Resulta sencillo caracterizar y definir el sistema inquisitivo luego de habernos referido al acusatorio, ya que prácticamente todos sus elementos constitutivos son de signo contrario y opuesto.

En el capítulo anterior atendimos al momento histórico y a los antecedentes que llevan a la delimitación de este modelo de enjuiciamiento, ligado en sus orígenes y desarrollo a una concepción de la autoridad política de índole absolutista, alejada de la participación y control popular y asentada sobre el funcionamiento de entidades institucionales oficiales, dotadas del más amplio poder y frente a las cuales el individuo carecía prácticamente de toda facultad.

De acuerdo con los orígenes y contexto político del sistema, es menester tener claramente en cuenta que el mismo encuentra su lógica explicativa en el fortalecimiento de la autoridad institucionalizada y en la creación de un aparato de defensa de la misma y de averiguación de todo aquello que puede constituir un peligro o una fisura de esa organización del poder. Así, primero en el antecedente imperial romano del procedimiento extraordinario principalmente utilizado para la persecución de crímenes contra la organización y religión del imperio y, siglos más tarde, en la lucha de la Iglesia contra la herejía y los cismas y de la monarquía contra quienes cuestionaban en cualquier forma su autoridad, la inquisición se dirigía fundamentalmente a la averiguación sobre la personalidad y conducta de quienes infringían los preceptos y al castigo de la desobediencia.

Ya señalamos que en esta concepción la idea de delito deja de estar unida a la de daño y aparece como consustancial a la de desacato o incumplimiento de la autoridad y sus mandatos; así mismo –aunque ello surge más bien de modo implícito– más que al castigo de un acto se tiende a la persecución de una forma de ser, de una personalidad (el cristiano para los romanos; el hereje, el réprobo, el cismático, los judíos, los falsos conversos luego). De ahí la necesidad de averiguarlo todo, de hacer un implacable registro de lo más oculto, de lo que está por debajo de las apariencias. Surge así la idea de conseguir, a cualquier costo, la “verdad real”. Por eso el procedimiento es, fundamentalmente, averiguativo; por eso su secreto y su

desconfianza de toda explicación o excusa defensiva. Y para arrancar el velo de las formas que encubren lo auténtico, el uso sistemático de la intimidación (arrestos en medio de la noche, incomunicación rigurosa, ausencia de toda información sobre los motivos de la causa, interminables esperas, amonestaciones de los inquisidores, exhibición de los instrumentos de tortura y, finalmente, la imposición del suplicio) y del dolor, porque la mera sospecha merece ya castigo y también porque el sufrimiento se entiende como una forma expiativa.

Igualmente, la persecución implica la existencia de un aparato oficial destinado a tal fin. La cuestión penal ya no es asunto de particulares: éstos, sean víctimas, testigos o imputados, ninguna incidencia tienen sobre la causa. No se trata de componer, sino de castigar. La voluntad de los involucrados es irrelevante. El conflicto existe sólo entre la autoridad desobedecida, la majestad lesionada, el Estado o la ley no acatada, y quien aparece como autor de la conducta lesiva. La materia penal se caracteriza como una manifestación pública por excelencia.

En el fondo del proceso inquisitivo anida una idea maniquea: el bien, los valores, pertenecen al Estado; el mal está en los individuos que han infringido, de cualquier modo, los mandatos soberanos.

Es notoria la base autoritaria de todo el modelo inquisitivo, cuyos fundamentos o su autojustificación y apelación a la legitimidad, se asientan primero en el origen divino del poder institucional y luego, andando el tiempo y llegándose a una relativa secularidad, en el Estado como un valor en sí mismo, indiscutible y necesario.

Por otra parte, mientras en el proceso acusatorio lo que importaba era la confrontación dialéctica y la idea de verdad se confundía con la verosimilitud resultante de las impresiones, en el inquisitivo interesa la indagación como método de obtención de una realidad cuyo valor no se discute y se obtiene exprimiendo todos los datos posibles.

Y sobre el particular debe advertirse que si bien los antedichos elementos se configuraron en las formulaciones clásicas del modelo, en diversa medida los mismos han persistido en gran parte de las regulaciones procedimentales relativamente recientes, manteniéndose y fortaleciéndose sobre la acción pública y la pena pública.

Es que el modelo inquisitivo dejó huellas indelebles en la evolución procesal y aparece como consustancial con el macro desarrollo de los Estados modernos.

Siguiendo con el mismo método empleado para analizar el modelo acusatorio, distinguiremos las características que definen el modelo inquisitivo.

## A) *Acción y jurisdicción*

Desde un punto de vista procesal, el sistema inquisitivo se caracteriza por la superposición o confusión de la acción y la jurisdicción, al extremo de que resulta difícil una clara diferenciación.

Como presupuesto histórico de lo señalado, debe recordarse que el sistema se esboza, desarrolla e implanta dentro de un proceso de consolidación de la autoridad oficial respecto de los particulares, realizado mediante la actuación de instituciones permanentes en las que se organiza un aparato de poder judicial que regula todo lo atinente a la cuestión punitiva. De tal forma, el relativo espontaneísmo que caracterizaba al acusatorio privado de los pueblos bárbaros, a los juicios de Dios de los germanos, a las asambleas forales visigodas y a la justicia inmediata de los señores feudales, se transforma en la compleja y completa organización de los tribunales inquisitivos.

En consecuencia, la centralización funcional del poder en la persona del monarca repercutió en la centralización de su aparato de justicia, identificando en un mismo órgano estable la persecución y el juzgamiento. Surge así la principal característica del sistema: *la persecución penal pública* que es ejercida

por el inquisidor que es, a la vez, meritador de sus propios actos, parte actora y juez. Es él quien decide cómo y cuándo iniciar la causa, de qué manera encuadrarla, de qué medios averiguativos valerse y qué valor atribuirle. Persecución y juzgamiento son una sola y misma cosa.

El poder de acción que dentro del sistema acusatorio aparecía nítidamente perfilado y que a través de la acusación popular o privada ponía en movimiento el contradictorio, se desdibuja por completo, confundándose con el acto jurisdiccional; éste, por otra parte, no se manifiesta ya en el pronunciamiento decisorio conclusivo, sino que tiene múltiples expresiones parciales sobre el mérito de lo investigado, de lo que son notorios resabios los autos de mérito instructorio de procesamiento y prisión preventiva, vigentes dentro de las regulaciones de instrucción formal.

Así mismo, ante la desaparición de la acción popular y privada, aparece la *denuncia*, como instituto típico del sistema inquisitivo, ya que se trata de una información que se transmite a la autoridad; esta transmisión de conocimiento, que puede ser anónima y, de hecho, una delación, es lo opuesto de la acusación e implica, por un lado, la completa limitación procesal del denunciante y, por el otro, la existencia de un poder que monopoliza la persecución y que se valdrá de lo informado como lo considere conveniente. La única legitimación del individuo es la de hacer llegar datos; luego, su voluntad, carece de relevancia: podrá, eventualmente, ser citado como testigo, pero no tendrá legitimación de ningún tipo para intervenir en el curso de los procedimientos, ni podrá revocar lo inicialmente hecho.

Así, la denuncia es la contrapartida y la desaparición de la acción acusatoria en sentido estricto.

Quien recibe la información es el mismo tribunal, ese órgano de averiguación y decisión. El juzgamiento es, en sí mismo, persecución. El proceso es ya castigo.

Y este aparato judicial aparece investido de un poder delegado del rey, quien, a su vez, se identifica con el poder religioso. El orden jurídico encuentra su legitimidad en el orden divino. Siglos después, con la secularización, en lugar del príncipe se hablará del Estado, pero siempre será la autoridad institucional, la abstracción del poder, el centro emanante de la facultad jurisdiccional (ver infra, Cap. IX).

La justicia deriva de Dios al príncipe. A su vez, el monarca la delega en sus funcionarios. Viene de arriba hacia abajo. Se rodea de misterios y secretos. Se concreta en complejos ritos de los que, por supuesto, está excluido todo nivel de intervención, participación o control popular.

Para saber de sus mecanismos, para desentrañar lo verdadero de las apariencias en que se esconden, es preciso contar con conocimientos específicos. Los jueces se hacen técnicos. Se apoyan en el Derecho Canónico, se esconden entre aforismos latinos, se visten de oscuras togas, fundamentan sus decisiones en las opiniones sacralizadas de juristas romanos, teólogos escolásticos y prácticos. Saben cómo desentrañar la herejía, cómo descubrir las brujas, cómo examinar al testigo y obtener la confesión del reo. El Derecho se hace un arduo laberinto por el que sólo pueden transitar los especialistas; todos los que no lo son, quedan fuera de esa fortaleza inabordable.

El Derecho Procesal Penal comienza a ser una zona privilegiada de la regulación punitiva; un saber complejo, casuístico e incomprensible para el lego. Se realimenta a sí mismo, ampliando zonas de influencia que sólo pueden ser conocidas por los juristas. Es una realidad distinta y superpuestas a lo real, un mundo donde tiene más valor una cita oportuna, la autoridad de un autor canónico, una fórmula ritual que cualquier verdad de la vida.

El control del aparato, el conocimiento de las llaves que lo ponen en movimiento, los oscuros mecanismos de la absolución o la condena, corresponderán únicamente a los dueños de ese

saber. Desde entonces, los jueces, vicarios de un poder que no les pertenece, pero que están habilitados para ejercer dentro de límites amplios y con frecuencia terribles, serán los protagonistas privilegiados; a ellos corresponde decidir cuándo, cómo y hasta dónde actuar, en qué momento y de qué manera finalizar la causa con una decisión conclusiva que, por la misma característica del procedimiento desarrollado, será lo menos importante de todo lo actuado, apareciendo a la suma como la decisión validante de lo que le procedió.

En síntesis: el proceso inquisitivo se define por la confusión entre acción y jurisdicción y por el carácter técnico, oficial y oficioso de la misma. Su poder deriva del Estado y en su funcionamiento, oculto, especializado y reservado, está ausente toda publicidad, intervención o contralor popular.

## *B) El imputado dentro del sistema inquisitivo*

La nota característica del modelo inquisitivo, que es el reino de la sospecha, que desconoce por definición el principio de inocencia, es el más notorio desequilibrio de relaciones de fuerza. Por un lado, todo el poder estatal que, a la vez, persigue y juzga (¿acaso la persecución no es ya una consecuencia de un previo e implícito juzgamiento?) y, por el otro, mero objeto de esa actividad, el individuo sometido. Las mismas denominaciones de "reo", "eucartado", "justiciable", "encausado", "procesado" elaboradas por la legislación y doctrina inquisitiva son denotativas de esta subordinación.

Aquella relación igualitaria entre acusador y acusado que definía el modelo acusatorio, se convierte en el inquisitivo en el terreno de la indagación y el sometimiento. Ya se señaló las prácticas habituales de las detenciones sin información, las largas privaciones de libertad, la incomunicación, el desconocimiento de la imputación y del curso del proceso, la carencia de asistencia y asesoramiento letrado, la amenaza, exhibición e imposición del tormento.

Existe una subordinación total del procesado al proceso y

una correlativa falta de facultades operativas para contrarrestar una atribución delictiva que, por lo general, sólo se presume, ya que no se suministra al reo información precisa al respecto.

Así como el proceso inquisitivo acumula en un solo órgano acción y jurisdicción, igualmente desdibuja por completo la defensa. Es que el modelo inquisitivo es por completo enemigo de la noción de parte, ya que se caracteriza por la completa asimilación de funciones<sup>12</sup>. En consecuencia, cuando en algunos supuestos se da alguna posibilidad de contestación de la incriminación, ello ocurre siempre de un modo limitado y luego de que se encuentra finalizada la investigación. Así mismo, existe una lógica desconfianza a la figura del defensor particular o de confianza, ya que por regla la defensa —cuando se la admite— estará a cargo de funcionarios oficiales, manifestándose también una implícita identificación entre reo y defensor particular. Al respecto, son ilustrativas las ideas expresadas por los teóricos de la inquisición respecto a impedir o constreñir severamente toda defensa, ya que se la entendía como obstaculizadora de la investigación integral y de la acción estatal de justicia.

De todo el edificio inquisitivo, ninguno de sus muros ofreció tanto flanco para las arremetidas que buscaban destruirlo como el de la situación del imputado. Puede afirmarse que fue éste el terreno preferido para las críticas más fuertes hacia aspectos de una injusticia tan evidente que no pudo menos que cambiar. Pero de todas formas, esas modificaciones que postularon los ideólogos de la ilustración y los reformadores de más de un siglo, si bien alcanzaron para corregir excesos, fueron incapaces de socavar los cimientos de un sistema que mantuvo su solidez en los principales aspectos configurantes que hacían a temas más importantes como el monopolio de la persecución pública,

<sup>12</sup> La resistencia legal y doctrinal para admitir el concepto de parte aplicable a los sujetos del proceso penal, se mantuvo hasta bien entrado el siglo. Al respecto, es ilustrativa la lectura de GUARNERI, José, *Las partes en el proceso penal*, trad. de Cesáreo Bernaldo de Quirós, José M. Cajica, Puebla, 1952.

el aparato oficial de justicia, la especialización letrada, la preparación oficiosa de la acusación y la sujeción del imputado.

### C) *Los modos de manifestación*

En la medida en que el sistema inquisitivo surge como consecuencia de una minuciosa regulación institucional de la justicia estatal y aparece como una estructura permanente, resulta lógico que se conforme de una manera mucho más compleja y amplia que el acusatorio. Ello implica que se desarrolle un Derecho procedimental propiamente dicho, tanto en lo que hace a la regulación de los órganos y sus facultades y deberes, como en lo que atañe a los procedimientos en sí. Y en tal sentido, como se dijo, se conforma un saber específico que explica los diversos mecanismos y aporta reglas de actuación.

Las manifestaciones del sistema inquisitivo que, de modo externo, contribuyen a caracterizarlo, son:

#### a) *Ausencia de publicidad*

Los procedimientos de la inquisición se envuelven en las sombras del secreto. La amplitud del ágora ha sido sustituida por los sólidos muros de los palacios inquisitoriales y el control popular desterrado. La única publicidad es la del castigo: junto al patíbulo, se congrega a la muchedumbre para que asista a la ceremonia de los negros esplendores del poder. Con el paso del tiempo, ni eso: el castigo se encerró en cárceles.

Ya se indicó que la función jurisdiccional se entiende como propia de la soberanía del monarca, que la deriva hacia sus jueces: que ellos juzgan de acuerdo con complejas preceptivas, que necesitan de un saber específico. El divorcio entre justicia y pueblo es de compleja profundidad. No son los doce vecinos, ni los ciudadanos, ni los pares, sino un superior rodeado de misterio y prestigio al que el mismo reo debe reverenciar.

El proceso inquisitivo es sobre todo investigación y ya se sabe que para que ésta sea efectiva necesita de la reserva y el

sigilo. De ahí “el secreto del sumario”, el esconder lo que se sabe para descubrir lo no sabido; el reservar las constancias y recibir información sin proporcionarla.

La publicidad, en su doble acepción de conocimiento y participación, es una idea esencialmente opuesta a las bases y desarrollo de un sistema de derivación vertical de legitimidad, averiguativo, controlador y técnico.

b) *Investigativo y no contradictorio*

El mismo nombre de “inquisición” pone el acento sobre la investigación, característica sobre la que ya se ha insistido; la organización entera de los procedimientos tienden a la adquisición probatoria, regulándose minuciosamente los medios de introducir las constancias y el valor acreditante de las mismas, conforme al régimen que fue conocido como *de las pruebas legales* o tasadas, donde los valores de convicción son predeterminados y en el que *la confesión* (verificación última de la hipótesis investigativa, triunfo del inquisidor y reconocimiento expiativo de su razón) ocupa el rango central, dirigiéndose todo lo previsto –hasta el tormento– para obtenerla. Es que la inquisición necesita anonadar al reo, hacerle sentir exterior e interiormente todo su poder, demostrarle que nada puede ocultar y que sus argucias defensivas carecen de eficacia: Galileo, retractándose, puede proponerse como una figura emblemática de esta mecánica.

Y por lógica, la investigación excluye el debate que, como tal, implica una relativa igualdad, una posición paritativa, un intercambio de razones. Ni siquiera puede hablarse de un verdadero diálogo con el inquisidor, sino de meras respuestas a sus preguntas.

Nada en los procedimientos está previsto para la discusión ni para la contradicción.

Por otra parte, la actividad oficiosa del tribunal-actor es la que acumula las constancias que estima pertinentes, de acuerdo con decisiones regladas que sustituyen todo protagonismo de los involucrados. Mientras en el sistema acusatorio era el acusador quien

delimita en su presentación todos los aspectos fácticos y jurídicos, concretando desde el mismo inicio una postura que, al ser trasladada al acusado, abría la contradicción, aquí nos encontramos ante hipótesis que van sucesivamente corroborándose, en un lento desarrollo de sucesivos avances que definirán finalmente el pronunciamiento; tal suceder, por su propia coherencia, elimina o disminuye notablemente la mecánica confrontante. Igualmente, la limitación de facultades del encausado, que ni siquiera es informado de la imputación y, mucho menos, de las pruebas en su contra, excluye la posibilidad de una auténtica defensa.

Notorio resabio de este esquema se mantiene en los digestos actuales que mantienen la instrucción formal, que norman de manera expresa que durante tal etapa no habrá debates.

### c) *Discontinuidad*

El avance es progresivo; como se dijo, se parte de una hipótesis de culpabilidad que se irá sucesivamente acreditando. La investigación se hace a través de momentos, de actos separados en una progresión que culmina cuando se entiende completado lo que se quería acreditar. Al contrario de la organización acusatoria, que concentraba en la audiencia todos los aspectos relevantes, aquí se estatuye un suceder pautado, una serie de acontecimientos que se dan cuando el precedente ha precluido, lo que permite pasar al siguiente. Existen plazos (por lo general largos) y requisitos para cada etapa: de la inquisición general se pasaba a la particular, que implicaba la instrucción de un sumario, con el consecuente arresto del imputado. "Desde que el acusado entraba en la cárcel secreta, y antes de que se le notificase la naturaleza del cargo que se le hacía llegaba a transcurrir un período de tiempo considerable"<sup>13</sup>, el que luego se extendía aún más hasta la finalización. En este sentido, corresponde señalar que la práctica de la prisión preventiva, en condiciones a veces más gravosas que el encar-

<sup>13</sup> TUBERVILLE, ob. cit., p. 55.

celamiento como condena, tiene inicio con el sistema inquisitivo, que hace del proceso ya un neto anticipo de castigo. Así mismo, los denominados autos de mérito instructorio, como el de procesamiento, derivan de esta concepción procedimental que, atada al régimen de las pruebas legales, implica avances progresivos de conocimiento: sospecha, probabilidad y certeza.

Desde el punto de vista de la manifestación procesal, el procedimiento inquisitivo aparece como una serie yuxtapuesta de actos temporalmente separados, donde los puntos prevalentes corresponden de manera exclusiva al tribunal. No hay una concentración, sino una acumulación, cuyos resultados serán expuestos al momento final.

#### d) *Escriturismo*

La discontinuidad y fragmentación del desarrollo de los procedimientos inquisitivos, lleva a la necesidad de fijar cada uno de los actos, los que son protocolizados a través de registros formales: el acto se convierte en acta.

Esta fijación de la memoria mediante el signo gráfico es coherente también con el fenómeno de la sustitución paulatina del Derecho consuetudinario por el formalmente formulado y promulgado por la autoridad y en muchos aspectos implica avances en orden a la previsibilidad normativa y guarda relación con un mayor desarrollo técnico de toda la materia jurídica en la que mucho tuvo que ver el Derecho Canónico y la enseñanza en las universidades. En tal aspecto, la promulgación de diversas ordenanzas procesales penales estableció procedimientos, generando –como se dijo– un saber específico. Desde otro punto de vista, la configuración escrita de cada causa permitía el estudio de la misma por personas distintas a las que habían actuado en las diligencias e, igualmente, la posibilidad de revisiones por parte de órganos superiores, lo que dio lugar a recursos como el de apelación. Así mismo, la incorporación de documentos y la transcripción en actas minuciosas de todo lo

dicho, convertía al proceso en un objeto inmodificable, donde cada diligencia, cada testimonio o declaración, cada reconocimiento quedaba fijado para siempre.

Ahora bien, el escriturismo, derivado de la discontinuidad y el tecnicismo, aparecía como coherente con la reserva, ya que sólo los legitimados para ello tenían acceso al material que, por supuesto, quedaba fuera de todo control popular. De la misma manera, el sistema generaba y, a la vez, presuponía, la existencia de una compleja administración, de un personal –fuera de los juzgadores– que debía registrar y compilar, ordenar y archivar, lo que deriva, por la propia dinámica, en una burocracia a la que igualmente contribuía el cumplimiento de numerosas y complejas reglas procedimentales, la delegación de funciones y el formulismo.

#### e) *Mediación*

Todo lo señalado en los puntos precedentes generaba un distanciamiento entre el hecho y la persona juzgada y los juzgadores, ya que éstos trataban principalmente con documentación y no asistían a ningún protagonismo. Las constancias obrantes en actas eran examinadas como objetos y valoradas de acuerdo con reglamentaciones precisas que predeterminaban la capacidad acreditante de cada una.

La estructuración del régimen de la prueba legal es consecuencia de la distancia entre el objeto examinado y el examinador y un límite objetivo de su arbitrio. El hecho se transforma en documento, el suceso y los hombres (aun el más atroz sufrimiento) en minuciosas actas, en las que todo se registra y que será el material –el discurso codificado y estereotipado, fijado conforme a fórmulas– sobre el que se dictará la decisión.

#### **4. Comparación entre los sistemas acusatorio e inquisitivo**

Resulta de utilidad a los fines de la mejor comprensión de lo expuesto proponer un esquema respecto de las características definitorias de cada uno de los modelos tratados:

	<b>Acusatorio</b>	<b>Inquisitivo</b>
Contexto político cultural	Democracia. Individualismo. Participación, intervención y control popular	Regímenes autoritarios. Estatismo centralista
Sentido del delito	Daño y/o infracción a las leyes comunitarias. Delito como conflicto perteneciente a los involucrados. Posibilidades compositivas	Desobediencia a la autoridad. Apartamiento del orden estatal. Expropiación monopólica del conflicto, que es entre Estado e individuo
Organización institucional	Ausencia de aparatos oficiales de persecución. Jueces accidentales	Organos oficiales permanentes y especializados de persecución y juzgamiento
Poderes realizativos	Neto perfil y clara diferenciación de acusación, defensa y jurisdicción	Confusión entre acción y jurisdicción. Carencia del concepto de partes. Limitaciones de la defensa
Iniciación	Por acto formal de acusación (popular o privada)	De oficio, por el propio tribunal, ante noticia de delito (denuncia, delación, clamor público)
Desarrollo (I)	Concentrado (audiencia de debate). Oral	Discontinuo. Actos que se documentan por escrito
Desarrollo (II)	Contradictorio. Discusión pública	Investigativo. Secreto o reservado
Prueba	Libertad probatoria. Intima convicción	Regulación estricta. Pruebas legales
Situación del imputado	Pleno sujeto de derechos. Parte procesal. Ausencia o muy limitados constreñimientos	Objeto de la investigación. Limitadas posibilidades de actuación. Sometimiento a serios gravámenes
Características y papel del tribunal	Jurados populares o mixtos. Actitud pasiva	Jueces técnicos permanentes. Protagonismo activo

### 5. Perduración e influencia

En la realidad legislativa, es difícil poder encontrar un sistema realizativo penal que responda en todos sus puntos a los modelos analizados. En el capítulo anterior se indicó que, incluso con ante-

rioridad a la Revolución Francesa, se habían introducido cambios en los digestos inquisitivos tendientes a mejorar la situación del imputado lo que, con toda lógica, se acentúa en las grandes reformas del siglo XIX. Pero las bases mismas del sistema inquisitivo quedaron inalterables: el delito como desobediencia a las leyes del Estado que, como consecuencia de su soberanía tiene el derecho subjetivo del castigo sobre el súbdito desobediente (*ius puniendi*), aunque ahora limitado por el Derecho Penal objetivo (principio de legalidad sustantiva, tipo garantía); monopolio estatal de la materia punitiva y acción pública; investigación o persecución penal oficial previa a la acusación y control técnico del juicio. Aun en países que han adoptado plenamente el sistema acusatorio, haciendo del juicio oral y público ante jurados el único momento relevante para la decisión, se mantiene la acción penal pública y una etapa preparatoria de la misma, lo que, por otra parte, resulta imprescindible dadas las características del delito.

El sistema mixto que ejerció notoria influencia sobre el Derecho continental europeo y su zona de influencia y que pretendió amalgamar en una síntesis imposible ambos modelos, resultó en realidad, como lo advierte Maier, “un inquisitivo reformado”<sup>14</sup>. Si bien hay importantes tendencias hacia avances que conviertan al enjuiciamiento penal en preponderantemente acusatorio (en realidad, el único modelo que responde, como relación jurídica, a la noción conceptual de proceso y, por ende, como lo veremos en el capítulo siguiente, a la valoración de “debido”, pauta axiológica fundamental derivada del texto constitucional), debe reconocerse que las bases de nuestro sistema penal, aun con las reformas y garantías generadas por el constitucionalismo individualista, es heredero de la inquisición.

Tal vez la tarea de mayor importancia desde el punto de vista teórico y desde una perspectiva de cambio legislativo, esté dada por lograr abandonar esa herencia tenebrosa.

<sup>14</sup> MAIER, *Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX* cit., p. 274.

## CAPITULO VI

### EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Al tratar de las relaciones del Derecho Procesal Penal con las diferentes disciplinas o zonas jurídicas y de su ubicación dentro del orden normativo, se señaló la muy estrecha vinculación con el Derecho Constitucional. En primer lugar, porque dentro de la derivación de validez de las normas, toda manifestación jurídica debe encontrarla, en definitiva, en el cimiento constitucional, y en segundo término –aunque de igual importancia– porque las disposiciones constitucionales disciplinan aspectos de directa relación con el enjuiciamiento, tanto en lo que hace a los poderes de juzgamiento como respecto a los límites de la facultad punitiva del Estado.

En el presente capítulo se tratará de estas cuestiones de modo específico. Nos preocupará no sólo una aproximación al sentido de los preceptos garantizadores, sino el intento de respuesta al fundamental interrogante sobre qué modelo de proceso penal define la Constitución. Se trata de saber cuál ha sido el mandato que los constituyentes impartieron al legislador ordinario, cuáles los parámetros a tener en cuenta para la interpretación de los preceptos procesales y qué importancia tienen todos estos elementos para una sistemática y crítica de los digestos vigentes.

## 1. El significado de la Constitución

La Constitución es una organización del poder<sup>1</sup>. Como tal, resulta un punto de convergencia político-jurídico que establece las bases del ordenamiento que define al Estado y que regula los marcos de convivencia de la sociedad. En tal sentido, resulta el cimiento sobre el que se edifica lo normativo y es el punto fundante de la legalidad del sistema.

Si bien es posible pensar que toda sociedad jurídicamente organizada tuvo una constitución, explícita o implícita, la idea moderna de constitución significa el establecimiento de parámetros racionales de estructuración del poder, disciplinando los órganos y facultades del mismo, las divisiones funcionales, los límites de actuación y las condiciones de acceso, mantenimiento y cese, como así también los derechos de los individuos y los modos de vincularse con el gobierno. De ahí que este fenómeno jurídico tenga origen en determinadas ideas que se oponen, por definición, al absolutismo: se trata de enmarcar dentro de una normatividad los ámbitos de institucionalización del poder y sus condiciones y límites; todo lo opuesto a la voluntad soberana del monarca. Precisamente, desde un punto de vista histórico, el movimiento que propició este tipo de basamento jurídico-político nace de las condiciones que hicieron posible las revoluciones de los siglos XVIII y XIX, caracterizadas por la lucha contra el despotismo monárquico.

La apuntada circunstancia permite hablar de *constitucionalismo* para referir a un movimiento complejo que, sobre la base de ideas contractualistas, *ius naturalistas* e individualistas culminó con los estatutos fundamentales de las ex colonias inglesas en Norteamérica y se extendió por Europa a partir de la Revolución Francesa<sup>2</sup>.

Ante esta decisiva circunstancia no es de extrañar que el

<sup>1</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho Constitucional del poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 13.

<sup>2</sup> LINARES QUINTANA, *ob. cit.*, t. I, Cap. II.

absolutismo viese en el constitucionalismo un enemigo que, al limitarle, socavaba su autoridad. Por ejemplo, ello resulta claro en nuestra historia: la tiranía de Rosas demoró durante décadas los intentos de organización nacional y, más tarde, los golpes militares, a más de desconocer en los hechos las bases de la Constitución, superpusieron a la misma diferentes estatutos, lo que igualmente aconteció en otros países latinoamericanos.

Es que la idea de constitución va más allá de una simple organización político-jurídica; en su seno anida una concepción de la sociedad pluralista, abierta y respetuosa de los derechos individuales, una separación armoniosa y equilibrante de los poderes gubernamentales y un establecimiento de límites de actuación de los mismos. Es también la expresión de aspiraciones profundas e ideas sobre el hombre y la sociedad.

La supremacía de la Constitución implica la de una legalidad fundamental por encima de la voluntad de quienes ejercen el poder, que sólo es válido en la medida en que se desarrolle dentro de los parámetros legales.

Los teóricos y divulgadores de la Constitución norteamericana y de la declaración de derechos francesa fueron claros, como aconteció con nuestro Alberdi, en señalar esta significación del texto basal. Es el pueblo, como lo señalan los preámbulos, el que reunido en asamblea a través de sus legítimos representantes, estatuye ese pacto para organizar y regir la sociedad civil, haciéndolo por escrito, de modo solemne y como verdadero acto fundacional.

Igualmente, como ha sido unánimemente destacado por la doctrina constitucional, el esquema precedente implica lo que se entiende como Estado de Derecho, es decir, aquel en el que el poder se subordina a la normatividad jurídica, y que, más aún, como puntualizó Kelsen, no se trata de un dualismo sino de una identidad<sup>3</sup>.

En este sentido, la lógica inmanente del constitucionalismo

<sup>3</sup> KELSEN, ob. cit., ps. 215 y ss.

lleva a una coincidencia con la idea de democracia, en sucesivas ampliaciones de zonas participativas y en el reconocimiento, a más de los derechos individuales, de los de índole social.

De acuerdo con lo expuesto podemos concluir en que la significación de la Constitución implica la de un sistema gubernativo asegurativo de derechos subordinado a las normas de las que derivan su propia legalidad y legitimidad. Es el pacto fundamental mediante el cual, a través de la prescripción normativa, se elabora un modelo sobre gobernantes y gobernados y de las bases que organizan la convivencia. De tales bases surgirá un concepto de lo debido y lo prohibido, de lo estimado como valioso y lo reputado disvalioso y, más aún, un concepto del hombre como tal y en sociedad. Porque el texto constitucional, al explicitar determinadas soluciones a los problemas sociales, se asienta sobre concepciones implícitas que hacen, de manera directa, a la interpretación. En el fondo de toda constitución anida un sentido profundo de lo que es y debe ser el hombre como ser social.

## 2. El paradigma

La palabra “paradigma”, que en los diccionarios aparece como sinónimo de ejemplo, adquirió un importante uso a través de su sentido de modelo de “problemas y soluciones” dado por el historiador de la ciencia Thomas S. Kuhn<sup>4</sup>; en este aspecto, se alude a una perspectiva general, a un cuerpo teórico que otorga los fundamentos explicativos de una zona de la realidad. En relación a la ciencia “normal” (un determinado estadio evolutivo de una disciplina), comprende ley, teoría, aplicación e instrumentación compartidos como base común en un cierto tiempo, con su consecuente verbalización. Señala Kuhn que “en su uso establecido un paradigma es un modelo o patrón aceptado”<sup>5</sup>, delimitando problemas y vías de solución. Se pro-

<sup>4</sup> KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de A. Conián, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

<sup>5</sup> KUHN, ob. cit., p. 51.

ducen así determinaciones de hechos, a los que se otorga especial relevancia, “el acoplamiento de los hechos con la teoría y la articulación de la teoría”<sup>6</sup>.

En la evolución del conocimiento científico se dan momentos en los cuales los trabajos individuales responden a un ahondamiento en los problemas (y en las propuestas, intentos y logros de soluciones) dentro de un esquema relativamente prefijado, en una suerte de diálogo sobre la base de un lenguaje común que, a su vez, presupone una visión de la realidad. Cuando acontece un cambio cualitativo, aparece una nueva visión o camino que reflexiona con pautas diferentes a las anteriormente aceptadas por la comunidad de pensamiento, se da una modificación integral, una “revolución científica”, que significa la construcción de un nuevo paradigma que sustituye o modifica al anterior.

Se ha señalado que “un paradigma entraña un determinado marco conceptual” que funciona a la manera de una lente “a través de la cual se ve el mundo”, permitiendo su descripción y el desarrollo consecuente de técnicas que lo compaginan con los hechos<sup>7</sup>. En este aspecto, funciona como una perspectiva unificadora, una estructura en la que cobran sentido las particularidades.

En el aspecto apuntado opera como una estructura que da base y sentido a las diversas particularidades en las que se divide y desarrolla el conocimiento de una determinada área de la realidad analizada y comprendida a través de lo que se acepta como un método científico.

El paradigma da, explícita o implícitamente, criterios para la selección de problemas, herramientas para su abordaje, esquemas de convalidación y formas de convencimiento en las soluciones logradas. De tal forma, cuando se modifican o sus-

<sup>6</sup> KUHN, ob. cit., p. 66.

<sup>7</sup> CHALMER, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, trad. de Pérez Sedeño y López Mañe, Siglo XXI, Buenos Aires, 1991, p. 139.

tituyen las cuestiones que se entienden como problemas, también se modifican las normas de soluciones.

De acuerdo con lo que se ha resumido brevemente, es posible advertir que la noción de paradigma, que cobró singular valor dentro de los estudios epistemológicos y que en nuestros días llevó a que el término sea empleado en diferentes contextos, guarda semejanzas con conceptos similares usados en el área de disciplinas sociales y artísticas con anterioridad o simultaneidad. Esto es puesto de manifiesto por el mismo Kuhn quien, analizando las repercusiones de sus tesis, indica que muchos vieron la aplicabilidad de las mismas a otros campos del conocimiento, tales como los relativos a la historia de la literatura, la música y la plástica y el desarrollo político: “La periorización de acuerdo con interrupciones de estilo, gusto y estructura institucional ha estado siempre entre sus útiles normales”<sup>8</sup>; esto, ya lo mencioné al considerar la noción de “sistema procesal”, acudiendo para acentuar este tipo de enfoque estructural y global al aporte hecho por Hauser del concepto de “estilo” para interpretar y organizar su historia del arte<sup>9</sup>. Pero en lo que es de mi conocimiento, tal criterio integrador no ha sido empleado (al menos de manera explícita) dentro de los estudios jurídicos, por lo que no carece de utilidad recurrir a esta importante y dúctil herramienta.

Como es sabido, el aporte de tal vez mayor interés en la construcción de Kuhn radique en su descripción de los cambios cualitativos, de concepción del mundo y de consecuencias teórico-metodológicas, de lo que denomina “las revoluciones científicas” y que derivan o se manifiestan en modificaciones integrales de los paradigmas. Esto significa una transformación de los parámetros dentro de lo que hasta ese momento se entendía por “ciencia normal”, caracterizado por un desarrollo cuantitativo dentro de ciertos esquemas aceptados de problemas y soluciones, de técnicas y validaciones.

<sup>8</sup> KUHN, ob. cit., *Post data 1969*, p. 317.

<sup>9</sup> HAUSER, ob. cit.

El precedente enfoque resulta fecundo para comprender la evolución de cualquier área de conocimientos estructurales sistemáticamente y, por cierto, es de plena aplicación a la materia jurídica. Una historia del Derecho que guardara coherencia con tal enfoque atendería a que en la evolución del mismo se dan concepciones teóricas globales que, en lo básico, implican ideas sobre lo que es ordenadamente jurídico, su papel dentro del conjunto social, los criterios de validez y eficacia y sus pautas organizativas y aplicativas.

En lo que atañe al tema que nos ocupa algo de lo señalado ha sido desarrollado, como ya dije, al considerar los llamados sistemas procesales; éstos, como modelos, exceden el nivel de simples técnicas y tienen cada uno de ellos claras vinculaciones con el poder y sus relaciones con el individuo, con el concepto de verdad y confirmación y con el papel mismo que debe cumplir al momento de su realización el Derecho Penal.

Pero, precisamente, en la medida en que tales temas aparecen desde un punto de vista lógico como consecuencia de una regulación organizativa previa del Estado, es menester dar un paso adelante e interrogarnos sobre tal cuestión.

### **3. El paradigma constitucional**

Hablar de un “paradigma constitucional” significa hacerlo de un esquema interpretativo del ordenamiento jurídico, en nuestro caso el penal en general y el realizativo en particular, que responda y se articule a la letra y espíritu de la Constitución, entendida como base fundante del sistema normativo. Se trata, en definitiva, de un Derecho Penal (en sentido amplio), “según Constitución”, de lo que vengo hablando desde más de una década atrás.

No puede desconocerse que la vinculación derivativa del proceso penal respecto de la Constitución es un tema, por lo común de índole introductoria, presente en la mayoría de las obras de los diversos autores que se han dedicado a esta materia

siendo algunos de ellos, como Vélez Mariconde, especialmente enfáticos en proclamar que un ordenamiento procesal no puede sino aparecer como una puesta en marcha operativa de las disposiciones del texto basal<sup>10</sup>. Sin embargo, como línea general, es posible advertir que, por regla, la teoría ha respondido más bien a un paradigma positivista, lo que significa que las reflexiones atendieron más que a un auténtico interrogante sobre lo querido por la Constitución, a una descripción exegética de lo que los digestos procedimentales disciplinan al respecto.

En gran medida tal circunstancia deriva de que, como se trató en relación a la evolución de la legislación procesal penal argentina, los códigos vigentes siguieron líneas divergentes no sólo con relación al sentido general o espíritu constitucional, sino incluso respecto de textos expresos, como sucedió con el juzgamiento ante jurados.

Lo desarrollado al tratar de la evolución de la legislación realizativa federal puede considerarse como un buen ejemplo de lo indicado en orden a un apartamiento constitucional que, en más de un momento derivó de tomas de decisiones deliberadas y, en otros, apareció como una suerte de hábito tradicional que, por otra parte, guarda coherencia con la historia institucional del país.

De tal manera, es fácilmente advertible que una materia que, como la que nos ocupa, guarda contactos tan profundos con la Constitución, no ha sido, paradójica e inquietantemente, suficientemente tratada por la doctrina y, menos, desarrollada por la legislación.

En este aspecto, aceptando la distinción que hace Bidart Campos entre Constitución “formal” y “material”<sup>11</sup> que, en realidad, responde a la diferencia conceptual entre “validez” y “eficacia”, es posible pensar que la estructuración del sistema

<sup>10</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit., ps. 209 y ss.

<sup>11</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 14.

penal argentino poco ha tenido que ver con un recorrido que aproxime ambos conceptos. Y ello no sólo respecto de las legislaciones, sino también dentro de la interpretación jurisprudencial e incluso las elaboraciones doctrinarias. Es difícil advertir un pensamiento verdaderamente constitucional y, consecuentemente, una ciencia jurídica que responda en profundidad a tal paradigma.

El desarrollo teórico de las cuestiones interpretativas dentro de nuestra tradición se ha dado preponderantemente de una manera marginada o desentendida de la Constitución, guardando tal actitud plena coherencia con los avatares de una historia institucional que conoció muchas y graves fracturas del orden político-gubernativo previsto por la Constitución y que, curiosa y dramáticamente, resultó avalado por los tribunales llamados a ser intérpretes finales de esa misma ley fundamental que se vulneraba y desobedecía.

En lo que atañe de manera puntual a nuestra materia, resulta ejemplar el caso del juicio penal ante jurados; como se sabe, la disposición pertinente aparece en el artículo 24, es decir, dentro de la parte dogmática relativa a las garantías, lo que resulta por completo coherente con las fuentes de inspiración de todo el esquema garantista, ya que el jurado, desde sus más remotos antecedentes, surge como una forma de control popular directo sobre la justicia y como estricta limitación del poder penal de las autoridades permanentes; sólo el voto condenatorio unánime de los "pares" o iguales quita la inmunidad de que todo individuo está investido y abre la puerta a la sanción punitiva legítima.

El texto constitucional vuelve a la institución del jurado en el inciso 11 del artículo 67 y, especialmente, en el 102 (actuales arts. 75, inc. 12 y 118). Acá nos encontramos dentro de la parte orgánica y es de interés advertir que, inmediatamente luego de establecerse un poder judicial técnico y permanente, el constituyente manda que las causas criminales deberán terminarse

ante jurados. De tal manera, junto al órgano oficial, designado a propuesta del Ejecutivo con acuerdo del Senado (es decir, no elegido por votación), aparece un cuerpo no permanente, lego y directamente representativo, alcanzándose un interesante equilibrio.

Ahora bien, a más de la notoria desobediencia al mandato constitucional en que durante más de un siglo incurrió el legislador común, lo que implica una suerte de subversión hacia las bases mismas del orden jurídico, es alarmante atender a las justificaciones doctrinarias de tal omisión. La mayoría de los autores de Derecho Procesal Penal y no pocos de Derecho Constitucional, abogaron con entusiasmo en contra de la institución del jurado; ello en modo alguno sería preocupante si se tratase de un mero debate sobre las virtudes y defectos de determinado modo de resolver cuestiones penales, pero es el caso que se trata de un texto expreso, reiterado y vigente de las bases mismas del ordenamiento jurídico positivo, por lo que la postura antedicha se convierte en un liso y llano desconocimiento de lo que significa la derivación normativa de validez.

Lo precedente ha sido indicado como un ejemplo altamente revelador de la completa carencia de un paradigma constitucional sobre la materia realizativa. Podrían agregarse otros como la durante muchos años mínima, por no decir nula, elaboración jurisprudencial en orden a las garantías individuales o las convalidaciones de groseros apartamientos de los mandatos fundamentales.

La interpretación y aplicación de las zonas normativas del sistema penal no se ha hecho (salvo, claro está, algunas valiosas excepciones) dentro de carriles de profundización sobre la significación del texto básico y sobre el sentido general que se desprende del mismo. Por ello, resultan paradójicos (en el mejor de los casos) los intentos y reformas de una Constitución que fue mínimamente cumplida y muchos menos interpretada en toda su riqueza. Es de advertir que la Reforma de 1994 no

modificó ninguna de las disposiciones relativas al jurado. Sigue igual el artículo 24. El anterior artículo 67, inciso 11, pasó a ser el 75, inciso 12 *in fine*, y el 102 se convirtió en el 118. Esto permite aseverar que la institución ha sido deliberadamente afirmada y mantenida en toda su fuerza, correspondiendo la implementación ordinaria.

El acudir a un paradigma constitucional en materia penal resulta una exigencia insoslayable, ya que se encuentran en juego nada menos que los límites y condiciones del poder estatal respecto del individuo. De ese pacto social, de esas reglas de coexistencia, deben desprenderse las regulaciones punitivas, las que jamás pueden discrepar del modelo básico sobre el que se asienta y del que deriva el orden jurídico.

En consecuencia, las mismas exigencias de positividad y derivación legitimante de un sistema normativo conducen, por necesidad lógica, a que toda cuestión interpretativa fundamental tenga que acudir al sentido de aquello sobre lo que descansa la construcción; así mismo, allí también encontramos las claves teleológicas, ya que la preceptiva constitucional condensa evoluciones históricas, ideas sobre el hombre, la sociedad y el poder, aspiraciones e intentos de soluciones. Esto implica que no se trata de postular el mantenimiento de un esquema rígido e inmodificable, ya que tal posición devendría absurda ante el hecho del suceder histórico; por el contrario, de lo que se trata es de una dinámica progresiva que partiendo de la comprensión de un modelo vaya adecuando y profundizando el mismo de una manera acorde con el rumbo que la Constitución marca, desarrollando según los tiempos zonas de libertad cada vez más amplias y estableciendo funcionamientos institucionales más eficientes y mejores.

Lo que ocurre es que en materia penal (como en muchas otras) el programa, como ya se dijo, nunca fue cumplido, por lo que se presenta la paradoja de que posturas que, en la discusión de ideas, aparecen como modificaciones radicales sobre lo exis-

tente no son, en realidad, sino retornos a líneas fijadas mucho tiempo atrás y jamás realizadas.

Este dato lleva a concluir a modo de síntesis que no ha existido, en líneas generales, dentro de nuestro desarrollo legislativo y doctrinario un paradigma constitucional y que el mismo deviene imprescindible no sólo para una adecuada comprensión de la materia sino para la concreta tarea interpretativa y para las modificaciones legislativas.

#### 4. Constitución y sistema penal

Lo afirmado en el último párrafo del punto anterior en cuanto a la necesidad de la profundización constitucional, guarda relación con los orígenes y evolución del Derecho Penal liberal. Las limitaciones al poder estatal en general y al punitivo en particular mediante una normatividad fundamental que abarcase por igual a gobernantes y gobernados, que estableciera las condiciones de legitimidad de la autoridad y los límites funcionales de la misma y que constriniese el castigo público dentro de la legalidad y judicialidad, constituyeron banderas enarboladas por la ilustración y principios rectores del constitucionalismo del siglo XIX y, por cierto, como ideas rectoras, se encuentran presentes en los desarrollos doctrinarios de autores tan influyentes como Carrara y Feuerbach. Así mismo, no puede dejar de citarse dentro del campo específico de la materia procedimental el ya clásico trabajo de Eberhard Schmidt<sup>12</sup>.

Es que toda aproximación de suficiente seriedad a la materia penal, en definitiva, no es sino una manifestación formalizada del poder y de sus relaciones, exige, por la propia lógica de la derivación normativa positiva, abreviar en las fuentes constitucionales.

Esto lo exponen con claridad los autores españoles Cobo del Rosal y Vives Antón, quienes destacan el carácter “herme-

<sup>12</sup> SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1957.

néutico” de la ciencia jurídica en general y de la interpretación en particular<sup>13</sup>, desempeñando la Constitución un papel determinante en toda labor interpretativa, ya que en ella anida “un sentido profundo”, una idea del Derecho materializado a través de las normas fundamentales, que pueden y deben entenderse como “expresiones concentradas”<sup>14</sup>, es decir, las ideas vertebrales sobre las que quiere organizarse una sociedad.

Es notorio entonces que cuando se trata de establecer bajo qué condiciones y por qué motivos un integrante de esa sociedad puede ser privado de algunos de los más importantes bienes que se tutelan, se ingresa en un terreno de extrema importancia que es preciso regular con cuidado a los efectos de evitar los desbordes que históricamente se produjeron con frecuencia y contra los cuales, precisamente, los constituyentes quisieron levantar firmes vallas.

De tal manera, todo lo que atañe a la cuestión penal, lo que hemos caracterizado como “sistema”, es de directa derivación constitucional y el texto ofrece claras indicaciones y precisos mandatos tanto para el legislador común como para aquellos llamados a interpretar y aplicar el Derecho.

Así y de una manera asaz sintética, podemos señalar que de acuerdo con la letra y espíritu constitucional la regulación punitiva sólo puede referir a aquellos comportamientos que interfieren o afectan las relaciones intersubjetivas y de un modo general lesionan la libertad ajena, teniendo el fin de asegurar una convivencia ordenada, es decir, con palabras de Hobbes, evitar que “el hombre sea lobo para el hombre”<sup>15</sup>.

De tal manera, el *ius puniendi* no surge como una emanación de la autoridad ni encuentra su legitimación última en el poder, sino que aparece como una necesidad de protección del orden

<sup>13</sup> COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, ob. cit., t. I, p. 101.

<sup>14</sup> COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, ob. cit., t. I, p. 47.

<sup>15</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatan*, trad. de Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1940, Cap. XIII.

jurídico el que, a su vez, se desprende de las exigencias de la propia vida social. Precisamente, el Derecho Penal, frontera última de ese orden jurídico, procura disuadir (prevención general) aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro bienes de trascendencia para la vida de relación, empleando para ello la amenaza abstracta de la pena y, en el caso concreto de la ocurrencia de la hipótesis prevista, procedimientos averiguativos y discursivos para determinar el hecho y su autor y, en su caso, aplicar la sanción (prevención especial).

En el Estado republicano democrático constitucional, el ejercicio de la autoridad está subordinado a la ley, igual para gobernantes y gobernados y está limitada por derechos y garantías fundamentales. Esto significa que, por imperio de la misma positividad, el ordenamiento punitivo debe responder y adecuarse a principios conformadores, entre los que se cuentan el de legalidad, culpabilidad y necesidad de la pena. Dentro de nuestra doctrina, Núñez ha hablado con acierto de "Fundamentos políticos", señalando que el Derecho Penal se encuentra constreñido en su desenvolvimiento por las garantías constitucionales de todos los habitantes de la Nación principalmente dirigidas como mandato a los poderes estatales<sup>16</sup>, quienes no pueden desconocerlas. Estos principios esenciales son el de legalidad, el de reserva, el de judicialidad y de la humanidad de las penas que, como se ve, abarcan el entero sistema penal.

Lo señalado lleva a tener en claro que toda tarea analítica e interpretativa de las normas reguladoras de la materia, tanto en sus aspectos teóricos como aplicativos, debe ser hecha "según la Constitución", lo que significa la operatividad de lo que hemos denominado como "paradigma constitucional" y que implica una compatibilidad "no sólo con concretos preceptos constitucionales, sino también con la idea de Derecho que anida en el conjunto del texto constitucional"<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> NUÑEZ, ob. cit., t. I, tít. II, *Fundamentos del Derecho Penal argentino*, ps. 90 y ss.

<sup>17</sup> COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, ob. cit., p. 48.

## 5. Las pautas constitucionales del modelo procesal penal

*La garantía de legalidad*, o de ley anterior al hecho, armónicamente integrada a la de reserva, es una de las más importantes condiciones de seguridad jurídica; precisa Núñez: “La exigencia de que la punibilidad de un hecho sólo puede ser establecida por una ley anterior a su comisión, obedece a la idea política de reservarles a los individuos, como zona exenta de castigo, la de aquellos hechos que por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean, no están configurados y castigados por una ley previa a su acaecer”<sup>18</sup>. Esto significa que el catálogo delictivo es *taxativo*, cerrado, sin zonas grises capaces de ser llenadas, como acontece en el Derecho Civil (art. 16, Cód. Civ.) por interpretación analógica o integración por principios generales. Los delitos y las penas deben encontrarse claramente determinados y definidos, lo que implica un requisito de certeza respecto de lo prohibido y de las consecuencias de la transgresión.

Pero el principio de legalidad tiene otra dimensión, no menos importante que la anteriormente indicada. Y ella es la que refiere a una relación con la división de poderes. Porque la definición del hecho reputado como delito y de las consecuencias de su comisión, deben encontrarse redactadas en ley escrita promulgada por el Poder Legislativo del Estado, sin que esa facultad pueda corresponder, en caso alguno, a los otros poderes.

Ahora bien, la ley, por esencia, es de índole general y abstracta, de configuración normativa, es decir, una definición de conducta debida mediante el deber ser. La tarea y límites del legislativo, se agota en la formulación del precepto. Lo que hace a su aplicación, corresponde a otro de los poderes del Estado, que es el judicial.

La realización del Derecho Penal, esto es, el paso de lo abstracto a lo concreto, se formula mediante el proceso penal,

<sup>18</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 105.

puente imprescindible para la aplicación del orden punitivo. Esto es lo que atañe a la *garantía de judicialidad*. La ley aplicada es ley interpretada por funcionarios del Estado que, conforme a procedimientos determinados, examinan las constancias de hecho y su correspondencia con las normas. Así, la ley penal se aplica a través de un *juicio* que, para serlo verdaderamente, en el sentido constitucional, debe reunir determinados requisitos y estructurarse de cierta manera.

Y aquí arribamos al tema central del presente capítulo y, tal vez, de la obra entera; porque de lo que se trata es de interrogarnos sobre cuál es el modelo querido por la Constitución.

La antedicha pregunta ha estado, en una u otra forma, presente desde siempre en el pensamiento jurídico, ya que no ha habido autor ni fallo que no haya tenido en claro que cuando el texto constitucional habla de "juicio previo" se refiere a algo más complejo y de mayor rango que lo que pudiera aludir a cualquier procedimiento aplicativo, pero por lo general las respuestas no ahondaron demasiado en la cuestión y la misma fórmula acuñada por la Corte Nacional en el sentido de que "juicio" exige conceptualmente las "formas sustanciales" de acusación, prueba, defensa y sentencia<sup>19</sup> tuvieron una elaboración limitada.

El interesante antecedente de la tajante observación de Jofré en 1915 que tildaba de inconstitucional a la legislación procesal

<sup>19</sup> En *Fallos*: 16:23, se encuentra la causa LXIV del 31-8-12, "Porta s/Homicidio", cuyo resumen reza: "Las garantías que en materia criminal asegura y consagra el art. 18 de la Carta Fundamental, consisten en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictadas por los jueces naturales del reo", fórmula que es repetida luego en numerosas ocasiones (entre otras, *Fallos*: 194:284; 125:10; 120:36, etc.). Pero es de observar que en el caso mencionado, como en varios otros, la Corte se muestra renuente a superar el esquematismo de la fórmula, ya que no ingresa en el análisis de concretas situaciones procesales en las que aparecen graves omisiones a las condiciones de un "debido proceso". Lo antedicho fue destacado con agudeza por Cneto Rúa en su Prólogo al trabajo de Alejandro Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 1984.

penal argentina vigente por la época, en cierta medida retomado en proyectos modificatorios de la legislación federal y presente en las preocupaciones que llevaron a la sanción del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba de 1939, fue en realidad retomado vigorosamente luego de la restauración democrática de 1983 que, como ya se dijo, implicó una poderosa línea de pensamiento renovador.

Al decidirse la reforma del viejo Código de Procedimientos Criminales Federal la consideración y discusión tomó como punto determinante la adecuación de la realización penal a los postulados constitucionales, de todo lo cual se da adecuada cuenta en la Exposición de Motivos del proyecto elaborado por Julio Maier<sup>20</sup>.

En el debate subsiguiente, ocurrió que por primera vez los procesalistas interpellaron la Constitución, profundizando la visión crítica hacia mucho de lo vigente y alternativas superadoras, siempre con un enfoque que se desarrollaba sobre la base de lo que se entendía surgía del texto básico.

En tal sentido, se advertía que nuestra Constitución Nacional ofrecía un rico conjunto de claras indicaciones al legislador ordinario y al intérprete, las que no siempre habían sido ya no obedecidas, sino ni tan siquiera comprendidas. Como ya se ha indicado, estas líneas no se reducen al artículo 18 que, con ser de excelente redacción, no agota por cierto el tema.

Es que la serie de garantías penales que se ofrecen en el mencionado precepto deben necesariamente integrarse con restantes disposiciones para, de tal manera, cerrar el cuadro interpretativo.

En primer lugar debemos reparar en el énfasis con que aparece definida la finalidad y responsabilidad estatal de *afianzar la justicia* que, sin lugar a dudas, aparecía para los hombres

<sup>20</sup> MAIER, Julio B. J., *Exposición de Motivos al proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, en *Cuadernos de doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, 1987, N° 1.

del 53 como una urgencia insoslayable. Las graves luchas intestinas, el fenómeno del caudillismo autoritario, la concentración personal del poder y la completa ausencia de una institucionalización racional eran una realidad que los argentinos de la época tenían ante sus ojos y que, entre otras, era –a la vez– causa y manifestación de un grave atraso histórico al que se quería poner remedio: igualmente, aparecía como una deuda con el ideario de Mayo, como una promesa incumplida respecto de los contenidos que habían dado claro sentido a la gesta emancipadora.

Es de evidencia que la misma idea de “afianzar”, es decir, asegurar, institucionalizar, lleva a que tal finalidad no quede en un nivel de declaración retórica o de simple aspiración, sino que exige la elaboración de los medios necesarios para el consecuente logro.

Así, en el esquema constitucional, la justicia aparecerá como un poder-función autónomo, nítidamente separado de la legislación y la administración. Porque al adoptarse el régimen constitucional republicano representativo, se consagra el principio de división, equilibrio y mutuo control de los poderes, independientes entre sí.

Dentro del esquema institucional, es de interés advertir que mientras los poderes legislativo y ejecutivo se legitiman por su origen electivo popular, el judicial surge a través de la voluntad y relaciones de los dos primeros. De tal manera, la Corte Nacional y los demás tribunales inferiores que se creen, como órganos técnicos permanentes para fallar en los asuntos que se les someten, tienen tan sólo una representatividad muy relativa. Sin embargo, el Constituyente compensó lo antedicho con el contrapeso de una intervención popular directa, cual es la del jurado. Porque inmediatamente después de regular lo atinente al máximo tribunal de justicia de la Nación, se manda en el artículo 102 (art. 118, Const. refor.) que las causas penales deberán terminarse ante jurados. No es errado pensar que este sabio mecanismo

de equilibrio entre la coexistencia de una justicia técnica permanente y la institución del jurado popular, cuyo modelo proviene con claridad del Derecho norteamericano obedecía en el espíritu de los constituyentes a la idea de que, en definitiva, el poder penal estatal se encuentra rigurosamente limitado por la voluntad directa del común. Por otra parte, el método pretendía dirigir la justicia entroncándola con la realidad, poner límites a la inevitable burocratización de los tribunales permanentes y al consecuente espíritu corporativo que atiende más a los intereses del cuerpo que a los deberes funcionales que lo justifican, y convertir el instituto en una auténtica escuela de civismo.

Así mismo, toda vez que el jurado aparece regulado dentro de la parte dogmática de derechos y garantías (art. 24), es obvio que se lo entienda y valore como una condición fundamental de una válida justicia penal. Así, las garantías de legalidad y reserva, de inviolabilidad de la defensa, de prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, se concretan, como requisito de judicialidad, en el juzgamiento ante el juez natural que no puede ser otro –dentro de la lógica del sistema constitucional y a tenor de los antecedentes directamente tomados en cuenta– que el jurado. Esta idea aparece reafirmada con claridad y como expreso mandato al legislador ordinario en el artículo 67, inciso 11 (ahora 75, inc. 12).

A la luz de estas disposiciones tradicionalmente desobedecidas (y que fueron abolidas en la Constitución de 1949) es posible afirmar que la Constitución de la Nación Argentina asume con énfasis la opción hacia un proceso penal de índole acusatorio.

Las razones de evolución ideológica y de antecedentes históricos de las que hemos hecho anterior referencia, surgen nítidas: el movimiento emancipador argentino, como el resto del de los pueblos latinoamericanos, se alzó contra el absolutismo monárquico, el que, por definición, se asentaba sobre un sistema de justicia inquisitivo. Primero los hombres de la revolución y

la independencia y, luego, los de la organización nacional, rechazaban tal esquema y buscaban sustituirlo por el imperante en los Estados Unidos de Norteamérica, donde el sistema acusatorio regía y donde el jurado aparecía como una de las más firmes instituciones de la vida republicana<sup>21</sup>.

Con lo hasta ahora dicho, se ha avanzado lo necesario como para tener suficientemente en claro que la opción política que explica, da sentido y se concreta en la Constitución Nacional en lo que atañe a las garantías y derechos individuales, se inclina de manera coherente hacia un determinado modelo realizativo que no es otro que el acusatorio, único dentro del cual tienen plena vigencia y manifestación los requisitos aludidos.

Lo que ocurrió en nuestro país, con el mantenimiento de las formas inquisitivas tradicionales a las que se le introdujeron reformas en orden al reconocimiento de algunas de las garantías del artículo 18, contribuyó en mucho –al igual que en la mayor parte de los países latinoamericanos<sup>22</sup>– a que no se produjere una verdadera superación de lo existente, la adecuación al modelo constitucional y la supresión de una cultura judicial autoritaria y rutinaria.

<sup>21</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, trad. de González Pedrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1978. En el capítulo titulado *El jurado en los Estados Unidos de Norteamérica considerado como institución política* (p. 273), el autor analiza el tema en relación al entero sistema de gobierno imperante. Al respecto, señala: “Sería restringir singularmente su pensamiento limitarse a enlazar el jurado como una institución judicial; porque si ejerce una gran influencia sobre la suerte de los procesos, ejerce otra mayor todavía sobre los destinos mismos de la sociedad...” (p. 274). En tal aspecto, considera al jurado “una institución eminentemente republicana”, agregando: “El sistema del jurado, tal como se entiende en Norteamérica, me parece una consecuencia tan directa y tan extrema del dogma de la soberanía del pueblo, como el voto universal...”, siendo una clara manifestación de la política republicana. Ello es marcado como previo a toda discusión sobre el específico funcionamiento judicial. Precisamente, lo dicho es lo que estimo tuvo en cuenta el constituyente argentino y lo que jamás fue implementado por el legislador ordinario.

<sup>22</sup> BINDER, *Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina* cit.

Maier ha señalado que es precisa una observación atenta de nuestra Constitución para determinar con exactitud “en cuáles aspectos políticos del enjuiciamiento penal nuestra Ley Fundamental ha decidido algo por sí misma y cuáles ha dejado librados al legislador común”<sup>23</sup>; entre los primeros se encuentra lo relativo a “las formas del juicio penal” que, por los ya mencionados antecedentes, debe concretarse de manera pública (por otra parte, exigencia republicana), oral, continua y contradictoria, con protagonismo de las partes y ante un tribunal colegiado, independiente e imparcial que falla sobre la base de los elementos a que ha asistido en el debate y por ello conocido en relación de inmediación. Y todo esto, porque como bien se dice en la citada Exposición de Motivos, “es imposible concebir un juicio ante jurados sin la publicidad, oralidad y continuidad del enjuiciamiento...”<sup>24</sup>

## 6. Conclusiones y perspectivas

Las pautas referidas han ido extendiéndose no sólo a un amplio y serio desarrollo interpretativo y doctrinario, sino que han estado presentes en proyectos modificatorios, tales como los ya aludidos de las provincias de Córdoba, Tucumán, Santiago del Estero y Santa Fe; en el amplio espacio latinoamericano, debe citarse el denominado Código Procesal Penal Modelo y las modificaciones, concretadas o proyectadas, de Guatemala, Ecuador, Costa Rica y El Salvador.

Desde la perspectiva de un desenvolvimiento teórico, puede tomarse como un dato de la evolución del pensamiento jurídico la adopción de un paradigma constitucional en el abordaje de las cuestiones que hacen al enjuiciamiento penal, lo que en alguna medida también ha influido positivamente –con las lógicas particularidades de cada situación política– en tendencias legislativas. En cambio la jurisprudencia, salvo casos aislados y

<sup>23</sup> MAIER, ob. cit., p. 652.

<sup>24</sup> MAIER, ob. cit., p. 653.

excepciones destacables, ha parecido más inclinada hacia criterios ritualistas que a una verdadera interpretación constitucional, lo que puede contribuir a explicar al escaso ahondamiento sobre una cuestión de tanta trascendencia y la resistencia al cambio por parte de la mayoría de los operadores judiciales.

El tema es en verdad preocupante, toda vez que dentro del esquema institucional trazado por la Constitución, la función de interpretarla y aplicarla corresponde al Poder Judicial sin distinción de jerarquías o fueros; dentro de nuestro sistema, todo juez está investido de la facultad de declarar inconstitucional la ley, decreto, reglamento o resolución que se aparte de la normativa fundamental, pero no de un modo general o abstracto, sino en un caso concreto y singular.

Es probable que nuestra historia institucional hubiese seguido por otros carriles de haberse contado con un poder judicial que verdaderamente lo fuera, es decir, auténticamente independiente y no sometido ni complaciente hacia la autoridad central y que hubiese guiado la aplicación del Derecho común con criterios de apertura constitucional y con fidelidad al espíritu que la anima<sup>25</sup>.

De todas maneras y como balance final, no puede desconocerse que los intensos debates sobre estos temas han contribuido a un generalizado cambio de mentalidad y a instalar en la discusión pública cuestiones que décadas atrás hubiesen sido directamente impensables. Así mismo, el análisis de los problemas constitucionales respecto de la realización penal, han sido justamente ubicados dentro de la sistemática general del orden punitivo, lo que ha dado mayor dimensión y amplitud a los enfoques.

Con la precedente óptica hemos de abordar en las páginas siguientes el tema de los límites constitucionales al poder punitivo del Estado, teniendo en cuenta así mismo los serios cuestionamientos que hacia el mismo se dirigen en la actualidad desde un pensamiento académico cada vez más crítico del sis-

<sup>25</sup> BERGALLI, ob. cit.

tema y su funcionamiento, que es denunciado como operando al margen de la normatividad y carente de legitimidad<sup>26</sup>.

Todo esto ha implicado perspectivas críticas de análisis que han hecho en gran medida abandonar los enfoques de la dogmática tradicional, advirtiéndose un notorio paso de lo sistemático a lo problemático y una preferencia por estudios de índole sociológica y política, los que se han centrado en el auge de una nueva criminología que describe la realidad del sistema, al que reprocha su irracionalidad, su selectividad y el cumplimiento de fines por completo diversos de los proclamados.

A fines del siglo XX se vive en el campo de la teoría penal una situación en alguna medida similar a la que se dio en las postrimerías del siglo XVIII, es decir, un profundo descontento hacia el sistema penal vigente. Para complicar aún más la cuestión, otro discurso crítico, pero de signo contrario, también cuestiona lo vigente: desde la opinión publicada de los grandes medios de comunicación se insiste en el fracaso de la legislación imperante por excesivamente benigna e ineficaz para controlar una creciente criminalidad, la que –se dice– ha crecido en forma notable generando una cada vez más extensa e intensa inseguridad ciudadana.

Todo abordaje del tema penal se encuentra, quiéraselo o no, inmerso entre estas dos corrientes y sacudido en sus conclusiones por tales reclamos de signo contrario, cada uno de los cuales tiene argumentos de peso, tanto teóricos como de datos reales. Esto lleva a que, como se dijo en anteriores páginas, se haya desembocado en una válida y necesaria perspectiva político-criminal, ya que en definitiva se trata de establecer pautas para la convivencia desde el poder político. Pero acá retornamos a lo que ha sido el punto central del presente capítulo: esa política criminal debe tener como guía axiológica y teleológica las pautas constitucionales, es decir, el conjunto de preceptos que organizan y limitan el poder gubernamental para posibilitar mínimos aceptables de coexistencia.

<sup>26</sup> VAZQUEZ ROSSI, *El Derecho Penal de la democracia* cit.

## CAPITULO VII

### **LAS CONDICIONES DEL EJERCICIO DEL PODER PENAL DEL ESTADO**

El principio de legalidad que preside la entera organización del Estado de Derecho significa que toda la configuración y actividad de los órganos de gobierno está subordinada a la ley; nada ni nadie está por fuera del marco legal, el que, a su vez, descansa sobre el cimiento constitucional, fundamento del orden jurídico y base de las condiciones de legitimidad del sistema.

De tal manera, lo que se entiende como poder penal estatal, es decir, la serie de actos que determinan conductas punibles y sus consecuencias y los métodos para aplicar una sanción, se encuentra sujeto a una compleja serie de condiciones derivadas de la normatividad fundamental.

Tales condiciones se originan (lo que ya se ha visto en el presente trabajo) en un entramado de hechos y de ideas y se configuran, como dice Núñez, en los fundamentos políticos del ordenamiento penal; la legitimidad del mismo deriva, precisamente, del cumplimiento de esos requisitos los que, a su vez, implican valoraciones profundas en orden al ejercicio de la autoridad y las zonas intangibles de libertad y de seguridad de los individuos.

Desde la perspectiva de la evolución histórica es dable advertir la línea general de progresivas limitaciones al ejercicio

de la autoridad penal que, desde el medioevo hasta nuestros días (salvo esporádicos retrocesos) registra creciente sujeción a principios y normas reguladoras.

Lo señalado abarca por igual al concepto de delito, al catálogo punitivo, a los procedimientos aplicativos y a las penas.

Esta evolución (por cierto aun necesitada de poderosos impulsos) deriva en gran medida de las ideas críticas sobre los métodos vigentes en cada momento y de movimientos políticos transformadores de signo liberal y se inscribe dentro del más amplio ámbito de las estructuras de poder.

Es un dato sabido, derivado de la experiencia histórica, que el ejercicio del poder penal ha tenido en muchos períodos manifestaciones intolerables, sirviendo para la persecución y aniquilamiento de todos aquellos que, en una u otra forma, se oponían o por cualquier causa no participaban de los criterios o formas de vida consagrados como legítimos por el poder dominante: la indeterminación de lo que se entendía como delito y la discrecionalidad judicial; lo arbitrario de los métodos averiguativos y lo terrible de las penas, fueron notas definidoras de un modo de ejercer la justicia punitiva; junto con la guerra, le correspondió al sistema penal el triste privilegio de encabezar la lista de los peores males sufridos por el individuo en la vida social<sup>1</sup>.

El propio impulso de las líneas críticas y la existencia de defectos notorios (muchos de los cuales, es fuerza reconocerlo, no provienen de las normas, sino del apartamiento real de las mismas) del sistema penal ha conducido al pensamiento académico a deslizarse por una pendiente de diatribas hacia el ordenamiento punitivo. Este torrente cuestionador ha evidenciado multitud de deficiencias y sometido lo vigente a análisis demoletores, al extremo de hacer aparecer toda reflexión sobre

<sup>1</sup> CREUS, Carlos, *Crítica al nuevo proceso penal*, en *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, 1974, N° 17; en p. 23, puede leerse: "Si se piensa que después del hambre y la guerra pocas creaciones humanas han causado tantos sufrimientos morales y físicos como el proceso penal..."

alguna zona particularizada del sistema como una tarea sin sentido o, más aún, de perverso conservadorismo. Claro está, si lo que se rechaza es la misma existencia del sistema y lo que se somete a una crítica radical es la propia legitimidad de la reacción penal, carece de sentido toda ocupación que, en una u otra forma, construya sobre lo que, precisamente, quiere destruirse.

Lo antedicho no puede desconocerse. Más aún, debe advertirse que ha constituido una línea permanente implícita en los mejores logros de un pensamiento progresista que paulatinamente contribuyó a desterrar la identificación de delito y pecado, las graves penas corporales y los suplicios públicos, los desbordes autoritarios institucionalizados y el arbitrio judicial, la regla de la privación cautelar de libertad y los confinamientos en condiciones inhumanas, el descrédito de la pena de muerte, el secreto investigativo, la punición de conductas privadas y otra considerable cantidad de aspectos que en nuestra actualidad (aunque en la vida real puedan aún darse) resultan jurídicamente inconcebibles.

En este aspecto asiste razón a la reflexión de que “las grandes victorias del abolicionismo están pasando lentamente al olvido y con ellas la experiencia de que nunca ha habido grandes transformaciones sociales en la historia de la humanidad que no hayan sido consideradas utópicas o irreales por la mayoría de los expertos, aun pocos años antes de que lo impensable se convirtiera en realidad”<sup>2</sup>.

Es de extrema pertinencia recordar y tener presente la señalada idea, ya que toca de manera puntual al tema que nos ocupa. Porque, precisamente, el esfuerzo de poner límites racionales al poder punitivo del Estado, concretado en lo básico en lo que denominamos sistema de garantías, se engloba dentro

<sup>2</sup> SCHEERER, Sebastián, *Hacia el abolicionismo*, en *Abolicionismo penal*, trad. de Mariano A. Ciafardini y Mirta L. Bondanza, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 17.

de una concepción más amplia y profunda sobre el hombre, la sociedad y la autoridad<sup>3</sup> (lo que, de alguna manera, se evidenció al tratar de los sistemas procesales). Esta concepción debió luchar en todos los órdenes para imponerse y ello no sin momentos de retroceso.

Este abolicionismo “parcial” no debe confundirse con “el radical”, ya que mientras el primero se dirige hacia cuestiones o manifestaciones puntuales, abogando por modificaciones concretas, el segundo pretende la entera desaparición del sistema.

De todas formas, desde una u otra perspectiva, el tema de una racional limitación del poder punitivo puede valorarse como una de las centrales en toda la evolución del Derecho Penal liberal.

Ahora bien, aunque mucho se haya avanzado en la dirección indicada, cualquier observador medianamente objetivo puede encontrar múltiples zonas en las que perduran graves deficiencias y sobre las que es preciso profundizar reformas<sup>4</sup>. Y si a esto agregamos que de manera paralela al que hemos caracterizado como discurso académico existe otro igualmente de tono crítico hacia lo vigente, pero de signo por completo contrario<sup>5</sup>,

<sup>3</sup> POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos* cit. Señala el autor al comienzo de su obra (p. 15): “...algunas de las dificultades enfrentadas por nuestra civilización, de la cual podría decirse, para caracterizarla, que apunta hacia el sentimiento de humanidad y razonabilidad, hacia la igualdad y la libertad; civilización que se encuentra todavía en su infancia, por así decirlo, y que continúa creciendo a pesar de haber sido traicionada tantas veces por tantos rectores intelectuales de la humanidad. Se ha tratado de demostrar que esta civilización no se ha recobrado todavía completamente de la conmoción de su nacimiento, de la transición de la sociedad tribal o ‘cerrada’, con su sometimiento a las fuerzas mágicas, a la ‘sociedad abierta’ que pone en libertad las facultades críticas del hombre. Se intenta demostrar así mismo que la conmoción producida por esta transición constituye uno de los factores que hicieron posible el surgimiento de aquellos movimientos reaccionarios que trataron y tratan todavía de echar por tierra la civilización para retornar a la organización tribal...”

<sup>4</sup> V. supra Cap. III, nota 19.

<sup>5</sup> VAZQUEZ ROSSI, *El Derecho Penal...* cit., Cap. VI.

que aboga hacia una multiplicación y efectividad mayor de la respuesta penal estatal, concluiremos sin esfuerzo en que la cuestión mantiene su plena y dramática actualidad.

Porque por un lado se resta legitimidad y utilidad al sistema penal, se lo tilda de perverso, selectivo e intrínsecamente injusto; se dice que no soluciona conflictos, sino que los profundiza, cuando no directamente los genera. Y por el otro, se sostiene la necesidad de respuestas rápidas y eficaces, de una drástica supresión del delincuente y de un aumento de delitos, penas y organismos de vigilancia y represión.

A nadie escapa que si bien desde un punto de vista teórico lo apuntado corresponde más estrictamente al campo del Derecho Penal, repercute de manera directa en lo realizativo. Porque es dentro de nuestro territorio donde se producen los puntos álgidos: aquí es donde declarará el imputado; donde deberemos plantearnos si es posible o no obligarlo o constreñirlo a que confiese y aporte datos sobre lo que se investiga; donde tendremos que analizar las facultades y límites de la investigación y las condiciones y valor de la prueba. Y el lugar, en definitiva, en el que se impondrá la sanción. Además de todo ello, es dentro de la actividad procesal donde, de hecho, se imponen anticipos punitivos, actuando el ordenamiento realizativo como aparato de control social.

De ahí que cuando, como ha ocurrido en diversos países y contextos, se alienten políticas de lo denominado como seguridad ciudadana y/o nacional, es en el campo procesal en el que se producen endurecimientos que limitan el esquema garantista y acuden al encarcelamiento preventivo como regla.

Pero de todas formas, aun dentro de tan tormentoso contorno, no puede eludirse la pregunta inicial que subyace bajo toda consideración seria sobre la cuestión penal y que refiere a si el sistema punitivo tiene sentido, legitimidad y utilidad.

He tratado en otra obra de dar una respuesta a este interrogante fundamental, relacionando el problema con la más amplia perspectiva derivada de un enfoque político. Así, las condiciones de

actuación del ordenamiento penal encuentran sentido dentro de la estructura normativa constitucional y están dentro de las características y límites del Estado democrático<sup>6</sup>, lo que significa que tal ordenamiento tiende a asegurar zonas de libertad y posibilidades de convivencia en la vida de relación, como así también la protección de ciertos valores esenciales a la coexistencia.

Dentro de la vida en sociedad pueden darse (y de hecho así ocurre con frecuencia) comportamientos gravemente lesivos o afectantes de bienes esenciales, tales como la vida, la integridad física, la libertad, la disponibilidad patrimonial, la buena fe en las transacciones, la regularidad en el ejercicio del poder y la administración, la salud pública, etcétera. Esas conductas –que el legislador define abstractamente como delitos– implican conflictos de orden público por su trascendencia social, excediendo el marco de disponibilidad de los individuos y exigiendo una respuesta estatal. El sistema penal pretende que tales sucesos no ocurran (función disuasiva y de prevención general) y, cuando acontecen, determina la realidad del mismo y de su autor e imponer la sanción prevista (prevención especial y restauración del orden quebrado). Para este último aspecto prevé los métodos de persecución investigativa y de debate tendientes a la aplicación de las disposiciones sustantivas, todo lo cual es lo que conocemos como regulación procesal.

Para que ello se haga dentro de niveles de racionalidad y proporcionalidad, para que no se genere un conflicto mayor que el ya acontecido, para que no se inflija al individuo castigos desmesurados ni se incurra en arbitrariedades, para que la violencia inherente al conflicto penal no se desborde, para desterrar la venganza privada, para que no se invadan zonas de intangibilidad y para que se determine con la mayor exactitud la responsabilidad por el hecho, ha ido generándose lo que conocemos como sistema de garantías que, en definitiva, no es otra cosa que las condiciones legales del ejercicio del poder punitivo estatal.

<sup>6</sup> VAZQUEZ ROSSI, *El Derecho Penal...* cit.

## 1. ¿Por qué garantías?

Esta pregunta, casi nunca formulada de modo explícito, está implícita como interrogante que debe responderse, asumiendo directamente el problema. Aparentemente, carecería de sentido para un abolicionista radical que la misma lógica de su discurso convirtiera el problema en inexistente, ya que de lo que se trata es de suprimir por completo el entero sistema penal existente. Y desde la posición contraria, quienes sostienen que el aumento de la criminalidad deriva en considerable medida de su debilidad y permisibilidad, de privilegiar al delincuente y desamparar a la sociedad, también abogarán en contra de las garantías. Este discurso no es nuevo y por lo común ha sido la línea argumental de todos los regímenes inspirados en valores de orden y seguridad y potenciación del autoritarismo; así mismo, deviene como una suerte de justificación de aquellas posturas que recurren a efectivas vías de hecho a través de ejecuciones sumarias de delincuentes, linchamientos, escuadrones de la muerte, asesinato de los niños de la calle, policías privadas, etcétera. Es decir, todo lo que constituye la represión informal, "extrainstitucional", pero a veces tolerada, si no producida, por el propio sistema.

La primera y más notoria razón de un sistema de garantías deriva de la necesidad social de poner límites a la violencia, ya que sus efectos destructores pueden socavar las bases de convivencia; en tal sentido, así como el delito puede entenderse como una agresión a bienes imprescindibles para la coexistencia, así como es preciso evitar que el hombre sea lobo para el hombre y para ello se requiere de un poder general que controle a los individuos, cuando tal poder es ejercido indiscriminadamente se genera el mismo efecto que se pretendía evitar.

Los hombres abundamos en experiencias históricas sobre los males derivados de un uso abusivo del poder estatal y de las consecuencias del uso indiscriminado de la violencia. Ello no sólo desde el punto de vista de quienes soportaron tales

desbordes, sino dentro de una perspectiva más general, ya que salvo en supuestos de un predominio completo de un grupo sobre otro, los excesos de dominación a la corta o a la larga generan reacciones incontrolables.

Lo que ocurrió históricamente con las regulaciones penales es que, por lo general, fueron concebidas y utilizadas como concreto medio de afianzamiento de poder y control social, resultando de ello un ejemplo elocuente el caso del auge inquisitivo promovido en España por los Reyes Católicos al culminar la Reconquista; fundamentalmente se trataba de destruir y constreñir a moros, judíos y conversos poco confiables y a toda manifestación de ideas que en cualquier forma cuestionasen el sistema de autoridad religioso-político imperante. Es decir, un funcionamiento punitivo, en extremo gravoso, pensado y usado contra “el otro”, el distinto, aquel que no participaba de la aureola de protección del grupo dominante. Con variantes de utilización y justificación, tal mecanismo ha sido empleado en muy diversas circunstancias y contribuye a explicar la evolución de la materia. Ahora bien, cuando ese mecanismo, por razones diferentes, atrapa no sólo a los “otros” sino a “nosotros” (el caso de la burguesía en ascenso en la época moderna), comienza a postularse una limitación de tal poder, entendiéndose como válida para “todos” y se aboga, en consecuencia, por una racionalidad y limitación.

En esta idea del “para todos” encontramos las bases para un análisis más profundo. Un estudio fenomenológico de la realidad hace patente el dato de experiencia de la radical identidad de los aspectos relevantes de la condición humana, esto es, que cada hombre es un centro de identidad desde el cual percibe y valora el mundo. El yo y la conciencia lo convierten en un fin en sí mismo, en un sujeto que, en esencia, no es más ni menos que todos y cada uno de sus semejantes.

Como es sabido, la precedente línea de pensamiento fue desarrollada en la Ilustración y consolidada por Kant; señala Cassirer

hablando de Diderot, "...el vínculo verdadero y firme reside en la uniformidad" de las inclinaciones de los hombres, "de sus impulsos, de sus necesidades sensibles"<sup>7</sup> y en todo ello se encuentra la unidad orgánica. Lo que quiero para mí debo quererlo para los otros; lo que no quiero para mí no puedo quererlo para los otros. Es lo que lleva al imperativo categórico del hombre como fin en sí mismo y en la máxima de obrar de tal manera que pueda ser entendida esa conducta como ley universal.

No se trata dentro de los límites de este trabajo de efectuar una profundización en las grandes líneas filosóficas, sino simplemente de traer a cuento algunas direcciones de pensamiento que fueron construyendo el concepto de persona humana y su consecuente zona de intangibilidad frente al poder<sup>8</sup>, todo lo cual resume Nino en los tres principios fundamentales de inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona<sup>9</sup>.

El hombre, como ser autorreflexivo y capaz de perseguir valores, está investido de derechos básicos. Esto es lo que contemporáneamente se ha denominado como "Derechos Humanos", que derivan de principios morales previos al orden jurídico y que otorgan pautas interpretativas. Son derechos que corresponden a *todos* los hombres, sin que quepan restricciones por particularizaciones de razas, clases o condiciones de comportamiento. Como sintetiza Nino: "Los Derechos Humanos serían [...] aquellos derechos morales que se poseen sólo por la razón de ser un individuo humano"<sup>10</sup>.

El desenvolvimiento del tema ha seguido una línea que, de modo preponderante, lo liga a un desarrollo ampliamente ex-

<sup>7</sup> CASSIRER, ob. cit., p. 274.

<sup>8</sup> VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *La defensa penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, Cap. II. Ver igualmente: OPPENHEIM, Félix E., *Los principios morales en la filosofía política*, trad. de Ramírez Arazza y J. Utrillo, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.

<sup>9</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 46.

<sup>10</sup> NINO, ob. cit., p. 42.

plicable por circunstancias históricas y definido, precisamente, por el punto que nos ocupa: limitar el poder estatal. Esto no significa que quien ejecuta conductas de violencia contra otro no lesione sus derechos fundamentales, sino que esto, al ser materia del ordenamiento jurídico positivo (y una de las razones que pueden contribuir a su legitimación) encuentra expresa respuesta en ese ordenamiento.

Tal vez en la situación antedicha se encuentre un punto de inflexión fundamental de la problemática penal. La mayor parte de los autores que tratan de la cuestión reflexionan sobre que la función de este ordenamiento es la de proteger la convivencia; el individuo, como tal, no puede subsistir abandonado a sus propias fuerzas, necesitando –para realizarse– de la protección que le da el orden jurídico. Como refuerzo del mismo, como frontera última, opera el Derecho Penal<sup>11</sup>.

Ahora bien, si esa regulación que se justifica para evitar los desbordes y agresiones, para asegurar zonas de libertad e intangibilidad, se formula, concreta y lleva a cabo de modo que se aparte o desborde del sentido y límites funcionales que la legitiman, se produce la dramática paradoja (de la que la historia ha ofrecido abundantes ejemplos) de que se actúa en contra de la coexistencia, con el agravante de que la violencia institucionalizada ocasiona lesiones más hondas en el tejido social que la proveniente de los individuos.

Es casi un lugar común señalar que la paradoja del Derecho Penal consiste en que, para asegurar ciertos bienes, amenaza y provoca determinados males. Entonces, si éstos son mayores que los que quieren evitarse, se ingresa en una zona calificable de absurda y de hecho intolerable para los individuos y la sociedad.

No extraña entonces que por lógica y por realidad, la función básica de los Derechos Humanos haya sido y sea la de proteger al individuo frente al poder y la violencia estatal, con-

<sup>11</sup> JESCHECK, ob. cit., t. I, ps. 3/4.

tribuyendo no sólo a la racionalidad del sistema sino también –y de modo expreso– equilibrando la relación de fuerzas, ya que por un lado se encuentra el aparato institucional con todos los medios a su disposición y, por el otro, el individuo.

Así mismo, en el análisis de la cuestión entra en juego un importante elemento y que es el concerniente a los aspectos éticos que dan sentido a la válida persecución y castigo del delito; tal aspecto ha sido puesto en claro por la mejor doctrina judicial y se relaciona estrechamente con lo que ya hemos estudiado como la interpretación o paradigma constitucional. En tal sentido, la idea es la de que si se entiende el delito como un aspecto negativo para el individuo y la sociedad, como una conducta que contraría los bienes necesitados de protección, mal puede combatirse el delito con el delito o, peor, convertir la justicia en beneficiaria o permisiva de conductas delictivas hechas en su nombre<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> En el considerando 5º del fallo “Montenegro, Luciano”, del 10 de diciembre de 1981, la Corte expresó: “Que el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional (el de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo) no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”.

En el caso “Ruiz, Roque A.”, del 17 de setiembre de 1987, la Corte se basa en la doctrina del caso “Montenegro, Luciano” y señala dentro del considerando 8º que “debía descalificarse como elemento de cargo todo lo que hubiese llegado a conocimiento de la justicia por medio de obtención ilícita”, remitiéndose en el considerando 10 de manera textual a lo que citamos anteriormente, luego de expresar que “el tribunal ya ha declarado que carecen de validez las manifestaciones que fueron fruto de apremios ilegales, aun cuando hubieren prestado utilidad para la investigación; porque el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad –su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley, y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley– ha sido resuelto dando primacía a este último”.

En “Rayford” (13-5-86) desarrolla la doctrina “de la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vía ilegítima”, haciendo alusión nuevamente

Por otra parte, la existencia de las garantías limitativas del poder penal estatal hacen a la necesidad de contar con márgenes objetivos de seguridad que dificulten el arbitrio e impidan el desborde autoritario y, con él, la incertidumbre.

De tal manera, las mismas razones que llevan a justificar el poder que la sociedad puede ejercer sobre el individuo, conducen a los límites infranqueables que tal poder, para ser legítimo, debe encontrar en su ejercicio.

La amplia perspectiva de esta cuestión hace a las relaciones entre autoridad e individuo, entre poder y libertad y abarca por entero el ámbito de la organización política de una sociedad. Pero es dentro del sistema penal en general y en el campo realizativo en particular donde alcanzan una especial significa-

al conflicto de intereses presente en todo proceso penal, pero agregando la importancia de prevenir (y castigar) "el menoscabo de los derechos individuales" resultante de "la aplicación de métodos inconstitucionales por parte de quienes se encuentran encargados de resguardar su cumplimiento".

En "Charles Hnos.", de 1891 (*Fallos*: 46:36), la Corte ya había sentado, en orden a los papeles privados, descalificando lo que consideró "el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley".

En el difundido "Monticelli de Prozillo" (10-8-84), la Corte hace una profunda exégesis del alcance que cabe asignar a las garantías constitucionales y de "la observancia por parte de los organismos de prevención de estas garantías", fallando sobre un caso de irrupción policial en domicilio privado sin la correspondiente orden, donde secuestra un arma de guerra.

Se citan fallos de la Corte norteamericana ("Weeks *c/United States*"; "Mapp *c/Ohio*"; "Wolf *c/Colorado*", etc.), en los que se destaca "el *argumento ético* (la cursiva me pertenece) respecto de la necesidad de preservar la integridad de la función judicial y el carácter ejemplar de los actos del Estado".

En los referidos pronunciamientos jurisdiccionales de nuestro máximo tribunal (que no siempre apareció fiel a esta misma doctrina) se siente con claridad la tesis de que la actividad que reprime el delito no puede incurrir en actividades de carácter delictivo o beneficiarse de ella. Porque ello, a más de intolerablemente paradójico, resulta contrario no sólo a las bases mismas de nuestro ordenamiento constitucional y a la idea de Estado de Derecho, sino a lo que podríamos considerar como el mínimo de ética para legalizar la estructura judicial y su funcionamiento y no convertir todo en una simple primacía de poderes, en meras vías de hecho presentadas bajo disfraces de palabras altisonantes.

ción. Allí, ante la hipótesis de que se ha producido un hecho reputado como delito, se plantea el cómo y de qué manera se lo averigua, cuáles son los métodos para tener por cierto el acontecimiento y de qué manera se arriba a la conclusión de culpabilidad.

Históricamente, al respecto, podemos ver manifestaciones de reacción punitiva inmediata: producida la ofensa o hallado el culpable, se le impone el castigo sin más dilaciones: los casos de propia defensa y de venganza privada, las lapidaciones y linchamientos son algunos ejemplos de esto. En el punto opuesto a esta suerte de espontaneísmo, encontramos aquellos métodos más elaborados y complejos en los cuales hay todo un aparato investigativo que, por sí y por lo general de un modo secreto, averigua lo concerniente a la conducta en cuestión y determina en consecuencia. Ambos extremos se unen en el hecho de la ausencia de actividad del imputado, en la carencia de oportunidad de discusión y en la falta de una oposición dialéctica a la postura incriminativa.

Y tanto el espontaneísmo (que también funciona como una reacción inmediata, de tipo militar, ante la falta) como el inquisitismo, a más de desconocer la relevancia de sujeto del atribuido (a quien se tiene por culpable desde el inicio) pueden conducir –y de hecho así ha ocurrido en múltiples ocasiones– a graves errores y, por ende, a extremas injusticias. De tal forma, la solución buscada no es tal, generándose una insatisfacción y una frustración mayores que, a más, provocan inseguridad. Y ello sin contar que tales métodos finalizan por lo común en un mero acto de fuerza, en un predominio del más fuerte.

Puede pensarse que, por exigencias racionales, un conflicto (interindividual o social) se soluciona cuando el mismo ha sido analizado adecuadamente, suficientemente acreditado y resuelto de un modo plausible, para todo lo cual son necesarias determinadas reglas de juego que estructuren una reacción mediata en la que puedan escucharse a los involucrados y alcan-

zarse un grado de objetividad en la decisión que aparezca así no como un acto de arbitrio sino como algo ajustado a las razones del caso. Ello, como veremos en el punto siguiente, se concreta a través de esa particular estructura que denominamos "proceso".

En síntesis, las garantías existen como una condición de seguridad limitadora de la autoridad, la que como poder se legitima en su ejercicio dentro de los carriles establecidos por la Constitución la que, a su vez, positiviza valores que derivan de la personalidad humana y generan derechos individuales cuya protección es fundamento del Estado Democrático de Derecho; así mismo, operan como una exigencia de razón para la determinación de los modos de averiguación y de atribución de responsabilidad.

En el capítulo anterior hemos analizado los principios básicos o condiciones legales del poder penal estatal que determina nuestra Constitución. Ahora trataremos con mayor nivel de definición aquellas formulaciones que se denominan *garantías judiciales*, es decir, las que operan frente a las funciones estatales de investigación y juzgamiento y "consisten en todos los procedimientos judiciales a través de los cuales un tribunal [...] resuelve pretensiones y decide conflictos"<sup>13</sup>.

Advertimos, así mismo, que existe en este conjunto regulador una *lógica de las garantías*. Es decir que al respecto se dan también exigencias de índole racional y que no nos encontramos ante una mera acumulación yuxtapuesta de principios inconexos, sino ante una estructura sistemática que presenta un sentido interpretativo global y que permite hallar derivaciones de unas a otras.

Por último, tales garantías aparecen dentro del Estado democrático moderno como fundamento del orden normativo positivo, ya que a más de figurar de modo expreso en el texto

<sup>13</sup> HERRENDORÉ, Daniel y BIDART CAMPOS, Germán J., *Principios de Derechos Humanos y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 216.

constitucional, aparecen en las declaraciones y pactos internacionales a los que el país adhirió. Igualmente, forman parte del Derecho Público Provincial que, en algunos aspectos, ha tenido un especial desarrollo.

## **2. La definición previa de las conductas punibles (legalidad y reserva)**

Tan importante tema ya ha sido considerado a lo largo de este trabajo; lo hicimos al hablar de las relaciones entre el ordenamiento sustantivo y procesal, al atender al proceso de criminalización y, de manera más amplia, en el anterior capítulo, todo ello sin contar las menciones relativas a la evolución histórica. Es que, sin lugar a dudas, nos hallamos ante uno de los pilares del Derecho Penal liberal y ante el punto inicial de derivación del sistema de garantías vigente. De ahí que sin perjuicio de lo ya tratado, sea oportuno una consideración específica dentro de un enfoque particularizado en orden a la realización.

Señalemos de una manera inicial que el principio de legalidad puede entenderse de manera amplia como consustancial al Estado de Derecho, es decir, aquel en el que los poderes públicos son regulados por el ordenamiento jurídico, como se explicó al tratar del constitucionalismo. No hay autoridad fuera del marco normativo. No hay poder legítimo que no se funde en las reglas constitucionales. Es lo que advierte Baratta cuando señala que “el Estado de Derecho se concreta [...] en los dos componentes esenciales de la legalidad en el sentido de las garantías de las libertades individuales y de la división de los poderes, entendido como principio de organización jurídica y delimitación de todas las funciones del Estado”<sup>14</sup>.

Desde este punto de vista, el principio o requisito de legalidad es abarcativo de toda la organización institucional y, en

<sup>14</sup> BARATTA, Alessandro, *El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual*, en *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Madrid, 1977, p. 14.

orden a la administración de justicia, implica la estricta sujeción de los órganos, dentro de la división de poderes, a las normas organizativas y procedimentales.

En el Estado moderno la legalidad significa la sujeción a la ley y el destierro del arbitrio; aparece como una condición de previsibilidad y, por ende, de seguridad, en el funcionamiento de la autoridad estatal.

En lo que hace de manera específica al ordenamiento penal, ya indicamos que la determinación normativa de conductas a las que se conmina con sanciones punitivas constituye el primer momento en el proceso de criminalización. El poder legislativo (único con tal facultad) decide, mediante los procedimientos pertinentes, la aprobación de una ley (en sentido estricto) que prescribe (implícitamente) un comportamiento que se estima dañoso para la vida social y a cuya comisión u omisión (descripción genérica del hecho típico) asocia como consecuencia un castigo legal (pena) que también se define.

La referida sanción punitiva es la que habilita el *ius puniendi*, es decir, la facultad punitiva del Estado que, en modo alguno –como la doctrina tradicional lo planteaba– es previa y genérica, sino que surge de la concreta ley penal y en los estrictos límites que ésta determina.

El principio es imprescindible para la construcción de toda actividad punitiva, ya que la garantía circunscribe los límites de lo prohibido y de sus consecuencias, por lo que todo aquello que no ha sido sancionado como delito no puede ser objeto de persecución.

El principio de legalidad, cuya formulación clásica es conocida mediante el aforismo *nullum crimen sine lege*, exige: a) existencia de ley; b) descripción definible del comportamiento que se incrimina y de sus consecuencias punitivas, y c) vigencia cronológicamente anterior a la ocurrencia real del hecho. Esto significa que el terreno de lo penalmente prohibido debe encontrarse precisamente acotado, circunscripto y determinado.

La descripción legal debe permitir individualizar con claridad los aspectos fácticos relevantes que, al darse en la realidad, puedan llevar a la pertinente investigación y juzgamiento.

La garantía es claramente formulada en el artículo 18 de la Constitución Nacional al hablar de que nadie puede ser penado sin juicio previo “fundado en ley anterior al hecho del proceso”, lo que complementa con el artículo 19 en el que establece que nadie “será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Esto lleva a que se entienda como fuente exclusiva y excluyente de la norma penal la ley, como formulación escrita y general dictada por el Poder Legislativo a través de los permanentes procedimientos. Al respecto, señala Núñez que “toda norma que no reúna las condiciones sustanciales de escritura y generalidad [...] o que no haya sido objeto de la debida sanción y promulgación por los órganos legislativos [...] no puede ser reconocida como fuente válida de infracciones y de penas”<sup>15</sup>.

Como es sabido, el principio de legalidad y sus derivaciones ha tenido particular y exhaustivo tratamiento dentro de las obras dedicadas al estudio de la parte general del Derecho Penal, lo que resulta lógico por su carácter básico de toda elaboración dogmática. Igualmente, los trabajos sobre el proceso penal sólo hacen referencias mínimas, ya que, a más de dar por supuesto su conocimiento, lo entienden como extraño al ámbito específico de la materia realizativa. Sin embargo, la incidencia del principio garantizador opera como presupuesto insoslayable para todo válido desenvolvimiento investigativo, ya que no puede darse una legítima actividad procesal penal sino ante hechos que presenten apariencia delictiva, esto es, que en su realidad concreta e histórica guarden una correspondencia con la descripción abstracta de la ley penal.

El Código Nacional, en su artículo 1º, habla expresamente, reiterando el texto constitucional, de que nadie podrá ser juz-

<sup>15</sup> NUÑEZ, ob. cit., t. I, p. 96.

gado ni condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, pero aunque otros digestos, como el de Córdoba, optan por no mencionar la garantía (obviamente, dándola por supuesta), las consecuencias en todos los casos es que no podrá actuarse sino ante una acción u omisión, dolosa o culposa, que presente correspondencia con una figura legal.

La acción penal pública promovible de oficio requiere, para su procedencia, de la ocurrencia real de un hecho de apariencia delictiva. La instrucción formal o la investigación fiscal preparatoria tienen por objeto comprobar la existencia del hecho delictuoso, estableciendo sus circunstancias e individualizando a los autores.

Si se denuncia un hecho que notoriamente no guarda correspondencia con figura penal vigente, deberá ser desestimada.

Para el supuesto de que una investigación se iniciara y se advirtiese que el hecho no encuadra dentro de una figura penal, de oficio o a petición de partes, deberá cesarse con la actividad persecutoria, lo que por lo general ocurre con el dictado de una resolución conclusiva mediante el auto de sobreseimiento. Ello también opera cuando el legislador desincrimina un hecho.

En síntesis, no cabe desarrollo procesal penal alguno que no tenga como base un supuesto fáctico previsto en la legislación sustantiva como hipótesis delictiva.

Por último, el principio de legalidad que, como ya se dijo, abarca también la sanción punitiva, condiciona la decisión jurisdiccional en orden a la imposición de pena, que debe inexorablemente ajustarse a las escalas y condiciones legales.

### **3. Judicialidad**

La determinación de si en un caso y a un individuo concreto le corresponde la privación de un bien jurídico como consecuencia de haber acontecido y cometido una infracción punible, sólo puede ocurrir dentro del esquema constitucional como una

decisión jurisdiccional dada como conclusión de un proceso regular.

Es de evidencia que se ha optado por un sistema de *reacción mediata* ante el hecho delictivo, lo que implica arbitrar procedimientos para determinar si en el caso concreto se dan los supuestos previstos en la ley sustantiva y, en consecuencia, previo juicio afirmativo de responsabilidad del imputado, aplicar la sanción legal.

La garantía tuvo formulación en el adagio *nullum poena sine iudicio*, también desarrollada con amplitud por la doctrina clásica.

El texto constitucional es claro al hablar de que nadie puede ser penado “sin juicio previo”.

A diferencia del ordenamiento privado que puede realizarse al margen del proceso, el penal requiere de una inexorable judicialidad; ello se explica por la trascendencia de la pena y por los bienes comprometidos, como así también por la necesidad de limitar el poder estatal.

Dentro del esquema de la división de poderes, la garantía de judicialidad implica la existencia y funcionamiento de órganos jurisdiccionales; así como la legalidad otorga la facultad legislativa al parlamento para la definición abstracta, general y escrita de las infracciones punibles, la determinación concreta, en un caso histórico y a un sujeto determinado, corresponde de modo exclusivo al Poder Judicial como órgano de aplicación de las leyes.

Así, para que ocurra una válida imposición de pena, es necesario que primero exista la ley, luego el hecho y posteriormente la decisión de condena; corresponde a la magistratura decidir si en el caso están dados los requisitos fácticos y normativos para la sanción; es una tarea de verificación mediante la interpretación para la aplicación.

Para Clariá Olmedo, nos encontramos ante “una prohibición de punir” sin los previos requisitos derivados de la formulación

de “un juicio fundado en una ley ya vigente al producirse el hecho que se juzga”, producido o contenido “en un proceso regular y legal”<sup>16</sup>. Por su parte, Maier entiende la garantía como la exigencia de una sentencia judicial de condena para que pueda darse la actuación concreta del poder penal material del Estado, o sea, la imposición de pena<sup>17</sup>.

En realidad, hay elementos suficientes para considerar que la norma constitucional abarca más que la exigencia de la decisión jurisdiccional y que su real operatividad refiere a que dicho pronunciamiento ocurra luego de un trámite determinado. En efecto, la palabra “juicio” es empleada en el precepto en el sentido jurídico que, de modo general, es entendible como la serie de procedimientos necesarios para arribar a una sentencia. Al respecto, conviene recordar que el diccionario Espasa Calpe define una de las más antiguas acepciones del término, de origen romano (*iudicio*), como “el conocimiento de una causa en la cual el juez ha de pronunciar la sentencia”, ejemplificando a continuación con la descripción de diferentes tipos de juicio, tales como “declarativo”, “ejecutivo”, “contradictorio”, “de faltas”, “extraordinario”, etcétera, lo que indica con claridad la correspondencia del vocablo para caracterizar el particular fenómeno procesal.

Es evidente entonces que la utilización de la palabra en la norma procesal no refiere a la operación lógica ni puede entenderse únicamente como sinónimo de sentencia. Y ello, porque además de lo que nos enseña la interpretación gramatical (que con toda verosimilitud ha sido la elegida por el constituyente), es confirmada y fortalecida por la sistemática, tanto por el empleo del concepto en el contexto dentro del cual obra como por la dirección general a que tiende la formulación sobre el propósito de afianzar la justicia (preámbulo) y los medios y condiciones para lograrlo, de todo lo cual tratamos al hablar

<sup>16</sup> CLARIA OLMEDO, *ob. cit.*, t. I, p. 57.

<sup>17</sup> MAIER, *Derecho Procesal...* *cit.*, t. I “B”, ps. 240 y ss.

en el anterior capítulo de la interpretación constitucional sobre esta materia.

En consecuencia, la decisión conclusiva que disponga la imposición punitiva debe ocurrir como necesaria culminación de una previa tramitación, lo que resulta necesario, además, por la exigencia de racionalidad republicana de todo acto de gobierno. En la misma lógica, esto conduce a interrogarnos sobre cuál debe ser esa tramitación, pregunta que tiene clara respuesta en el mismo texto constitucional. Y la misma determina que no se trata de cualquier procedimiento, sino de uno que se tramite ante los jueces naturales (exigencia de legalidad en todos los sentidos ya vistos, y de imparcialidad) y con los demás requisitos enumerados en el artículo 18 de la Constitución Nacional y pactos internacionales. En tal sentido, Clariá Olmedo considera que la garantía del juicio previo refiere a “un proceso regular y legal, el que debe necesariamente preceder a la sentencia...”<sup>18</sup>

Así, “juicio” debe ser comprendido como sinónimo de proceso, entendiendo por tal la categoría jurídica específica que implica una relación contradictoria de dos ante un tercero imparcial e impartivo.

De acuerdo con reiterada doctrina judicial, para que se cumpla la garantía es precisa la secuencia de acusación, defensa, prueba y sentencia<sup>19</sup>, a las que debe agregarse que todo ello acontezca en un tiempo razonable.

Si complementamos los indicados elementos con lo que tratamos en el capítulo anterior respecto al tipo de proceso penal que elabora como modelo el conjunto de las disposiciones cons-

<sup>18</sup> CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. I, p. 59.

<sup>19</sup> La Corte ha sentado la doctrina de que “las garantías que en materia criminal asegura y consagra el art. 18 de la Carta Fundamental, consisten en la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictadas por los jueces naturales...” (*Fallos*: 116:23; 119:284; 125:10, etc.). Sobre esta base, lleva razón la observación de Clariá Olmedo en su *Tratado...* de que la correcta denominación de la garantía es la de un previo proceso legal.

titucionales, concluiremos que el de procedimiento diseñado por la constitución al hablar de juicio es lo que doctrinariamente se entiende por tal, es decir, la etapa contradictoria concretada como debate público, con intervención partiva e intermediación probatoria. Precisamente, el convencimiento de la necesidad de adecuarse a estos parámetros dio solidez a las críticas, ya referidas con anterioridad, que tacharon de inconstitucionalidad organizaciones procedimentales como la del Código Federal de 1888 o la ley 6740 de la Provincia de Santa Fe.

Por lo general, los códigos procesales vigentes hacen alusión a esta garantía en el artículo inicial.

Por último, es de interés señalar que Bidart Campos ha relacionado el tema con el más amplio de lo que denomina como *derecho a la jurisdicción* y que forma parte del valor “seguridad jurídica”, es decir, contar con un procedimiento legal para arribar a una razonada aplicación del Derecho<sup>20</sup>. Todo habitante, ya fuere de manera voluntaria, como en las relaciones privadas, o coactiva, como en el campo del ordenamiento penal donde es obligatoriamente traído al proceso (lo que justifica razonablemente que el cumplimiento de las garantías sea reforzado), debe tener ante sí mecanismos idóneos, adecuadamente predisuestos para ser escuchado y postular, acreditar y alegar y, finalmente, recibir una decisión sobre su caso que resulte conforme a los hechos de la causa y al derecho vigente. Esto implica que el derecho a la jurisdicción no se agote en la mera existencia de órganos judiciales, sino que se despliega a través de los diferentes actos y etapas constitutivos del proceso, el que, a su vez, no puede ser cualquier serie de procedimientos, sino los que conformen un esquema que responda a la pauta valorativa de “debido”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> BIDART CAMPOS, *Manual de Derecho Constitucional* cit., p. 401.

<sup>21</sup> La ley 7055 de la Provincia de Santa Fe establece en el inc. 3º de su art. 1º como una de las causales que abren el recurso de inconstitucionalidad provincial la lesión al derecho a la jurisdicción, comprendiendo dentro de la misma los supuestos elaborados por la doctrina judicial de la descalificación por arbitrariedad.

Porque la garantía de judicialidad adquiere su sentido más profundo en relación a la aspiración y misión del Estado de “afianzar la justicia”, lo que en definitiva es el cimiento de todo lo que hasta el presente hemos considerado. Por cierto que plantearnos el interrogante sobre qué es la justicia excede con holgura los límites de este trabajo, ya que constituye una de las preguntas básicas presente en toda la historia de la filosofía occidental y aun hoy centro de profundas reflexiones. Pero como bien dice Popper cuando inquiere sobre lo que en realidad queremos decir cuando hablamos de “justicia” es de que se cumplan ciertas pautas atinentes tales como “una distribución equitativa de la carga de la ciudadanía, es decir, de aquellas limitaciones de la libertad necesarias para la vida social; un tratamiento igualitario de los ciudadanos ante la ley [...] imparcialidad en los tribunales”, y condiciones de igualdad, es decir, de dar a cada uno lo que le corresponda y de no incurrir en arbitrariedades<sup>22</sup>.

En consecuencia, judicialidad es decisión “justa” ocurrida en un proceso regular.

Lo que en definitiva constituye el *debido proceso* es materia del desarrollo de este entero trabajo, pero resulta útil que nos detengamos en la noción, ya que la misma constituye una pauta interpretativa constitucional que sirve de cartabón para examinar situaciones concretas en las que se objete doctrinaria o judicialmente el incumplimiento de un procedimiento o de una resolución que se aparte de los parámetros correspondientes.

Linares Quintana, en su conocido trabajo específico sobre el tema<sup>23</sup>, ubica la noción en relación a “parámetros de racionalidad” y su elaboración como producto de la doctrina judicial, las fuentes del *common law*, al Derecho natural y al valor justicia. Señala que si bien es cierto que dentro de nuestra Constitución

<sup>22</sup> POPPER, ob. cit., p. 97.

<sup>23</sup> LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

no hallamos la expresión debido proceso legal, la misma surge como “garantía innominada”; de acuerdo con lo que ya hemos desarrollado sobre el “paradigma constitucional” puede reconstruirse el modelo procesal diseñado por las bases de nuestro ordenamiento jurídico. De tal forma y en lo que hace a la materia en consideración, la noción de “debido proceso” abarca tanto los aspectos adjetivos, procedimentales y la validez de los mismos, como los contenidos resolutivos que deben responder a criterios valorativos de racionalidad, seguridad y libertad.

En consecuencia, la garantía de judicialidad o de juicio previo significa dentro del esquema constitucional que todo individuo tiene derecho a contar con procedimientos legales establecidos de manera objetiva que le aseguren oportunidades reales de defensa y de imparcialidad y en los cuales la decisión conclusiva debe ser una aplicación racional del derecho vigente conforme a los hechos de la causa.

De esta fundamental garantía, que aparece como condición para el ejercicio del poder punitivo del Estado y como método válido para resolución de conflictos, se desprenden los restantes requisitos que, como el juzgamiento por jueces naturales, la prohibición de múltiple persecución, juzgamiento en tiempo razonable, etcétera, no son sino configurantes del debido proceso.

## CAPITULO VIII

### EL DEBIDO PROCESO

Las condiciones constitucionales para la válida realización penal se concretan institucionalmente a través de determinados métodos investigativos y discursivos que englobamos o comprendemos conceptualmente dentro de la noción de proceso<sup>1</sup>.

Desde las iniciales actividades provocadas por la noticia de

<sup>1</sup> Durante el auge de lo que se llamó "teoría del proceso" se prestó particular atención a esta noción que ocupó un puesto central. Se la distinguió de la de "procedimientos", entendidos como métodos secuenciales particulares dirigidos a determinadas finalidades aplicativas y se lo caracterizó como una categoría esencial. Entre las muchas definiciones (cuya utilidad es discutible) puede recordarse la de Eduardo B. Carlos (voz *Proceso*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXIII, p. 291) quien dice que proceso es "un conjunto de actos concatenados entre sí, desarrollados ordenada y progresivamente por las partes y el órgano jurisdiccional, dirigidos a obtener una declaración que actúe el Derecho positivo a un caso concreto y singular". El tema lo consideré en extenso en mi *Curso de Derecho Procesal Penal* (Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985). La referida categoría ha resultado útil para una confrontación crítica de los procedimientos vigentes con las exigencias lógicas de la noción de proceso que, con el aditamento de "debido", implica no sólo el cumplimiento de requisitos sustanciales sino una pauta axiológica de notoria pertenencia a los análisis sobre las reformas de la legislación realizativa. De una manera general, podemos aceptar que "proceso" es un método racional de debate, en condiciones igualitarias, ante un tercero imparcial e independiente, que resuelve el conflicto sobre la base de acreditaciones y argumentaciones y de acuerdo a las pautas del ordenamiento normativo.

un hecho de apariencia delictiva hasta la resolución conclusiva, se transita un camino normativamente previsto que, a través de la incorporación de acreditaciones y discusiones sobre el hecho y el derecho, arriba a una decisión en orden a la responsabilidad penal de la persona juzgada y las consecuencias de la misma.

Ya indicamos que, de acuerdo con la Constitución y la normativa fundamental, el referido tránsito procedimental debe, para su validez, ceñirse a requisitos estrictos. La garantía de judicialidad exige un proceso según Constitución.

En el presente capítulo, trataremos de esos requisitos que, por lo común, los códigos de procedimientos penales disciplinan en la parte inicial y que el de Santa Fe denomina con acierto como “normas fundamentales”, esto es, la base que da cimiento a todo el edificio procesal.

## **1. Juzgamiento por el juez natural**

Manda el texto constitucional que “ningún habitante de la Nación puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”, es decir que, conforme a los principios de igualdad de todos los hombres ante la ley y la eliminación de fueros especiales, la garantía de judicialidad –tratada en el capítulo precedente– exige que ante una imputación delictiva, los desarrollos procedimentales debidos estén bajo la dirección de órganos jurisdiccionales establecidos de manera legal con anterioridad a la ocurrencia del caso, sin que puedan darse juzgamientos privilegiados o agravados, ya fuere por razón de las personas o de los delitos, salvo las distinciones orgánicas de la organización judicial.

La disposición es concordante con las que prohíben al ejecutivo ejercer funciones judiciales, y con las que anatematizan la suma del poder público.

Así, la garantía debe entenderse en la coherencia de los

principios básicos del Estado de Derecho republicano de división de poderes y de igualdad ante la ley.

Desde este punto de vista es evidente que la garantía no es privativa del juzgamiento penal y se conecta con lo ya considerado respecto del derecho a la jurisdicción.

Ahora bien, dentro de la perspectiva del “debido proceso”, es obvio que no estamos dentro de una simple cuestión formal, en la que basta que haya un órgano estatal funcionalmente diferente del Legislativo y Ejecutivo. Y ello, porque no puede darse una decisión “justa” si quien la imparte está comprometido con alguno de los intereses derivados del conflicto, por lo que el *requisito de imparcialidad e imparcialidad* aparece como inherente a la noción de juez natural, lo que lleva, a su vez, a la independencia del órgano respecto de los restantes poderes del Estado.

En este sentido, es oportuno citar lo establecido en el artículo 8º, inciso 1º, del Pacto de San José de Costa Rica:

Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro del plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente o imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El tema de la independencia se relaciona con el de la *designación* de la magistratura, delicada cuestión que en la realidad ha presentado abundantes flancos para la crítica<sup>2</sup>, ya que el sistema imperante mayoritariamente –propuesta del Ejecutivo y decisión sobre la misma del Legislativo– determina que, de hecho, sea el poder político en el gobierno quien elige a los jueces, muchas veces con criterios asaz discutibles y pocas veces explicitados. Se ha procurado controlar esta discrecionalidad y asegurar mayores niveles de idoneidad mediante la intervención

<sup>2</sup> BERGALLI, ob. cit.

de los denominados consejos de la magistratura, diversamente integrados y con dispar representatividad, lo que se complementa con concursos de méritos sobre los aspirantes. De todas formas, confrontando los métodos existentes, se advierte que no hay panaceas infalibles y que el problema abunda en aspectos discutibles, pero, sin duda alguna, la propia organización republicana hace imprescindible que se atienda a métodos designativos más transparentes y que dentro de lo falible y perfectible de toda solución contribuyan a un mayor control de la ciudadanía sobre las condiciones de aquellos a quienes se encomienda y confía una de las más delicadas funciones estatales.

Ha sido también objeto de controversias la aplicación de la garantía respecto de cambios derivados de modificaciones de competencia o de procedimientos. Nuestra Constitución es enfática en prohibir las "comisiones especiales", es decir, los tribunales creados después del hecho para juzgar determinados casos, también conocidos como "tribunales de excepción". Ello se explica por antecedentes de nuestra historia patria cuya repetición quería evitarse y por influencia del constitucionalismo norteamericano. Pero fuera de estos supuestos en los que de manera deliberada se intenta someter el caso a un órgano de juzgamiento creado con posterioridad al hecho motivador, lesionando seriamente los requisitos de objetividad, seguridad, imparcialidad e independencia, cabe preguntarse si el precepto constitucional comprende modificaciones de jueces y organizaciones de competencia y procedimental. La cuestión se presenta ante nuevos ordenamientos procesales que transforman no sólo los trámites sino los órganos jurisdiccionales, tal como ocurrió en el ámbito nacional con la sanción y puesta en vigencia de la ley 23.984, al igual que con varios códigos provinciales. Estimamos que en estos casos, de índole general y justificados por lo común por un progreso en el diseño procedimental, no se da lesión alguna a la garantía constitucional, ya que se trata de modificaciones genéricas que no implican el propósito de colocar arbitrariamente al justiciable ante tribunales distintos

de los que le correspondían al momento del hecho<sup>3</sup>. De todas formas, es habitual que las leyes que establecen la vigencia de nuevos códigos prevean mecanismos de transición que pueden tanto otorgar opciones al imputado en relación a la etapa que se transite o mantener lo anterior para las causas en trámite.

Lo que de acuerdo con nuestra Constitución de ninguna manera puede admitirse es la pretendida actividad jurisdiccional de tribunales administrativos que impongan sanciones punitivas, aunque fueren de relativa levedad, como surge de las facultades otorgadas a la denominada justicia policial, tribunales municipales de faltas u organismos semejantes dependientes del Ejecutivo. Tales órganos, que en modo alguno tienen potestad jurisdiccional, no pueden imponer arrestos ni detenciones ni incursionar en aspectos que no fueren de exclusiva índole administrativa.

También aparece como más que dudosa la legitimidad de la justicia militar, tanto por las razones anteriormente señaladas como por establecer, de hecho, un fuero especial.

Resta ahora considerar el tema del jurado popular en relación a la garantía de juez natural. Ya indicamos al hablar de los criterios rectores que se desprenden del modelo constitucional, que nuestra Ley Fundamental, al lado de una magistratura técnica y oficial previó formas de participación directas

<sup>3</sup> La garantía de los jueces naturales tiene por objeto asegurar una justicia imparcial, a cuyo efecto prohíbe sustraer arbitrariamente una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tenía, constituyendo de tal modo, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada.

Dicha garantía no resulta, pues, afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia (*Fallos*: 234:482).

Las reglas que rigen las cuestiones de competencia tienden a tutelar la garantía del juez natural, de modo tal que no pueden considerarse violatorios de la misma a aquellos actos procesales razonables y oportunos, en la medida en que no estén desviados de su objeto propio, sino inspirados en una eficaz administración de justicia (*Fallos*: 298:312).

en el acto de gobierno jurisdiccional. Así, estos representantes populares, del común, los vecinos y pares del imputado, constituyen una garantía para el justiciable frente a las corporaciones judiciales y el poder estatal por ellas representado.

Si tomamos en cuenta los antecedentes históricos del instituto, concluiremos sin dificultad que dentro del esquema constitucional el juicio ante jurados populares aparece como una de las garantías del debido proceso, lo que se afirma al recordar que la disposición del artículo 24 se halla dentro de la parte dogmática de la ley fundamental.

De tal manera, el derecho de todo habitante de contar con el juzgamiento de sus conciudadanos, sus iguales, como paso previo a la determinación técnica, aparece como un requisito de profunda coherencia con la entera sistemática constitucional, con las fuentes que la nutrieron y con los problemas que se buscaban solucionar. Que el legislador ordinario haya secularmente desoído ese expreso mandato, es una de las tantas graves falencias de nuestro desarrollo institucional y de las manifestaciones de incoherencia entre lo querido por la Constitución y lo llevado a cabo por la legislación común y práctica judiciales.

## 2. Estado jurídico de inocencia

Ya fue considerado que el denominado *ius puniendi* no surge sino como consecuencia (y en tanto cuanto), el ordenamiento positivo establece el catálogo de infracciones punibles, de índole taxativo y no susceptible de interpretaciones ampliatorias o análogas.

La consecuencia de lo antedicho es que sólo y únicamente cuando en la realidad histórica se produce un acontecimiento que, en principio, responde a lo descrito como sancionable por la norma sustantiva, se ponen en marcha los mecanismos legales previstos y exigidos por la garantía de judicialidad; transitados tales procedimientos y arribándose a una resolución jurisdiccional conclusiva que declara sobre el imputado respon-

sabilidad por el injusto, recién puede aplicarse la pena prevista en el ordenamiento de fondo.

Dentro de la referida estructura lógica, el principio o estado jurídico de inocencia es el presupuesto del sistema penal liberal en general y de la garantía de judicialidad en particular. El ordenamiento vigente otorga derechos fundamentales a los individuos que habitan el territorio nacional y la garantía de que sólo sufrirán una pena, esto es, privación de bienes o limitación o pérdida de derechos, cuando se determine –en las condiciones establecidas– que su conducta ha infringido alguna disposición sustantiva establecida con anterioridad al hecho.

La garantía se desprende del artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que si no se puede aplicar pena sin juicio, esto es –como dijimos– sin la demostración fehaciente, con grado de certeza, de la autoría culpable, es porque todo imputado se encuentra investido del estado jurídico de inocencia. El mismo cesa únicamente por obra de una sentencia judicial, como conclusión de un proceso regular, que así lo declare, conforme a las circunstancias de hecho debidamente acreditadas y a la aplicación del derecho pertinente.

Aparece consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, en constituciones provinciales y en los códigos procesales.

La razón misma de la existencia del proceso como método averiguativo y dialéctico de determinación de un hecho delictivo y de la responsabilidad del autor en su comisión u omisión, surge del estado jurídico de inocencia, ya que, precisamente, se transita el proceso para saber si están dadas las condiciones legales para el juicio afirmativo de culpabilidad y la consecuente aplicación de pena.

El principio de inocencia presenta una primera implicancia que podemos ubicar dentro de un ámbito filosófico-político y que se relaciona con la idea sustentadora de los derechos individuales. Tiene que ver con la dignidad del hombre y con sus márgenes de libertad personal, que en nuestro texto cons-

titucional aparece consagrado en el artículo 19 como garantía de reserva: todo lo que no afecte la libertad ni derechos de otros, todo lo que no haya sido legalmente prohibido, está fuera del ámbito de perseguibilidad y juzgamiento.

Como consecuencia lógica de ello, nuestro sistema penal se estructura, en primer lugar, como un conjunto de acciones, actos o comportamientos a cuya ejecución se asocia la sanción. Es lo que se conoce como Derecho Penal de acto. Lo que el orden jurídico penal entiende como disvalioso para la coexistencia y por ello prohíbe, es la realización de determinadas acciones u omisiones, que describe a través de los tipos pertinentes. Pero no se prohíbe una cierta forma de ser; se pena un comportamiento, no un modo o condición de vida.

En muchas ocasiones, la historia del Derecho Penal nos ha mostrado formas de persecución por pertenecer el autor a una determinada condición, ya fuere étnica, social o religiosa; de manera explícita o implícita, se penaliza un modo de ser, como aconteció con leyes sobre gitanos, moros o judíos, o en regulaciones sobre represión del comunismo, la vagancia, la prostitución, la drogadicción, la homosexualidad, etcétera, de todo lo cual de tanto en tanto se presentan resabios tanto en algunas leyes como en ciertas formas aplicativas. Es obvio que en este tipo de punibilidad de una determinada forma de ser el principio de inocencia desaparece, ya que se parte de una presunción de culpabilidad, de una atribución de responsabilidad no por una acción, sino por una situación.

Nuestra Constitución rechaza de manera terminante ese tipo de punibilidad. La articulación armónica de los principios de legalidad, reserva, judicialidad e inocencia lleva a que sólo pueda ser pasible de sanción penal la persona que ha cometido culpablemente un acto previsto como delito en ley anterior, determinándose su responsabilidad en proceso regular.

En un fallo transcripto por Miller<sup>4</sup> en relación al principio

<sup>4</sup> MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y Derechos Humanos* cit., t. I.

de legalidad y emanado de la sala VII de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de abril de 1986, se analiza la constitucionalidad de la ley 14.467 que autoriza la aplicación de penas “a los sujetos conocidos como profesionales del delito” que se encontrasen merodeando por determinados lugares, observándose al respecto que “la simple lectura de esta figura legal demuestra su inconstitucionalidad [...] pues importa una vaga incriminación que no reúne los requisitos de ‘tipicidad’ exigidos por la Constitución Nacional para la formulación de ‘los hechos punibles’; ello porque la referencia a ‘profesionales del delito’ denuncia una definición totalitaria de Derecho Penal de autor, siendo en consecuencia imprescindible establecer con claridad que *en nuestro orden jurídico la legitimidad es originaria y que nadie requiere salvoconducto o permiso para ejercer su plena libertad...*”

El fallo transcrito es claro en sentar la primera y más importante de las garantías consideradas que, como principio básico del sistema, afirma el ámbito general y originario de libertad y juridicidad individual.

De acuerdo con esto y como ya fue analizado al tratar de otras garantías, la única base legítima para la imposición punitiva es la sentencia, lo que significa que hasta tanto ésta sea dictada, la persona sometida a proceso penal está investida, a todos los efectos, del precedente y originario estado jurídico de inocencia.

Las consecuencias jurídico-procesales abarcan los más diversos aspectos. En primer lugar, corresponde atender a lo que tradicionalmente se ha nombrado como *carga de la prueba*, esto es, a quien incumbe aportar los elementos acreditantes que demuestren en el caso la responsabilidad atribuida. No es el imputado quien debe probar su inocencia, sino los órganos de la acusación la respectiva autoría culpable, como lo sentó la Corte Nacional en *Fallos: 275:9*.

La idea de que compete a quien pretende aportar los fundamentos probatorios es de vieja data y se remonta al Derecho

Romano. Esta formulación, aplicada al ámbito penal, fue ampliamente desarrollada por los pensadores iluministas y encontró elaboración dentro del procesalismo contemporáneo. Así, Beling señala que corresponde atribuir la carga material de la prueba a la parte actora<sup>5</sup>, lo que resulta coherente con las ideas bases ya consideradas, toda vez que el estado jurídico de inocencia está constituido con antelación al proceso penal, no surge de él ni necesita ser acreditado; por el contrario, lo que implique determinar que, en el caso, ante hechos concretos y en relación a normas expresas, la persona imputada es autora del acontecimiento delictivo, debe ser debidamente evidenciado, ciertamente demostrado y racionalmente fundado para arribar a la condena.

Como es sabido, la mayor parte de la legislación y doctrina tradicional ha hablado de “presunción de inocencia”, lo que ha dado pie a muchas discusiones y ciertos malentendidos. Y ello, porque el término “presunción”, ligado al sistema probatorio, indica algo que es tenido como verdad.

La doctrina italiana de filiación positivista fue una firme adversaria de la presunción de inocencia, a la que entendía como una traba al trabajo de los organismos de represión del delito; por otra parte, si se postulaba una concepción de Derecho Penal de autor y se hablaba de “delincuentes natos” y de “delitos naturales”, resultaba lógico que se cuestionase el principio.

Pero en el campo estrictamente procesal, fue Manzini<sup>6</sup> quien dirigió los más duros ataques, mostrando situaciones –a las que califica como irracionales y paradójicas– donde todo se organiza, en la realidad de un caso, en torno a presunciones de culpabilidad y no de inocencia: la detención en flagrancia, la sospecha necesaria para convocar a prestar indagatoria, el procesamiento

<sup>5</sup> BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1943.

<sup>6</sup> MANZINI, ob. cit.

y la prisión preventiva, la acusación, por citar los institutos más notorios, no sólo indican con claridad que se tiene al imputado como autor del hecho de la causa, sino que, en la mayor parte de los códigos y en la doctrina al respecto, se exigen expresamente determinados grados de conocimiento para justificarlos.

No puede desconocerse que lo expuesto lleva gran parte de razón y resulta verificable ante la realidad. Desde los modos de actuación policiales, la información sobre hechos delictivos en los medios de comunicación, la realización de variadas y gravosas medidas cautelares, el trato al imputado y hasta la valoración que judicialmente se hace de los descargos defensivos, todo nos indica que lo que predomina –por regla– es el convencimiento de la culpabilidad.

La operativa concreta de la realización penal es el reino de la sospecha.

La realidad de la realización penal parece desmentir a las normas; con inquietante frecuencia, el proceso es para el individuo más gravoso que la propia condena.

En el debate sobre la cuestión, las observancias de Manzini fueron respondidas señalando que en el planteo anida un error conceptual, ya que una cosa es la “presunción” desde el punto de vista valorativo de las constancias acreditantes (el caso paradigmático sería el de la flagrancia) y otra diferente el estado o situación jurídica de inocencia. Porque si bien es lógico pensar que toda imputación, para no ser arbitraria, descansa sobre una apariencia delictiva y sobre una atribución de responsabilidad que implica “presunción”, la condena sólo puede válidamente efectuarse luego del inexorable tránsito procesal que arribe a una decisión sobre la base de un conocimiento respecto de la imputación en grado de certeza judicial.

En resumen, la existencia misma del proceso, como antecedente de toda sanción punitiva, se asienta sobre el estado jurídico de inocencia que aparece como fundamento lógico de la regulación probatoria, la incoercibilidad del imputado, el *in*

*dubio pro reo*, la reserva sobre sus ámbitos de privacidad y, sobre todo, la inviolabilidad de la defensa.

Consideramos ahora alguna de estas derivaciones:

A) "*In dubio pro reo*"

Como concreta derivación del principio de inocencia, entendido como estado jurídico de todo habitante de la Nación que sólo cesa por la válida declaración jurisdiccional, opera la regla –positivamente consagrada en los textos procesales– respecto a que si no se arriba, mediante los procedimientos legales acreditantes de la atribución, a una situación cognoscitiva de certeza, no puede dictarse un pronunciamiento de condena.

Vélez Mariconde resumió la cuestión señalando que el principio de inocencia exige que para condenar al imputado el juez debe tener la completa convicción de su culpabilidad, de tal modo que, al hallarse ante una duda, debe absolverlo.

El principio, en su desarrollo doctrinario, ha sido enfocado de manera coherente con el de inocencia y diversamente relacionado con la interpretación y aplicación de la ley penal, con la carga de la prueba y con la valoración de la misma, campo éste en el que, sin duda, corresponde. Así, la garantía opera como un obstáculo que evita el pronunciamiento condenatorio en los casos en que no se ha arribado, a través de la prueba colectada, a una determinación cierta del hecho delictivo y de la responsabilidad del imputado.

Desde este punto de vista, el principio también puede relacionarse con la aspiración de justicia y de seguridad y con el temor de infligir pena a quien no es culpable.

Sólo cuando el juzgador ha conseguido un saber sobre el objeto procesal que le permite razonablemente eliminar dudas y tener por cierta la atribución delictiva, puede válidamente efectuar un pronunciamiento condenatorio; es obvio que ese saber debe, ineludiblemente, surgir del material probatorio del juicio y de la dialéctica del debate.

Así como los ordenamientos que disciplinan la instrucción formal y los actos de mérito instructorio hablan de la “sospecha” para validar la convocatoria a indagatoria y de “probabilidad” para el procesamiento, prisión preventiva y acusación, se coincide en la necesidad de “certeza” para la decisión de condena. Porque al momento de dictarse sentencia y examinándose todas las constancias logradas, como así mismo los alegatos de las partes, el órgano de juzgamiento deberá considerar integralmente ese conjunto, sopesando conforme a reglas experienciales y de razón las respectivas acreditaciones y decidiendo si la postura acusatoria tiene entidad suficiente como para convencer objetivamente sobre el suceder y autoría delictivas. En caso contrario, dado el estado jurídico de inocencia, se deberá absolver al acusado.

Desde otro punto de vista, la garantía tiende también a mantener una suerte de equilibrio racional. Porque si el Estado, a través de la acción pública oficial y en la plenitud de sus medios investigativos y habiendo constreñido al individuo a someterse a la relación jurídico procesal penal, no ha alcanzado, por cualquier circunstancia, a determinar la verdad de la atribución, no puede hacer cargar sobre el justiciable las consecuencias de su inercia o falencias.

Por último, debe señalarse que si bien se acepta que el principio opera fundamentalmente al momento de dictar sentencia, no puede desconocerse que hay casos en que elementales razones de economía procesal aconsejan su aplicación a momentos previos. En efecto, cuando por las particularidades de la causa es notorio que no podrá avanzarse desde el estado probatorio conseguido y que el mismo no ofrece elementos como para justificar un estado de certeza, carece de sentido mantener la sujeción al proceso y arribar a la instancia del juicio, por lo que deviene razonable un pronunciamiento desincriminador; en alguna forma, esto se encuentra previsto en los códigos como auto de falta de mérito, archivo o sobreseimiento.

De todas formas, podemos concluir que el principio del *in dubio pro reo* opera como un criterio técnico-jurídico dirigido a la valoración y apreciación del material probatorio; guarda coherencia con la sistemática general del Derecho Penal liberal y aparece como concreta y primaria derivación del estado de inocencia, por lo que aparece preceptuado por lo común dentro de las denominadas normas fundamentales con las que inician su regulación los códigos de procedimientos penales. La disposición constituye un directo mandato positivo para el juzgador y se vincula con los requisitos o exigencias de la debida fundamentación de la sentencia, constituyendo en tal aspecto un freno para el subjetivismo o la arbitrariedad.

## B) "*Favor libertatis*"

Aparentemente, la más notoria contradicción entre el principio o estado jurídico de inocencia y la realidad procesal se da en torno a las medidas de coerción personal a que está sujeto el imputado. En efecto, durante mucho tiempo imperó la regla de comparecencia del justiciable al proceso en estado de privación de libertad a través de la detención, convertida en prisión preventiva al darse determinados presupuestos formales (recepción de la indagatoria) y sustanciales (ocurrencia del hecho, probabilidad de responsabilidad en el mismo del procesado y relación con figura penal sustantiva con pena privativa de libertad). De hecho, esto significa que primero se imponía la pena (aunque el título jurídico fuese diferente) en una suerte de reacción inmediata y luego se desarrollaba la secuencia procesal para determinar si, en definitiva, correspondía. Tal situación se agravaba por la desmesurada duración de las causas, en las que el pronunciamiento final aparecía como una especie de revisión de lo actuado para convalidar lo anterior, dándose con frecuencia casos en que el imputado agotaba en prisión preventiva el tiempo de privación de libertad que le correspondía por la condena. Se generó así el grave fenómeno

conocido como el del “preso sin condena”, que a más de contrariar los fines proclamados, constituía un verdadero escándalo irracional sin justificación. Afortunadamente, aunque falte mucho por avanzar sobre el tema, bastante se ha mejorado y puede ahora pensarse que la regla la constituye el estado de libertad y la excepción la privación cautelar.

De todas maneras, es obvio que son muchas las causas judiciales que comienzan con detención y se extienden durante considerable tiempo con el imputado en prisión preventiva, lo que lleva a que se mantenga en pie la contradicción entre el proclamado estado de inocencia y la privación de libertad “a quien todavía no ha sido hallado culpable”.

El difícil intento de superar la antedicha contradicción y de compatibilizar los preceptos constitucionales con algunas necesidades de aseguramiento, ha ocupado –con dispar fortuna y con diferentes enfoques– a la mayor parte de los procesalistas, siendo considerable la bibliografía sobre el tema. Aunque de la cuestión nos ocuparemos en particular al tratar de los supuestos de detención, prisión preventiva y excarcelación, es necesario considerar ahora que, en manera alguna, nuestro ordenamiento jurídico admite anticipos punitivos y que la única justificación para llegar a la privación provisional de la libertad ambulatoria puede encontrarse en la función estatal de “asegurar la justicia”, lo que lleva a implementar medios asegurativos de la comparecencia del imputado al proceso, tales como la citación y las cauciones, apareciendo la prisión preventiva como el último recurso en una escala racional de medidas coercitivas cuyo enfoque y tratamiento debe hacerse dentro del esquema de las medidas cautelares<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, en *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, setiembre de 1991, vol. 2, N<sup>o</sup> 3.

Así mismo, en el Proyecto de Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe (ley 10.545) se arbitra una escala de medidas asegurativas, constituyendo la prisión preventiva una medida poco menos que excepcional.

Como ya se señaló al tratar de las relaciones entre el Derecho Penal y el Procesal, es de evidencia que la existencia preponderante de penas privativas de libertad repercute directamente sobre el proceso, haciendo imperar el criterio de que la entidad de la imputación, esto es, el título jurídico o figuras legales sustantivas pertinentes al hecho atribuido, condiciona la opción por la detención y prisión preventiva. Este sistema objetivo, que toma en cuenta la escala punitiva abstractamente conminada en la figura que se invoca, determina una directa incidencia de lo sustantivo sobre lo realizativo y, de hecho, opera como un anticipo de pena, un comienzo de la ejecución anterior a la sentencia determinado tan sólo por la probabilidad de autoría.

Pero junto a lo indicado, se dan otras situaciones en que la cautela personal aparece verdaderamente como tal y busca tan sólo conseguir que el imputado no rehuya la acción penal y el desarrollo procesal. Desde mi punto de vista, esta es la única finalidad que legitima la coerción sobre el justiciable, apareciendo la privación de libertad como el último extremo, al que debe acudir ante el fracaso o imposibilidad de otras medidas, como se regula en el Proyecto de Código Procesal Penal santafésino.

De todas maneras y aun dentro de cualquier legislación, el estado jurídico de inocencia exige la operatividad del *favor libertatis*, lo que sienta el criterio interpretativo de que todos los institutos procesales deben tender al mantenimiento de la libertad durante el proceso y, en aquellos casos en que el imputado esté cautelarmente privado de ella, tiendan a la más rápida y mejor restitución de tal libertad. Tal *favor libertatis*, debe complementarse e integrarse con lo tratado en el punto anterior y que es conocido como *favor rei*, esto es, el principio orientador de la actividad procesal dirigida hacia el pronto logro de un estado de certeza sobre los motivos de carencia de res-

ponsabilidad del imputado, como confirmación de su estado de inocencia<sup>8</sup>.

Por lo general, los códigos modernos sientan criterios sobre lo tratado, los que, con lamentable frecuencia, no son debidamente acatados por los operadores judiciales. La disposición pertinente manda que la libertad personal sólo podrá ser restringida por los medios legales (arresto, detención y prisión preventiva), sujetos a determinados requisitos de forma (orden escrita de autoridad competente) y fondo (relación aparente de causalidad entre el imputado y el hecho o “apariencia de delito”, proporcionalidad y necesidad) en los “límites absolutamente indispensables” para los fines del proceso y la actuación de la ley; así mismo, las disposiciones que coarten la libertad son de expresa interpretación restrictiva, correspondiendo –a contrario sensu– un sentido amplio en lo que hace al otorgamiento, mantenimiento o restitución de la libertad que es, en definitiva, lo que se entiende por el *favor libertatis*. Esto significa que en la duda deberá estarse a la procedencia de la citación o de la exención de prisión, y cuando el imputado esté privado de la libertad, a la excarcelación o a los supuestos de libertad por falta de mérito o a la cesación de prisión, porque toda medida de coacción personal debe justificarse por su funcionalidad, cesando cuando no haya motivos para su mantenimiento<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> LEONE, ob. cit. El autor ubica metodológicamente la cuestión dentro del análisis general de la relación procesal penal y, en particular, dentro de la consideración del objeto del proceso penal. En ps. 188/189, puede leerse: “El *favor libertatis* debe entenderse como el principio en virtud del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la rápida restitución de la libertad personal al imputado que está privado de ella, cuando vengán a faltar las condiciones que legitimen el estado de privación de libertad”.

El principio del *favor rei* debe entenderse como aquel en virtud del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la declaración de certeza de la no responsabilidad del imputado, y concierne no ya al estado de libertad personal, sino a la declaración de certeza de una posición de mérito en relación a la *notitia criminis*.

<sup>9</sup> Ver, entre otros: OLAZABAL, Julio de, *La libertad del imputado*, Rubin-

C) *Prohibición de coacciones sobre el imputado para que declare contra sí mismo*

La Constitución Nacional, los pactos internacionales y los códigos procesales son expresos en establecer la terminante prohibición de coaccionar al imputado para que declare en contra de sí mismo o se autoincrimine. El principio deriva del estado de inocencia, pero también del fundamental reconocimiento de la dignidad personal y del principio de humanidad y reacciona contra los antecedentes del proceso inquisitivo que hacía de la confesión la "reina de las pruebas" y preveía el uso legal del tormento para arrancarla, al igual que contra prácticas habituales, muchas veces toleradas, del uso de diferentes apremios, físicos o morales, para el logro de declaraciones que esclarezcan los hechos investigados.

El artículo 18 de la Constitución Nacional establece que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"; el artículo 8º, inciso 2º, apartado g, del Pacto de San José de Costa Rica consagra la garantía para el imputado de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Por lo común, los códigos procesales tratan de la cuestión cuando regulan la declaración del imputado. Los principales antecedentes de esta disposición básica del sistema penal liberal provienen del constitucionalismo norteamericano y del pensamiento de la Ilustración, en un claro rechazo de las concepciones inquisitivas, lo que se ve también reflejado nítidamente en nuestra historia institucional a través de los diferentes proyectos constitucionales y en el acto simbólico de la Asamblea de 1813 que manda quemar en la Plaza de Mayo los instrumentos de tortura.

La garantía protege la incolumidad de la voluntad de toda persona, su ámbito de decisión sobre lo que quiere o no decir

zal-Culzoni, Santa Fe, 1991; PESSOA, Nelson, *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992. En ambos, obra la más importante bibliografía sobre el tema.

y su derecho de no ser coaccionado para que colabore en la investigación, se incremine o intervenga en actos que requieran de su participación activa<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Es sabido que el problema de los apremios ilegales (práctica más que generalizada) se presenta por lo común en la etapa de la investigación policial. De ahí el cuidado que los modernos digestos ponen en regular la actividad preventora. La solución a que acude correctamente la ley 23.984 es la de prohibir lisa y llanamente a la policía interrogar al imputado sobre el hecho, limitándose a su identificación (art. 184); en otros casos, se exige siempre la presencia del defensor.

Durante muchos años, la práctica coactiva sobre el imputado tuvo una permisibilidad judicial que, al aceptar y dar valor incriminante a esas declaraciones, de hecho convalidaba los apremios y torturas. La cuestión fue claramente planteada y resuelta en el caso "Montenegro s/Robo con armas", del 10 de diciembre de 1981 (*Fallos*: 303:1938). En el dictamen del Procurador General se lee que la defensa funda el recurso extraordinario en que "según las constancias obrantes [...] el imputado habría sido víctima de apremios ilegales, lo que invalida la declaración en sede policial en la que confiesa el ilícito", agravándose de que la alzada, aun en tales condiciones, valoró positivamente como indiciq los dichos de Montenegro. Ya en el análisis de fondo, prosigue el dictamen: "...cabe razón a la recurrencia cuando sostiene que lo decidido resulta violatorio de lo dispuesto en el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto prescribe que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, como una manifestación de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

"En efecto, de dicha garantía surge como consecuencia lógica e inevitable que si una persona es obligada a declarar contra sí, tal declaración debe considerarse y no podrá por lo tanto ser tenida en cuenta ni valorada acerca de la exactitud de sus dichos.

"La interpretación contraria desvirtúa la garantía de que se trata, pues implica admitir que las declaraciones obtenidas bajo coacción física son válidas y utilizables contra el acusado, aunque más no fuere como indicios, si se las considera veraces. *Arribaríamos así a una larga, pero por ello no menos peligrosa justificación de la tortura*" (la cursiva me pertenece).

La Corte hizo suyo, en lo básico, el dictamen suscripto por el Dr. Mario Justo López y en su fallo, luego de reseñar los aspectos fácticos, plantea la esencia del tema a decidir: "La cuestión se reduce, pues, a saber si la utilidad que los apremios prestaron para la investigación otorga validez a las manifestaciones que fueron fruto de ese medio ilegal".

En el considerando 3º alude al conflicto entre el interés al justo castigo y el de prevenir que los miembros de la sociedad "resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley". Entiende que la cuestión se halla resuelta desde los albores de nuestra nacionalidad, citando el

Esto se complementa con el correlativo derecho del imputado a ser oído y proveer a su defensa.

## D) *Inviolabilidad de la defensa*

El artículo 18 de la Constitución Nacional habla de que “es

decreto de la Asamblea de 1813 que manda quemar en la plaza pública los instrumentos de tortura de la inquisición.

En el considerando 5º se expresa: “Que el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, *porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia*” (la cursiva me pertenece).

Otro caso importante en materia de declaraciones en sede policial fue “Francomano”, fallado el 19 de noviembre de 1987. En el mismo, se detalla en el considerando 4º que “el domicilio de la imputada, lugar donde ésta fue detenida y se hallaron los elementos de cargo esenciales en su contra, fue localizado por medio de las informaciones que proporcionara Alberto José Francomano en ‘su manifestación espontánea’ prestada ante las autoridades policiales. Por otra parte existen graves presunciones en autos que indican que la mencionada declaración de Francomano no fue producto de una libre expresión de su voluntad...”, lo que lleva (consid. 5º) a mantener la doctrina según la cual “deben excluirse del proceso cualquier medio de prueba obtenido por vías ilegítimas”. Se menciona como principal antecedente “Rayford”, del 13 de mayo de 1986.

En el considerando 7º se dice: “Parece evidente que no se le puede otorgar ningún valor autoincriminatorio a una confesión policial, rectificadas posteriormente ante el juez de la causa, ni aun a título indiciario. La única excepción a este principio debe admitirse en aquellos casos donde los funcionarios policiales hubiesen observado estrictos requisitos encaminados a asegurar la plena espontaneidad de las declaraciones del imputado. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el abogado defensor ha estado presente en el interrogatorio policial o, en su defecto, cuando el Ministerio Público pueda acreditar sin lugar a dudas que el procesado renunció libremente a su derecho de contar con un letrado [...] Los principios aquí sentados responden a la imperiosa necesidad de que el mandato del art. 18 de la Constitución Nacional [...] tenga efectiva vigencia y no se convierta en una mera fórmula verbal”, citándose al efecto el caso “Miranda c/Arizona”, de 1966, de la Suprema Corte estadounidense.

Sobre este fallo ver: HENDLER, Edmundo S., *La declaración del inculgado y un famoso precedente de los tribunales estadounidenses*, en *Doctrina Penal*, Nº 41, Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 123 y ss.

inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”, lo que implica que quien resulta imputado (o demandado) debe contar con las oportunidades operativas de contrarrestar la atribución, constituyendo además una condición del cumplimiento del requisito del debido proceso. La garantía aparece igualmente consagrada en los ordenamientos internacionales, las constituciones provinciales y dispuesta instrumentalmente en los códigos procedimentales<sup>11</sup>.

Toda vez que el imputado es reputado inocente hasta tanto se declare lo contrario en sentencia definitiva, resulta lógico que cuente con los mecanismos idóneos para expresar sus razones y responder a la acción dirigida en su contra. Para ello debe comunicársele la atribución, escuchar sus declaraciones voluntarias, producir las pruebas de descargo que indique y darle concretas oportunidades de alegación e impugnación.

Dada la complejidad del proceso penal y las particulares circunstancias del mismo, se entiende que el derecho de defensa del imputado (defensa material) debe integrarse, complementarse y perfeccionarse con la actividad de asistencia y representación de un profesional del Derecho (defensa técnica), ya fuere de su elección o provisto oficialmente.

En realidad, el derecho de defensa excede en su campo aplicativo y fundamentos lo que hasta ahora hemos considerado y abarca el conjunto de situaciones en que una persona puede sufrir un menoscabo en sus bienes o derechos a resultas de una decisión estatal o, aún más amplio, societaria. Igualmente, el tema ha sido destacado con profundidad y amplitud en relación a los fundamentos del Derecho Procesal<sup>12</sup>. Pero sin des-

<sup>11</sup> VAZQUEZ ROSSI, *La defensa penal* cit.

<sup>12</sup> Así: ALVARADO VELLOSO, ob. cit.; BAUMANN, ob. cit.; BELING, ob. cit.; BERTOLINO, Pedro, *El debido proceso penal*, Platense, La Plata, 1986; BETTIOL, ob. cit.; BRISEÑO SIERRA, ob. cit.; CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1950; CARRARA, ob. cit.; CLARIA OLMEDO, *Tratado...* cit., y *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1984; COUTURE, ob. cit., y *Fundamentos del*

contar lo antedicho, nadie duda de que el tema adquiere un particular énfasis en relación a la materia penal, tanto por las particularidades de los procedimientos e intereses en juego, como por los antecedentes históricos en torno a la cuestión.

De ello se deriva que la “inviolabilidad” se traduce en “necesariedad”, ya que no puede haber relación jurídico-procesal válida sin las debidas y concretas oportunidades de defensa, a las que se provee oficialmente en aquellas situaciones en que el imputado no puede o no quiere hacerlo, y tales oportunidades –a diferencia de los procedimientos civiles– no bastan que se encuentren previstas y otorgadas como facultades del accionado, sino que tienen que producirse efectivamente para la validez de los procedimientos. Así, se deberá hacer conocer el derecho a contar con defensor técnico, se le hará conocer la imputación y se determinará audiencia para escucharlo; el defensor no podrá nunca omitir responder a las requisitorias, alegatos y/o conclusiones fiscales y el órgano jurisdiccional –aun dentro de los procedimientos escritos– no puede fallar sin conocer al justiciable.

Por otra parte y acentuando lo señalado, el Derecho Procesal Penal argentino no prevé el desarrollo de un juicio en rebeldía, esto es, sin la presencia del imputado; aunque la cuestión necesita aun de un tratamiento en profundidad, es indiscutible que, en lo básico, se trata de asegurar no sólo el cumplimiento de la ley sustantiva en el supuesto de una condena, sino también el real ejercicio defensivo.

Desde un punto de vista procesal, la defensa aparece como la contrapartida lógica y necesaria de la acción, participando en lo básico de sus mismos caracteres.

*Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1958; MAIER, *Derecho Procesal...* cit.; VELEZ MARICONDE, ob. cit.

Clariá Olmedo, dentro de su particular enfoque, ubica a la defensa como uno de los “poderes” realizativos junto a los de jurisdicción y acción (*Tratado...* cit., t. I, ps. 307 y ss.).

El estudio del instituto y de sus elementos constitutivos y ejercicio, será motivo de enfoque particularizado al tratar del imputado; corresponde remitirse a tal punto.

### 3. Domicilio y papeles privados

La Constitución Nacional, a través de su parte dogmática, consagra un amplio espectro de derechos individuales, acentuando la preeminencia de la persona frente al Estado. Dentro de tal esquema, encuentra coherencia la especial protección de determinados espacios físicos y de formas comunicativas que atañen al ámbito de privacidad indispensable para todo desarrollo individual. De la misma forma, la garantía implica límites estrictos a las facultades de control del Estado sobre los ciudadanos, tema que en nuestro tiempo cobra especial relevancia, habida cuenta de la existencia de medios tecnológicos capaces de introducirse en la visión y escucha de lo más reservado u oculto.

Para Linares Quintana, la garantía se relaciona con el principio de reserva del artículo 19, ya que protege “los aspectos personalísimos” del individuo<sup>13</sup>, exentos de la regulación estatal.

La normativa constitucional habla de la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados y los códigos procesales penales disciplinan de manera estricta las circunstancias, condiciones y formalidades en que pueden lícitamente producirse allanamientos e interceptación de comunicaciones<sup>14</sup>.

La regla es la de que nadie puede introducirse en el domicilio de otro sin su consentimiento; la excepción está dada por claros

<sup>13</sup> LINARES QUINTANA, ob. cit., t. III, ps. 840 y ss.

<sup>14</sup> En lo básico, la sistemática legal de los códigos vigentes establece con claridad la regla de la orden judicial para el registro domiciliario, la que, a su vez, debe ser motivada y determinada. Lo mismo vale para la requisita y para la interceptación de correspondencia. Las excepciones legales para el allanamiento sin orden judicial están circunscriptas a claros casos de flagrancia o a estados de necesidad (v. D'ALBORA, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación comentado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993).

casos de estado de necesidad. Fuera de ellos, la autoridad competente sólo puede ingresar con orden escrita de órgano jurisdiccional, la que, conforme a principios de racionalidad y requisitos legales, debe ser fundada, tanto en cuanto a la necesidad y motivación como a los recaudos formales, todo lo cual abarca también las condiciones de ejecución de una medida que debe entenderse como excepcional y de interpretación restrictiva.

La garantía tiene remotos orígenes, vinculándose a las condiciones básicas de seguridad individual y, como ya señalamos, comprende tanto actos de particulares como la actuación investigativa policial y judicial, lo que es de estricta incumbencia a nuestro trabajo.

La protección abarca tanto la "casa" en sentido estricto ("la casa de todo hombre es inviolable", se lee en el Proyecto de Constitución Nacional redactado por Alberdi) o domicilio real, como el lugar de residencia temporaria y laboral, esto es, recintos habitados privados de relativa permanencia dentro de los cuales el individuo ejerce sus actividades personales, aunque puedan -por naturaleza- encontrarse abiertas al público. La idea rectora es la de una órbita de pertenencia o control de un determinado espacio individual, lo que lleva a que se entienda protegido no sólo el ya señalado domicilio real sino también un local comercial, una oficina profesional, una habitación temporaria, un trailer o casa rodante, una embarcación de relativo porte, etcétera.

La garantía de inviolabilidad de domicilio tiene rango de bien jurídico protegido a través de las pertinentes figuras penales de violación de domicilio y allanamiento de morada.

Es de interés señalar que en los últimos años se ha dado una importante elaboración jurisprudencial en torno a la inviolabilidad del domicilio y de los requisitos exigidos para legitimar la orden judicial de allanamiento<sup>15</sup>, todo lo cual aparece

<sup>15</sup> MAIER, Julio B. J., *Inviolabilidad del domicilio*, en *Doctrina Penal*, N<sup>o</sup> 29, Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 59 y ss. En este trabajo, el autor glosa dos

como un serio desarrollo en orden al fortalecimiento operativo de las garantías constitucionales.

Respecto de las otras manifestaciones del ámbito de privacidad, tales como los papeles y comunicaciones, la protección responde a similares necesidades, tutelando la esfera personal. El derecho al secreto de la correspondencia procura que todo aquello que refiere a las manifestaciones de ideas, sentimientos u opiniones por su propia naturaleza privada (por oposición a público), de carácter confidencial, están vedadas al conocimiento de terceros, incluyéndose a las autoridades estatales.

Como fundamento de esta protección se ha hablado de que la intromisión extraña afecta la voluntad de quien envía y recibe la misiva, del derecho de propiedad y de la libertad de expresión<sup>16</sup>.

importantes fallos de la Cám. Nac. Fed. Crim. y Correc., "Monticelli de Proccillo", del 10 de agosto de 1984, y "Barboza, Carlos", del 24 de octubre de 1984, y de la C. S. J. N., "Fiorentino, Diego", del 27 de noviembre de 1984.

Maier señala que la garantía en análisis se vincula con los intereses en juego relativos a la eficacia de la persecución penal por un lado y, por el otro, al resguardo de las garantías ciudadanas. Pero al respecto se destaca el voto del Dr. Torlasco en "Monticelli de Proccillo", donde con singular claridad se afirma: "El castigo de un individuo sólo es posible para nuestra sociedad jurídicamente organizada, en el marco de la observancia de la ley y, fundamentalmente, de la Constitución. No puedo admitir entonces aparentes conflictos entre intereses contrapuestos. Si bien es lícito reconocer el lógico interés de la comunidad en que se apliquen con rapidez y eficacia las leyes [...] ese interés comprende, y no contraría, el de que se respeten los derechos individuales que esas mismas normas protegen".

En "Fiorentino, Diego", la Corte sentó la doctrina de que la garantía individual de la inviolabilidad del domicilio protege a los habitantes con independencia de lo que dispongan las leyes reglamentarias, las cuales, lo mismo que su interpretación, deben conformarse a la sustancia material del principio contenido en la Constitución. Los códigos procesales son leyes reglamentarias de la Constitución en tanto regulan los casos en los que puede allanarse y registrarse un domicilio y las formas de hacerlo.

Es de interés destacar que también en el mencionado caso, la Corte analizó la realidad de una actuación policial y su poder intimidante, que hace desaparecer la libertad y espontaneidad del presunto consentimiento del titular del domicilio a la entrada en él de la autoridad.

<sup>16</sup> LINARES QUINTANA, ob. cit., t. III, ps. 850 y ss.

La garantía protege al individuo de intromisiones en su fuero íntimo, encontrándose estrechamente ligada a la lucha por el pleno reconocimiento de la libertad de pensamiento, por lo que no extraña que en nuestra historia institucional aparezca desde los albores de la independencia<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Pueden mencionarse el “Decreto de Seguridad Individual”, de 1811; el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, de 1813, que sentaba que “la correspondencia epistolar debe ser inviolable”; el “Estatuto Provisional”, de 1815; el “Reglamento provisorio”, de 1817; los proyectos constitucionales de 1819 y de 1826. El art. 19 del Proyecto de Alberdi normaba que “son inviolables la correspondencia epistolar, el secreto de los papeles privados y los libros de comercio”. A su vez, la ley 816 de Correos establece en su art. 9º que “la inviolabilidad de la correspondencia importa la obligación de no abrir ni sustraer ninguno de los objetos confiados al correo, de no tratar de ninguna manera de conocer su contenido, así como el de no hacer saber qué personas mantienen relaciones entre sí y la de no dar a nadie la ocasión de cometer tales faltas”. El art. 1036 del Código Civil reza: “Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento”. El art. 153 del Código Procesal castiga a “quien abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido, o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado, o suprimiera o desviara de su destino una correspondencia que no le está dirigida”. El art. 154 amplía la escala punitiva para los empleados de correos que, abusando de su función, cometiesen algunas de las conductas antes descriptas; el 155 a quien da indebidamente a publicidad una correspondencia, y el 156 y 157 la divulgación de secretos.

La Corte Nacional, en el fallo “Charles Hnos.” de 1891 (*Fallos*: 46:36), debido a un caso de contrabando, sentó que de acuerdo con los reglamentos específicos está prohibido a los empleados de aduana la realización de actos de pesquisa en domicilios particulares, y que “en ningún caso, por consiguiente, las medidas de oficio que está autorizada a tomar la administración, pueden extenderse a la apropiación de papeles en el domicilio particular de las personas que puedan comprometer el secreto de la correspondencia y de los negocios privados”; así mismo, que resulta inadmisibles la sustracción y depósito de documentación que nada tiene que ver con el hecho investigado y que tales papeles “no pueden servir de base al procedimiento ni de fundamento al juicio”, ya que “siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles...”

La protección constitucional de la intimidad tiende a establecer un claro impedimento a todo acto intromisivo en la esfera del desenvolvimiento personal de los individuos. Sólo cuando ante una noticia cierta de un delito y ante una concreta y determinada necesidad investigativa se hace preciso la obtención de un material probatorio, el órgano jurisdiccional puede ordenar (fundadamente) la incorporación de esa documentación. Es decir, que nuestro ordenamiento procesal permite tales casos de actuación *después* de conocido un delito y no como una medida de prevención o vigilancia previa, como ha sido práctica de actuación en regímenes dictatoriales que pretendían asegurarse del futuro accionar de sus eventuales enemigos mediante un permanente espionaje.

La injerencia en la intimidad, tanto del domicilio como de los papeles privados, debe ser una medida judicial excepcional. Maier precisa al respecto que “establecer en qué casos y con qué justificativos funciona la facultad de allanar un domicilio, o la de ocupar papeles privados, o la de interceptar comunicaciones, supone determinar las exigencias mínimas que autorizan la emisión de la orden”<sup>18</sup>, destacando que ello implica la existencia de una persecución penal concreta y, obviamente, no indeterminada. De ahí que el procedimiento de algunos organismos preventores que solicitan órdenes de allanamiento o de interceptación de comunicaciones por una simple sospecha de que en tal lugar o en tal documento “puede” haber pruebas delictivas, no debe encontrar acogimiento judicial.

Situaciones como la antes señalada se producen con demasiada frecuencia, generando actos que merecen el calificativo de abusivos y contrarios a derecho. Tales circunstancias se dan especialmente en torno a investigaciones solicitadas sobre la legislación aduanera, estupefacientes y la Ley Penal Tributaria, en la que los organismos administrativos, ante la simple posibilidad de que se esté por producir un ilícito de esa índole,

<sup>18</sup> MAIER, ob. cit., p. 452.

solicitan órdenes de allanamiento y de secuestro de documental, todo de una manera indeterminada, generadora de múltiples e injustificados perjuicios.

Lo hasta ahora considerado se aplica también a las comunicaciones a través de medios tecnológicos, como lo es fundamentalmente el teléfono<sup>19</sup>.

#### 4. Prohibición de múltiple persecución

El principio, conocido en la formulación latina de *non bis in idem*, aparece expresamente consagrado entre las normas fundamentales o disposiciones básicas de la casi totalidad de los códigos procesales del país. Si bien no figura dentro de las garantías enumeradas en el artículo 18, ha sido tradicionalmente aceptado como una de las garantías no enumeradas. Por otra parte, obra en el punto 4 del artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica y se encuentra difundido en el Derecho Internacional.

La jurisprudencia norteamericana, sobre la base de lo sentado constitucionalmente en la enmienda V, estableció con claridad la vigencia del principio de que nadie será castigado dos veces por el mismo hecho, lo que ha permitido también hablar de la intangibilidad de la cosa juzgada a favor del imputado.

A la luz de los precedentes doctrinarios, las constituciones provinciales y los códigos procesales, puede tenerse en claro que a nadie puede aplicársele una sanción penal por un hecho ya juzgado, lo que veda por un lado la aplicación de múltiple condena y por el otro que a un individuo que habiendo resultado anteriormente absuelto se decida luego tenerlo como culpable. Esto implica que en nuestro sistema la sentencia firme agota a todos los efectos la pretensión punitiva. La hipótesis contraria, es decir, el reabrir una causa cuestionando una condena firme, ocurre a través de la excepcional acción de revisión

<sup>19</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Liberdades públicas e processo penal*, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1982, en especial la segunda parte.

que, con la finalidad de corregir notorios errores judiciales o una dolosa aplicación del Derecho, admite la revisión de la cosa juzgada.

Pero de acuerdo con la regulación procesal, la garantía no se limita a la sentencia, ya que se extiende, como una exigencia de seguridad, al ámbito de la persecución penal; esto es, al desarrollo investigativo *previo* a la resolución definitiva. La consecuencia es la de que un individuo que ha sido absuelto o condenado por un hecho, no puede ser nuevamente sometido a proceso por el mismo hecho.

A los mismos efectos opera el sobreseimiento definitivo que, en tal sentido, es idéntico a una sentencia.

De tal manera, a tenor del texto y del espíritu de las pertinentes disposiciones de los códigos de procedimiento, se veda la múltiple persecución penal. La garantía opera, en consecuencia, no sólo respecto a una pluralidad condenatoria, sino persecutoria. Mediando una decisión jurisdiccional conclusiva, condenatoria, absolutoria o desincriminante, no cabe habilitar un nuevo proceso por los mismos hechos, ya que nos encontramos ante una situación en la que se ha agotado o extinguido la acción penal. Esto significa que el espacio protector se extiende a los actos procedimentales iniciales, por los que no cabe indagar al imputado, ni procesarlo ni realizar en su torno actos adquisitivos-probatorios –en los supuestos de investigación a cargo del Ministerio Público–.

A más de los supuestos de persecución sucesiva, también el *non bis in idem* comprende los casos de simultaneidad que pueden darse por la intervención paralela de diversas autoridades investigativas, tales como serían los de un procedimiento motivado por denuncia y otro por actividad oficiosa del órgano requirente. Al margen de las eventuales cuestiones de competencia y/o de turnos, al tenerse conocimiento de una actuación plural corresponde que sea uno solo el que entienda.

Para que proceda la garantía (que puede operarse mediante

excepción de cosa juzgada o de litispendencia, según el caso) debe haber identidad de sujeto imputado y de hechos motivadores. Lo primero, por su evidencia, no ofrece dificultad, pero respecto de lo segundo se ha discutido si lo que debe tenerse en cuenta es la plataforma fáctica o el encuadre jurídico. La posición correcta es la que atiende a los hechos, es decir, al suceso histórico concretamente acaecido, deviniendo secundario el título legal de la imputación<sup>20</sup>.

La identidad fáctica implica la atribución de la misma conducta, acción o comportamiento definido en la anterior resolución o investigado en la causa simultánea. Ello así, aunque se modifique la calificación legal o se agregue o suprima alguna circunstancia agravante o atenuante. A modo de ejemplo, puede pensarse en que a alguien se lo haya condenado por homicidio simple y luego se advierta que existe una calificación por el vínculo. Lo que es determinante es la ejecución de “matar a otro”.

Al respecto, Maier define que es preciso mirar al hecho “como acontecimiento real”, como un acontecer acaecido en un tiempo y espacio determinado, “sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> NUÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado*, Lerner, Córdoba, 1978. En página 12 precisa: “No se trata tan sólo de no ser condenado dos o más veces por el mismo hecho, sino de no ser perseguido de esa manera ante los tribunales de justicia [...] Existe una persecución judicial o proceso jurisdiccional tan pronto como el agente fiscal practica la información sumaria previa a la citación directa [...] o el juez de instrucción inicia la instrucción [...] o tan pronto como el que se pretende ofendido por un delito de acción privada presenta una querrela [...] Se viola la garantía cuando se persigue penalmente a la misma persona por el mismo hecho por el que ya fue perseguida judicialmente por un magistrado competente para perseguir al ya imputado, sobreseído, absuelto o condenado por el título o causa delictiva a que obedece la nueva persecución, aunque la anterior se hubiese hecho por distinto título y al hecho se le hubiere agregado alguna circunstancia que lo atenuare o agravare”. Agrega que “la prevención policial no implica [...] proceso jurisdiccional”.

<sup>21</sup> MAIER, ob. cit., p. 380.

Una cuestión que merece consideración es la atinente a si las investigaciones preliminares que no arriban a un grado de conocimiento suficiente para justificar el procesamiento y/o acusación, pero que tampoco implican la evidencia necesaria para dar base al sobreseimiento definitivo, quedando por ende en una suerte de punto muerto, pueden generar la aplicación de la garantía. Tradicionalmente, los digestos procesales resolvían tales situaciones mediante el dictado del auto de falta de mérito o el sobreseimiento provisional que, ante el transcurso de determinados plazos sin que apareciesen nuevos elementos probatorios, se transformaba en sobreseimiento definitivo. En realidad, esta solución implica un dictado de prescripción anticipada, que contradice los cómputos del Código de fondo. Más conveniente parece la alternativa, especialmente aplicable a procedimientos investigativos a cargo de la fiscalía, de disponer un archivo (que, obviamente, debe hacer cesar toda medida coactiva sobre el imputado) que puede extenderse por el plazo prescriptivo y que sólo autoriza la reapertura de la causa ante la existencia de nuevas pruebas, de entidad suficiente para fundamentar una acusación. En tales casos, no corresponde el *non bis in idem*, ya que no ha habido una resolución conclusiva.

## **5. El tiempo en el proceso penal. La finalización dentro de plazos razonables**

Uno de los mayores problemas derivados de la realidad procedimental del sistema inquisitivo reformado, está dado por la larga duración de las causas. Ello implica, a la vez, situaciones abusivas y completa desnaturalización de los fines de prevención general y especial del sistema penal, amén de generar un estado de descreimiento en la justicia. El proceso mediante registros, por su propia organización y por su naturaleza discontinua, genera toda una regulación de plazos y términos, una engorrosa burocracia de la que participan por igual los diversos operadores. Vistas, traslados, audiencias, incidentes, etcétera, generan

un desarrollo moroso que surge del propio diseño procedimental y que se agudiza y agrava por las condiciones y formas de trabajo.

Sin ninguna duda, la realización del juicio oral, que en la concentración del debate permite que normalmente en una sola audiencia se examine la prueba y se propongan los alegatos, mejora en mucho la situación. Pero el mantenimiento de la instrucción formal, que participa de todas las características ya apuntadas del procedimiento inquisitivo, hace perdurar la lentitud y vacía solemnidad formal de lo que debería ser informal, ágil y dinámico, como se propicia en los métodos de investigación preparatoria a cargo del fiscal.

Puede pensarse que el endémico problema de la morosidad judicial depende en considerable medida de la implementación de procedimientos fluidos y de reformas que, en lo fundamental, desburocraticen el sistema. Claro está que la cuestión no se restringe a tales modificaciones, sino que las mismas necesitan de cambios de mentalidad en los operadores, pero, además de una posibilidad real de selección de causas que, a través de un principio de oportunidad controlable y racional, descompriman una administración de justicia atiborrada de asuntos baladíes y de conflictos muchas veces artificiosamente creados y generados por el propio sistema.

Pero más allá del análisis de esta importante cuestión de política procesal y penal (no puede olvidarse una necesaria reformulación del catálogo punitivo), debe quedar en claro que un proceso lento contraría notoriamente el concepto de debido proceso. Esta idea está en las bases mismas de los grandes movimientos reformadores y aparece consagrada en textos fundamentales, como el derecho del imputado a ser juzgado rápida e imparcialmente. Si bien nuestra Constitución no lo consagra de manera expresa, puede sin esfuerzo entenderse como una de las garantías innominadas que, por otra parte, responde a las fuentes en las que nuestra Carta Magna se basó.

Una primera regulación en cuanto al tiempo en que puede válidamente dictarse una condena por un hecho delictivo, la encontramos dentro de la legislación sustantiva en el instituto de la *prescripción* que, obviamente, tiene directa repercusión realizativa en orden a la viabilidad y desarrollo de la acción.

Enseña Núñez que la prescripción “se funda en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad: extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de la sociedad a que se lo reprima”<sup>22</sup>, idea que a más de dar con claridad el sentido del instituto, tiene directa relación con el tema realizativo considerado. Porque es de evidencia que la respuesta mediata del sistema penal a través de la garantía de judicialidad, exige que no se extienda en el tiempo: a más del notorio e injusto constreñimiento al imputado coactivamente sometido al proceso (lo que vulnera el principio de inocencia y lo tratado anteriormente en orden al *favor rei*), y de las legítimas expectativas de la eventual víctima, es obvio que se da una situación de frustración social ante causas que se diluyen en los vericuetos burocráticos y que tienen resolución a muchos años del hecho, cuando el conflicto ha desaparecido y hasta los involucrados prácticamente lo han olvidado o, realmente, ya son otros.

Lo que ocurrió en la manera de articular el funcionamiento del sistema penal latinoamericano es que se lo implementó de una manera por completo diferente a los modelos constitucionales y a los fines proclamados.

En consecuencia, la causal interruptiva de la prescripción conocida como “secuela de juicio”, fue interpretada como resultante de cualquier acto persecutorio dirigido de manera concreta hacia un imputado, dándose valor de tales –según diferentes soluciones jurisprudenciales– a la convocatoria a prestar indagatoria, a la detención, al procesamiento, a la prisión preventiva y a la acusación. Como se advierte, casi todos ocurridos

<sup>22</sup> NUÑEZ, *Tratado.. cit.*, t. II, p. 168.

durante la etapa instructoria. Esto resultaba coherente con la verdadera preeminencia que investía la instrucción formal y con los fines no explícitos dados por la práctica al proceso penal. Porque de hecho, se actuaba de manera inicial e inmediata, lo que se acentuaba en los casos de privación cautelar de libertad<sup>23</sup>, dejándose luego transcurrir lentamente el desarrollo de procedimientos discontinuos hasta arribarse a una lejana sentencia que revisaba lo anterior.

Habida cuenta de que en el proceso penal no se implementaba la perención de instancia, se carecía de sanción procesal y, al darse a cualquier acto de impulso valor de interruptivo de la prescripción, ésta jamás operaba.

En los códigos modernos se ha avanzado hacia el establecimiento de plazos instructorios, lo que en alguna medida ha significado un mayor dinamismo o, al menos, un control más estricto.

De todas maneras, parece acertado, conforme a una interpretación de las propias palabras de la ley (prolijamente ignoradas por la jurisprudencia predominante) que la expresión "secuela" de juicio no puede significar otra cosa que lo que el término indica de modo preciso, es decir, consecuencia. De modo estricto y lógico, sería entonces "secuela del juicio" aquello a que se arriba mediante la etapa de debate, es decir, la sentencia, único acto que responde al empleo de las palabras hechas por el legislador. Pero aceptando que de tal conclusión devendría una suerte de pleonásmo, cabe aceptar la solución propuesta por Núñez de que la referencia legal implica de modo directo y concreto la apertura del contradictorio lo que, por otra parte, resulta coherente con todo lo que ya se ha explicado respecto al sentido meramente preparatorio de todo lo anterior<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Lo ya considerado respecto a la prisión preventiva y al fenómeno conocido como "el preso sin condena".

<sup>24</sup> NUÑEZ, *Tratado...* cit., t. II, ps. 185 y ss.

Lo señalado por la Enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y por el Pacto de San José de Costa Rica referente a que todo acusado tiene derecho a ser juzgado rápidamente, integra una exigencia de racionalidad que hace, como dijimos a la garantía del debido proceso. En algunos fallos de prolongada duración la Corte Nacional pareció aceptar esta doctrina<sup>25</sup>, la que, en la lógica de su propio desa-

<sup>25</sup> El derecho a un juicio rápido fue tratado por la Corte en el caso "Mattei" de 1968 (*Fallos*: 272:188). La causa por contrabando de importación, llega al máximo tribunal por una cuestión de nulidad, abriéndose el recurso –no obstante tratarse de una situación procesal– por considerarse que son equiparables a sentencias definitivas los pronunciamientos "que por su índole y consecuencia pueden llegar a frustrar un derecho federal [...] acarreando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior". Las circunstancias en análisis eran las de que la alzada había anulado todo el plenario y retrotraído las actuaciones a la etapa instructoria, señalándose que el imputado llevaba cuatro años en calidad de procesado. En el fallo comentado, la Corte recuerda que el proceso penal "se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto...", siendo cada etapa presupuesto de la que le sigue. Sentado esto, se indica que "el principio de la progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas", dado el principio de preclusión. Así (consid. 10), "tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal".

Luego de analizarse con toda profundidad el problema de las deficiencias probatorias de cargo y que ello no puede repercutir sobre la situación del imputado, se establece en el considerando 14 la doctrina que tratamos: "...en suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma– un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal".

rrollo, ha conducido al concepto de la *insubsistencia de la acción penal*, que pareciera relacionarse más que con la prescripción con la perención. En un fallo del 30 de agosto de 1989, la Cámara II Criminal de la Provincia de Neuquén, señaló que:

La demora judicial en la tramitación de la causa (poco más de cuatro años) contraría la garantía de los imputados, de ser juzgados en un plazo razonablemente rápido, que forma parte del debido proceso (arts. 18, Const. Nac., y 35, Const. Prov.), y está expresamente reconocido en el artículo 7º, inciso 5º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (ley 23.054).

La Corte Suprema ha establecido expresamente la vigencia de este principio, asignándole a la violación de la garantía, la consecuencia de la extinción de la atribución del Estado de juzgar la causa de la jurisdicción y la acción.

Esta doctrina, conocida como de la *insubsistencia de la acción penal*, si bien en algún caso se ha relacionado con la prescripción, es distinta de dicho instituto; mientras éste se basa en la progresiva pérdida del interés social en la persecución del delito y por lo tanto parte del momento de su consumación o último acto de tentativa y corre mientras la acción no se ejerza efectivamente; aquél se funda en el derecho del imputado a verse libre del cargo y de las restricciones del proceso en un lapso razonable y acorde con la gravedad y complejidad de la causa; por lo tanto sólo puede comenzar a correr desde el momento en que el afectado es vinculado a la causa por la declaración judicial de sospecha y mientras esa declaración no sea resuelta; el plazo de prescripción se relaciona con la gravedad de la imputación; el de vigencia de la acción abierta, con el principio de inocencia y el derecho a la libertad e intimidad del interesado, que resulta burlado por un proceso excesivo e innecesariamente largo.

## 6. Conclusión

Sintetizando todo lo desarrollado es posible concluir en que la garantía de judicialidad que consagra nuestra Constitución Nacional como condición indispensable de la realización penal,

responde en un todo a las fuentes y antecedentes históricos del Derecho Penal liberal de acto, de índole acusatorio y asentado sobre el pleno reconocimiento del estado de inocencia de que está investido todo habitante del país; tal estado sólo puede ser destruido por una decisión jurisdiccional ocurrida como culminación de un proceso regular, es decir, en el que los hechos debidamente investigados y acreditados conforme a las limitaciones que rigen la intervención del poder penal del Estado, hayan sido confrontados por la defensa y racionalmente analizados y debatidos de manera pública, ante un tribunal imparcial o independiente, competente según las leyes reglamentarias, todo dentro de un plazo razonable y con una aplicación correcta del Derecho vigente a los hechos de la causa.

Los procedimientos para implementar estos requisitos son los que constituyen la materia del Derecho Procesal Penal, cuyas bases constitucionales, características y significación hemos considerado a lo largo de este trabajo, restando ahora avanzar en el estudio de los órganos y sujetos que dan vida, mediante los pertinentes actos, a la secuencia que desde la noticia del delito a la resolución conclusiva conforma el fenómeno que entendemos como proceso penal.

## CAPITULO IX

### “IUS PUNIENDI”, PRETENSION PUNITIVA Y ACCION PENAL

#### 1. La potestad punitiva

La generalidad de los tratados de Derecho Penal acentúan en sus introducciones la característica de índole pública de la materia penal, destacando que el Estado, en nombre de la colectividad, ejerce la facultad de castigar al infractor de la ley<sup>1</sup>.

Precisamente, lo que dentro de la tradición cultural occidental entendemos como Derecho Penal, descansa sobre la existencia de específicas instituciones del Estado predispuestas no sólo para establecer el catálogo de infracciones punibles y el juzgamiento de las mismas, sino también lo concerniente a la averiguación y consecuente actuación oficiosa de persecución del delito.

Como advierte Maier, la pena estatal<sup>1</sup>, el poder centralizado y la persecución penal pública constituyen los elementos determinantes y caracterizadores de una regulación normativa de

<sup>1</sup> JIMENEZ DE ASUA, ob. cit., t. I, p. 68: “De la definición del Derecho Penal, del enunciado de sus caracteres y de la delimitación de su esfera propia, surge inexorablemente su índole de Derecho Público, de función pública ejercida por el Estado en nombre de la colectividad”.

índole heterónoma, impuesta por la autoridad a los súbditos, consolidada históricamente desde la Baja Edad Media<sup>2</sup>.

En este sentido, la potestad punitiva ha sido relacionada con el concepto de soberanía. Su inicial desarrollo se formuló y consolidó dentro del complejo de ideas del sistema inquisitivo y tuvo posterior desenvolvimiento dentro de las ideologías estatistas.

Hemos considerado al tratar de la historia del sistema penal y, en particular, de sus aspectos realizativos, lo que ha sido denominado como el proceso de expropiación estatal de la cuestión penal a los particulares. El delito deja de ser entendido como daño y es fundamentalmente valorado como desobediencia y, por ello, como una suerte de ataque al soberano quien, consecuentemente, tenía la facultad de castigar para restablecer la autoridad vulnerada y disuadir ejemplarmente la posible comisión de conductas semejantes. Para ello se crea un conjunto de instituciones monopólicas encargadas de ejercer de manera oficiosa y oficial todo lo concerniente a la materia punitiva.

En lo básico, el precedente esquema se mantiene hasta nuestros días, ya que salvo limitadas excepciones todo lo relacionado con el tema penal está investido del ya indicado carácter público.

Dentro del pensamiento posterior a la Revolución Francesa y no obstante las importantes reformas de racionalización y liberalismo que fueron dando lugar a la conformación del actual Derecho Penal, la construcción doctrinaria (especialmente la alemana, de notoria influencia sobre la española y latinoamericana) se mantuvo fiel a una visión esencialmente estatista que no dudó jamás en considerar al Estado (como una entidad en sí misma) como el sujeto (el soberano) investido de la facultad punitiva, esto es, de imponer las penas que estime necesarias para el mantenimiento de su orden y de sus fines.

Como lo puso en claro Popper, la línea de pensamiento que

<sup>2</sup> MAIER, Julio B. J., *El Ministerio Público: ¿un adolescente?*, en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

desde Platón a Hegel desarrolló el concepto del Estado como entidad válida en sí misma superior ontológicamente al individuo<sup>3</sup>, potenció consecuentemente la idea de una facultad o poder preexistente de castigar al súbdito, poder que se encausa diversamente según las alternativas y necesidades de ese mismo poder.

La señalada es la primera y más notoria expresión del *ius puniendi* o derecho estatal de castigar, que entre nosotros resume Fontán Balestra diciendo que “el Estado, como sujeto de la potestad penal, está facultado para imponer la pena...”, constituyendo tal poder “el Derecho Penal subjetivo”<sup>4</sup>; como consecuencia de este poder, establece objetivamente las disposiciones reguladoras del Derecho Penal sustantivo, las normas instrumentales para su aplicación (Derecho Procesal Penal) y la reglamentación de la ejecución, todo lo cual se concreta como Derecho Penal objetivo.

De tal forma, y dentro de la referida concepción, el Derecho Penal objetivo no sería sino consecuencia de la propia autolimitación de ese poder soberano. Sobre el particular, expone Jiménez de Asúa: “El Derecho Penal subjetivo no es limitado, pues el Estado, en el ejercicio del poder de castigar, tiene que limitarse a sí mismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación (el crimen y la pena). La limitación del Derecho Penal subjetivo está lograda por el Derecho Penal objetivo”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> POPPER, ob. cit. Este autor analiza las concepciones que más influyeron en el desarrollo del pensamiento occidental postulando una visión de la entidad estatal como una “supra realidad” válida en sí misma, con fines propios y por encima de los individuos. En oposición a tales ideas, postula la de una “sociedad abierta”, en la que el marco institucional sirve al desarrollo de las personas, posibilitando las reformas y el uso de la razón como instrumento fundamental de la política. Obviamente, el trabajo que intento participa de igual convencimiento.

<sup>4</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1972, t. I, p. 185.

<sup>5</sup> JIMENEZ DE ASUA, ob. cit., p. 69. El autor pasa revista a las diferentes ideas sobre la materia, citando de modo especial a Binding quien insiste en

Debe señalarse que esta posición apareció durante mucho tiempo como prevaleciente y que incluso aquellas teorías que principalmente la cuestionaban, lo hacían, como el caso del positivismo italiano, desde una perspectiva aún de más extremo estatismo, ya que apuntaban a señalar que no cabía hablar de un derecho subjetivo sino de una simple y lisa facultad imputativa y sancionatoria directamente derivada de la soberanía.

Entendemos que la cuestión debe replantearse desde una óptica inversa, y al respecto es preciso recordar todo lo expuesto en el Capítulo VI de este trabajo, respecto de lo que hemos denominado como paradigma constitucional.

El Estado (una abstracción) surge institucionalmente de la Constitución que es una regulación del ejercicio legítimo del poder organizado en función de determinados fines sociales y como garantizador de preexistentes derechos individuales y sociales. Esa Constitución es la que otorga la legitimidad estatal y, en el caso de la facultad punitiva, la que establece los cauces por los que habrá de discurrir la consiguiente regulación específica, tanto en los aspectos sustantivos como procesales. De tal forma y como lo hemos ya estudiado respecto del denomi-

que el delito es fundamentalmente una desobediencia al mandato estatal; al respecto, dice que para Binding "el delito [...] no lesiona el derecho subjetivo de los particulares, sino que es contrario al ordenamiento jurídico, y más exactamente, contrario al derecho subjetivo a la obediencia que pertenece al Estado" (p. 71); cita textualmente: "...al derecho subjetivo del Estado de hacerse obedecer de los súbditos". El solo empleo de las referidas palabras es demostrativo de un sistema de ideas y de valoraciones que no comparto. La idea del delito no puede ser otra que la de acciones u omisiones, dolosas o culposas, que atentan contra la convivencia y lesionan gravemente las condiciones mínimas que hacen posible la vida en común. El Estado, que no es otra cosa que una realidad institucional y un punto de referencia normativa, no tiene facultades ni derechos por sí mismo, sino que surge para asegurar la coexistencia y organizar en la libertad la sociedad. Su legitimidad no es una mera cuestión de poder, sino que se desprende de las bases constitucionales y del cumplimiento de las finalidades sociales que lo justifican y explican. Es obvio que las ideas de Binding tienen una clara resonancia hegeliana y que, en su misma dinámica, conducen a un intolerable esquema de potenciación de la autoridad por la autoridad misma.

nado proceso de criminalización, el Poder Legislativo sanciona leyes en las que se definen conductas a cuya comisión se asocian, como consecuencia, penas. Esta determinación de comportamientos punibles es la que hace surgir la facultad sancionatoria, que no existe de modo concreto, amplio o indeterminado, sino, por el contrario, en función de la regulación sustantiva. Esto significa que el pretendido *ius puniendi* es consecuencia del Derecho Penal objetivo y, por cierto, no lo contrario.

En este punto asiste razón a Rodríguez Devesa cuando concisamente dice que el concepto subjetivo del Derecho Penal no es otro que el que refiere a la facultad de establecer las pertinentes leyes y “aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ellas prevenidos”<sup>6</sup>.

La primera y más importante de esas condiciones es la que ya se ha estudiado y que desde la época de Beccaria tiene rango de fundamental garantía y de base del Derecho Penal liberal bajo el nombre de principio de legalidad, complementado con el de reserva y coherente con los valores de libertad y seguridad.

De tal forma, el pretendido derecho general de penar no es tal (salvo como facultad legislativa, la que, por otra parte, también se condiciona ante límites constitucionales, racionales y objetivos), sino que surge del conjunto de infracciones taxativamente determinadas y descriptas. Como bien señala Almagro Nosete la garantía de legalidad “pide una taxatividad en la definición y fijación de los elementos componentes del tipo delictivo que, al concretar los hechos, impide la extensión analógica de las descripciones delictivas”<sup>7</sup>.

En este punto debemos recordar lo desarrollado por la doctrina penal en orden a los fines del Derecho Penal que, de una

<sup>6</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal español*, Madrid, 1977, t. I, p. 34.

<sup>7</sup> ALMAGRO NOSETE, José, *Justificación del proceso penal*, en *Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, t. II, *El proceso penal*, p. 25.

manera genérica, deben responder a un equilibrio entre las necesidades de evitar y castigar comportamientos gravemente lesivos para el orden jurídico y para mínimos niveles de coexistencia, y la vigencia de zonas de libertad, intangibles a la intromisión estatal.

En consecuencia, la pena sólo podrá ser aplicada cuando se arribe a un juicio afirmativo de responsabilidad respecto de una autoría culpable en la comisión de un hecho previsto como delito en ley válida y vigente, y tal determinación sólo puede darse dentro de determinados procedimientos, acordes con la garantía de judicialidad.

De esta manera, podemos concluir en la muy relativa utilidad del tema de la facultad estatal de castigar, la que dentro del Estado Democrático de Derecho de base constitucional, aparece tan sólo como el poder de dictar leyes penales, pero ello dentro de los límites que el mismo texto y espíritu constitucional condicionan.

Esa línea de pensamiento ha sido expuesta con énfasis y claridad por Novoa Monreal, quien rechaza la concepción tradicional del pretendido derecho o facultad de castigar<sup>8</sup>. En este aspecto, entiende que hablar de *ius puniendi* resulta equívoco y hasta peligroso, pues de un modo estricto el término refiere a las antiguas y superadas concepciones de índole expiatoria.

<sup>8</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo, *Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado*, en *El poder penal del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 185 y ss. Señala el autor, en la línea de pensamiento que se ha expuesto, que: "A distintas etapas históricas han sucedido otras tantas respuestas que denotaron una particular concepción filosófica de la organización social. Es así como se ha pasado desde un antiguo enfoque de la pena como castigo expiatorio, impuesto por la autoridad que representa a Dios en la Tierra, a explicaciones metafísicas que señalaron la necesidad absoluta de la pena como única manera de restablecer el orden jurídico quebrantado por el delito. Y se terminó en la negación rotunda de un Derecho Penal basado en principios absolutos y en la afirmación de que él se justifica tan sólo por la utilidad que las penas o medidas especiales aplicables a los delincuentes puedan traer a la vida social".

El citado autor se inclina por otorgar al ordenamiento normativo en general y al penal en particular un sentido fundamentalmente instrumental, del que quedan fuera valores absolutos y fines inmanentes a la propia regulación. De tal forma, la legitimidad del sistema deriva de la organización política y de los principios sobre los que descansa y a los que responde, por lo que carece de sentido y utilidad hablar de un derecho de castigar, de índole metafísica y extraño a la simple finalidad de mantener un orden racional de convivencia y de impedir o disuadir aquellos comportamientos gravemente lesivos para la vida social.

## 2. Pretensión punitiva

La facultad estatal genérica y abstracta de castigar el delito (que temáticamente se conecta con los fines y funciones del Derecho Penal)<sup>9</sup> que se estructura a través del ordenamiento normativo, adquiere un particular nivel de definición cuando en un caso concreto, históricamente ocurrido, se entiende que hay mérito suficiente para efectuar formal solicitud de aplicación de pena, acorde con el hecho atribuido y con las previsiones de la escala punitiva de la figura sustantiva pertinente.

De tal forma, así como el poder punitivo es de índole predominantemente política y se encauza mediante la legislación sustantiva reguladora de los delitos y de las penas, la pretensión punitiva, dentro de la operatividad de la garantía de judicialidad, es de específica índole realizativa y se encuentra normativamente establecida dentro del desarrollo procesal.

La pretensión punitiva es la concreta y circunstanciada solicitud efectuada por quien se encuentra legitimado para ello a los fines de que el órgano decisor se pronuncie condenando al imputado a la pena que jurídicamente corresponda.

<sup>9</sup> VAZQUEZ ROSSI, *El Derecho Penal de la democracia* cit. También desarrollé las cuestiones que ahora nos ocupan en *Acción penal pública y actividad fiscal*, en J. A. 1993-II-1033.

Con lo hasta ahora expuesto es ya evidente que la sola idea de “pretensión” supone lógicamente la existencia dual de dos órganos: el que solicita o peticiona y quien es requerido y decide. Ello implica una particular articulación procedimental a través de dos diferentes sujetos, cuales son el peticionante y el capaz de resolver lo que, en lo básico, nos remite al esquema acusatorio. Porque dentro del sistema inquisitivo puro, uno solo es quien persigue, pretende y decide, representando a todos los efectos el *ius puniendi*.

Lo dicho surge con nitidez en aquellos supuestos en los que el requerimiento es ejercido por cualquier ciudadano (acción popular) o por quien ha sido directamente ofendido por el delito (acción privada), supuestos en los que, como lo veremos, se da una coincidencia entre la pretensión y la acción; mayores complejidades presentan los casos de acción pública, a los que atenderemos con el necesario detalle en el siguiente punto. Pero de todas maneras y en todos los supuestos, es obvio que no puede hablarse de “pretensión” sin un sujeto que “pretenda” y otro que acoja o rechace tal pedido.

Así mismo y con lo dicho, podemos avanzar señalando que la pretensión aparece dentro de la lógica del proceso como un contenido posible de la acción; cuando a través del curso investigativo y discursivo concretado mediante los actos procesales el sujeto legitimado para ello entiende encontrarse con elementos fácticos y jurídicos suficientes para tener por debidamente acreditada la responsabilidad penal del imputado, efectúa la solicitud de una declaración jurisdiccional en tal sentido.

La doctrina procesal ha distinguido la pretensión de la acción, siendo ésta la que inicia el proceso y aquélla la que define una solicitud o fin concreto que, en el caso de nuestra materia, es la imposición de una pena o medida de seguridad de acuerdo con las previsiones normativas. De tal manera, podría formularse la idea de que la pretensión punitiva, en el sentido ex-

presado, es una manifestación operativa y legalmente encarrilada del *ius puniendi*.

El objeto de la pretensión es lo que se pide; esto es, en el proceso penal, la sanción punitiva aplicada a un sujeto determinado e individualizado. Para ello, dentro de la normalidad de los procedimientos ordinarios, ha debido realizarse previamente una investigación, ya fuere a cargo del juez de instrucción o del Ministerio Público; esta investigación es la que da los elementos necesarios para fundar las razones que avalan el pedido sancionatorio, las que, a su vez, son contradichas por la defensa y evaluadas por el órgano jurisdiccional. En cambio, en los procedimientos privados, la presentación de la querrela formulará, a la vez y conjuntamente, la acción y la pretensión.

Sobre la base de los hechos que se entienden suficientemente acreditados en relación a la descripción de la figura penal de que se trate, se formula el pertinente requerimiento; es decir, la articulación interdependiente de lo fáctico y lo normativo.

La pretensión punitiva adquiere dentro de la sistemática penal un puesto relevante. En efecto, la tarea averiguativa generada por la acción penal, que pone en marcha los procedimientos, tiende, en los supuestos que le dan fundamento, a determinar el requerimiento condenatorio, al que, lógicamente, habrá de oponerse la defensa. Por ello, acorde con el principio de congruencia, tal pretensión establece los límites del pronunciamiento jurisdiccional conclusivo, ya que dentro de nuestro ordenamiento jurídico la sentencia debe ser correlativa de la acusación. Así, el poder punitivo, circunscripto por el ordenamiento sustantivo, necesita, por imperio de la judicialidad, de la acción que ponga en marcha los procedimientos (debido proceso) y que, de hallar mérito suficiente, dé paso a la solicitud de pena.

### **3. La acción**

Para que pueda instaurarse la pretensión punitiva y para que, si la misma tiene fundamentos, se dicte la sentencia que

actúe concretamente la ley penal sustantiva (es decir, se *realice* el Derecho Penal) es necesario que, previamente, se lleven a cabo una serie de actos que, formalmente previstos por la ley procesal, constituyen lo que entendemos por proceso penal; ahora bien, para que éste se inicie y válidamente se desarrolle, es preciso el acto de instancia que se denomina acción procesal.

En la conformación de los estudios que dieron lugar a la disciplina conocida como Derecho Procesal y, en particular, a la denominada Teoría del Proceso, el tema de la acción ocupó el lugar central; más aún, el mismo surgimiento de esta zona de la materia jurídica estuvo estrechamente vinculado al tratamiento de la delimitación del concepto de acción.

Un primer concepto sobre la acción se encuentra dentro del Derecho Romano; en el Digesto puede leerse que la acción es el derecho o facultad de perseguir en juicio lo que a uno se le debe (*iudicio persequendi*), concepción que predominó durante siglos. De esta manera, se identificaba la acción con el derecho subjetivo (idea que subyace en algunas de las elaboraciones del *ius puniendi* que hemos referido supra), lo que se encuentra presente en la norma del artículo 505, inciso 1º, del Código Civil.

Precisamente, trabajando sobre este concepto de acción romano, la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XIX advierte lo incorrecto de la señalada identificación, pasando a distinguir entre la facultad de instar y el derecho sustantivo que se pretende hacer reconocer jurisdiccionalmente.

Indica al respecto Leone que comienza así, primero en Alemania (Windscheid, Muther) y luego en Italia (Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti) el gran impulso hacia una caracterización autónoma de la acción (y de los estudios procesales) que se entiende como independiente del derecho subjetivo que se pretende hacer reconocer y actuar. Se distingue así entre el contenido sustantivo (lo que se considera que a uno se le debe)

del derecho de perseguir en juicio, lo que es "un medio de tutela jurídica"<sup>10</sup>.

Se definió así a la acción como una pretensión de tutela jurídica hecha a los órganos pertinentes del Estado, lo que tendría que ver con lo estudiado como derecho a la jurisdicción.

A partir de lo señalado se produce un importante debate en el que se proponen diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la acción, hablándose de un "derecho potestativo" (Chiovenda) que constituye la relación jurídico procesal y que pone en movimiento las condiciones para la actuación de la ley (Calamandrei).

En nuestro país estas elaboraciones fueron asumidas por Hugo Alsina, a quien corresponde el mérito de la primera exposición sistemática sobre el tema<sup>11</sup>. El mencionado autor, luego de resaltar la importancia del estudio del instituto y de reseñar los aportes romanos, germanos e italianos, define a la acción como "un derecho público subjetivo contra el Estado para obtener la tutela de un derecho", destacando la independencia respecto del derecho sustantivo pretendido y el sentido o dirección de requerimiento de actividad jurisdiccional.

Ahora bien, el mismo Alsina advierte que la destacada autonomía de la acción respecto del derecho sustantivo que instrumenta, no puede hacer olvidar las relaciones entre lo pro-

<sup>10</sup> LEONE, ob. cit., ps. 113 y ss. En página 118 define: "La acción penal se presenta a una primera visión empírica como la actividad de un órgano del Estado encaminada a obtener una decisión del juez penal en relación a un hecho que constituye delito y que se supone cometido por alguien". Es un acto inicial del procedimiento, encaminado a hacer actuable la pretensión punitiva. Al final de su exposición y concluyendo con el tratamiento de las diferentes teorías y problemas, aporta la siguiente caracterización: "La acción penal en sentido amplio debe definirse como el poder (del Ministerio Público o de sujetos privados) de pedir al juez penal la decisión acerca de una *notitia criminis*, o bien acerca de la existencia de las condiciones requeridas para algunas delimitadas providencias dirigidas a la represión de un delito, o a la modificación de relaciones jurídicas penales preexistentes" (p. 152).

<sup>11</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942, t. I.

cesal y la norma de fondo, ya que si bien la acción pone en marcha la secuencia procesal recorriendo todos los caminos hasta el pronunciamiento jurisdiccional conclusivo y pudiendo arribar a un decisorio que se pronuncie negativamente respecto de la pretensión sostenida, no lo es menos que resulta simplemente inconcebible (y procesalmente inadmisibles) una acción que no presente como sustento del pedido de actividad jurisdiccional una –al menos– apariencia de derecho. No hay acción por sí misma. Su sentido es eminentemente funcional respecto de la pretensión; como dice Alsina: “La acción no tiene una función específica, sino que es instruida en miras a la protección del derecho”.

Sobre la base de lo señalado y sin desconocer la profusa bibliografía en torno a la teoría de la acción<sup>12</sup>, podemos concluir

<sup>12</sup> A simple modo de ejemplo y sin intentar agotar un tema que exigiría un tratamiento específico y extenso, podemos señalar dentro de la literatura en idioma castellano: ALSINA, ob. cit., para quien la acción es “un derecho público subjetivo contra el Estado para obtener la tutela de un derecho”; CARLOS, Eduardo B., *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1959: “El derecho, facultad o poder jurídico acordado al individuo para provocar la actividad jurisdiccional del Estado”; COUTURE, *Estudios...* cit., quien destaca las bases constitucionales de la facultad de requerir a la autoridad. En similar perspectiva: PALACIO, ob. cit., t. I, p. 388; BARRIOS DE ANGELIS, *Teoría del proceso* cit., quien habla de la facultad de abrir la instancia judicial mediante un acto promotivo de la jurisdicción, con efectos vinculantes; DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Universidad, Buenos Aires, 1984, t. I, Cap. XI, quien en página 178 dice: “El Estado no sólo tiene el poder y derecho de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la declaración de un derecho, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o verificación de los derechos, cuando un particular o un funcionario público se lo solicita con las formalidades legales”. Agrega, en página 181, que es un derecho a obtener justicia dirigido al Estado.

Un particular enfoque y un muy amplio desarrollo caracterizan el trabajo del profesor mexicano, que habla de la acción como una instancia proyectiva: BRISEÑO SIERRA, ob. cit., t. II. Desarrollando con sello propio tal teoría: ALVARADO VELLOSO, ob. cit. El mencionado profesor privilegia, como punto inicial de todo estudio procesal, el concepto de acción, idea que comparto y expreso en el presente trabajo. Así mismo, procura establecer un

en que la acción existe en función de la pretensión y es el medio, facultad o potestad de abrir y proseguir el desenvolvimiento procedimental, con efectos proyectivos hacia el accionado y vinculando la respectiva actividad jurisdiccional.

#### 4. Problemas particulares respecto de la acción penal

El tema que nos ocupa ha tenido, como se dijo, un desarrollo particularmente amplio dentro del procesalismo civil y, de ahí, a través de lo que se quiso estructurar como una teoría general del proceso, se pretendió trasladarlo al proceso penal. Al respecto, tuvieron difusión años atrás observaciones que reprochaban un inferior tratamiento de la cuestión dentro de los estudios penales y que abogaban por una consideración unitaria<sup>13</sup>. No es objeto del presente trabajo sumergirnos en una profundización de dudosos resultados prácticos en un esclarecimiento de valor instrumental<sup>14</sup>, por lo que hemos de limitarnos sólo a aquellas referencias que se entiendan imprescindibles.

Según Leone, una primera aproximación a la acción penal

concepto lógico, independiente de cualquier regulación legal, lo que desarrolla en su Lección 6 (ps. 75 y ss.). Ya en relación estricta a la materia penal, Clariá Olmedo en su *Tratado...*, ubica el tema dentro de lo que denomina como “poderes para la realización procesal penal”, indicando que la acción aparece como un requisito de la jurisdicción. Recientemente, D'ALBORA, ob. cit. En página 21 puede leerse que es necesario distinguir entre acción procesal y pretensión procesal, siendo la primera “la facultad dirigida a provocar la tarea de los órganos judiciales, equiparable al derecho constitucional de petición”, mientras que la segunda atiende al contenido del acto.

<sup>13</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1961.

<sup>14</sup> NUÑEZ, Ricardo C., *Prólogo*, en *Recursos en materia penal*, de Manuel N. Ayán, Lerner, Córdoba, 1985. Advierte Núñez en su breve introducción: “Para mí el Derecho Procesal Penal ha construido y se sirve de una manera excesiva de lo teórico. Lo digo porque a diferencia de lo que ocurre con otras ramas jurídicas [...] esa dogmática no es un instrumento de primera línea para la solución de los casos teóricos y prácticos [...] Por ejemplo, la teoría de la acción procesal pocas veces demuestra con evidencia que sirva prácticamente para resolver las cuestiones que surgen acerca de un problema de acción, de su existencia, de su desenvolvimiento o de su extinción”.

desde una perspectiva predominantemente empírica puede conducirnos a una caracterización del instituto en el sentido fundamental de una “actividad”, ejercida por determinados sujetos del Estado y encaminada a lograr por parte del órgano jurisdiccional una decisión, la que es tomada “en relación a un hecho que constituye delito y que se supone cometido por alguien”<sup>15</sup>. Tal actividad implica una manifestación de voluntad de investigar lo necesario para dar contenido, en su caso, a la pretensión punitiva.

En consecuencia, acorde con los principios constitucionales ya estudiados, para que se aplique a un caso concreto el Derecho Penal es imprescindible el proceso penal (judicialidad) y, para que éste pueda desenvolverse, necesita de la acción.

Ahora bien, debe tenerse en claro que la acción no se identifica necesariamente con la pretensión punitiva, sino que aparece como un requerimiento investigativo en torno a una determinada situación fáctica que, en principio, corresponde a la hipótesis descrita en la figura penal que resulte pertinente. En consecuencia, es obvio que no hay acción fuera de las situaciones de apariencia delictiva, ya que de no ser así se violaría el principio y la garantía de legalidad y reserva.

Esto implica desde el vamos una dependencia y absoluta subordinación de lo procesal respecto de lo sustantivo, dependencia que aparece enmarcada en el sistema garantizador que limita la facultad punitiva del Estado, condicionada a la taxatividad de aquellas conductas previamente descritas en las figuras del catálogo punitivo. En consecuencia, no puede darse acción (como elemento generador de la actividad persecutoria) sino en tanto y en cuanto haya ocurrido un suceso que, en principio, responda a la caracterización típica. Esto lleva a que no pueda hablarse de una autonomía de la acción, ya que la misma depende por completo de la adecuación entre el hecho y el Derecho sustantivo, todo lo cual hace que las proficuas elabora-

<sup>15</sup> LEONE, ob. cit., p. 118.

ciones de cierta doctrina sobre la cuestión, carezcan no sólo de la más mínima aplicación, sino tan siquiera de interés.

Es obvio que en materia penal no puede operarse una apertura procesal meramente abstracta. El proceso implica una serie de graves constreñimientos que sólo se justifican cuando la noticia del delito tiene suficiente entidad y seriedad. Por otra parte, la vigencia del principio de legalidad repercute sobre el de judicialidad, lo que significa que sólo puede iniciarse un proceso cuando en la realidad ha acontecido una conducta que, en principio, responde a la descripción efectuada en la ley penal sustantiva.

La doctrina penal ha insistido en un tratamiento sustantivo de la acción, lo que se encuentra dogmáticamente explicado por la circunstancia de que el instituto se encuentra legislado en el Derecho argentino dentro de la parte general del Código Penal.

Sebastián Soler estudia el tema bajo el título de *La pretensión punitiva*, identificando de hecho ésta con la acción<sup>16</sup>. Indica que la *potestad represiva* concretada en las respectivas disposiciones penales se dinamiza mediante el ejercicio de las acciones “que transforman la punibilidad en punición”, así la acción “no es más que el momento dinámico de una pretensión punitiva preexistente y estática, a la cual la desencadena la comisión de un hecho”, que pone en funcionamiento el conjunto de las actividades procesales, las que se encuentran previamente determinadas por las figuras sustantivas.

Insiste Soler en que las disposiciones que condicionan y regulan la pretensión punitiva son de estricta índole sustantiva, aunque tengan apariencia procesal.

Cabe responder a la antedicha posición que, sin desconocer algunos aciertos generales que, en realidad, refieren más a la potestad punitiva que a la acción, hay un error en la identifi-

<sup>16</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1978, t. II, ps. 439 y ss.

cación entre acción y pretensión punitiva, ya que, como dijimos, la segunda es un contenido posible de la primera. En efecto, cuando luego de una actividad persecutoria el propio órgano acusatorio dictamina en pro de un archivo o de un sobreseimiento, no puede negarse que ha habido acción como requerimiento de actividad jurisdiccional, decidiéndose, sin embargo, no sostener la pretensión punitiva. Por otra parte, es de evidencia que los diversos digestos procesales distinguen con nitidez en los procedimientos ordinarios entre una primera etapa netamente investigativa, cuya finalidad es, precisamente, dar contenido a la acusación y otra, de debate, en la que se discute la procedencia de esa pretensión sancionatoria. Así mismo, y aunque por razones comprensibles, el tema de la acción aparece dentro del Código Penal, su instrumentación es de estricta índole procesal.

Ricardo Núñez, aunque con mayores precisiones, también se inclina por un concepto material de la acción penal, señalando que ante la ocurrencia del hecho delictivo la potestad represiva del Estado se concreta como una acción; dice: “La acción penal representa [...] no un derecho puramente formal de solicitar justicia ante los tribunales requiriendo la actuación de la ley penal, sino la potestad de castigar en sí misma, como Derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal”<sup>17</sup>.

Creemos que le asiste razón en lo atinente a que ese “solicitar justicia” debe asentarse siempre sobre la ya indicada correspondencia material, pero ello no obsta a las implicancias directas sobre el curso procedimental, a las que nos referiremos en detalle. De todas formas, la discusión sobre la naturaleza jurídica es de muy relativo interés, ya que de una u otra solución no se derivan consecuencias importantes; en este aspecto y como se ha ido desarrollando, podría sin desmedro de la pulcritud teórica admitirse una conclusión ecléctica, en el sentido de que

<sup>17</sup> NUÑEZ, *Tratado...* cit., t. II, p. 128.

si bien la acción penal es el mecanismo para generar la actividad procesal, ella está subordinada a la regulación material.

Lo que no admite discusión es la decisiva circunstancia de que dentro de la mecánica del moderno sistema penal la acción aparece como el necesario puente que enlaza lo sustantivo a lo aplicativo y que tiende a instrumentar la realización penal, lo que explica sobradamente que resulte el elemento inicial para la ulterior consideración de los diferentes aspectos del Derecho Procesal Penal.

El antedicho sentido parece encontrarse implícito en el tratamiento que sobre el tema hace Zaffaroni<sup>18</sup>, quien habla de las “condiciones procesales” que hacen operable la coerción penal, constituyendo la fundamental de las mismas el propio proceso penal, por imperio de la garantía de necesidad procesal o judicialidad. En el manejo del concepto de acción, el autor citado recurre a Alcalá Zamora quien habla de un poder jurídico para promover las actuaciones jurisdiccionales tendientes a la aplicación del Derecho sustantivo.

En resumen, habida cuenta de que no puede haber –por imperio constitucional– sanción punitiva sino como resultado o conclusión de un “juicio”, el proceso aparece como el requisito instrumental imprescindible para arribar a la decisión. Y para abrir o poner en funcionamiento ese instrumento, es necesaria la particular manifestación de voluntad o instancia requirente que es lo que se denomina con el término acción y que sólo puede prosperar, acorde con el principio de legalidad, cuando se postula como hipótesis la ocurrencia real de un suceso que corresponda a la descripción típica de una figura penal, y si hay méritos suficientes para entenderse que lo fáctico se subsume dentro de lo normativo, se postulará mediante la pretensión punitiva la declaración jurisdiccional de responsabilidad por el hecho cometido, la que, de ser acogida mediante la sentencia, impondrá la pena concretando la potestad sancionatoria del Estado.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, *Manual...* cit., p. 568.

## 5. El ejercicio de la acción penal. Modos de promoción

En la medida en que el carácter determinante de la acción es el dinamismo, esto es, la facultad de poner en funcionamiento el instrumento procesal, el tema de su ejercicio aparece como uno de los centrales en torno a la consideración del instituto.

De lo que se trata es de determinar quién, cómo y en qué condiciones se encuentra legitimado para promover la actuación penal y de requerir válidamente en el caso la aplicación del Derecho sustantivo.

De tal forma, el concepto unitario y general de "acción" como promoción de la actividad jurisdiccional, puede dividirse en diferentes tipos de acciones derivados de los criterios de legitimación imperantes y operativos. A ellos atenderemos seguidamente:

### A) *La acción privada*

Es aquella en la cual el particular ofendido por el hecho que se postula como delito acude por sí o mediante representante, instando la realización del proceso y sosteniendo la pretensión de que se condene al accionado.

La facultad de provocar la decisión se otorga al sujeto que se presenta como agraviado o lesionado por una conducta delictiva. Esto implica que no actúa ningún órgano oficial y que el conflicto se circunscribe a los involucrados. En tal sentido, la relación procesal guarda semejanzas con la de índole civil, ya que fundamentalmente nos encontramos ante una disponibilidad o pertenencia sobre las posibilidades y maneras de actuación, lo que por lo general abarca también los modos de solución del conflicto.

Es obvio que este tipo de acción supone un ordenamiento sustantivo en el cual el Estado confiere a los particulares el poder y la decisión de actuación; así mismo, implica específicas derivaciones procedimentales, ya que la carencia de un órgano público ajeno al conflicto material impide actividades investi-

gativas oficiales, estando a cargo del individuo actuante presentar sus postulaciones, acreditaciones y alegaciones.

En una materia –como la penal– que estuvo ligada en sus orígenes a lo religioso y a aquellos valores que se entendían como constitutivos del cuerpo social y de la autoridad grupal, resulta difícil encontrar antes del Derecho ateniense una distinción entre lo público y lo privado. En las regulaciones de Atenas, mientras lo primero refería a los intereses de la ciudad y del común, lo segundo tenía una incumbencia particular susceptible de composición entre los interesados. La referida distinción se acentúa en el Derecho Romano, que reserva la acción privada para aquellos casos de importancia menor y trascendencia reducida a los protagonistas del conflicto, siguiendo idénticas reglas que las reguladoras de los litigios civiles<sup>19</sup>.

Pero donde aparece con plena nitidez la acción privada, conformando lo que Maier denomina como “sistema acusatorio privado”<sup>20</sup>, es en el Derecho germánico que presenta la especial característica de una idea global de las infracciones que no distinguían entre lo penal y lo civil. Se otorgaba particular relevancia a las formas compositivas privadas, recurriéndose al proceso solamente cuando aquéllas fracasaban y a éste por la única forma de una acusación sostenida por el directamente interesado. La posterior evolución en el Derecho franco y en los diversos países de la Europa de la Alta Edad Media, si bien incluye modificaciones, mantiene en lo básico la vigencia de un sistema acusatorio a cargo del ofendido y/o de sus parientes.

El posterior surgimiento y consolidación del sistema inquisitivo marcó la sustitución de la acción privada por la pública, que se convirtió en una regla imperante hasta nuestros días.

En el sistema del Código Penal argentino, al igual que en la casi totalidad de los digestos vigentes en el mundo, la acción

<sup>19</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit., t. I, en general y, en particular, Caps. I y II de la Primera Parte, y V de la Segunda.

<sup>20</sup> MAIER, *Derecho Procesal...* cit., t. I “B”, ps. 23 y ss.

privada aparece como reducida y excepcional, reservada a determinados delitos que, por sus características, se entienden como de incumbencia total o predominantemente particular. Al respecto, indica Clariá Olmedo que “el poder es del Estado, pero su ejercicio se atribuye exclusivamente al particular ofendido, o a sus representantes o herederos en algunos casos”<sup>21</sup>. La cuestión se encuentra regulada en el artículo 73 del Código Penal y los códigos procesales regulan procedimientos especiales para el enjuiciamiento de los delitos de acción de ejercicio privado.

Sobre la base de estos elementos, podemos establecer las características definitorias del ejercicio de la acción privada, a saber:

- a) Dentro del ordenamiento actual, tiene carácter de excepción y se circunscribe taxativamente a determinadas infracciones punibles cuyas características se entienden preponderantemente individuales;
- b) la legitimación activa corresponde de modo exclusivo al ofendido y víctima del hecho delictivo que se postula ocurrido (o, en ciertos casos, a sus herederos y representantes), quedando completamente excluida la intervención oficial del Ministerio Público y toda actividad inquisitiva;
- c) se instaura mediante el acto procesal de querrela (en el que se concreta la pretensión punitiva), generando un procedimiento especial netamente acusatorio, y
- d) es –a todos los efectos– disponible, pudiendo el legitimado instaurarla o no, conciliar o desistir.

Aunque la base jurídica material es de otra naturaleza, al igual que la pretensión sostenida, la acción civil en el proceso penal guarda similitudes operativas con la acción privada, ya que participa de las características antedichas.

<sup>21</sup> CLARIA OLMEDO, *Tratado...* cit., t. I, ps. 293 y ss.

Un problema interesante y complejo es el relacionado con aquellos supuestos en los que las legislaciones procedimentales autorizan la intervención del querellante conjunto en causas por delitos de acción pública. Al igual que en los ya estudiados supuestos de querellante exclusivo, el legitimado para intervenir es el particular ofendido, aunque su participación es conexas con la del fiscal. Por eso Vélez Mariconde, con una expresión que resulta poco feliz por lo autocontradictoria, caracteriza a esta instancia como acción "pública privada"<sup>22</sup>, ya que, como acontecía en el Código Federal de 1888, se otorgaba a la víctima del delito facultad de instar la promoción de un proceso penal aunque con intervención simultánea de la Fiscalía.

En la medida en que se otorgue al querellante facultades autónomas de actuación, pudiendo, fundamentalmente, instar la apertura del proceso y presentar acusación, es de todo punto de vista indiscutible que está investido del poder de acción. Y si consideramos que lo determinante para la caracterización del ejercicio de las acciones es la índole del sujeto que la promueve, entendemos que es claro que nos encontramos ante un sujeto privado, aunque su actuación lo sea en orden a una materia pública. De ahí que debemos concluir en que hay casos de acción privada en delitos de acción pública, más allá de las perplejidades teóricas que la cuestión provoque.

Por último, señalemos que en las actuales discusiones de política penal se advierte una seria y fundada tendencia a aumentar las posibilidades de intervención de los particulares en el proceso penal que, pensado como una vía legal de solución de conflictos, se entiende necesario abrir a los directamente involucrados. Para ello se postulan soluciones diversas, que van desde aumentar el catálogo de los delitos de acción de ejercicio privado hasta la de posibilitar la directa intervención de la víctima, dando relevancia a su voluntad y abriendo alternativas compositivas para ciertos supuestos.

<sup>22</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit., p. 276.

## B) *Acción popular*

Es aquella en la cual todo ciudadano está investido de la facultad de convertirse en acusador de un delito público. Se entiende que el delito lesiona los derechos de la comunidad y que cada uno de sus integrantes, como miembro fundamental del cuerpo social, tiene el derecho de promover causa penal por una conducta que afecta el interés general. Obviamente, el sistema implica un alto nivel de desarrollo cívico que otorga, en torno a la justicia penal, papel protagónico a los individuos.

Desde un punto de vista histórico la acción popular, que nace en la Grecia ateniense, significa una superación de la concepción privada del delito y es expresión clara de un tipo de sociedad abierta y participativa, apareciendo como la manifestación por excelencia del sistema acusatorio.

Tanto en la acción privada estricta como en la popular, el procedimiento se instaura mediante el escrito de acusación, sin que el mismo se encuentre precedido por ningún género de actividad investigativa preliminar de índole oficial. De tal forma, la acusación contiene conjuntamente acción y pretensión punitiva, las que proyectadas hacia el accionado generarán la contradicción del debate. Así mismo, y como se vio al estudiar de la evolución histórica, la responsabilidad de una directa participación ciudadana en la tarea de acusar, guardaba coherencia con esa misma intervención popular en el juzgamiento.

Dentro de la evolución del Derecho Romano, hacia fines de la época de la república, se adopta en plenitud el sistema acusatorio. Señala Maier que estas transformaciones conducen “a una nueva limitación del poder penal del Estado y es total: cambia de manos el poder de decidir (jurisdiccional) y el de requerir, que se traslada de las manos del magistrado a las del ciudadano para convertir su ejercicio en popular”<sup>23</sup>. De tal forma, la legitimación activa para generar el proceso, se encontraba

<sup>23</sup> MAIER, *Derecho Procesal...* cit., p. 39. Sobre el sentido político de la acción popular y de su especial procedimiento, ver ps. 30 y ss.

en cabeza de cualquier ciudadano, ya que, al igual que en Atenas, se entendía que el delito público ofendía por igual a cualquier miembro de la comunidad, lógicamente interesado en mantener las condiciones de vida que se estimaban fundamentales para la coexistencia y vida institucional.

Este poder de acción era realmente trascendente y condicionaba en un todo la actividad jurisdiccional que no podía ocurrir de oficio (*ne procedat iudex ex officio*), lo que de hecho significaba un operativo criterio de oportunidad, ya que la selección de los casos justiciables era de exclusiva incumbencia de los particulares quienes, además, debían mantener y sostener su acusación en el debate y arrimar la prueba pertinente, amén de incurrir en responsabilidades por un doloso, temerario y deficiente ejercicio de la facultad acusatoria.

A partir de la consolidación de la acción pública producida con el predominio inquisitivo, la acción popular desapareció prácticamente del Derecho Continental europeo, configurándose netamente la promoción oficial de la persecución penal. Sin embargo, el Derecho anglosajón, que se desarrolló libre de la influencia inquisitiva, mantuvo las líneas básicas del enjuiciamiento acusatorio. En Inglaterra funcionó durante siglos la facultad ciudadana de acusar por delitos públicos, lo que fue destacado como fruto de una firme convicción política de que todo ciudadano tiene la responsabilidad de actuar en la represión de la criminalidad. Pero el instituto no presenta las características puras a las que anteriormente nos referimos, toda vez que junto a ese derecho individual de promoción de la actuación penal se dan determinadas asociaciones facultadas y dedicadas a lo mismo, a más de la existencia de un órgano de la Corona que cumple funciones de Ministerio Público. De igual manera, en algunos estados norteamericanos se autoriza la intervención ciudadana, sin perjuicio del funcionamiento institucional de la fiscalía la que, así mismo, tiene un marcado carácter representativo de los intereses generales.

Dentro del Derecho español el instituto es conocido como el de los “acusadores populares”, proviniendo de la regulación de 1888 que otorgaba legitimación activa a todos los ciudadanos para instar e intervenir en procesos por delitos públicos, aunque de manera conjunta con la fiscalía, por lo que la reglamentación operativa guarda similitudes con la de la querrela, aunque no se precise ser el directamente ofendido por el delito. El sistema ha pasado a algunos países latinoamericanos y obra en modernos proyectos modificatorios.

Desde un punto de vista de teoría procesal, el tema de la acción popular mantiene semejanzas con el actual desarrollo que, en el campo civil, se ha dado a la cuestión de los denominados “intereses difusos” que, al contrario de lo que ocurre con quien se dice titular de un concreto derecho subjetivo, interesan a un conjunto de personas genéricamente afectadas por conductas o situaciones lesivas de la vida en común; en tal sentido, se ha propiciado el otorgamiento de legitimación activa a cualquier individuo que invoque verosímilmente un interés en el problema, o bien a instituciones representativas. En cualquier caso, estos tipos de “acciones populares” tienden a aumentar los niveles participativos y a acercar el servicio de justicia a la comunidad.

### C) *Acción pública*

Es aquella en la cual la promoción de una investigación y juzgamiento penal se encuentra en manos de un organismo estatal específico, que actúa de modo oficial y oficioso.

En realidad, el adjetivo “público” debiera ser sustituido por el de “oficial”, ya que lo propio de este modo promotivo no tiene nada que ver con una idea participativa, comunitaria y general, sino con una implementación institucional de la autoridad gubernativa, que actúa por sí, en función estatal y sujeta los específicos mecanismos regulativos del poder. Más aún, históricamente, la acción pública, propia de la inquisición y del

conjunto de ideas sobre las que se asentó, viene a sustituir formas de intervención ciudadana, ya fueren las de la acción privada o de la popular.

Maier, siguiendo a Foucault, ha indicado que el conflicto penal es sacado del ámbito de voluntad y control de sus protagonistas reales para convertirlo en un asunto estatal<sup>24</sup>, que ejerce mediante la actividad punitiva oficial un control directo y riguroso de los súbditos. Los conflictos dejan de pertenecer a los interesados para transformarse en tema de estricta incumbencia de la autoridad oficial.

El germen del sistema se encuentra dentro del Derecho Romano de la época imperial. Como es sabido, se producen grandes cambios políticos que modifican la estructura de poder, centralizada en los emperadores, cada vez con mayores facultades y lógicamente impulsores de la regulación estatal de la vida cívica. De tal forma, y en lo que respecta a la justicia penal, el antiguo régimen republicano de pureza acusatoria de la *accusatio* comienza a ser crecientemente sustituido por la *cognitio extra ordinem*, dentro del cual la persecución penal de los delitos públicos (los que tenían que ver con los intereses estatales) deja de encontrarse en manos de los particulares, para confiarse a funcionarios específicamente encargados de la misma.

Siglos después, con la paulatina consolidación del poder central monárquico en las regiones de la Europa continental, el sistema es implantado en plenitud. Al respecto, debemos recordar lo ya estudiado respecto del sistema inquisitivo, pero es oportuno insistir. Hacia el siglo XIII se van dando las bases de lo que después serían los estados nacionales, afirmándose el poder real (ejército, tesoro y justicia) por sobre el de los antiguos señores feudales. Las anteriores formas jurídicas de origen germano y franco y la tradición foral, son reemplazadas

<sup>24</sup> MAIER, *El Ministerio Público...* cit. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de E. Lynch, Gedisa, México, 1990. Ver Conferencia Tercera, ps. 62 y ss.

por el Derecho Canónico a su vez inspirado en el Romano imperial. La expansión del poder de la Iglesia Católica y su extensión sobre la casi totalidad de la vida social, crea formas regulativas en las cuales los métodos inquisitivos se convierten en la regla imperante.

Dentro de tal sistema, lo relativo a la *investigación* se convierte en lo de fundamental importancia, por lo que los procedimientos atienden de un modo casi excluyente a ella. Tal investigación, de índole secreta, estaba a cargo de un cuerpo oficial y permanente dedicado profesionalmente a tal tarea. Y como tal averiguación se había convertido en lo principal del sistema, se produce una identificación entre los poderes de acción y de jurisdicción, actuando éste de oficio por la decisión de los inquisidores.

La persecución penal de oficio es el rasgo determinante de la acción pública, entendida como un derecho de la autoridad, que actúa por sí, sin intervención ciudadana, ante la mera sospecha del quebrantamiento o desobediencia de las normas.

De acuerdo con lo indicado, el procedimiento significará una organización de actos averiguativos dirigidos a la determinación de lo sucedido con respecto a una hipótesis de autoría culpable, de la que se parte y que se busca confirmar por todos los medios.

El sistema encuentra su plena formulación en la época de las monarquías absolutas, constituyendo una expresión paradigmática del mismo el cuerpo legal conocido como la Carolina del siglo XVI, que consagra claramente la regla de la persecución oficial como base y característica determinante del procedimiento penal, persecución que se encuentra a cargo del propio órgano judicial decisor.

Las posteriores reformas que primero en el terreno de las ideas y luego de los movimientos políticos se van produciendo durante los siglos XVIII y XIX, y que en lo básico giran en torno del reconocimiento de derechos individuales y de garan-

tías judiciales, como así también en una racionalización del Derecho sustantivo ligado al principio de legalidad, dejan, no obstante, subsistente la regla de la acción penal pública. Sobre el particular sintetiza Maier: que la base de la construcción es de índole estatista y concibe al delito “como un ataque al orden social y a la organización estatal, por lo que la persecución y el juzgamiento penal se transforman de cuestión popular en tarea autoritaria (cuestión de Estado)”.

Es de evidencia que el señalado rasgo, como se ha visto, constituye la base sobre la que, no obstante las muchas modificaciones operadas, sigue funcionando el sistema penal contemporáneo.

Es que el Derecho Penal, tal cual lo entendemos en su actual configuración, aparece como una cuestión eminentemente ligada al poder estatal, lo que, por otra parte, se explica y justifica por las características de la sociedad contemporánea. En este sentido, no puede dudarse de su carácter (y necesidad) eminentemente público que, dentro del Estado constitucional democrático, implica límites racionales y mecanismos de control, derivados de la propia legitimidad del sistema político. En consecuencia, reconocer y aun destacar este carácter público (que no significa desconocer la necesidad de formas de actuación de impulso privado) deriva de entender la existencia de una autoridad institucional (que en modo alguno es sinónimo de “autoritarismo”) ubicada para conducir a la actuación de las normas penales sustantivas, haciéndolo de una manera conforme a parámetros de objetividad y racionalidad.

La significación actual de la acción penal pública es la de que la persecución penal es, por regla, promovida mediante la actuación de órganos estatales constituidos al efecto.

De tal modo, aunque el instituto deriva del sistema inquisitivo, la moderna evolución y una correcta interpretación del modelo constitucional, conducen a la conclusión de que si bien la promoción averiguativa penal es de índole oficial, esto es,

estatal, debe estar claramente diferenciada de la función jurisdiccional, distinguiéndose así el órgano requirente del decisor, en una mecánica de índole acusatoria.

En síntesis, la acción penal pública es aquella en la cual los actos de promoción de la investigación del delito y la acusación que concreta la pretensión punitiva, están a cargo de órganos oficiales predispuestos para tal tarea, quienes actúan por sí conforme a las disposiciones legales y sin necesidad de requerimientos extraños.

## **6. La regulación legal del ejercicio de la acción penal en el Derecho argentino**

Como es sabido, el Código Penal argentino trata *Del ejercicio de las acciones* en el Título XI del Libro Primero. En el artículo 71 establece la regla general de la iniciación de oficio, con las excepciones de las dependientes de instancia privada (art. 72) y las privadas (art. 73).

Como se advierte, la denominación legal adoptada es la correcta, ya que se habla de ejercicio oficial, lo que significa sentar a la vez que la promoción corresponde a un órgano predispuesto a los efectos y que el mismo no necesita de excitación ajena para actuar.

Así mismo, desde un punto de vista sistemático, debe advertirse que el tema aparece tratado al final de la parte general, lo que evidencia el carácter instrumental y aplicativo de la acción, es decir, su condición de medio realizativo para la actuación del Derecho sustantivo en los casos concretos.

La ley 23.984 considera a la acción penal dentro del Libro Primero consagrado a las disposiciones generales, hablando en el Título II de *Las acciones que nacen del delito*. El artículo 5º reza: "La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada..." Como se advierte, el Digesto nacional, al igual que los de las provincias, utiliza la denominación de "acción pública",

avanzando así mismo en el establecimiento de los caracteres de irrevocabilidad y permanencia. De tal forma, se establece que la acción no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los casos expresamente previstos por la ley.

Respecto de la acción *dependiente de instancia privada*, se trata en realidad de una acción pública solamente sometida al requisito de procedibilidad, consistente en que el ofendido por el delito o su representante legal efectúe la manifestación de voluntad, a través de la denuncia, de que se persiga el delito; pero efectuado esto, la acción, en todos sus efectos, sigue el camino de la acción pública, resultando irrelevante cualquier expresión del ofendido en orden al mantenimiento y desarrollo de la instancia.

En lo que atañe a la acción privada, se arbitra un procedimiento especial de índole acusatoria que se inicia mediante la querrela (exclusiva).

En lo básico, los diversos códigos de procedimientos penales de las provincias siguen el señalado esquema, que podemos resumir señalando:

- a) Se habla de acción pública;
- b) la misma está a cargo de un órgano oficial, que es el Ministerio Público Fiscal;
- c) que la promueve de oficio, sin tener disponibilidad sobre la misma, debiendo proseguir su ejercicio hasta su agotamiento a través de los medios legales;
- d) en los delitos a que alude el artículo 72 del Código Penal, la iniciación se encuentra condicionada a la voluntad del ofendido, pero una vez producida ésta mantiene las características de la acción pública, y
- e) en los delitos indicados por el artículo 73 del Código Penal, la acción es de ejercicio exclusivo del particular ofendido, quien a través de un procedimiento especial diferente del ordinario intenta hacer valer su pretensión.

De tal manera, nuestro sistema realizativo penal descansa

sobre la base de la *oficialidad* de la acción, cuyo ejercicio corresponde a un órgano estatal. Así, el Estado ejerce no sólo el monopolio del juzgamiento, sino igualmente (salvo las excepciones descritas) el de la persecución, lo que se concreta en actividades de requerir o de efectuar las investigaciones necesarias para, en su caso, sostener la pretensión punitiva mediante el acto formal de acusación. En este sentido, Vélez Mariconde señala que “la acción penal es pública tanto por el objeto al cual se refiere, cuanto por la finalidad que persigue”<sup>25</sup>, que es la actuación de la ley en función de los intereses sociales comprometidos.

Esa acción, entendida como facultad oficial y oficiosa de promover la investigación de los hechos delictivos para lograr un pronunciamiento al respecto, es el punto inicial y fundamental de los procedimientos penales, ya que, ante la noticia del delito, resulta el medio idóneo para poner en marcha el mecanismo legalmente establecido para inquirir y discutir lo pertinente en orden a la acreditación de la hipótesis delictiva y, consecuentemente, realizar el Derecho sustantivo mediante el debido proceso.

<sup>25</sup> VELEZ MARICONDE, ob. cit., p. 282.

## CAPITULO X

### **TITULARIDAD Y DESARROLLO DE LA ACCION PENAL PUBLICA**

#### **1. Caracterización de la acción penal pública**

Se dijo en el capítulo anterior que la acción penal pública es aquella ejercida por un órgano estatal legalmente predispuerto para tal tarea. Esto implica que la facultad de instaurar el procedimiento corresponde a un ente oficial, a una institución dotada del poder de impulsar lo concerniente para encontrar las bases que fundamenten una acusación y la consecuente petición condenatoria.

Desde una perspectiva política, el tema deriva de entender al Estado no sólo como el imbuido de la potestad jurisdiccional o de juzgar, sino también de la de instar lo necesario para llegar a esa decisión. En consecuencia, el Estado aparece dentro de la concepción de la acción penal pública como el titular del correspondiente poder requirente de realización penal. Es el Estado, a través de los organismos que al efecto crea, quien pide, investiga y decide, notas todas que definen el carácter oficial de la cuestión y su sentido monopólico.

Así, ante la ocurrencia real de acciones u omisiones presuntamente delictivas, es decir, comportamientos históricamente acaecidos ubicables por sus características dentro de las des-

cripciones de las figuras penales sustantivas, la institución oficial pone en marcha un complejo conjunto de operaciones cuyo primer momento es de neto corte investigativo y asegurativo.

Lo señalado lleva a advertir que el proceso realizativo comienza, en verdad con la instauración de la acción que es una manifestación persecutoria, en ocasiones más efectiva que la propia ejecución posterior a la decisión definitiva.

En el capítulo anterior se indicó la profunda interrelación, característica determinante del Derecho Penal tal cual lo conocemos, de pena estatal, centralización monopólica de las instituciones punitivas y acción pública la que, por estar a cargo de organismos específicos de índole oficial, dependientes de la organización gubernativa, ejercen sobre los individuos facultades coactivas, actuando en función de criterios del propio ente oficial y sin consideración vinculante de los intereses de los directamente involucrados, que quedan "extrañados" de una relación en la que no importa el conflicto interindividual, sino el genérico del presunto transgresor con la ley y quienes institucionalmente están llamados a su realización.

Ahora bien, aparece como sensata la idea de que el sentido de actuación de los órganos oficiales no resulta en modo alguno negativo en sí mismo, ya que en definitiva la valoración político-social que se haga estará en relación con los grados de representatividad y legitimidad de los modos y condiciones de proceder. Más aún, también desde un punto de vista de perspectiva histórica, no puede desconocerse que, más allá de los excesos conocidos, el tránsito de la acción privada a la pública tuvo también aspectos positivos en orden a superar la irracionalidad de muchas realidades y el predominio de poder del más fuerte, típico del feudalismo. La existencia de un poder central significó, en más de un caso, cierta superación de la arbitrariedad y permitió, de hecho, la evolución que condujo a la configuración de un Derecho Penal liberal.

Entiendo que una reflexión sobre una acción pública en el

sentido estricto de la palabra, al que ya me referí, es de importancia decisiva, ya que conduce a plantear el ámbito y condiciones de los órganos estatales en una correcta persecución de las conductas lesivas a la sociedad y que, por ello, conciernen a la comunidad.

El artículo 71 del Código Penal consagra de manera expresa la regla de que la promoción realizativa, es decir, la acción penal, es de índole oficial, siendo consecuentemente aplicable al tema todo lo expresado.

Toca ahora señalar que esa actuación no requiere de requerimientos extraños.

La circunstancia operativa decisiva es la de que el órgano oficial con potestad para accionar penalmente lo hace sin necesidad de estímulo, pedido o requerimiento ajeno.

De tal manera, la característica de oficialidad debe entenderse en el doble sentido de pertenecer al Estado, de inscribirse dentro de lo institucional, y de proceder de un modo espontáneo, por la propia iniciativa y decisión.

Ante la noticia de un delito, que puede llegarle por su directo o inmediato conocimiento, por la repercusión pública del hecho o por denuncia, está por sí facultado para iniciar los procedimientos tendientes a la averiguación pertinente, es decir, poner en marcha el ejercicio de la acción.

El ente oficial actúa de oficio.

Al respecto, no debe confundirse lo que hace a los modos de conocimiento de sucesos delictivos con el ejercicio de la acción, ya que los primeros –como la denuncia– no constituyen acción, sino simple transmisión de datos, sobre la base de los cuales actuará o no el titular de la facultad, para quien no es vinculante la noticia recibida, ya que puede formular un requerimiento negativo, es decir, el concreto pedido de que no se avance en el desarrollo procesal, verbigracia, en el supuesto de que lo denunciado no corresponda a una figura penal vigente.

Debemos recordar que el inicio histórico de la acción pública oficial, propia del sistema inquisitivo, comenzó y se desarrolló de un modo unificado con la jurisdicción, entendida no tanto como decisión, sino como averiguación. Sólo modernamente comenzó a producirse una división entre ambas facultades, respondiendo a una aproximación hacia el modelo acusatorio. Así, aunque se trate de dos poderes para la realización penal pertenecientes a la autoridad gubernativa, se da una neta diferenciación de sus papeles y, en los casos de legislaciones más adelantadas, una neta diferenciación institucional. En el estado actual de la evolución cultural jurídica, resulta inconcebible que el propio órgano jurisdiccional pueda actuar de oficio (como ocurría en el antiguo Código Federal y como aún perdura en el Digesto santafesino), necesitando para intervenir del requerimiento de otro órgano que si bien depende igualmente del Estado, se diferencia del decisor, funcional e institucionalmente.

## 2. El Ministerio Público

Dentro del Derecho Procesal moderno, el ente que asume la titularidad del ejercicio de la acción penal pública u oficial, es el que se conoce como Ministerio Público, Ministerio Fiscal o fiscales. Se trata de una corporación, cuerpo o colegio estatal de funcionarios a quienes incumbe instar lo concerniente a la averiguación de sucesos delictivos o bien llevar adelante directamente tal investigación, con la finalidad de sostener, en su caso, la acusación pública, es decir, la pretensión punitiva.

En general, la doctrina ha coincidido en que la función básica y característica de este organismo, es la de “demandar la actuación de la ley penal”<sup>1</sup>, para lo cual interviene dentro de los procedimientos penales en carácter de parte formal, encontrándose a tales efectos legitimado para el ejercicio de determinados actos, siendo el fundamental el de sostener y fundar la acusación, sin la cual no puede haber decisión condenatoria.

<sup>1</sup> VELEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal* cit., t. I, p. 250.

Dentro de la lógica inherente a la dinámica procesal, no puede abrirse una causa penal sin el pertinente requerimiento de la fiscalía y, mucho menos, arribarse a una resolución conclusiva que declare aplicable una sanción punitiva, sin acusación.

Sin embargo, este perfil definido del Ministerio Fiscal como órgano titular de la acción pública, diferenciado del órgano decisor y con funciones específica, es una concreción relativamente reciente y aún necesitada, en muchas legislaciones, de necesarios avances. Ello, porque si bien su origen debe encontrarse en la configuración pública de la cuestión penal llevada a cabo dentro del sistema inquisitivo, éste centró la actividad en un tribunal que reunía a la vez los poderes de acción y de jurisdicción, llevando a cabo, preponderantemente, tareas investigativas, vestigios de lo cual existe todavía hoy en varias legislaciones.

Fue Pessina quien destacó años atrás que la conformación de un Derecho y una justicia penal institucionalizada a través de aparatos oficiales, se asentó sobre la persecución *ex officio*, la permanencia y tecnificación de los organismos judiciales y la indagación o búsqueda reconstructiva de lo acontecido<sup>2</sup>.

En el señalado proceso la fiscalía no ofrece rasgos demasiado definidos, ya que el papel preponderante y casi exclusivo es representado por el inquisidor, convertido posteriormente en el juez de instrucción.

Más allá de discusiones puramente académicas sobre los antecedentes remotos de la fiscalidad, que se han querido remon-

<sup>2</sup> PESSINA, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, trad. de González de Castillo, Reus, Madrid, 1936, p. 124. Así mismo, Michel Foucault dice: "Cuando en el siglo XIV la feudalidad tuvo que enfrentarse a las grandes revueltas campesinas y urbanas, buscó apoyo en un poder, un ejército, una fiscalidad centralizada, y de golpe nacieron los procuradores del rey, las acusaciones de oficio, la legislación contra los mendigos, vagabundos, ociosos y enseguida los primeros rudimentos de policía, una justicia centralizada; el embrión de un aparato estatal jurídico que supervisaba, duplicaba, controlaba las justicias feudales con su fiscalidad, pero les permitía funcionar" (*Microfísica del poder* cit., p. 49).

tar hasta el antiguo Egipto, pasando por Eforos espartanos, los *avocatus fisci* romanos, los senescales y común acusadores de la Alta Edad Media<sup>3</sup>, lo cierto es que la figura reconocible de un Ministerio Público aparece con la consolidación del poder real y en relación a intereses patrimoniales de la corona. Como el propio nombre lo indica, la actividad se centraba en lo atinente a aspectos fiscales apareciendo, según indica Maier, en el papel de abogado del rey<sup>4</sup>, lo que también los llevaba en ciertos casos a formular denuncias ante los tribunales inquisitivos.

La posterior evolución acentuó la ubicación de la fiscalía como representante real, acrecentándose una función de vigilancia que si bien no sustituía la actuación de los tribunales inquisitivos, daba sobre los mismos en Francia una esfera de control.

De todas maneras, y más allá de los diferentes antecedentes, puede tenerse por cierto que la figura de un Ministerio Público tal cual hoy lo concebimos proviene de la organización jurídica francesa, consecuencia de la revolución. En el Código de 1808, si bien se mantenía la persecución penal pública, se procuraba acomodar el enjuiciamiento hacia un modelo acusatorio. Así se planteó y formuló legalmente la distinción entre los funcionarios de juzgamiento y los de persecución.

Surge así la figura del Ministerio Público básicamente como hoy la conocemos, extendiéndose posteriormente, con las lógicas particularidades a los sistemas judiciales de la mayoría de los países.

Ahora bien, desde el principio, el instituto mantuvo cierta ambigüedad, lo que justifica la afirmación de Maier de que "nació como un híbrido, con escaso poder sobre el procedimiento"<sup>5</sup>, ya que dentro de la instrucción formal disciplinada

<sup>3</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *O Ministério Público na Constituição de 1988*, Saraiva, São Paulo, 1989.

<sup>4</sup> MAIER, Julio B. J., *El Ministerio Público ¿un adolescente?*, en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p: 23. Igualmente: FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas* cit., Cap. IV.

<sup>5</sup> MAIER, ob. cit., p. 32.

por sistema mixto, las funciones investigativas preponderantes y discrecionales corresponden al juez instructor. Es que, de hecho, el esquema inquisitivo que preside y organiza la instrucción formal, resulta poco menos que incompatible con la existencia de un órgano investigativo con carácter de parte acusatoria. Ello explica que, doctrinariamente, se haya discutido la naturaleza de la figura. Al respecto, debe recordarse que una idea correctamente descriptiva de lo que es *parte* está dada por la facultad requirente del sujeto, por su legitimación para integrar la relación procesal y las consecuentes posibilidades de postulación, acreditación, alegación e impugnación, todo lo cual no cabe duda que presenta el fiscal dentro del moderno proceso, pero que en ciertos ordenamientos aparece tan desvaído que resulta dificultosa la correcta caracterización<sup>6</sup>.

Las ambigüedades en orden a una clara conceptualización del Ministerio Público se relacionan también con lo que atañe a la *situación institucional*, esto es, la ubicación dentro de los poderes del Estado, lo que conduce al fundamental problema de su representatividad, es decir, en nombre de quién y por qué actúa.

Aunque dentro de los regímenes de las monarquías absolutas resulta anacrónico aplicar el concepto de división de poderes, los orígenes del instituto a los que ya nos hemos referido, indican que puede trazarse una línea de inicial dependencia de lo que hoy entenderíamos como ejecutivo. El fiscal representaba a la corona y actuaba en su nombre, defendiendo sus intereses. Y no cabe duda de que la tradición al respecto influyó en el Derecho francés posrevolucionario (ley napoleónica de abril de 1810, en lo básico mantenida posteriormente), dándose la particularidad de un órgano de origen ejecutivo destinado a in-

<sup>6</sup> Es sabido que numerosos códigos procesales penales no ubicaban al Ministerio Público dentro de las partes. De las ideas que daban sustento a esta posición, de neta inspiración inquisitiva, da cuenta: GUARNERI, José, *Las partes en el proceso penal*, trad. de Bernaldo de Quirós, Cajica, Puebla, 1952.

tervenir judicialmente. En esta estructuración es el Poder Ejecutivo quien designa, controla, instruye y renueva a los miembros del Ministerio Público<sup>7</sup>.

La referida concepción se extendió por la Europa continental, ejerciendo influencia, pero siendo adaptada en los diferentes países conforme a pautas propias. Por lo común, tales pautas se dirigieron a una ubicación mayor de la tarea y organismos fiscales dentro del Poder Judicial, pero con particularidades a veces difíciles de esquematizar; así, respecto de Alemania, señala Baumann que la posición del instituto es "peculiar", ya que por un lado mantiene vinculaciones con el Ejecutivo y, por la otra -funcionalmente-, es integrante del Judicial. "En consecuencia, el Ministerio Público tiene un rol intermedio entre la administración y la administración de justicia"<sup>8</sup>.

Respecto del papel cumplido por el Ministerio Público en Alemania, destaca Roxin que aparece como fruto de las grandes reformas del siglo XIX, y que su aparición es coherente con el imperio de la oralidad, la publicidad y la intervención ciudadana en el juzgamiento, todo lo cual contribuyó a eliminar la "justicia de gabinete" y "las manipulaciones del poder"<sup>9</sup>. Es importante señalar que la referida posición de Roxin apunta a destacar, por una parte, el papel de requirente y contradictor del fiscal y, por la otra, la necesidad de divisiones de poderes y funciones dentro de la estructura de la justicia.

En España, luego de las reformas de 1978, aparece como un órgano del Estado dotado constitucionalmente de específicos deberes y de facultades para ejercer sus tareas en defensa del

<sup>7</sup> ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y LEVENE (h.), *Derecho Procesal Penal* cit., t. I, 376. Los autores señalan la estricta dependencia de la fiscalía del Ejecutivo y su control sobre el poder judicial, encontrando explicación para esto en el recuerdo de "las actitudes casi de rebeldía de las profesiones judiciales en momentos críticos de su historia".

<sup>8</sup> BAUMANN, *Derecho Procesal Penal* cit., p. 166.

<sup>9</sup> ROXIN, *Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público*, en *El Ministerio Público en el proceso penal* cit., p. 39.

orden legal. Respecto de su ubicación, se lo entiende como un ente público judicial “colaborador de la jurisdicción”, pero con notas y características diferentes de los magistrados<sup>10</sup>, sistema que en lo básico es también el seguido en Italia y Portugal, y que en Latinoamérica encontramos en el Brasil.

Podrían resumirse de manera esquemática las organizaciones institucionales del Ministerio Público en orden a su inserción en los poderes estatales dentro de las grandes zonas de pertenencia al Ejecutivo o al Judicial, por supuesto sin desconocer ubicaciones en el área del legislativo o, directamente, como un órgano extrapoder. Sin embargo, repasando la doctrina europea, puede advertirse una preponderancia de la posición que lo ubica dentro de la primera categoría. Así, Leone –trabajando sobre la anterior legislación– señala que es obvio que los fiscales no pertenecen al ámbito de la jurisdicción, y que la idea de distinguir entre jurisdicción y poder judicial no parece apropiada, útil ni teóricamente rigurosa: “...podemos decir sintéticamente que el Ministerio Público tiene una serie de poderes autónomos, esto es, de poderes sobre los cuales no puede ser ejercitado ni siquiera un control” de índole judicial<sup>11</sup>.

Es sabido que estas notas presentan las más definidas líneas dentro del Derecho anglosajón en general y del norteamericano en particular, donde los fiscales de la gran mayoría de los Estados aparecen como funcionarios autónomos, elegidos por el voto popular; que les otorga un mandato por cuatro años, con posibilidad de reelección<sup>12</sup>, resultando una cuestión discutible la de su pertenencia a uno de los poderes tradicionales. La

<sup>10</sup> MORENO CATENA, Víctor, *Las partes procesales*, en *Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, t. II, p. 156.

<sup>11</sup> LEONE, *Tratado de Derecho Procesal Penal* cit., t. I, p. 423.

<sup>12</sup> CARRIO, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1990, p. 52. El autor destaca la completa independencia del fiscal norteamericano. Señala: “En general, se afirma que el fiscal no actúa bajo supervisión de ningún superior; no está sujeto a instrucciones acerca de cómo perseguir o dejar de perseguir los delitos o de cómo encarar un proceso penal en particular”.

característica central es su independencia, ya que no guarda subordinación respecto de otros funcionarios estatales ni, por supuesto, de los magistrados. En el caso de la organización federal la inscripción dentro del Ejecutivo es notoria, ya que los fiscales federales dependen del Departamento de Justicia.

A la luz de lo señalado, y sin olvidar que también se ha postulado una dependencia de los fiscales del Legislativo, puede concluirse en que la cuestión de la ubicación del Ministerio Público respecto de los tres poderes tradicionales, ofrece más problemas que soluciones; ello se confirma ante un recorrido por la doctrina, la que no sabe a ciencia cierta dónde situar a este ambiguo personaje. Y la verdad es que la razón para ello no radica en insuficiencias teóricas, sino en los mismos hechos, los que aparecen acentuados en la medida en que la evolución contemporánea marca una nítida tendencia hacia la preponderancia investigativa del fiscal, con correlativos aumentos de autonomía e independencia. Por tales causas, se advierte un creciente consenso en considerar que el correcto encuadre de esa figura debe hacerse fuera del esquema tradicional de la división tripartita de poderes, trabajando la noción de un órgano requirente autónomo, representativo de los intereses comunitarios y con funciones investigativas destinadas a concretarse ante la jurisdicción por el camino de la acción pública.

En lo que atañe a la República Argentina, la Constitución Nacional de 1853 nada dispuso sobre la materia, aunque, habida cuenta de la clara opción por un modelo acusatorio y por el antecedente de inspiración anglosajona a que responden las disposiciones sobre el enjuiciamiento, no es aventurado pensar la coherencia del instituto con el paradigma consagrado.

Recién con la sanción de la ley 27 aparece la figura del procurador general integrando la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Allí se lo regula como cabeza del Ministerio Público en el ámbito federal, conformado por los fiscales de cámara y procuradores o agentes fiscales.

Respecto de antecedentes anteriores, Alcalá Zamora y Levene (h) recuerdan que luego de la independencia se regula el Ministerio Público en el Reglamento de Justicia de 1812, pero de mínima aplicación e incidencia en la evolución institucional<sup>13</sup>.

De todas formas, la ya señalada ambigüedad se advierte en el orden nacional, ya que encontramos una pertenencia dual, pero con predominio hacia el ámbito administrativo.

La reforma de 1994 introdujo una disposición expresa sobre la materia, adecuándola a las tendencias actuales. El nuevo artículo 120 dispone que el Ministerio Público es un órgano independiente, dotado de autonomía funcional, cuya misión es la de promover la actuación de la justicia, defender el imperio de la legalidad y “los intereses generales de la sociedad”.

En su jerarquía y prerrogativas se equiparan sus miembros a la Magistratura. Aparece como un cuerpo colegiado, encabezado por el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación.

El Derecho Público provincial se ha inclinado por una neta inserción dentro de la órbita judicial, apareciendo regulado en varias constituciones provinciales y reglamentado a través de las respectivas leyes orgánicas. Así, en Córdoba encontramos que expresamente se norma: “El Ministerio Público forma parte del Poder Judicial. Goza de independencia orgánica y funcional. Tiene por misión actuar en defensa del interés público y los derechos de las personas, procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social y custodiar la normal prestación del servicio de justicia...”<sup>14</sup>, concepto que, en lo básico, es mantenido en los restantes Estados provinciales, lo que permite concluir que nuestra organización jurídica se ha inclinado mayoritaria-

<sup>13</sup> ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y LEVENE (h.), ob. cit., p. 379, donde se transcriben las primeras disposiciones sobre la materia y las posteriores leyes que siguieron a la sanción de la Constitución.

<sup>14</sup> Gobierno de la Provincia de Córdoba, Ministerio de Gobierno, *Código Procesal Penal. Ley 8123*, Córdoba, 1992.

mente hacia una solución consistente en ubicar la fiscalidad dentro del Poder Judicial con distinciones más o menos nítidas respecto de la actividad jurisdiccional.

Esta organización prevé –además– una configuración orgánica del cuerpo, es decir, que actúa y se presenta como un colegio, oficio o institución, representando los individuos que lo componen a la entidad como tal. Se estructura a través de una dependencia jerárquica, siendo el superior el procurador general, al que siguen los fiscales de cámara (en el proyecto santafesino se prevén los fiscales generales) y los fiscales de instancia.

Una interesante excepción a lo anteriormente indicado lo constituye la Provincia de Salta que en el artículo 160 de su Constitución establece con claridad la autonomía funcional del instituto respecto de los restantes poderes públicos, inclinándose por una ubicación extrapoder respecto de la división tradicional<sup>15</sup>, idea que ahora preside la estructuración nacional.

Ahora bien, todas estas discusiones respecto de la situación institucional tienen en realidad un valor muy relativo que, en definitiva, atañe a aspectos organizativos con especial referencia a los modos designativos, la dependencia jerárquica, la remoción de los funcionarios y las instrucciones que se les puede imponer de manera vinculante, cuestiones todas que, con ser importantes, lo son menos que analizar la representatividad que debe guiar la actividad requirente y los ámbitos de facultades y deberes que lo caractericen. Es decir, que todo esto conduce al interrogante sobre en nombre de quién se ejerce la función. En verdad, tal pregunta podríamos formularnosla sobre el entero sistema penal y constituye un punto central dentro de la necesaria analítica de la legitimidad de la cuestión punitiva dentro del Estado de Derecho de base constitucional, republicano y democrático. Y ello porque si aceptamos que el Estado ejerce

<sup>15</sup> RUSCONI, *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público*, en *El Ministerio Público...* cit.

el monopolio del juzgamiento y persecución penal, siendo con frecuencia lo segundo la actividad preponderante, y que ello ocurre (o debe ocurrir) por la trascendencia pública de los bienes jurídicamente tutelados, y que los funcionarios públicos derivan sus facultades, en definitiva, de la soberanía popular, de lo que se trata es de avanzar en más auténticos niveles representativos.

### **3. Las funciones del Ministerio Público en el proceso penal**

Al referirnos a las funciones y modalidades de actuación del Ministerio Público lo hacemos en relación a aquellos digestos que, a partir del sistema mixto, diferencian con mayor o menor claridad los papeles de fiscal y juez. Sobre tal base y con la finalidad de destacar los puntos de mayor relevancia vinculados con la acción, es útil señalar:

#### *A) Promoción de la acción*

La facultad o poder de acción penal pública reside en el Ministerio Fiscal.

Ya señalamos que este órgano estatal, aun cuando pueda situarse institucionalmente dentro del Poder Judicial, lleva a cabo tareas extrajurisdiccionales cuya índole es, precisamente, la de provocar los pronunciamientos jurisdiccionales. Y en tal sentido, la función de requerir la realización de un proceso penal es una de las más notorias<sup>16</sup>.

La palabra “promoción”, de origen latino, indica etimológicamente “mover adelante”, significado puntualmente aplicable al tema que nos ocupa; el fiscal es un “promotor” (como se lo conoce en diversos países), es decir, aquel que ejerce las diligencias necesarias para el funcionamiento judicial. Fundamen-

<sup>16</sup> VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Procedimientos penales, acción penal y teoría del proceso*, Secretaría de Posgrado, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1995.

talmente, "promover" es iniciar y actuar algo. El fiscal promueve el proceso.

Lo dicho adquiere especial importancia porque se inscribe directamente dentro del tema de la *iniciación del proceso penal* que es, en definitiva, la manifestación por excelencia de la acción.

Lo característico del sistema inquisitivo y su nota procesalmente determinante, está dada por la actividad investigativa realizada por el propio juez instructor que, por su decisión, pone en marcha los mecanismos averiguativos y asegurativos, partiendo de una hipótesis delictiva que él se propone y confirma mediante el desarrollo instructorio. En cambio, a partir del proceso mixto, se diferencian esas funciones y se otorga el poder de instancia a la fiscalía.

En nuestro país, el Código Federal de 1888, que potenciaba como etapa fundamental el sumario instructorio, posibilitaba la iniciación de oficio por parte del juez, quien se limitaba a anunciar al fiscal. El sistema fue seguido por los digestos provinciales, produciéndose la transformación a partir del Código cordobés de 1939 (aunque el Cód. Proc. Pen. de Santa Fe –ley 6740 y sus modificatorias– aún lo mantiene) que regló como actos de promoción instructoria los del Ministerio Público y los de la policía. El artículo 195 de la ley 5606 mandaba que el agente fiscal requeriría la instrucción al tener conocimiento de un delito de acción pública.

El artículo 6º del Código Procesal Penal de La Pampa, dispone: "Salvo en los casos de acción privada, previstos por el Código Penal, la acción penal es pública y se ejerce exclusivamente por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley".

El actual Código Federal (ley 23.984) consagra como único acto promotor el requerimiento fiscal. En los casos en que por

denuncia o actividad prevencional el juez de instrucción tome conocimiento de un delito de acción pública, anoticiará de inmediato al fiscal para que dictamine lo que corresponda. Al respecto, el artículo 188 dispone: “El agente fiscal requerirá al juez competente la instrucción...”, cuando la denuncia se hubiere hecho ante el magistrado o la policía y, por supuesto, cuando la denuncia la hubiese recibido directamente el fiscal o actuase de oficio. En síntesis, dentro de este cuerpo legal, el único habilitado para promover las actuaciones judiciales es el fiscal, quien realizará la instancia mediante el *requerimiento de instrucción*, acto procesal fundamental que implica el expreso pedido promotor de la acción penal pública. Esto lleva a la clara conclusión de que, en ningún caso, el juez instructor se encuentra facultado para iniciar de oficio el procedimiento y que tampoco lo está, ante un dictamen negativo del representante del Ministerio Público, para decidir por sí la actividad investigativa. Aspectos más complejos ofrece el problema de qué sucede cuando el instructor entiende que hay elementos para investigar o bien cuando en el caso se ha presentado un querellante. Por supuesto que la solución depende de cada ordenamiento procedimental, pero la lógica de la cuestión conduce a la conclusión de que la única instancia revisora puede interponerse ante el superior jerárquico del fiscal, ya fuere el fiscal de cámara o el fiscal general, siendo éste, jerárquicamente, quien decidirá confirmar lo actuado por su inferior, en cuyo caso se cerrará el tema, o bien ordenar al mismo o a otro fiscal de primera instancia que efectúe el requerimiento.

En el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, se dispone en el artículo 78 relativo a la “función” del Ministerio Público: “Al Ministerio Público le está confiado el ejercicio de la persecución penal de los hechos punibles perseguibles de oficio [...] Con este propósito realizará todos los actos necesarios para cumplir este fin...” Debe advertirse que dentro de la sistemática de este cuerpo, similar a la del Proyecto de Código

Procesal Penal de la Nación del Poder Ejecutivo de 1987 y de los actuales códigos de Córdoba y Tucumán, “la persecución penal deberá ser promovida y proseguida por el Ministerio Público, con el auxilio policial, sin necesidad de excitación extraña...” (art. 229).

Obsérvese que en realidad no se habla aquí de “acción” sino de persecución, es decir, de la actividad investigativa necesaria para, en su caso, sostener la acusación. Porque en realidad sí es el órgano investigativo el que actúa por sí, es obvio que no puede hablarse de acción, habida cuenta de que ya tenemos suficientemente en claro, cualquiera fuere la posición doctrinaria al respecto, que la acción es conceptualmente un requerimiento de actuación jurisdiccional con efectos proyectivos sobre el accionado, lo que se confirma por las facultades que la legislación otorga al imputado desde que por cualquier acto en su contra adquiere la calidad de tal. Al respecto, en el proyecto santafesino la cuestión es resuelta mediante el acta de imputación que determina la relación procesal.

De todas maneras y cualquiera fuere el sistema seguido, el actual Derecho Procesal Penal no admite otra manera válida de iniciar el procedimiento que por un requerimiento de índole acusatorio, correspondiendo esta facultad en los supuestos de delitos de acción pública al Ministerio Fiscal.

## B) *Fundamentación de la acusación*

Arribamos en el presente punto a una de las cuestiones de mayor contenido polémico de los últimos años y con implicancias prácticas fundamentales, cual es la de determinar a quién corresponde armar las acreditaciones que fundamenten la acusación pública. Ello porque, como ya se dijo, el requerimiento de instrucción o la actividad investigativa a cargo del Ministerio Público no se hacen por una finalidad abstracta o académica, sino ante una concreta y verosímil noticia, dato u observación de que en la realidad histórica ha ocurrido un suceso que res-

ponde, *prima facie*, a la descripción típica de una figura penal determinada. Precisamente, la acción, como apertura o promoción investigativa, tiende a que se lleven a cabo las indagaciones necesarias que permitan, si hay mérito para ello, instaurar la acusación pública. Obviamente, esta acusación debe encontrarse debidamente fundada y, para ello, es preciso una actividad preliminar:

A diferencia de la acción privada y la popular –que comienzan con el acto formal de acusación–, ésta, en la pública, es precedida por una etapa investigativa.

Maier destacó con acierto que la particular configuración del conflicto penal y la forma de actuación pública de la sistemática legal vigente, hacen imprescindible arbitrar medios idóneos para informarse de los extremos fácticos del suceso que se entiende delictivo, con el fin de “preparar su propia demanda de justicia”; ello, tanto por las características del hecho y la voluntad de sus autores, que por lo general tratan de no ser conocidos, como por la circunstancia de que el Estado, que asume no sólo el juzgamiento sino la persecución, es “un extraño al conflicto social en el que reside un caso penal”<sup>17</sup>.

Es de evidencia que las características del suceso penal distan de las que informan a un conflicto privado, donde los involucrados son los interesados en arrimar los elementos que hacen a la presentación y resolución del caso. De la misma manera, hay abundancia de situaciones en las que los hechos delictivos implican el uso de la violencia, el ocultamiento y la resistencia, por lo que resulta ridículo el pensar que el simple particular afectado podría actuar aportando lo necesario para fundar la pretensión punitiva. Y así mismo, no debemos olvidar que algunos de los delitos de mayor dañosidad social (señalemos, a modo de meros ejemplos, en los casos de violaciones a los Derechos Humanos por la propia autoridad, en la corrupción

<sup>17</sup> MAIER, Julio B. J., *Exposición de motivos*, Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Depalma, Buenos Aires, 1986.

política, en el narcotráfico internacional, en las grandes defraudaciones bancarias, en los delitos ecológicos, en los atentados a la salud de la población por adulteración de productos alimentarios, etc.) son, a la vez, generados por grupos de importante poder y de muy difícil investigación. En estos supuestos, el único organismo dotado de capacidad suficiente no sólo para lograr oponerse y controlar tal tipo de delincuencia, sino para alcanzar resultados positivos en orden al juzgamiento de las conductas de que se trate, es el Estado que, a través de sus aparatos específicos, puede efectuar la legal persecución. Y en este sentido cabe reivindicar plenamente la idea de lo público controlable y ajustado a la legalidad sobre lo privado incontrolado e ilegal.

Ahora bien, ese mismo necesario poder que requiere una válida persecución penal, puede –y de hecho así ha sucedido incontables veces en la historia– llegar a extremos intolerables, por lo que dentro de los procedimientos penales del Estado republicano de Derecho, a más de las bases constitucionales y consecuentes garantías, se busca articular formas de recíprocos controles entre los organismos actuantes, aplicando a la realización penal el sabio principio de la división de poderes.

Dentro del sistema mixto clásico, incorporado en nuestra realidad jurídica a partir de la sanción del Código de 1939 y mayoritariamente vigente en el país, el fiscal no es quien prepara su acusación; precisamente, el acto de instancia promotiva es el requerimiento de instrucción que lleva al juez de instrucción a desarrollar por sí la tarea investigativa e incluso a pronunciarse sobre el mérito de la causa a través de los autos de procesamiento y prisión preventiva, sin que el fiscal tenga un papel protagónico, ya que se limita a ser notificado, efectuar indicaciones, hacerse presente en algunos actos e impugnar decisiones en los casos pertinentes. Finalizada la instrucción, recién se correrá traslado al fiscal para que se expida sobre el mérito de lo actuado; es decir, que deberá formular la acusación que abrirá

la etapa del juicio sobre la base de elementos reunidos por el instructor y encuadrados fáctica y jurídicamente a través del procesamiento.

El estado actual de la legislación y doctrina preponderante indica que la solución correcta es la contraria. Se postula la *investigación penal preparatoria a cargo del Ministerio Público*.

Quien aparece como titular de la acción pública debe estar dotado de las correspondientes facultades legales para ejercerla; quien tiene la responsabilidad de formular la acusación debe contar con los medios adecuados para prepararla y fundarla.

La investigación preparatoria –esto es el conjunto de actividades de adquisición probatoria necesarias para sostener válida y razonablemente una pretensión punitiva mediante la demanda de justicia ante el tribunal de juicio– debe estar a cargo del Ministerio Público que como órgano de la acción penal pública en representación de la comunidad, ejerce el papel de parte actora en la relación jurídica procesal.

Este carácter y papel del Ministerio Fiscal se encuentra previsto y en funcionamiento en legislaciones tan diversas como la de los Estados Unidos de América, Alemania, Italia, Portugal, Brasil, Ecuador, Guatemala y en las provincias argentinas de Córdoba y Tucumán, encontrándose adelantados proyectos similares en Santiago del Estero, Buenos Aires y Santa Fe. En todos estos digestos se ha optado por apartarse del funcionamiento tradicional, de plena *progenie* inquisitiva, de la instrucción formal, donde el fiscal es una mera presencia poco menos que retórica, limitada a ser notificada y, en cambio, se le ha dado el necesario papel protagónico, la capacidad activa en orden a la tarea de reunir elementos que sirvan a delimitar la hipótesis delictiva sobre cuya base se efectuará la demanda de justicia en que se pida la decisión conclusiva, a través del contradictorio del juicio oral, actuado y público, que defina el caso.

Dentro de nuestro país, a más de antecedentes en labores relativas al Código nacional, el precedente inicial estuvo dado

por el Digesto cordobés del '39 que consagró el instituto de la llamada *citación directa* para delitos leves y de sencilla investigación. Pero el tema ingresa vigorosamente en el debate jurídico cuando luego de la restauración democrática de 1983 se plantea la necesidad de la reforma de la legislación penal en general y de la realizativa en particular, tema que ya tratamos con la necesaria extensión. Dentro de tal contexto de búsqueda de transformaciones integrales, aparece el trabajo que bajo la conducción del doctor Julio Maier se transforma en el Proyecto del Poder Ejecutivo de nuevo Código Procesal Penal de la Nación de 1987 que tuvo una singular difusión y repercusión, y dio lugar a un considerable y calificado tratamiento teórico. En dicho proyecto se diseñó un procedimiento ordinario asentado sobre la investigación preliminar como tarea y responsabilidad de los fiscales, bajo el control, para todo aquello que tenga que ver con las garantías constitucionales, o cuando se trate de actos definitivos e irreproducibles del juez. De tal manera, se restituyen los roles procesales a su genuina naturaleza, siendo el actor el encargado de instar, investigar y probar, y –el juez– el tercero imparcial que decide las solicitudes partivas. El método aparece desde todo punto de vista más lógico, apropiado a las reglas acusatorias, mayormente respetuoso del modelo constitucional y considerablemente más dinámico, ya que los procedimientos pierden la “pomposidad instructoria”<sup>18</sup>, ganan en flexibilidad y permiten un mejor aprovechamiento de recursos humanos y técnicos, toda vez que la fiscalía actúa como cuerpo orgánico, como colegio, que puede destinar a sus integrantes a la atención de los casos en relación proporcional a su importancia y dificultades.

Sobre la base de lo dicho está ya suficientemente en claro que la tarea verdaderamente trascendente del Ministerio Pú-

<sup>18</sup> CAFFERATA NORES, José Ignacio, *La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

blico como titular de la facultad estatal de perseguir penalmente se encuentra en lo que atañe a reunir los elementos que, en el caso, justifiquen la acusación.

### *C) Planteo e interposición de la acusación*

Fundamentalmente, el fiscal es el acusador público; a él corresponde sostener ante el tribunal la pretensión de condena.

Como se dijo, dentro del sistema acusatorio, el proceso comenzaba con el acto de la acusación, ya fuere privada o popular, que no se encontraba precedida por ninguna etapa oficial investigativa. La inquisición trastrueca este orden y centraliza las actividades procedimentales en la averiguación. Con el advenimiento del sistema mixto, si bien se mantiene –a través de la acción pública– la investigación oficial, ella no sirve a los fines del pronunciamiento conclusivo, sino que se dirige a dar las bases para fundamentar la acusación, la que, a su vez, abre la etapa del juicio público a cuya finalización el tribunal recién podrá sentenciar.

Por imperio constitucional y acorde con la garantía de judicialidad, no cabe aplicación del Derecho Penal sino dentro y en el proceso; éste se abre a través de la acción, la que genera, como actividad persecutoria, la investigación necesaria para fundar la acusación, que inicia el juicio y concreta la pretensión punitiva sobre la que se expedirá el tribunal. Sin acción no hay acusación; sin acusación no hay condena.

Esta derivación del principio acusatorio implica, en primer lugar, la neta diferenciación de los papeles procesales de acusar y decidir a la que ya nos hemos referido, y que tiene que ver también con una manifestación dual del poder penal estatal que limita y condiciona la decisión jurisdiccional a la precedente acusación.

Esta función acusatoria del Ministerio Público está en todos los códigos del país cualquiera fuere su estructura, y ha sido

reiteradamente indicada por la doctrina judicial como uno de los requisitos insoslayables del debido proceso.

Dentro del sistema mixto incorporado mayoritariamente en la legislación del país a partir del Código cordobés de 1939, habiéndose dictado procesamiento y finalizada la instrucción formal por decisión discrecional del magistrado instructor, se inicia lo que se conoce como *procedimiento intermedio* que aparece como un momento de tránsito entre la instrucción y el juicio, y en el cual el fiscal toma vista de las actuaciones escritas con miras a analizar si hay elementos fácticos y jurídicos para sostener la acusación; si así lo entiende (las restantes alternativas son que determine que es preciso completar la investigación instructoria por lo que hará al juez la pertinente solicitud de diligencias, o bien que estime que no hay mérito para acusar, por lo que peticionará el dictado de sobreseimiento), requerirá la elevación a juicio (*requisitoria de elevación a juicio*) que deberá contener los datos individualizantes del imputado, la descripción de los hechos y de los principales elementos acreditantes logrados durante la instrucción y la calificación legal o encuadre jurídico del caso. La importancia de este acto jurídico es de extrema trascendencia, ya que de ser formalmente admitida actuará como instancia de apertura del juicio, estableciendo los límites y puntos del debate. Sobre sus efectos sintetiza Núñez: "El juicio penal, que tiende a establecer si el imputado es responsable [...] tiene su base y su límite en el requerimiento de elevación de la causa a juicio formulado por el agente fiscal". Sólo puede haber juicio si el representante del Ministerio Público lo ha pedido formalmente contra determinada persona (que de procesado, se ha convertido así en "acusado") y por hechos delimitados en función de las normas sustantivas aplicables<sup>19</sup>.

El Código nacional disciplina la etapa bajo la denominación de "Clausura de la instrucción y elevación a juicio", acentuán-

<sup>19</sup> NUÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba* cit.

dose el carácter de fase o momento de transición, o enlace entre ambas etapas. El artículo 346 dispone que cuando el magistrado instructor “hubiere dispuesto el procesamiento del imputado y estimare completa la instrucción”, correrá vista a los sujetos de la acusación a los efectos de que éstas (querellante, si lo hubiere, y fiscal) se expidan (art. 347) sobre si la instrucción está completa y sobre si, en caso afirmativo, corresponde sobreseer o remitir la causa a juicio. El último párrafo del artículo 347 dispone: “El requerimiento de elevación a juicio deberá contener, bajo pena de nulidad, los datos personales del imputado, una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal y una exposición sucinta de los motivos en que se funda”.

Está en claro entonces que el requerimiento de juicio aparece a todos los efectos como la acusación que concreta, fáctica y jurídicamente, el tema que se debatirá y acreditará para que sobre el mismo (objeto procesal) se pronuncie el órgano jurisdiccional en la sentencia.

Los códigos inquisitivos, como el Federal de 1888 y el vigente todavía en Santa Fe, desdibujaban el valor de la acusación, ya que, de hecho, la misma cumplía un efecto retórico, sin verdadera incidencia, toda vez que si bien era necesaria para el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, éste podía basarse en las constancias instructorias, quitando de tal manera valor al juicio.

En los digestos que confían a la propia fiscalía la actividad investigativa, la acusación adquiere aún mayor valor y trascendencia que la que hemos descripto respecto a los del sistema mixto tradicional. En efecto, habida cuenta de que el diseño investigativo correspondió al Ministerio Público y que, por ende, carecen de sentido los denominados autos de mérito instructorio como el procesamiento (aunque pueda haber habido definiciones incidentales, tales como las relativas a la prisión preventiva), y aunque por exigencias de la defensa se haya hecho conocer

la atribución delictiva al imputado (el acta de imputación del proyecto santafesino), es evidente que todo esto tiene un carácter provisional y preparatorio, que sólo cobrará fijeza con la formal presentación del escrito o demanda acusatoria.

► Ahora bien, como toda la actividad investigativa correspondió al Ministerio Público, surge el problema de determinar si la misma es de suficiente entidad y seriedad como para abrir la etapa del juicio. Ello, porque como expresa Maier en la Exposición de Motivos de su Proyecto, “el juicio oral y público es de tal importancia tanto para quien es perseguido en él, cuanto para la misma administración de justicia, que no es posible actuarlo en concreto sin control previo sobre la validez formal y la seriedad material de la requisitoria fiscal”<sup>20</sup>, lo que implica una instancia de admisión de la acusación a cargo de un órgano jurisdiccional, generándose el procedimiento opuesto de lo que ocurre dentro del sistema mixto, ya que, como lo hemos considerado, es el fiscal quien controla el mérito instructorio, mientras aquí se trata de que los jueces valoren la investigación preparatoria. Este es el método seguido por el Derecho norteamericano, donde la tarea de admisibilidad y procedencia de la acusación está a cargo de un jurado específico. En la Ordenanza Procesal Penal alemana, corresponde al tribunal que entenderá en el procedimiento principal decidir si abre o no el juicio oral. Dentro del Código Procesal Penal Modelo, el artículo 263 establece que “cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, requerirá por escrito al tribunal la decisión de apertura del juicio”, la que se hará por auto. El nuevo Digesto cordobés avanza en mayores delimitaciones de los requisitos acusatorios, diciendo en su artículo 354: “El fiscal de instrucción requerirá la citación a juicio cuando habiéndose recibido declaración al imputado estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción

<sup>20</sup> MAIER, ob. cit.

suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado...”; el requerimiento se hará ante el juez que actúa dentro de la etapa preparatoria, solución que así mismo adopta el proyecto santafesino.

En aquellos regímenes procesales que han respetado los principios de la organización acusatoria, la acusación aparece como el acto que delimita el objeto procesal y, por ende, el ámbito decisorio del tribunal. Esto desafortunadamente no se cumple dentro del Código nacional, ya que el artículo 401 faculta al tribunal de sentencia a dar a los hechos calificaciones diferentes a las propuestas en el requerimiento fiscal, aunque ello suponga aumentar la gravedad de la pena. Por el contrario, siguiendo los antecedentes contemporáneos de mayor relevancia, el Código Procesal Penal Modelo, en su artículo 322 impide al tribunal en una sentencia de condena *sobrepasar el hecho y las circunstancias descriptas en la acusación*, lo que igualmente obra en el proyecto santafesino.

#### **4. Necesidad (legalidad) persecutoria y oportunidad (discrecionalidad)**

Hemos arribado a uno de los puntos básicos en orden a la realización penal y que repercute con fuerza tanto en cuestiones dogmáticas como operativas y que así mismo se relaciona con problemas de singular importancia desde el punto de vista político-criminal.

Dentro de nuestra tradición jurídica, la doctrina ha sido unánime en señalar que, tal cual se encuentra normativamente configurado, el ejercicio de la acción pública presenta las características ya indicadas de publicidad y/u oficialidad, de obligatoriedad e irrevocabilidad, lo que significa que el órgano estatal específico predispuesto institucionalmente para la persecución penal debe actuar, sin necesidad de estímulo extraño, toda vez que llega a su conocimiento un hecho con apariencia de delito, llevando adelante y/o impulsando los procedimientos

que conducen a una resolución conclusiva, sin que pueda discrecionalmente decidir cuándo o en qué casos inicia la promoción ni teniendo capacidad para hacer cesar voluntariamente el desarrollo de la causa. Esta característica es la que se conoce como *obligatoriedad* o *principio de legalidad procesal*. Antes de seguir adelante, indiquemos que preferimos la denominación de “obligatoriedad”, ya que hablar de “legalidad” puede generar confusiones con respecto a la garantía constitucional de igual nombre que refiere a que no hay delito sin ley o a la sujeción de los procedimientos a las normas que los estatuyen.

Es decir, que se parte de la base de que en todos los casos en que se sepa de un suceso en principio subsumible dentro de una figura penal sustantiva, es menester, inexorablemente, actuar y que dicha actuación sólo puede cesar por los medios o hipótesis legales.

Se ha argumentado a favor del principio que es consecuencia de la obligatoriedad de la norma penal, que responde a la necesidad de mantener plenamente el orden jurídico, que deriva de la igualdad ante la ley y que tiende a evitar arbitrariedades<sup>21</sup>. Igualmente, pareciera que es consecuencia de la oficialidad de la acción pública, ya que, obviamente, en los supuestos de acción privada y popular rige la discrecionalidad respecto de la promoción y mantenimiento de la instancia.

Desde un punto de vista experiencial, es sabido que el precepto no se cumple. Desde hace tiempo, los estudios de realidad social han demostrado la importancia del fenómeno que se conoce como *cifra negra* y que es el número hipotético de delitos ocurridos que, por diversas razones, no llegan a descubrirse ni, mucho menos, a generar condenas o tan siquiera procesos. Ello tanto por una imposibilidad del sistema de abarcar a todos los sucesos delictivos y por dificultades investigativas, como por circunstancias de permisibilidad o desinterés respecto de cierto

<sup>21</sup> Esta posición ha sido sustentada por Vélez Mariconde, Clariá Olmedo, Oderigo y Rubianes.

tipo de hechos; igualmente, los análisis criminológicos han demostrado que se actúa dentro de criterios de una selectividad no explícita, seleccionándose informalmente determinados hechos y sujetos, y dejando otros fuera de los mecanismos persecutorios.

Ante la señalada realidad e igualmente con plena conciencia de que se da una hipertrofia del catálogo delictivo, con sobreabundancia de figuras penales y de que sería no sólo imposible sino socialmente intolerable que la represión penal se diese en todos los casos, se postula arbitrar mecanismos explícitos y formales de discrecionalidad en la persecución penal, otorgando al Ministerio Público, como titular de la acción pública, márgenes de decisión propia sobre cuándo, cómo y en qué supuestos lleva adelante el ejercicio investigativo y acusatorio.

Tal solución aparece, con distintas características, dentro del Derecho Comparado. Podemos encontrar el caso típico de discrecionalidad amplia en el sistema norteamericano, en la cual el fiscal, elegido popularmente y con plena independencia de los otros poderes, por completo diferenciado del órgano de juzgamiento, selecciona tanto los casos como el contenido de la acusación y la estrategia de su demanda.

Dentro de las cincuenta y una jurisdicciones estatales norteamericanas, a la que debe agregarse la federal, la figura del fiscal de distrito aparece como preponderante en la aplicación de los diferentes códigos penales, ya que se encuentra investido de la facultad de llevar adelante o desechar los cargos, convirtiéndose en el protagonista fundamental del proceso acusatorio.

Desde un punto de vista pragmático, se ha dicho que se "han sancionado demasiadas leyes penales y se cometen demasiados delitos para que sea siquiera remotamente posible procesar por todos éstos"<sup>22</sup>. Esta exigencia real y la particular inserción institucional del fiscal norteamericano le fueron dando

<sup>22</sup> GOLDSTEIN, Abraham, *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos*, en *Lecciones y Ensayos*, N° 49, Buenos Aires, 1988.

los más amplios poderes de discrecionalidad persecutoria, lo que se traduce en una deliberada selección de casos a los que se entienden como de mayor relevancia e importancia social.

En otros ordenamientos, como en el alemán, aparece la discrecionalidad persecutoria limitada, es decir, como excepción a la regla de la obligatoriedad persecutoria. Aquí, ante la apariencia delictiva, el fiscal debe necesariamente intervenir, salvo disposiciones legales al respecto que, en general, contemplan supuestos relativos a la poca entidad del hecho.

La cuestión en nuestro país comenzó a discutirse a partir del proyecto Maier, donde sobre la base de la Ordenanza Procesal alemana, el artículo 230 preveía que “en los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar...”, el fiscal solicitará al juez el dictado de resolución de archivo que, en general, no tiene carácter definitivo. Esta solución se encuentra prevista en similares términos en el Código Procesal Penal Modelo y fue introducida por la comisión respectiva de la Cámara de Diputados en la parte final del artículo 5º del Código Procesal Penal de la Nación, obrando igualmente en los actuales códigos de Córdoba y Tucumán, y en el proyecto santafesino.

Como se advierte, nos encontramos procesalmente ante un condicionamiento derivado de las disposiciones sustantivas. En este sentido, hay un notorio predominio doctrinario por parte de quienes entienden que, sin ninguna posibilidad de duda, el ordenamiento vigente en nuestro país prohíbe de manera expresa toda discrecionalidad persecutoria, invocando para ello la disposición del artículo 71 del Código Penal.

Estimo que del objetivo análisis de las palabras de la ley no puede deducirse otra cosa que la facultad autónoma de reacción del ente público encargado de llevar adelante los procedimientos tendientes a la realización aplicativa. En efecto, el citado precepto dice que “deberán iniciarse de oficio”, correspondien-

do, respecto de tal término, remitirnos a lo ya estudiado, pero no manda que “siempre” y/o en todos los casos y supuestos, de manera inexorable y sin discrecionalidad alguna, deba actuarse. Por eso pienso, como lo he sostenido en más de un debate, que la ley procesal podría, sin contradicción ninguna, regular supuestos de discrecionalidad, conforme a lo preconizado por la doctrina *de lege ferenda*.

A esto responde Julio Maier señalando que el artículo 71 debe interpretarse en relación con las disposiciones de los artículos 248 *in fine*, 249 *in fine* y, de manera específica, el 274, todos del Código Penal, ya que éstas obligan a los funcionarios públicos en general (y, obviamente, el fiscal lo es) a cumplir con las leyes y al fiscal, en particular “a promover la persecución y represión de los delincuentes”. Es decir, que se prevé específicamente como delito la omisión de la promoción de la persecución. Pero claro está, ello cuando la actitud en cuestión implique la intención de omitir el deber respectivo, el que surge de las obligaciones funcionales descriptas en la legislación o reglamentación respectiva, por lo que si éstas le otorgan márgenes discrecionales no se incurrirá en la conducta punible.

Desde otra perspectiva se ha señalado que aun dentro del sistema vigente es indiscutible que los representantes del Ministerio Público tienen facultades para decidir en qué casos y en cuáles condiciones pueden o no plantear la acusación, lo que surge de las propias disposiciones procedimentales que, durante la denominada etapa intermedia, autorizan de manera expresa al fiscal interviniente a meritar las constancias instructorias y sobre la base de su determinación instar el sobreseimiento en lugar del requerimiento de juicio.

Así mismo, es sabido que, amén de los supuestos en los que el delito por diversos motivos no llega a conocerse o resulta muy difícil de investigar y/o determinar sus autores, hay múltiples situaciones en las que las fiscalías son renuentes a la actuación y, por lo común, sólo lo hacen ante los requerimientos

de los interesados o luego de presiones periodísticas, sin que sea habitual que tal omisión dé lugar a la respectiva acción penal por incumplimiento de la obligación funcional. De la misma manera, se presentan procesos penales por hechos verdaderamente baladíes, que implica un inútil desgaste del aparato de justicia y un notorio desperdicio de esfuerzos. Todo ello lleva a postular la adopción de un principio legalmente regulado y judicialmente controlable de oportunidad, que permita impedir la promoción de causas por los denominados delitos de bagatela, o bien en situaciones de reparación de los perjuicios causados, o ante conductas activas de arrepentimiento, o ante la voluntad expresa de la víctima, etcétera, pueda suspenderse el procedimiento. Esto resulta coherente con la idea de la plena titularidad del fiscal respecto de la acción penal pública y del efectivo control de su ejercicio.

## **5. La policía en función judicial**

Desde una perspectiva normativa y funcional es posible y necesario distinguir entre la policía de seguridad perteneciente al ámbito administrativo y aquella que, cualquiera fuere su situación y dependencia institucional, realiza tareas de índole judicial. De una manera simple, podríamos decir que, mientras la primera impide que se realicen hechos delictivos, la segunda actúa cuando ya ha acontecido un suceso de características ubicables dentro de las descripciones de las figuras penales.

Es sabido que en un muy alto número de casos los procedimientos penales tienen origen en actividades policiales. De ahí que, si entendemos la acción y su ejercicio como una instancia que pone en movimiento las causas judiciales, no resulta discutible que dicha acción es ejercida por la policía y, más aún, que estadísticamente ello constituye la apertura habitual de la actividad persecutoria. Ello está reconocido normativamente en los códigos argentinos que legislan como uno de los modos de iniciación de la instrucción, es decir, de los procedi-

mientos, la actividad policial, también llamada preventional, que en la mayoría de los digestos adquiere una real virtualidad promotora.

Ante ese hecho, que pareciera una exigencia de la necesidad de eficacia y que por lo general se conecta con la urgencia de la respuesta estatal ante el delito, las legislaciones han procurado un control judicial de la policía, sometiéndola al ámbito de la fiscalía o de la judicatura. Tal control aparece como imprescindible, ya que el exceso de facultades policiales aparece históricamente como una de las más notorias causas de la distorsión, desconocimiento y agravio a las garantías individuales.

En este sentido, se ha organizado dentro de varios ámbitos una policía estrictamente judicial, con dependencia jerárquica e institucional del Ministerio Público, bajo cuya inmediata dirección trabaja en la investigación preparatoria de la acusación.

Dentro de la regulación nacional el tema aparece como más difícil, tanto por la amplitud de facultades que el Código de 1888 otorgaba a los organismos preventores como por la circunstancia de que éstos no se reducían a la Policía Federal sino que, en diferentes casos, el sumario de prevención podía estar a cargo de personal aduanero, gendarmería, prefectura, policía aeronáutica, etcétera. Pero el nuevo Código restringe las facultades preventionales, al extremo que un calificado comentarista del Digesto puede afirmar que la interpretación de las disposiciones pertinentes indican que el monopolio promotivo está a cargo del fiscal.

Dentro del Código nacional, el artículo 183 encomienda de manera expresa a las fuerzas de seguridad pertinentes la tarea de investigar los delitos de acción pública, ya fuera por propia iniciativa, denuncia recibida u orden de autoridad judicial, disponiendo el siguiente las atribuciones, las que establecen un ámbito de poder específico sobre personas y cosas tendiente a la inmediata determinación del hecho que se supone delictivo.

Lo antedicho concuerda puntualmente con los códigos provinciales del sistema mixto.

En aquellos que confían la investigación preparatoria al Ministerio Público, corresponde a éste la dirección de la Policía Judicial, la que actúa como directo auxiliar del fiscal de instrucción (art. 71, C. P. P. C.).

## 6. Querrela

En los delitos de acción privada, la querrela particular es el modo promotor exclusivo de iniciación del proceso penal, el que no puede llevarse adelante de ninguna otra manera. Esto implica una específica regulación de esta pieza acusatoria que origina un procedimiento especial cuya característica más notoria es la ausencia de una etapa investigativa previa a cargo de órganos oficiales.

La cuestión resulta más compleja en orden a los delitos de acción pública. Así, mientras el Código Federal de 1888 incluía de modo expreso la querrela como un acto promotor de la actividad instructoria (art. 457), los del sistema mixto, a partir del de Córdoba de 1939, la eliminaban por completo.

Igualmente, en los digestos que, como el proyecto santafesino, organizan lo relativo al particular ofendido a través del instituto del querellante adhesivo, se priva a este sujeto de facultades promotoras, ya que puede intervenir en los procedimientos con posterioridad a que el fiscal haya instaurado la acción.

En el actual Código de la Nación (que en el proyecto original no regulaba la figura del querellante en los delitos de acción pública) el querellante está facultado para “impulsar” el proceso (art. 82), lo que significa que éste debe estar ya iniciado por los modos previstos (arts. 180, 181, 188 y 195), es decir, por el requerimiento fiscal.

## 7. El desarrollo de la acción

El efecto promotivo de la acción significa que a partir de su válida interposición se ponen en marcha procedimientos investigativos y discursos legalmente previstos que van avanzando hacia determinados grados de conocimiento judicial, los que se encuentran establecidos dentro de los digestos conocidos como códigos procesales penales.

La finalidad de la acción se confunde con la realización del proceso y la de éste, el arribar a una resolución aplicativa sobre el Derecho de fondo.

En consecuencia, el desarrollo de la acción no es otra cosa que su dinámica dentro del proceso.

En el proceso ordinario civil y en el acusatorio puro, la acción aparece no sólo como el poder de promover sino también como el de impulsar los procedimientos hacia la resolución conclusiva. En cambio, en la sistemática penal de inspiración inquisitiva, es la propia jurisdicción la que, en notoria confusión de papeles, impulsa y controla el desarrollo de las causas. Pero de todas maneras y sin entrar ahora a una consideración específica de lo señalado, la acción, como requerimiento de jurisdicción, tiene un desenvolvimiento que, desde la promoción, pasando por la investigación y culminando en la acusación, pretende una resolución que concluya el caso.

La acción provoca la actividad procesal y ésta tiende a la resolución jurisdiccional. En consecuencia, el modo normal de *extinción de la acción procesal* es la decisión conclusiva en torno al caso sometido. Esto implica que la acción finalizará por una sentencia o por un sobreseimiento definitivo, operando en ambos supuestos el efecto de la cosa juzgada.

A más de los señalados supuestos, existen otros que extinguen la acción, pero cuyo origen, como la muerte del imputado, es un hecho jurídico, o que derivan de actos políticos como la amnistía o de regulaciones sustantivas, como la prescripción. En estos casos, sin que importen cuestiones de mérito o fondo,

se concluye con el desarrollo, lo que se determina a través del sobreseimiento. La cuestión aparece expresamente regulada en el artículo 59 del Código Penal y es objeto del pertinente tratamiento en los estudios sobre la materia, pero dadas las notorias implicancias realizativas, es obligatoria una consideración, aunque más no fuere somera.

La primera de las hipótesis mencionadas es derivación del principio de responsabilidad personal del imputado, lo que impide que cualquier género de atribución delictiva, acusación o condena pueda pasar a los herederos. El fallecimiento del imputado clausura, a todo efecto, la persecución punitiva.

La amnistía es una decisión política, tomada por el Poder Legislativo, que por motivos diversos de política criminal, decide renunciar a la potestad represiva respecto de ciertos hechos delictivos y en determinadas condiciones. Se concreta como una ley que resuelve suspender la aplicación de un segmento de la legislación penal vigente (que no se deroga) durante un determinado tiempo. De esta manera, se impide la aplicación de la o las figuras penales en cuestión a hechos ya ocurridos y por un período puntual, extinguiéndose las acciones ya en curso o que pudieren promoverse por tales hechos.

La prescripción establece un lapso de perseguibilidad respecto a delitos ya ocurridos. Este término es fijado en el artículo 62 del Código Procesal, abarcando una escala de uno a quince años. El instituto se justifica, como señala Ricardo Núñez, en que los efectos del delito se diluyen por el transcurso del tiempo, haciendo desaparecer el interés social por un castigo que, temporalmente separado del hecho que lo originó, apareciera como carente de sentido<sup>23</sup>.

El problema de mayor interés práctico y que ha sido objeto de las más diferentes interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, es el relativo a la interrupción de los efectos prescriptivos por lo que el artículo 67 del Código Penal, tercer

<sup>23</sup> Es la posición de Núñez en el t. II de su *Tratado de Derecho Penal* cit.

párrafo, *in fine*, denomina como “secuela del juicio”. Ello lleva a la necesidad de determinar cuáles son los actos persecutorios que poseen entidad suficiente como para interrumpir el término de la prescripción.

El poco afortunado término “secuela” fue introducido en 1949 con la reforma de la ley 13.569, que incorpora la referida causal interruptiva; el texto legal se basaba en el proyecto Coll-Gómez, que en la Exposición de Motivos expresaba que era una verdadera contradicción lógica que tuviese vigencia el plazo de la prescripción de la acción cuando ésta se encontraba, precisamente, en desarrollo.

“Secuela” significa consecuencia o resultado, lo que llevaría a la idea de que, habida cuenta de que la consecuencia natural del juicio es la sentencia, ella sería el único acto con validez interruptoria. Por cierto que ésta no es la solución propiciada por la doctrina ni, mucho menos, la que podemos hallar en los registros jurisprudenciales. Lo que sí pareciera indiscutible es que dentro de nuestra cultura jurídica la palabra “juicio” tiene el sentido técnico de referirse a la etapa del contradictorio, lo que así aparece en los códigos modernos. En consecuencia, admitiendo que la palabra “secuela” aluda a algo capaz de provocar o generar, tendremos como resultado que el acto que interrumpe la prescripción de la acción es precisamente aquel en que dicha acción se identifica con la pretensión punitiva y aparece formalizada en la acusación. Esta conclusión no es sólo lógica, sino que también contribuye a colocar la dinámica procesal en su justo lugar, ya que todo lo anterior al juicio tiene un mero carácter preparatorio.

El curso de la acción puede también encontrar *obstáculos* que suspenden su desenvolvimiento. Ellos son los impedimentos legales derivados de la condición funcional del imputado, es decir, de determinadas condiciones de intangibilidad existentes en razón del cargo público desempeñado. En estos casos, los códigos procesales hablan de “obstáculos al ejercicio de la acción

penal pública” (art. 8º, C. P. P. F.), por lo que no se puede impulsar la causa hasta que, por los medios previstos, el fuero deje de operar; tales medios, diversamente regulados, constituyen procedimientos especiales, tales como el desafuero y el juicio político, que se dirigen a determinar si hay motivos suficientes para que el inculpado cese en su inmunidad y pueda ser sometido al enjuiciamiento común que será, en definitiva, el que decida sobre su responsabilidad penal. Por supuesto que el obstáculo opera mientras dura el cargo, resultando de todo punto arbitrario que se extienda luego de la cesación.

Ha sido objeto de discusión el momento en que procede el funcionamiento de este impedimento. Pensamos que, en modo alguno, abarca a las tareas investigativas, ya que, precisamente, las mismas podrán fundar el pertinente pedido de desafuero. Pero conforme a la Constitución Nacional (arts. 45, 51, 52, 60, 61 y 62) y las coincidentes disposiciones de las constituciones provinciales y leyes especiales sobre el tema, se entiende que no procede la convocatoria a prestar declaración indagatoria ni la acusación.

*De lege ferenda* existen argumentos derivados tanto del fundamental principio de igualdad ante la ley y responsabilidad republicana como de experiencias históricas, en el sentido de propiciar una limitación de estos privilegios funcionales que, con frecuencia, han aparecido como excesivos y de hecho como indebidos escudos de invulnerabilidad. Una solución intermedia podrá estar en arbitrar procedimientos de desafuero o enjuiciamiento más rápidos y con mayor contralor.

Así mismo, el requisito de procedibilidad de la expresa manifestación de voluntad del ofendido o de su representante legal en el caso de las acciones dependientes de instancia privada que prevé el artículo 72 del Código Penal puede ser comprendido como un obstáculo a la promoción de la acción, ya que si el habilitado no abre la instancia la acción pública no puede desarrollarse.

También se ubica dentro del tema lo que se conoce como *prejudicialidad*, que de acuerdo con el artículo 10 del Código Procesal Penal de la Nación y los concordantes provinciales opera cuando la existencia del presunto delito que se investiga depende de la previa determinación jurisdiccional de un elemento esencial de carácter civil, del que dependerá la existencia o inexistencia del eventual delito. La resolución del juez civil tendrá efectos vinculantes respecto del mantenimiento de la acción. Dentro de nuestro ordenamiento, regido por la regla de la no prejudicialidad, presenta un carácter totalmente excepcional y mínimo valor práctico, encontrándose circunscripta a la determinación de la validez o nulidad de un matrimonio respecto al delito de bigamia.

# Franja Morada - CED

## **APENDICE JURISPRUDENCIAL**

por JOSÉ MARÍA MEANA

## **Juez natural**

Las reglas que rigen las cuestiones de competencia tienden a tutelar la garantía del juez natural, de modo tal que no pueden considerarse violatorios de la misma a aquellos actos procesales razonables y oportunos, en la medida en que no estén desviados de su objeto propio, sino inspirados en una eficaz administración de justicia.

*Fallos: 298:312*

La garantía de los jueces naturales tiene por objeto asegurar una justicia imparcial, a cuyo efecto prohíbe sustraer arbitrariamente una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tenía, constituyendo de tal modo, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada.

Dicha garantía no resulta, pues, afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia.

*Fallos: 234:482*

El artículo 18 de la Constitución Nacional sólo prohíbe los juicios por comisiones especiales designadas para el caso. Tal garantía no sufre menoscabo porque sea uno en vez de otro de los jueces permanentes el que intervenga en la causa, con arreglo a la competencia que le corresponda –que deriva no de la norma constitucional sino de las respectivas leyes procesales–, ni autoriza a la Corte a revisar por vía del recurso extraordinario la interpretación de las leyes locales hechas por los tribunales respectivos en cuanto se refiere a la competencia de sus propios jueces.

*Fallos: 303:1582*

## APENDICE JURISPRUDENCIAL

---

La cláusula del artículo 18 de la Constitución, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas generales de competencia, inclusive a las causas pendientes (principio de la *perpetuatio jurisdictionis*), excepto que ello significara despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos.

*Fallos:* 306:2101

El verdadero fundamento de la formulación, en su doble aspecto, de la garantía de los jueces, consiste en asegurar a los habitantes de la Nación una justicia imparcial, cuyas decisiones no pudieran presumirse teñidas de partidismo contra el justiciable, completando así el pensamiento de implantar una justicia igual para todos que informara la abolición de los fueros personales.

*Fallos:* 310:804

La garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional no sufre menoscabo alguno cuando a consecuencia de reformas introducidas por la ley en la administración de la justicia criminal, ocurre alguna alteración en las jurisdicciones establecidas, atribuyendo a nuevos tribunales permanentes, cierto género de causas en que antes conocían otros que se suprimen o cuyas atribuciones restringen.

*Fallos:* 310:2049

La garantía constitucional de los jueces naturales no guarda relación con la distribución de la competencia entre los jueces permanentes que integren el Poder Judicial de la Nación y las provincias, por lo que aquélla no sufre menoscabo porque uno u otro de ellos intervenga en la causa con arreglo a lo que disponga la respectiva legislación procesal.

*Fallos:* 308:817

En modo alguno, se afecta la garantía constitucional del juez natural, como se pretende, toda vez que el principio del artículo 18 de la Constitución Nacional –según el cual nadie puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa– ha sido invariablemente interpretado por una conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que no sufre menoscabo por la intervención de nuevos magistrados en los

procesos pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de los tribunales o en la distribución de la competencia, excepto que ello significara despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos.

C. N. C. P., sala II, 28-7-93

Los jueces que se han excusado no pueden proveer medidas de la gravedad de un procesamiento, más aún cuando en la misma providencia devuelven las actuaciones al magistrado que continuará interviniendo hasta que la cuestión sea resuelta en definitiva. Por lo tanto, el llamado a indagatoria así efectuado vulnera las garantías del debido proceso y del juez natural que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional, lo cual acarrea su invalidez al igual que su recepción.

C. N. C. Corr., sala 1ª, 24-5-91, J. A. 1993-IV-Síntesis

La facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía, por lo que no configura una violación al principio constitucional del juez natural.

S. C. J., 2-12-93

### Juicio previo

La garantía constitucional de la defensa en juicio asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, ya se trate de procedimiento civil o criminal.

Fallos: 268:266

Se viola el debido proceso legal toda vez que, en directa y abierta contradicción con expresas disposiciones normativas, se dictan resoluciones que implican poner en manos de algunos sujetos procesales, la facultad de dilatar prácticamente *sine die* la duración del proceso penal.

Cám. del Crimen de Mendoza, sala 4ª, 26-4-88

Si bien las cuestiones que se suscitan en torno a los hechos, prueba y Derecho Procesal, son ajenas, como regla, a la vía del artículo 14 de la ley 48, ello no es óbice para que la Corte pueda conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción al principio, con

## APENDICE JURISPRUDENCIAL

---

base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa.

C. S. J. N., 4-12-90, S. T. LXII-86

El artículo 18 de la Constitución Nacional garantiza el debido proceso legal en función de los derechos fundamentales del hombre, esto es, los llamados Derechos Humanos, que se refieren a los derechos individuales y a las libertades públicas.

*Fallos:* 310:2342

Los requisitos del debido proceso comprenden, para el imputado, la oportunidad de ser oído, de conocer los cargos que se le formulan en su contra y de producir prueba en su favor (voto del Dr. Bacqué).

*Fallos:* 310:1162

La doble instancia judicial no constituye por sí misma requisito de naturaleza constitucional, por lo que no constituye infracción al principio del debido proceso la norma de la ley 23.049 en cuanto prevé la supresión de la instancia militar al permitir el avocamiento de la justicia civil.

*Fallos:* 311:896

La garantía constitucional del juicio previo en su verdadera y completa formulación, debe expresarse de esta manera: juicio previo y legal. Esto supone el respeto a las formalidades establecidas por la ley para que el proceso pueda desembocar en una sentencia no inficionada de nulidad como así también el cumplimiento de los requisitos propios de la sentencia, considerados imprescindibles para que sea legítima (voto del Dr. Fégoli).

C. N. C. P., sala II, 15-9-93

Con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa.

C. S. J. N., 5-8-93

La garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

C. S. J. N., 28-9-93

## Principio de legalidad

Desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el artículo 18 de la Constitución Nacional, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente.

*Fallos:* 314:425

Por ser el de extradición un proceso de Derecho Público y más aún de naturaleza penal, donde el orden público cobra relevancia particular, la actuación del Estado a través de los fiscales estará presidida por el principio de legalidad, es decir inspirada, ante todo, por el propósito de que las disposiciones del ordenamiento jurídico logren cabal realización, aun cuando, en definitiva, ellas arrojen un resultado adverso a la pretensión que originalmente se decidió representar (disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi).

C. S. J. N., 27-8-93

Del principio de legalidad consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional nace la necesidad de que haya una ley anterior que mande o prohíba una acción para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado en determinado sentido, y que además se determinen previamente las penas a aplicar.

Del artículo 18 de la Constitución Nacional que consagra el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se infiere que la ley penal no puede ser retroactiva ni en cuanto a la descripción del tipo legal ni en cuanto a la adjudicación de la sanción, pues de otro modo se

## APENDICE JURISPRUDENCIAL

---

configuraría la ley *ex post facto* prohibida por la Carta Fundamental, que es la que se refiere a la creación de los delitos y de las penas.

*Fallos:* 11:2721

Conculca el artículo 18 de la Constitución Nacional, violentando el principio de legalidad, la sentencia que condenó al procesado por el delito de suministro de estupefacientes a menores de edad, si al momento de cometerse el hecho atribuido el producto cuyo suministro se imputó no era estupefaciente en los términos de los artículos 77 del Código Penal, y 10 de la ley 20.771, y, consecuentemente, la conducta del recurrente no encuadraba en las disposiciones penales de esta última.

*Fallos:* 303:1464

Una de las más preciosas garantías consagradas por el artículo 18 de la Constitución Nacional es la de que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin *juicio previo* fundado en ley anterior al hecho del proceso. De allí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido y que además se determinen las penas a aplicar.

*Fallos:* 304:849

El principio que enuncia el artículo 18 de la Constitución Nacional, con arreglo al cual nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, requiere la determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar, y proscribire, en consecuencia, la aplicación analógica o extensiva de la ley penal, pero no impide la interpretación de sus normas que, en cuanto legales, requieren también la determinación de su sentido jurídico, función que es propia del Poder Judicial.

*Fallos:* 307:1114

La garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor que impliquen empeorar las condiciones de los encausados.

*Fallos:* 310:2845

En la primera parte del artículo 18 de la Constitución Nacional

se ha establecido que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales al margen del Poder Judicial; en la segunda, se ha reforzado ese principio, eliminando la posibilidad de que se viole en forma indirecta tal prohibición, mediante la remisión de un caso particular a conocimiento de los tribunales a quienes por ley les ha conferido jurisdicción para conocer en general de la materia sobre la que el asunto versa.

*Fallos:* 310:2184

## **Non bis in idem**

No es atendible la pretendida violación de la defensa en juicio resultante de que una misma conducta puede ser objeto de investigaciones paralelas, en sede administrativa y judicial. Se trata de determinar responsabilidades de diferente naturaleza, ante jurisdicciones también distintas.

*Fallos:* 273:66

El principio *non bis in idem*, de consagración constitucional y legal (arts. 7º, Const. Prov., y 1º, Cód. Proc. Pen.) opera si la misma persona, por el mismo hecho está sometida a dos persecuciones delictivas y, habiéndose resuelto definitivamente el fondo de una de ellas, se inicia o tramita otra o, también, cuando existe una pluralidad de condenas por el mismo delito contra la misma persona.

La idoneidad del hecho, presupuesto ineludible para que funcione la garantía, supone que en ambos procesos se ventile el mismo suceso, considerado en su materialidad y no en su significación jurídica.

S. T. J. de Córdoba, sala Penal, 4-6-90

El principio *non bis in idem* es una garantía de raigambre constitucional –artículo 28 de la Constitución Provincial–, desarrollada en el artículo 1º del Código Procesal Penal, en virtud del cual nadie puede ser penalmente perseguido más de una vez por el mismo hecho; está consagrado por razones de seguridad jurídica en favor del imputado, no del acusador público o del querellante y ha surgido como un ensanche del efecto negativo de la cosa juzgada penal, pero ambos no deben ser tenidos como conceptos sinónimos, equivalentes o intercambiables.

S. T. J. de Entre Ríos, sala Penal, 13-7-89

La prohibición de la doble persecución penal tiene raigambre constitucional.

El principio *non bis in idem* prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –entendida ésta como un dato objetivo y formal– a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal.

*Fallos:* 311:1451

No existe suma de calificantes ni se viola el principio *non bis in idem* cuando la legislación represiva extiende al robo las mismas agravantes previstas para el hurto, ya que, sin volver a reiterarlas en la forma específica por razones de economía, se las tiene en sí mismas como factor propio de aumento de la pena sin incurrir en superposición de circunstancias (voto del Dr. Chiara Díaz).

S. T. J. de Entre Ríos, sala Penal, 10-7-89

Habiéndose sobreseído definitivamente en la causa penal seguida al procesado por contrabando, por considerarse que el hecho no constituía delito, aquél se encuentra amparado por la garantía constitucional de la cosa juzgada, y respecto a ese delito no puede ser nuevamente juzgado, ni pueden serle aplicadas las sanciones accesorias del artículo 191 de la Ley de Aduanas, sin perjuicio de que el mismo hecho, o aspecto de éste, sean comprendidos por la previsión del artículo 197 bis de la ley 21.898.

*Fallos:* 305:246

La prohibición de la doble persecución penal no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho. El solo desarrollo del proceso desvirtúa el derecho invocado, dado que el gravamen que es materia de agravio no se disiparía ni aun con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria.

*Fallos:* 314:377

La recta inteligencia del principio *non bis in idem* que ha tenido recepción en el artículo 1º del Código Procesal Penal, es la de que nadie que haya sido absuelto por sentencia absolutoria válida o auto

que terminara definitivamente el desenvolvimiento de la acción, también válido, pueda ser perseguido nuevamente, ya que se estaría ante un caso de falta de legitimación para obrar. La acción se agota sólo con la sentencia, aunque pueda truncarse definitivamente su desenvolvimiento por el sobreseimiento, supuesto a los cuales refiere el *non bis in idem* y no a los casos en que el desenvolvimiento aludido queda en suspenso por existir algún obstáculo de admisibilidad susceptible de ser removido, falta de denuncia en los casos de acción dependiente de instancia privada, rebeldía del imputado.

C. C. de Gualeguay, 8-8-91, J. E. R. 54-386

Desde el punto de vista real y objetivo, el principio atrapa el hecho en su materialidad sin tener en cuenta su significación jurídica. Este aspecto de la identidad no se refiere al delito como expresión de la norma penal sustantiva en su conjunto sistemático, ni tampoco a su captación particular en la norma descripto-sancionadora; abarca lo simplemente fáctico; el acontecimiento en su conformación material y objetiva.

Trib. Oral Criminal Nº 1, 4-3-94

La cosa juzgada judicial tiene jerarquía constitucional y no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público. Admitir la revisión de sentencias finales firmes con fundamento en el orden público de las competencias equivaldría a la abrogación de esa garantía en materia penal.

La autoridad de cosa juzgada constituye uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica y debe respetarse salvo los casos en que no haya existido un auténtico y verdadero proceso judicial, puesto que aquélla supone la existencia de un juicio regular donde se ha garantizado el contradictorio y fallado libremente por los jueces.

*Fallos:* 308:84

El sobreseimiento debe referirse al hecho objeto de la imputación, de una manera que su dictado comprenda necesariamente todo el ámbito de aquélla cerrando definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta.

El sobreseimiento dictado tiene frente a la cuestión penal todos

## APENDICE JURISPRUDENCIAL

---

los alcances del *non bis in idem*, circunstancia que excluye la capacidad de los tribunales para seguir investigando el suceso.

C. C. de Gral. Pico, B. J. L. P. 49-54

Al vedar la garantía contra el doble proceso, no sólo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo ha sido por el mismo hecho, la falta de tratamiento de cuestiones propuestas en la excepción de litispendencia ocasiona un gravamen insustituible de reparación ulterior.

Fallos: 299:221

El *non bis in idem* como garantía individual protege y puede ser hecho valer por cualquier persona que habiendo sido encausado una vez, vuelve a ser objeto de actos que implican una nueva actividad jurisdiccional en su contra y por el mismo hecho motivador de la investigación o juzgamiento anterior.

Cám. del Crimen N° 4 de Mendoza, 20-3-87

Por los principios de preclusión y cosa juzgada formal, no del *non bis in idem*, no se puede revertir con una idéntica pero posterior presentación ante el mismo juez correccional la decisión de éste de rechazar una querrela por delito de acción privada del artículo 109 del C. P., si recurrida en casación se declaró desierto el recurso, por quedar expedita la vía de la instrucción formal por el ilícito de falsa denuncia.

El principio *non bis in idem* es una garantía de raigambre constitucional –artículo 28 de la Constitución Provincial–, desarrollada en el artículo 1º del C. P. P., en virtud del cual nadie puede ser penalmente perseguido más de una vez por el mismo hecho; está consagrado por razones de seguridad jurídica en favor del imputado, no del acusador público o del querellante y ha surgido como un ensanche del efecto negativo de la cosa juzgada penal, pero ambos no deben ser tenidos como conceptos sinónimos, equivalentes o intercambiables (voto de la mayoría).

S. T. J. de Entre Ríos, sala Penal, 13-7-89, B. J. E. R. 1989-88

El fundamento de la regla *non bis in idem* es que no se le debe permitir al Estado, con todos sus recursos y poder llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto

delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando también la posibilidad de que aun siendo inocente, sea hallado culpable (voto de los Dres. Petracchi y Bacqué).

*Fallos:* 310-2845

## **Interpretación restrictiva y analógica**

Si los motivos del adherente debieran atenerse a los del recurrente sobraría la imposición de expresar sus motivos, como lo hace nuestro ordenamiento procesal, bajo pena de inadmisibilidad. Dicha coincidencia de motivos no surge del texto legal, ni se podría interpretar de ese modo debido a la regla que establece el artículo 2º del Código Procesal Penal: interpretación restrictiva en relación a la limitación del ejercicio del derecho atribuido.

C. N. C. P., sala II, 16-9-93

Es tema específico del Poder Judicial e indispensable para el ejercicio de su ministerio, la determinación del sentido jurídico de las normas en función de las circunstancias del caso y dicha función interpretativa no queda proscripta por la naturaleza penal de la norma en cuestión, aun cuando la atribución encuentre límite solamente en la necesidad de que el ordenamiento contenga una remisión suficientemente clara al contexto valorativo condicionante de la aplicación del precepto.

*Fallos:* 310:1910

Debe sustentarse como regla el amplio goce de la libertad ambulatoria del imputado, y toda medida de coerción personal ha de restringirse al máximo, y deberá ser de interpretación restrictiva, máxime aún cuando se trate de privación de libertad.

C. C. 1ª de Paraná, sala 1, 14-5-90, J. E. R. 42-274

No debemos olvidarnos que las restricciones del artículo 296 del C. P. P. deben ser aplicadas con un criterio restrictivo y cuando las circunstancias así lo requieran, teniendo en cuenta esencialmente el principio constitucional de inocencia hasta tanto una sentencia firme no establezca lo contrario.

C. C. Nº 2 de Santa Rosa, 22-10-91

## APENDICE JURISPRUDENCIAL

---

El derecho represivo no tolera por la naturaleza de los objetos que trata ningún tipo de integración por analogía a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley.

*Fallos:* 305:2174

Ha de tenerse en cuenta por el principio enunciado por la Constitución Nacional y en el artículo 10 de la Constitución de la Provincia de La Pampa, que la ley reputa inocentes a los que no hayan sido declarados culpables por sentencia firme, y la excarcelación procede como garantía constitucional, debiendo interpretarse en forma restringida toda disposición procesal restrictiva de la libertad.

C. C. de Gral. Pico, 7-2-90, B. J. L. P. 50-40

Las normas de la Constitución Nacional, como las de toda ley, deben ser interpretadas en forma coherente, de manera que armonicen entre ellas y no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad y los individuos que la forman.

*Fallos:* 234:482

Las disposiciones sobre nulidades deben interpretarse restrictivamente y no son extensibles a supuestos no comprendidos expresamente.

La nulidad procesal en el sistema de enjuiciamiento mixto es la más importante sanción prevista y adquiere jerarquía, por encima de la voluntad de las partes, como consecuencia del interés público que sus normas tutelan.

S. T. J. de Entre Ríos, sala Penal, 19-10-89, B. J. E. R. 1989-88

### **In dubio pro reo**

La aplicación del principio *in dubio pro reo* (art. 4º, C. P. P.) escapa al control casacional, ya que su apreciación crítica corresponde al juicio de la libre convicción del tribunal de mérito en la valoración de las pruebas.

S. T. J. de La Pampa, causa 2237/92

Procede la absolución de los procesados por aplicación del principio *in dubio pro reo* si el panorama cargoso se circunscribe y sustenta únicamente en los dichos de la presunta víctima, manifestaciones éstas

que han ido variando a través de sus declaraciones en aspectos que son esenciales a la reconstrucción de la verdad histórica y que por otra parte no encuentran apoyatura en los informes médicos tanto policiales como forenses glosados en la causa.

C. C. 1ª de Paraná, sala II, 8-4-88

El estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad ni se compadece con el convencimiento íntimo acerca de la culpabilidad del acusado declarado por los jueces.

Fallos: 311:2547

Si bien el principio *in dubio pro reo* presupone un especial estado de ánimo del juez por el cual no alcanza la convicción de certidumbre sobre los hechos, dicho estado no puede sustentarse en una pura subjetividad sino que debe derivarse racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso.

Fallos: 311:948

El principio *in dubio pro reo* no sustenta el recurso extraordinario si de los fallos dictados en la causa se desprende que los jueces no tuvieron duda alguna sobre la responsabilidad de los condenados o sobre la pertinencia de la aplicación de las normas que reprimen el contrabando demostrado en el proceso.

Fallos: 252:362

El principio *in dubio pro reo* no significa atribuir a la Corte la facultad de revisar las consideraciones por las cuales los jueces de la causa estiman "probada" y no solamente dudosa la comisión de los hechos delictivos que motivan la condena.

Fallos: 298:286

El principio *in dubio pro reo*, consagrado en nuestra ley de rito, corresponde ser aplicado en el momento en que el tribunal de juicio debe resolver en definitiva sobre una imputación, pero no, cuando como en el presente, lo que se dicta es una resolución provisoria (auto de procesamiento recurrido) y que para su configuración no se requiere plena prueba de la autoría de un hecho como resulta necesario en una sentencia definitiva.

C. C. Nº 2 de Santa Rosa, 18-8-89

- 1) El estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad

ni se compadece con el convencimiento íntimo acerca de la culpabilidad del acusado, declarado por los jueces.

2) El estado de duda debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso.

C. S. J. N., 26-6-90, "Romero, R.", J. P. B. A. 74-83.

Este principio funciona desde el punto de vista del imputado como una garantía en virtud de la cual no puede dictarse en su contra una sentencia condenatoria si el tribunal no ha podido establecer certeramente todos los extremos necesarios para afirmar la existencia de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible en el caso concreto, atribuible al encausado.

Cám. del Crimen Nº 4 de Mendoza, 2-6-86

Acerca de la pretensa aplicación del brocárdico *in dubio pro reo*, recientemente la Corte dejó establecido que la duda que se traduce en una actitud íntima de los juzgadores de mérito, sin posibilidad de asignarle objetividad alguna, con mayor razón en hipótesis como la ocurrente en que los sentenciantes, en punto a los hechos, proceden como jurados, expidiéndose por la afirmativa o por la negativa, sin fundar su opinión (arts. 392 y 393 del Código de Justicia Militar) y sin que, en la especie, se haya dejado traslucir vacilación alguna.

*Fallos:* 300:1173

### **Incoercibilidad del imputado**

Si la cuestión de hecho relativa a la existencia de coacción fue resuelta afirmativamente por los jueces de Cámara, que coinciden en que la aplicación de la tortura fue decisiva para la solución de la causa, corresponde revocar la sentencia condenatoria a la que se arribó como consecuencia de hechos que se consideraron probados a través de una investigación basada en la confesión extrajudicial obtenida del reo mediante apremios ilegales a que fuera sometido.

El acatamiento por parte de los jueces del mandato constitucional contenido en el artículo 18 no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial no sólo es contradictorio con el reproche formulado

siño que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito.

“Montenegro”, Fallos: 303:1938

### **Inviolabilidad de la defensa**

Es potestad legislativa dictar las normas penales que estime pertinentes y adecuadas a la naturaleza de los delitos, particularmente a los de carácter económico, sin que su ejercicio afecte la garantía de la defensa en juicio, en tanto las circunstancias fácticas contempladas por la ley sustenten razonablemente la presunción de la existencia del acto ilícito y siempre que se acuerde al procesado la oportunidad de audiencia y prueba.

Fallos: 254:301

La distinta calificación de los hechos delictuosos no compromete la garantía constitucional de la defensa en juicio. Ello es así a condición de que el resultado no sea la agravación de la pena ímpuesta cuando, como ocurre en el caso, no ha mediado recurso fiscal acusatorio, pues en tales condiciones el aumento de la pena, cuando sólo existió recurso de la defensa tendiente a obtener su disminución, constituye la *reformatio in pejus* que la doctrina de la Corte ha considerado violatoria de aquella garantía constitucional.

Fallos: 295:400

La *reformatio in pejus* afecta la garantía constitucional de la defensa en juicio. Así ocurre en el caso en que la Cámara revocó la unificación de la condena, con el consiguiente empeoramiento de la situación legal del único recurrente.

Fallos: 295:778

Es violatoria de la defensa en juicio la sentencia que condena al procesado, si el fiscal de Cámara no mantuvo en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto por el agente fiscal contra el fallo absolutorio del juez. Agrégase a ello que se ha dictado condena a prisión perpetua contra el procesado como responsable del delito previsto en el artículo 80, inciso 1º del Código Penal, sin habérselo colocado en situación procesal de defenderse de él, pues no fue acusado de infracción a dicha norma.

Fallos: 274:271

## APENDICE JURISPRUDENCIAL

---

El cambio de calificación por la alzada no configura agravio constitucional alguno cuando la condena versa sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en la causa, doctrina aplicable en la especie si el apelante no demuestra que –más allá del acierto o error del encuadramiento–, el *a quo* se haya apartado de las circunstancias fácticas que constituyeron la materia del proceso.

*Fallos:* 306:784

En orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera fueren las peticiones de la acusación y la defensa, consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, sin más limitación que la de restringir el pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio. No es violatorio de la defensa en juicio el haberse apartado las sentencias del encuadramiento legal propiciado por el juez instructor en la resolución que decreta la prisión preventiva y por el fiscal en su acusación.

*Fallos:* 302:328

El cambio de calificación no configura agravio constitucional alguno cuando, como ocurre en el caso, la sentencia recurrida versa sobre el mismo hecho del proceso motivo de la condena en primera instancia y de acusación por parte del Ministerio Público, máxime cuando el recurrente no indica cuáles habrían sido las probanzas de las que se había visto privado.

*Fallos:* 302:482

Es violatoria de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, y corresponde dejar sin efecto la sentencia de Cámara que agravó la pena sobre la base de un hecho que no había sido objeto del proceso anteriormente, pues la cuestión planteada excede los casos de cambio de calificación operada de oficio por el Tribunal de Alzada en materia penal, al tratarse además de ello, del juzgamiento de un hecho sobre el cual la defensa no tuvo ocasión de hacerse oír.

*Fallos:* 302:791

Es violatoria de la defensa en juicio la sentencia que sin fundamento legal que lo autorice invierte la carga de la prueba, exigiéndola al imputado de infringir la ley 5530 de Santa Fe sobre la base de

que ésta se hallaba vigente cuando se comprobó la infracción y que aquél no demostró haber vendido el vino antes.

*Fallos:* 275:9

La garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

*Fallos:* 272:188

Como derivación necesaria de la inviolabilidad de la defensa, surge como rector del debido proceso el “principio de correlación” o “principio de congruencia” que exige una congruencia material y de sus elementos físicos, psíquicos y normativos entre el hecho objeto de la intimación y de la decisión jurisdiccional, y ella debe mantenerse durante todo el desarrollo del proceso. Cualquier variación introducida respecto del acontecimiento histórico descrito en la pieza requirente, inclusive en sus circunstancias esenciales, más allá de la ampliación permitida por el artículo 387 del C. P. P., implicará una inadmisibile afectación del derecho de defensa, habida cuenta que ésta, por falta de intimación previa, no pudo abarcar la totalidad de los elementos componentes de la atribución delictiva fiscal.

S. T. J. de Entre Ríos, sala Penal, 20-5-91, J. E. R. 44-1022

## **El proceso penal**

El proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o condena, y por ello, cada una de esas etapas constituye el presupuesto necesario de la que le subsigue, en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden. Teniendo en cuenta que el respeto de la garantía de defensa en juicio consiste en la observancia de las formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, el principio de la progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también debe considerarse axiomático que los actos procesales se precluyen cuando

## APENDICE JURISPRUDENCIAL

---

han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuesto de nulidad.

*Fallos: 305:1701*

La especial naturaleza del juicio criminal impide que puedan considerarse -a diferencia de lo que acontece en el procedimiento civil- limitadas las facultades jurisdiccionales por las respectivas pretensiones de las partes.

*Fallos: 303:1929*

No existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público.

*Fallos: 310:2845*

### **Fines del proceso**

Las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio, todo lo cual no puede objetarse si se rehuye atender a la verdad jurídica objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como decisiva relevancia para la justa decisión del litigio.

*Fallos: 311:2177*

## INDICE SUMARIO

Prólogo .....	7
---------------	---

### INTRODUCCION CONSTITUCION, DELITO Y PROCESO

.....	9
-------	---

### CAPITULO I EL DERECHO PROCESAL PENAL

1. Objeto de estudio .....	33
A) El Derecho Procesal Penal .....	34
a) Denominación. Sentido de las palabras empleadas .....	34
b) Concepto .....	34
c) Definiciones .....	35
d) Características .....	38
2. El Derecho Procesal Penal dentro del orden jurídico .....	40
A) Derecho Constitucional .....	44
B) Derecho Penal .....	48
C) Proceso civil .....	56
D) Otras ramas jurídicas .....	58
a) Derecho Público .....	58
1) Los pactos internacionales .....	58
2) Derecho Público provincial .....	60
b) Derecho Privado .....	62
3. La norma procesal penal .....	62

# Franja Morada - CED

4. Norma procesal y precepto legal . . . . .	65
5. Las fuentes del Derecho Procesal Penal . . . . .	67
A) Ley . . . . .	68
B) Jurisprudencia . . . . .	69
C) Costumbre . . . . .	71
D) Doctrina . . . . .	72
6. La ciencia del Derecho Procesal Penal . . . . .	72
A) Nociones sobre la evolución de la disciplina . . . . .	75
B) La cuestión en la doctrina argentina . . . . .	76
C) Situación dentro del estado democrático . . . . .	79

## CAPITULO II

### EL DERECHO PROCESAL PENAL COMO PARTE DEL SISTEMA PENAL

1. Ubicación del Derecho Procesal Penal . . . . .	83
2. El sistema penal . . . . .	84
3. El proceso de criminalización . . . . .	89
4. La justicia penal . . . . .	92
5. Los enfoques de estudio . . . . .	95
6. Política criminal . . . . .	99
7. Sobre el fin y la función . . . . .	105

## CAPITULO III

### LA REALIZACION PENAL EN LA HISTORIA

1. Derecho e historia del Derecho . . . . .	111
2. Manifestaciones primitivas . . . . .	114
3. El Derecho griego . . . . .	116
4. Roma . . . . .	119
5. Los tiempos medios . . . . .	121
6. El Derecho anglosajón . . . . .	126
7. La modernidad . . . . .	129
8. La Revolución Francesa. Las transformaciones del siglo XIX . . . . .	136
9. La actualidad . . . . .	138

## CAPITULO IV EL DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO

1. De la conquista a los movimientos emancipados . . . . .	143
2. La independencia . . . . .	144
3. El Código Nacional . . . . .	147
A) El proyecto González-De la Plaza . . . . .	148
B) El Proyecto Obarrio y el Código de 1888 . . . . .	151
C) La necesidad de cambio y el proyecto del doctor Julio Maier . . . . .	157
D) La ley 23.984 . . . . .	160
4. El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires . . . . .	163
5. El Código de Córdoba de 1939 y la difusión del sistema mixto. . . . .	164
6. Las nuevas tendencias . . . . .	168
A) Córdoba . . . . .	168
B) Tucumán . . . . .	173
7. Santa Fe . . . . .	176
8. El proyecto de Santa Fe de 1993 . . . . .	179
9. Visión general . . . . .	183

## CAPITULO V LOS SISTEMAS PROCESALES

1. Consideraciones introductorias . . . . .	185
2. El sistema acusatorio . . . . .	189
A) Acción . . . . .	191
a) Popular . . . . .	191
b) Privada . . . . .	192
c) Acción pública . . . . .	193
B) Jurisdicción . . . . .	193
C) Defensa . . . . .	195
D) Principales características externas . . . . .	197
a) Publicidad . . . . .	197
b) Contradicción y debate . . . . .	198
c) Oralidad . . . . .	198
d) Concentración . . . . .	199

# Franja Morada - CED

e) Inmediación .....	200
f) Libre convicción .....	200
E) La situación del imputado dentro del proceso acusatorio .....	201
3. El sistema inquisitivo .....	202
A) Acción y jurisdicción .....	205
B) El imputado dentro del sistema inquisitivo .....	208
C) Los modos de manifestación .....	210
a) Ausencia de publicidad .....	210
b) Investigativo y no contradictorio .....	211
c) Discontinuidad .....	212
d) Escriturismo .....	213
e) Mediación .....	214
4. Comparación entre los sistemas acusatorio e inquisitivo .....	214
5. Perduración e influencia .....	215

## CAPITULO VI

### EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

1. El significado de la Constitución .....	218
2. El paradigma .....	220
3. El paradigma constitucional .....	223
4. Constitución y sistema penal .....	228
5. Las pautas constitucionales del modelo procesal penal .....	231
6. Conclusiones y perspectivas .....	237

## CAPITULO VII

### LAS CONDICIONES DEL EJERCICIO DEL PODER PENAL DEL ESTADO

1. ¿Por qué garantías? .....	247
2. La definición previa de las conductas punibles (legalidad y reserva) .....	255
3. Judicialidad .....	258

## CAPITULO VIII EL DEBIDO PROCESO

1. Juzgamiento por el juez natural .....	266
2. Estado jurídico de inocencia .....	270
A) <i>In dubio pro reo</i> .....	276
B) <i>Favor libertatis</i> .....	278
C) Prohibición de coacciones sobre el imputado para que declare contra sí mismo .....	282
D) Inviolabilidad de la defensa .....	284
3. Domicilio y papeles privados .....	287
4. Prohibición de múltiple persecución .....	292
5. El tiempo en el proceso penal. La finalización dentro de plazos razonables .....	295
6. Conclusión .....	300

## CAPITULO IX "IUS PUNIENDI", PRETENSION PUNITIVA Y ACCION PENAL

1. La potestad punitiva .....	303
2. Pretensión punitiva .....	309
3. La acción .....	311
4. Problemas particulares respecto de la acción penal .....	315
5. El ejercicio de la acción penal. Modos de promoción .....	320
A) La acción privada .....	320
B) Acción popular .....	324
C) Acción pública .....	326
6. La regulación legal del ejercicio de la acción penal en el Derecho argentino .....	330

## CAPITULO X TITULARIDAD Y DESARROLLO DE LA ACCION PENAL PUBLICA

1. Caracterización de la acción penal pública .....	333
2. El Ministerio Público .....	336

# Franja Morada - CED

3. Las funciones del Ministerio Público en el proceso penal . . . . .	345
A) Promoción de la acción . . . . .	345
B) Fundamentación de la acusación . . . . .	348
C) Planteo e interposición de la acusación . . . . .	353
4. Necesidad (legalidad) persecutoria y oportunidad (discrecionalidad) . . . . .	357
5. La policía en función judicial . . . . .	362
6. Querrela . . . . .	364
7. El desarrollo de la acción . . . . .	365

## APENDICE JURISPRUDENCIAL

Juez natural . . . . .	373
Juicio previo . . . . .	375
Principio de legalidad . . . . .	377
Non bis in idem . . . . .	379
Interpretación restrictiva y analógica . . . . .	383
In dubio pro reo . . . . .	384
Incoercibilidad del imputado . . . . .	386
Inviolabilidad de la defensa . . . . .	387
El proceso penal . . . . .	389
Fines del proceso . . . . .	390

# Franja Morada - CED

LA COMPOSICION Y DIAGRAMACION SE REALIZO EN  
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINO DE IMPRIMIR  
EL 7 DE NOVIEMBRE DE 1995 EN LOS TALLERES GRAFICOS  
DE IMPRENTA LUX S.R.L., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE