Julio B. J. Maier

DERECHO PROCESAL PENAL

Tomo I

Fundamentos

AD-HOC

© 1996 Editores del Puerto s.r.l.
Tucumán 695 - 2° "A"
(1049) Buenos Aires - Argentina

Editado en enero de 1996 por
Editores del Puerto s.r.l.
Buenos Aires - Argentina

Impreso en enero de 1996
en los talleres gráficos de
Editorial Universitaria
San Francisco 454
Santiago de Chile
República de Chile

Published in Argentina
Printed in Chile

Hecho el depósito de la ley 11.723

ISBN	987-9120-00-0	Obra completa rústica
	987-9120-01-9	Tomo I rústica
	98799437-8-3	Obra completa encuadernada
	98799437-9-1	Tomo I encuadernado

Julio B. J.
Maier

Derecho procesal penal

Tomo I

Fundamentos

Editores del Puerto s.r.l.
Buenos Aires - 1996 - 2ª edición

A mi familia, tolerante y abnegada,
y a quien todos nosotros quisiéramos, hoy,
poder ofrecer este libro:
a nuestro "Fede".

Tragedia

No eres más,
pero fuiste.
Partiste pronto,
pero amaste y fuiste amado.
Faltas,
pero estás presente en nuestro dolor
y en nuestras desventuras
y en los escasos momentos de alegría,
que hoy vivimos.

Gran parte de las correcciones que sufrieron los parágrafos después de ser escritos se debieron a la diversa situación política y jurídica que reinaba en ese momento y en el momento de dar a luz la obra. Este libro se inició —y casi se termina, en la parte que ahora se publica— en el reino de la intolerancia, la prepotencia, el autoritarismo y muchos "ismos" más, que nos dejaron un saldo de muerte y odio difícil de superar. *Un Estado sin Derecho*, sólo *fundado en la fuerza* del poder militar, y *un gobierno sin legitimación democrática* alguna me obligaban a repetir constantemente que escribía según mi propia ideología, *como si* nuestro país funcionara conforme a la idea de un Estado de Derecho, aunque sabía que no era así. No podía escribir de otro modo y mucho menos legitimar y justificar un sistema político perverso al extremo, según mi propia valoración. Hoy la situación política es bien distinta, cualquiera que sea el juicio sobre el gobierno decimos lo que queremos sin temor a la represión brutal, nadie nos impone su voluntad omnipotente, estamos en la víspera de elegir un nuevo gobierno. Para las gentes de mi generación esta realidad constituye algo inédito, casi increíble. Es por ello que siento la necesidad profunda de gritar esta realidad bien alto, para que se escuche, si es posible, tras toda frontera. Esta situación influyó, sin duda, sobre el libro y sobre mí. El libro se acomoda ahora, en general, a la realidad, a pesar del atraso cultural que domina nuestra materia y gran parte de nuestra legislación, y yo pasé de ser un marginado cultural, que hablaba con pocos y escribía para pocos, a ser uno más entre todos, a sentirme también como integrante del todo y a pretender hablar para todos, sin más derechos que otros, pero sin menos derecho que ningún otro.

En fin, debo confesar también que en el lapso durante el cual se escribió este libro, sucedieron para mí y para quienes me acompañan de cerca tragedias terribles y, al mismo tiempo, se vieron colmadas grandes esperanzas. Una tragedia enlutó a mi familia y, según creo, nos marcó para siempre, sin remedio, con los símbolos de la tristeza, la angustia y la desesperanza. A ello se debió un largo paréntesis en la elaboración del libro, tolerado sin queja por el editor, ante quien me disculpo públicamente. Paradójicamente, según saben todos quienes me conocen, mi vida pública estuvo marcada por el éxito, el respeto y la credibilidad que no había conseguido hasta ahora y que, según estimo, no merezco, sino sólo muy parcialmente. La dirección de un proyecto oficial para transformar la administración de justicia penal y la suerte de ser redactor del Código base para Iberoamérica

me han permitido desarrollar mis ideas juveniles con sentido y esperanza de verlas realizadas. Esto último, sin embargo, no ha conseguido mitigar en un ápice las consecuencias de la tragedia familiar, al contrario, creo que la ha potenciado y que hubiera sido mejor, quizás, una dosis mayor de fracaso y privacidad. A no engañarse, también han transcurrido varios años y yo, durante ellos, ya he dado vuelta la curva de la vida, comienzo a ser viejo y ya la transformación del mundo no es, seguramente, mi principal preocupación. Los jóvenes deben, por ello, leer con cuidado este libro, sin esperanzas de hallar en él algo muy novedoso, con espíritu crítico y con sus antenas intelectuales dirigidas hacia un mundo más equitativo, más igual para todos y, en definitiva, más humano. Sólo me creo con derecho a que ellos me traten piadosamente, pues no pretendo hacer daño, de allí mi advertencia.

He incluido como apéndice, en este primer volumen del libro, el texto del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, encargado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a una comisión de juristas (primero Alfredo Vélez Mariconde, Jorge A. Clariá Olmedo y Fernando De la Rúa, luego, a la muerte del primero y el retiro del segundo de ellos, Víctor Fairén Guillén, Fernando de la Rúa y yo, nombres a los que se agregaron, posteriormente, los de Ada Pellegrini Grinover y Jaime Bernal Cuéllar) y terminado en la reunión del Instituto del año 1988 en Río de Janeiro. La razón de ser de su inclusión responde a que, según mi juicio, representa un buen ejemplo del estado del desarrollo científico del Derecho Procesal Penal en nuestro universo cultural, formulado en normas, tal que puede ser utilizado por alumnos y estudiosos para entrenarse en la decisión de problemas, cuando estudian en medios de legislación sumamente atrasada culturalmente, o para conocer lo que es un cuerpo moderno de reglas de procedimiento penal en la actualidad, sus problemas teóricos y sus desarrollos políticos. Ese proyecto fue antecedente y consecuente del modelo para la justicia federal argentina, actualmente en discusión en el Congreso de la Nación. El siguió las vicisitudes de nuestra azarosa vida institucional y fue casi un ejercicio académico. Sus primeras reglas fueron escritas cuando en este país no se podía tan siquiera pensar en una reforma de la administración de justicia penal, al punto de que el ministro del ramo se encargó, en sus discursos, de canonizar la legislación vigente (sobre todo por el extraño error de que era vernácula y no reconocía la influencia de un país extranjero); una gran parte de su articulado fue terminado después de que sus

primeras reglas se habían convertido en el proyecto federal argentino y ese proyecto se había terminado (1986). Debo agradecer aquí la invalorable colaboración de Alberto M. Binder, cuyo nombre no integra ninguna comisión, pero que, según lo destaco en otra parte de este prólogo, ejerció decisiva influencia en él, a través del proyecto argentino, y colaboró conmigo en la confección final de la obra. Del mismo modo, debo agradecer la tarea que cumplió la profesora brasileña, doctora Ada Pellegrini Grinover, y quienes conforman su equipo académico en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, a todos quienes se debe la crítica del proyecto de código y la introducción de numerosas instituciones alternativas, algunas de las cuales, inclusive, alcanzaron a influir el proyecto argentino, por lo demás, la dedicación con la que ellos desarrollan el trabajo académico y el cariño que dispensan a sus huéspedes y conocidos, son incomparables con cualquier ejemplo, aspecto en el que también soy deudor de ellos.

Han sido innumerables las personas que me han ayudado de diversa manera para publicar este libro y que han influido considerablemente en él. Además de mi familia inmediata, a quienes dedico el libro por su abnegación y tolerancia, y de mis maestros, a quienes dediqué ensayos anteriores, quiero mencionar a los más jóvenes, a quienes ingresaron en mi vida últimamente, y cuyo vínculo con este libro es más directo. José Luis Depalma, el editor, sin cuyo impulso y sacrificio, en el ámbito que le es propio, este libro no hubiera existido, pues él me "condenó" a escribirlo; comenzamos nuestra relación comercialmente y terminé ganando un amigo. Alberto M. Binder fue quien me acompañó durante el desarrollo de todo el proyecto que pretende transformar la administración de justicia penal, aún no terminado. Ello no sólo significó compartir trabajo, ambiciones e ideas, sino, también, tolerarme en un momento difícil de mi vida particular, brindarme su consejo y su consuelo, en fin, impulsarme a iniciar y proseguir la obra y ayudarme a evitar abandonarla antes de verla terminada. Este libro también cuenta con su auxilio material, pero, sobre todo, él ejerció influencia en varias de sus ideas principales. Me parece que si las páginas que siguen tienen algún significado, lo tienen, precisamente, para la generación que él integra, encargada de criticar lo que expongo y de crear un sistema jurídico más humano, tolerante y equitativo. Albergo la esperanza de que él y sus amigos realicen esta tarea en el ámbito material al que nos hemos dedicado y en nuestro país. A ellos les corresponde hacerlo.

Alberto M. Binder fue también quien me presentó a Daniel Pastor, joven trabajador y de gran talento, que hoy me acompaña y auxilia con cariño, abnegación y lealtad en mi actividad jurídica personal. A esas virtudes agrega una capacidad especial de transmitir afecto y un humor fino, que me reconforta diariamente y me infunde la escasa cuota de optimismo de que soy capaz. A él le debo agradecer la corrección final y sus índices.

Sólo me resta decirles a los demás, a todos: *muchas gracias*.

Buenos Aires, febrero de 1989

Julio B. J. Maier

A mis amigos

A todos ellos.
A aquellos que forjaron mis ideales juveniles,
a aquellos que, después, los cimentaron
y a quienes ahora conservan mi esperanza y activan mi cerebro.
A los que están vivos y a los que ya murieron,
a los ya maduros y a los más jóvenes.
A todos quienes dan parte de sí mismos
para que yo exista.
A esas mujeres y esos varones
que ofrecen sin pedido
y brindan sin pedir.
Y a quienes
pacientemente
esculpieron y esculpen,
con el cincel de su cariño
y de su sabiduría,
quien hoy soy.

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Al menos para mí resulta muy dificultoso corregir aquello que ya he publicado, aunque el libro que se corrige sea un producto científico, nunca acabado. La dificultad no procede de la incapacidad para criticarme a mí mismo, que creo poseer, y menos aún en este caso, pues de antemano he reconocido que, por dificultades propias de la vida académica en nuestro país, este libro no es más que el fruto de un esfuerzo discontinuo, llevado a cabo en las peores horas de cada jornada, cuando, después o durante la tarea laboral —extraña a aquel quehacer— el cuerpo, el espíritu y hasta quienes conviven con uno solicitan una pausa necesaria y, quizá, también merecida. La dificultad procede, en cambio, de esas mismas razones, que contribuyeron a cierto desequilibrio de la obra, ya desde su primera edición.

Si yo hubiera procedido conforme a mi valoración personal del libro, la segunda edición, que se presentaba como absolutamente necesaria por las modificaciones de peso que había sufrido el Derecho positivo argentino, no hubiera aparecido jamás y, como consecuencia accesoria, me hubiera impedido continuarlo en los más que escasos momentos que puedo dedicarle, sustraídos al trabajo profesional, al descanso y al esparcimiento. Desde la estructura del libro, su clasificación de problemas, hasta varias partes de su contenido me merecen hoy críticas. Incluso desde el punto de vista de su razón de ser política, esto es, desde la toma de posición cultural de cara a la realidad argentina e iberoamericana en la materia, algo imprescindible para un jurista comprometido con esa realidad, la situación cambió en una medida apreciable: la década anterior y los años que llevamos recorridos de ésta se caracterizaron —en esta parte del mundo con mayor énfasis— por movimientos críticos respecto de la administración de justicia, con centro en la realización del Derecho penal, que acompañaron cambios bastante profundos en la concepción y gobierno del Estado, movimientos a los cuales pretendieron

darle respuesta una gran cantidad de proyectos nacionales y regionales encaminados a transformar la justicia penal. Ello, por sí mismo, provoca un cambio de dirección del núcleo crítico del libro, un giro brusco de la aguja del compás político-criminal.

Frente a todo ello, lo mejor hubiera sido, sin duda, escribir el libro de nuevo, tarea ímproba, que me hubiera sido imposible realizar en un lapso tan sólo relativamente acotado. He optado, por ello, por seguir el consejo de quienes, de un modo u otro, me acompañan en la tarea académica y, posiblemente sin demasiada razón —que no sea la emotiva—, valoran positivamente la obra; quizá por eso colaboraron en su "actualización".

Quiero definir el contenido de esa palabra. Lo haré mediante la contraposición de aquello que se hizo con aquello que ya estaba hecho. Entró en vigencia un nuevo Código procesal penal que aplican los tribunales del Estado federal (CPP Nación 1991), en reemplazo del "secular sistema [antes] vigente" —según definiera, elogiosamente, al CPCrim. 1889 el ministro de justicia de un régimen militar de gobierno—, precisamente el sistema que inspiró toda la base crítica de la primera edición del libro. El nuevo Código representa —¡por fin!— la imposición, para la administración de justicia penal del Estado federal, del modo de proceder que inauguró el Código de procedimientos penales de la Provincia de Córdoba en el año 1939, esto es, el triunfo de la tendencia político-criminal que fue bautizada en nuestro país con el nombre de "códigos modernos", de bien ganada fama y amplia difusión en las provincias argentinas, que reconoce como antecedente a la legislación europeo-continental del siglo XIX, en el estado en el cual arribó a los primeros años del siglo XX. Su principal innovación consiste en la incorporación legislativa del debate oral y público como base de la sentencia. En el ámbito local el nuevo CPP Nación fue la respuesta política a un proyecto (Pr. CPP Nación 1986) —desde mi punto de vista, quizá parcial, pues yo lo dirigí— más ambicioso, que pretendió colocar a la legislación procesal penal argentina en los umbrales del siglo XXI, conforme a la legislación y experiencia universales, y cumplir con ciertos requerimientos constitucionales para la justicia penal, largamente olvidados (por ej., juicio por jurados). El CPP Nación, por lo demás, sufrió algunas modificaciones parlamentarias al ser sancionado, con base en el proyecto fracasado, modificaciones que, a pesar de su incorporación asistemática al texto de la nueva ley, y hasta por ello, provocan perplejidades en su interpretación y ciertas soluciones distintas a las características para el texto que constituye su fuente principal. Al mismo

tiempo, se renovó la legislación procesal penal en las provincias de Córdoba y Tucumán, con dos códigos similares —provenientes del proyecto para Córdoba— que, confesadamente, señalan como fuente principal a aquel proyecto de 1986.

Por otra parte, la reforma de la Constitución nacional por la Convención constituyente de 1994, si bien no implica una modificación directa de envergadura para el procedimiento judicial, contiene reglas modificatorias que afectan sobre todo a la organización judicial y que, precisamente por ello, implican la obsolecencia de algunas partes del texto. Con esa reforma fueron también incorporadas al texto constitucional las convenciones internacionales sobre derechos humanos: más que su vigencia —antes conocida porque ellas fueron parte del Derecho interno argentino desde su ratificación en 1984—, importa el hecho de que varias de sus cláusulas han comenzado a ser invocadas y aplicadas entre nosotros, razón por la cual comienzan a suscitar controversias interpretativas. Revela esa importancia, más aún, el hecho de que la República Argentina ha sido sometida al juicio de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos en varios casos: por esa razón sus órganos de gobierno y administración comienzan a prestar atención a las decisiones de esos organismos.

Por último, nuestra intervención —en el sentido de que no sólo abarca la mía propia, sino la de personas afines a mi o a la línea de pensamiento que el libro defiende— en procesos de reforma judicial y penal en países iberoamericanos, nos condujo a incorporar al Derecho procesal penal costarricense, no sólo por reconocer en ese país la más elevada cultura y práctica en esta materia, sino porque, además, su legislación es también tributaria de la reforma cordobesa de 1939, inspira actualmente los movimientos de reforma centroamericanos y, por qué no decirlo, porque sus juristas en la materia mantienen con nosotros una larga tradición de amistad intelectual y personal.

La "actualización", entonces, no representa una transformación del libro, que hubiera sido preferible, pero tampoco se reduce al mínimo exponente, esto es, a un simple cambio de los soportes legislativos antiguos por los más modernos. Por el contrario, han sido introducidos nuevos problemas, inexistentes en la primera edición, se ha reformado la explicación de otros, mal tratados en ella, y se ha incorporado bibliografía y jurisprudencia más moderna, esta última en pleno desarrollo entre nosotros. Se trata, así, por denominarla de alguna manera, de una "actualización término medio", que sigue la tónica

general de la obra: desarrollos monográficos, al lado de problemas tan sólo indicados, según se explicara en el prólogo originario.

He dedicado esta segunda edición a mis amigos intelectuales, a todos ellos, de mi país o extranjeros, algunos ya muertos que fueron mis padres académicos o colegas cuya sabiduría influyó en mi formación, la mayoría, gracias a Dios, aún vivos, todos quienes con su cariño, asistencia, dedicación y paciencia hicieron y hacen posible mi vida, el escaso valor que pudiera adjudicársele a los desarrollos jurídicos que siguen y que yo crea, internamente —para mí mismo—, que algún granito de arena aporto para un mundo mejor y un desarrollo más digno de la vida humana en común, creencia sin la cual carecería de sentido mi propia vida y no existirían los momentos de felicidad de los que aún gozo.

Un grupo de esos amigos, los más jóvenes, la mayoría de los cuales me asisten cotidianamente de una u otra manera, fueron los promotores de esta "segunda edición" de los *Fundamentos* y quienes colaboraron en la "actualización". Ellos fueron *Martín Abregú*, *Mary Ana Beloff*, *Eduardo Bertoni*, *Alberto Bovino*, *Pablo Martín Clemente*, *Christian Courtis*, *Marcelo Ferrante*, *Michael Hassemer*, *Carlos Manuel Garrido*, *Mirna Goransky*, *Fabricio Guariglia*, *Guillermo Jorge*, *Máximo Langer*, *Daniel Pastor*, *Gabriel Pérez Barberá*, *Maximiliano Rusconi*, *Marcos Salt*, *Gustavo Suriz* y *Gustavo Vivas*. Cada uno de ellos tomó a su cargo la lectura atenta de partes del libro y la tarea de proponer correcciones, enmiendas o un nuevo texto, según fuera aconsejable. Sin la colaboración que cada uno de ellos me prestó, esta "segunda edición" no hubiera existido. A todos ellos mi agradecimiento particular por la tarea desarrollada, pues mi agradecimiento por soportarme cada día, brindarme cariño y tornar grata mi existencia ya fue expresado arriba.

Tampoco hubiera sido posible esta edición sin una novedad feliz en el mundo del libro jurídico de nuestro país: se trata de una nueva casa editorial, alternativa, según el significado actual de esta palabra con la que ellos mismos adjetivan su empresa. *Editores del Puerto* reúne a una generación de jóvenes, muchos de los cuales ya he nombrado, jóvenes que no se doblegan frente a la realidad, ni se rinden frente a la adversidad. Aquello que han emprendido, empresa de la cual yo soy el principal usufructuario, constituye la realización de otro de los "sueños dorados" de mi juventud. Ellos han tomado este libro, ya viejo, para remozarlo. Mi agradecimiento por ello.

Precisamente porque todos estos jóvenes —a su manera—cumplen gran parte de mis ideales juveniles, más que desearles éxito quiero

que ellos triunfen, pues representan, en un mundo en cambio, que ya les pertenece a ellos —y ha dejado de pertenecerle a la generación de la que formo parte—, una buena parte de la esperanza depositada en un sistema de vida más humano, más digno y más equitativo. Como lo dijera al prologar la edición originaria, de ellos espero, a la vez que un trato piadoso, un espíritu crítico vigoroso y tesonero, con las antenas intelectuales orientadas hacia el mundo futuro, para que él permita un desarrollo igualitario y digno de la vida de todos, y no sea tan sólo una ecuación del mercado.

Julio B. J. Maier

Buenos Aires, julio de 1995

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO (A LA PRIMERA EDICIÓN) I

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN IX

CAPÍTULO I

EL DERECHO PROCESAL PENAL Y SU INSERCIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO

§ 1. EL ORDEN JURÍDICO 3
A. Concepto 5
B. Contenido formal 7
1. El problema en la literatura jurídica (teoría general del Derecho) 7
a) La norma jurídica 7
b) La norma individual 13
2. La norma jurídica como unidad elemental del orden jurídico 14
a) El plano de las normas 14
I. Ubicación del problema 15
II. Función motivante o de cálculo (*ex ante*) 17
III. Función crítica (*ex post*) 20
b) El destinatario de la norma 24
c) El grado de generalidad de las normas 27
d) La "norma individual" 28
e) Diferentes clases de normas 36
C. Vigencia 44
1. Los distintos criterios 45
2. La utilización de los distintos criterios en el ejemplo de KELSEN 52
3. La ubicación real del problema y los límites del pensamiento jurídico 58
D. Resumen y conclusiones 64

§ 2. EL DERECHO PROCESAL PENAL 73
A. Concepto y contenido 75
B. Función 83
1. Función material 84
a) Realización del Derecho penal material 84
b) Protección personal 89
c) Recomposición de la paz y seguridad jurídicas 91
2. Función formal 93

C. Caracteres 95
1. Derecho público 95
a) Clasificación tradicional 95
b) Reflexión crítica 97
c) Conclusiones 100
2. Derecho interno y local 103
3. Derecho formal o adjetivo 106
a) Distinción clásica 106
b) Otras distinciones 110
c) Distinción fundamental 114
D. Fuentes 120
1. La ley 121
2. La jurisprudencia 128
a) Concepto y función 128
b) La llamada jurisprudencia obligatoria 132
3. La costumbre 138
4. La doctrina 141

§ 3. El Derecho procesal penal y su vinculación con otras ramas jurídicas 143
A. Derecho procesal penal y Derecho penal 145
1. La unidad político-criminal 145
2. La repercusión del Derecho penal en el Derecho procesal penal 149
3. La repercusión del Derecho procesal penal en el Derecho penal 154
B. Derecho procesal penal y Derecho público (constitucional, político y administrativo) 160
1. El Derecho penal como creador y regulador del poder penal del Estado 160
2. La Constitución del Estado y el Derecho procesal penal 162
3. La organización judicial 165
C. Derecho procesal penal y Derecho procesal (especialmente Derecho procesal civil) 166
1. Los puntos de contacto 166
2. Las diferencias principales 170
D. Derecho procesal penal y Derecho privado 178
1. Derecho civil 178
2. Derecho comercial 182
E. Derecho procesal penal y otras ramas jurídicas 182
1. Derecho público provincial 182
2. Derecho internacional 183

§ 4. La ley procesal penal 191
A. Introducción 193
B. Interpretación de la ley procesal penal 198

1. Concepto y necesidad 198
2. Los principios formales que rigen la interpretación 206
a) Plenitud del orden jurídico 209
b) Coherencia del orden jurídico 217
3. Los principios materiales que rigen la interpretación ... 227
4. Los llamados "métodos" de interpretación 230
5. Las formas de la interpretación 238
C. Aplicación de la ley procesal penal 242
1. Conflicto entre leyes de vigencia simultánea 243
2. Conflicto entre leyes de vigencia sucesiva 245
3. Exclusión personal de la ley procesal penal 248

CAPÍTULO II

EL DERECHO PROCESAL PENAL COMO FENÓMENO CULTURAL

§ 5. EL DERECHO PROCESAL PENAL Y SU INSERCIÓN EN LA HISTORIA POLÍTICA 257
A. Necesidad del estudio histórico político 259
B. El Derecho germano y su sistema acusatorio privado 264
1. El Derecho germano antiguo 264
2. El período franco 267
3. La Alta Edad Media 267
4. Caracterización 268
C. Los Derechos griego y romano y su sistema acusatorio popular 269
1. Grecia 269
a) Descripción del sistema 269
b) Caracterización 272
2. Roma 272
a) La *cognitio* y la *provocatio ad populum* 274
b) Los comicios y la *quaestio, accusatio* o *iudicium publicum* 275
c) La *cognitio extra ordinem* 284
D. La Inquisición 288
1. Presupuestos histórico-políticos 288
2. El Derecho canónico 290
a) Los orígenes de la expansión de la jurisdicción de la Iglesia 290
b) El enjuiciamiento penal canónico 291
3. La recepción del Derecho romano-canónico en la legislación laica de Europa continental 295
4. Las Partidas y el Derecho inquisitivo español 300
a) Las Partidas 300
b) El Tribunal del Santo Oficio o de la Inquisición y la Santa Hermandad 301
c) La Nueva y la Novísima Recopilación 302
5. La Carolina y el Derecho inquisitivo alemán 305

6. La Ordenanza criminal francesa de 1670 y el Derecho inquisitivo francés 309
7. Italia 323
8. La Inquisición en América 328
E. La reforma del sistema inquisitivo 334
1. El Iluminismo y el Derecho penal 334
2. Las leyes procesales penales de la Revolución Francesa . 340
3. El Código de instrucción criminal francés de 1808 351
4. La reforma procesal penal del siglo XIX en Europa continental 361
F. El siglo XX y la actualidad 367
1. La política criminal 369
2. Los principales problemas actuales de la política criminal 371
a) Las formas de reacción penal 371
b) La limitación de los comportamientos punibles 375
c) La incriminación de nuevos comportamientos y el reclamo de eficacia en su persecución 376
3. Las proposiciones en el enjuiciamiento penal 377
a) El encarcelamiento preventivo y las medidas de coerción personal del imputado 378
b) La cesura del debate y la decisión 382
c) La introducción del principio de oportunidad 385
d) Las magistraturas penales especializadas 388
e) Aproximación formal al principio acusatorio 389
G. Derecho procesal penal argentino 391
1. La emancipación e independencia 391
2. Disolución nacional, guerra y tiranía 395
3. La Constitución nacional 397
4. Las primeras leyes y proyectos 402
5. El Código nacional de 1889 405
6. La época intermedia: los códigos de las provincias de Buenos Aires y San Luis 412
7. La reforma procesal penal: el CPP Córdoba y los llamados "códigos modernos" 415
8. La reforma de la legislación nacional 424
a) Antecedentes 424
b) El proyecto de 1986 427
c) El nuevo CPP Nación 433
9. Los nuevos códigos: Córdoba y Tucumán 436
H. Resumen 442
1. Sistemas de enjuiciamiento penal 443
a) Acusatorio 443
b) Inquisitivo 446
c) La reforma del sistema inquisitivo o el nacimiento del sistema mixto 449

2. El siglo XX 454
a) La consolidación de los derechos humanos 454
b) La política criminal 455
3. Derecho procesal penal argentino 460

§ 6. Los fundamentos constitucionales del Derecho procesal penal argentino (Principios relativos al procedimiento) 469
A. El poder penal del Estado: límites y organización 471
B. Juicio previo (*nulla poena sine iuditio*) 478
1. La sentencia judicial de condena como fundamento de la actuación del poder penal material del Estado (la pena) 478
2. El proceso legal previo (*nulla poena sine processu*) 488
C. Inocencia 490
1. Concepto 490
2. Repercusiones 494
a) *In dubio pro reo* 494
b) *Onus probandi* 505
c) El trato de inocente y la coerción procesal 510
D. Defensa 539
1. Antecedentes, concepto y alcance 539
2. Derecho a ser oído (contradicción) 552
a) Concepto 552
b) Imputación necesaria 553
c) Conocimiento de la imputación 559
d) Audiencia 562
e) Correlación entre la imputación y el fallo 568
f) Probar y controlar la prueba 577
3. Igualdad de posiciones 577
a) El poder del Estado 577
b) La posición de los órganos de persecución penal del Estado 581
c) La defensa técnica 583
d) Facultades defensivas 584
4. Otras derivaciones 590
a) Inadmisibilidad de la "*reformatio in peius*" 590
b) Inadmisibilidad del juicio contra ausentes 594
c) Incoercibilidad del imputado como órgano de prueba 595
E. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) 595
1. Antecedentes, concepto y alcance 595
2. ¿Cuándo existe persecución penal múltiple? 603
a) Requisitos generales 603
b) Identidad personal 603
c) Identidad objetiva 606
d) Límites para la aplicación del principio 623

3. Remedios 631
4. Recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio y múltiple persecución 632
5. Reincidencia y múltiple persecución 640
F. Publicidad y oralidad del juicio penal 647
1. Ubicación del problema 647
2. Nuestro verdadero sistema 653
3. Consecuencias 656
G. Límites formales para la averiguación de la verdad 663
1. Concepto 663
2. El imputado como órgano de prueba 664
3. Supresión de los tormentos 675
4. Protección del domicilio, las comunicaciones y los papeles privados 679
a) Antecedentes 679
b) Alcance 680
c) El valor del consentimiento 685
d) La correspondencia y las comunicaciones 694
5. Las llamadas "prohibiciones probatorias" 695
H. Posibilidad de impugnar la sentencia de condena 705
1. El recurso como medio de control funcional 705
2. El recurso como garantía procesal 708
3. La legislación procesal penal y sus inconsecuencias 717
a) El problema del recurso idóneo para hacer valer la garantía 717
b) El problema de la admisibilidad del recurso 726
4. Conclusión 732

§ 7. Los fundamentos constitucionales del Derecho procesal penal argentino (Principios relativos a la organización judicial) 735
A. Introducción 737
B. Imparcialidad de los jueces 739
1. La imparcialidad como elemento de la definición del "juez" 739
2. La independencia judicial 743
3. Imparcialidad frente al caso 752
4. El juez natural 763
C. Juicio por jurados 775
D. ¿Única o doble instancia? 793
E. Organización judicial federativa 804

§ 8. Principios políticos del Derecho procesal penal argentino 809
A. Introducción 811
B. La función penal del Estado 813
1. El Derecho penal como poder del Estado para el control social 813
2. El proceso penal como obra estatal (estatalidad u oficialidad) 816

C. La persecución penal oficial (oficialidad) 825
1. Monopolio persecutorio del Estado 825
2. Legalidad 828
3. Oportunidad 834
D. La averiguación de la verdad como meta del procedimiento penal (principio de la verdad real o material) 841
1. Concepto de verdad 841
2. La verdad como objetivo del procedimiento 852
3. Los medios y métodos para averiguar la verdad 858
a) Concepto de prueba 858
b) Los principios que rigen la prueba penal 859
c) Las formas procesales auxiliares 877
4. Criterio de solución de casos inciertos 879

BIBLIOGRAFÍA GENERAL 883

ÍNDICE TEMÁTICO 909

AA.VV.	Autores varios
ADLA	Anales de la legislación argentina
art.	artículo
CADH	Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
cap.	capítulo
CC	Código Civil
cc.	concordantes
CCC	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal
cf.	confróntese
CFed.	Cámara Federal (para su identificación, la abreviatura va seguida del nombre del lugar de la sede)
cfme.	conforme
cit.	citada/citado
CN	Constitución nacional
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código procesal civil y comercial o de procedimientos civiles y comerciales (se identifica con el nombre de la provincia o Estado que lo sancionó)
CPCC	Código procesal civil y comercial de la Nación
CPCrim. nacional	Código de procedimientos en lo criminal nacional
CPDHyLF	Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo)
CPP	Código procesal penal o de procedimientos penales (se identifica con el nombre de la provincia o Estado que lo sancionó o, si se trata de la Nación Argentina, con la palabra Nación, que sigue a la abreviatura)
CS o CSN	Corte Suprema de Justicia de la Nación

DADH	Declaración americana de los derechos y los deberes del hombre
DUDH	Declaración universal de derechos humanos
ED	Revista jurídica "El Derecho"
Ed.	Editorial o edición de
ed.	edición
EE.UU.	Estados Unidos de América
Fallos	Colección de sentencias de un tribunal que se identifica con las abreviaturas aquí aclaradas o con su nombre completo
inc.	inciso
JA	Revista jurídica "Jurisprudencia Argentina"
LL	Revista jurídica "La Ley"
nº	número
OPP Alemania	Ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania
p./ps.	página/páginas
PIDCyP	Pacto internacional de derechos civiles y políticos
por ej.	por ejemplo
Pr.	Proyecto
Reg. JN	Reglamento de la Justicia Nacional, dictado por la Corte Suprema de la Nación
Reg.	Reglamento
RFA	República Federal de Alemania
s./ss.	siguiente/siguientes
t.	tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
tít.	título
tr.	traducción
TS	Tribunal Superior (se identifica con el nombre de la provincia o del Estado al que pertenece)
v.	ver o véase
vol.	volumen



Capítulo Primero

El Derecho procesal penal
y su inserción en el orden jurídico

Parágrafo Primero
El orden jurídico

§1

BIBLIOGRAFÍA:

ALCHOURRÓN, Carlos E.-BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de Derecho*. CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho procesal civil*. CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*; *Sobre los límites del lenguaje normativo*. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Modelle normativer Geltung*. GOLDSCHMIDT, James, *Derecho justicial material*. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*. HARTMANN, Nicolai, *Möglichkeit und Wirklichkeit*, 3ª ed.; *Zur Grundlegung der Ontologie*, 4ª ed. KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, (versión castellana de E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés, *Teoría de las normas*). KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed.; *Reine Rechtslehre*, 1ª ed.; *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. MAIER, Julio B. J., *Función normativa de la nulidad*. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*. OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho (la estructura del ordenamiento jurídico)*. ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*; *Lógica de las normas*; *Sobre el Derecho y la justicia*. SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*; *La interpretación de la ley*; *La llamada norma individual*; *Los valores jurídicos*. THON, August, *Rechtsnorm und subjektives Recht*. VERNENGO, Roberto J., *Curso de Teoría general del Derecho*. VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción (una investigación lógica)*. WELZEL, Hans, *Die Frage nach der Rechtsgeltung*; *Macht und Recht*; *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed.

A. CONCEPTO

¿Por qué, cuando se inicia una obra jurídica, es frecuente, si no es el caso de una regla general, que se comience por el punto de partida de los puntos de partida: explicando el *concepto del Derecho* para el autor, vale decir, la definición de lo que es el objeto general de su estudio? Algo similar sucede, por ejemplo, con los programas académicos. No ocurre lo mismo, en cambio, en otras ciencias, especialmente en las empíricas, que, al tratar temas específicos, suelen comenzar por un punto de partida reconocido como tal, para desarrollar, de allí en adelante, la explicación específica.

El tema, en realidad, no compete a la ciencia jurídica positiva, es decir, a los juristas; su misión consiste en reelaborar o reformular un sistema jurídico cuya base está constituida por la zona del Derecho que se proponen explicar; corresponde, en cambio, a la *filosofía jurídica* o a la *teoría general del Derecho*, ramas del conocimiento que, a pesar de haberlo abordado recurrentemente, no han conseguido establecer un punto de partida firme o, cuando menos, algunos puntos de partida racionales, convencionalmente admitidos, que permitan, desde allí, elaborar con rigor lógico, intrasistemáticamente, el área particular del Derecho que se pretende abarcar[1].

[1] Cf. HART, *El concepto de Derecho*, ps. 1 y ss.; ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 6.

Puede observarse que los conceptos fundamentales del Derecho —entre ellos lo que el Derecho *es*, su naturaleza como objeto de conocimiento, la vigencia o validez de sus reglas, su contenido, etc.— son objeto de una permanente y eterna discusión, suscitando soluciones muy diversas: desde la afirmación de un *Derecho natural*, con variado fundamento y contenido, condicionante de la validez de las reglas de Derecho positivo —que, intuitivamente, reconocemos como Derecho—, pasando por la afirmación del *Derecho positivo*, cuyo reconocimiento también depende de diversos puntos de vista y fundamentos, hasta llegar al *realismo jurídico*, con vertientes y modelos diferentes, que ha llegado a negar, algunas veces, como objeto de la ciencia jurídica, aquello que tradicionalmente reconocemos como su objeto y como contenido del Derecho[2]. Se utilizan también, en toda obra jurídica, conceptos como *deber*, *sanción*, *derecho* en sentido subjetivo, *potestad* o *facultad*, *consecuencia jurídica*, *validez* o *vigencia* e *invalidez* o *nulidad*, etc., que distan de haber logrado una definición universal aceptada genéricamente, a pesar de su uso común por juristas y neófitos, y cuya definición previa a su empleo sería necesaria. Esta es, quizás, una de las razones del modo de proceder que apuntamos: la necesidad de afirmar o, mejor dicho, confesar el punto de partida que se adopta en la obra, por más que, incluso por dificultades de conocimiento, espacio y tema, esas explicaciones resulten, a menudo, insuficientes.

El Derecho es, por lo demás, un producto cultural, esto es, un resultado de la actividad humana, y, como tal, depende, en definitiva, de puntos de vista ideológicos o políticos (con lo que ya estoy confesando, *a priori* y sin fundamentos, una de mis creencias y puntos de partida). Es comprensible y plausible que un autor confiese de entrada su punto de vista ideológico y éste es el segundo motivo del fenómeno que anotamos.

No nos será posible aquí develar todas las incógnitas que presentamos por las limitaciones propias de la obra e, incluso, por limitaciones personales, pero intentaremos presentar, resumidamente, los puntos de vista que nos servirán de base para nuestra explicación posterior.

[2] OLIVECRONA, *El Derecho como hecho*, presenta una buena síntesis de las diversas teorías jurídicas y la solución de sus problemas básicos.

Es usual definir el *orden jurídico* (o el ordenamiento jurídico) como un *conjunto de normas vigentes en un tiempo y lugar determinados*[3]. Tal definición, sin embargo, no siempre va acompañada de una reflexión mínima acerca de sus términos, de manera tal que nos permita comprender el significado de aquello que, exactamente, quiere mentar. La definición hace referencia a un contenido (*normas*) y a una cualidad de ese contenido (la de ser *vigente*) y es la determinación de esos conceptos, precisamente, lo que ha dado lugar al análisis y a la discusión permanentes en la teoría general del Derecho y en la filosofía jurídica[4], discusión que, a pesar de ocupar ya bibliotecas enteras, arriba a soluciones tan disímiles entre sí que, como lo observamos, no permiten al jurista partir de un punto inicial firme, sin resolver previamente la cuestión, aun cuando deficientemente. Por lo demás, estos problemas, pese a su separación conceptual, se presentan como entrelazados, de modo que la solución de uno influye y hasta, en ocasiones, determina la del otro.

Nosotros pretendemos aquí ocuparnos brevemente de ambos problemas para que el lector conozca, desde un comienzo, nuestro punto de vista particular sobre el objeto de estudio, aunque de ninguna manera el intento signifique agotar el tema o dar soluciones con propósitos polémicos respecto de estudios específicos.

B. CONTENIDO FORMAL

1. El problema en la literatura jurídica (teoría general del Derecho)

a) La norma jurídica

Si eliminamos del discurso el *realismo extremo*[5], cuyo escepticismo ante las normas conduce a su llana negación, el significado o el sentido con el que se utiliza la palabra *norma* por los juristas no sólo no es claro, sino que, antes bien, un examen de los significados posibles resulta agobiante y casi siempre conduce a confusiones[6]. Los juristas,

[3] Cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, ps. 103 y ss. y 121.

[4] Cf. HART, *El concepto de Derecho*, ps. I y siguientes.

[5] Para una exposición crítica de la teoría, cf.: SOLER, *Las palabras de la ley*, caps. VIII, IX y X, ps. 72 y ss.; HART, *El concepto de Derecho*, cap. VII-2, ps. 169 y ss., obras donde también se cita abundante bibliografía sobre esta corriente de pensamiento; cf. también ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 43 (ver su nota nº 14), sobre el realismo norteamericano.

[6] Una exposición primaria de los diversos sentidos en los que se usa la palabra "norma", en KAUFMANN, A., *Normentheorie* (versión castellana de Bacigalupo-Garzón Valdés, *Teoría de las normas*, p. 36).

a menudo, no asumen esta cuestión cuando definen o aceptan la definición de Derecho como "conjunto de normas jurídicas" con una propiedad característica, con lo cual la definición resulta hueca, porque nada se dice acerca de las palabras que la integran o de lo que ellas representan. Para evitar confusiones podrían utilizarse otras palabras similares como "regla", "estándar", etc., pero, como se observará, ello no simplifica el problema, entre otros motivos, porque él no reside en la ambigüedad de las palabras que, por supuesto, existe, sino en la descripción misma del contenido del Derecho o en la forma de encarar su objeto.

Dos teorías jurídicas de la máxima importancia, la *Teoría de los imperativos (Imperativtheorie)* y la *Teoría pura del Derecho (Reine Rechtslehre)*, que pretendieron aclarar el funcionamiento de todo el sistema jurídico, reservaron el concepto de *norma jurídica* para los mandatos y las prohibiciones, ya por la argumentación lógico-sistemática de que la reconstrucción de la estructura de la norma jurídica tiene en su base la sanción o porque, aun prescindiendo de la sanción, su significado es una orden, un imperativo[7]. Pero como resulta evidente que el Derecho no sólo contiene reglas que imponen deberes —haz esto, no hagas aquello—, ambas teorías debieron explicar el fenómeno para satisfacer sus propias conclusiones. Así, la teoría de los imperativos afirmó que todas las reglas jurídicas no formuladas imperativamente —o en formas lingüísticas de naturaleza similar— sólo cobran significado en conexión con imperativos, porque ellas regulan "el poder de crear los presupuestos para el nacimiento o la desaparición de los imperativos estatales" o "determinan las condiciones predispuestas para la aparición o el final de ciertos imperativos"[8] o "niegan total o parcialmente un mandato o una prohibición presupuestos idealmente"[9]; por ej., una clase de reglas que por su estructura, significado y función, no pueden asimilarse a un imperativo, pero cuya presencia independiente es imposible de pensar sin la existencia de un imperativo.

[7] He intentado una exposición crítica de estas teorías, en especial de la teoría pura en los §§ 1 y 2 de mi libro *Función normativa de la nulidad*, ps. 1 y ss. Aquí no podré repetir un examen exhaustivo por lo que remito a ese estudio.

[8] THON, *Rechtsnorm*, ps. 8, 12, 13 y 345 y ss.; citas textuales de ps. 338 y 346.

[9] BIERLING, *Grundbegriffe*, II, ps. 7 a 21; cita textual de p. 18.

Este embudo "monista" es también característico de la teoría pura[10], al afirmar que todas las normas jurídicas establecen presupuestos (condiciones) de la voluntad estatal para imponer la pena o la ejecución forzada (sanción). "... la regla jurídica [*Rechtssatz*] debe ser reconstruida desde el contenido de las leyes, y las partes componentes que son necesarias para su construcción no se encuentran, permanentemente, todas en la misma ley, sino que deben ser seleccionadas y agrupadas de varias de ellas", pero "sólo en conexión con esas sanciones las disposiciones de las leyes penales y civiles llegan a ser partes componentes del orden jurídico, sólo la relación con una de las sanciones señaladas hace de una disposición de estas codificaciones parte componente de una regla jurídica [*Rechtssatz*], esto es, una norma que impone deberes a los súbditos" y, consecuentemente, "la esencia del orden jurídico consiste en su *imposición de deberes*. Regla jurídica [*Rechtssatz*] puede ser sólo una regla que imponga deberes"[11].

Para ser justo, sin embargo, debe aclararse que alguno de los exponentes de la *teoría de los imperativos* y también Hans KELSEN, en la segunda edición de su *Teoría pura del Derecho*, no afirmaron tan rigurosamente esa conclusión. Pero no hay duda de que para estos autores subsiste la afirmación de que las reglas jurídicas que no proponen un imperativo o se refieren directamente a una sanción, o bien tienen menor importancia o sólo la tienen por su relación con un mandato o una prohibición, es decir, con una norma que impone un deber. "La amplia apertura de la teoría de los imperativos no impedirá seguramente en lo más mínimo que las normas que representan una orden [*Befehlsnormen*] sean de fundamental importancia para el concepto de Derecho y, por el contrario, las normas que representan una promesa [*Versprechensnormen*] no tengan la misma importancia; v. gr., que las órdenes pertenezcan al inventario imprescindible del orden jurídico y las promesas sólo al posible"[12]. "También las normas

[10] Cf. KELSEN, *Hauptprobleme*, 2ª ed., ps. 227, 228 y 236 y ss.; *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., ps. 25 y ss.; 2ª ed., ps. 45 a 59; KAUFMANN, F., *Logik*, ps. 89 y siguientes.

[11] Citas traducidas por mí, en orden de transcripción: KELSEN, *Hauptprobleme*, ps. 237, 238 y 240, nota nº 1. He consignado entre paréntesis la palabra alemana *Rechtssatz* después de traducirla por "regla jurídica", porque en los *Hauptprobleme* es dudoso lo que ella significa exactamente. Se tiene la impresión de su sinonimia con "norma" o "norma jurídica" (*Norm-Rechtsnorm*) que KELSEN también utiliza, pero él mismo ha aclarado posteriormente que su valor es el de proposición jurídica (*General theory of law and State*, parte 1ª, D, *a*, p. 45), en el sentido de la afirmación (*Aussage*) que alguien hace sobre la existencia de una norma.

[12] Cf. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, ps. 1 y ss. y 204; cita de p. 214.

jurídicas que conceden la potestad de realizar un comportamiento determinado son normas dependientes, siempre que por 'potestad' se entienda: conceder a un individuo un poder jurídico, esto es, conceder el poder de crear normas jurídicas. Pues ellas determinan sólo una de las condiciones a la cual se liga —en una norma independiente— el acto coactivo"[13]. Se observa que, incluso, no es claro que la teoría pura dé cabida aun como "normas dependientes" a todas las reglas de un orden jurídico que representan un poder o potestad (*Ermächtigunssatze*); si excluimos las llamadas "normas de competencia", que atribuyen a alguien el poder de crear otras normas jurídicas, generales o individuales según la terminología de la teoría pura, salen del esquema las reglas que informan sobre el valor de una acción en el mundo jurídico; por ej., aquella que regula la interposición de un recurso, de modo que no todos los contenidos posibles están representados en ese examen.

Ese *monismo normativo* extremo ha sido discutido ya desde antaño. Como ejemplo —terminología aparte— valgan las palabras de Adolf MERKEL y de Karl BINDING, quienes atacaron enérgicamente la teoría de los imperativos de THON. Ha dicho MERKEL "que ella no se corresponde con la *doble faz del Derecho*, por medio de la cual él funda de ordinario, en la conformación de las relaciones de vida, de un lado un deber [*Sollen*] o un tener que [*Müssen*] y por el otro un ser permitido [*Dürfen*] o un poder [*Können*], y de tal manera une en sí las funciones de mandar y vincular con las de permitir y conceder. El significado propio del permitir [*Dürfen*] en el ámbito del Derecho no se deja deducir, sin más, desde el concepto del mandato (o prohibición) o del deber [*Sollen*]..."[14]. Por su parte, BINDING niega "el dominio exclusivo de la norma" (expresión utilizada en el sentido de reglas jurídicas que estatuyen mandatos o prohibiciones) y expresa a continuación (refiriéndose a THON) "la incorrección de las ideas fundamentales": "su mirada escudriñadora, en virtud de la capacidad de descubrir normas a lo lejos, ha perdido finalmente el don de ver reglas jurídicas de autorización en la proximidad inmediata"; "¡tal *traslado del centro de gravedad* del lado positivo del Derecho al negativo no es sano!"[15].

[13] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., ps. 15, 16, 55 a 59 y 73; cita textual en p. 57.

[14] MERKEL, *Rechtsnorm*, ps. 376 a 378; cita en p. 376.

[15] BINDING, *Zu Thon*, ps. 522 y ss.; cita de p. 533 (la cursiva es nuestra); *Die Normen*, ps. 101 y ss., § 15-2.

Modernamente, Armin KAUFMANN ha retomado la posición de BINDING, según la cual el derecho de propiedad o la posesión existen antes de que hayan sido lesionados. KAUFMANN reconoce el carácter de reglas jurídicas, al lado de las normas (juicios de valor sobre un acto), a los juicios de valor genéricos[16] y se pregunta: ¿Qué es lo primario, la protección del goce de un bien jurídico o el bien jurídico mismo? Y el resultado final del examen sobre aquellos juicios de valor —en los cuales anidan tanto las reglas distributivas (que sirven a la distribución de bienes y a la modificación de tal distribución), como las reglas de competencia u organizativas y los derechos subjetivos— que desemboca siempre en normas, en el sentido de mandatos y prohibiciones, parece haber logrado un giro de 180° sobre las afirmaciones de las que partimos (todas las demás reglas son reducibles a mandatos y prohibiciones): ahora son ellos, los mandatos y las prohibiciones, antes reglas primarias e independientes, las que surgen de una constelación de otras reglas jurídicas de distinta función; ahora los juicios de valor, comprensivos de las reglas jurídicas ya señaladas, "están antepuestos a los juicios de valor sobre actos" (mandatos y prohibiciones), son "fundamento de las normas" (en el sentido señalado); éstas, entonces, no existirían sin ellos; por tanto, los mandatos y las prohibiciones aparecen aquí como *dependientes*[17].

[16] KAUFMANN, A., *Normentheorie*, cap. 5, B, II, *b*, ps. 261 a 264.

[17] KAUFMANN, A., *Normentheorie*, p. 27: "No hay juicios jurídicos de valor, v. gr., reglas jurídicas, sobre los cuales no se erijan —directa o indirectamente— *normas de acción*". Para comprender el análisis de Armin KAUFMANN es preciso saber que él concibe a los juicios de valor sobre bienes jurídicos, sobre sucesos y sobre actos humanos (en esa sucesión como primer, segundo y tercer escalón valorativos) como reglas jurídicas ("De todo ello se sigue que los juicios de valor jurídicos son reglas jurídicas por la misma razón y de la misma manera que también lo son las normas" —p. 262—) que "tienen que preceder a las normas por necesidad lógico-objetiva" (p. 261), aunque compartan el mismo objeto ("1. A cada norma le precede un juicio de valor. 2. Este juicio de valor y la norma tienen el mismo objeto. 3. Las normas están construidas a partir de juicios de valor sobre actos" —p. 77, *c*, donde resume su examen del problema—). El esquema se completa cuando sostiene que las reglas distributivas, tanto estáticas (aquellas que adjudican un bien a un sujeto: "La adjudicación del objeto b al sujeto A es adecuada al derecho" —p. 265—) como dinámicas (aquellas que permiten que en ese orden de adjudicación sea modificado, ya por determinación voluntaria de los sujetos de derecho, el negocio jurídico, o por nueva distribución de la ley según otros criterios de adjudicación), las reglas organizativas o de competencia y los derechos subjetivos pertenecen a la esfera de los juicios de valor: a) "En estas reglas, que ponen en conexión valores objetivos con personas (naturales o jurídicas), se trata de juicios de valor" (p. 264); b) "Pero cuando hablamos de 'normas organizativas' —refiriéndose a BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*—se trata sólo de un sector parcial de la gran zona de los juicios de valor, que preceden a cada norma" (p. 268); y c) "En el ámbito de los juicios de valor tienen también su lugar los derechos subjetivos" (p. 268). Resta sólo aclarar que en la terminología de KAUFMANN "regla jurídica" (*Rechtssatz*) es el género que abarca tanto los juicios de valor como las normas —ambas reglas jurídicas—, en tanto las normas, según se dijo, se reservan como expresión de los mandatos y de las prohibiciones.

Pensadores modernos y procedentes de otros sistemas jurídicos también han encontrado estrecho el concepto de Derecho que proporcionan la teoría de los imperativos y la teoría pura, reconociendo como contenido del Derecho algo más que mandatos y prohibiciones (reglas de deber), aunque el alcance de su crítica pueda diferir. El estudio más completo, a nuestro juicio, pertenece a H. L. A. HART, quien no concibe un sistema jurídico sin normas con amenazas de sanciones (primarias), pero encuentra, en los complicados sistemas actuales, otras normas con diferente función (secundarias), cuya finalidad consiste en conceder potestades jurídicas tanto públicas como privadas[18]. También Alf ROSS divide a las normas jurídicas "en dos grupos, según su contenido inmediato: normas de conducta y normas de competencia". "El primer grupo incluye aquellas normas que prescriben una cierta línea de acción". "El segundo grupo contiene aquellas normas que crean una competencia (poder, autoridad)"[19]. Entre nosotros, Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, al definir "el *sistema jurídico* como el sistema normativo que tiene enunciados prescriptivos de sanciones, es decir, entre cuyas consecuencias hay normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo", reconocen que no debe exigirse "que cada una de las normas jurídicas contenga una sanción, pero se requiere que el orden jurídico tenga sanciones"[20], y distinguen luego la serie de enunciados normativos de distinto tipo y de enunciados no normativos que integran un orden jurídico[21].

[18] HART, *El concepto de Derecho*, caps. II, III y V, ps. 23 y ss., ps. 99 y siguientes.

[19] ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 32.

[20] ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, p. 106 (cursiva nuestra). La afirmación de que un sistema jurídico debe, necesariamente, contener sanciones puede discutirse. Hay sistemas jurídicos embrionarios, como el llamado Derecho internacional público —en sentido estricto, interestatal— que ofrece hoy un ejemplo de existencia sobre la base de reglas que confieren potestades —o "normas de competencia"—, mientras su "Derecho de sanciones", por llamarlo de alguna manera, es muy incipiente, o no existe o carece de significado y eficacia. La definición de los autores citados limita la utilización del nombre de sistema u orden jurídicos porque parte de un sistema complejo, característico en los órdenes jurídicos nacionales modernos. No se trata aquí de discutir si el Derecho internacional *es* Derecho o constituye un *sistema jurídico* más o menos completo, más o menos primitivo, sino sólo de aclarar un caso extremo, a manera de ejemplo, que verifica que el punto central de la discusión sobre el particular lo representa la llamada fuerza *obligatoria* del orden jurídico, de la que parece carecer el Derecho internacional público, en comparación con el mismo fenómeno jurídico en los Derechos nacionales, mientras que las reglas potestativas, pese a esa primitiva noción de obligación, parecen funcionar normalmente y constituir el meollo que permite la comparación con los Derechos estatales.

Lo propio de un sistema jurídico consiste en la inclusión de consecuencias jurídicas para sus reglas; el carácter de estas consecuencias, sanciones o premios, constituye un problema cultural y de contenido político. No es impensable la conversión de un Derecho de sanciones en un Derecho premial, con lo cual todas sus reglas se transforman, automáticamente, en facultades.

[21] Cf. NINO, *Introducción*, cap. II, ps. 63 y ss., donde se hace un excelente análisis del problema aquí estudiado.

b) La norma individual

La afirmación de la existencia de *normas individuales* o *singulares* (por oposición a las "generales" de las que antes hablamos), como integrantes del orden jurídico, agrega el segundo problema con el que nos enfrentamos al describir el contenido de un sistema jurídico. Sintéticamente definida, la afirmación consiste en sostener que los actos de aplicación del Derecho —en especial las sentencias judiciales, pero también las decisiones de otros funcionarios que según reglas de competencia cumplen la misma función— constituyen normas —individuales— vinculantes (órdenes coactivas), ya para el ejecutor, ya para las personas a las que las decisiones se refieren. Como siempre, la fundamentación más completa de esta afirmación pertenece a KELSEN y su *Teoría pura del Derecho*, cuando observa el Derecho funcionando, aquello que él llama "dinámica jurídica"[22].

La idea de un Derecho cuyo contenido son órdenes coactivas, o la más elaborada que define la unidad que lo compone —la norma— como expresión de la voluntad vinculante del Estado sobre su propia acción, cuyo objetivo es sancionar[23], esto es, la concepción del Derecho como Derecho de la sanción, condujo necesariamente a afirmar que la decisión por la que se aplica el Derecho integra el orden jurídico o es un eslabón de él: se trata de una norma individual cuyo proceso fundante requería también definir el Derecho como *Derecho de funcionarios*, destinatarios directos de las normas jurídicas, afirmar la *naturaleza constitutiva de toda decisión judicial*[24] y *de los actos de aplicación del Derecho*, creadores de normas, y describir la operación de *interpretar la ley como acto políticamente libre de afirmación de la voluntad normativa de quien decide*, cualitativamente similar al de legislar, hasta arribar consecuentemente a la afirmación de la *cláusula alternativa*, según la cual toda norma contiene una solución que determina la decisión judicial del caso concreto y, unida indisolublemen-

[22] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., cap. V, ps. 196 y ss.; en especial ps. 239 y ss., nº 35, *f*, *g* y *j*.

[23] Cf. KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 189.

[24] Subraya esta consecuencia necesaria de la idea del Derecho coactivo, KAUFMANN, A., *Normentheorie*, p. 57, nota nº 117, refiriéndose a la teoría egológica de Carlos COSSIO: *"Aquí se conduce y reconstruye la idea del derecho coactivo consecuentemente hasta el final: ¡el injusto no emerge porque se conecta –genéricamente– tal comportamiento con una sanción, sino que el injusto surge sólo cuando –en el caso particular– sigue una sanción a un comportamiento determinado!"*.

te a ella, otra por la cual el tribunal puede apartarse de esa solución, creando la norma individual del caso, única explicación posible —dentro de esa línea de pensamiento— para el fenómeno natural del Derecho que representa la decisión de última instancia[25].

Como se puede intuir, la afirmación de la existencia de normas individuales también ha merecido profundas críticas. Sobresale entre nosotros el excelente estudio de Sebastián SOLER sobre *La llamada norma individual*[26]. Incluso se ha aceptado la utilización extensiva de la expresión "norma" para las "normas singulares", pero reconociendo que no se trata aquí de Derecho vigente y distinguiendo bien ambos conceptos[27].

2. La norma jurídica como unidad elemental del orden jurídico

Hasta aquí hemos expuesto la discusión fundamental acerca del contenido formal de un orden jurídico y los problemas principales que se presentan ante quien intenta describirlo. Sin encarar la crítica exhaustiva de los puntos de vista expuestos (ver nota nº 25), por razones relativas al carácter de la obra, intentaremos reconstituir el contenido formal del Derecho desde la descripción de la unidad elemental con la que se define el concepto del Derecho o de un sistema jurídico. Es preciso aclarar, sin embargo, que la exposición tiene en cuenta siempre las manifestaciones actuales de los órdenes jurídicos nacionales, ya evolucionados, y deja de lado casos extremos relativos a órdenes jurídicos incipientes o embrionarios, como, por ej., el Derecho internacional; la limitación se justifica, cuando menos, por la finalidad de esta obra.

a) El plano de las normas

Según se observará, por ser el Derecho un fenómeno cultural, la única manera de comprender su objeto, es aclarar su sentido, la función práctica (social) que cumple, el fin para el cual existe o es creado.

[25] He seguido y criticado este proceso en *Función normativa de la nulidad*, ps. 13 y ss., § 2.

[26] Cf. SOLER, *Los valores jurídicos*, ps. 223 y ss., nº 19. Puede verse, también, BULYGIN, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, ps. 1307 y siguientes.

[27] Cf. ROSS, *Lógica de las normas*, p. 97.

I. Ubicación del problema

¿Qué fin pretenden cumplir las reglas jurídicas? o, lo que es lo mismo, ¿cuál es la función genérica que puede atribuírseles racionalmente dentro de la organización social?

Una de las contestaciones a este interrogante consiste en responder que el Derecho o las normas que lo integran constituyen un regulador del poder o la fuerza que aplica el gobierno o el aparato estatal que dirige y organiza una sociedad. Es la síntesis del *Derecho coactivo*, que antes presentamos, y su *monismo normativo*, para el cual la norma no es más que la expresión de la voluntad estatal de su propia acción de punir o ejecutar forzosamente cada vez que un súbdito transgrede un deber[28], esto es, lleva a cabo la acción que es condición de la aplicación de la fuerza del Estado. Como se puede apreciar, esta forma de entender la función del Derecho desemboca consecuentemente en la explicación de que el destinatario de las reglas jurídicas es el funcionario que las aplica (no los ciudadanos que integran una sociedad) y de allí, frente a los problemas que presenta la existencia de un último órgano judicial, cuya decisión no puede discutirse (tribunal de última instancia), y la "textura abierta del lenguaje" que emplea el Derecho para expresarse[29], sus sostenedores giran sensiblemente el

[28] Las normas sólo se dirigirían a los súbditos *indirectamente*, pues, al conformar la condición para la acción estatal con la conducta del súbdito, opuesta contradictoriamente al contenido de su prohibición o mandato, aplican una forma *indirecta* para motivar al súbdito. Cf. NINO, *Introducción*, p. 83.

[29] Cf. HART, *El concepto de Derecho*, cap. VII-I, p. 155; CARRIÓ, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 1ª ed., en especial cap. III, ps. 23 y ss. Por "textura abierta del lenguaje" se entiende el fenómeno, típico de todo concepto, de no poder limitar con exactitud su extensión. Frente a una palabra que pretende describir cierta clase de objetos reales y singulares (por ejemplo: vehículo) es claro su núcleo de significado y, con ello, lo excluido por él (fácil resulta incluir, entre los objetos a los que se aplica, a un automóvil que circula por la calle, y excluir al escritorio sobre el que estoy escribiendo). Hay, sin embargo, una zona gris o "de penumbra" en la periferia del núcleo significativo, imposible de determinar con precisión (¿está incluido o excluido del concepto de vehículo un automóvil estacionado sin motor y sin ruedas o el automóvil de juguete de un niño?). Tuve ocasión de decidir como juez, frente a la regla que agrava el hurto cuando su objeto es un vehículo estacionado en la vía pública, un caso del primer tipo: opiné que no era un vehículo porque no cumplía esa función; el tribunal de apelaciones pensó lo contrario y condenó por hurto agravado.

El segundo ejemplo, frente a la regla que prohíbe el ingreso de vehículos en un parque, cf. HART, *El concepto de Derecho*, p. 161; también él tiene referencia jurisprudencial en nuestro país en una sentencia que discute si un triciclo en el que se reparte mercadería es un vehículo.

objeto en estudio para pasar a ocuparse de los actos concretos por los que se ejerce la fuerza del Estado (no de las normas que los regulan), a los que atribuyen cierta "juridicidad" en forma apriorística: de allí la afirmación de la *norma singular*, la *decisión judicial constitutiva*, la *interpretación de las normas como tarea política y creadora* (no gnoseológica) del juez, hasta arribar a la *norma alternativa*, que justifica cualquier solución creada por el juez, aun contraviniendo la solución propuesta por las reglas generales para el caso. Estas exageraciones, sin embargo, pueden evitarse, conservando al Derecho y sus normas como reguladores de la fuerza —al precio de no seguir hasta sus últimas consecuencias con rigor lógico la teoría—, pero aun así, según se observará, se describiría a lo sumo un aspecto parcial y hasta contingente del Derecho[30].

En realidad, la teoría del Derecho coactivo, que KELSEN expone hasta sus últimas consecuencias, contiene un cierto desnivel en la contemplación del orden jurídico, pues una vez lo mira desde el punto de observación de las normas —generales—, para describir su estructura y lo que ellas significan (en estado de reposo: aspecto estático), y otra lo hace desde los actos por los cuales se aplican normas jurídicas (en movimiento: aspecto dinámico)[31].

El doble punto de vista para la contemplación teórica del Derecho no es, en principio, erróneo. Para responder a la pregunta que nos hemos planteado puede observarse al Derecho desde dos posiciones distintas en relación temporal: la primera, a la cual llamaremos *ex ante*, presenta al Derecho antes de que el hombre obre, y para ella el fin del Derecho consiste en servir de parámetro valorativo para la acción (u omisión) humana futura; la segunda, a la cual llamaremos *ex post*, sin excluir la primera, coloca al Derecho después de que la acción (u omisión) humana se ha llevado a cabo, implicando la efectiva función del

30 Decimos contingente pues, aunque no lo practiquemos, puede pensarse en un *Derecho premial*, que opere entregando premios a quienes observen ciertos comportamientos establecidos por el orden jurídico, en lugar de amenazar penas para quienes infringen deberes impuestos por él. De hecho, ciertas porciones del orden jurídico operan de esta forma: premio al empleado que cumple estrictamente el horario impuesto, salario familiar superior para las familias numerosas o premio especial para el nacimiento de un hijo; o lo contrario, premio a las parejas que prescinden de tener hijos o de una familia numerosa, según la política de población que impere. Teóricamente, también se ha pensado en un sistema jurídico que opere de este modo; cf. KELSEN, *Hauptprobleme*, ps. 217 y siguientes.

31 KELSEN-COSSIO, *El Derecho como objeto de la ciencia del Derecho*, ps. 33 y siguientes.

Derecho como medida valorativa para la solución de conflictos sociales ya existentes[32]. Desde los dos puntos de vista, el Derecho sirve a su función, como *medio de control social*, siempre que sea bien entendido[33].

II. Función motivante o de cálculo (ex ante)

En el ámbito de la vida práctica, el hombre, para decidir si obra u omite obrar[34], necesita conocer tanto reglas del mundo físico como del mundo normativo. Si la acción humana (incluyendo la omisión) es comprendida como un proceso con sentido, y no sólo como una mera inervación muscular (o falta de inervación), es claro que ella debe ser programada para que conduzca a la meta deseada. Dando por supuesto el mundo de los conocimientos físicos (también referido a reglas y no a algo singular, concreto o real), la única forma de programar la acción futura, desde el punto de vista normativo, es referirla anticipadamente a reglas —normas— abstractas de comportamiento, cualquiera que sea su fuente: el Derecho escrito o consuetudinario, o aquel que emerge de los precedentes judiciales como fundamento normativo en que se apoyan los fallos de los jueces, sobre lo que aquí todavía no se discute. El Derecho cumple, al lado de otras normas de comportamiento (morales, sociales, religiosas), un papel preponderante, pues sólo por referencia a él se conocerá cuál es el valor y la consecuencia normativa que cabe esperar de la acción. Aun cuando asumamos que se puede obrar con desconocimiento o con conocimiento imperfecto del mundo normativo (lo mismo sucede de ordinario con el conocimiento empírico), la situación ofrecerá un cariz similar —aunque no idéntico— al que se produciría en la misma situación respecto del mundo físico: la programación, al ser errónea o incompleta, fracasará al llevarse a cabo la acción.

No sólo desde el punto de vista estricto de la acción que pretende llevar a cabo el agente es importante esta función de las normas; tam-

[32] Esta forma de ver el problema no es propia: cf. SOLER, *Las palabras de la ley*, cap. VII, p. 66. Algo similar ocurre con la contraposición *sistema del súbdito/sistema del juez* que presentan ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, ps. 208 y ss., con la aclaración de que también el *sistema del juez* puede observarse desde los dos atalayas mencionados; esto significa que también él integra el *sistema del súbdito* y viceversa, según se verá.

[33] Cf. VERNENGO, *Curso*, cap. 4, ps. 167 y siguientes.

[34] VON WRIGHT, *Un ensayo de lógica deóntica*, p. 45.

bién lo es como medio de calcular el comportamiento de los extraños a él. Por ej., cruzamos una calle cuando lo indica la luz verde de paso, pues conocemos que los automóviles que transitan por ella tienen prohibido continuar su marcha, esto es, deben detenerse (luz roja); entregamos el precio de una mercancía con la convicción de que su poseedor nos debe hacer tradición de ella. Se puede discutir el grado de acierto de este cálculo normativo, y no parece posible equipararlo a las reglas de causalidad del mundo físico —que no requieren la aplicación por seres humanos en caso de inobservancia—, pero es imposible afirmar que esta función no existe o es inútil: ordinariamente procedemos con arreglo a ella, aun en los casos menos complejos.

Este conocimiento normativo sólo puede adquirirse por referencia a un concepto[35], esto es, a una abstracción que, con palabras, menta el valor de una acción futura describiendo una *clase* de acciones por sus notas características y diciéndonos si ella está prohibida, mandada o permitida y, en su caso, la consecuencia jurídica que trae aparejada su realización y omisión. La operación no varía porque, a semejanza de las ciencias empíricas, el conocimiento de la regla dependa de la observación de ciertos casos particulares ya acontecidos, por ej., de las sentencias de uno o varios tribunales. La observación nos muestra que, en virtud de esas sentencias, el conducir por la mano izquierda está prohibido y quien lleva a cabo esa acción (infracción a la regla) debe esperar una pena de multa porque, según un criterio particular de reconocer las normas, ésa es la que puede inducirse de lo decidido por uno o varios tribunales, con lo cual, como se observa, la operación no cambia. Si comparamos este procedimiento con el caso, más común para nosotros, de la ley escrita, la única diferencia es, en todo caso, contingente y depende de la respuesta a la pregunta sobre quién está autorizado a sancionar una norma jurídica y cuál es el procedimiento de su creación. Cualquiera que sea el grado de certeza que pueda atribuírsele a ese cálculo, cuyo menor o mayor grado de acierto depende de las condiciones reales en las que se desenvuelve el Derecho en una sociedad determinada (políticas, sociales, económicas, organizativas, etc.), lo cierto es que en ningún caso nos escapamos de la forma abstracta, de la designación general, de la descripción genérica de un tipo de acción, de los conceptos y de las palabras como medio para medir acciones —u omisiones— concre-

35 SOLER, *Las palabras de la ley*, p. 67.

tas y futuras, y que no conocemos otro medio para llevar a cabo esta función; tanto ella como sus defectos parecen ser inherentes a la praxis humana (aplicación humana y característica propia del lenguaje).

Las leyes de aplicación retroactiva proporcionan un ejemplo claro para analizar esta problemática. Nada hay de normativo en la mención de una o varias acciones ya sucedidas, aun mencionándolas genéricamente (en teoría daría lo mismo enumerar todas las acciones concretas que han sucedido); por ej., expresando que quienes concurrieron o dejaron de concurrir a trabajar determinado día, ya pasado, tendrán tal premio o castigo; lo expresamente normativo del ejemplo es la regulación de la conducta futura de quienes deben pagar el salario adicional o descontar algo del salario normal. Aquello que para algunos puede aparecer como regulación de un comportamiento ya ocurrido, no es más que una condición —objetiva— del tipo —necesariamente abstracto— establecido por la regla que designa el deber del pagador.

Normas son así, en principio, patrones de comportamiento (descripción de clases genéricas de acciones u omisiones) que se dirigen al mundo de lo *posible*, vale decir, desde el punto de vista que ahora tratamos, a la voluntad que gobierna las acciones reales o concretas que se desarrollarán en el futuro. Con ello, el mundo normativo y el Derecho como una representación parcial de él, no se ubica en el plano de lo *ideal* absoluto, a la manera de la matemática o la lógica como ciencias puras; se trata, antes bien, de una *ciencia aplicada*, para la cual la praxis humana es lo único importante: la determinación valorativa concreta de acciones —u omisiones— aún no sucedidas, pero factibles de llevarse a cabo en el futuro.

Existe una tensión entre las normas y la realidad, tanto porque aquéllas mencionan clases de acciones con la esperanza de verlas realizadas o no realizadas en el futuro, cuanto porque las acciones individuales que ya se llevaron a cabo portan en sí ciertos signos normativos. En el núcleo de esta tensión se halla el hombre con su posibilidad de obrar o de omitir, de llevar a cabo lo valioso o lo desvalioso, de tornar real o poner en acto el principio ideal contenido en la norma mediante su capacidad para proponerse, pensar anticipadamente y realizar fines[36]. Conforme a ello, las normas, aunque entidades

[36] Es mérito de Nicolai HARTMANN (*Ethik*, 9ª ed., primera parte, cap. VI, ps. 170 y ss.; cf. también, *Möglichkeit und Wirklichkeit*, 3ª ed., cap. VI, ps. 257 y ss., nº. 33 y 34), haber explicado esa dirección de los valores, pensados como *deber ser*, hacia el futuro, con esa tendencia hacia su realización y la posición del hombre como el único que puede superar su consistencia ideal, ponerlos en acto y trasladarlos al mundo real; de ese modo también el deber ser puede determinar el mundo real, aunque en forma distinta a la causalidad natural; pues, obedeciendo a la bipolaridad del mundo normativo, el

desprendidas del mundo ideal —los valores— pretenden llegar a la realidad, determinarla a su modo sin desconocer la necesidad causal, sino, al contrario, presuponiéndola como condicionante de ella, por intermedio del ser humano y de su capacidad para proponerse y realizar fines (obrando u omitiendo). Cuando se habla de un ordenamiento normativo —el Derecho entre ellos— no se trata, entonces, del conocimiento relativo a lo justo o lo injusto absoluto, sino de un sistema derivado o secundario dirigido a la praxis humana.

III. Función crítica (ex post)

Desde el punto de vista contrario, cuando se mira al Derecho después de que la acción se llevó a cabo, el fenómeno es el mismo en esencia, aunque, a primera vista, pueda presentarse como algo distinto. Éste es el ángulo de observación de los juristas prácticos, entre ellos el juez, el procurador fiscal o el defensor, pues, por principio, ellos deben valorar una acción que ya sucedió o dejó de suceder. El problema no reside aquí en la inversión del punto de observación —donde sí puede observarse que reside una diferencia esencial entre legislar y juzgar, crear normas y aplicarlas—, sino en la respuesta a la pregunta por el patrón que se utiliza para medir la acción que ya se llevó a cabo.

La única manera de ejecutar esta tarea con sentido es la de usar como metro al sistema del justiciable[37]; allí reside la razón de ser de la

---

hombre puede seguirlo o menospreciarlo. Resulta clara su descripción del proceso: "1) La proposición previa del fin por el sujeto, el salto sobre el transcurso del tiempo, el adelantarse y sobrepasar al orden temporal sólo posible para la conciencia; 2) la determinación retroactiva, propiamente final, del fin, comenzando por el último medio, el más próximo al fin último hacia atrás hasta el primer medio en el presente, al que se conecta el sujeto, en donde el eslabón anterior (así, en marcha retroactiva, el posterior) tiene por fin el posterior (en marcha retroactiva, el anterior) y es determinado —respectivamente escogido— por él; 3) la realización del fin, su devenir real a través de una serie de medios, en donde la relación ininterrumpida, previamente determinada retroactivamente, de medio y fin se transforma en una relación igualmente ininterrumpida, continuadamente corriente, de causa y efecto" (p. 194). Es preciso no confundir existencia con realidad (cf. HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie*, 4ª ed., parte 2ª, ps. 88 y ss.). El Derecho, sin duda, existe; su modo de ser, sin embargo, no consiste en lo mismo que las cosas o hechos concretos, individuales, es decir, reales.

37 Aquello que ALCHOURRÓN-BULYGIN llamaron *sistema del súbdito* (*Introducción a la metodología*, ps. 208 y ss.); la contraposición con el *sistema del juez* es útil para explicar el deber del juez de fundar sus fallos en normas preexistentes, pero es necesario advertir sus limitaciones ya que el sistema del juez también lo es del súbdito, no sólo en el sentido de que el súbdito lo utiliza para calcular su propia acción, sino en el más evidente de que el juez súbdito lo usa para calcular la suya, que es lo que explican los au-

obligación del juez de fundar su fallo en normas preexistentes y no en su voluntad soberana, el vínculo de la decisión con la regla que rige el comportamiento de los ciudadanos.

Un orden jurídico en el cual el juez resuelve el caso concreto conforme a una norma que él deriva, en el momento del fallo, de su voluntad omnipotente para fundar su sentencia, es, ciertamente, posible; tal orden jurídico se representaría como compuesto sólo por reglas de competencia y procedimiento o, si extremamos el ejemplo, a la manera de los círculos de tiza de BRECHT, cuando menos, por una sola regla de competencia que conceda poder a una persona para resolver a su modo los conflictos sociales que se presenten. Pero aun así, aproximándose tanto al ejercicio de un puro poder —sin Derecho—, no puede dudarse en afirmar que en este caso la "norma" del juez no cumple ningún papel normativo respecto de los súbditos, esto es, resulta imposible para ellos guiarse por ella para calcular un comportamiento futuro, con lo que quedan librados al azar de la calificación deóntica de su comportamiento *a posteriori*. Aun dentro de este cuadro extremo, no debe olvidarse que las reglas de competencia y procedimientos son también reglas generales que conceden a alguien, en algún momento y de alguna manera, la potestad de ejecutar un acto válido, que genera consecuencias jurídicas, de modo tal que, aunque el cálculo y la crítica jurídica se tornen bastante difusos y aleatorios, un mínimo de cálculo y crítica es posible. Diremos que se trata de un Derecho primitivo y autoritario, pero, por lo menos, podremos calcular quién puede decidir con autoridad y de qué manera debe hacerlo, motivándonos por ello a obrar u omitir, y a criticar la decisión, una vez emitida, como válida o inválida, según las mismas reglas.

Sin embargo, tratándose aquí de explicar la función primaria de los enunciados elementales componentes de un orden jurídico nacional, parece necesario trasladar el sistema a dimensiones reales y no partir de un caso particular. En ese marco, cabe preguntarse ahora si

---

tores citados. Esta forma de comprender la función de las normas jurídicas ha ido aún más allá en ciertas ramas del Derecho como, por ejemplo, en el Derecho penal, pues, para que la consecuencia jurídica se aplique, se requiere —en ordenamientos jurídicos modernos— que el infractor haya conocido o podido conocer potencialmente la antijuridicidad de la acción ejecutada, esto es, el deber jurídico de comportarse de determinada manera —ejecutar la acción mandada u omitir la prohibida—, elemento sobre el cual también debe recaer un juicio existencial en la decisión; así se superó la ficción jurídica que expresa el aforismo *error iuris nocet*.

el hombre haría —u omitiría hacer— algo con sentido dentro de un sistema como el expuesto *in extremis* en el párrafo anterior. La situación se asemejaría a un juego sin reglas.

Para acercarnos más, imaginemos varios jugadores en un campo de juego y un árbitro con un elemento de juego (una pelota); vayamos aún más allá y supongamos que el árbitro les explica que el juego que van a practicar no tiene reglas y que él está autorizado para "inventarlas" a voluntad a medida que transcurra el juego, esto es, cuando ellos hagan o dejen de hacer algo. Lo primero que debemos aclarar es que resulta imposible imaginar un ejemplo sin ninguna pauta normativa y es por ello que, en nuestro ejemplo, constan ya varias: el árbitro, su autorización para decidir, el elemento apto para el juego, incluso la designación de "jugadores" y hasta su división en dos bandos, diferenciándolos por los colores de su casaca. Aun así cuesta imaginar la situación, pues nuestros jugadores se preguntarían, en primer término, si les es permitido jugar, si tal comportamiento está prohibido o si, por el contrario, están obligados a jugar, cuestiones que tendrán que decidir a ciegas porque la calificación normativa de su decisión y las consecuencias de aquello que hacen o dejan de hacer se sabrán sólo después de ejecutar el acto: jugar o irse sin hacerlo. Si imaginamos que "aciertan" con la decisión y se disponen a jugar, porque está permitido o era obligatorio hacerlo, sólo suponiendo que ellos conocen ciertos juegos con pelota y sus reglas (fútbol, *rugby*, *hand-ball*, etc.) y se remiten a ellas o a un grupo de ellas, podemos imaginar, más allá, que ellos harán algo con sentido. Pero, en realidad, dada la situación, nuestra imaginación es demasiado fértil, porque los jugadores no conocen cómo se gana el juego (v. gr., el valor de las acciones que desarrollarán), si es que habrá un ganador (podría ser que sólo se quisiera verlos correr o actuar), cuáles son las acciones lícitas y cuáles las ilícitas del juego (llevar la pelota con la mano o con el pie, derribar al adversario, etc.). Hasta podemos partir del acierto relativo a que la acción de jugar está permitida e imaginar que varios de nuestros jugadores se preguntarán, antes de actuar, para tomar su decisión, qué ventaja deriva de la decisión de jugar: puede tratarse de una acción con alguna consecuencia jurídica (el pago de una suma de dinero), o, por el contrario, normativamente indiferente, cuestión que tampoco podrán conocer, con anticipación, para obrar o dejar de obrar con sentido.

He aquí sintetizada la función de las normas jurídicas, acudiendo al mecanismo de negarlas. Al contrario, afirmándolas, toda esta sinrazón, más propia de perturbados mentales, no se presentaría. En un juego con reglas, en el que el juez tenga la obligación de tomar sus decisiones conforme a aquellas reglas, aun cuando se acepte que él decide definitivamente y que puede equivocarse por falsa apreciación de las circunstancias de hecho o por errónea interpretación y aplicación de las reglas, el cuadro es completamente distinto. Habitualmente todos los juegos parten de este principio y funcionan regularmente. Los jugadores no comienzan el juego creyendo que él se resuelve por el azar de las decisiones de un juez "creador" de las reglas al aplicarlas, sino que siguen o desobedecen reglas que conocen de antemano y que marcan abstractamente cuáles acciones son lícitas y cuáles

ilícitas, cuáles tienen valor y cuáles carecen de eficacia, cómo se gana y cómo se pierde. Los jugadores también saben que es deber del juez aplicar esas reglas y son conscientes de la posibilidad humana del error por parte del árbitro y hasta —¿por qué no?— de la posibilidad de que él menosprecie las reglas, como ellos lo hacen en algunas ocasiones, algo natural del plano abstracto en el que se mueven las reglas y de su tensión con los hechos concretos. Con este sistema se juega en la realidad, porque él tiene algún sentido, aun contando con la falibilidad humana y con la posibilidad de que el hombre menosprecie las reglas; el anterior carece de sentido, por lo menos de todo sentido normativo, como no sea el deleite en el ejercicio del mero poder o de la fuerza pura sin Derecho.

Aquí debemos observar cómo el llamado *sistema del juez* funciona de la misma manera que el *sistema del súbdito* (ver nota nº 37), entre otras cosas porque el juez mismo es súbdito del Derecho. Una persona llamada a decidir un caso, a más de investigar el comportamiento del o los justiciables y las normas aplicables para resolverlo, investiga también si puede decidirlo (competencia), por qué vía lo decidirá (procedimiento) y cuál es el acto que tiene valor de decisión, y para ello refiere su comportamiento futuro —anticipado mentalmente— al conocimiento de enunciados normativos ya existentes.

Si la persona a quien llamamos árbitro —en nuestro juego imaginario— tampoco tuviera reglas a las que referir su comportamiento, estaría ante los mismos dilemas que los jugadores. Y, más aún, con estas reglas atribuidas al juez como destinatario, juegan también los jugadores, que esperan de él cierta actividad y ciertas decisiones en determinado momento y critican ambas cuando no se ajustan a las reglas.

Tanto la función motivante como la crítica de las normas —en realidad una única función observada desde dos ángulos diferentes— le permiten al Derecho cumplir aquella que le es característica: ser *medio de control social*. Si se rechaza esta presentación del Derecho, se renuncia también a una de las funciones más importantes que él cumple. Cualquier sistema jurídico se crea con la pretensión de que las personas se gobiernen por sus pautas de comportamiento, absteniéndose de llevar a cabo acciones prohibidas o llevando a cabo las mandadas, o bien valiéndose de sus reglas para modificar estados o situaciones en la vida de relación.

Como consecuencia de ello, el plano óntico en que se mueven las normas y el de su destinatario queda resuelto. No se trata de imperativos —apoyados o no por sanciones— dirigidos una vez a los ciudadanos en general y otra a los funcionarios que deben aplicar las consecuencias jurídicas establecidas, sino, en cambio, de reglas cuyo esque-

ma lógico consiste en conectar la descripción abstracta de una clase de acciones u omisiones con alguna consecuencia jurídica; reglas que van dirigidas genéricamente al comportamiento futuro de todos aquellos que integran una sociedad bajo determinado orden jurídico, en un intento válido por proporcionarles los parámetros valorativos que posibilitarán su acción futura dirigida a fines. Las normas, así, son esquemas hipotéticos dirigidos al único ámbito que le pertenece al hombre —el mundo futuro y posible—, que no es determinado férreamente de antemano por la causalidad natural, sino determinable por el hombre mediante su capacidad para proponerse fines, anticipar desarrollos finales y llevarlos a la práctica con mayor o menor aproximación.

b) El destinatario de la norma

Vale la pena acercarse algo más a la comprensión de un enunciado normativo, presentando sintéticamente un tema que ha preocupado a todos los teóricos del Derecho, conexo al antes explicado. Según se vio, si se eliminara al destinatario particular, podría decirse con cierta razón que las normas no tienen destinatario, pues expresar que van dirigidas a todos —a la generalidad de los hombres— y no especificar su destino parece ser lo mismo. Armin KAUFMANN explica que "la solución del problema exige volver a captar el sentido del ser de la norma. La norma es la forma ideal de la vinculación de los seres humanos. Su objeto es una acción (final). Como forma ideal la norma es abstracta, desvinculada de individuos particulares y de actos concretos. Ella se dirige a todos aquellos que en algún momento y en algún lugar pueden ser considerados como autores o partícipes del acto que ella prohíbe o manda. Éstos, empero, son todos los seres humanos, en todo caso teoréticamente. *Todos son destinatarios de todas las normas*"[38].

La afirmación inicial, sin embargo, es válida sólo en uno de sus sentidos —el de eliminar el destinatario particular— pero no en el otro. Precisamente, los ataques contra la posición que hemos fundado derivan del hecho de observar al individuo particular como destinatario desde el acto que él lleva a cabo o, conforme a nuestra presentación, desde la falsa apreciación del punto de vista que denomina-

[38] KAUFMANN, A., *Normentheorie*, p. 125; la traducción es nuestra y la cursiva original. No es necesario compartir el estrecho concepto de norma de Armin KAUFMANN, como prohibición o mandato, para aceptar genéricamente aquello que indica el texto.

mos *ex post*. Erróneamente se pregunta si tal o cual individuo ha recibido —fácticamente— el mensaje de la norma o está en condiciones de recibirlo en un tiempo y lugar determinados, o si tiene capacidad suficiente para recibirlo; desde este punto de vista se explica correctamente que la publicación de la ley, con respecto al conocimiento real de los súbditos, es una ficción y sólo representa una condición más para la vigencia —fuerza vinculante— de la ley[39], o se excluye con razón a los inimputables por insuficiencia o alteración de sus facultades, a los niños, a los inconscientes (por ej., a quienes duermen) o a los que sufren una grave perturbación de su conciencia (por ej., alcoholización aguda).

Pero esta manera de plantear las cosas, por una parte, confunde el verdadero problema que se quiere averiguar y, por la otra, deja de lado la función permanente de la norma. Por un lado, no se trata aquí de averiguar —empíricamente— *quiénes han recibido el mensaje de la norma*, sino de precisar —teoréticamente— *para quiénes se emite* y, eventualmente, *quiénes* pueden recibirlo; por el otro, se confunde la vigencia permanente de la norma —hasta su derogación— con el acto de la publicación y su toma de conocimiento, v. gr., con el acto real de su recepción que sucede una vez y es instantáneo.

Acudimos a un ejemplo, originario de Armin KAUFMANN[40]: si se tratara de una estación de radio que repitiera permanentemente el estado actual de la legislación para todos los habitantes, no cabe duda de que en un determinado momento y lugar las personas que carecen de aparato receptor (los inimputables, los menores de edad o incapaces, etc.), o cuyo aparato se ha descompuesto (quienes carecen temporalmente de consciencia) o lo desconecten (*error iuris*) no recibirán el mensaje de la norma, pero nada puede decirse de su capacidad de recepción futura, no bien adquieran un receptor, reparen el que tienen o lo conecten a la red.

Por la verificación fáctica de que en determinado tiempo y lugar algunos no pueden recibir el mensaje, no diríamos que la emisión no estaba destinada a todos, lo que se comprueba por la posibilidad futura de recibir el mensaje. La respuesta a la pregunta sobre quién ha recibido el mensaje es un *juicio existencial*, fáctico, que, cuando interesa al Derecho (por ej., en Derecho penal para averiguar la posibilidad de haber sido o podido ser motivado por la norma según el actual concepto de culpabilidad), se investiga a partir del hecho concreto que se juzga, de la persona concreta que obró o dejó de obrar y por medios

[39] KELSEN, *Hauptprobleme*, ps. 378 y siguientes.

[40] KAUFMANN, A., *Normentheorie*, p. 124.

probatorios empíricos que no intentan inquirir sobre lo que es una norma, sino indagar la circunstancia real de si ella fue conocida o pudo serlo por el autor individual. En cambio, la pregunta por el destinatario se vincula tan sólo al *conocimiento teorético*; tiene que ver con el plano óntico en el que se mueve el Derecho y con su función[41].

Así, puede decirse que la pregunta por el destinatario del mensaje de la norma es, como anticipamos, muy distinta a la pregunta por el receptor. La norma es, por necesidad, abstracta y, como tal, desvinculada de un caso o individuo en particular, pues se dirige a todos quienes en algún momento y lugar —durante su vigencia— tienen capacidad para llevar a cabo acciones que ella prohíbe, manda o faculta a realizar para obtener ciertas consecuencias. En el discurso del Sinaí debe entenderse que Dios habló para sí mismo (teoría pura del Derecho), que se dirigió a Moisés (único que pudo escucharlo), que lo hizo para el pueblo judío (al cual Moisés transmitió las Tablas de la Ley) o que se dirigió en general a todos los que en el futuro pudieran recibir el mensaje, dando por sentado, de hecho, que algunos no podrían enterarse de él.

La cuestión se esclarece aún más si logramos separar los problemas particulares que han sido tratados bajo el rubro genérico del destino de las normas. En particular, se ha pretendido obtener de esta pregunta conocimientos para la definición del deber o la facultad jurídicos. Pero, según hemos visto, una cosa es preguntar por la norma en sí misma, constituida por conceptos necesariamente generales o abstractos, y otra muy distinta es averiguar a quién obliga o faculta en una situación dada, en un tiempo y lugar determinados. El concepto de obligación o de facultad sólo se obtiene por el camino de aplicar la norma a una persona determinada y en una situación concreta; el deber o la facultad no existen abstractamente sino en el caso concreto. De la forma abstracta mediante la cual una norma describe su objeto para que podamos conocerlo, pasamos, en posesión de ese conocimiento, a formular un juicio existencial sobre un deber o facultad concretos, que expresa si determinado individuo, en determinada situación, está *facultado para* u *obligado a* comportarse de determinada manera[42]. Este es el juicio práctico que llevan a cabo diariamente el lego, el abogado ante una consulta o el mismo juez ante un caso

41 KAUFMANN, A., *Normentheorie*, p. 125, nota 122.

42 KAUFMANN, A., *Normentheorie*, ps. 126 y siguientes.

particular que se le presenta, para averiguar el significado jurídico de un comportamiento.

Acudimos a un ejemplo de nuestra materia: un imputado preguntará a su abogado si puede (tiene la facultad de) recurrir una decisión; y el abogado, si la decisión es recurrible, si su cliente está habilitado para recurrirla y si aún no ha vencido el plazo para interponer el recurso, lo asesorará para que ejerza la facultad mediante el acto que la ley requiere; a su vez el juez, si el acto se lleva a cabo, averiguará los mismos extremos para admitir o rechazar el recurso.

c) El grado de generalidad de las normas

Ligado a este problema se ha afirmado también que existen reglas menos generales que otras, por el solo hecho de que estas "normas especiales" restringen el círculo de personas en las cuales puede concretarse el deber o la facultad, lo que implicaría que no se dirigen a la generalidad, como lo hemos expuesto.

La afirmación es ligera. Las normas que expresan que, en determinado momento, el juez debe dictar sentencia o que algún sujeto procesal tiene la facultad de recurrir una decisión que le es adversa, no están dirigidas ni al juez *X*, ni al sujeto procesal *S*, ni a los jueces o litigantes que en determinado momento —por ej., el de la sanción de la ley— existen, sino a todos aquellos que durante su vigencia reúnan esas condiciones; quien hoy no es juez o litigante puede serlo mañana y viceversa. La norma, así, se dirige a todos, y la concreción del deber o la facultad depende de cierta situación de vida que ella describe: quien se encuentre en la situación concreta de ser juez de un proceso que ha alcanzado cierto grado de desarrollo, podrá decir que está obligado a dictar sentencia; de la misma manera, el litigante, a quien le comunican una decisión que lo perjudica, podrá decir que está autorizado a recurrirla. En cambio, si un juez dice en general que está obligado a dictar sentencia en tal o cual situación o un litigante afirma que está facultado a recurrir las decisiones que lo perjudican, sus expresiones no tienen más valor que las de un tercero que, sin ser juez ni litigante, afirma que si alguien llega a ser juez o litigante tendrá tales obligaciones o tales facultades, en tales situaciones; esto es, todos formulan un juicio de conocimiento sobre una o varias normas —abstractas— o, si se quiere, una proposición normativa en el sentido de una expresión acerca de una o varias reglas que consideran vigentes. El que eso se transforme en un deber o facultad dependerá de la posición concreta en la cual una persona se halle en un momento de su vida.

Puede defenderse la utilidad práctica de diferenciar "normas especiales" e, incluso, hasta podría sostenerse que, por referencia al agen-

te o a la situación en la que él se halla, algunas normas son "más generales" que otras, es decir, tienen un alcance subjetivo u objetivo más amplio, pero sin desconocerse que aquí no se está aludiendo al mismo fenómeno que se menciona bajo la pregunta del destinatario, sino al número mayor o menor de personas o de situaciones que la regulación de la norma abarca.

Para advertir el fenómeno que tratamos de describir basta observar que las palabras "ser humano", "hombre", "mujer", "padre", "hijo", "cónyuge", "sujeto procesal", "funcionario público", "juez", "cosa", "cosa mueble", "inmueble", "árbol", "mesa"; o los significados jurídicos puros como "contrato", "compraventa", "sentencia", "defraudar", "mujer honesta", "recurso", etc., son conceptos y, como tales, abstracciones. Son palabras que sintetizan una definición que reúne los elementos del concepto de que se trata y que, aplicados a una cosa o a un caso concreto, permiten decidir si es un objeto incluido o excluido de la clase que se define. En tren de compararlos, sólo podrá decirse que hay una diferencia de grado en tanto hombres o mujeres, funcionarios públicos o jueces sólo son algunos seres humanos, esto es, una especie (subclase) de esta última clase. Pero ello no cambia en absoluto su *modo de ser*, ni su función, ni la posición ontológica del objeto que tratamos.

d) La "norma individual"

Buena parte de la teoría jurídica, según ya observamos, ha trabajado con este concepto e, incluso, lo ha trasladado a las ramas particulares del Derecho, en especial, al Derecho procesal que, entre otras cosas, se ocupa de la sentencia, paradigma de la norma singular. El error consiste, a nuestro juicio, en unificar dos fenómenos bien distintos, mediante una denominación genérica, sin distinguirlos suficientemente u ocultando su diferencia: norma es el género, y sus especies son la norma general y la individual o singular. Pero aquí no interesa detectar algún error en la denominación; antes bien, lo que importa es aclarar si la sentencia —o, en general, los actos de aplicación del Derecho por las autoridades competentes— cumple algún papel normativo o, con otras palabras, constituye un enunciado normativo y, por lo tanto, un elemento del orden jurídico.

El concepto de norma individual, al menos con pretensiones normativas, es una falsificación del concepto de norma. Con él se quiere expresar que la sentencia del juez o el acto de autoridad que resuelve un caso concreto, aplicando las normas llamadas pleonásticamente "generales", es el último eslabón de la cadena normativa y, por ello, se le adjudica sentido prescriptivo, casi siempre para el ejecutor, a veces también para la persona afectada por la decisión. Ambas afirmaciones son falsas. Cuando un juez impone una pena, porque determina que el imputado llevó a cabo una acción comprendi-

da en la clase general de acciones definida como prohibida por una norma —de las llamadas "generales"—, que prevé para ella la pena impuesta, ha cambiado radicalmente el plano óntico en el que nos movemos, el sentido en el que nos expresamos, la forma de referirnos a un objeto: ahora el juez lleva a cabo una acción valorable jurídicamente, que ya no tiene el sentido de una exigencia o de una valoración de un comportamiento posible y futuro. Él no le agrega nada al comportamiento ya sucedido, ni tampoco prohíbe, manda o permite alguna acción en el sentido de conectar a una clase de acciones descriptas genérica y anticipadamente una consecuencia o solución normativa. El Derecho ha pasado definitivamente del plano normativo al de la realidad, del plano prescriptivo (universal) al de la decisión (individual)[43].

Vale la pena imaginar un ejemplo común. Le preguntamos a un verdugo por qué mata a un hombre y es probable que conteste que un juez se lo ordenó. Le advertimos que ese motivo, tal como está expresado, no justifica su acción, pues ninguna persona, por el solo hecho de ser juez, puede ordenar a otra que mate a un semejante. Si el verdugo recapacita sobre lo que va a hacer y observa que, ante la duda, más valdría la pena omitir que obrar, a poco de andar acertaría la respuesta. Diría, seguramente, que una norma lo obliga —establece para él el deber— a ejecutar las sentencias firmes de los jueces. Como este acierto no aclara del todo su fidelidad al juez, intentará todavía encontrar otra regla que le permita afirmar que tiene ante sí una sentencia firme y cuáles son sus consecuencias jurídicas. Da la impresión de que el verdugo, si tuviera alguna duda después de este juego socrático, se abstendría de ejecutar la "orden" del juez del ejemplo y se cercioraría sobre los aspectos normativos mencionados. Por ej., averiguaría si la sentencia, pese a haber sido consentida por el acusado, que le pide a viva voz que la ejecute, ha ido en consulta directa al tribunal superior (según lo establecen algunos ordenamientos jurídicos que aún conservan la pena de muerte[44]) para que la sentencia sea ejecutable. Como se observa, el deber del verdugo no emana del sentido prescriptivo de las sentencias de los jueces, sino directamente de normas "generales" que regulan su actividad y la eficacia de las sentencias.

El problema, teoréticamente, se presenta como sigue. La norma "general" —aquello que usualmente llamamos norma o regla jurídica— se expresa de ordinario así: al que matare a otro se le aplicará de 8 a 25 años de prisión o reclusión (CP, 79); podría ser también, reformulando la regla: matar a otro está prohibido, si alguien mata se le impondrá de 8 a 25 años de prisión o reclusión, esquema con el cual

[43] Cuando para KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., cap. V, p. 240, nº 35, *f*, todavía falta un paso, el del ejecutor judicial.

[44] Así lo establecía, por ej., el art. 691 del CPCrim. nacional (1889).

se asume la tarea de describir positivamente el deber jurídico[45]. Es clara la descripción abstracta de una clase de acciones por notas características a la cual se le adosa una valoración jurídica y, en el ejemplo, también una sanción para el caso del menosprecio concreto de ese valor. Se trata, así, de una *hipótesis*, en el sentido de algo no ocurrido sino tan sólo *posible* en el futuro, de cuya "realidad" sólo tiene sentido hablar como concepto genérico que no menta una *realidad* (acción concreta ya existente), sino algo de posible *realización*[46]. La sentencia, en cambio, no menta una clase genérica de acciones de posible acaecimiento en el futuro, sino que reconstruye —cuando puede— una acción singular ya sucedida que, con fundamento en un principio valorativo (una norma), acarrea una consecuencia determinada. No dice ya: si en el futuro alguien lleva a cabo una acción de esta clase (matar a otro) sufrirá tales consecuencias, sino que claramente expresa: *A* mató a *B*, y, por ello (porque esta acción concreta pertenece a la clase descripta abstractamente en una norma "general", que la prohíbe bajo amenaza penal), lo condeno a 10 años de prisión. La diferencia es tan notable como cuando, en modo indicativo —pasado, presente o futuro—, expresamos que alguien hizo, hace o hará algo —*A* mató, *A* mata, *A* matará— (aunque la sentencia sólo puede hablar en pasado) y cuando nos referimos al mismo objeto en modo subjuntivo futuro —si *A* matare...— (oración condicional). Esta apreciable diferencia es la que quiere ignorar la afirmación de la existencia de una "norma individual", pues la teoría no significa una aceptación convencional del término, a la manera de Alf ROSS (nota nº 27), sino que implica una afirmación categórica a partir de la cual se construye con resultados funestos[47].

En realidad, el elemento imputativo, el *deber ser*, o el sentido prescriptivo no están en la sentencia, aun cuando ella pueda revelarlos, sino en la norma ("general") que le sirve de fundamento. La increíble

[45] Es aproximadamente la estructura lógica de una norma (mandato o prohibición) que propone Félix KAUFMANN, *Logik*, ps. 89 y ss., en especial p. 91, en nuestro medio seguida por Sebastián SOLER, *La llamada norma individual*, p. 263, nº 10, y *La interpretación de la ley*, cap. XVIII, ps. 158 y ss. No pretendemos discutir aquí la estructura y el contenido de la norma jurídica completa, pero el esquema no es tan raro de encontrar en la ley positiva, como algunos suponen, siempre que se trate de reglas que imponen deberes; piénsese en los delitos de omisión o en la ley civil.

[46] SOLER, *La llamada norma individual*, ps. 254 y ss., nº 6 a 8.

[47] Los resultados expuestos, con bastante extensión, en mi trabajo, *Función normativa de la nulidad*, ps. 13 y ss., § 2.

discusión se ha planteado por no distinguir categóricamente los conceptos de *validez* (o *vigencia*), por un lado, y de *deber* (u *obligación*), por el otro[48]. El orden jurídico trabaja con ambas categorías, pero no las confunde ni intenta reducirlas a una unidad; en cambio, la teoría ha seguido frecuentemente un camino inverso: en busca de una unidad explicativa inexistente, ha preferido la reducción ya a la *validez*, ya al *deber*, o bien a ambas categorías confundidas a la vez. El problema se observa con claridad si tomamos como ejemplo a KELSEN y seguimos con cierto espíritu analítico las normas de extenso contenido que nos propone al tratar el tema. "La regla jurídica que describe ese objeto reza —aproximadamente en el caso de la aplicación de una norma de derecho penal de un orden jurídico democrático—: si el Parlamento elegido constitucionalmente ha decidido mediante el procedimiento establecido por la Constitución y como consecuencia de él, que determinado comportamiento debe ser penado de determinada manera, y si el tribunal ha verificado que determinado ser humano ha realizado ese comportamiento en tal momento, entonces el tribunal debe imponer la pena determinada por la ley"; para proseguir más adelante: "Pues la regla jurídica no reza: si determinado ser humano ha cometido un asesinato debe serle imputada una pena; sino: si el tribunal competente ha verificado en un procedimiento determinado por el orden jurídico que determinado ser humano ha cometido un asesinato, el tribunal debe imponerle a ese ser humano una determinada pena"[49]. Tal esquema puede seguirse hacia arriba y hacia abajo —como efectivamente lo pretende KELSEN—, pero importa un uso más que erróneo, descuidado, de la imputación y del deber y una grave confusión categorial. Obsérvese, en primer lugar, que la norma de deber para el ciudadano —no matar— que, aun para KELSEN, en realidad, constituye el centro del esquema, queda como atrapada y escondida detrás de una maraña de reglas potestativas de competencia y procedimiento. Pero lo más grave del caso es que se han introducido normas de deber no especificadas, trasladando como deber del juez —de imponer una pena— al deber del ciudadano —de no matar—, en el caso ya supuesto como transgredido. Extraño procedimiento que supone como obvia la existencia de una norma que le impone al juez el

[48] SOLER, *La llamada norma individual*, ps. 248 y ss., aunque advierte el problema, no lo resuelve adecuadamente en definitiva, al sostener que la nulidad es una sanción, al lado de la pena y la reparación.

[49] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., ps. 243, 244 y 246 (traducción nuestra).

deber de imponer una pena al transgresor, afirmación que resulta problemática si no emprendemos sucesivas diferenciaciones y que, por lo menos en los órdenes jurídicos positivos que conocemos, es falsa. La principal obligación del juez consiste en *decidir* los casos concretos que le son presentados. Un paso más adelante aparece otra obligación: decidirlos conforme a su conocimiento sobre la situación de hecho y de derecho, sin favorecer o perjudicar dolosamente a nadie. En este último caso sólo se prevé una prohibición bajo amenaza de sanción penal para el delito de *prevaricato*, cuyo núcleo consiste en la acción del juez que, dolosamente, se aparta de lo comprobado fácticamente o de lo previsto por las normas jurídicas que sirven de fundamento a su fallo (CP, 269). Como se observa, este orden de previsiones respecto del deber del juez no se superpone con el de la validez de su acción, pues su sentencia puede perfectamente ser anulada —en sentido amplio— sin que se le reproche al juez haber menospreciado ningún deber. Esto ocurre a diario en los tribunales: recurrir una sentencia no significa afirmar que el juez haya infringido algún deber. El juez puede decidir no aplicar una pena cuando correspondería aplicarla porque el justiciable transgredió un deber penal, por una falsa apreciación de los hechos o por una errónea comprensión de la norma que funda la decisión, con lo cual ha cumplido su deber y, sin embargo, su sentencia debe ser corregida. Inversamente, puede aplicar por error una pena cuando no corresponde y también aquí ha cumplido con su obligación. Por lo demás, existen órdenes jurídicos que autorizan al juez, por distintos motivos y vías, a prescindir de la pena, de la condena y de la misma persecución penal, sin que ello implique desconocer que alguien infringió un deber[50].

Sucede, en realidad, que han sido confundidas —por superposición— las condiciones de validez de un acto —la sentencia— con las condiciones en las que emerge un deber. La sentencia es un hecho humano, valorable jurídicamente frente a un cúmulo de reglas que predican sobre su validez. Toda decisión es confrontable con ciertas reglas que la regulan, tanto procesales como materiales (impuestas como único fundamento normativo de la decisión), para averiguar si vale o no vale, es decir, si de ella emergen ciertas consecuencias jurídicas que le son características. Este es el sentido con el que nos ex-

[50] Por ej.: *suspensión condicional del juicio a prueba* (CP, 76 *bis* y ss.) y *cumplimiento de la obligación tributaria o previsional* (ley nº 23.771, 14); cf., en este libro, *Principio de oportunidad*, § 8, C, 3.

presamos cuando definimos una acción del juez como sentencia —ya que no todo acto que lleva a cabo un juez, privado o público, es una sentencia—, el que los juristas utilizan cuando expresan que la sentencia debe ajustarse a normas jurídicas o que es criticable según esas reglas, el mismo sentido con el que el comportamiento humano en general, para conseguir ciertos efectos jurídicos deseados —o evitar consecuencias desagradables— debe ajustarse a la clase de acciones u omisiones definidas en abstracto por una norma.

Adviértase que incluso el carácter definitivo que el ordenamiento jurídico atribuye a algunas decisiones (cosa juzgada) es derivable de una confrontación similar: para responder a la pregunta sobre cuál es la sentencia definitiva o firme, nos fijamos en las reglas que las identifican. Sólo así, concibiendo a la sentencia como un hecho humano regulado por el Derecho, es comprensible la contradicción que puede existir entre la ley y la sentencia, que tantas interpretaciones extremas ha merecido de la teoría jurídica.

Supuesta la norma que impone a los jueces fundar sus fallos en las soluciones que prevé la ley, debe decidirse que, así como el Derecho, pese a prohibir el homicidio, no puede impedir que efectivamente sean cometidas estas acciones, de la misma manera le es imposible asegurar, como necesidad causal, que las sentencias judiciales se ajustarán a las normas que las regulan y a las que deben fundarlas. Pese a ello, el Derecho intenta por todos los medios conseguir la decisión judicial respetuosa de la ley, invalidando las sentencias formalmente defectuosas, estableciendo recursos para los afectados por una decisión inadecuada y hasta sancionando al juez que se aparta dolosamente de la obligación consignada. El hecho de que exista una decisión definitiva sólo tiene explicación por la necesidad política práctica de establecer un final para todo conflicto, pues sin este final estarían de más los jueces, sus sentencias y las mismas reglas que pretenden fundarlas. El Derecho nunca ha predicado que estas decisiones sean *infalibles*, sino, solamente, que son *válidas* definitivamente. Como regulador práctico del comportamiento humano se ve precisado a fijar un límite autoritario a la discusión y, con ello, a la validez[51]. Por lo demás, no tiene ningún sentido hablar de la falibilidad o infa-

[51] Dice bien SOLER (*La llamada norma individual*, p. 252; cf. también, *La interpretación de la ley*, cap. X, ps. 92 y ss.) que el Derecho es *finito* no sólo "porque no puede retroceder más allá de la Constitución sino también porque no puede avanzar más allá de la cosa juzgada".

libilidad de una decisión sin confrontarla con reglas presupuestas, pues sólo respecto de ellas el juez puede errar o inobservarlas maliciosamente; si el Derecho *es* la sentencia, mal puede el juez equivocarse[52]. Ha contribuido, sin duda, a la confusión, la inadvertencia de que dos tipos de normas confluyen a regular la actividad del juez: una establece las condiciones de validez del acto decisorio que cumple el juez y la otra establece el deber de decidir (bien o mal) o, más allá aún, el de hacerlo sin apartarse voluntariamente de fundar su sentencia en normas preexistentes.

Volvamos ahora al ejemplo citado de KELSEN. Con él se ha podido explicar, a lo sumo, la norma que establece el deber del juez de imponer una pena a quien comete un delito –regla que no resulta fácil de encontrar en esos términos en los órdenes jurídicos positivos existentes–, partiendo de la falsa pretensión de describir la norma de deber que exigía algo de quien *ya se había constituido por su acción en transgresor*; de esta manera, pretendió fundar el carácter *constitutivo* de la sentencia. No sólo no logra su propósito, sino que su norma se parece así a una decisión, ya del mismo juez para averiguar su comportamiento debido, ya de otro que juzga su acto para establecer cómo debió comportarse en la ocasión. El mismo lenguaje lo ha traicionado, pues, si observamos bien, su norma aparece descripta como oración condicional, pero en tiempo pasado –"si el Parlamento ha decidido...", "si el tribunal competente ha verificado...", el tribunal debe imponer la pena–, con lo cual sólo ha logrado definir la situación en la que emerge para el juez el deber positivo de obrar, sea que razone él mismo como destinatario de la norma de deber o que presente el esquema de pensamiento conforme al cual otro juzga su deber de obrar.

También es falso el punto de vista que atribuye a la sentencia la función de imponer deberes al afectado por ella o tener cierto sentido prescriptivo para él. Prescindiendo de que muchas sentencias no condenan y así quedarían fuera de toda explicación, es clásico para el Derecho penal liberal que el condenado no tenga ningún deber de cumplir voluntariamente la condena; cuando se quiere lo contrario el orden jurídico se ve precisado a crear ciertas normas (*generales*) de deber, incriminando ese comportamiento, pues no le alcanza con la

[52] Cf. HART, *El concepto de Derecho*, ps. 177 a 179.

sentencia[53]. En el Derecho civil ocurre lo mismo: cuando al deudor se le concede un plazo para cumplir con su obligación, determinada en la sentencia como existente, o con otra alternativa en su reemplazo, no quiere decir que se establezca un deber distinto del anterior, motivo del pleito y que a él se lo amenace con la ejecución, sino que, simplemente, se ha verificado la obligación menospreciada por el deudor, advirtiéndole que se llevará a cabo la ejecución forzada si él no la evita, cumpliéndola voluntariamente. Al fin y al cabo la sentencia penal, determine o no determine plazo para el comienzo de su cumplimiento, obedece al mismo esquema: o el condenado se pone voluntariamente a disposición de las autoridades carcelarias o paga la multa, o esas autoridades lo encarcelarán o ejecutarán la multa coactivamente.

La teoría que pretende un valor prescriptivo de la sentencia para el afectado se vuelve tan absurda que un único ejemplo puede dejarla en ridículo. Según ella debería sostenerse que el condenado a pena de muerte que se suicida, *cumple voluntariamente la obligación que le impone la sentencia*. Por consiguiente, quien lo instiga a suicidarse no sería enjuiciable y punible, conforme a la prohibición penal de instigar al suicidio, sino que, muy por el contrario, habría realizado una acción jurídicamente valiosa: merecería un premio y nuestro fervoroso aplauso. Hasta, si nos apuran, nos animaríamos a sostener, con esta tesis, que el homicida de un condenado a muerte —que no es el verdugo— merece ser tratado como un ejecutor *ad hoc* de la sentencia.

La teoría que desvía la atención hacia el verdugo o ejecutor judicial no es menos errónea. El deber del verdugo de ejecutarla no proviene de la sentencia, sino que, antes bien, ella constituye uno de los elementos que describe la situación de vida de la que emerge su deber de obrar, conforme a una norma: si se ha dictado una sentencia que condena a muerte y te la envían para que tú la ejecutes en cierto tiempo, debes matar al condenado de la manera prevista en la ley, el día indicado.

Parece claro ahora que no existe ninguna norma individual, que la categoría es una falsificación del concepto de norma antes establecido, que cuando el hombre decidió, aplicando las reglas en cualquier sentido posible, saltó del plano abstracto en el que se mueven las nor-

[53] El hecho de que el condenado no se someta a la pena o, incluso, que fugue —sin violencia— del establecimiento donde cumple la pena privativa de la libertad, no representa un menosprecio de un deber, ni conduce a consecuencia alguna; se trata de acciones permitidas. Al contrario, la fuga violenta del establecimiento carcelario (CP, 280) o, entre nosotros, la más moderna disposición que incriminó la violación de la pena de inhabilitación (CP, 281 *bis*, introducido por la llamada ley nº 17.567, y, al texto actual, por la ley nº 23.487), disposición discutible políticamente, debieron ser previstas específicamente como acciones prohibidas.

mas que lo motivan, o que utiliza para criticar ciertos comportamientos ya acaccidos, al mundo real; ejecuta ahora una acción concreta, valorable según pautas normativas.

e) Diferentes clases de normas

Una fuerte inclinación hacia la uniformidad entendió y definió al Derecho como una suma de reglas de deber, ora como imperativos (*teoría de los imperativos*) que la autoridad dirigía a sus subordinados, ora como condiciones para el ejercicio del poder de coerción estatal (*teoría pura*). Según se advirtió, ninguna de estas teorías ignoró el hecho de la existencia de otras reglas que no eran imperativas, ni condiciones de una sanción, pero procedió a reducirlas al esquema básico, predicando que ellas eran condiciones más remotas de la existencia de los imperativos estatales o conformaban una descripción más acabada del tipo de una norma de deber; ellas eran, así, partes componentes de una norma de deber, miembros secundarios o dependientes de ella.

La interrelación entre estos dos tipos de reglas jurídicas permite proceder de esta manera sin contradicción lógica; lo mismo podría decirse si se invirtieran los términos de la relación, según observaremos brevemente al final de este punto. Pero la propuesta deja de lado, por una parte, la *distinta función social* específica que cumplen ambos tipos de reglas y, por la otra, la *diferente* estructura que ostentan las normas en uno y otro caso, sin advertir tan siquiera que las reglas apodadas de secundarias están diseminadas en gran cantidad por todo el orden jurídico e, incluso, conforman su cúspide (*Derecho constitucional del poder estatal*)[54].

No puede negarse que numerosas reglas de un orden jurídico se adecuan o, por lo menos, se aproximan al significado de un imperativo o a la estructura condicional de una regla de deber. Vale aquí el ejemplo básico de las normas del Derecho penal, pero también una gran parte de las reglas del Derecho privado y público pertenecen a esta clase. Las normas del Derecho penal describen de ordinario la acción u omisión que, en principio, es antijurídica y someten a pena; al contrario, las del Derecho privado definen casi siempre la situación de vida en la que emerge una obligación que debe ser cumplida y amenazan para su inobservancia —falta de cumplimiento— la ejecu-

[54] Cf. NINO, *Introducción*, ps. 85 y siguientes.

ción forzada. Como se observa, para definirlas como clase no importa sobremanera la forma idiomática con que las reglas se expresan o la estructura gramatical que adoptan, sino, antes bien, la función que ellas cumplen en la vida social.

Decisivo es que este tipo de normas *exhortan a los individuos a emprender u omitir ciertas acciones*[55], amenazando el comportamiento contrario con una sanción. De esta manera delimitan el ámbito de lo jurídico del de lo antijurídico. Consecuentemente, las más importantes funciones conceptuales de estas reglas son las de mandar y prohibir y, en contraposición a ello, indicar el ámbito de la libertad jurídica. Vistas desde el lado del destinatario, la función más importante de estas normas se resume en la imposición de deberes, en la definición del deber jurídico. *Entuerto* o *injusto* (acción u omisión antijurídica) es el comportamiento que infringe estas normas, suponiendo la falta de un permiso especial para transgredirlas.

Su estructura formal completa, representadas allí sus dos caras, la imposición del deber y el injusto, el deber y la reacción ante su menosprecio, se grafica con dos oraciones que contienen en su centro, como cópula, al verbo compuesto *deber ser*, pero utilizado en dos sentidos diferentes, a saber: una es una *exigencia* de comportamiento futuro, esto es, la indicación de un deber idéntico al ético, que conecta la descripción abstracta de las circunstancias o la situación en que se *debe* llevar a cabo u omitir un acto, con el comportamiento exigido y por eso se expresa mejor con el verbo *debe*, referido siempre a una persona; la otra sólo conecta el comportamiento contrario con una consecuencia jurídica, en este caso la sanción, y es, por lo tanto, una mera cópula condicional, sin el significado de una exigencia. Aquí reside el verdadero mérito de Félix KAUFMANN y su doble norma, quien en su esquema se hace cargo de describir la estructura completa de una norma de deber: "*Un sujeto A debe realizar un comportamiento C1 en tal momento; si no hace eso, debe llevarse a cabo frente a él un comportamiento C2*"[56]. En ella el primer componente —la *norma primaria*—

[55] Cf. HART, *El concepto de Derecho*, p. 101.

[56] KAUFMANN, F., *Logik*, ps. 89 y ss., cita p. 91. En las prohibiciones simples —no matar— es discutible que, desde el punto de vista abstracto, exista la descripción de la situación de hecho en que se debe omitir una acción, pero lo cierto es que, para que la norma se concrete en un deber, es necesaria la referencia a un individuo en una situación dada; obsérvese que él no sólo debe tener la posibilidad física de infringir la norma, sino también que otros preceptos (causas de justificación, por ejemplo) pueden impedir que la norma se concrete en deber.

constituye el deber jurídico o la obligación y el segundo componente —la *norma secundaria*— conecta el comportamiento contrario a una consecuencia jurídica, la sanción. Algunos teóricos —el mismo Félix KAUFMANN entre ellos— han otorgado a la segunda oración el significado de una exigencia y confundido la segunda cópula con la indicación de un nuevo deber individual. Pero ello sólo es posible si se introduce aquí la norma de deber para algún funcionario público de infligir la sanción[57], procedimiento que sólo pueden utilizar consecuentemente quienes ven en el Derecho sólo la regulación del comportamiento de los funcionarios y que, según ya hemos visto, es falso desde dos puntos de vista: el práctico, porque no siempre el funcionario tiene el deber de infligir la sanción según el derecho positivo (como sucede en el Derecho penal cuando está autorizado a prescindir de la sanción en ciertos casos o cuando rige el principio de oportunidad total o parcialmente o en el Derecho privado cuando el titular del Derecho de acción no lo ejerce), y el teórico, porque, incluir la supuesta norma de deber del funcionario que inflige la pena, nos conduce a un *regressus ad infinitum*, a una cadena infinita de normas, sin posibilidad lógica de conclusión[58].

Pero la función del Derecho no se agota en la tarea de fijar los presupuestos del deber jurídico, ni, consiguientemente, en la separación, dentro de un universo de acciones posibles para alguien, de las acciones u omisiones antijurídicas de aquellas que son jurídicamente libres[59], para limitar la libertad natural del ser humano. Cuando el

57 KAUFMANN, F., *Logik*, ps. 89 y ss., dice: "El sujeto de la norma jurídica secundaria es determinado casi siempre por el orden jurídico, de tal manera que él mismo puede ingresar otra vez como norma primaria en una regla jurídica nueva". El esquema que arriba traducimos representa una norma completa pero aislada; en el orden jurídico, ella se integra con una serie de otras normas que expresan quién tiene el deber de llevar a cabo el comportamiento C2 y qué comportamiento es debido frente a él, si no cumple con este deber, y así sucesivamente.

58 WELZEL, *Macht und Recht*, p. 293, y *Gesetz und Gewissen*, p. 299, ha desarrollado muy bien esta crítica: *quis custodiet custodes ipsos?*, cf. el argumento de ROSS, *Lógica de las normas*, ps. 87 y 88, contra la teoría del Derecho-sanción, fundada en la cadena, necesariamente sin fin, de normas.

59 Que sepamos, el primero en observar este fenómeno, que no es característico de otros ordenamientos normativos, fue Paul Johann Anselm VON FEUERBACH. En sus trabajos iniciales (*Versuch über den Begriff des Rechts* y *Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte*) ya advertía que la facultad o la potestad (*Befugnis*) era un concepto propio de lo jurídico y extraño al mundo moral, aunque su tesis principal sólo hace alusión al derecho subjetivo de usar directamente la fuerza para impedir intromisiones ajenas (cf. VON FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, ps. 214, 238 y 250).

Derecho regula el testamento para que podamos disponer de nuestro patrimonio después de muertos, no obliga ni manda, no limita la libertad natural de las personas, sino que, por el contrario, posibilita el ejercicio con sentido de la libertad jurídica, al regular un acto mediante el cual pueden lograrse determinados efectos o consecuencias jurídicas. Lo mismo sucede cuando el Derecho procesal define aquello en lo que consiste un recurso contra una decisión jurisdiccional, determinando las condiciones de modo, tiempo y lugar que caracterizan el acto y estableciendo que, si se lleva a cabo conforme a Derecho, produce un efecto característico: la decisión será revisada por el mismo u otro tribunal, según el caso. Otro tanto ocurre cuando el Derecho constitucional explica las condiciones bajo las cuales un proyecto se transforma en ley.

Por lo demás, no toda acción que se emprende dentro de la zona jurídicamente libre tiene el mismo valor. No es lo mismo expresar nuestro deseo sobre la división de nuestro patrimonio después de muertos, oralmente, en rueda de amigos, que testar conforme a la ley; tampoco representa lo mismo expresar verbalmente nuestra disconformidad con una sentencia injusta, que recurrirla; existe una diferencia apreciable entre una entrevista televisiva a los legisladores, sobre el tema de la pena de muerte, y la reunión del parlamento en la cual se discute el tema, con motivo de la sanción de una ley penal. El Derecho cumple aquí la función de describir ciertas clases de comportamientos, mediante los cuales el ser humano se relaciona con otros en forma jurídicamente válida, conectando a esos comportamientos consecuencias jurídicas precisas; por ende, esas normas posibilitan al hombre la conexión jurídica con sus semejantes y la realización de diversas pretensiones. Y estas reglas jurídicas no sólo están a disposición del hombre como persona privada, como individuo, sino también a disposición de la organización social, en tanto ellas determinan quién lleva a cabo las tareas o asuntos del Estado, en qué casos lo hace y de qué manera cumple con su función. Se separa así, del ámbito de lo jurídicamente libre, toda acción que tiene alguna consecuencia jurídica, de aquellas que son jurídicamente indiferentes.

Como H. L. A. HART expresa, la tarea de estas reglas consiste en conceder a los individuos potestades jurídicas, expresión bajo la cual se debe entender tanto las potestades privadas como las públicas[60].

[60] HART, *El concepto de Derecho*, cap. III, 1, ps. 34 y siguientes.

De allí el nombre de *normas potestativas* que utilizamos. Así, pese a su diferente función específica, ingresan dentro del mismo concepto las reglas que definen el poder (la competencia) y el procedimiento legislativo para crear y derogar otras normas, las que establecen la competencia y el procedimiento judiciales y las que conceden a los individuos diversas facultades que les permiten variar su situación jurídica por creación de estados o formas, de los cuales, a su vez, emergen deberes o potestades. Consiguientemente, las más importantes funciones conceptuales de estas reglas son la *validez* o *invalidez* de un acto para producir ciertos *efectos jurídicos* (a veces llamada *vigencia*) y, desde el punto de vista del destinatario, la *potestad*, a veces llamada *facultad* y, con menor alcance, *capacidad* o *competencia*. Según se ve, observadas desde su función sería totalmente falso confundir estas reglas con las que imponen un deber. Si las últimas cumplen la función de separar los comportamientos antijurídicos de los jurídicamente libres[61] y así limitan la libertad natural del ser humano, las reglas potestativas, en cambio, operan en el campo de lo jurídico, conectando determinadas clases de acciones a una consecuencia jurídica y posibilitando así el ejercicio de la libertad jurídica restante, en lugar de limitar la libertad natural. Quien no observa estas últimas reglas no comete ningún injusto, a la manera de quien lesiona una regla de deber, sino, a lo sumo, lleva a cabo una acción inválida que no podrá alcanzar su finalidad; quien no cumple con las solemnidades prescriptas para el testamento obra lícitamente, pues el orden jurídico no prohíbe esa acción, ni la erige en una lesión jurídica; lo único que el agente no podrá esperar es que sus deseos, como expresión de última voluntad, logren la consecuencia prevista para el testamento[62].

También desde el punto de vista de la estructura formal se produce ahora un cambio, pues, al no representar la norma potestativa ninguna exigencia de comportamiento futuro, desaparece en ella el deber que lo implica, esto es, una de las cópulas (la que se refiere a la

[61] ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. II, VII, ps. 29 y ss., y cap. V, ps. 152 y ss., observa el mismo fenómeno, esto es, la diferencia entre lo que estrictamente llamamos *permitido* = no prohibido (permisión de C = no prohibición de C) y lo que algunas veces llamamos permitido para aludir a la exclusión de la acción del campo de las normas de deber (permisión de C + no obligación o prescripción de C = libertad).

[62] También en esto Paul Johan Anselm VON FEUERBACH fue pionero, su explicación y el mismo ejemplo en *Revision der Grundsätze*, t. 1, p. 71; cf. también el mismo ejemplo en HART, *El concepto de Derecho*, ps. 35 y 36.

imposición de deberes) y sólo subsiste la cópula de *deber ser* que une a una clase de acciones, abstractamente determinada, una consecuencia jurídica.

Muchas ramas del Derecho asumen prioritariamente la función normativa de estas reglas y están constituidas casi con exclusividad por este tipo de normas: el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, nuestro Derecho procesal penal y civil, partes muy amplias del Derecho privado (civil y comercial).

Consecuentemente, no hay otra posibilidad que la de explicar el Derecho como una combinación de normas de deber (prohibiciones y mandatos) y normas potestativas[63]. El intento de unificar por simplificación el contenido del Derecho, reduciendo todos sus elementos componentes (las normas o reglas) funcionalmente a normas de deber (simplificación más común) o a normas que atribuyen facultades (de competencia) fracasa y conduce a absurdos en su desarrollo final, porque no se tiene en cuenta el papel diferente que cumplen las distintas reglas jurídicas, para las personas que conviven en una sociedad.

Citamos el célebre ejemplo de HART[64], algo modificado aquí: en la circunstancia de que algunas reglas del fútbol penan ciertas acciones, prohibiéndolas y permitiendo así las restantes, y otras prevén para ciertas acciones determinados efectos, no se esconde ninguna uniformidad más que la de hacer posible el juego del fútbol; no se podría entender el juego del fútbol ni en un mínimo si, por ej., se afirmara que todas las reglas sirven para establecer sanciones.

El Derecho combina —no junta— ambos tipos de normas; ellas están interrelacionadas o interconectadas, hecho del cual parecen derivar las exageradas pretensiones monistas de uniformidad. En un orden jurídico moderno, por ej., las reglas potestativas tornan posible la determinación del contenido y la consecuencia jurídica de las normas de deber, al conceder potestades públicas legislativas (Derecho constitucional) o al conceder a los sujetos de derecho la facultad privada de transformar voluntariamente su situación jurídica, con relación a las reglas de deber (Derecho privado), o posibilitan la efectividad de las normas de deber, al regular su realización y afirmación cuando son menospreciadas (Derecho procesal). Pero también puede decirse que las normas de deber existen en razón de las normas potestativas, porque agradecen su existencia a aquéllas, o protegen bie-

[63] Así HART, *El concepto de Derecho*, cap. V, ps. 99 y siguientes.

[64] HART, *El concepto de Derecho*, p. 51.

nes jurídicos que aquéllas establecen, o su efectivización depende de aquéllas. Sin pretender agotar el tema de esta relación, también es concebible cierta anormalidad aparente en ella (*relación anómala*), como cuando el mismo acto, pese a estar en cierta manera prohibido, resulta válido[65], lo cual ocurre, por cierto, raramente. Es posible que un matrimonio sea válido y produzca las consecuencias jurídicas previstas para él, pese al incumplimiento de la obligación de obtener la venia paterna que conduce a una sanción, la pérdida del derecho a la dote. La tensión que se observa entre lo obligatorio y lo facultativo, pues un mismo acto parece ser a la vez antijurídico y válido, se diluye si pensamos que los sujetos están facultados a contraer matrimonio aun sin la venia paterna y, por ende, el acto es válido con o sin la venia. La materia del mandato, en cambio, es el deber de lograr la venia paterna o acudir al permiso estatal que la reemplaza, antes de contraer matrimonio y, si se obra de otra manera, se amenaza la pena. Sin embargo, la explicación más racional para el ejemplo es decir tan sólo que se trata de un matrimonio sin dote, esto es, de un matrimonio válido que genera todos sus efectos jurídicos menos el de recibir la dote.

El Derecho penal prohíbe a veces el comportamiento del funcionario que recibe una dádiva por la acción realizada o a realizar, sin interesarle la validez y corrección del acto y aun suponiendo que él es correcto, porque entra en el ámbito discrecional del poder de decisión del funcionario o porque él es debido; aquí es posible la misma explicación anterior: el funcionario está facultado a realizar la acción y ella en sí no es antijurídica, y sólo la recepción de la dádiva constituye la violación de una norma de deber, lo que se muestra con claridad en el caso de la recepción posterior de una dádiva.

El Derecho procesal penal ha brindado también ejemplos similares: está prohibido el empleo de la coacción para lograr del imputado datos que le son desfavorables y el acto, como tal, no puede provocar su efecto jurídico característico, servir de fuente de conocimiento para fundar la decisión de hecho que reconstruye el comportamiento del acusado en sentido desfavorable a él (CN, 18; CPP Nación, 296); el mismo acto, sin embargo, ha sido considerado muchas veces hábil como fuente de conocimiento para lograr otros medios de prueba que verifiquen un hecho en contra del imputado (por ej., el secuestro del

[65] Cf. VON FEUERBACH, *Revision der Grundsätze*, ps. 71 y 72. El ejemplo que sigue es tomado de él, aunque transformado. Cf. también ROSS, *Lógica de las normas*, ps. 123 y siguiente.

objeto o de los instrumentos del delito), solución sobre la que aquí no abrimos juicio valorativo; el acto, pese a la infracción de la regla de deber, puede ser, sin duda, valorado a favor del acusado cuando contiene elementos en ese sentido, aunque hayan sido obtenidos por medios de coacción prohibidos que lo tornen punible.

Para completar la descripción del contenido de un orden jurídico, debemos agregar a las ya estudiadas (normas de deber y potestativas) otras *reglas de autorización* o *meros permisos* (causas de justificación) que van a influir en la determinación concreta del ámbito del deber, permitiendo, en casos específicos, transgredir un mandato o una prohibición, esto es, llevar a cabo una acción genéricamente prohibida u omitir una mandada. Estas últimas reglas —sin ánimo de abarcar ahora su estudio profundo— son un caso particular de la mera permisión positiva, en tanto, juntamente con las normas de deber, cumplen la función de determinar el límite entre lo obligatorio y lo libre; a contrario de las reglas de deber, no parten desde lo obligatorio, sino desde el ámbito de libertad jurídica, y significan una expresa permisión en situaciones específicas, ya no como resto silencioso de lo obligatorio, sino como afirmación positiva de lo permitido, en casos de excepción. En el discurso normativo regular de las legislaciones positivas, estas reglas de autorización aparecen como excepciones a las normas de deber, que impiden, en una situación particular, la concreción de un deber jurídico[66]. Pese a indicar una autorización, no pueden confundirse con las que hemos llamado normas potestativas, pues su función no consiste en conectar un acto —el ejercicio de una facultad— con una consecuencia jurídica, sino que reside en la simple negación del deber en determinadas situaciones, en la limitación del campo de acción de las prohibiciones y de los mandatos. Por ello, estas reglas de autorización no están vinculadas con las categorías de validez o invalidez de un acto para provocar ciertas consecuencias jurídicas, categorías propias de las normas potestativas. De allí la complejidad de lo que llamamos usualmente *permitido*, unas veces el resto silencioso de lo obligatorio, otras el resultado de una permisión positiva específica, complejidad que los analistas lógicos han advertido[67], pero que no han logrado destacar suficientemente en sus sistemas.

[66] Cf. ROSS, *Lógica de las normas*, ps. 114 y 116: "Las normas de permiso tienen la función normativa de indicar, dentro de un sistema, cuáles son las excepciones a las normas de obligación del sistema".

[67] VON WRIGHT, *Un ensayo de lógica deóntica*, ps. 27 y ss.; entre nosotros: ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, ps. 71 y siguientes.

Restan aún, en todo ordenamiento jurídico, ciertos enunciados que no son normativos en sí mismos, sino que cumplen la tarea secundaria de determinar el alcance de una norma; ellos pueden ser de distinta índole: los hay *semánticos*, como las definiciones de ciertos conceptos (por ej., arts. 77 y 78, CP), o *témporo-espaciales*, como los que fijan el ámbito de aplicación de las reglas pertenecientes a alguna de las ramas del Derecho.

Regla y norma jurídica han sido utilizadas aquí como sinónimos, pero vale la pena advertir que la expresión norma ha traducido siempre históricamente una exigencia hacia el comportamiento humano, esto es, un *deber* de obrar o de omitir y, por ello, no parece acomodarse muy bien a la descripción de potestades o facultades; parece útil, no obstante, conservar convencionalmente la expresión norma para aludir a las unidades semánticas mediante las cuales el Derecho se expresa, pues, a pesar de la diferencia de funciones de ambas clases de reglas principales que estudiamos, cierta semejanza esencial sigue presente en ellas: no cambia el plano óntico en el cual se mueven o al cual pertenecen. Ambas clases de normas son abstractas, se expresan sólo por medio de palabras o conceptos generales que describen una clase de comportamiento y se dirigen siempre al mundo futuro con la pretensión de verse practicadas, esto es, aplicadas por acciones (u omisiones) humanas concretas; su estructura formal guarda un mínimo de similitud, a saber, la descripción de una clase de acciones (el tipo abstracto) y la conexión de su realización o de la falta de realización efectiva de una acción, perteneciente a esa clase, con una consecuencia jurídica; ambos tipos de reglas se utilizan para *criticar* o *valorar* comportamientos por referencia a ellas, tanto de parte del agente y sus semejantes (terceros), como de quien, posteriormente, tiene que juzgar el acto[68].

C. VIGENCIA

No ganaríamos nada con ponernos de acuerdo sobre el significado conferido a la palabra *norma* como unidad elemental del orden jurídico, con definir este concepto y sus especies, precisar su función y estructura formal, si no pudiéramos determinar cuáles son las que integran un sistema jurídico específico que rige el comportamiento de las personas en un determinado tiempo y lugar, en nuestro caso, un

68 Cf. HART, *El concepto de Derecho*, p. 41.

orden jurídico nacional actual (o histórico) o, lo que es lo mismo, qué contenidos materiales albergan esas estructuras formales designadas como normas, con valor para regular el comportamiento de los individuos en circunstancias témporo-espaciales determinadas. De allí que la definición usual del Derecho califique a los miembros que la integran, las normas o las reglas, como *vigentes* (aquí o en otro lugar, ahora o antes) y que la misma designación de nuestro objeto apenas tenga sentido sin ese adjetivo a su lado (*Derecho vigente*)[69]; es también por ello que la cualidad de regir, de ser vigente, constituye uno de los problemas principales de la filosofía del Derecho y que éste se confunda, prácticamente, con las connotaciones materiales e ideológicas que intervienen en su precisión, con la pregunta acerca de la "naturaleza del Derecho", de lo que *es* el Derecho.

Según su finalidad, no es ésta la obra ni el lugar para ocuparse extensamente del punto, pero, precisamente por las implicaciones que supone su solución, vale la pena intentar aclarar nuestro pensamiento esquemáticamente, aspecto que redundará en beneficio del lector, quien, desde el comienzo, podrá conocer los puntos de partida de la idea que, del Derecho, tiene del autor.

1. Los distintos criterios

Afirmar que una norma determinada es vigente —que rige— es lo mismo que predicar de ella que es *válida* o que el acto que la instituye fue realizado conforme a las condiciones previstas para su validez. El tipo de razonamiento que supone esta afirmación ya lo conocemos: para responder a la cuestión de si un acto es válido, esto es, de si debe provocar los efectos jurídicos (consecuencias) que le son propios, es preciso compararlo con una regla (*potestativa*) que define abstractamente la clase de acción —o de las acciones humanas combinadas— idónea para provocar la consecuencia; para el caso, se trata de la confrontación con la norma que establece las condiciones bajo las cuales se expresa otra norma, hábil para regular el comportamiento de las personas, circunstancia que, de ordinario, significa establecer quién (*competencia* o *capacidad*), cómo (*procedimiento legislativo*) y, eventualmente, con qué contenido limitado se puede sancionar o poner en vigor una regla jurídica, incluyendo aquí las posibles etapas de su publicación y promulgación. Esta forma de proceder es típica-

[69] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, ps. 10 y 11.

mente normativa, vale decir, constituye la aplicación de un tipo de razonamiento, el normativo, opuesto al empírico, y, por ende, define lo que significa validez o vigencia desde el pensamiento jurídico[70]. *Vigencia* es, así, sinónimo de *validez* (normativa) o, si se quiere, la primera representa una subclase de la última, quizá de contenido más amplio, pues el adjetivo válido se utiliza, en general, para designar la calidad de todo acto que, cumpliendo el tipo previsto en la ley (por ej., un testamento, un contrato, etc.), produce cierta consecuencia jurídica[71]. El ejemplo más claro de esta forma de pensamiento lo proporcionan las constituciones nacionales, que prevén el órgano competente y el procedimiento legislativo idóneo para sancionar una ley, también, eventualmente, las limitaciones políticas de su contenido (supresión de la pena de muerte en el Derecho penal, necesidad de la defensa del perseguido penalmente en el Derecho procesal penal, inviolabilidad de la propiedad privada en el Derecho civil, etc.), y los demás actos necesarios para que la ley entre en vigor (publicación y promulgación)[72].

La contrapartida de estos juicios, desde el punto de vista de su negación, es la afirmación de ineficacia, la *invalidez* de un acto para provocar ciertas consecuencias jurídicas, la expresión de que la norma no está en vigor o *no es vigente*, esto es, que no pertenece al sistema o al orden jurídico del cual hablamos porque no es el producto de un acto llevado a cabo según las condiciones que impone la norma que lo regula. Este es, así, un concepto *relativo* de vigencia, relativo a que otra norma incluya o excluya del sistema a aquélla por la que preguntamos.

[70] Sobre los distintos conceptos de *vigencia*, cf. NINO, *Introducción*, cap. III, en especial ps. 132 y ss. Nuestra calificación de concepto *normativo* de la validez no se opone a su carácter descriptivo-jurídico, sobre el que informa NINO, y, según veremos, reconoce su límite en la cadena de vigencia, en el sentido de que la última regla del sistema no puede predicar vigencia de sí misma.

[71] Cf. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, ps. 26 y 30. Este fenómeno no es exclusivo de nuestro idioma; en alemán existen los mismos adjetivos, *gültig* y *geltend*, en dinamarqués *gyldig* y *goeldende*.

[72] Es opinión común que la regla que otorga validez a otra del mismo sistema tenga jerarquía superior o, en otras palabras, que la última se subordine a aquélla no sólo en el sentido de la vigencia sino en el de la jerarquía normativa; cf. VON WRIGHT, *Norma y acción*, ps. 195 y ss. De ordinario sucede así en los órdenes jurídicos nacionales, como en el ejemplo que proponemos, pero no parece que, por principio, la regla que define la validez de otra deba ser necesariamente de orden superior (jerárquicamente en el sistema), aunque el debate del tema deba quedar sólo abierto aquí.

Pero esta forma de pensar tiene sus límites. Desde el punto de vista principal, que es el que ahora nos interesa, un límite es evidente: si una norma debe su calificación de vigente a otra norma, esta última, a su vez, debe su validez a otra y así sucesivamente, de tal manera que la *cadena de subordinación*[73] sobre la validez o vigencia es infinita, pues siempre tendremos que recurrir a otra regla que otorgue vigencia, sin solución de continuidad, y así toda la explicación desemboca en un *regressus ad infinitum*. Este es el talón de Aquiles de la teoría, pues, según se advierte, al no poder asirse un eventual primer eslabón de la cadena a un cabo seguro, del cual derivaría toda vigencia, esta forma de pensar, como indica VON WRIGHT[74], parecería perder todo significado, quedar como suspendida en el aire.

Este límite del razonamiento normativo, que algunos, con razón, indican como externo[75], expresa con claridad el valor meramente *intrasistemático* que puede acordarse al significado normativo de validez o vigencia[76]. La cadena fundante no puede retroceder más allá de la norma base del sistema o del sistema mismo. Por fuera de él es preciso recurrir a otros criterios, porque, llegados a la última regla fundante de la validez, se acaban los argumentos legitimantes dentro del mismo orden de ideas.

He aquí, a nuestro juicio, el núcleo de la cuestión relativa a la vigencia jurídica. Si dejamos de lado el *realismo extremo*, que niega la existencia misma de los conceptos y de las normas y concibe como Derecho sólo lo que hacen los órganos de aplicación del Derecho —ordinanariamente los jueces—[77], la cuestión acerca de la vigencia de las

[73] Así menciona el fenómeno VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 203.

[74] VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 202.

[75] Cf. SOLER, *La llamada norma individual*, p. 252, y *La interpretación de la ley*, cap. X, ps. 92 y ss., en especial p. 95; CARRIÓ, G. R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, cap. IV, ps. 28 y ss., quien ejemplifica este pensamiento con el análisis del concepto de "poder constituyente originario".

[76] Cf. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, p. 26, caracteriza este uso del término *validez* otorgándole una *función interna*.

[77] Cf. SOLER, *Las palabras de la ley*, cap. IX, ps. 84 y ss.; HART, *El concepto de Derecho*, cap. III, 2, ps. 169 y ss. La famosa frase de E. HUGHES, "*la Constitución de los Estados Unidos es lo que la Corte Suprema dice que es*", resume este punto de vista extremo; lo que se ha querido decir es que la Constitución de un Estado no está representada por las oraciones con significado que integran el texto constitucional, sino, antes bien, por las decisiones concretas de unas pocas personas maduras venerables. Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, ps. 34 y ss., quien no cae en ese extremo, renegando del pensamiento normativo, pero lleva la idea de vigencia, en fin, a las decisiones de los tribunales y a la predicción que desde esas decisiones puede hacerse (en ps. 45, nota nº 14, y 67, informa sobre el realismo extremo).

normas ha dividido las distintas escuelas de filosofía jurídica. Unos intentan resolver el problema acudiendo a argumentos metafísicos que se resumen en la afirmación de un Derecho anterior al Derecho positivo de factura humana, el *Derecho natural*, cuya vigencia *absoluta*, fundada en la procedencia divina, en la razón o en la naturaleza de las cosas[78] condiciona la validez de las reglas existentes, creadas por seres humanos (positivas), cuya vigencia resulta, así, reconducida en definitiva a los principios valorativos del Derecho natural. La escuela clásica del Derecho natural, sin embargo, se ha preocupado más por fijar contenidos valorativos materiales que condicionan la vigencia de cualquier regla jurídica positiva relativa a ellos, que por referir la cadena formal de la vigencia normativa a un principio de validez absoluta, *supuesto* por el observador y no *puesto* por el Derecho positivo, pero, sin duda, en esta forma de pensar anida su razón de ser.

El *positivismo jurídico*, en cambio, ha intentado eludir el recurso a las argumentaciones metafísicas, aun cuando no siempre lo ha logrado totalmente, comprendiendo como Derecho vigente las normas existentes establecidas por el hombre[79]. Es cierto que toda teoría jurídica positiva demuestra aversión por las evaluaciones externas del contenido del Derecho positivo que condicionan su vigencia[80], pero, no obstante, le ha resultado difícil escapar de toda valoración metapositiva. Se puede distinguir dos corrientes en el positivismo jurídico: una, *normativa*, cuya forma de pensar se identifica con la expuesta anteriormente, que acude a una regla básica que concede vigencia a la primera regla del sistema; otra, *realista*, que apoya la vigencia del Derecho en las decisiones de ciertos funcionarios, generalmente los que lo aplican (jueces). El positivismo normativo no logra superar la finitud de todo método normativo ya aclarada: su primera norma no comparece ante otra instancia normativa que funde su validez o vigencia y, si lo hace, pierde su carácter y la cadena comienza de nue-

78 Síntesis sobre el *Derecho natural* y sus diversas construcciones en OLIVECRONA, *El Derecho como hecho*, ps. 15 y ss.; GARZÓN VALDÉS, *Derecho y naturaleza de las cosas*; WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª edición.

79 Síntesis de los distintos significados del positivismo jurídico en OLIVECRONA, *El Derecho como hecho*, ps. 50 y siguientes.

80 Dice una verdad KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., p. 226, cuando pone distancia entre su teoría y la del Derecho natural, a pesar de reconocer cierto parentesco por la base de la teoría pura (la *Grundnorm* —norma básica— *supuesta* y no *puesta* por el legislador) y, por eso, cierto *límite* para sus afirmaciones, límite que en nuestro texto ya se ha puesto de manifiesto.

vo sin posible solución de continuidad. Es por ello que la *Grundnorm* (norma básica) de KELSEN, la *rule of recognition* (regla de reconocimiento) de HART y la *souvereign rule* (regla soberana) que culmina la cadena de subordinación de VON WRIGHT[81], o bien son reglas confesadamente *supuestas* (no dadas), es decir, *ficciones lógicas*, como coinciden en apuntar VON WRIGHT y también KELSEN en sus últimos años[82], o bien la postulación de su existencia, la más de las veces referida a afirmaciones empíricas no verificadas por los métodos propios de esas ciencias, deja sin solución el problema, porque ha renunciado, en definitiva, a predicar sobre su vigencia[83].

El realismo jurídico agrega otro contenido de la validez o la vigencia, que ahora culmina en un significado empírico como el que propone Alf ROSS, para el cual "la ciencia del Derecho debe ser reconocida como una ciencia social empírica", pues "el contenido real de las proposiciones de la ciencia del Derecho se refiere a las acciones de los tribunales bajo ciertas condiciones", dado que vigente es sólo la norma que es aplicada efectivamente por los tribunales a quienes, "en contra de las ideas generalmente aceptadas", van dirigidas las normas[84]. Pero este nuevo significado de la vigencia jurídica tiene serios reparos, aun desde su misma forma de razonamiento. Lo *real* es que juez, tribunal y decisión judicial o de aplicación del Derecho no son calidades empíricas o fácticas, sino conceptos, y, más allá aún, sólo son definibles por comparación con una norma del orden jurídico, de la cual hay que predicar si está o no vigente, con lo que el razonamiento se vuelve también circular y retorna al punto de vista normativo. Y el reparo no es tan fácil de contestar, como lo supone Alf ROSS, recurriendo a la vigencia como cualidad atribuida al orden jurídico como un todo[85], pues la *realidad* —sería mejor utilizar la palabra *experiencia*— nos enseña que para predecir las decisiones futuras de los tribunales, en lo que se resume la función de la ciencia del Derecho según ROSS, acudimos invariablemente a reglas, a normas que, como

[81] Para una exposición sintética y personal de estas diferentes posiciones, cf. GARZÓN VALDÉS, *Modelle normativer Geltung*, ps. 41 y siguientes.

[82] Cf. VON WRIGHT, *Un ensayo de lógica déontica*, p. 116; KELSEN, *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, p. 147 (reproduce el contenido: *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. XIII).

[83] VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 202.

[84] ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, ps. 34 y siguientes.

[85] ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 36.

ya lo expusimos, nos permiten anticipar el valor de nuestros actos y el de nuestros semejantes, incluidos aquí los jueces. La situación no varía si se trabaja con el método del precedente jurisprudencial, pues, excluyendo la distinta forma de definir al *legislador competente* que implica el sistema, el juicio siempre se refiere a una regla o norma que se obtiene de uno o varios precedentes, según el sistema, y que rige las posibles acciones futuras. Pero el principal problema de la forma de razonamiento realista lo constituye, a mi juicio, la falta de proposición de un método riguroso a seguir para obtener conclusiones valederas sobre lo que se intenta averiguar, con lo cual se objeta ese modo de pensar desde su propio punto de partida. Si en verdad se pretende algo más que un recurso teorético para soslayar la finitud del método normativo —algo más que el mero escepticismo ante las normas— para fundar una ciencia positiva, y se tiene conciencia de la vida práctica a la que está destinada la llamada *ciencia jurídica* —ciencia aplicada—, es preciso, al lado del recurso a la observación empírica propuesto, explicar el método que nos conduce a conclusiones válidas (con lo cual establecería una regla o estándar normativos sobre la vigencia). Será por ello que Alf Ross confiesa que las afirmaciones sobre la vigencia del Derecho "no pueden pretender nunca certeza absoluta, sino que sólo pueden ser sostenidas con un mayor o menor grado de probabilidad...", y que "esta probabilidad puede tener un valor que va desde la virtual certeza a la probabilidad escasa"[86], y que, sin poder dar prueba de ello, supone en los jueces, como presupuesto de un orden jurídico eficaz, "un sentimiento vivo y desinteresado de respeto y obediencia hacia la ideología jurídica en vigor"[87].

Lo cierto es que el realismo jurídico, como forma de superar la finitud del criterio normativo de validez o vigencia, plantea también problemas insuperables. Si se supone que los jueces son obedientes a la ideología jurídica en vigor —sentencia discutible desde el mismo punto de vista realista, pero que padece más del error de contener lo definido en la definición: *vigor*—, no me explico cómo averiguarán ellos rigurosamente esa *ideología* si carecen de una instancia y un método —aunque sólo sea empírico— para fundar su decisión en ese sentido y poder representar su papel de fieles devotos de esa ideología.

[86] ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 44.

[87] ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 53.

¿Y cómo criticar una decisión por equivocada si se carece de una instancia normativa ante la cual ella debe comparecer?, ya que la decisión del juez *constituye* la vigencia de las reglas que aplica y, por lo tanto, no *justifica* esa vigencia en una regla heterónoma, aunque más no sea en la que emerge de uno o varios fallos de ciertos tribunales[88]. La falta de método para averiguar la vigencia del Derecho, esto es, el recurso a la experiencia sin rigor, no aparecerá como problemática en los casos obvios como, por ejemplo, si se discute la vigencia de la regla que prohíbe el homicidio, pero el fenómeno alcanzará su exacta dimensión en los casos en que, precisamente, se necesita averiguar la vigencia de una regla discutida. ¿Habrá imaginado el realismo jurídico un país en el que, como entre nosotros, pretendieron vigencia, al mismo tiempo, instrumentos jurídicos base del sistema totalmente opuestos entre sí (la Constitución nacional y ciertos "actos institucionales" de quienes ejercen el poder "de hecho")?

Existe aun otro tipo de *realismo* que recurre a la observación empírica —algo más difusamente— para fundar la vigencia del Derecho. Se trata ahora de exigir que la norma, a grandes rasgos, sea *efectiva*, circunstancia que, aunque constituye un concepto vago, pertenece al campo del ser y es, en potencia, investigable empíricamente. En realidad, el recurso a la *efectividad* para definir al derecho positivo parece confundirse, en principio, con el *reconocimiento general* como fundamento de la vigencia de un orden jurídico. En KELSEN, por ejemplo,

[88] Recuérdese que, en teoría, la regla emanada de (los fundamentos de) una o varias sentencias sigue siendo una norma de aplicación futura en un sistema que la declara aplicable.

Un caso extremo está representado por la sentencia de última instancia o por la sentencia firme. Aun esta decisión puede ser criticada como errónea. El Derecho no cumpliría su fin práctico si no estableciera un punto final para la discusión de un conflicto social y permitiera que él se pudiera debatir eternamente. En efecto, nadie contrataría si no supiera por anticipado que, en caso de discusión sobre la existencia o alcance del contrato, alguna autoridad resolverá definitivamente el conflicto; nadie abriría un proceso si él pudiera durar eternamente. Sin embargo, el Derecho, incluso a costa de su propia eficacia, contiene instrumentos que indican claramente su esfuerzo por lograr una decisión conforme a las normas vigentes; los diferentes recursos y hasta, en ciertos casos, la revisión de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la regla que permite la casación de la sentencia por fundamentación errónea, la definición del delito de prevaricato son ejemplos de ello. El Derecho no predica que las sentencias de los jueces de última instancia son *infalibles*, sino tan sólo que son *definitivas*, por la razón práctica apuntada. Y hasta la propia averiguación acerca de cuál es la decisión definitiva y el alcance de esta proposición requiere la confrontación con una norma jurídica. Cf. HART, *El concepto de Derecho*, cap. VII, 3, ps. 176 y ss.; y mi obra, *Función normativa de la nulidad*, p. 78.

no se trata de reclamar *efectividad* para cada regla observada o aplicable, sino de afirmar que un orden jurídico funciona porque, en general, se lo observa como regulador de la vida social[89]. Para él, la *Grundnorm* (norma básica o fundamental) sólo cumple un papel lógico-trascendental (teorético-cognoscitivo), en cuanto de una realidad no puede derivarse el fundamento de la vigencia o validez de una norma, sino que ese criterio es derivable siempre de otra norma, esto es, de la norma básica, que contendría entre sus elementos, sin embargo, la apelación a la *efectividad* como condición de la vigencia de la primera regla positiva; algo así como "obedece a la Constitución si ella y las normas generales e individuales que se dictan en su consecuencia son, a grandes rasgos, efectivas"[90]. La norma fundamental sería la premisa mayor de un silogismo deductivo que responde al por qué (fundamento) un sistema de normas es vigente, mientras que la efectividad jugaría el papel de premisa menor de ese silogismo (afirmación fáctica), como *condición* de la vigencia, que permite concluir en que el ordenamiento jurídico positivo rige o no rige. Casi es innecesario recalcar que el recurso a la *efectividad*, ciertamente bien estructurado lógicamente por KELSEN, choca con los mismos problemas que el realismo clásico, por lo que le son aplicables las mismas advertencias y objeciones.

2. La utilización de los distintos criterios en el ejemplo de KELSEN

Sin embargo, vale la pena meditar sobre los fundamentos de vigencia que proporciona la teoría pura del Derecho de KELSEN, no sólo porque ha sido reconocida universalmente como el esfuerzo más completo y logrado de una teoría general del Derecho en este siglo, sino porque, además, acude a varios significados de vigencia[91], entre los cuales se encuentran los dos principales —el *normativo* y el *empírico*— que aquí hemos desarrollado. El conocimiento de las críticas contra esa teoría nos acercará nuevamente a la dimensión real del problema.

[89] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., ps. 92, 215, 279 y ss., y 293.

[90] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., ps. 196 y 214; *Das Problem der Gerechtigkeit*, apéndice de la 2ª ed. de *Reine Rechtslehre*, ps. 442 a 444, nº 52.

[91] BULYGIN, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, p. 1311, señala tres significados diferentes de vigencia en KELSEN, aparte de la utilización como sinónimo de obligatoriedad.

La teoría de la *norma básica* o *fundamental* (*Grundnorm*), pilar sostenedor de la teoría normativa sobre la vigencia jurídica de KELSEN, ha sido indicada como un caso especial de afirmación del Derecho natural[92]. La razón de ser de esa afirmación consiste en que el criterio de validez o vigencia de un orden jurídico reposa, en última instancia, en una norma básica supuesta por el intérprete como, por ejemplo, "obedece a la primera Constitución", esto es, cualquier contenido que *suponga* la fuerza vinculante de la primera (o última) norma positiva, de la que se deduce (o a la que se reconduce) la vigencia de todas las demás normas positivas, y no en una norma *existente*[93], por lo tanto, *Derecho positivo* para su terminología y punto de partida. Aquí es claro que nos enfrentemos con un *límite* de la teoría, pues, si la norma básica no existe en la realidad, aquello que contradice la base de la teoría que pretende la reducción del Derecho al *puesto* por el hombre —el legislador—, sin condicionarlo al *supuesto* por el intérprete, es claro que se trata de una *ficción*; *ergo*, el principio del que parte la teoría pura para fundar la fuerza vinculante o la obligatoriedad del Derecho no emerge del mismo sistema de Derecho positivo, sino que acude a reglas —una por lo menos— que están fuera de él, y de allí el parentesco con el Derecho natural. Por lo demás, es claro también que *suponer* la obligación de obedecer a la Constitución para conceder fuerza vinculante al Derecho positivo implica una toma de posición ideológica, según las bases políticas que sustenta la Constitución que hay que obedecer, toma de posición que el texto —sólo aparentemente neutro— oculta. Para advertirlo, basta seguir por el mismo camino y, en lugar de *suponer* como texto de la norma básica "obedece a la Constitución", convertir esa suposición negándola —¿por qué no?—: "no obedezcas a la Constitución"; el resultado real se transforma radicalmente. Tiene razón así Alf ROSS cuando expresa que "la 'validez' atribuida al Derecho, fundada en la norma básica hipotética, no tiene cabida en el campo del conocimiento y no es otra cosa que una cobertura ideológica para reforzar

[92] Cf. ROSS, *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural*, ps. 19 y ss.; *Nota al libro de KELSEN '¿Qué es la justicia?'*, ps. 36 y ss.; *Lógica de las normas*, p. 146. El mismo KELSEN advierte la crítica así formulada citando a D'ENTRÈVES (la norma básica de KELSEN es "*nothing but a natural-law proposition*"), *Das Problem der Gerechtigkeit*, p. 442, nota 132 (ver nota nº 90).

[93] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., cap. V, *a*, *b*, *c* y *d*, ps. 196 y ss., y *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, p. 147.

el orden establecido. Con otras palabras, no es otra cosa que una reminiscencia iusnaturalista no superada, que perdura dentro de la teoría pura del Derecho"[94].

KELSEN mismo ha reconocido hasta cierto punto esa crítica. Como con justicia apunta Alf ROSS "con una apertura mental admirable, KELSEN ha revisado posteriormente sus ideas", sobre todo en torno a este último fundamento de validez que la norma básica representa: "Yo he hablado en mis obras anteriores de normas que no tienen el sentido de actos de volición. Toda mi teoría de la norma fundamental la he representado como una norma que no tiene el sentido de un acto de volición sino que estaba presupuesta en el pensamiento. Ahora debo confesarles, señores, que no puedo seguir más manteniendo esa teoría, que tuve que abandonar esa teoría. Pueden Uds. creerme que no fue nada fácil abandonar una teoría que he defendido durante décadas. Yo la he abandonado al reconocer que un deber ser [*Sollen*] tiene que ser el correlato de una volición. Mi norma fundamental [*Grundnorm*] es una norma *ficticia* que presupone un acto de volición *ficticio* que instituye esa norma. Es la ficción de que alguna autoridad quiere que eso deba ser. Uds. me reprochan con razón que yo hablo en contra de una teoría propia, defendida por mí mismo. Ello es totalmente correcto: yo tuve que modificar mi teoría de la norma fundamental y su exposición. No puede haber normas meramente pensadas, esto es, normas que tengan el sentido de un acto de *pensamiento*, y no el sentido de un acto de volición. Lo que se piensa en la norma fundamental es la ficción de un acto de volición que no existe realmente"[95]. Tal reconocimiento, empero, había llegado antes en la segunda edición de su *Teoría pura del Derecho*, con juicio certero al que no le faltan ni le sobran palabras: "En ello, en que una teoría jurídica positivista funda la vigencia del Derecho positivo en una norma fundamental que no es puesta sino presupuesta, es decir, no es ninguna norma del Derecho positivo, cuya vigencia objetiva ella funda, y también según una teoría de Derecho natural la vigencia del Derecho positivo se funda en una norma que no es ninguna norma de Derecho positivo pero que oficia como medida de su valor, se puede divisar *cierto límite* que le está marcado al principio del positivismo jurídico; y se puede designar como meramente relativa, no absoluta, la diferencia entre una teoría jurídica positivista y una teoría jurídica de Derecho natural. Pero la diferencia es suficientemente grande como para eliminar el punto de vista que ignora esa diferencia, afirmando que la teoría de la norma fundamental defendida por la teoría pura del Derecho es una teoría jurídica de Derecho natural"[96].

[94] *Nota al libro de* KELSEN *'¿Qué es la justicia?'*, ps. 36 y ss. Increíblemente, ROSS desemboca en otro artículo del mismo libro en una afirmación prácticamente idéntica a la norma básica propuesta por KELSEN: "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de Derecho Constitucional", ps. 49 y ss. El que se trate de un crítico de KELSEN, integrante de la escuela realista, demuestra hasta qué punto estamos ante un problema límite, irresoluble por el mismo razonamiento normativo.

[95] KELSEN, *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, ps. 119 y 120; ROSS, *Lógica de las normas*, ps. 146 y 147, donde pueden leerse traducidos los párrafos citados.

[96] KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., p. 226 (traducción y cursiva nuestra); cf. KELSEN, *Das Problem der Gerechtigkeit*, ps. 442 y ss., nº 52 (ver nota nº 90).

Pero el sentido de infinito que trae aparejado el pensamiento normativo acerca de la validez o vigencia tiene un límite en la teoría pura, pues, según ya lo observamos, KELSEN acudió a los dominios del *ser* —es decir, del razonamiento empírico— para afirmar la vigencia del *deber ser*, para seguir su propia denominación. Esto es lo que implica, en definitiva, su criterio de la *efectividad*, propuesto para identificar los sistemas jurídicos vigentes, por más que ese criterio no coincida con la aplicación de la norma o la decisión de los funcionarios competentes para administrarla y sólo exija que ella, a grandes rasgos, sea efectiva (obedecida). Esta condición, que viene a completar el papel teorético-cognoscitivo de la norma básica, exigiendo como premisa que ella conceda vigencia a un orden jurídico efectivo, conduce también a problemas insuperables. En principio, el concepto a que se refiere, la observación y aplicación a grandes rasgos de la Constitución, que la norma básica legitima, es, aunque relativo a la verificación empírica, impreciso, vago, de manera tal que el método para verificarlo ni se propone, ni parece representar otra cosa que la experiencia y el olfato de los juristas. En segundo lugar y según ya advertimos, la afirmación, más aún cuando carecemos de un método estricto para averiguar la premisa (por ej., la verificación de que la mayoría de la población de un Estado, por intermedio de representantes elegidos al efecto, haya votado y expresado su consenso con la Constitución), se acerca más a un principio ideológico que pretende "reforzar el orden establecido" —conservadorismo extremo[97]— que a un fundamento científico, aprehensible por el conocimiento riguroso, sobre la vigencia del orden jurídico.

En el punto al que hemos arribado, todas las afirmaciones son discutibles con cierto éxito. Lo real es que se utilizan dos significados distintos de validez o vigencia, uno normativo y otro empírico, según los hemos denominado, y que, conforme a ellos, la teoría pura no parece ni tan pura ni totalmente fundada en un extremo. Pero la relación entre el ser y el deber ser, entre realidad y exigencia, en fin, entre poder y Derecho no es, por lo demás, un problema único de la teoría pura, sino que su solución constituye —como en ella— uno de los problemas límites de toda teoría filosófica práctica[98]. KELSEN se ha defendido contra los argumentos críticos, pero sus defensas, aun cuan-

[97] Cf. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, ps. 17 y siguientes.

[98] Cf. HARTMANN, *Das Problem des geistigen Seins*, 3ª ed., ps. 272 y siguientes.

do contienen explicaciones atendibles y hasta cierto punto correctas, no alcanzan para edificar sobre ellas la certeza de su teoría. Su afirmación de que la norma básica supuesta sólo cumple un papel teorético-cognoscitivo, para poder, desde allí, edificar un sistema de Derecho vigente, no elimina el problema que ella constituye una ficción, vale decir, una afirmación infundada y externa al Derecho positivo, como él mismo lo ha reconocido y, en cuanto se utilice para legitimar una Constitución concreta de contenido determinado, una "cobertura ideológica para reforzar el orden establecido" o que se pretende establecer. Por el otro lado, su apelación a la efectividad como apoyo fáctico, a más de constituir un concepto vago, tal como se lo define, varía en ciento ochenta grados el significado con el que se utilizan los conceptos de validez o vigencia, y concreta el apoyo teórico al orden establecido. Más convincente es su defensa contra la línea de reproches que ubica su teoría como un caso especial de Derecho natural, porque, aun cuando con ciertos límites, según KELSEN lo ha admitido en el texto que parafraseamos, la diferencia entre su teoría y las clásicas de Derecho natural es tan grande, que aquélla siempre ha valido como contraposición al iusnaturalismo y reacción frente a él; según él, la norma fundamental proporciona únicamente el fundamento normativo de la vigencia del Derecho positivo (carácter *teorético-cognoscitivo*) y no tiene ningún significado *ético-político*, como medida de valor que condiciona la vigencia de sus reglas, pues, como expresión de contenido, ella está vacía. Sin embargo, no es totalmente cierto que la norma básica carezca de contenido: por un lado manda obedecer el orden establecido —que tiene un fundamento y un contenido político determinado—, reconociéndolo y brindándole apoyo teórico, y, por el otro, la apelación a la efectividad tiene contenido ideológico suficiente, salvo que pueda afirmarse con fundamento que lo efectivo es siempre lo justo y adecuado y, por ello, lo vigente.

Todavía es posible advertir otro sentido con el que se utiliza la expresión *vigencia jurídica* en la teoría pura. Básicamente, el criterio consiste en atribuir vigencia a todo contenido normativo que una sentencia firme o de última instancia use para fundar su decisión, con lo que el significado normativo del que se partió ha arribado al polo opuesto del *realismo extremo*, después de un largo recorrido[99].

[99] Ello sucede al final de la teoría, cuando se trata de la construcción *dinámica* del Derecho en la que ella desemboca, y, a nuestro juicio, como consecuencia ineludible de su concepción monista del Derecho como "Derecho de la sanción". El punto de vis-

La posibilidad de una sentencia definitiva, con autoridad de cosa juzgada, que se aparte del principio fundamentador que recorre desde las normas más generales o superiores hasta la individual o inferior (la sentencia), condujo a KELSEN a afirmar la *alternativa* para el órgano de aplicación (juez), creador de Derecho, de decidir conforme al contenido de la regla vigente que determina previamente la solución del caso particular o crear para su decisión una norma individual contraria a aquella, según la cual obra. "Ambas normas constituyen una unidad" y "el hecho de que el orden jurídico otorgue carácter de cosa juzgada a una decisión judicial de última instancia, significa que no sólo es vigente una norma general que determina anticipadamente el contenido de la decisión judicial, sino también una norma general según la cual el tribunal puede determinar por sí mismo el contenido de la norma individual creada por él"[100]. Como se observa, el concepto de validez o vigencia, antes un concepto relativo que representaba la concordancia de un hecho humano con una norma que preveía sus efectos o consecuencias jurídicos (concepto normativo de validez), cambió bruscamente de polo y ahora significa que el hecho de que un juez lo afirme concede vigencia a la norma (otro concepto empírico-fáctico de validez). BULYGIN afirma, con razón, que "de este modo, todas las normas [posibles, diríamos nosotros] de un ordenamiento jurídico positivo se tornan analíticamente válidas, y la validez deja de ser una nota contingente para convertirse en una característica *a priori*"[101]. No es posible aquí volver sobre la cuestión, para dar una explicación racional y plausible del fenómeno de la decisión definitiva, prácticamente inevitable para un orden jurídico, y de la confusión común en que se incurre cuando se afirma la infalibilidad de la sentencia y se la confunde con la vigencia de su principio fundante; pero aun sin ella se advierte que este final de la teoría pura no ha descripto ninguna alternativa, sino un infinito, un universo de solu-

---

ta que refiere el Derecho a la coacción, exclusivamente, pasa por etapas sucesivas e ineludibles, si se razona consecuentemente, que conciben al Derecho como *Derecho de los funcionarios de aplicación* (en especial: los jueces), a la decisión (sentencia) como una norma *individual* de carácter *constitutivo* o *creadora de Derecho* y a la interpretación jurídica como una operación *política* por contraposición a una tarea cognoscitiva del intérprete, para arribar por este camino a la absurda ficción de la *norma alternativa*. Aquí no podemos detenernos en esa evolución, sino tan sólo mencionar su final. Cf. en extenso mi *Función normativa de la nulidad*, ps. 15 y ss., § 2.

[100] KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., ps. 271 y ss., nº 35, *j*; citas traducidas por mí de la p. 273.

[101] BULYGIN, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, p. 1313.

ciones abiertas en el cual las normas no cumplen ninguna función y los tribunales, todopoderosos cual dioses terrenales, ponen en vigencia o conceden validez a todo lo que piensan como fundamento de su solución, así como el rey Midas convertía en oro todo lo que tocaba.

3. La ubicación real del problema y los límites del pensamiento jurídico

He aquí planteados los diferentes significados que se le han atribuido a la vigencia jurídica. En su análisis parece haber quedado suficientemente aclarados cuáles son los límites de la discusión. En especial, para el razonamiento normativo resulta claro un límite y esbozado otro, o, si se quiere, caracterizado el Derecho como *finito* desde el punto de vista de su validez, "porque no puede retroceder más allá de la Constitución sino también porque no puede avanzar más allá de la cosa juzgada"[102]. Por ello, el criterio de validez o vigencia que hemos denominado normativo se debe caracterizar como *intrasistemático*, esto es, funciona correctamente una vez individualizado un determinado sistema normativo u orden jurídico y, sin problematizar el principio último de su vigencia o validez, indica cuáles reglas rigen en ese sistema[103]. Y el método es el único correcto porque, sin referir nuestros actos a una norma anterior que fija su valor —surja esa norma de un legislador especial (asamblea constituyente), común (Parlamento) o de una o varias sentencias, según el método del precedente—, no podemos conocer su validez para lograr determinado efecto jurídico. Sólo por referencia a una regla sabemos que un procedimiento más o menos complicado —compuesto de varios actos llevados a cabo por una o varias autoridades públicas y, eventualmente, con cierto contenido— se llama ley y sus reglas integran el orden jurídico existente, vale decir, son válidas o están vigentes. Y esto es, según creo, aquello que los juristas y los jueces hacen diariamente: explican o aplican normas dictadas por una cierta autoridad, de un modo determinado y con un contenido también determinado; funcionario, método y materia competente, regulados y permitidos por

[102] Cita de SOLER, *La llamada norma individual*, p. 252; *La interpretación de la ley*, cap. X, ps. 92 y ss.; cf. también CARRIÓ, G. R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*.

[103] ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, p. 26, nº 5, caracteriza este uso del término *validez* otorgándole una *función interna*, por contraposición a la *función externa* del juicio fáctico sobre la existencia de una norma o de un determinado sistema de normas.

otra regla, normalmente de orden superior, según la cual se afirma que la explicada o aplicada está vigente. El mismo acto oficial de aplicación de la ley comparece ante una instancia normativa similar para averiguar su validez, porque no toda expresión de voluntad de un juez representa una decisión judicial.

Sin embargo, es claro también que el mismo Derecho es incapaz de fundar su propia vigencia o, lo que es igual, no puede proveer el criterio en el que se apoya su propia validez. Y ello es así no sólo porque, según vimos, el preguntar indefinidamente por el criterio de validez normativo nos conduce a un infinito de normas fundantes, sino porque resulta imposible, como en otros campos del conocimiento, que la misma ciencia provea los criterios últimos de su propia *legitimidad*. Esto es, en realidad, aquello que se esconde tras la afirmación de la *fuerza vinculante* o la *obligatoriedad* del Derecho, propiedad que la mayoría de las teorías jurídicas le adjudican y se esfuerzan por fundar. Cualquier intento de reducir la fuerza vinculante u obligante (vigencia o validez) de un sistema de normas a un primer (o último) fundamento, que no carezca en absoluto de contenido, es decir, que no sea confesadamente formal para poder trabajar intrasistemáticamente una vez que se ha aceptado un sistema dado, sólo representa, como dijo ROSS, una "cobertura ideológica", más o menos determinada, ajena en sí al conocimiento científico o, más simplemente, una decisión ético-política. Para no caer en un *regressus ad infinitum*, pues la validez de un principio, al tener que comparecer ante otra instancia, conduce a una cadena sin fin, es preciso concluir en una toma de posición *constitutiva* de la validez o vigencia (legitimidad de un sistema dado): Dios, ciertos principios predicados como inherentes a la naturaleza humana, la efectividad de un orden que se impone por la fuerza, por el reconocimiento general o por el reconocimiento individual.

El hecho de que algunas teorías aferren (o rompan) esa cadena demasiado lejos, donde todo procedimiento de verificación que no dependa de la expresión subjetiva de quien habla resulta imposible, y que otras, tales como la teoría pura, la aferren más cerca del hombre y su mundo, en lo que reconocemos intuitivamente como Derecho positivo en el actual estadio de la cultura humana, como expresión de lo que el hombre ha creado y ha impuesto históricamente —aun cuando aquí también existan zonas grises en su identificación y significado—, incluso arbitrariamente, no cambia el resultado del juicio teorético sobre el problema.

Pero lo cierto es que el hombre, en su necesidad creciente de vivir asociadamente (*coexistir*) y en una sociedad que no se caracterice por la guerra física franca de uno contra otro para imponer sus intereses o ideas, se ve impulsado a esta toma de posición constitutiva de la validez o vigencia, lo cual, en realidad, significa intentar ciertos modelos o proyectos para el ordenamiento de la vida social, cuyo punto de partida consiste en fijar valores y normas heterónomas a la voluntad individual de las personas que componen la sociedad. De allí las diversas teorías que intentan justificar esos modelos positivos.

Las teorías hoy dominantes, resumidas esquemáticamente, fundan la vigencia del orden jurídico en el *poder* de sus autoridades para imponer sus normas como obligatorias (en su realización coactiva), en el *reconocimiento general* o en el *reconocimiento individual*. Casi todas ellas tienen su lado flaco, representado siempre por concesiones a alguna de las teorías vecinas[104]. Predomina hoy, por lo menos como base confesada, aunque no siempre practicada, la teoría del *reconocimiento general*, cuyo desarrollo ha establecido el *principio de la mayoría* y, más allá aún, ha fijado las limitaciones que pretenden resguardar no sólo ciertos intereses de la o las minorías, sino también un mínimo de seguridad y dignidad individual frente al poder. Coexiste con ella, incluso positivizada, la teoría del *reconocimiento individual*: algunas constituciones intentan, aun cuando excepcionalmente, hacer valer ciertas reglas autónomas individuales frente a las reglas heterónomas generales, mediante cláusulas que autorizan a desconocer un deber establecido más o menos genéricamente, en salvaguarda de un deber de conciencia superior para el individuo o, de otro modo, impiden llevar a cabo ese deber o reaccionar contra su transgresión coactivamente, o lo transforman compatiblemente en otro deber adecuado al deber moral superior que funda la falta de reconocimiento individual[105]. La doctri-

[104] Hans KELSEN y su teoría pura, por ejemplo, parece fundar la positividad = vigencia del Derecho en una combinación de los dos primeros puntos de vista. Cf. sobre el particular, WELZEL, *Rechtsgeltung*, ps. 13 a 16, y 27 y siguiente.

[105] La excepción se refiere casi siempre al servicio militar armado y su transformación en servicio civil comunitario gratuito. Cf. art. 4, III, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Se ha positivizado también el derecho individual a alzarse contra quien pretende subvertir o subvierte el orden constitucional básico (división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; poder popular expresado en elecciones libres; poderes ejecutivo y judicial sometidos a la ley), incluso si ha logrado éxito y constituye, total o parcialmente, otro orden social, siempre que no exista otro medio eficaz al efecto, aunque ello no represente totalmente el reconocimiento individual porque los valores a defender están expresados heterónomamente; *Derecho de rebelión en caso de necesidad*, art. 20, IV, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

na del mero *poder*, como fundante de la obligatoriedad del Derecho, no es defendida hoy abiertamente por la teoría política, pero, lamentablemente, es aplicada con frecuencia. En el Derecho internacional (interestatal), por ejemplo, pese a que el reconocimiento de un Estado y su gobierno parezca depender de una mixtión entre el poder que se realiza y el reconocimiento general, lo cierto es que el peso de la decisión recae en el primer argumento, salvo que ambos se entiendan como sinónimos o como manifestaciones distintas del mismo fenómeno. Sin embargo, una teoría del *reconocimiento general* que pretenda ser útil debe fundar la legitimidad de la vigencia del Derecho en algún modo positivo de expresión de los súbditos y no sólo en el sometimiento (omisión de rebelión) por el ejercicio práctico del poder y la imposibilidad de alzarse contra él. El desarrollo lento pero continuo del Derecho internacional público ha traído como consecuencia visible ciertas precisiones sobre derechos humanos, limitantes del poder impuesto, las cuales, si bien juegan hoy un papel práctico débil en el reconocimiento de los Estados y gobiernos, permiten guardar esperanzas de que en el futuro presupuesten ese acto.

Como se observa, fundar la *legitimidad* de la vigencia de un orden jurídico —que de otra cosa no se trata cuando se pretende *fuerza vinculante* u *obligatoriedad* del Derecho— es explicar el principio, o la combinación de principios ideológicos, que reside en su base. De tal manera, es posible fundar la legitimidad de la vigencia de un orden jurídico en cualquier argumento político y, desde allí, proceder, en consecuencia, sosteniendo la vigencia de las reglas que lo integran razonando intrasistemáticamente, lo que ha dado, con razón, en llamarse, en nuestro tiempo y con referencia a la reformulación del Derecho positivo, dogmática jurídica. Así procederemos nosotros, pues, a partir del reconocimiento que aquí hemos dado al principio de la mayoría y sus limitaciones, en homenaje al respeto de las minorías y a la dignidad individual, como máximas políticas y culturales de la paz y tolerancia sociales[106], intentaremos reformular un ámbito parcial del Derecho positivo argentino, el Derecho procesal penal, destinando los capítulos siguientes a precisar los principios políticos básicos del Derecho procesal penal fundado en esa ideología (la república democrática y el Estado de Derecho) y, a grandes rasgos, el desa-

[106] Cf. CARRIÓ, G. R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 1ª parte, cap. V, 3, p. 58.

rrollo cultural que, al influjo de ideas políticas determinadas, dio por resultado un sistema definido de enjuiciamiento penal[107].

Por lo demás, el reconocimiento de que en la base del Derecho existe un principio ideológico fundante, quizá plausible o razonable pero fuera de toda verificación científica —lo que también implica señalar la *finitud* del conocimiento jurídico—, no le quita dignidad al objeto de nuestra meditación; por una parte, resulta atrevido proponer las *verdades* científicas como únicas afirmaciones dignas y, por la otra, la afirmación parece condecir mejor con la naturaleza cultural del Derecho[108]. No es posible, en cambio, conceder categoría de *ver-*

[107] En la vida práctica del Derecho, incluso en la académica y doctrinaria, es frecuente esta toma de posición inicial, por no decir una regla sin excepción. Se me ocurre, como ejemplo, advertir que nuestro país, para los juristas de mi generación –y para todas sus gentes– presentó casi siempre un caos en la cúspide de su ordenamiento jurídico positivo. Los vaivenes políticos, fruto de sucesivos golpes de Estado militares, alternaron con algunas islas de vida republicana, con períodos autoritarios, en los cuales, incluso, la fuerza aplicada por el poder militar dictaba una ley fundamental que derogaba la Constitución o, al menos, parte de ella (los llamados *Estatuto de la revolución* o de alguna manera similar), y pretendía carácter de norma suprema, al lado o por encima de la parte de la Constitución cuya "vigencia" ese Estatuto "permitía". Inclusive, un decreto, emanado de uno de los poderes militares que nos gobernó, sustituyó la Constitución de 1949, por nuestra Constitución originaria (1853-1860), aclarando la vigencia de esta última, en todo caso parcial para ese momento. No sólo todos hemos aceptado esta última situación, hasta la fecha, como forma de poder regresar a nuestra vida republicana y democrática, sino que, aun en épocas de desquiciamiento republicano, se seguía explicando Derecho en nuestras facultades, escribiendo obras jurídicas y aun dictando sentencias *como si* los principios político-culturales que acoge nuestra Constitución estuvieran vigentes en plenitud. Por supuesto, hubo inconsecuencias notables, sobre todo en la jurisprudencia (presentes también en períodos republicanos) y en temas vinculados con el poder estatal, pero ellas no empecen a la sentencia general que expresa que la gran mayoría de los juristas —incluso hasta los partidarios del régimen militar de turno—, para desarrollar el Derecho vigente, partían de una Constitución declarada como no vigente, total o parcialmente, por el poder imperante, o de dudosa vigencia práctica. Un ejemplo concreto perteneciente a nuestra materia: se puede decir que toda explicación sobre Derecho procesal penal descansó siempre sobre el reconocimiento de los principios de garantía (CN, 18) que conforman su base política, a pesar de que la vigencia indeterminada del *estado de sitio* (CN, 23) o, simplemente, el ejercicio del poder arbitrario, tornaba frecuentemente ilusorio ese punto de vista.

[108] Del hecho de que un principio ideológico o político no sea en verdad científico, sino un punto de vista acerca de la organización social, según intereses predominantes, no se desprende su indignidad y mucho menos la indiferencia frente a él. Los hombres han dado su vida, por siglos, para defender esta clase de principios.

Ni siquiera desde el punto de vista individual estos principios significan una objeción al conocimiento jurídico. Si nos desprendemos de la afirmación metafísica sobre la *fuerza vinculante* u *obligatoriedad* del Derecho o, mejor dicho, reconocemos que tal afirmación sólo tiene como principio fundante un argumento ideológico, somos libres para afirmar o rechazar ese primer punto de vista.

dad (que excluye sus opuestos) al argumento fundante mismo, convirtiendo esta cuestión en un problema gnoseológico[109].

Sí es posible, pese a sus dificultades, la investigación empírica (histórica o sociológica) del argumento legitimante de la validez de un sistema existente en un tiempo y lugar determinados. Si dejamos de lado el realismo extremo, ingenuo a mi juicio, algo de ello existe en el realismo que funda la vigencia del Derecho en hechos observables empíricamente. Pero debe entenderse bien que el resultado más o menos concreto que se obtenga por esta vía es sólo un resultado de ese tipo, histórico o social, y no un fundamento científico de la fuerza obligante o de la obligatoriedad del Derecho; sólo explica, con mayor o menor aproximación y complejidad, según los casos, cuál fue o cuál es el argumento fundante de la validez o vigencia jurídica en un lugar y momento dados, pero no erige al argumento mismo en verdad científica. Tanto es así que el principio puede ser desconocido y que la historia de la cultura, particularmente la del Derecho, da cuenta de los numerosos cambios de esta índole que marcan el desarrollo o la evolución social. Allí reside el error conceptual de la escuela realista que citamos, en la pretensión de erigir en verdad científica al principio ideológico obtenido por la investigación empírica, fundando después en él la fuerza vinculante o la obligatoriedad del Derecho, con lo que proceden de la misma manera que quienes acuden a la fundamentación metafísica del principio, con la misma pretensión.

También es posible estudiar de qué manera las normas jurídicas, fundadas en cualquier principio que legitime su vigencia, pueden

[109] Aceptamos así el postulado de fuente escandinava, según el cual la proposición de un punto de partida plausible o racional para edificar sobre él el orden social o, en el campo jurídico, reformular el Derecho positivo, no puede confundirse asignándole el valor de resultado del conocimiento científico objetivo. Es así posible que seamos partidarios de un "relativismo ético" o que se nos etiquete como "nihilista de los valores", siempre que no se opere la grosera confusión personal que Alf Ross destaca y repudia (cf. *Lógica de las normas*, ps. 68 y ss.) —indiferentismo moral o amoralidad— y que se capte que creemos en la posibilidad de establecer un sistema de valores heterónomos, independiente de la voluntad o actitud individual, aun cuando no se pueda pretender que su fundamento último tenga el carácter de una verdad cognoscible científicamente y, menos aún, afirmable desde un punto de vista normativo. Nos parece que así se resguarda mejor la disparidad entre el *ser* y el *deber ser*, entre realidad y exigencia, que cuando se pretende encontrar la verdad del último fundamento de validez en afirmaciones metafísicas, con pobre apariencia de objetividad, o, para evitar este procedimiento, en afirmaciones empíricas vagas sin comprobación previa o carentes de métodos de verificación.

cumplir óptimamente la función a la que están destinadas, influir y regular el comportamiento humano, pues cualquier sistema de normas que pretenda ser efectivo deberá dirigirse a la praxis humana. Así, la propuesta de WELZEL que, como *expresión racional*, exige, al lado de la *positividad* del Derecho (poder de legislar y reconocimiento de las normas), la necesidad de que él admita la *responsabilidad* del ser humano por sus actos o, más exactamente, al ser humano como persona responsable en sí misma, y se dirija a él[110] es aplaudida por nosotros, dejando de lado ahora el difícil problema de determinar el contenido del concepto y las consecuencias prácticas de ese razonamiento, pero nos resulta imposible transformar tal punto de partida racional en verdad gnoseológica. El ejemplo que desarrolla Karl ENGISCH expresa claramente la medida de lo que queremos indicar: el conde ruso ARAKTSCHEJEV ordenó en la colonia militar bajo sus órdenes: "Las mujeres deben dar a luz todos los años un hijo; si es una hija deberán pagar una pena"[111]. La primera parte de la regla era factible de cumplir, eventualmente, si se atiende al significado genérico de la palabra hijo; la segunda parte, hasta lo que conozco de biología, imposible, salvo que la regla sólo pretendiera referirse al comportamiento que debían observar los ejecutores de la pena. Seguramente no nacieron más varones que los que podían nacer, pero muchas mujeres habrán pagado una pena.

D. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Es correcto definir el *orden jurídico* como el *conjunto o sistema de normas vigentes en determinado tiempo y lugar* (para un orden jurídico estatal o nacional que rige en el territorio de un Estado nacional y en determinado momento histórico), siempre que se determine con cierta claridad el significado de sus elementos componentes, es decir, la unidad elemental que lo compone (la norma) y la cualidad esencial que permite verificar el contenido material (político) de un orden jurídico determinado (su vigencia). La definición, así, deja de cumplir un mero fin especulativo y pretende aplicación práctica, en cuanto permite individualizar la regulación jurídica concreta de una sociedad determinada, su funcionamiento y contenido.

[110] Cf. WELZEL, *Rechtsgeltung*, ps. 29 y siguientes.

[111] Cf. ENGISCH, *El ámbito de lo no jurídico*, ps. 34, 62 y siguientes.

La *norma jurídica*, como unidad elemental del orden jurídico, es un esquema abstracto que une una consecuencia jurídica a un comportamiento, que describe conceptualmente por sus notas características; es, así, una hipótesis de comportamiento futuro posible que determina su valor jurídico y que se dirige a la generalidad, a todos como posibles realizadores de acciones concretas (u omitentes de ellas) abarcadas por ella, con el fin, unas veces, de inducir a los habitantes a comportarse de determinada manera y, otras, de posibilitar que con su comportamiento logren determinadas pretensiones y se conecten con sentido en la vida de relación. La *decisión que aplica normas* como fundamento de su solución —la llamada *norma individual* o *singular*— no es una norma, ni posee sentido normativo, sino un hecho concreto, valorable, como otros, por referencia a normas.

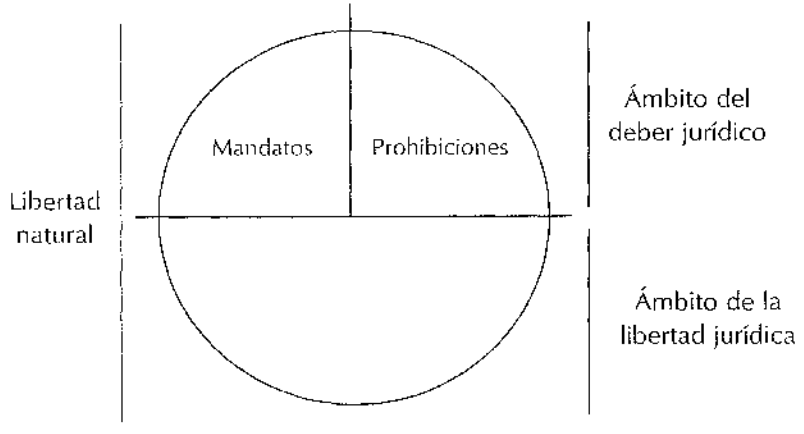
El *intento de unificar*, por simplificación, el contenido del Derecho reduciendo todos sus elementos componentes —las normas o reglas— funcionalmente a *normas de deber* (simplificación más común) o a *normas que atribuyen competencias* o *facultades* fracasa y conduce a absurdos en su desarrollo final, porque no se tiene en cuenta el papel diferente que cumplen las distintas reglas jurídicas para las personas que conviven en una sociedad.

El Derecho es una *combinación de reglas* entre las que se encuentran normas que describen los deberes jurídicos (*normas de deber*), amenazando, casi siempre, una sanción para su incumplimiento, y normas que describen ciertas facultades (*normas potestativas*) atribuidas a los individuos, tanto públicas como privadas, y libres de realizar por el agente. Se añade a estas normas las *reglas permisivas* específicas, que, en ciertas situaciones que describen, autorizan al agente a llevar a cabo un acto en principio prohibido o a omitir uno mandado, impidiendo que se concrete la situación de la que emerge un deber. Se halla también, como contenido del Derecho, algunas definiciones específicas de términos empleados por sus reglas, que determinan su alcance de manera más precisa.

Las *normas de deber* separan dos mundos de acciones posibles, el de lo obligatorio de aquél de la libertad jurídica, en tanto prohíben o mandan, maneras de establecer el deber que, si bien aparecen como fenómenos prácticos distintos (infracciones de acción o de omisión), teorética y funcionalmente representan lo mismo: *prohibir* una acción significa mandar no llevarla a cabo (Pr. a = Ob. no a), es decir, establecer el deber de no llevarla a cabo, y *mandar* una acción significa prohibir su falta de ejecución (Ob. a = Pr. no a), esto es, establecer el deber de llevarla a cabo. La estructura formal de este tipo de reglas es

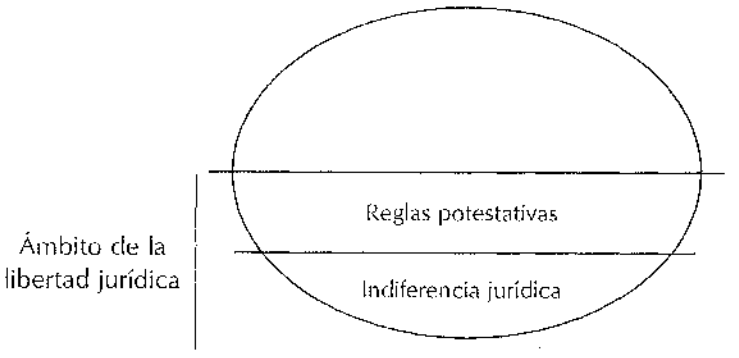
doble: la primera oración describe una situación que implica la exigencia —el *deber*— de comportarse de determinada manera (omitir u obrar); la segunda une el comportamiento contrario a una consecuencia jurídica, la sanción. Según se observa, estas reglas traslucen una exigencia y cumplen la función de inducir a los hombres a comportarse de determinada manera, en determinadas situaciones.

Conforme a ello, si el universo de comportamientos posibles de una persona determinada se puede resumir con un círculo, que los abarque, los deberes jurídicos seccionan ese círculo en dos, estableciendo cuáles de esos comportamientos, libres naturalmente, restan como definitorios de la libertad jurídica.



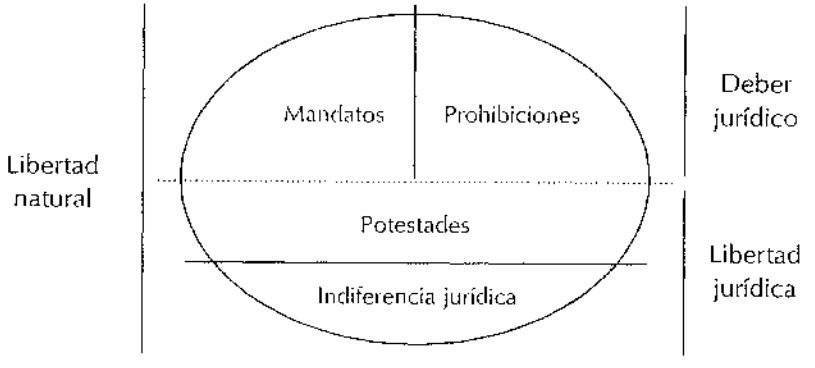
Las *normas potestativas*, en cambio, separan el submundo de la libertad jurídica, estableciendo cuáles acciones de las que pertenecen a él son jurídicamente valiosas —esto es, provocan una consecuencia jurídica— y, por descarte, cuáles de ellas son jurídicamente indiferentes. La estructura formal de este tipo de reglas sólo conecta a un comportamiento determinado un efecto o consecuencia jurídicos. Ellas cumplen la función de posibilitar la interrelación —válida y con sentido— de los hombres en sociedad para la satisfacción de determinadas pretensiones; desde el punto de vista subjetivo cumplen la función antes acordada estableciendo *facultades* (a veces llamadas *competencia* o *capacidad*, por referencia a situaciones específicas), tanto públicas como privadas.

Conforme a ello el semicírculo de la libertad jurídica se ve seccionado, esquemáticamente, en dos partes, a saber:



Por último, las *reglas* o *normas especiales de permiso* (*justificantes*) fijan con más precisión la división entre el ámbito de lo obligatorio y el de la libertad jurídica, inhibiendo, en ciertos casos, el funcionamiento de una norma de deber.

En nuestro círculo desarrollaremos gráficamente este efecto, separando el ámbito del deber del ámbito de la libertad jurídica con una línea de puntos, que reemplazará a la línea continua, para indicar que en ciertas situaciones particulares de excepción el deber sucumbe frente a un permiso específico (la separación no es estricta). Todo el gráfico, de esta manera, termina con la siguiente representación:



Sin desconocer que la palabra *norma* ha sido utilizada frecuentemente en el sentido de definir una exigencia (y las llamadas normas

potestativas o de permiso no lo son), tanto ese término como su sinónimo *regla*, pueden usarse en general para describir la unidad elemental de un orden jurídico: sus estructuras guardan un mínimo de similitud (descripción conceptual de un tipo de acciones y conexión a una consecuencia jurídica) y su uso es similar (sirven para criticar o valorar comportamientos por referencia a ellas).

Son *normas vigentes* en un orden jurídico determinado, aquellas cuyo órgano, procedimiento de creación y contenido son expresión singular del acto o actos que otra regla del sistema regula abstractamente para instituir una nueva regla (*criterio normativo de vigencia* o *validez*).

Pero este criterio sólo puede aplicarse *intrasistemáticamente*, una vez individualizado un sistema jurídico concreto, cuyo principio último de vigencia no se problematiza. Éste es uno de los límites del razonamiento normativo y del Derecho en general, pues, de indagarse más allá con el mismo método, la cadena es infinita, no tiene solución de continuidad y la pregunta por la vigencia de las reglas jurídicas carece de respuesta. De hecho, los órdenes jurídicos positivos comienzan con una serie de reglas (Constitución), que no reconoce instancias anteriores ante las cuales comparece su propia vigencia.

Precisamente, el recurso a principios externos (metafísicos o metajurídicos) al orden jurídico positivo para fundar la vigencia de las reglas que integran ese orden (Dios, el Derecho divino, la razón o la naturaleza de las cosas o, por otra parte, el poder, el reconocimiento general o individual de los súbditos, las decisiones de los órganos de aplicación) dio nacimiento a diversas teorías que nada tienen de jurídicas (normativas) y, regularmente, nada de científicas. Se trata, en la mayoría de los casos, de criterios ideológico-políticos relativos a la vigencia de un orden jurídico.

La apelación a principios metafísicos, bajo el manto aparente de verdades científicas, para fundar la validez o invalidez de una norma de Derecho positivo, es lo que caracteriza a la escuela del *Derecho natural*, cuyas bases subjetivas no son comprobables.

El *realismo jurídico*, en cambio, en el afán de fundar científicamente la vigencia del Derecho, se va al otro extremo, confundiendo a una ciencia normativa con una ciencia empírica (única verdad cognoscible en la que cree), y pretende que las decisiones de los órganos del Estado que aplican el Derecho constituyen su vigencia, esfuerzo que responde a la máxima de fundar el Derecho sobre bases tangibles, a la manera de las ciencias empíricas. Sin embargo, ese punto de vista olvida que esas mismas decisiones (fundamentalmente las sentencias

de los jueces) no son cosas aprehensibles (lo visible de ellas no es su contenido), están definidas y son reconocibles como *válidas* según reglas anteriores a ellas. El mismo carácter de *definitivas* (firmes o de última instancia) que el Derecho adjudica a ciertas decisiones —argumento o problema utilizado por el realismo para fundar su aserto— es reconocible según reglas precisas del orden jurídico, y esa característica no predica que sean infalibles, en el sentido de que aplican como corresponde el Derecho al caso, sino tan sólo que la discusión no puede ir más allá, en aras de la seguridad jurídica, característica que acentúa la dirección práctica del Derecho.

Dejando de lado el realismo extremo (las normas no existen, sólo existen las decisiones concretas), absurdo hasta llegar al pensamiento ingenuo, las demás clases de realismo apelan a las decisiones judiciales para descubrir las reglas jurídicas vigentes, o a la efectividad del Derecho en general, para erigirlo en vigente. Olvidan siempre que el juez que decide pregunta sobre la vigencia antes de decidir sobre ella, vale decir, pregunta por un criterio que está por fuera de su decisión concreta, y que pretende fundarla. No es observable que los fundamentos de una decisión emerjan de decisiones anteriores de los jueces, lo que sólo indica un cambio en la fuente tradicional de la cual, para nosotros, emana el Derecho (un cambio de legislador), pero no implica afirmar que la vigencia de las reglas que la fundan emerja de la propia decisión concreta del juez que juzga, como si pudiera decir: "tengo a esta norma por vigente porque se me antoja o porque me conviene". Por otro lado, debe reconocerse que los realistas no han desarrollado ningún método empírico con cierto rigor, desde su punto de vista, para poder responder con objetividad y aproximación a la pregunta por la vigencia, y muchas veces sus afirmaciones son tanto o más vagas que las del Derecho natural (criterio de la *efectividad* en KELSEN: a grandes rasgos efectivo).

Es preciso admitir que el punto de partida de la vigencia jurídica es la expresión de un principio ideológico para la organización social, materializado normalmente en la Constitución del Estado. Ese principio, necesario para la coexistencia pacífica de los hombres en sociedad como fundante del Derecho, aun predicado como racional y plausible, es sólo un punto de vista político y no una verdad cognoscible científicamente. Su afirmación como argumento fundante de la validez del Derecho positivo o de la vigencia del orden jurídico no es tarea del mismo Derecho, sino de la filosofía política; su origen y la extensión de su vida útil tampoco es determinable por la ciencia jurídica. Esta afirmación coincide con la naturaleza cultural y política de la ciencia jurídica.

La investigación histórica o sociológico-empírica acerca del principio ideológico fundante de la vigencia de un orden jurídico determinado es legítima, conforme a los métodos válidos para esas ciencias. Pero el resultado de verdad, que por esa investigación se obtenga, no puede ser confundido con la verdad del argumento fundante mismo. Éste es uno de los problemas del realismo jurídico, que a veces confunde la afirmación empírica sobre la utilización del argumento fundante con la verificación del argumento mismo.

Frente al caos de ideas que, en diversos momentos de nuestra historia política reciente, pretendieron vigencia en la cúspide de nuestro Derecho positivo nacional, en el que se mezclaron los argumentos liberales y republicanos de nuestra Constitución originaria (soberanía del pueblo, división del poder soberano en tres departamentos de gobierno, depositarios parciales de esa soberanía: legislativo, judicial y administrativo, consulta popular mediante elecciones para elegir representantes, garantías individuales frente al ejercicio del poder, respeto y tolerancia para las minorías, etc.) con elementos autoritarios procedentes de la toma "de hecho" del poder político (disolución del Parlamento, gobierno no elegido y designado por las fuerzas armadas, suspensión de garantías constitucionales, etc.), la exposición de la rama del Derecho que pretendemos abarcar, el Derecho procesal penal, partirá de los primeros puntos de vista, esto es, del *principio de la mayoría* como fundante de la legitimidad del poder político y sus *limitaciones* en homenaje al *respeto por las minorías* y a la *dignidad del ser humano individual*, expresadas en cláusulas de garantía que someten el ejercicio del poder a valores jurídicos superiores a los mismos fines para los que se concede ese poder (por ej.: la defensa y la incoercibilidad del imputado como valores superiores a la misma persecución penal eficaz). Esto es, muy sintéticamente, lo que comprendemos por *Estado de Derecho*; constituye un desarrollo cultural claro de la teoría del *reconocimiento general* como argumento político legitimante de la vigencia jurídica, condicionado por las limitaciones que le imponen los *derechos humanos*; de un reconocimiento general que reclama expresión práctica (el voto y la participación de los ciudadanos para la constitución y el ejercicio del poder estatal) y no se queda en la mera afirmación vaga de la eficacia a grandes rasgos del sistema o en la verificación negativa del sometimiento de los súbditos (omisión de rebelión) por el ejercicio práctico del poder y la imposibilidad de alzarse contra él. La expresión de estos principios en nuestra materia tendrá su lugar en el § 4 de este libro.

Aquí se ha intentado presentar el problema de la vigencia del Derecho desde la discusión fundamental de la teoría general del Derecho. Los conocimientos relativos al ámbito témporo-espacial de vigencia y a los principios hermenéuticos sobre vigencia de normas particulares serán estudiados en el § 3 de este libro.

Parágrafo Segundo
El Derecho procesal penal

§2

BIBLIOGRAFÍA:

ÁBALOS, Raúl W., *Derecho procesal penal*, t. I, cap. I. ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, Introducción, 2 y 3. BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal* (tr. de Conrado Finzi de la 3ª ed., *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts*), cap. 1. BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, Introducción; *Derecho procesal penal*, tr. de Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Introducción. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho procesal*, t. I, cap. I; *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, Parte primera, cap. 1º. D'ÁLBORA, Francisco, *Curso de Derecho procesal penal*, Nociones previas, I y II. FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, Introducción y Libro primero, cap. I; *El proceso penal*, 3ª ed., §§ 1 y 2. FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de Derecho procesal penal*, cap. 1º. HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, §§ 1 y 2. IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELAZCO, Miguel, *Curso de Derecho procesal penal*, caps. I y II. ODERIGO, Mario A., *Lecciones de Derecho procesal*, cap. I; *Derecho procesal penal*, Parte primera, III, Parte segunda, I a III. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, Eduardo, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Libro tercero, Títulos I y II. ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. VIII. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., Einleitung. RUBIANES, Carlos J., *Manual de Derecho procesal penal*, t. I, caps. I a VI. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Curso de Derecho procesal penal*, cap. II.

A. CONCEPTO Y CONTENIDO

El Derecho procesal penal 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*[1], regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él.

Decimos que es una *rama jurídica* porque se trata de una porción delimitada del conjunto de normas que integran el orden jurídico (interno) de un Estado[2] cuya frontera intentamos trazar aquí, genérica-

[1] Pena y medidas son las reacciones tradicionales del Derecho penal que llegan hasta nosotros. Hoy se discute, sin embargo, acerca de una "tercera vía", identificada con la reparación como sustituto o atenuante genérico de la pena. Cf. ROXIN, *Strafrecht*, t. I., § 3, III, p. 47; MAIER, *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*.

[2] En la antigüedad se encuentran pocos vestigios de un Derecho procesal penal, casi siempre confundido con el Derecho penal. En la organización social arcaica, el Derecho penal, que comprendía las reglas procesales penales, a lo sumo autorizaba y limitaba la reacción física contra el ofensor (*venganza privada*: expulsión de la paz, talión). La formulación de reglas procesales y su relativo desprendimiento de las normas de Derecho penal material es el resultado de un largo proceso histórico muy unido a la creación y evolución de instancias políticas centrales (los Estados nacionales).

mente, por su objeto, inmediatamente después por su función, y, en el próximo parágrafo, por su relación con las demás ramas jurídicas. Y se puede hablar de una rama jurídica porque en la actualidad ella ha adquirido *autonomía legislativa*, *científica* y *académica*. La *autonomía legislativa*, resultado de un largo proceso de separación del Derecho penal material, deriva del sistema hoy utilizado en los países de legislación codificada, que separa en diversos cuerpos de leyes al Derecho material y al Derecho procesal y divide a ambos en dos ramas principales, la penal y la civil, aunque ello no excluya que en los códigos se introduzcan preceptos extraños, teóricamente, al contenido genérico que funda su epígrafe[3]. Para nosotros, la autonomía legislativa tiene, incluso, fundamento constitucional: el Derecho penal es legislación federal y única para toda la Nación (CN, 75, inc. 12), mientras que el Derecho procesal (leyes de organización judicial y códigos de procedimiento) es, en principio, parte de la competencia legislativa local, esto es, de los parlamentos provinciales o del Congreso de la Nación, en su función de legislatura local para atender al servicio judicial en los casos de competencia federal (CN, 116 y 117).

Esta afirmación es doctrina uniforme en nuestro país, a partir de los arts. 5, 75, inc. 12, y 121, CN: las provincias sólo delegaron en el Parlamento federal las decisiones políticas relativas a las reglas materiales de convivencia (Código penal, civil, etc.); se reservaron, en cambio, el poder de interpretar esas reglas como última instancia y, por ende, el poder de organizar su propia administración de justicia y regular el modo de actuación ante sus propios órganos (Derecho procesal).

Sin embargo, la afirmación es enteramente discutible en materia penal, pues, en tres reglas principales de nuestra Constitución (arts. 24, 75, inc. 12, y 118), las provincias delegan en el Congreso de la Nación (Poder Legislativo federal) el poder de establecer el *juicio por jurados* por una "ley general para toda la Nación" (CN, 75, inc. 12); más aún, no sólo delegaron ese poder, sino que, antes bien, *mandaron* ejercerlo al Congreso de la Nación (ver § 7, C y E).

La *autonomía científica*[4] comenzó con el encuentro, a través de la ley positiva, de ciertos principios y máximas propios del Derecho pro-

[3] Por ej., la regulación de la acción civil *ex delito* en los códigos procesales penales o algunos preceptos penales relativos al incumplimiento de deberes procesales en los códigos procesales civiles (CPC nacional, 436).

[4] No se puede decir, salvo con licencia semántica extrema, que el *Derecho procesal penal* es una *ciencia jurídica* (CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal*, t. I, nº 4, ps. 6 y ss.), porque ello implica confundir el conjunto de elaboraciones científicas acerca de un determinado objeto, con el objeto en sí, para el caso, mezclar las *proposiciones* del jurista sobre el Derecho procesal penal vigente con las *normas* procesales penales positivas. El objeto de la biología es el mundo viviente, que no se confunde con las proposiciones científicas acerca de ese mundo.

cesal, y con el deslinde y afirmación de su propio objeto y función frente a la ley material, reflejado también en el tipo de normas jurídicas con el que estos dos ámbitos jurídicos se expresan; y continuó con la escisión de los principios procesales penales frente a los vigentes en el Derecho procesal civil, diferencia que reside en los puntos de vista políticos opuestos de los que parten, según su regulación positiva. Este proceso, muchas veces exagerado (*teoría unitaria del Derecho procesal*), trajo consigo, a su vez, la *autonomía académica*, políticamente perniciosa en nuestro país, porque se tradujo en un alejamiento del Derecho procesal penal del Derecho penal, cuya actuación es su razón de ser, y un acercamiento al Derecho procesal civil que, según ya advertimos, parte de principios políticos positivos muy diferentes.

En épocas modernas se intenta una *teoría uniforme* del Derecho procesal o, si se quiere, de sus dos principales ramas con verdadero desarrollo científico e histórico, el Derecho procesal civil y el Derecho procesal penal[5], movimiento con repercusión en los ámbitos teóricos de habla hispana, portuguesa e italiana. La *teoría unitaria*, pese a ser el fruto de un movimiento de autonomía cada vez más acentuado de los derechos procesales civil y penal, concluye restringiendo la autonomía del Derecho procesal penal desde las tres perspectivas antes indicadas, al punto de que ya se ha propuesto —también entre nosotros[6]— la unificación legislativa de estas dos ramas mediante una ley o código único que contemple, en diversos procedimientos especiales, las particularidades de cada una de ellas (incluyendo las ramas históricamente más jóvenes: laboral y contencioso-administrativo, fundamentalmente). Cualquiera que sea la intención de este movimiento teórico, para el Derecho procesal penal él significa la pérdida de su autonomía científica, legislativa y académica en una proporción tan elevada que, con el tiempo, conducirá a su desaparición como rama autónoma del Derecho e influirá perniciosamente en su desarrollo. Sin perjuicio de expresar con algún detalle las razones de ese juicio, al examinar las relaciones del Derecho procesal penal con el Derecho constitucional, con el Derecho penal y con el Derecho procesal civil (cf. *infra*, § 3, A, B y C), adelantaremos aquí que, desde el punto de vista científico, tal unión produce una *decoloración política* del Derecho procesal penal, punto de partida base para la comprensión de su sistema y la formulación de sus normas, pues sus principios políticos básicos carecen de vinculación, en general, con los del Derecho procesal civil, a partir de la gran escisión entre el Derecho privado y el Derecho penal. La unidad legislativa que se propone, a más de producir los efectos antes señalados en la comprensión del sistema de persecución penal y en la interpretación jurídica, es previsible que, en términos de política legislativa futura,

[5] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal*, en especial nº 32 y ss., ps. 26 y siguientes.

[6] Cf. GUERRERO LECONTE, *Necesidad de un Código judicial*, ps. 1015 y ss.; la República de Panamá ha adoptado el criterio que postula el autor citado, regulando toda la materia procesal en un código judicial único, que destina sus libros a la organización judicial y a los diversos procedimientos, con escasa fortuna práctica y científica.

provoque un retroceso sensible en nuestro Derecho procesal penal, que en algunos aspectos está mucho más adelantado culturalmente que el Derecho procesal civil. Los perjuicios de la unidad académica que prevalecen en las universidades de nuestro país ya se hicieron sentir en el escaso desarrollo cultural y científico del Derecho procesal penal, especialmente en el ámbito territorial que domina la capital de la República y sus universidades, hecho que sólo se podría contradecir con muy escasas aunque importantes excepciones[7]. De estos resultados son responsables también —por omisión— los especialistas en Derecho penal, quienes, llamativamente, no demuestran interés llamativo por los problemas del procedimiento penal, con contadas y brillantes excepciones. Hoy, en cambio, la situación se ha revertido gracias a un vasto movimiento juvenil preocupado por la *cuestión penal* como una unidad política y científica, movimiento que utiliza como herramienta formal, en la Universidad, el llamado *plan nuevo* de la Facultad de Derecho, con la virtud de reunir las ramas jurídicas y científicas dedicadas al estudio de la cuestión penal en su Departamento de Derecho penal y Criminología, y que ya ha generado resultados visibles[8]. Conviene comparar este movimiento con el "quietismo" que se ha producido, con alguna excepción[9], en la Universidad Nacional de Córdoba después de la muerte o retiro de sus principales figuras científicas de las décadas del 50 y del 60, universidad que, desde el punto de vista formal, parece haber seguido el sentido inverso.

[7] La obra de la Universidad Nacional de Córdoba, comenzada en el antiguo Instituto de Derecho comparado y proseguida por su Instituto de Derecho procesal penal (hoy de Derecho procesal), se hizo sentir en nuestro país y en el ámbito hispano-americano (BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez); también la obra de sus principales juristas en la materia, Alfredo VÉLEZ MARICONDE y Jorge A. CLARIÁ OLMEDO, cuyos libros se citan aquí como principal fuente de información e inspiración, publicaciones periódicas (Cuadernos de los Institutos), y el monumental trabajo legislativo que constituyó el Código de procedimiento penal de la provincia de Córdoba (ley nº 3.831, edición oficial, provincia de Córdoba, 1941), con vasta repercusión en nuestro país y en el extranjero (por ej., Código de procedimientos penales de Costa Rica, 1973; cf. MAIER, *La reforma del procedimiento penal en Costa Rica*, ps. 103 y ss.). También penalistas de nota como Sebastián SOLER y Ricardo C. NÚÑEZ colaboraron en esta evolución. Todo lo contrario ocurrió en el orden nacional.

[8] Prueba de ello son los múltiples congresos universitarios, nacionales e internacionales, sobre Derecho penal y criminología —en donde Derecho penal significa también Derecho procesal penal—, y los seminarios anuales y permanentes del Departamento citado, a cargo del Prof. SANCINETTI y de quien escribe, en los cuales un número importante de jóvenes juristas desarrollan sus ideas, con el mismo sentido, ideas que, además, han conseguido trascender en publicaciones específicas, mutidisciplinarias. Ver, en este sentido, AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*; AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*; AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*; AA.VV, *Determinación judicial de la pena*; AA.VV., *Delitos no convencionales*.

[9] Básicamente, me refiero, en nuestra materia, a José I. CAFFERATA NORES, quien ha continuado proporcionando ideas y soluciones (*Temas de Derecho procesal penal*; *Medidas de coerción en el nuevo Código procesal penal de la Nación*; *Estudio sobre el nuevo Código procesal penal de Córdoba*, en colaboración con otros autores; *Introducción al Derecho procesal penal*), a pesar de sus funciones políticas, pero, también, con motivo de ellas (nuevo CPP Córdoba, generador del CPP Tucumán actual).

De pocas ramas del Derecho de un Estado se puede afirmar, con tanta seguridad, que sólo contienen reglas de Derecho interno, por oposición al llamado Derecho internacional. Al regir en esta materia el principio *lex fori*, los jueces sólo aplican Derecho local, esto es, el Derecho que rige en el ámbito del poder soberano que los inviste y donde se desarrolla el procedimiento, razón por la cual excluyen la aplicación de reglas de Derecho internacional puras o de aquellas que remiten a un Derecho foráneo. Esta característica se muestra con mayor intensidad en nuestro país, en el cual, por razones provenientes de su organización política (constitucionales), cada provincia debe proveer a la organización y reglamentación de su función judicial autónoma (CN, 5, 75, inc. 12, 121 y cc.) y la Nación, por su parte, provee a la organización de sus propios órganos judiciales y a la regulación de su procedimiento de persecución penal para el ámbito restringido y excepcional de su propia competencia penal (CN, 116 a 118).

Escasas excepciones se registran acerca de este criterio. El más importante es la *extradición internacional*, activa y pasiva, que supone la aplicación de reglas internacionales (interestatales) puras o de referencia[10]; el Derecho procesal penal comparte su estudio con el Derecho penal en tanto los tratados internacionales contienen reglas formales y materiales al respecto. Pero también es importante la *extradición interprovincial*, dado que, como ya observamos, en razón de los diversos poderes soberanos que fundan la vigencia y aplicación del Derecho procesal penal en nuestro país, el fenómeno es similar, desde el punto de vista que ahora exponemos, al de la extradición internacional. En el mismo orden de razones se inscriben aquí los *tratados parciales sobre administración de justicia*, que autoriza la CN, 125, y que contienen materias tan importantes como la antes nombrada, la *prioridad de juzgamiento*, la *tramitación simultánea* de ciertos tramos de la persecución penal y el *auxilio judicial* probatorio y coercitivo; la actividad en esta materia, tan necesaria, ha sido bien escasa, aunque últimamente se ha comenzado a mover a impulsos de los convenios judiciales entre la Nación y las provincias de Buenos Aires y Santa Fe (leyes nacionales nº 20.771 y 22.055, a las que se han adherido muchas provincias), si bien todavía no muestra resultados sistemáticos y completos.

Una definición del Derecho procesal penal debe partir, necesariamente, del objeto regulado por sus normas y no de la estructura de ellas o de uno de sus términos —por ej., de la pena, como en el Derecho penal[11]— porque, según explicamos en el § 1 de este capítulo, es

[10] D'ÁLBORA, *Apuntes sobre la faz procesal de la extradición*, ps. 32 y siguientes.

[11] Cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 1, § 1, I, p. 25, quien define al Derecho penal como "*la parte del Derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva*".

claro que el Derecho procesal penal comparte con varias ramas jurídicas la estructura y función fundamentales de sus reglas (*infra*, B): disciplinar actos que producen consecuencias jurídicas determinadas dando a conocer así el valor de ciertos comportamientos humanos permitidos. Por el contrario, se identifica al Derecho procesal penal cuando se explica que su objeto es, por un lado, disciplinar los actos jurídicos que integran el procedimiento para llegar eventualmente a una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él y sus efectos jurídicos, y, por el otro, instituir y organizar los órganos públicos que cumplen la función penal del Estado.

De aquí emerge el contenido principal del Derecho procesal penal, que usualmente se divide en dos ramas internas muy conectadas entre sí: el *Derecho de organización judicial* y el *Derecho procesal penal propiamente dicho o en sentido estricto*.

La división tiene, incluso, apoyo legislativo. El *Derecho de la organización judicial* se materializa actualmente en todos los estados (provincias y Nación dentro de la República) en la *Ley de organización judicial*. Ésta, normalmente, no sólo instituye y organiza los órganos que cumplen la función judicial penal del Estado, sino también aquellos que cumplen las demás tareas judiciales (civil, comercial, laboral, contencioso-administrativa, etc.) y, por ello, su estudio es compartido por todos los Derechos procesales. Al Derecho de la organización judicial todavía no se le han dedicado, en nuestro país, esfuerzos dignos de su importancia. Las leyes de organización judicial son, la mayoría de las veces, un conjunto asistemático de reglas acerca de los tribunales, que instituyen sus funciones, la disciplina de los cuerpos judiciales y hasta ciertas normas disciplinarias para el procedimiento que cumplen los jueces, incluyendo también reglas sobre competencia territorial y material (división de los tribunales de un Estado en circunscripciones territoriales y división de funciones entre ellos), que no agotan el tema, y hasta algunas normas procesales puras (piénsese en el recurso de inaplicabilidad de ley que, en el orden nacional, fue instituido por la Ley de organización judicial y todavía funciona según ella [ley nº 24.050, 11]). Al mismo tiempo, por la razón apuntada, las leyes de organización judicial han resignado materias que le son propias: fundamentalmente, la regulación total de la competencia de los tribunales.

Para los códigos de procedimiento sólo deberían dejar la regulación de los efectos de la falta de competencia, la forma para invocarla y del procedimiento para decidirla, el trámite de los conflictos de competencia entre diversos tribunales, y, quizás, la flexibilización de aquellas reglas en casos de conexión. Este libro no constituirá una excepción a esta tendencia, pues se ocupará principalmente del Derecho procesal penal en sentido estricto y sólo rozará la organización judicial cuando sea imprescindible. Vale la pena apuntar, finalmente, que las leyes de organización judicial incluyen al ministerio público —y lo organizan, aun cuando deficientemente— como órgano judicial del Estado (en la mayoría de las provincias conforme a sus constituciones).

El *Derecho procesal penal en sentido estricto* está expuesto en los códigos procesales penales, o de procedimientos penales o criminales. Su materia principal es-

tá constituida por la regulación de los diversos procedimientos para arribar a la aplicación de una pena o medida de seguridad penal y los actos que los integran, es decir, de la actividad procesal. Ello, sin embargo, no significa confundir el contenido del Derecho procesal penal con disposiciones de mero trámite pues, como sucede por ejemplo en el Código Civil, regular los actos significa también establecer una serie de principios que los gobiernan, la capacidad de quienes los llevan a cabo, sus derechos y deberes, las condiciones de validez de los actos y los modos de hacer notar su invalidez o ineficacia, etc., según corresponde a un sistema. El tema principal de esta obra es, como ya lo advertimos, el estudio del Derecho procesal penal en sentido estricto. Ello resulta bastante complicado por la diversidad legislativa interna, producto de la legislación federal en materia procesal que impera en nuestro país, según su organización constitucional (poderes reservados por las provincias al constituir la República).

El Derecho procesal penal, a pesar del concepto y contenido que hasta ahora venimos desarrollando, no se agota en la disciplina de la actividad del Estado tendiente a dar solución a conflictos sociales que pretenden la aplicación de la ley penal; comprende también la regulación de ciertas actividades que cumple el Estado cuando, por intermedio de sus órganos competentes, decide aplicar una pena o medida de seguridad penal.

Puede decirse con razón que existen tres momentos diferentes en los que se manifiesta el poder penal del Estado: el primero es el relativo a la amenaza penal, al establecimiento de las condiciones materiales bajo las cuales el Estado promete una pena o medida de seguridad penal, a la definición y limitación del poder penal material del Estado mediante los mandatos y prohibiciones penales (*Derecho penal material o sustantivo*); el segundo es el relativo al ejercicio de la pretensión penal, aplicar a alguien una pena o medida de seguridad penal cuando se advierte un hecho concreto que, eventualmente, justificaría la reacción penal, momento que se explicita mediante la regulación de los actos que permiten verificar ese hecho y, en su caso, aplicar la pena o medida de seguridad penal, y mediante la institución y organización de los órganos del Estado que intervienen en ese procedimiento (*Derecho penal formal o adjetivo*); el tercero es el relativo a la ejecución de la reacción penal decidida en el caso concreto (*Derecho penal ejecutivo*)[12].

La *ejecución penal* en sí no pertenece tradicionalmente al área de regulación del Derecho procesal penal; pero, en tanto la ley penal requiere decisiones jurisdiccionales para fijar, suspender, transformar o hacer cesar la ejecución penal (por ej.: CP, 2, párr. II, 10, 13, 20 *ter*, 21, 24, 25, 34, inc. 1, 65, 68 y 69), el Derecho procesal penal debe prever el tribunal competente para ello, el procedimiento para lograr la decisión, la clase y forma de la decisión y la posibilidad eventual de

[12] Cf. RUBIANES, *Manual*, t. I, nº 11, ps. 44 y ss.; ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, p. 12; PETERS, *Strafprozeß*, 2ª ed., § 78, I, p. 601.

su impugnación, con lo que se amplía el contenido antes descripto, que sólo corresponde al llamado proceso de conocimiento. Es por ello que, conforme a una denominación usual[13], hemos utilizado en la definición la expresión *actuar* la ley penal, más extensa que la de *aplicar* la ley penal. Modernamente, la tendencia conduce al control total de la ejecución penal por órganos jurisdiccionales, con la creación de tribunales especiales de ejecución, lo que implica la ampliación consecuente del contenido del Derecho procesal penal[14].

Se discute acerca de si la *ejecución penal* constituye una tarea *administrativa* o *judicial*. La situación entre nosotros es clara para la pena privativa de libertad (reclusión y prisión) y la medida de seguridad que implica privación de la libertad: la sentencia firme de condena a prisión o reclusión o la disposición de la medida de seguridad constituye el título legítimo por el cual la Administración ejecuta estas consecuencias jurídicas, pero las principales decisiones acerca del término, la suspensión, la transformación y la cesación de estas consecuencias penales se atribuyen al Poder Judicial del Estado. No ocurre lo mismo con las demás penas (pecuniaria e inhabilitación) cuya ejecución íntegra es tarea judicial. La evolución, sin embargo, parece encaminarse hacia la judicialización de la ejecución penal[15].

Distinta es la disputa —para nosotros de interés dogmático por la división de competencia legislativa entre las provincias y la Nación, según la Constitución nacional— sobre si la ejecución penal constituye un poder reservado por las provincias (CN, 121) o delegado por ellas (CN, 75, inc. 12). Planteada universalmente, la cuestión se reduce a saber cuáles son las reglas de ejecución propias del Derecho penal material y cuáles las procesales o administrativas. Es tarea del Derecho penal material definir qué es una pena, cómo y cuándo debe ejecutarse, se cumpla esta labor en el mismo Código penal o en una ley especial; corresponde al Derecho procesal penal instituir los órganos judiciales y el procedimiento adecuado para decidir en aquellos casos en los cuales la ley penal exige una resolución judicial sobre la vida de la ejecución penal o pone en manos de los jueces el control de la ejecución; por último, corresponde al Derecho administrativo (aun del poder judicial si se otorgara esta función a ese departamento estatal) decidir sobre la dirección y administración de establecimientos de ejecución penal. Por lo tan-

[13] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. III, nº 4, p. 125; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. VII, nº 1805, p. 290.

[14] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, c, p. 5 y § 57, A y B, ps. 411 y siguientes.

[15] Cf. entre nosotros, CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. VII, nº 1811, p. 306; LEVENE (h.), *Ejecución procesal penal*, p. 829; en contra, PETERS, *Strafprozeß*, § 23, I, p. 203; sin embargo, ya el Derecho internacional se ocupa de los derechos de los penados ampliamente y en la misma República Federal de Alemania el control jurisdiccional de la ejecución de penas y medidas privativas de la libertad es muy amplio; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4ª ed., § 72, IV, p. 695 y el mismo PETERS, *Strafprozeß*, § 79, V, p. 608. En el sentido descripto en el texto. BAUMANN, *Grundbegriffe*, cap. I, 1, 2, p. 17 (versión castellana de Conrado A. Finzi, *Derecho procesal penal*). Sobre la expresión de esta tendencia en el CPP Nación, cf. SALT, *Tribunal de ejecución: ¿algo nuevo en la ejecución de las penas?*, ps. 269 y siguientes.

to, tiene razón Ricardo C. NÚÑEZ, cuando, refiriéndose a nuestro problema principal sobre la ejecución de penas privativas de libertad, separa las cuestiones abogando por reglas únicas de ejecución penitenciaria dictadas por el Congreso de la Nación en cumplimiento de su función de sancionar la ley penal (CN, 75, inc. 12), pero reconociendo que las provincias en su territorio y la Nación en el orden federal prevén todo lo relativo a la dirección, administración y control de los establecimientos penitenciarios[16].

Las reglas procesales referentes a la ejecución penal tendrán aquí importancia secundaria frente a la tarea principal de la obra, que se dedica al proceso de conocimiento.

Ciertamente, lo que une a todas las definiciones conocidas del Derecho procesal penal[17] es el fin que persiguen como un todo sus reglas: proveer a la actuación legítima del Derecho penal material o sustantivo. Esa función y ese carácter del Derecho procesal penal serán examinados en los próximos puntos.

Algunas definiciones del Derecho procesal penal refieren directamente a la *regulación del proceso penal*[18]. Tales definiciones no tienen demasiadas pretensiones descriptivas y remiten para su inteligencia y alcance al concepto que el autor brinda sobre el proceso penal. Por diversas razones parece mejor plantear desde el comienzo el contenido regulativo del Derecho procesal penal cuando se quiere definir su concepto. En primer lugar, proceso penal no puede significar, en ese contexto, un ente concreto, este o aquel proceso, sino un nuevo concepto con todas las notas características (abstracción) y las dificultades (semánticas) propias de ellos. Las distintas formas de concebir el proceso penal[19] tornan dificultosa la referencia, a más de que *proceso penal* es ya un concepto sintético, resultado de pensar todas las normas procesales como un conjunto; en realidad las normas del Derecho procesal penal regulan actos que integran un procedimiento eventual y las facultades de quienes intervienen en ese procedimiento. Por lo demás, la síntesis que representa la expresión *proceso penal* no es siempre comprensiva del contenido íntegro del Derecho procesal penal.

B. FUNCIÓN

La pregunta del título puede entenderse en dos sentidos distintos y merecer así dos contestaciones diferentes. La manera común de

[16] NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, § XII, tít. II, cap. III, III, ps. 377 y ss., en especial, nota nº 115, p. 379, para su polémica con Ítalo A. LUDER, quien ha afirmado siempre la competencia legislativa local sobre la ejecución de penas privativas de libertad (cf. *Derecho ejecutivo penal*, ps. 882 y siguientes).

[17] Pueden leerse las más comunes para nosotros en RUBIANES, *Manual*, t. I, nº 11, ps. 45 y siguiente.

[18] ODERIGO, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., p. 5, entre nosotros: conjunto de normas jurídicas reguladoras del proceso penal.

[19] El mismo ODERIGO lo concibió como *empresa* (*Derecho procesal penal*, ps. 42 y ss.), definición en la cual no todos sus elementos son normativos.

comprender la cuestión resulta de su sentido político o material: se pregunta por el fin social que cumple el Derecho procesal penal, por la tarea que le corresponde llevar a cabo, como rama jurídica, dentro del orden jurídico de un Estado.

El segundo sentido de la pregunta envía a la función formal de las normas del Derecho procesal penal, dentro de los diversos tipos existentes en un orden jurídico (§ 1, B, 2, *e*): se trata aquí de observar la estructura formal y conceptual de las reglas o, si se quiere, cómo ellas cumplen la función material que se les adjudica.

1. Función material

a) Realización del Derecho penal material

"El Derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo". La sentencia de Ernst BELING[20] define mejor que cualquier otra la necesidad de la existencia del Derecho procesal penal para actuar el Derecho penal sustantivo. En efecto, el Derecho penal sólo define el *injusto penal* y las condiciones bajo las cuales amenaza una pena o reacciona con una medida de seguridad y corrección, esto es, el *hecho punible*[21] o el *hecho antijurídico* que, bajo ciertas condiciones, funda una medida de seguridad y corrección, pero no provee a su propia realización, cuando en el mundo social acontece —supuestamente— un hecho que pertenece a la clase de los definidos por él, para fundar una pena o una medida de seguridad y corrección.

Para ello está el Derecho procesal penal que, ante la afirmación de la existencia en el mundo real de una acción u omisión que transgrede una norma de deber del Derecho penal (injusto o entuerto), indica el camino (serie de actos) necesario para averiguar el contenido de verdad de esa afirmación y, en su caso, disponer la reacción concreta correspondiente (pena o medida de seguridad y corrección[22]). De allí que sea el Derecho procesal penal el que se enfrente con las personas de carne y hueso, el que "le toque algún pelo al delincuente", con lo que se quiere expresar que está más cerca del drama humano real —del hecho y del imputado— que el Derecho penal, pues supone la sospecha de

[20] BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Goldschmidt-Núñez, Introducción, § 1, I, p. 2.

[21] *Imputación jurídico-delictiva* en la terminología de NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, § V, ps. 209 y siguientes.

[22] Ver nota al pie nº 1 de este parágrafo.

que ya se perpetró una infracción concreta a las normas de comportamiento de este último.

De allí que se exprese que el Derecho procesal penal pertenezca al área de los *Derechos de realización*[23]; específicamente, es el *Derecho de realización penal*, en tanto se lo define por su función de regular el procedimiento mediante el cual se verifica, determina y realiza la pretensión penal estatal definida por el Derecho penal[24] o se apunta, sintéticamente, que "la realización del Derecho penal es la tarea del Derecho procesal penal"[25]. Por esta razón se advierte también su posición de sirviente o auxiliar del Derecho penal, sin cuya existencia es imposible pensar en el Derecho procesal penal, pues éste no es sino la realización del Derecho penal[26].

Aún más, el Derecho procesal penal es el único medio legítimo para la realización penal (*nulla poena sine iuditio* - juez natural: ver § 6, B, y § 7, B, 3), con lo que se quiere expresar que los conflictos sociales que atañen al Derecho penal tienen sólo su vía de solución a través de las reglas del Derecho procesal penal en sentido estricto (procedimiento penal) y del Derecho de organización judicial, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos jurídicos.

En efecto, sólo hay condena y ejecución penal posterior cuando lo dispone el tribunal competente a través del procedimiento regulado para acceder a ella, regla que incluso rige para los casos de persecución penal privada. La razón de ser de esta verdadera *necesidad* que para el Derecho penal representa el Derecho procesal penal, sin el cual las normas de deber de aquél serían poco menos que ejercicio ético especulativo, reconoce varios puntos de partida en el mundo jurídico moderno, quizás provenientes de una raíz común. Una vez que la cultura humana consigue reemplazar la venganza privada, suprimiendo la *reacción física* del ofendido o su tribu por una *acción procesal* consistente en pretender ante un tribunal de justicia la aplicación de una pena, crea como sustituto el *poder penal del Estado*, embrionario al comienzo, organizado al fin. Tal poder penal alcanza con la *Inquisición* un significado absoluto, por la necesidad de reprimir todo comportamiento que atentara contra los fundamentos de la organización y la paz sociales (*salus publica suprema lex est*). De allí también proviene la necesidad de perseguir todo comportamiento punible, para lo que se concede al Estado el poder de perseguir penalmente y se dispone un procedimiento adecuado para investigar la

[23] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 9 y ss., ps. 13 y ss.; BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Goldschmidt-Núñez, § 1, I, p. 2; BAUMANN, *Grundbegriffe*, cap. 1, I, ps. 11 y siguientes.

[24] Cf. BAUMANN, *Grundbegriffe*.

[25] Cf. BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Goldschmidt-Núñez.

[26] Cf. BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de sGoldschmidt-Núñez.

verdad y lograr certeza en la reconstrucción histórica de aquello que, se afirmaba, había sucedido. A ello se agrega, en épocas modernas, la reivindicación de la dignidad del ser humano, aspecto que, a la par de la relativización de los métodos empleados para alcanzar los fines antes mencionados, convirtió en fin social —que también debe perseguir obligatoriamente el Estado como propio— la necesidad de evitar condenas de inocentes, procurando garantizar al máximo la imparcialidad del tribunal para juzgar. De allí, entonces, la necesidad de un tribunal imparcial y de un procedimiento arreglado a Derecho para poder realizar el poder penal del Estado: tanto la organización de ese poder, conforme al sentido político de su transformación (garantizar la organización y paz sociales), cuanto la limitación de ese poder por razones de respeto a la dignidad individual, concluyeron delineando esta característica tan particular del Derecho penal (en sentido amplio) actual. Y tan cierta es esta característica particular que, aun en los casos en que se reconoce cierto vestigio del método de la reacción privada (los delitos de acción privada, CP, 73 y ss.), la realización penal sólo es perseguible ante el tribunal competente y por el método que designa el Derecho procesal penal, por lo que se puede hablar, con razón, del carácter público (oficial) casi total del Derecho penal (otra vez en sentido amplio, comprensivo del Derecho procesal penal).

Es que la misma pena es pública, aun en estos casos de excepción, y, en principio, no es un medio reparatorio o reivindicativo para la ofensa concreta a un particular o sujeto de derechos. Es por ello también que, en el Derecho penal actual, la pena concreta a aplicar y ejecutar compromete una suerte de interrelación entre lo que dispone como marco (mínimo y máximo) el Derecho penal material con sus escalas (escasos son los casos de penas fijas en el Derecho moderno) y lo que decide el tribunal competente como reacción concreta dentro de ese marco y siguiendo el procedimiento correspondiente; otra prueba de la *necesidad* que para el Derecho penal representa el Derecho procesal penal[27]. Es por ello también que, salvo algunos casos menores, o de excepción, el Derecho penal y procesal penal modernos no conocen el *allanamiento*[28] como posibilidad del imputado de aceptar voluntariamente la imposición de una pena, evitando la persecución penal regular —esto es, por el procedimiento reglado— total o parcialmente[29]. Basta observar el fenómeno desde el otro lado y se verá cómo la misma persecución penal es, por regla, irrenunciable y obligatoria, no bien se afirme como existente un comportamiento delictual, salvo escasas excepciones, por lo menos para aquellos derechos penales que observan el principio de legalidad (§ 8, C, 2 y 3).

Esto no es lo que sucede en las otras áreas del Derecho, especialmente en el Derecho privado, pero también en el Derecho público, salvo excepciones (por ej., impedimentos matrimoniales absolutos). Supuesta la infracción a reglas jurídicas, la realización del Derecho sólo procede cuando los interesados en la observación de las normas se quejan, se muestran disconformes con algún comportamiento y acuden al Estado (judicial) en busca de la aplicación de reglas jurídicas.

[27] Cf. BAUMANN, *Grundbegriffe*, p. 12.

[28] Cf. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *El allanamiento en el proceso penal*.

[29] Recuérdese como excepción nuestra *oblación voluntaria* (pago voluntario de la multa correspondiente al delito; CP, 64).

Y, vistas las cosas desde la vereda opuesta del litigio, sólo existe cuando el demandado discute la pretensión de quien lo demanda porque, si se allana, reconociéndola (total o parcialmente) por cualquier razón, aun contra la que le concede el Derecho, la discusión termina y la pretensión triunfa (total o parcialmente). En esta área también son posibles las soluciones extrajudiciales de las controversias, cualquiera que sea el motivo que las funda, sin importar el menor o mayor grado de realización del Derecho material que las preside, sino, antes bien, interesa la finalización del conflicto social que las provoca. Los bienes jurídicos son aquí enteramente disponibles. Es por ello que, como expresión del principio de la autonomía de la voluntad (CC, 1197), reina la *disposición* de las partes en los demás derechos procesales (el acreedor puede decidir libremente no perseguir a su deudor, así como éste, demandado injustamente, puede pagar voluntariamente lo que no debe o allanarse total o parcialmente a la pretensión del actor), mientras que en el Derecho procesal penal gobierna la *Inquisición* (§ 8, B). Tampoco es posible comprometer la solución de una cuestión penal en árbitros, como se permite en otras áreas del Derecho, y hasta las reglas de competencia son más rígidas (*improrrogabilidad* de la competencia penal). Hay razón, entonces, para asegurar que el Derecho procesal penal es necesario para la realización del Derecho penal en un sentido más fuerte que los demás derechos procesales para los otros derechos materiales, especialmente si nos referimos al Derecho procesal civil.

Eso se sostuvo en la primera edición de este libro. La contraposición que precede es todavía genéricamente cierta, pues deriva del nacimiento de la *cuestión penal*, de la génesis de la pena estatal y del Derecho penal. El ingreso de la reparación como *tercera vía* del Derecho penal y el regreso de la *composición*, en cierta manera, del principio de la autonomía de la voluntad, al Derecho procesal penal, permiten hablar de una *privatización* del Derecho penal[30], todavía en génesis, y relativizar la caracterización anterior que aún hoy lo preside[31].

La realización penal, según se vio, está regida por principios del todo diversos a los de los demás derechos procesales, característica que, a la vez, abona su autonomía respecto de los derechos procesales con los que se la pretende unificar y confirma su unión política profunda con el Derecho penal. Sintéticamente —porque volveremos sobre el particular al abordar sus relaciones con otras ramas del Derecho (§ 3) y enunciar sus principios políticos (§ 8)— advertiremos que la realización penal adquiere un marcado tinte oficial (estatal) y un contenido indisponible, según regla casi exenta de excepciones.

Esto es aún más cierto entre nosotros, que no reconocemos ninguna excepción al *principio de legalidad* en los delitos perseguibles de oficio (CP, 71), en tanto se manda perseguir y averiguar, según el método regulado por el Derecho procesal penal, cada vez que los órganos de persecución penal del Estado conozcan la *no-*

[30] Cf. ESER, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, p. 51.

[31] Cf. MAIER, *La víctima y el sistema penal*; *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*; *El Derecho penal hoy: entre la inquisición y la composición*.

litis criminis, sin consideración a razones de conveniencia (*principio de oportunidad*) política, económica o social (§ 8, C, 3).

Excepciones materiales a esta regla en los delitos de persecución pública (de oficio) son los llamados delitos dependientes de instancia privada (CP, 72), en los que la persecución penal válida depende de una manifestación de voluntad del ofendido, o de sus sustitutos en caso de incapacidad de éste, que libere el obstáculo inicial para perseguir oficialmente. Excepciones a la persecución penal pública son los delitos de acción privada (CP, 73 y ss.), con mayor incidencia de la voluntad particular sobre la persecución penal y la pena, pues no sólo excluyen la persecución penal pública sino que la renuncia del ofendido —legitimado para perseguir— extingue la persecución penal (CP, 59, inc. 4, y 60) y su perdón extingue la pena (CP, 69).

En el Derecho penal argentino existen desde antiguo algunas excepciones más a favor de la autonomía de la voluntad, que, sin embargo, no prescinden de la regla apuntada genéricamente. La retractación en los delitos contra el honor (CP, 117) y el casamiento con la ofendida en los delitos contra la honestidad (CP, 132) representan antiguas soluciones reparatorias o consensuales. Actualmente, sin embargo, el regreso de la *composición* y de la visión del Derecho penal como instancia de solución de conflictos sociales, antes que como poder estatal, representa una verdadera tendencia en el orden universal y, también, en el Derecho penal argentino. Dos institutos, el cumplimiento de la obligación tributaria o previsional en los delitos de esa índole (ley nº 23.771, 14) y la suspensión del juicio a prueba (CP, 76 *bis* y ss.) abren la puerta a la aplicación masiva de este tipo de soluciones. El movimiento a favor de la víctima de un delito ha impulsado y concedido fuerza política a esta renovación[32].

Lo ya expresado rige también cuando se trata únicamente de la pretensión que sólo persigue realizar una medida de seguridad y corrección. Por realización penal comprendemos también, entonces, la actuación de una medida de seguridad y corrección, según lo pusimos en evidencia al describir el concepto y contenido del Derecho procesal penal.

Vale la pena agregar que, accesoriamente, el Derecho procesal penal también sirve, eventualmente, como medio realizador del Derecho civil material o sustantivo, en tanto si el legitimado para demandar la reparación del daño causado por el delito lo desea, puede reclamar en el proceso penal su reparación, ejerciendo la pretensión civil *ex delito*.

[32] Sobre esta tendencia, en el Derecho universal, puede leerse MAIER, *La víctima y el sistema penal*; un ensayo de descripción de la tendencia con ejemplos y bibliografía del Derecho continental europeo; en el Derecho anglo sajón, MCDONALD, *Towards a bicentennial revolution in criminal justice: the return of the victim*; en el Derecho argentino, MAIER, *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*; MAIER-BOVINO, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771. ¿El ingreso al Derecho penal de la reparación como tercera vía?*; VITALE, *Suspensión del proceso penal a prueba*.

b) Protección personal

La superación de la venganza de sangre del ofendido o sus parientes se logró, tras una evolución secular, mediante la creación del poder penal del Estado. Este desarrollo corresponde, en la evolución social, al paso del primer al segundo estrato de la organización política entre los hombres, desde la *sociedad arcaica*, caracterizada por grupos parentales divididos, que carecían de una instancia política central, a la *sociedad culturalmente evolucionada*, con una organización estatal central cuyo rasgo más característico es la asunción de la tarea de administrar justicia[33]. Este inmenso poder de la organización política sobre los hombres que la integraban culmina en la Inquisición con la afirmación de valores y principios absolutos —la persecución penal estatal y la averiguación de la verdad como meta del enjuiciamiento penal—, en procura de conservar la forma de organización política y la paz social adecuada a ella.

El crecimiento del poder penal del Estado trajo consigo un desmejoramiento evidente de las condiciones de libertad y seguridad de los individuos, subordinados al fin —políticamente cuestionable— perseguido por el Estado (*salus publica suprema lex est*) y al arbitrio de sus órganos en el ejercicio de ese poder. La situación así descripta preparó la revolución política que significó el paso a otro estrato de la evolución social: la *sociedad moderna*, caracterizada por la participación y consenso de los individuos para fijar las formas y metas del orden social, y sus límites, mediante acuerdos racionales y, en especial, por la intervención de los afectados en la solución de los conflictos sociales que los tiene por actores[34]. Esto equivale a la necesidad de poner límites que eliminen, en lo posible, el abuso de ese poder, que logren para el individuo afectado un marco de garantías y una intervención efectiva en el desarrollo y solución del conflicto, procedimiento que, como se verá, relativiza las metas que se propone la administración de justicia penal del Estado[35]. Esta forma de proceder, vinculada a la persecución penal, supone la afirmación de valores del individuo

[33] Cf. STRATENWERTH, *Die Zukunft*, p. 5 (versión castellana de Enrique Bacigalupo, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*); KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 256.

[34] Cf. STRATENWERTH, *Die Zukunft*: "Estos diferentes sistemas sociales están coordinados, respectivamente, con formas específicas de desarrollar y concluir conflictos sociales", p. 5.

[35] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, B, p. 3.

que, por su mayor jerarquía, se anteponen a los mismos fines que persigue el enjuiciamiento penal, fines que de esta manera ya no se conciben como absolutos, sino que resultan subordinados a la observancia de aquellos valores fundamentales.

Aquí se nota con toda su fuerza el conflicto de intereses que reside en la base de la función judicial del Estado en lo penal: por una parte, la necesidad de hacer efectivo el poder penal del Estado en aquellos casos reales que fundan su aplicación y, para ello, la necesidad de averiguar la verdad histórica acerca de los comportamientos de los individuos sospechados como delictivos, con el fin de garantizar las condiciones imprescindibles de la coexistencia social pacífica, y, por la otra, el interés individual en la propia vida, con el goce de todas las libertades y bienes jurídicos que el Derecho concede, interés que, en definitiva, también ha sido asumido como social, según se demuestra en muchos momentos del procedimiento penal (por ej., cuando el Estado, obligatoriamente, concurre a defender a quien él mismo persigue penalmente, si el individuo, expresa o tácitamente, da a conocer su deseo de no defenderse)[36].

La relativización de los fines de la persecución penal estatal le ha dado al enjuiciamiento penal actual su nombre de *sistema inquisitivo reformado*[37] o, según es más habitual entre nosotros, de *sistema mixto*. Se puede observar, por ejemplo, que la meta absoluta de obtener la verdad histórica está actualmente subordinada a una serie de valores del individuo, que impiden lograrla a través de ciertos métodos indignos para la persona humana (incoercibilidad del imputado como órgano de prueba: facultad de abstenerse de declarar, prohibición de la tortura y cualquier medio coercitivo de interrogación; *in dubio pro reo* como máxima principal de valoración de la prueba; inviolabilidad de la defensa [CN, 18]). Esta ponderación de valores puede, en ocasiones, impedir la función realizadora del Derecho penal, que cumple el Derecho procesal penal, pues, según se observó, no se trata de alcanzar la verdad a cualquier precio, sino respetando la dignidad de la persona sindicada como autora del comportamiento afirmado como existente, y también la de otras personas que intervienen en el procedimiento o que sufren las consecuencias de los actos procesales (por ej., el secuestro de cosas o el allanamiento de domicilio), personas y actos para los cuales se disponen formas especiales de garantía.

La limitación de los poderes del Estado es la nota característica del *Estado de Derecho*. La cuestión acerca de *cómo* y *hasta dónde* se instrumentan esos límites atañe a la Constitución política del Estado. Nuestra Constitución nacional, en lo que toca al enjuiciamiento penal, se ha ocupado de ello (CN, 18) y no tan sólo en el capítulo dedicado a los derechos y garantías (CN, 109 y 118); nos ocuparemos de las garantías

[36] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. II, § III, 3, ps. 99 y ss., y cap. III, 5, p. 127.

[37] Cf. GÖSSEL, *La defensa en el Estado de Derecho*, 1ª parte, A, ps. 220 y siguientes.

individuales que exige en el ámbito del Derecho procesal penal en los §§ 6 y 7.

Se dice que "el proceso penal de una Nación es el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de su Constitución"[38] o bien se observa al "Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado"[39], porque con razón se afirma que él es, al menos parcialmente, Derecho constitucional reformulado o aplicado[40]. Con esas metáforas se expresa mejor y con más fuerza que con textos extensos la función de garantía y protección del hombre frente al poder penal del Estado, que cumple el Derecho procesal penal. En realidad, todos los principios limitadores del poder penal del Estado que contiene la Constitución nacional son desarrollados y reglamentados (CN, 28) en los códigos de procedimientos penales y leyes orgánicas judiciales. Al menos, así debe ser, por la supremacía constitucional (CN, 31), que determina la vigencia de la ley. Desde este punto de vista, el Derecho procesal penal es un estatuto de garantías, sobre todo para quien es perseguido penalmente, garantías que, incluso, se supraordinan a las demás funciones que también se le adjudica. Estos límites al derecho de intervención del Estado sobre los ciudadanos, a título de aplicación de su poder penal, ejercido como persecución penal, que protegen tanto al inocente, con miras a evitar una condena injusta, cuanto al mismo culpable, para que no se alcance una condena a costa de su dignidad personal o sin posibilidad de defender sus puntos de vista, caracterizan la *judicialidad* del proceso penal y el *legismo procesal* en que consiste su regulación[41].

c) Recomposición de la paz y seguridad jurídicas

Toda la regulación del procedimiento tiende a obtener el acto que resuelva definitivamente el conflicto social en el cual reside la imputación penal, dándole respuesta. La serie de actos que integran el procedimiento no es más que un avance —histórico-cognoscitivo y jurídico— hacia la decisión que soluciona ese conflicto, la sentencia

[38] GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, § 4, nº 30, ps. 109 y siguiente.

[39] ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 2, A, p. 9.

[40] Cf. BAUMANN, *Grundbegriffe*, 5ª ed., cap. 1, II, 1, p. 31 (ed. castellana, *Derecho procesal penal*, tr. de Conrado A. Finzi, p. 29); ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 2, A, IV, p. 11.

[41] *Nulla poena sine iudicio legali*: cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. 1, 4, ps. 23 y ss., y §§ 6 y 7 de esta obra.

(aun la del sobreseimiento). Y esa decisión, por fuerza de las mismas reglas del Derecho procesal, culmina la discusión y el conflicto, cualquiera que sea la solución y aun cuando, de hecho, no cumpla alguna de las funciones adjudicadas al procedimiento penal que examinamos anteriormente. La decisión alcanza tal fuerza definitiva cuando, como se dice, *queda firme* o *pasa en autoridad de cosa juzgada*, es decir, cuando han sido agotados los medios de impugnación que el mismo reglamento procesal prevé, obteniéndose la solución definitiva, supuesta la posibilidad de impugnación, o cuando ha vencido el plazo para impugnar la decisión sin queja admisible del agraviado por ella. El Derecho pretende al extremo que la decisión sea la culminación exitosa de los fines que propone; de allí que haga posible, casi siempre, la impugnación de las decisiones jurisdiccionales, aun cediendo un tesoro tan preciado como la celeridad que se le pide al procedimiento, elemento fundamental de su eficiencia; pero también es consciente de su papel práctico, que exige dar por terminada la discusión en alguna instancia; de otra manera, carecería de eficacia práctica. Tales medios de impugnación (recursos) sirven tanto para advertir que la sentencia es injusta porque no cumple el objetivo final de actuar el Derecho penal sustantivo, como para quejarse porque se prescindió del legismo procesal, al no representar la sentencia el resultado de un procedimiento conforme al Derecho procesal (casación).

Pero, como observamos anteriormente, es también posible que la función de recomponer la paz y la seguridad jurídicas, que cumple la decisión definitiva, se frustre en algunos casos, en homenaje a valores del individuo superiores en rango. Así sucede cuando se permite la *revisión del procedimiento cerrado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada* mediante el *recurso de revisión a favor del condenado*, en casos excepcionales: tradicionalmente, cuando después de la sentencia se descubre un error en la valoración de un elemento de prueba decisivo para el juicio fáctico expresado en la sentencia; entre nosotros, también para aplicar el principio de la ley penal posterior más benigna (CP, 2).

El valor definitivo de la decisión final está amparado, en todo aquello que hace a la situación de quien es perseguido penalmente, absuelto o condenado en la sentencia definitiva, por la prohibición de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*); una vez que se alcanzó la cosa juzgada ella es irrevisable en perjuicio del acusado absuelto o del condenado, con miras a una condena superior, por más que se pueda demostrar el fracaso del procedimiento y de la decisión que le pone fin para cumplir la función de realizar el Derecho penal que les es propia, aspecto que acentúa el carácter de garantía individual de la regla.

El caso contrario, en cambio, se resuelve de manera inversa, según ya apuntamos, en homenaje al individuo, para no someter a un inocente a una pena o a una medida de seguridad que no merece, o a un condenado a una pena o medida de seguridad mayor a la que merece.

Sin embargo, ésta no es una decisión política que se pueda llamar universal. Para el Derecho alemán —también para el austríaco—, por ej., es posible la revisión del procedimiento cerrado por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada también en desfavor del acusado o condenado[42]. Aquí la ponderación de valores juega en sentido inverso al que venimos manejando: se prefiere respaldar la función de realización del Derecho penal que cumple el procedimiento penal, en desmedro de la garantía individual. Para nosotros esta decisión política niega importancia material a la garantía del *ne bis in idem*, acordándole sólo valor formal (§ 6, E).

2. Función formal

Inmediatamente antes se aclaró la función política que cumplen las reglas del Derecho procesal penal, en conjunto, dentro del orden jurídico y, más precisamente, dentro del Derecho penal en sentido amplio, comprensivo del Derecho procesal penal y del Derecho de ejecución penal. Cabe ahora ocuparse, brevemente, de la estructura de sus reglas particulares, según la distinción fundamental de funciones de las diversas normas de un orden jurídico (§ 1).

Por definición, todas las normas del Derecho procesal penal son *normas potestativas*. Ellas disciplinan los actos que integran necesaria o eventualmente un procedimiento, disponiendo sobre el modo, tiempo y forma en los cuales deben ser llevados a cabo para obtener ciertas consecuencias jurídicas, sobre la competencia de los órganos públicos que ejercen la función penal del Estado para realizar algunos de ellos o las facultades de los particulares intervinientes en el procedimiento para llevar a cabo otros. Sus normas conectan así un acto válidamente llevado a cabo con una consecuencia jurídica precisa, delimitando las acciones jurídicamente indiferentes de aquéllas que tienen un sentido preciso en el procedimiento. Sin estas reglas no podríamos distinguir una sentencia de la opinión de un juez, un recurso de la queja de un interviniente en el proceso contra la injusticia de la decisión, un testimonio o una peritación valorable en la decisión de una opinión vulgar o científica sobre el asunto.

[42] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. I y vol. II, ps. 345 y 348 y ss. La cuestión —no podía ser de otra manera— proviene de una distinta definición de la regla por las leyes fundamentales de los diversos Estados. Ésta —y no otra— fue la base de mi polémica con BAUMANN: cf. MAIER, *Comentario*, ps. 745 y ss.; BAUMANN, *Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes*, ps. 169 y ss.; MAIER, *Conclusiones básicas*, ps. 363 y siguientes.

Por ejemplo, la norma (conjunción de varios preceptos) que define la sentencia, compleja por cierto, nos dice cuál es el órgano público que debe dictarla, su composición, los actos válidos que son su presupuesto y aquéllos de los que puede obtener el conocimiento fáctico necesario para decidir, el modo de deliberar la solución y el de pronunciarla, la forma extrínseca del fallo y sus necesidades intrínsecas (fundamentación), el tiempo y el lugar de la deliberación y decisión cuando ellos tienen cierta importancia; si son observados esos presupuestos, que estudiaremos posteriormente en particular, la sentencia conducirá a las consecuencias jurídicas deseadas por quien practica la acción de decidir, prevista por el Derecho. La norma que prevé la posibilidad de un recurso faculta a alguien bajo determinadas circunstancias, de un modo, en un tiempo y lugar determinados, a impugnar la decisión por injusta para lograr su modificación, su revocación y su reemplazo por otra o su eliminación; sólo si la acción de quejarse se lleva a cabo conforme a esos presupuestos producirá el efecto buscado y previsto en la ley: el nuevo examen de la causa, desde algún punto de vista, para conseguir los fines anticipados.

Dentro de una ley procesal se halla, por excepción, disposiciones atípicas, preceptos que tienen toda la estructura de una *norma de deber*. Así, por ej., los códigos procesales penales y las leyes de organización judicial contienen casi siempre reglas punitivas para la inconducta procesal de los intervinientes en un proceso concreto (por ej., decr. ley 1.285/58 y sus modificaciones, de organización de la justicia nacional, 16 y 18) o para el incumplimiento de ciertos deberes de personas que deben informar en el procedimiento (CPP Nación, 247) o de los órganos públicos que intervienen en él (CPP Nación, 187). Esas normas no son reglas procesales, como no son reglas de derecho privado (civil o comercial) aquellas normas penales que protegen la propiedad, pese a tutelar un bien jurídico que crea el Derecho privado, definiéndolo y regulando los actos lícitos de adquisición y transmisión del dominio de cosas y bienes. La sola inclusión en una ley procesal no les da categoría de normas procesales típicas, por más necesarias que sean; a nadie se le ha ocurrido que las normas penales que definen y amenazan con pena el prevaricato, la denegación de justicia, el falso testimonio o la falsa peritación o informe sean reglas procesales, pese a tutelar bienes jurídicos pertenecientes al procedimiento judicial y deberes muchas veces impuestos por las necesidades del Derecho procesal, y ello no sólo porque, circunstancialmente, están contenidas en otra ley, el Código penal, sino, antes bien, porque por su estructura y función no pertenecen al Derecho procesal.

Muchas veces, incluso en la teoría jurídica, se cometen errores en cuanto a la estructura de las reglas y su catalogación, casi siempre por apego, consciente o inconsciente, al monismo normativo, en especial a la concepción de las reglas jurídicas como órdenes coactivas. Es usual creer que las reglas que definen la sentencia son parte de la norma que define un deber, el del juez de dictar sentencia. Y

no es así: las reglas procesales que definen la sentencia son, según antes lo expresamos, las que posibilitan al juez llevar a cabo una determinada acción singular, coincidente con el tipo abstracto que define la ley, para obtener ciertos efectos o consecuencias jurídicas, las que posibilitan identificar ese acto entre muchos otros particulares y oficiales que realiza el juez, y predicar de él que es válido (o inválido) para provocar las consecuencias jurídicas previstas para él. Otra cosa es que exista, además, una norma que impone al juez el deber de dictar sentencia o administrar justicia (CP, 273), norma que, incluso, puede contener en su tipo la referencia a algunas reglas procesales. Se observará que el juez cumple su deber aun fallando inválidamente desde el punto de vista del Derecho procesal y sólo es punible si se niega a juzgar por pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley o retarda maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y vencidos los términos legales (delito doloso), circunstancia que verifica que se trata de normas distintas y con diferente función.

C. CARACTERES

1. Derecho público

a) Clasificación tradicional

No es motivo de discusión que el Derecho procesal penal es una rama del Derecho público[43]. Tanto si se define al Derecho público como aquél que regula intereses comunitarios, por oposición a los intereses privados de los individuos (*teoría de los intereses*), como si, según su concepto más moderno, se lo identifica por la naturaleza de la relación jurídica que regula, en la que los órganos del Estado, o los individuos calificados de ese modo que ejercen sus funciones, ocupan una posición supraordinada respecto de los demás sujetos de derechos (subordinados) a los que vinculan y obligan con su sola declaración de voluntad (*teoría de los sujetos*)[44], la clasificación es aparentemente correcta porque el Derecho procesal penal regula la actividad de órganos estatales (sobre todo: el tribunal y el ministerio público) que obran guiados por un interés social (la persecución penal de los delitos), y esos órganos se supraordinan a los particulares que intervienen en el procedimiento, hecho que se nota, sin más, en el *imperio* jurisdiccional que, con la declaración de voluntad del órgano esta-

[43] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 58, p. 54; RUBIANES, *Manual*, t. I, nº 16, p. 53; BALMANN, *Grundbegriffe*, cap. I, II, 1, *a*, p. 17; ARAGONESES ALONSO, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 3ª ed., 2, II, p. 47.

[44] Ambas teorías, como modo de división de dos zonas claras que agotan el Derecho positivo y sus ramas jurídicas, son discutibles y, en definitiva, insostenibles. Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. VIII, XLVI, ps. 206 y ss., y lo que decimos *infra*.

tal (juez), somete a los particulares a la solución que adopta en su decisión (específicamente: la sentencia).

Menos discutible aparece esta clasificación cuando se observa que el Derecho procesal penal tiene por misión realizar el Derecho penal material o sustantivo, del que también se predica que pertenece al Derecho público[45].

La cuestión sólo se ha planteado en el Derecho procesal civil porque, según se nota, es Derecho auxiliar o realizador del Derecho privado, a más de estar al servicio de la solución de conflictos entre intereses privados casi con exclusividad. Sin embargo, el hecho de que también el Derecho procesal civil regule la actividad de órganos del Estado y de que esa actividad sea, por naturaleza, pública, porque se trata del ejercicio del poder del Estado y el órgano estatal impone su solución supraordinado a los particulares, ha terminado por fundar la opinión, prácticamente unánime, que afirma que el Derecho procesal civil es también Derecho público[46].

Desde el mismo punto de vista, el carácter público (oficial) del proceso penal actual, en el cual —por contraposición a lo que de ordinario sucede en el proceso civil—, la persecución penal es, por regla, como la decisión, también pública, hasta la defensa técnica del imputado se ha convertido en pública, cuando él no la dispone o no la dispone con cierta garantía de eficiencia, y el conflicto social que encierra no tiene otra forma de solución que el desarrollo del procedimiento penal, remite a la misma afirmación. En realidad, el procedimiento penal es todo público porque se trata, materialmente, de la persecución penal oficial contra el supuesto autor o partícipe de un hecho punible, no bien se tengan noticias de él, en busca de la actuación de la ley penal; si tal tarea se lleva a cabo con intervención del perseguido y por medio de un procedimiento reglado, en el cual el Estado mismo divide su tarea (perseguir en sentido estricto y decidir), ello sólo obedece a la necesidad política de limitar las atribuciones estatales para garantía del individuo, para que el poder penal del Estado no se ejerza abusivamente, sometiendo sin consideraciones a los súbditos.

[45] NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, § II, tít. I, I, p. 37; SOLER, *Derecho penal argentino*, 3ª ed. de la Parte general, t. 1, § 1, IV, ps. 30 y s.; ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal*, cap. I, nº 6, p. 24. Ver, sin embargo, las dudas que esta inclusión despierta en la teoría general del Derecho, en ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. VIII, XLIV, p. 200.

[46] RUBIANES, *Manual*, t. I, nº 16, p. 53; BAUMANN, *Grundbegriffe*, cap. I, II, 1, p. 19; PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, cap. I, 5, *b*, ps. 24 y siguientes.

b) Reflexión crítica

No obstante la opinión unánime de la literatura procesal y los sólidos fundamentos exteriorizados, queda espacio para la reflexión, representada en dos preguntas: ¿cuál es la utilidad que le brinda al Derecho procesal penal su clasificación como Derecho público?, y ¿puede afirmarse sin más que todas sus normas pertenecen al Derecho público?

Respecto de la primera cuestión Jürgen BAUMANN señaló, polemizando una observación mía, que de la naturaleza jurídica de Derecho público parten varios de los principios con los que trabaja el Derecho procesal penal; a manera de ejemplo nombró los principios de *proporcionalidad*, de la *aplicación del medio más benigno* y de *legitimidad*, relativos a los medios de coerción procesal[47]. Por mi parte observé que, de ser así, se justificaría con creces el esfuerzo, pero apuntaba, al mismo tiempo, que no conocía en el Derecho alemán (comprensible falta de conocimientos) ni en el Derecho argentino una derivación similar[48]. Particularmente para nosotros, según veremos a su turno, todos estos principios limitativos del poder coercitivo del Estado emergen directamente del Derecho constitucional y son reglamentados por el Derecho procesal penal. Por supuesto, el Derecho constitucional es Derecho público, pero ello no es determinante para el acierto, pues también varios principios constitucionales se refieren y se aplican al Derecho privado (*propiedad privada - autonomía de la voluntad*) y a nadie se le ha ocurrido que esto transforme la naturaleza de las normas. Por lo menos para nosotros es cierto que nadie extrae de la clasificación del Derecho procesal como Derecho público ninguna consecuencia, ni siquiera una sistemática que permita comprender e interpretar mejor el enjuiciamiento penal, posibilidad que justificaría el esfuerzo. La afirmación, sin embargo, parece poder extenderse universalmente, según la teoría general del Derecho, si, como observa Alf Ross, la tradición jurídica, pese a la modificación del orden jurídico por la aparición de nuevas ramas autónomas, presen-

[47] Cf. BAUMANN, *Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes*, ps. 169 y siguientes.

[48] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 2, A, III, p. 11, y B, p. 12, § 18, B, II, 2, p. 104 y § 30, A, III, p. 208; GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht*, § 20, B, II, ps. 166 y ss., y § 5, B, IV, ps. 69 y ss.; PETERS, *Strafprozeß*, § 47, A, II, ps. 358 y ss.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 74, II, ps. 312 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. I, 5, ps. 30 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. II, nº 169, ps. 253 y siguientes.

ta "la dificultad de que los términos 'privado' y 'público' sugieren una división exhaustiva que no existe", de la cual deriva el hecho de que el concepto "Derecho público" pierde coherencia cuando incluye otros dominios jurídicos (menciona al Derecho penal y al Derecho procesal), hecho determinante de que "no existe, y probablemente no puede ser siquiera imaginada, ninguna parte general de Derecho público tomada en sentido amplio"[49].

La segunda cuestión es más ardua de resolver. No parece muy cierto que la frontera entre Derecho público y Derecho privado pueda trazarse estrictamente o, si se quiere, que se alcance en esta diferenciación una determinación conceptual estricta y completamente aceptable[50]. Antes bien, parece que la diferenciación tiene cierto sentido histórico, académico y esquemático para el Derecho y sus ramas, las cuales, como en el caso del Derecho procesal, se han ido multiplicando con el tiempo y presentan hoy problemas de identificación. Es por ello que, como ya observamos, Alf Ross, partiendo del sustento de la tradición histórica como imprescindible para una clasificación sistemática, llega a aclarar que el núcleo de significación de estas dos áreas jurídicas (refiriéndose al Derecho público, pero abarcando el razonamiento inverso, según toda su argumentación) "pierde coherencia si se lo extiende hasta incluir otros dominios jurídicos —derecho penal, derecho administrativo especial y derecho procesal— que tradicionalmente son designados como derecho público", esto es, "interpretado en forma negativa, como un cajón de sastre para todo el derecho que no es derecho privado", al punto de que "no constituye... una esfera homogénea", lo que se "confirma por el hecho de que no existe, y probablemente no puede ser siquiera imaginada, ninguna parte general de derecho público tomada en sentido amplio" (ver nota nº 49). La verdad es que la clasificación "Derecho público"/"Derecho privado", repartiéndose por mitades todo el orden jurídico, fracasa si la observamos con rigor, cualquiera que sea el concepto separador del que se parta (*teoría de los intereses - teoría de los sujetos*), por su pretensión totalizadora; el Derecho penal y el Derecho procesal penal son clasificados como Derecho público por muy distintas razones a las que existen para incluir las ramas jurídicas originarias (el Derecho constitucional y el Derecho administrativo) y sin reparar ni refle-

[49] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. VIII, XLIV, ps. 197 y siguientes.

[50] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., nº 57, p. 284.

xionar sobre distinciones internas que plantean sus normas particulares[51].

En cambio, si se admite que la clasificación "Derecho privado"/"Derecho público" no agota todas las materias jurídicas actuales, ni sus conceptos son interdefinibles, en el sentido de que fijado uno de ellos el otro se define negativamente, se puede lograr conceptos precisos e, incluso, útiles, porque permitirán, por la coherencia fundamental de las ramas jurídicas que integran, la construcción dogmática de una parte general de cualquiera de estas dos grandes divisiones jurídicas. El problema real del Derecho público consiste en el ingreso a él de nuevas ramas jurídicas, según muy diversas razones. Si se limita el Derecho público a sus materias tradicionales, el Derecho constitucional y el Derecho administrativo, se deja para el Derecho privado sus ramas jurídicas históricamente inconfundibles, resta todavía un amplio espectro en el cual el Derecho penal (en sentido amplio, comprensivo del Derecho procesal penal) se destaca nítidamente como una división fundamental, división que concuerda con las exigencias académicas, docentes y prácticas.

Esta parece ser la razón por la que Hugo ALSINA no decide la inclusión del Derecho procesal civil estrictamente en ninguno de los dos campos y hace depender su clasificación de las mayores o menores facultades que las leyes procesales acuerdan a los jueces en la dirección del proceso[52].

[51] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. VIII, XLV, ps. 200 y ss., y XLVI, ps. 206 y siguientes.

La función del Derecho penal no difiere, formalmente y en general, de la que cumplen las reglas relativas a los hechos ilícitos del Derecho privado: ambos ordenamientos establecen normas de deber y sancionan su violación. Si algo los diferencia es la sanción particular que aplican y su forma de persecución: mientras la pena es una reacción del mismo Estado y, por ello, su persecución es oficial en la mayoría de los casos, en razón del interés público comprometido en las normas del Derecho penal, la reparación es una reacción, a veces impuesta por el Estado, que mira al interés privado y cuya persecución depende de ese interés. Lo *público* del Derecho penal es de distinto signo que las razones para clasificar como Derecho público al Derecho constitucional o al Derecho administrativo, cuyas reglas van dirigidas directamente a crear, organizar y limitar los poderes del Estado y sus órganos. Tanto es así que, cuando el Derecho penal se aparta de estos principios en unos pocos casos, dejando ciertos delitos a la persecución penal privada y permitiendo que ese interés privado pueda renunciar la persecución y hasta perdonar la pena, el fundamento de la clasificación se debilita al extremo, aun cuando se reconozca que siguen subsistiendo elementos públicos.

En el Derecho procesal (civil o penal) la clasificación como Derecho público es clara mientras se mira al Derecho de la organización judicial y a algunas reglas del procedimiento que regulan la actividad de los órganos públicos, pero tal claridad se desvanece cuando se observa las normas que rigen, por ej., los recursos, la prueba, la actividad facultativa de las partes privadas.

[52] Cf. ALSINA, *Tratado*, t. I, cap. I, nº 9, p. 43.

El Derecho procesal civil —lo mismo que el Derecho procesal penal— no ha sido siempre una rama autónoma del Derecho y, en la antigüedad, era indiscutible su adscripción al Derecho privado, con el que aparecía confundido, por más que se pudiera afirmar, igual que hoy, que se ocupaba de regular la actividad de ciertos órganos de la comunidad, que ejercían funciones públicas, supraordinados a los individuos o sujetos de derecho, sobre cuyos intereses y derechos decidían con imperio. La autonomía alcanzada por el Derecho procesal civil planteó el problema y, ciertamente, resulta difícil de clasificar sin más como Derecho público, variando así su determinación originaria, cuando se lo reconoce como realizador del Derecho privado y reina en él de manera visible el principio de autonomía de la voluntad (*dispositivo*).

c) Conclusiones

El rasgo más típico del Derecho público es el hecho de que funciona como regulador de actos del Estado que significan ejercicio del poder estatal por intermedio de los órganos o individuos competentes, supraordinados a las personas (sujetos de derechos) que integran la sociedad civil. Por el contrario, la esfera del Derecho privado es el reino de la autonomía de la voluntad, donde todas las personas se relacionan en un pie de igualdad mediante acuerdos de voluntades o mediante su propia decisión; esto plantea una distinción política entre ambas zonas del Derecho, pues la primera representa el autoritarismo jurídico, donde rige la voluntad heterónoma, mientras que la segunda ejemplifica la democracia jurídica, donde reina la voluntad autónoma[53].

En la aplicación del Derecho éste desconoce o reconoce, en mayor o menor grado, un papel a la voluntad de las personas privadas: por ejemplo, les permite relacionarse para alcanzar ciertos efectos jurídicos mediante acuerdos de partes o por decisión unilateral, o tener influencia en la aplicación coactiva del Derecho por órganos del Estado; otras veces, excluye a las personas privadas de toda injerencia en la aplicación de las normas jurídicas o se las acuerda en un grado mínimo o menor al típico del Derecho privado. Hasta en la vigencia jurídica tiene importancia tal distinción, porque muchas veces las personas privadas pueden dejar sin efecto la aplicación de reglas jurídicas (por ej., en el Derecho civil, la aplicación del pacto comisorio, o en el Derecho procesal civil la prórroga de la competencia territorial) y en otras ocasiones sucede lo contrario (específicamente: en el Derecho penal).

Nótese que en el Derecho internacional público también hay acuerdos de voluntades que funcionan democráticamente, como modos de relación interestatal, pero la diferencia estriba en que la relación se establece, aunque en un pie de igualdad, entre poderes soberanos y en ejercicio de representaciones de esa índo-

53 Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., VI, nº 36 y ss., ps. 283 y ss.; ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. VIII, XLV, ps. 200 y ss., y XLVI, ps. 206 y siguientes.

le, razón por la cual se clasifica a esta rama del Derecho dentro del Derecho público. Sin embargo, muchas figuras del Derecho internacional público provienen del Derecho privado o, por lo menos, lo recuerdan.

Si ello es así, se puede establecer varias consecuencias para el tema que tratamos. En primer lugar, lo que se debería clasificar como Derecho público o privado son reglas o normas más o menos determinadas que rigen ciertas relaciones jurídicas y no ramas jurídicas. Por ej., las reglas que rigen la competencia penal son Derecho público no sólo porque disciplinan la actividad de un órgano del Estado en ejercicio de la soberanía (del poder estatal), sino también porque en ellas ninguna injerencia tiene la voluntad de las personas privadas; pero las normas que reglamentan los recursos, en especial los del imputado o los de las partes civiles que intervienen en el procedimiento, parecen permitir la clasificación contraria, pues, pese a que los particulares nada pueden modificar de ellas o intervenir en su vigencia, las pueden utilizar a voluntad, procurando el efecto jurídico que ellas permiten (reexamen de la decisión o del procedimiento para arribar a ella) o dejándolo de lado. Del mismo modo, la norma constitucional que garantiza la propiedad privada (CN, 17) es Derecho público, pues previene contra abusos de órganos del Estado que lesionen ese bien jurídico, pero no las que regulan los modos de adquisición y pérdida del dominio sobre cosas o bienes, reglas distributivas de la fortuna entre particulares o entre ellos y el Estado, operando como una persona privada.

La necesidad de establecer diferencias, aun en una misma rama jurídica o en la regulación compleja de un tipo de relación jurídica, más aún, la de reconocer una frontera conflictiva entre el Derecho público y el Derecho privado, representada por una zona gris (indeterminada) demasiado amplia, es un hecho evidente en el Derecho actual, caracterizado por la multiplicación de ramas jurídicas y su complejidad. Por esta razón, la norma constitucional que garantiza la propiedad privada (CN, 17) es Derecho público, porque su significado es el de limitar los poderes -legislativo, administrativo y también judicial- del Estado, pero, en cambio, pertenecen al Derecho privado las que regulan los modos de adquisición y pérdida del dominio sobre cosas y bienes. Del mismo modo se puede reconocer cómo instituciones o principios del Derecho privado tienen influencia o son aplicados directamente en el Derecho público, como, por ej., en el desarrollo evolutivo de las ideas que fundan la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado (Derecho administrativo) o en varios de los principios que rigen los tratados o convenciones internacionales como modo de relación interestatal (Derecho internacional público).

De la misma manera, resulta injustificado predicar, sin más, que el Derecho procesal civil es Derecho público, cuando rigen instituciones como el *allanamiento*, que, prácticamente, desapodera al juez para la decisión del asunto traído ante él (aun cuando tal allanamiento sea irrazonable) por decisión unilateral de un su-

jeto privado, o los *plazos convencionales* establecidos por acuerdo de voluntades de las partes, cuando rige en forma tan amplia el principio *dispositivo*, emanación evidente del reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada. Por ello, comprendemos las dudas de ALSINA antes citadas, aunque, como otros[54], critiquemos sus fundamentos (*supra*) que, para nosotros, pecan por el mismo motivo que aquellos que fundan la opinión contraria; la pretensión de extender el juicio —Derecho público o privado— a todo el Derecho, o bien a todo el Derecho procesal —civil o penal—, en lugar de estudiar normas o relaciones jurídicas determinadas o consentir que la clasificación no es exhaustiva y deja margen para prescindir de ella en alguna rama jurídica, por atipicidad rigurosa de su regulación para ser incluida en una u otra clase, agrupándola con otras ramas que le son más afines por función o por principios (por ej., el Derecho procesal penal con el Derecho penal o el Derecho procesal civil con el Derecho privado tradicionalmente reconocido).

En segundo lugar, la clasificación de una rama jurídica como incluida dentro de uno de estos dos tipos genéricos de regulación jurídica es sólo una indicación fundamental que, por aproximación, pretende darnos a conocer la idea política básica que rige su regulación y las relaciones jurídicas que comprende, aspecto que, en ocasiones, representa una buena ayuda para la interpretación de sus reglas. En algunos casos, esta distinción fundamental es más útil que en otros, precisamente porque la frontera es más clara y nítida, el conjunto de las normas y de las relaciones que ellas regulan es más homogéneo en uno u otro sentido, como parece suceder en el área del Derecho penal en sentido amplio, comprensivo del Derecho procesal penal, claramente inclinado hacia la zona del Derecho público. En otros casos, cuando las reglas que contiene una rama jurídica, su función o las relaciones jurídicas que regula o a las que sirve no permiten una distinción tan clara en uno u otro sentido, la adjudicación total al Derecho privado o al Derecho público, sobre todo a este último, indica una línea de evolución progresiva, como parece ser el caso del Derecho procesal civil.

Según dijimos, en la literatura jurídica es indiscutible la adscripción del Derecho penal al Derecho público, por la idea política que preside casi exclusivamente todas sus reglas y, fundamentalmente, su instrumento típico, la pena. Ello, sin embargo, no evita ciertas reflexiones pues, aunque en un mínimo y muy parcialmente, la voluntad privada también tiene influencia decisiva en la aplicación y ejecución de alguna de sus reglas. Me refiero, sobre todo, a la incidencia de la voluntad particular en la persecución y en la consecuencia de los llamados delitos de acción privada (CP, 73 y ss.). Por una parte, rige aquí el sistema de las acciones, típico del Derecho privado, tanto es así que la renuncia a la persecución penal por

54 Cf. PALACIO, *Derecho procesal civil*, ver nota nº 46.

quien está legitimado a perseguir implica su extinción (CP, 59, inc. 4)[55]. Por la otra, tal poder jurídico se extiende a la misma consecuencia jurídica, la sanción penal o la pena, porque el perdón de la víctima la extingue (CP, 69).

El carácter público que fue adquiriendo progresivamente el Derecho procesal civil, por imperio del crecimiento de los poderes de los jueces como órganos del Estado, según apuntaba ALSINA, condujo a su actual clasificación como rama del Derecho público, para la mayoría de los autores, variando así su punto de partida originario como auxiliar del Derecho privado y confundido con él. Ello, sin embargo, no debe ocultar la amplia aplicación de la autonomía de la voluntad privada durante el procedimiento civil.

Del Derecho procesal penal se puede, así, predicar que se trata de Derecho público, sobre todo en el *Derecho de la organización judicial* (ver *supra*, A), pero sin perder de vista que contiene también reglas que no significan la regulación de un poder del Estado, obrando por intermedio de órganos supraordinados a los sujetos de derecho privados —o sólo significan eso mediata o indirectamente— y que esta característica sólo indica, en general, la indisponibilidad del contenido material del proceso penal y de las reglas jurídicas que lo gobiernan, afirmación que registra algunas excepciones a favor del principio contrario.

En tercer lugar, se debe advertir que esta característica le viene dada al Derecho procesal penal por la vía más directa del Derecho constitucional y del Derecho penal, clasificados ambos como ramas del Derecho público, pero por distintos fundamentos, los cuales le transfieren, por lo menos en nuestro Derecho, la mayoría de los principios políticos que lo rigen (§§ 6 a 8). Ésta es la razón por la cual también se debe advertir que el vínculo directo con el Derecho constitucional y con el Derecho penal es mucho más importante, fuerte y fructífero que su eventual clasificación como Derecho público; de aquel vínculo emergen máximas y directivas.

2. Derecho interno y local

Ya hemos afirmado en este parágrafo (*supra* A) que una de las características del Derecho procesal penal actual reside en que, salvo escasísimas excepciones, rechaza la aplicación de normas internaciona-

[55] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., nº 29, *d*, ps. 139 y ss., en especial, p. 141. Nótese que esta determinación no implica que la relación establecida por un delito de esta naturaleza sea enteramente privada, pues, mirada desde el otro lado, desde el punto de vista del imputado (incluso del autor o partícipes reales), los poderes materiales que inhiben la persecución penal o la ejecución de la pena son irrenunciables para él y ejercibles aun de oficio.

les, expresión que se extiende a sus dos posibilidades: reglas internacionales puras o del Derecho interno o internacionales que remiten a un Derecho foráneo. Los tribunales aplican al enjuiciamiento penal el Derecho procesal penal que rige en el ámbito del poder soberano que los inviste (*lex fori*), como regla casi sin excepciones. La razón de esta reserva reside en la consideración de que la administración de justicia, más aún cuando se trata de la actuación del Derecho penal, es un atributo esencial de las soberanías nacionales.

No existe un Derecho procesal penal internacional ni reglas de Derecho interno que tornen aplicables las vigentes en la materia en otras naciones, por remisión, y aun en el caso de aplicación interna de normas penales internacionales el enjuiciamiento se regiría por nuestro Derecho procesal penal.

La única excepción clara hasta el momento son las reglas procesales existentes eventualmente en los tratados bilaterales o multilaterales sobre *extradición* (ver *supra*, A), que obligan a nuestro país. Pero se debe admitir otra excepción, que paulatinamente va abriendo las puertas tan firmemente canceladas del Derecho interno en esta materia; se trata de las *convenciones internacionales sobre derechos humanos*, que contienen una buena proporción de reglas fundamentales referidas al enjuiciamiento penal. Nuestro país forma parte del concierto universal de naciones y, como tal, ha ratificado varias convenciones sobre la materia: *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (ONU, Asamblea General, res. 2200 LXXI, 16/12/1966, aprobado por la ley nº 23.313 y ratificado el 8/8/1986); *Convención americana sobre derechos humanos* (*Pacto de San José de Costa Rica*, 22/11/1969, aprobada por la ley nº 23.054 y ratificada por instrumento del 14/8/1984); *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (ONU, Asamblea General, res. 39/46, 10/12/1984, aprobada por la ley nº 23.338 y ratificada por instrumento del 2/9/1986); a más de ello, nuestro país contribuyó, con su voto afirmativo, a decidir las declaraciones básicas sobre derechos humanos en los ámbitos universal (10/12/1948) y americano (30/3 - 2/5/1948). La reforma reciente de nuestra Constitución nacional (art. 75, inc. 22), por lo demás, incorpora estas convenciones a la misma ley fundamental (ver § 3, E).

Más allá de esta característica universal, nuestra doctrina unánime afirma, por razones constitucionales, que nuestro Derecho procesal penal es Derecho *local*. Como se sabe, hemos adoptado la forma *federal* de gobierno (CN, 1) y en su desarrollo, salvo los casos de excepción en que la misma Constitución concede competencia a los tribunales federales o de la Nación (CN, 116 y 117), son las provincias federadas las que administran justicia (CN, 5 y 118), pues la actuación del Derecho penal material es uno de los poderes de la soberanía no delegados (CN, 121 a 123). Por ende, el principio de aplicación de la ley expresado bajo el aforismo *lex fori* rige más allá de las relaciones de nuestro Derecho con el de otros estados nacionales y mantiene su vigor en las mismas relaciones de los diversos derechos procesales penales de las provincias argentinas entre sí y con el de la Nación:

cuando para el enjuiciamiento es competente un determinado tribunal penal (CN, 116 a 118), ese tribunal aplica la ley procesal penal vigente en el ámbito del poder soberano que lo inviste para administrar justicia, las provincias o la Nación, según los casos. El hecho de que las provincias no hayan delegado sino por excepción el poder de administrar justicia y, con él, el de interpretar y aplicar soberanamente el Derecho material, es un rasgo característico de nuestro federalismo.

El carácter local de nuestro Derecho procesal penal permite hablar de un Derecho procesal penal *interprovincial* o *interestadual*, por analogía con el mismo fenómeno en el campo internacional. También aquí se puede expresar que las reglas interprovinciales directas o de remisión representan una excepción al carácter local del Derecho procesal penal.

Desde el punto de vista jurídico, la mayor excepción está representada por los *tratados parciales para fines de administración de justicia* (CN, 125). Ellos pueden contener materias importantes como el sistema de *extradición interprovincial*, reglas sobre la *prioridad de juzgamiento* o la *tramitación simultánea* de algunas etapas del enjuiciamiento penal cuando ello es posible, y el *auxilio judicial* probatorio y coercitivo. En la realidad, sin embargo, esta actividad legislativa interprovincial es tan rara como necesaria: últimamente, las relaciones entre la Nación y las provincias de Buenos Aires y Santa Fe (leyes nacionales nº 20.771 y 22.055), por medio de *tratados abiertos* que permiten la *adhesión* de otras provincias, han dado impulso a estas materias, sin obtener todavía resultados sistemáticos y relativamente completos, debido a su deficiencia técnica.

Los códigos provinciales y el Código nacional contienen también reglas referidas a la *extradición* (activa y pasiva) interprovincial o interestadual (CPP Nación, 52 y 54; CPP Córdoba, 52; CPP Salta, 47 y 49; CPP Mendoza, 48 y 50; CPP La Rioja, 49 y 51; CPP La Pampa, 44 y 46; CPP Entre Ríos, 48 y 50; CPP Corrientes, 749 y 51; CPP Jujuy, 429 y 430; CPP Chaco, 46 y 48; CPP Tucumán, 58).

Todo ello equivale a expresar que, desde el punto de vista del Derecho interno (orden jurídico nacional), son los parlamentos locales los que dictan las leyes de procedimiento y de organización judicial (incluido el Congreso de la Nación como legislatura local para la capital de la República, los territorios nacionales y la justicia federal), que esas leyes, en principio, tienen únicamente vigencia local, para los organismos judiciales que dependen del Estado autónomo que dicta la ley, y que, por ende, los tribunales y organismos judiciales pertenecientes a una determinada organización judicial aplican sólo las leyes procesales del Estado que los inviste y concede el poder de juzgar.

Sin embargo, quien lea correctamente el inc. 12 del art. 75, CN, observará —quizá con sorpresa— que la doctrina unánime acerca de la reserva de las provincias, antes expuesta, merece, en materia penal, serios reparos. Si esa regla constitucional contiene delegación de po-

deres legislativos desde las provincias hacia la Nación, según surge a la letra y es admitido por todos, pues entonces las provincias delegaron en el Congreso de la Nación el dictar, a más de los códigos que menciona, "especialmente *leyes generales para toda la Nación...*", entre ellas, "las que requiera el establecimiento del juicio por jurados". Se observará que esta delegación expresa tiene por contenido no sólo la definición de lo que es un jurado (integración), sino también el procedimiento que se sigue ante él (juicio) y el procedimiento para que el jurado arribe a una decisión (modo de trabajo del tribunal de jurados) (ver § 6, F, y § 7, C). Esta afirmación supone, al menos, que el Congreso de la Nación, sin alterar las jurisdicciones locales (CN, 75, inc. 12, y 118) debe dictar una ley marco en materia procesal penal, que contiene tanto reglas de procedimiento como de organización judicial, y que es aplicable por todos los tribunales del país, cualquiera que fuere la organización judicial estatal a la que pertenece. Se advierte, entonces, que, frente a esta afirmación, ya no se puede seguir sosteniendo que el Derecho procesal penal es, íntegramente, Derecho local.

3. Derecho formal o adjetivo

a) Distinción clásica

La división entre *Derecho material o sustantivo* y *Derecho formal o adjetivo* también es clásica. El Derecho material es aquél que proporciona el fundamento para la solución de los conflictos sociales o, simplemente, para la valoración de las acciones que las personas llevan a cabo en la vida de relación común u ordinaria. El *Derecho formal*, en cambio, es aquél que regula la *vía* por la cual esos conflictos se solucionan, fijando también los parámetros de valoración de ciertos actos que se llevan a cabo en una situación muy particular de vida: el procedimiento que el Derecho procesal regula para dar solución a un conflicto social al que debe aplicarse el Derecho material. El Derecho procesal penal pertenece a este segundo tipo de regulaciones jurídicas.

Por supuesto que las palabras *conflicto social* no mencionan un combate real y concreto entre dos o más bandos en pugna, ni tan siquiera aluden a la existencia de dos o más personas abstractamente colocadas a uno y otro lado del conflicto, sino que mentan una relación o situación de vida que debe ser confrontada con valoraciones jurídicas para establecer oficialmente su consecuencia, para crearlas o perfeccionarlas con el concurso oficial necesario o para ejecutar la consecuencia con el auxilio de la fuerza pública. Se puede dar el caso de tener que acudir ante órganos del Estado para fijar una consecuencia jurídica conforme a las reglas materiales, sin que exista ningún oponente, como en realidad sucede con el De-

recho penal y las infracciones a los deberes que imponen sus normas. Estamos acostumbrados a ver al delito como una infracción de un deber frente al Estado personalizado, y al proceso penal como un *proceso de partes*, cuando, en verdad, sólo existe aquí un comportamiento de quien delinque que lesiona una norma de deber impuesta por el Derecho objetivo (del Estado) sin el correlato de un *derecho (subjetivo)* personificado o atribuible a una persona determinada y, desde el punto de vista procesal, una persecución penal oficial para establecer la consecuencia jurídica según un método impuesto también por el Derecho objetivo[56]. Se trata de una de las *técnicas o modos de realización jurídica*, según la cual el Estado reacciona por sí mismo en busca de la consecuencia jurídica que prevé el Derecho objetivo, sin condicionar su reacción a la voluntad de una persona[57]. Cuando realizamos el proceso penal asimilándolo relativamente a un *proceso de partes*, colocándole al imputado un opositor formal —el ministerio público— y desdoblando para ello los órganos del Estado encargados de la realización del Derecho penal, no obedecemos a la necesidad de instrumentar un *derecho subjetivo de punir del Estado*, como se ha observado[58], sino que tan sólo pretendemos dar oportunidad al imputado para defenderse, estableciendo un método eficaz a ese efecto (separar al tribunal que juzga de la imputación o de su afirmación inicial y crear un órgano estatal distinto que se ocupa preferentemente de la persecución penal en sentido estricto); dividimos para ello, formalmente, la función de requerir de la de decidir[59].

La distinción es válida y útil porque muestra con relativa claridad la diferente índole de los valores que presiden las regulaciones respectivas, y además, la función *secundaria, auxiliar, sirviente* o *realizadora* (del Derecho material), que cumple el Derecho procesal. El orden de valores que establece el Derecho material o sustantivo es, por lo menos a partir del consenso con una ideología fundamental, fácilmente comprensible para los miembros integrantes de una sociedad determinada, porque se trata, en gran medida, de las valoraciones sociales comunes con las que ellos entienden el significado o integran el contenido de la *justicia* o de lo *justo* en la solución de los conflictos sociales, incluso por razones extrajurídicas. Se trata de parámetros

[56] En contra, BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, reimpresión de la 4ª ed., t. 1, § 13, I, p. 82, y § 14, ps. 96 y siguientes.

[57] KELSEN se encargó hace tiempo de dejar en claro esta cuestión con una explicación sencilla: Cf. *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., nº 29, *d*, ps. 139 y ss., en especial, p. 141; pero ya desde la primera edición la explicación era idéntica: nº 19 y ss., ps. 40 y ss., en especial nº 24, *b*, ps. 48 y siguiente; puede verse la edición castellana, ps. 112 y ss., en especial ps. 120 y siguientes.

[58] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., nº 29, *d*, p. 141; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. II, 5, ps. 62 y siguiente.

[59] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. II, 5 y ss., ps. 63 y siguientes.

que, de ordinario, integran la manera de ver lo justo en un momento de la vida de una sociedad determinada. Así, por ej., es fácil entender que el homicidio está prohibido, que la agresión de otro, sin provocación propia, autoriza la defensa, que quien pide algo en préstamo (mutuo o comodato) debe restituirlo a su dueño en las condiciones pactadas, que quien trabaja para otro debe recibir un salario, que nuestra voluntad gobierna, con ciertos límites, la disposición de nuestro patrimonio, que nuestra familia inmediata —salvo excepciones— se antepone a nuestra voluntad en la distribución de nuestro patrimonio para después de muertos, etc. Por cierto, ello supone un consenso fundamental sobre principios de la organización social o, por lo menos, los parámetros valorativos resultan fácilmente comprensibles a partir de esos principios; por ej., varias de las soluciones nombradas parten de admitir el derecho de propiedad privada.

El Derecho procesal, en cambio, tiene como meta mediata esos valores, en tanto cumple su función de realizar el Derecho material cada vez que se requiere su actuación ante la autoridad competente para imponerlo, pero, inmediatamente, se guía por otro orden de valores, entre los cuales sobresalen, por un lado, la *seguridad jurídica* y, por el otro, la organización de un método de discusión que se asiente sobre la piedra basal de la oportunidad efectiva para la *defensa* de los intereses del justiciable y de la imparcialidad del tribunal frente al caso (*fair trial*). De la seguridad jurídica dependen, por ej., la incolumnidad de la cosa juzgada (*ne bis in idem*), esto es, en definitiva, la necesidad de poner fin en algún momento a la discusión, y la obligación de administrar justicia a pesar del conocimiento imperfecto del caso; de la defensa de los intereses comprometidos dependen las *formas* del procedimiento, casi siempre impuestas para garantizar su eficiencia; la regulación del tiempo en el procedimiento se vincula con ambos. Muchas veces estos valores parecen oponerse a aquellos que el Derecho procesal tiene como misión realizar, como, por ej., cuando la necesidad de fallar sin más demora impide un mejor estudio del caso o, al contrario, cuando la solución, aunque justa, llega después de tanto tiempo que, por lo menos, la torna discutible como tal. Con estos valores que incorpora el Derecho procesal —y que también tiene por misión realizar— el público en general tiene poco contacto en la vida de relación, en la cual, si bien representan ingredientes imprescindibles, no constituyen parámetros valorativos de uso común y corriente, más aún cuando, como sucede en grandes áreas de nuestro país, se ha elegido un método que no favorece su comprensión, que no destaca el principio republicano de la *publicidad* de

los actos de gobierno y, en especial, de los actos de administración de justicia[60]. Los estudiantes de Derecho que inician el estudio de la materia, neófitos en ella, deben así esforzarse especialmente para comprender estos principios y su instrumentación normativa, tarea que no resulta demasiado sencilla al comienzo.

El Derecho penal (*lato sensu*) se puede dividir, así, en *Derecho penal material* (el llamado Derecho penal en sentido estricto) y *Derecho penal formal* (el llamado Derecho procesal penal), a más del *Derecho penal ejecutivo* o de la ejecución penal. El Derecho penal, en sentido estricto, es *primario*, porque define los hechos punibles, esto es, las acciones prohibidas (delitos de acción) y las mandadas u obligatorias (delitos de omisión), y la consecuencia jurídica característica de él, la pena, vale decir, determina el *poder* o la *potestad penal del Estado*. El Derecho procesal penal es, en cambio, *secundario*, porque se ocupa de la realización del Derecho penal cuando se afirma una lesión a sus normas, es decir, de la *actuación práctica del poder penal del Estado*[61]. Sin Derecho penal no tiene sentido el Derecho procesal penal.

Esta característica, propia de los derechos formales o adjetivos, ha sido indicada también remarcando la calidad de *auxiliar* o *sirviente* del Derecho penal que posee el Derecho procesal penal (ver nota nº 26); es la que lo une, junto con la realización de los valores que de ella dependen, a los demás derechos procesales, en especial al Derecho procesal civil.

Se ha criticado esta forma de caracterizar al Derecho procesal "porque ambas clases de normas —las contenidas en las leyes materiales y en las procesales— concurren, *coordinadas en un pie de igualdad*, a acordar el sentido jurídico de la norma individual en que la sentencia consiste, determinando las primeras el 'quién' y el 'cómo', y las segundas el 'qué de la decisión judicial'"[62]. La crítica sólo echa mano a argumentos semánticos, tanto es así que reconoce el mérito didáctico de

[60] He expresado que alguno de los sistemas de enjuiciamiento penal vigentes —referido al CPCrim. nacional (1889) y a los ordenamientos provinciales que lo siguen— terminan por "convencer a propios y extraños, pero especialmente a los acusados, acerca de que la administración de justicia penal es obra de un culto secreto con reglas oscuras que sólo conocen y practican ciertas personas llamadas abogados" (MAIER, *Nueva reforma instrumental*).

[61] El momento posterior en que aparece el Derecho procesal y su carácter subsidiario (auxiliar) y sirviente, claramente expuesto por ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. VIII, XLV, ps. 205 y ss., quien, sin embargo, advierte sobre la utilización errónea de estas características en el sentido de independencia total del Derecho material y del Derecho formal, pues sólo ambos, en armonía y coordinadamente, pueden alcanzar los fines sociales que se proponen. Cf. también VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. II, 3 y 4, ps. 57 y siguientes.

[62] PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, cap. I, I, 5, ps. 21 y ss., y cap. I, I, 1, *c*, p. 11.

la distinción (*supra*, nota nº 62), como no podía ser de otra manera, porque describe la función acordada al Derecho procesal. Cuando se le acuerda el carácter de *secundario*, *auxiliar* o *sirviente*, en relación al Derecho material, no se está hablando de la jerarquía institucional de las leyes, que según la Constitución del país puede ser idéntica, sino del *momento* en que entra en juego el Derecho procesal, claramente *secundario* en relación al Derecho material y *auxiliar* de él para su realización efectiva, cuando emergen problemas sociales que sólo pueden ser resueltos con autoridad por los órganos comunitarios competentes. Las normas materiales no expresan sólo la necesidad o el objetivo de ser utilizadas en una decisión estatal, sino, antes bien, el de ser utilizadas de ordinario por los súbditos del Estado (sujetos de derecho) en la vida común; desde este punto de vista son *primarias* y para ello no interesa que puedan prever las formas de las relaciones jurídicas que regulan. Las reglas que prevén la facultad de testar, o las obligaciones del mutuo para las partes contratantes o la prohibición de matar pretenden ser utilizadas –y de hecho lo son– por los ciudadanos en la vida de relación, antes que servir de parámetro valorativo para una decisión judicial. El Derecho procesal se presenta en un segundo momento cuando, por afirmarse que aquellas reglas no se observaron o por emerger un problema social acerca de su observancia, se requiere una decisión de la autoridad; en ese sentido son *secundarias* y *auxiliares*, en tanto se ocupan de la realización del Derecho material, cuando se requiere su actuación autoritaria.

Puede observarse que la crítica antes señalada parte, indudablemente, de considerar a la decisión estatal una "norma individual", y, más aún, de la posición de la *egología* argentina respecto del llamado Derecho judicial: de la caracterización del Derecho en la decisión judicial. Sólo así se presenta como semánticamente atractiva y medianamente concordante con la realidad, porque es cierto que el Derecho procesal concurre con el Derecho material a determinar la sentencia del tribunal; empero, en verdad, el Derecho material sirve para mucho más que para ser utilizado en estrados judiciales, está pensado para ser utilizado en la vida de relación común, antes de que se presente un problema de decisión estatal (judicial), y, de hecho, es utilizado por sus destinatarios de esa manera (§ 1, B, 2). El Derecho procesal, en cambio, está pensado para actuar cuando fracasa ese fin primario de las normas materiales, y en coordinación con ellas, se pone en acto sólo en ese segundo momento eventual. Es cierto que en los órdenes jurídicos actuales el Derecho material no puede subsistir sin Derecho procesal que lo actúe cuando es inobservado, en especial el Derecho penal y todo tipo de Derecho sancionatorio, pero convengamos en que el Derecho procesal *no puede ni siquiera ser pensado* sin el Derecho material, pues su función es actuarlo; la primera afirmación constituye un juicio práctico, la segunda uno teorético (lógico): las normas morales o sociales tienen sentido, subsisten y se aplican, pese a la inexistencia de reglas procesales que las "realicen".

La frontera entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal es discutible y discutida; pero éste no es el lugar ni el momento para tratar esa cuestión (*infra*, § 3, A y B, 1).

b) Otras distinciones

Se ha dicho con razón que el Derecho procesal, en general, no es Derecho formal en el sentido de que se ocupa de regular las formas de actos a los que el Derecho positivo une cierta consecuencia jurídi-

ca[63], materia que es común también a otras ramas jurídicas que contienen normas potestativas en su regulación, como, por ej., el Derecho civil o el Derecho comercial o mercantil, en tanto ellos se ocupan de conceder efectos jurídicos a determinados actos que regulan, incluso formalmente.

Quizá por esta razón se atribuye al Derecho procesal, también en general, otras características que, a mi juicio, sólo pretenden reemplazar su caracterización tradicional como Derecho formal o adjetivo. Así, se lo menciona como Derecho *instrumental*, contrapuesto también al Derecho material, por su función auxiliar para la realización del Derecho sustantivo, en tanto no compone directamente un conflicto social, sino que, antes bien, regula mediatamente ese conflicto al establecer el procedimiento mediante el cual se alcanza su solución por actuación del Derecho material; es decir, no dispone directamente sobre el goce de los bienes de la vida, sino que establece las actividades que se debe realizar para obtener el reconocimiento estatal, coactivo, de esos bienes o las consecuencias de su pérdida, conforme al Derecho material[64]. No es verdad, en cambio, la afirmación, muchas veces unida a esta determinación, de que el Derecho procesal no persiga la realización de fines propios pues, como se ha visto, a más de pretender realizar los fines del Derecho material, incorpora valores propios de elevado rango en la escala, tanto es así que muchas veces ellos se anteponen a la efectividad de aquellos que le propone el Derecho sustantivo: piénsese que es más caro al orden jurídico respetar la dignidad de la persona humana, no obligándola a declarar contra sí misma, no torturándola, por ej., que aplicar una pena merecida, a la que no se arriba por defecto de información sólo remediable por el sindicado como partícipe en el hecho punible[65].

[63] Cf. ARAGONESES ALONSO, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 2, II, p. 48.

[64] CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho procesal civil*, § 51, ps. 291 y ss.; entre nosotros y referido al Derecho procesal penal, ODERIGO, *Lecciones de Derecho procesal*, cap. I, III, 2, ps. 28 y siguientes.

[65] De la afirmación de que el Derecho procesal *no es un Derecho finalista* o *no contiene un fin en sí mismo* ha tomado su principal argumento de crítica contra esta caracterización PALACIO, *Derecho procesal civil*, cap. I, 1, 5, *a*, p. 22, y 11, *c*, p. 67. Según ya lo expresamos, se debe advertir que es cierto que realiza fines ajenos (los propuestos por el Derecho material), pero también es cierto que incorpora fines propios, de manera tal que la crítica estaría justificada. Esta crítica, sin embargo, no es la que ensaya PALACIO, pues él va mucho más allá de este argumento negando todo *fin* o *finalidad* a cualquier norma jurídica: los seres humanos son los únicos que pueden perseguir fines, los únicos a quienes se puede atribuir un comportamiento final; las normas sólo son esquemas interpretativos del valor o desvalor de un comportamiento humano.

Por la misma razón los alemanes acostumbran caracterizar al Derecho procesal penal nombrándolo como *Derecho de realización del Derecho penal* o *Derecho de realización penal* (*supra*, B, 1, *a*), acentuando así la función *realizadora* del Derecho penal, que él cumple. En nuestra literatura jurídica ha sido Jorge A. CLARIÁ OLMEDO quien ha puesto el acento sobre esta caracterización del Derecho procesal penal[66]; pero para el autor argentino esa característica de la rama jurídica que estudia no se agota en un mero reemplazo del adjetivo tradicional que la distingue para una mejor descripción de su propiedad o por razones de mejoramiento semántico, sino que representa o es el resultado de una diferente cosmovisión del mundo jurídico, en el cual el Derecho procesal penal (también el civil y los demás derechos procesales) comparte ese modo de ser con otros ámbitos jurídicos, incluso con porciones del Derecho penal material.

En prieta síntesis de una teoría jurídica, que para nosotros aparece como excesivamente compleja, muy confusa y con cierta falta de precisión semántica, se puede expresar lo siguiente acerca de ella. Existen normas que *integran* el orden jurídico y normas que lo *realizan*. De allí que, cuando se enfoca el orden jurídico desde su consideración penal, como acostumbra a designar su punto de partida el autor, podamos hablar de un *Derecho penal integrador* y un *Derecho penal realizador*. La clasificación, sin embargo, no responde a la división clásica entre Derecho material o sustantivo y formal o adjetivo, ni se puede superponer con ella. El Derecho penal integrador definiría el campo de los comportamientos sociales antijurídicos, incluso la reacción que frente a ellos deben o pueden observar los órganos del Estado como representantes de la comunidad organizada, y, al mismo tiempo, fijaría silenciosamente el ámbito de los comportamientos libres o de la libertad humana,(comportamientos que no son impuestos ni prohibidos). El contenido descriptivo aproximado de las normas penales integradoras —pues, como

---

Nuevamente nos enfrentamos con un problema meramente semántico. En este contexto la palabra *fin* se podría reemplazar por *función* y, según creo, así se solucionaría el entredicho. Sólo metafóricamente se expresa que tales normas tienen un fin propio (distribuir bienes de la vida u ocuparse de que no se lesione esa distribución por un hecho injusto) o carecen de él, realizando, en determinadas circunstancias, el que otras proponen. Sucede lo mismo cuando empleamos la expresión "amenaza llover": amenazar es una acción llevada a cabo por un ser humano y, por tanto, dirigida finalmente, que, en verdad, no ha ocurrido y, sin embargo, la expresión se comprende perfectamente. Más allá aún, las normas son puestas por el hombre, quien, al sancionarlas, persigue fines, objetivos que, aunque en ocasiones se frustren por error en el cálculo empírico-social del legislador, no impiden que la función genérica atribuida a las normas se cumpla, y esta función, como lo explican los autores citados y el texto, es una distinta en los llamados Derecho material y Derecho formal.

Queda en pie, no obstante, el hecho de que el Derecho procesal aporta sus valores propios.

[66] *Cf. Tratado*, t. I, nº 39, p. 56.

el mismo autor lo sugiere, es poco claro, y difícil de aclarar para mí por su relativo apartamiento de la terminología simbólica del Derecho penal— comprendería las reglas relativas a los tipos penales que definen las acciones u omisiones punibles, a sus dispositivos amplificadores objetivo (tentativa) y subjetivo (participación criminal), y a su exclusión (*vis absoluta* y error), las reglas permisivas especiales que, en circunstancias concretas, autorizan a infringir aquellos mandatos o prohibiciones (causas de justificación), las reglas relativas a la culpabilidad que el Derecho penal explicita negativamente (causas de exclusión de la culpabilidad), las que regulan la reacción penal (penas o medidas de seguridad y corrección), y las reglas referentes al concurso de infracciones. Por el otro lado, el Derecho penal realizador que, como ya expresamos, no se agota en el Derecho procesal penal, sino que abarca también reglas del Derecho penal. Precisamente, el problema descriptivo reside en la frontera que separa las reglas integradoras de las realizadoras en el ámbito del Derecho penal (en estricto sentido), pues una afirmación es segura: todo el Derecho procesal penal es Derecho realizador. El trazo de la frontera es, según apreciación del mismo autor, muy dificultoso, por lo que, sólo a manera de ensayo, nos permitimos interpretar que el contenido de las reglas del Derecho penal que realizan el orden jurídico comprende las relativas a la regulación de la persecución penal (de oficio, por instancia o autorización y por acción privada) y a su extinción y "las normas destinadas a actuar la sanción impuesta" entre las que comprende "la excusa absolutoria, la extinción de la pena y, en cierta medida, la condena condicional; ... la libertad condicional, el destino del condenado, la libertad vigilada, etc." y la medida de la pena, enumeración que difícilmente puede conciliarse con el concepto expuesto. Con prescindencia de la crítica que se puede ensayar por fuera de la teoría, apreciada intrasistemáticamente ella es muy imprecisa y confusa, cuando debería haber expuesto con extrema claridad sus puntos de vista y logros, en especial su virtud práctica, porque representa un apartamiento total del esquema tradicional con el que se encara el estudio del Derecho; la descripción anterior, incluso, sólo es esquemática y orientadora, porque su exposición es bastante más compleja[67].

La teoría tiene un ligero parentesco con la afirmación de un *Derecho justicial material* expresada por James GOLDSCHMIDT a principios del siglo[68], parentesco que, no bien se profundiza, se refiere más a la complejidad y a la estructura, que al contenido. Lo curioso del caso es que el parentesco lejano tiene un vínculo más próximo con la explicación de GOLDSCHMIDT acerca del Derecho civil o privado, en donde reconoce, al lado de las normas materiales de Derecho privado de las leyes sustantivas, reglas que regulan un Derecho justicial civil material de carácter público, frente al Estado, para la realización del Derecho civil (pretensión de tutela jurídica de los derechos privados). Pese a la extrema complejidad de la teoría, dirigida más a determinar la naturaleza de las pretensiones que se hace valer ante los órganos que administran justicia, no innova en el tema, porque en materia penal establece una clara separación entre el Derecho procesal penal, perteneciente al área del Derecho justicial formal, y el Derecho penal, v. gr., Derecho justicial material.

El problema de teorías innovadoras, como las de Jorge A. CLARIÁ OLMEDO, que se apartan de la clásica distinción entre Derecho material y formal, aun sin des-

[67] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, Introducción, ps. 3 y siguientes.

[68] Cf. su *Derecho justicial material*, Primera parte, ps. 1 y siguientes.

conocerla, es su virtud práctica y dogmática. La distinción entre Derecho penal material y Derecho penal formal o Derecho procesal penal tiene consecuencias prácticas. Para nombrar un solo ejemplo, piénsese en la cuestión universal acerca de la aplicación de la ley penal, cuya vigencia temporal depende del principio de la *ley más benigna*, a partir de la fecha de consumación del hecho, o del fracaso definitivo de la tentativa; tal principio no rige en materia procesal penal que, como norma general, sigue la regla del momento de realización del acto. El conocer si las reglas relativas a las condiciones para el ejercicio efectivo de la persecución penal (instancia privada, autorización gubernativa o acción privada) o a su extinción (prescripción, renuncia del ofendido, amnistía, etc.) pertenecen al Derecho penal o al Derecho procesal penal tiene, por ello, mucha importancia práctica. Pero, para el Derecho argentino, la importancia de trazar estrictamente la frontera es mayor, pues, según ya advertimos, la competencia legislativa varía según se trate del Derecho penal, único para toda la Nación como emanado del Poder Legislativo central (CN, 75, inc. 12), o del Derecho procesal, emanado de los Poderes legislativos locales (CN, 5, 75, inc. 12, y 121). Una ley que no respete esta competencia legislativa no es vigente, porque no emana del órgano que la Constitución estatuye para sancionarla; el problema, así, alcanza los estrados judiciales que ya han tenido oportunidad de pronunciarse, por ej., con motivo de la ley nacional sobre *Registro de propiedad del automotor* (decr. ley 6.582/58, ratificado por ley nº 14.467), art. 40, derogado por la ley nº 23.261, que en sus disposiciones penales pretendió incorporar el encarcelamiento preventivo obligatorio para todos los delitos que definía o agravaba, o con motivo de los reglamentos procesales locales sobre prisión preventiva que fundan el encarcelamiento preventivo obligatorio o ciertas restricciones a la libertad caucionada en razones político-criminales materiales —aumento de prevención general o anticipo de prevención especial— reservadas al Congreso de la Nación como legislatura federal. Un punto de vista que no se haga cargo de esta distinción fundamental y que agregue, además, otra frontera a determinar, cuya precisión resulte dificultosa y poco clara[69], puede merecer la adjetivación de ingeniosa, pero también la calificación de poseer escaso valor práctico con mayor complejidad teórica.

c) Distinción fundamental

Por las razones apuntadas inmediatamente antes, la distinción entre Derecho material y Derecho formal supera la mera caracterización de una rama jurídica, como el Derecho procesal penal, para adquirir importancia en las soluciones dogmáticas e, incluso, para nuestro Derecho, importancia constitucional. Aquí partiremos nuevamente del contenido del Derecho procesal penal para fijar así los límites de la separación. Esa separación no siempre existió, es mucho más moderna que la relativa al Derecho público y privado, y funda ahora la autonomía del Derecho procesal como rama jurídica.

Para nosotros la distinción debe partir de observar cuáles fueron los *poderes reservados* por las provincias en materia legislativa (CN,

[69] Según el propio autor: cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 4, p. 7.

121), por cuanto los delegados a la Nación en materia penal se enuncian como "dictar el Código Penal" (CN, 75, inc. 12, y 126), expresión que no indica el contenido exacto de la ley penal, y porque, conforme a una pauta hermenéutica constitucional, la regla es que los poderes pertenecen a las provincias y la excepción su delegación en el gobierno federal en forma expresa (CN, 121 y 126), regla que coincide con la formación histórica de nuestra organización y Constitución nacionales.

Parece claro que las provincias se han reservado para sí la *administración de justicia* (CN, 5 y 123), hecho que emerge también de la autorización para celebrar *tratados parciales para fines de administración de justicia* (CN, 125), no sólo por el poder soberano necesario que revela tal autorización en relación a la materia, conforme a la interpretación de las demás reglas de la Constitución (ver además CN, 75, inc. 12), sino, antes bien, por la limitación que implica la advertencia del adjetivo "parciales", en el sentido de que este atributo de la soberanía es irrenunciable e indelegable para las provincias, si quieren conservar su autonomía (CN, 5).

La explicación, pese a ser operativa para determinar la frontera entre el Derecho material y el formal, ignora, en materia penal, el mandato al Congreso de la Nación para instituir el "juicio por jurados" por "ley general para toda la Nación" (CN, 75, inc. 12, 24 y 118), regla que implica algo más que "dictar el Código Penal" (CN, 75, inc. 12), de la cual se puede derivar la competencia legislativa del parlamento nacional en materia procesal penal.

Pues bien, *administrar justicia* significa, en primer lugar, establecer y organizar los órganos del Estado que llevan a cabo los actos de autoridad mediante los cuales se cumple ese cometido (*Derecho de la organización judicial*) y, en segundo lugar, definir los actos necesarios que integran el procedimiento mediante el cual se administra justicia (*Derecho procesal penal en sentido estricto*). Así, por una parte, se instituirá a los órganos de administración de justicia penal, los tribunales, el ministerio público c, incluso, los defensores oficiales para aquellos casos en los cuales el Estado acude en auxilio de los particulares proporcionándoles defensa técnica, cuando no pueden o no quieren ejercer el derecho que les compete, o lo ejercen en forma ineficiente, fijando sus atribuciones (competencia) y deberes (poder disciplinario) y, por la otra, se regulará el procedimiento que, conforme a las garantías individuales que exige el Estado de Derecho (*fair trial*, inviolabilidad de la defensa), permite solucionar el conflicto social planteado y los actos mediante los cuales se decide el conflicto con autoridad. Dentro de este ámbito, los derechos locales legislan sobe-

ranamente, con la única limitación que imponen las garantías individuales que, para la realización del Estado de Derecho, establece la Constitución nacional (CN 18, 109 y 118) o agregan las constituciones provinciales. Según se observa, el ámbito de poder coincide con el contenido definido para el Derecho procesal penal (*supra*, A) y, a su vez, con el contenido que adjudica a nuestra materia la teoría general del Derecho[70].

De aquí se deduce que el contenido propio del Derecho procesal penal son las *reglas potestativas* (algunas veces llamadas de competencia, de autorización o facultativas, § 1, B, 2, *e*), si las miramos desde el ángulo de observación de su función y estructura formal. Esas reglas tienen por misión definir los actos mediante los cuales las personas se relacionan para lograr ciertos efectos jurídicos, designando a las personas capaces o a los oficios competentes para llevarlos a cabo. Sólo por excepción el Derecho procesal penal contiene normas de deber, cuando ellas son imprescindibles para tutela de los fines que cumple, y, por cierto, con límites cercanos al mínimo para la sanción correspondiente.

Se define así, negativamente, el ámbito propio del Derecho penal material. Corresponde a él definir los hechos punibles y determinar la reacción estatal; esto comprende, en principio, fijar las acciones u omisiones punibles (prohibiciones y mandatos penales), incluidos los dispositivos amplificadores de los tipos (tentativa y participación), y las causas de su exclusión (*vis absoluta*, error de tipo), las reglas especiales de permiso que, en determinadas ocasiones, excluyen el injusto (causas de justificación), las reglas sobre la culpabilidad, de la que los códigos se ocupan negativamente regulando las causas que la excluyen (inimputabilidad, error sobre la antijuridicidad, estado de necesidad disculpante), las reglas sobre la reacción penal —pena o medida de seguridad y corrección— y su exclusión (causas de impunibilidad).

Hay, sin embargo, ámbitos discutidos que, incluso, alguna vez han sido definidos como zonas de frontera y adjudicados tanto a una como a otra rama jurídica o sostenidos como *instituciones mixtas*, de naturaleza material y formal[71]. Las reglas que se comprenden en esta discusión son las relativas a los modos y condiciones del "ejercicio de la persecución penal" y a las causas de "extinción de la persecución penal".

[70] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. VIII, XLV, ps. 202 y ss. Es consciente de esta diferenciación fundamental RUBIANES, *Manual*, cap. I, ps. 27 y ss., aunque no coincidamos totalmente con sus explicaciones.

[71] Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, § VIII, tít. I, cap. II, IV, 2, p. 172; BAUMANN, *Grundbegriffe*, cap. 1, I, 1, *b*, p. 13; PETERS, *Strafprozeß*, § 2, IV, ps. 10 y siguiente.

Regular el *ejercicio de la persecución penal* no es nada más que fijar una de las condiciones de la reacción estatal frente al delito. En efecto, si la norma de deber, estructurada según su función, comprende, por un lado, la descripción de las circunstancias o situación de vida en la que se debe llevar a cabo u omitir determinada acción (regla primaria) y, como consecuencia, la determinación de la clase y alcance de la reacción estatal cuando se procede de modo inverso (norma secundaria) —en tales circunstancias debes auxiliar a quien está en peligro o no debes matar, si dejas de prestar auxilio o si matas corresponderá tal pena o medida—, pertenece a la regulación de la reacción penal la decisión de política criminal material acerca de las demás condiciones —o de la falta de condiciones— para que el Estado reaccione en busca de aplicar la pena o la medida de seguridad según los intereses comprometidos. En unos casos, por reconocer sólo un interés particular en la actuación del Derecho, el Estado sólo reacciona cuando la voluntad de una persona, cuyo interés reconoce el Derecho positivo legitimándola para demandar la actuación de la ley, lo requiere, modo típico del Derecho privado en el que reina la autonomía de la voluntad (principio dispositivo). Esto significa que en el centro de la norma de deber existe otra condición para la reacción estatal: algo así como: en tal situación debes pagar a tu acreedor la deuda, si no la pagas, el Estado ejecutará tus bienes para satisfacer la obligación incumplida, *siempre y cuando* tu acreedor, u otra persona eventualmente legitimada (acción oblicua o subrogatoria), requiera o persiga la actuación de la ley. En otros casos, el Estado no impone ninguna condición para su reacción, de tal manera que, anoticiado de la infracción a la regla de deber (*notitia criminis*), se debe poner en movimiento de inmediato para la actuación de la norma, sin condicionamiento alguno (principio inquisitivo), averiguando si, en realidad, se ha producido la acción o la omisión que lesiona la regla de deber y que autoriza la reacción estatal. Éste es el caso típico en el Derecho penal, desde el dominio de la Inquisición, que, incluso sin necesidad teórica, advierte sobre esta forma de reacción (CP, 71), aclarando que la persecución penal se ejercerá "de oficio". Cuando el Derecho penal ha querido fijar condiciones para la procedencia material de la reacción penal lo ha hecho, regulando como excepción la necesidad de una *instancia privada* (CP, 72) o de la *acción privada* (CP, 73 a 76), por razones políticas que aquí no viene al caso examinar. No corresponde al Derecho procesal penal establecer o dejar de establecer estas condiciones; lo único legítimo para él es instituir y organizar los órganos estatales que se ocuparán de cumplir el mandato de la ley, por ej., cuando se manda perseguir de oficio (el ministerio público), y definir los actos que cumplirán para actuar la ley penal.

Acerca del tema que tratamos inmediatamente antes se han producido, en ocasiones, ciertos conflictos, los que para nosotros, a diferencia de otros países de organización unitaria en materia procesal penal, tienen mucha importancia por la ya advertida circunstancia de la diversa competencia legislativa para sancionar las normas de Derecho penal y las de Derecho procesal penal y su distinto ámbito de vigencia territorial. En nuestro Derecho tiene mayor importancia el problema relativo a la institución del *querellante particular* en los delitos de acción pública, que el Código penal ignora y que algunos códigos procesales penales establecen (normalmente el ofendido por el delito o algunos parientes cercanos en caso de muerte del ofendido —por ej., CPP Nación, 82; CPP Córdoba, 7 y 91; CPP Tucumán, 7 y 91—), regulando su actuación en el procedimiento. Parece claro que el Código Penal, al establecer que la persecución penal se ejercerá "de oficio" (CP, 71), ignorando al querellante (ofendido) como persecutor penal en los delitos de

acción pública, ha dirimido la cuestión en el sentido de que la única persecución penal necesaria es la que lleva a cabo el mismo Estado mediante sus órganos específicos, que instituye el Derecho procesal penal[72]. Con ello, en realidad, ha tomado una decisión política muy importante, pues significa excluir la "acción privada" del ámbito de los delitos de acción pública, más aún si se tiene en cuenta que el mismo Código la conoce, como excepción, para otros delitos (CP, 73). Es así dudoso que los códigos procesales penales locales puedan instituir para la persecución de esos delitos a una persona privada, por más que el Código Penal, cuando regula la "instancia privada", haya mencionado a la "acusación" como forma de instar en los delitos que dependen de ella (CP, 72), voz que técnicamente alude, por lo menos para esos delitos, a cierta intervención del ofendido o sus sustitutos en el procedimiento, pero que el Código Penal no parece haber utilizado, precisamente, en el sentido técnico; en efecto, la ubicación del acto de *acusar* en el procedimiento penal que necesariamente debió tener en cuenta el legislador penal (cualquiera que sea su sistema) es muy posterior a la iniciación de la persecución penal y, si aquello que expresa la fórmula es la prohibición de perseguir de oficio hasta que la instancia se haya producido, lógico es concluir en la forma antes indicada.

Si prescindimos de afirmar esta decisión política de capital importancia y expresamos tan sólo que la ley penal material ha decidido la falta de condiciones accesorias al deber y su sanción para que el Estado se ponga en movimiento en busca de la actuación de la norma, sería posible admitir que las leyes procesales penales locales instituyan al querellante particular y regulen su actuación. Ello sería legítimo, pero sólo dentro de ciertos límites. Aun en este caso no se podría desconocer que el único legitimado principal a perseguir penalmente es el mismo Estado por intermedio de sus órganos y, por ende, el querellante en los delitos de acción pública sólo podría intervenir como *adherente* a esa persecución, sin poder para provocar por sí mismo la reacción estatal. Esto significa que su acción sería accesoria a la del órgano estatal que persigue penalmente y sólo se podría ejercer mientras ésta esté pendiente o se mantenga su ejercicio. La advertencia vale, por ejemplo, para los recursos contra las decisiones jurisdiccionales, porque al regir aquí nuevamente el principio dispositivo se torna difícil sostener que el querellante particular puede recurrir autónomamente, cuando no lo hace el ministerio público, provocando de esa manera la eliminación de una decisión judicial favorable o aceptada por el imputado, o su revocación y reforma en su contra[73]. La jurisprudencia que aplicaba el CPCrim. nacional (1889) ha admitido, por interpretación literal del art. 460, párr. I, de ese Código (el significado de la conjunción

[72] Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, § VIII, tit. I, cap. I, I, p. 128 y II, p. 130; RUBIANES, *La querella de acción pública*, cap. I, 5, ps. 7 y ss., ha expuesto las dos posiciones encontradas en el tema, de la mano de la jurisprudencia y literatura más importante.

[73] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. II, nº 561, p. 353, ver también nº 562 y 563, ps. 353 y ss., pues orienta una solución cuyos resultados prácticos son similares a los expuestos, aunque por fundamentos no compartidos aquí; la falta de autonomía del acusador privado en los delitos de acción pública fue establecida normativamente en su *Anteproyecto para la Nación*, arts. 185 y 326, ps. 83 y 118; cf. también, *El proceso penal*, art. 6, IV, *b*, ps. 264 y ss. De la misma manera lo hizo el Proyecto de CPP Nación (1986), 78, 85, 269 y 339.

"y"), la posibilidad de que el querellante particular provoque con su acusación el juicio plenario autónomamente, aun sin acusación del ministerio público (requerimiento de sobreseimiento), y pueda, de esa manera, arribar por sí solo a una condena por delito de acción pública, desconociendo la explicación anteriormente aceptada. En el nuevo CPP Nación se ha limitado esta atribución, pues, ante la negativa del ministerio público a proseguir la persecución penal (reclamo de sobreseimiento en lugar de requerir la citación a juicio), la acusación particular provoca un examen de su racionalidad por el tribunal de apelaciones; sin embargo, susbsiste su derecho de recurrir autónomamente, incluso el fallo absolutorio (sobreseimiento o sentencia de absolución)[74]. Se puede tolerar que las leyes procesales legitimen la intervención de terceros adherentes (en materia civil, por ej., la intervención del escribano que otorgó la escritura en el litigio entre las partes de la relación jurídica que se discute, por la nulidad de la escritura pública), como el mismo Derecho procesal penal lo admite, por ej., cuando permite que los padres o el tutor intervengan en favor del menor imputado, pero resulta a nuestro juicio imposible que ella cree un persecutor penal privado que la ley penal no autoriza. Con el mismo criterio que combatimos sería legítimo establecer, por la vía del Derecho procesal penal y haciendo caso omiso del Derecho penal, otros tipos de "acusadores autónomos", por ej., una suerte de acusación "profesional", delegando en ciertos grupos de interés la persecución de los delitos que a ellos interesan (la Sociedad Protectora de Animales para los delitos cometidos contra animales, etcétera), por fuera de la opinión del ministerio público.

En el Derecho comparado la misma cuestión se ha planteado, preferentemente, en relación a las causas de *extinción de la persecución penal*, en especial, la prescripción (de la acción). La prescripción de la persecución penal, como toda causa de extinción, es para nuestro Derecho una causa que excluye la punibilidad del delito[75], al mismo nivel que las excusas absolutorias, por ejemplo. Ellas no eliminan el delito y sólo están fundadas en consideraciones político-criminales que tornan innecesaria la imposición de una pena. El hecho de que las causas de extinción de la persecución penal provoquen, cuando se las comprueba, un efecto preciso en el procedimiento penal, a saber, la culminación anticipada del procedimiento por una resolución absolutoria del imputado (sobreseimiento), y, más aún, el de que el Derecho procesal penal conceda al imputado la facultad, vinculante para el tribunal penal, de provocar una decisión anticipada acerca de las causas de extinción de la persecución penal (excepciones perentorias), en nada cambia la naturaleza de ellas como causas de exclusión de la punibilidad (poder penal del Estado). En principio, el Derecho procesal penal es libre para disponer que ciertas cuestiones, si se presentan claras antes de finalizar el procedimiento, puedan ser decididas previamente mediante un pronunciamiento especial, lo

[74] Cf. D'ÁLBORA, *CPP Nación anotado*, cap. IV, ps. 100 y ss., art. 346, p. 344, y art. 348, p. 347: ello justifica que el autor piense que todavía estamos en presencia de un acusador particular *autónomo*, con relación al ministerio público.

[75] Cf. en este sentido, NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, § VIII, tít. I, cap. II, ps. 149 y ss., en especial, IV, 2, ps. 172 y s.; en sentido contrario MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, § 72, I, A, p. 621, y II, A, 2, ps. 624 y s. Modernamente, para nuestro orden jurídico, PASTOR, *Prescripción*, § 2, nº 3 y 4, ps. 32 y ss., en especial, p. 52, claramente en el sentido del carácter *material* de la prescripción.

que tampoco obsta a que, si se presentan en la sentencia, deban ser decididas allí. En segundo lugar, no sería desaconsejable que el Derecho procesal penal incluyera en este tratamiento anticipado otras causas de exclusión de la punibilidad, como, por ej., las excusas absolutorias, porque, fáciles de comprobar, permitirían conseguir el mismo fin que se persigue al tratar anticipadamente las causas de extinción de la persecución penal: evitar que prosiga un procedimiento que no podrá arribar a una condena. En tercer lugar, si prescindimos de los formalismos, se notará que este cierre anticipado del procedimiento es una particularidad del procedimiento penal, viable incluso por cualquier causa cierta que excluya el fundamento de la reacción penal en sentido amplio (sobreseimiento), como, por ej., si se comprueba que el hecho imputado no se llevó a cabo o su reconstrucción demuestra que no es típico, o no es antijurídico u opera una causa de exclusión de la culpabilidad; se trata de evitar un debate inútil.

Por supuesto, pertenecen al Derecho penal material las reglas que regulan su vigencia espacial y temporal (CP, 1 y 2). Nuestro Código Penal regula también las consecuencias civiles del delito (CP, 29 a 33), pero estas reglas, a pesar de pertenecer al Derecho material, no son Derecho penal: constituyen una duplicación de las reglas relativas a la cuestión en el Código Civil y, en parte, parecen haber perdido vigencia.

D. FUENTES

Por "fuente del Derecho" se entiende, genéricamente, la identificación de la forma institucional de donde "mana" el Derecho vigente. Con ser una metáfora, la expresión es fundamental para indicarnos *dónde* acudir en busca de las normas jurídicas, de las expresiones lingüísticas y conceptuales que las conforman. Sin embargo, se debe advertir que, desde nuestro ángulo de observación, aquí se trata de una *proposición* del jurista sobre una regla del orden jurídico que nos indica *cuál* es el sistema de ese orden jurídico para producir, en principio, normas válidas, y no de una regla del sistema (regla de reconocimiento). Se reproduce así el mismo problema relativo a la afirmación doctrinaria sobre la vigencia de una norma, cuestión básica de toda obra jurídica, tratándose en el caso, específicamente, de la afirmación de la vigencia de una o varias reglas del orden jurídico nacional que determinan el sistema de creación del Derecho vigente.

La expresión "fuente del Derecho" se ha extendido desmesuradamente para expresar todo elemento que entra en juego en un caso jurídico, incluso no normativo, como aquellos que permiten identificar el contenido de un concepto (palabra) que utiliza la norma jurídica (su definición), o los procedimientos a los que se acude para determinar su sentido (por ej., la exposición de motivos de una ley) y hasta los métodos de reconstrucción histórica del caso concreto[76]. Tal ampliación del contenido significativo de la expresión es pernicioso, porque al quitarle

[76] Un ejemplo de este método puede leerse en RUBIANES, *Manual*, t. I, cap. III, ps. 69 y ss., a pesar de que él anuncia su inclinación contraria (p. 60).

al problema sus límites más o menos precisos lo torna confuso, y sus explicaciones resultan ligeras y poco útiles para una exposición sistemática del Derecho vigente.

1. La ley

No es errado acudir a una expresión ya clásica en nuestro Derecho penal[77], afirmando que *la ley es la única fuente del Derecho procesal penal argentino*, siempre que se observe que el principio sólo indica de manera general el sistema de creación de normas procesales penales y no, como en materia penal sustantiva, un límite tajante, para el caso, del poder penal del Estado o, si se quiere, entre la zona de los comportamientos punibles y la de libertad en el sentido del Derecho penal o de la pena.

Sin embargo, en algún caso, la expresión tiene el mismo sentido, porque en materia de medidas de coerción, otra exteriorización del poder penal (procesal) del Estado, rige también el *principio de legalidad* o *legitimidad*, porque los órganos del Estado no pueden aplicar a los ciudadanos otros medios de coerción personal que aquellos permitidos y definidos por la ley; pero, aun en este caso, como se trata de normas potestativas y no de la sanción de una norma de deber, el principio es diferente o tiene un alcance distinto.

En el Derecho penal material, la expresión es la síntesis de vigencia jurídica que transmite el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, en tanto el fundamento de la pena sólo puede ser una norma vigente al tiempo de la comisión del hecho, que atrape en su definición al comportamiento singular que se juzga y lo declare punible (CN, 18), aclarando que sólo son vigentes las normas creadas por *ley —en sentido formal—*, conforme al procedimiento, a la competencia y al contenido limitado que regula la misma Constitución nacional (CN, 18, 19, 75, inc. 12, y 77 y ss.)[78]. En el Derecho procesal penal, en cambio, se debe decir que la Constitución nacional torna necesario que la pena se aplique después de un proceso previo —*nulla poena sine iuditio* (CN, 18)—, conforme a las garantías que exige la misma ley fundamental —*fair trial*—; y que ese procedimiento sólo puede ser regulado por ley formal, emanada de los órganos legislativos competentes: el Congreso de la Nación como legislatura local (CN, 75, inc. 30), para los casos de competencia federal (CN, 116 y 117), y

[77] Cf. NÚÑEZ, *La ley, única fuente del Derecho penal argentino*, ps. 71 y siguientes.

[78] Sobre el contenido del principio: NÚÑEZ, *La ley, única fuente del Derecho penal argentino*, t. I, § III, tít. III, ps. 90 y ss., y SOLER, *La formulación actual del principio nullum crimen*, ps. 277 y siguientes.

las legislaturas provinciales, según lo prevén las distintas constituciones provinciales, conforme al mandato de la Constitución nacional (CN, 5, 121 y 123), para los casos de la competencia local (CN, 75, inc. 12, y 118).

Es por ello que se afirma que el principio *nulla poena sine iuditio* importa la exigencia de un verdadero *legismo procesal*, en el sentido de una ley que regule los actos procesales a cumplir, previos a la condena y a su ejecución, y las facultades de quienes intervienen en ellos, la necesidad de un *procedimiento jurídico* regulado por ley en sentido formal[79].

Por lo demás, no es necesaria una mayor fundamentación para expresar que la ley es la fuente del Derecho procesal penal, porque es claro que nuestro sistema jurídico, con indudable influencia del Derecho continental europeo, tiene como punto de partida la legislación —el Derecho legislado por escrito—, en el sentido de que las normas jurídicas son sancionadas por ciertas autoridades públicas, según reglas de competencia y constan por escrito[80]. Aquí se agrega, sin embargo, que, en el caso, se trata de una ley en sentido formal —aquello que la Constitución llama *ley*— y no tan sólo del significado material de ley, que incluye los reglamentos del Poder Ejecutivo, los reglamentos judiciales y, en general, todo cuerpo de reglas jurídicas, cualquiera que sea su origen.

Prescindiendo aquí de cualquier tipo de normas metafísicas (la teoría del Derecho natural que también aflora en el Derecho procesal penal[81], ver *supra*, § 1, C), muchos autores, valiéndose del concepto de ley en sentido material, incluyen como fuentes del Derecho procesal penal a la Constitución, a los reglamentos —judiciales o administrativos— y, en general, a todo tipo de normación abstracta de comportamientos procesales[82].

Nadie puede negar que la *Constitución* (nacional o provinciales) contiene reglas referentes al procedimiento penal, así como contiene otras referidas al Derecho penal o al Derecho civil y al comercial, al Derecho laboral, etc. Como ejemplo de ello, en nuestra materia, se pueden leer los arts. 5, 7, 18, 34, 75, incs. 12 y 20;

[79] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. I, 4, p. 25. La expresión *justizförmigkeit des Verfahrens* (cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, B, I, p. 2) quiere significar lo mismo en la teoría procesal alemana.

[80] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. III, XV y XVI, ps. 73 y ss., aun sin compartir sus alusiones al realismo jurídico.

[81] Cf. ARAGONESES ALONSO, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 3, II, p. 55.

[82] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 71 y ss., ps. 98 y ss.; Rubianes, *Manual*, t. I, nº 18, ps. 59 y s.; en Derecho procesal civil, cf. PALACIO, *Derecho procesal civil*, 2ª ed., t. I, nº 22 y ss., ps. 136 y siguientes.

99, inc. 4, 108 a 118, 120 y 125 de la Constitución nacional. Ellos se refieren al *Derecho de organización judicial*, como aquellos que prevén el establecimiento, competencia, nombramiento y condiciones de los integrantes de los órganos judiciales, o al *Derecho procesal penal en sentido estricto*. No es erróneo, por ello, incluir a las constituciones entre las fuentes del Derecho procesal penal, pero no es esta determinación la que interesa cuando discurrimos sobre el tema porque, en todo caso, la Constitución es "fuente de fuentes", en el sentido de que determina la vigencia de cualquier fuente jurídica y, por ello, se refiere a todas las ramas del Derecho. En algún sentido se puede decir que las constituciones, en general, no contienen normas directas y completas de Derecho procesal penal, sino, antes bien, reglas de orientación política que determinan el sistema de enjuiciamiento penal y el contenido fundamental de las normas procesales penales propiamente dichas. No obstante, algunas reglas constitucionales son fuente de Derecho procesal penal en el sentido estricto que aquí utilizamos, como, por ejemplo, aquéllas que se refieren concretamente a la competencia de la administración de justicia federal (CN, 116 y 117), a la creación de un tribunal, la Corte Suprema de Justicia (CN, 108), al nombramiento de los jueces (CN, 99, inc. 4) y a las condiciones para ser juez de la Corte Suprema (CN, 111). Sucede con estas reglas lo mismo que cuando la Constitución define un comportamiento delictivo (el tipo de la *traición*: CN, 119) o prevé directamente una causa de extinción de la persecución penal o de la pena (CN, 75, inc. 20, y 88, inc. 5), funcionando como fuente directa de reglas penales sustantivas. Con esta aclaración se puede decir que las constituciones son, eventualmente, fuente de Derecho procesal penal positivo; pero, de ordinario, contienen principios básicos que se refieren a la vigencia de la ley, entre ellos, aquellos que limitan el contenido de las leyes procesales penales, exigen cierto contenido de ellas o indican cierta orientación, principios que, precisamente, reglamentan las leyes procesales penales comunes, dictando las normas directas que los reformulan para ponerlos en práctica, normas que sólo pueden ser consideradas vigentes en tanto observan y reglamentan esos principios, sin alterarlos (CN, 28).

Los *tratados* concluidos por la Nación o a los que ella se adhiere, comprendidos en ellos las convenciones emanadas de organismos internacionales, mientras sean aprobados por el Congreso de la Nación, son fuente de Derecho procesal penal cuando se refieren al contenido de esta rama jurídica, al mismo nivel que la ley procesal penal, con la que se confunden al pasar a ser parte de la legislación interna (CN, 31 y 75, inc. 22). Las convenciones internacionales sobre derechos humanos tienen hoy jerarquía constitucional (CN, 75, inc. 22)[83]. Pero también los tratados interprovinciales para fines de administración de justicia son fuente del Derecho procesal penal, al mismo nivel que la ley (CN, 125).

Los *reglamentos*, ya judiciales (CN, 113) ya administrativos (CN, 99, inc. 2), no pueden ser considerados fuente del Derecho procesal penal. Los primeros, aun cuando en tiempos modernos avanzan sobre materias procesales[84], limitan su influencia a la tarea de superintendencia que cumplen ciertos tribunales superio-

[83] La regla constitucional citada regula el procedimiento para incorporar a la Constitución nacional las convenciones futuras.

[84] Como ejemplo: Reglamento (de la Corte Suprema) para la justicia nacional, art. 42.

res de la organización judicial respecto de sus inferiores. En verdad, incluso cuando se refieran a ciertas formas de los actos procesales, como, por ej., cuando disponen que la declaración del imputado se cumpla regularmente en la sede del tribunal, salvo casos excepcionales (Reg. CCC, 94, con relación al art. 236, I, del CPCrim. nacional [1889]), fijando así el lugar en el cual se debe cumplir un acto, tal determinación no funda la validez o invalidez del acto cumplido conforme a la regla o en desacuerdo con ella, aunque, si la norma es razonable, torna responsable disciplinariamente al juez que no la observa. Algunas veces, estos reglamentos, por su racionalidad, y no por su sentido vinculante para la regulación del procedimiento, influyen sobre las decisiones concretas de los jueces en los procesos que tramitan. Sucede así, por ej., con el art. 42 del Reg. JN y el art. 70 del Reg. CCC, que mandan a los funcionarios judiciales notificar las sentencias de condena, en materia penal, *personalmente* al condenado, regla que, acordada en beneficio del imputado, ha operado muchas veces en ese sentido y otras, quizás erróneamente[85], en su contra. En realidad, la regla del ejemplo no es vinculante para decidir sobre la validez o invalidez de un acto del procedimiento, pero se ha aplicado para conocer cuándo comienza el plazo para recurrir la sentencia de condena para el imputado o para decidir cuándo ella devino firme[86], por su racionalidad, calidad que adquiere de la *irracionalidad* del procedimiento al que se aplica, el CPCrim. nacional (1889), al que por lo menos resulta plausible exigirle, incluso por razones constitucionales (inviolabilidad de la defensa e intervención en el procedimiento, CN, 18), que dé a conocer fehacientemente la condena al justiciable, pues el debate no se realiza en su presencia. Para los códigos modernos, la regla carece de importancia y de aplicación práctica, pues la sentencia se pronuncia en presencia del imputado y de su defensor.

Otro tanto se puede decir de los reglamentos del poder administrador, cuya influencia en la materia es prácticamente nula; por ej., si en la organización nacional se pensara que el Poder Ejecutivo puede reglamentar la actividad del ministerio público, conforme a las leyes, sosteniéndose la vinculación de esa organización a la administración, las reglas de ese reglamento no serían vinculantes para decidir cuestiones del procedimiento; si, por vía de ejemplo, se obligara al ministerio público a recurrir las decisiones contrarias a la prosecución o el triunfo de la persecución penal, la falta de cumplimiento de esa obligación no influiría sobre la firmeza de la decisión y sólo tendría efecto sobre la responsabilidad del funcionario que omitió el recurso; lo mismo se ha decidido siempre aun cuando la regla se incorporó a los códigos de procedimientos (CPCrim. nacional [1889], 118, inc. 6), precisamente por estimarse que, pese a su ubicación en la ley formal, se trataba de una regla reglamentaria, que sólo daba lugar a sanciones disciplinarias (norma *ordenatoria*) y no influía en la regulación de los efectos de los actos del procedimiento.

La CN, 114, inc. 6, ha actualizado el problema y, en principio, en un sentido contrario al que aquí se indica, pues concede al Consejo de la Magistratura, creado por la reforma de 1994, el poder de dictar reglamentos sobre materias de orga-

[85] Cf. ARSLANIÁN, *Sobre la prescripción de la pena*, ps. 54 y ss. Hoy estos reglamentos han quedado parcialmente superados por el CPP Nación, 400.

[86] *Fallos CSN*, t. 265, p. 285; t. 291, p. 572.

nización judicial y administración de justicia. No obstante ellos, de la misma regla constitucional se desprende —utilización de la palabra "reglamentos"— que estos cuerpos normativos no pueden derogar la ley procesal, ni establecer condiciones distintas para sus actos, ni cercenar facultades concedidas por la ley, etc. Esos "reglamentos", como cualquier regulación de ese tipo, sólo son válidos mientras respeten el contenido normativo de las leyes del Congreso de la Nación, relativas tanto a la organización judicial, como al procedimiento. Sería inválido, por ej., un reglamento que abrevie el plazo para recurrir, que excluya un motivo de recusación o que intente limitar las facultades de interpretación de la ley por parte de los tribunales, imponiendo una interpretación determinada[87].

Hoy rigen en el país los siguientes códigos de procedimientos penales o procesales penales, y las leyes orgánicas respectivas, fuentes fundamentales del Derecho procesal penal argentino[88]:

Nación: Código Procesal Penal, ley nº 23.984 (1991), *ADLA*, LI-C, 2904. Ley de Competencia Penal del Poder Judicial de la Nación, ley nº 24.050 (1991), *ADLA*, LII-A, 44, y Ley de Implementación y Organización de la Justicia Penal, ley nº 24.121 (1992), *ADLA*, LII-C, 2924.

Buenos Aires: Código de Procedimiento Penal, ley nº 3.589 (1915), t.o. decr. 1.174/86, *ADLA*, XLVI-B, 1742. Modif. ley nº 11.243 (1992), *ADLA*, LII-C, 3518. Ley Orgánica del Poder Judicial, ley nº 5.827 (1955), *ADLA*, XV-B, 1117, t.o. decr. 3.702 (1992), *ADLA*, LIII-A, 811.

Catamarca: Código Procesal Penal, ley nº 4.676 (1991), *ADLA*, LII-A, 1052. Ley Orgánica del Poder Judicial, ley nº 2.337 (1970), *ADLA*, XXX-A, 804. Modif. ley nº 4.746 (1993), *ADLA*, LIII-D, 5415.

Córdoba: Código Procesal Penal, ley nº 8.123 (1991), *ADLA*, LII-A, 1210. Prorrogada su entrada en vigencia por ley nº 8.261 (1992), *ADLA*, LIII-B, 2095. Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, ley nº 7.826 (1989), *ADLA*, XLIX-D, 4263. Modif. ley nº 8.249 (1992), *ADLA*, LIII-B, 2091.

[87] A manera de ejemplo: supóngase que el reglamento del Consejo de la Magistratura aclara que los motivos de recusación de un juez no están enumerados taxativamente en la ley (CPP Nación, 55) y, por ende, son admisibles otros motivos análogos con la condición de que funden, de manera cierta, el temor objetivo de parcialidad. Si la interpretación racional de la ley conduce a ello, según creemos (ver § 7, B), el juez que decida el caso conforme a ese reglamento tenía el poder de decidir de esa manera *antes* de la existencia de la norma reglamentaria y, por lo tanto, no funda su solución en esa norma, sino en la correcta interpretación de la ley, a lo sumo indicada por el reglamento.

La CSN ha interpretado que el requerimiento de absolución por parte del ministerio público al concluir, después de la recepción de la prueba en el debate, especialmente cuando se funda en la falta de verificación del hecho punible, impide al tribunal de juicio dictar sentencia condenatoria ("Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad", T. 209.XXII, del 28/12/1989, y "García, José Armando s/p.s.a. estelionato y uso de documento falso en concurso ideal s/casación", G. 91.XXVII, del 22/12/1994). Una norma reglamentaria que, frente a esta interpretación, intentara cercenarla, admitiendo expresamente el poder del tribunal de concluir por condena, cualquiera que sea la conclusión del fiscal del debate, estaría, según esta interpretación, privada de legitimidad.

[88] Se indica sólo las leyes básicas y algunas de las modificaciones más importantes.

Corrientes: Código Procesal Penal, ley nº 2.945 (1971), *ADLA*, XXXI-C, 4.160. Ley Orgánica de la Justicia Provincial, ley nº 2.990 (1971), *ADLA*, XXXIC, 4135.

Chaco: Código Procesal Penal, ley nº 1.062 (1971), *ADLA*, XXXII-A, 944. Modif. ley nº 3.560 (1990), *ADLA*, L-C, 3253. Ley de Organización de la Justicia Penal, ley nº 1.159 (1972), *ADLA*, XXXII-D, 5864.

Chubut: Código Procesal Penal, ley nº 3.155 (1988), *ADLA*, XLVIII-D, 5129. Ley de Organización de la Justicia en lo Penal, ley nº 3.193 (1988), *ADLA*, XLIX-A, 934.

Entre Ríos: Código Procesal Penal, ley nº 4.843 (1969), *ADLA*, XXXI-A, 772. Mod. ley nº 5.916 (1976), *ADLA*, XXXVII-A, 1089, y ley nº 8.326 (1989), *ADLA*, L-B, 2127. Ley Orgánica del Poder Judicial, decr. ley nº 6.902 (1982), *ADLA*, XLII-A, 890. Mod. ley nº 7.281 (1984), *ADLA*, XLIV-A, 1002, rat. por ley nº 7.504 (1985), *ADLA*, XLV-C, 2991. Mod. ley nº 8.065 (1988), *ADLA*, XLVIII-B, 2324.

Formosa: Código Procesal Penal, ley nº 696 (1987), *ADLA*, XLVIII-A, 1015. Ley Orgánica del Poder Judicial, ley nº 521 (1985), texto según Resolución Legislativa nº 327 (1985), *ADLA*, XLVI-A, 795. Modif. ley nº 961 (1990), *ADLA*, LI-B, 2535, y ley nº 1.007 (1992), *ADLA*, LIII-A, 995.

Jujuy: Código Procesal Penal, ley nº 182 (1950), *ADLA*, XI-B, 1370. Modif. ley nº 4.708 (1993), *ADLA*, LIV-A, 1019. Ley Orgánica del Poder Judicial, ley nº 4.055 (1984), *ADLA*, XLIV-B, 2362.

La Pampa: Código Procesal Penal, ley nº 332 (1965), *ADLA*, XXV-A, 855. Mod. ley nº 990 (1987), *ADLA*, XLVII-C, 3899. Ley Orgánica del Poder Judicial, ley nº 900 (1978), *ADLA*, XLV-D, 4580. Mod. ley nº 998 (1987), *ADLA*, XLVII-C, 3895, t.o. decr. 992 (1988), *ADLA*, XLVIII-B, 2492. Modif. ley nº 1.253 (1990), *ADLA*, L-D, 4497 y ley nº 1.289 (1991), *ADLA*, LI-B, 2594.

La Rioja: Código Procesal Penal, ley nº 1.574 (1950), *ADLA*, XI-B, 1944. Ley Orgánica de la Función Judicial, ley nº 2.425 (1958), *ADLA*, XVIII-B, 1745. Mod. ley nº 4.824 (1986), *ADLA*, XLVII-A, 1215. Ley Orgánica del Ministerio Público, ley nº 5.825 (1992), *ADLA*, LIII-A, 1041.

Mendoza: Código de Procedimientos Penales, ley nº 1.908 (1951), *ADLA*, X-B, 2430. Ley de Organización de la Justicia Penal, ley nº 2.033 (1952), *ADLA*, XI-B, 1694.

Misiones: Código Procesal Penal, ley nº 2.677 (1989), *ADLA*, L-A, 1009. Ley de Juzgamiento de Causas Criminales, ley nº 2.889 (1991), *ADLA*, LI-D, 4850.

Neuquén: Código de Procedimiento Penal y Correccional, ley nº 1.677 (1987), *ADLA*, XLVII-C, 3968. Ley Orgánica del Poder Judicial, ley nº 1.436 (1983), *ADLA*, XLIII-C, 3492. Mod. ley nº 1.600 (1984), *ADLA*, XLVIII-B, 2598 y ley nº 1.648 (1986), *ADLA*, XLVII-C, 3964.

Río Negro: Código Procesal Penal, ley nº 2.107 (1986), *ADLA*, XLVII-A, 1263. Ley Orgánica del Poder Judicial, ley nº 1.115 (1975), *ADLA*, XXXVI-B, 1845. Mod. ley nº 2.149 (1987), *ADLA*, XLVII-C, 4022.

Salta: Código Procesal Penal, ley nº 3.645 (1961), *ADLA*, XXI-B, 1989. Ley de Organización de la Justicia en lo Penal, ley nº 3.633 (1961), *ADLA*, XXI-B, 1986.

San Juan: Código Procesal Penal, ley nº 6.140 (1990), *ADLA*, LII-C, 3704. Ley Orgánica de los Tribunales, ley nº 5.854 (1987), *ADLA*, XLVIII-A, 1260. Modif. ley nº 6.395 (1993), *ADLA*, LIV-A, 1258.

San Luis: Código de Procedimiento en lo Criminal, ley del 30/9/1908, *ADLA*, XXXVIII-D, 143. Mod. ley nº 1.940 (1947), *ADLA*, VII, 1542 y ley nº 4.881 (1990), *ADLA*, L-D, 4612. Ley Orgánica de Administración de Justicia, ley nº 4.929 (1991), *ADLA*, LII-B, 2610. Modif. ley nº 4.991 (1994), *ADLA*, LIV-C, 4281.

Santa Cruz: Código de Procedimientos en Materia Penal: el art. 9 de la ley nacional nº 14.408 (provincialización del Territorio Nacional de Santa Cruz) mantiene la vigencia del CPCrim. nacional (ley nº 2.372) hasta tanto la legislatura local dicte su propia norma, lo que no ocurrió hasta el momento actual; las reformas que se introdujeron al CPCrim. nacional rigen, también, pues se incorporaron por sucesivas leyes provinciales. Ley Orgánica de la Justicia, ley nº 1 (1958), texto según ley nº 1.600 (1984), *ADLA*, XLV-C, 3326. Mod. ley nº 1.842 (1986), *ADLA*, XLVI-D, 5363 y ley nº 2.046 (1988), *ADLA*, XLIX-B, 2334.

Santa Fe: Código Procesal Penal, ley nº 6.740 (1971), t.o. decr. nº 1009/81, *ADLA*, XLI-C, 4158. Ley Orgánica de los Tribunales, ley nº 3.611 (1949), t.o. decr. nº 53/77, *ADLA*, XXXVII-C, 3543. Modif. ley nº 10.160 (1987), *ADLA*, XLVIII-A, 1309 y ley nº 10.305 (1988), *ADLA*, XLIX B, 2347. Ley del Ministerio Público, ley nº 8.141 (1977), t.o. decr. nº 4.171/83, *ADLA*, XXXVII-D, 4679.

Santiago del Estero: Código de Procedimiento Criminal y Correccional, ley nº 1.773 (1941), *ADLA*, I, 827. Mod. ley nº 4.380 (1984), *ADLA*, XLIV-C, 3609, ley nº 5.390 (1984), *ADLA*, XLIV-D, 4795 y ley nº 5.585 (1987), *ADLA*, XLVIII-B, 2720. Ley Orgánica de los Tribunales, ley nº 3.752 (1972), *ADLA*, XXXII-C, 4876. Modif. ley nº 5.870 (1991), *ADLA*, LI-D, 4944.

Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur: Código Procesal Penal, ley nº 168 (1994), *ADLA*, LV-A, 1465. Ley de Organización del Poder Judicial, ley nº 110 (1993), *ADLA*, LIV-A, 1315.

Tucumán: Código Procesal Penal, ley nº 6.203 (1991), *ADLA*, LI-C, 3756. Ley Orgánica del Poder Judicial, ley nº 6.238 (1991), *ADLA*, LI-D, 5001. Modif. ley nº 6.256 (1991), *ADLA*, L-D, 5021.

Al extender la significación del concepto a fronteras que estimamos perniciosas, se ha incluido como fuente del Derecho procesal penal argentino a la *jurisprudencia*, a la *doctrina* de los juristas y a la misma *costumbre*, incluso en forma de *prácticas del foro*[89].

Por lo generalizado de la opinión, que cada uno limita a su manera, creemos que nuestro desacuerdo conlleva la necesidad de ser mínimamente fundado, crítica de la que emergerá la influencia legítima que estos conceptos ejercen en el ámbito del Derecho procesal penal argentino.

[89] Cf. por ej., CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 75, ps. 102 y ss., y nº 77, p. 104; RUBIANES, *Manual*, t. I, nº 18, ps. 59 y ss.; más ampliamente aún, ODERIGO, *Lecciones de Derecho procesal*, cap. I, V, C, nº 9 y 10, ps. 114 y ss.; para el Derecho procesal civil argentino, PALACIO, *Manual de Derecho procesal civil*, t. I, cap. II, II, nº 17 y ss., ps. 104 y ss.; para el Derecho español, ARAGONESES ALONSO, *Instituciones de Derecho procesal penal*, Introducción, 3, IV, V y VI, ps. 64 y ss.; FENECH, *Derecho procesal penal*, vol. 1, Libro primero, IV y V, ps. 90 y ss. Más modernamente, en el mismo sentido: VÁZQUEZ ROSSI, *Curso de Derecho procesal penal*, cap. III, 4, F, ps. 66 y ss.; ÁBALOS, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. I, nº 6 y ss., ps. 24 y ss., con ciertos condicionamientos.

2. La jurisprudencia

a) Concepto y función

Se comprende por *jurisprudencia* ora la regularidad de las proposiciones sobre la vigencia de normas jurídicas y su sentido significativo que afirman los tribunales en los casos que deciden, en especial los tribunales de mayor jerarquía en la organización judicial, ora las mismas proposiciones singulares de los tribunales de mayor jerarquía en las organizaciones judiciales, que tienen a su cargo, específicamente, la tarea de interpretar la ley o la Constitución en última instancia, por la vía de la casación[90]. Como se observa, se trata siempre de decisiones concretas de los tribunales sobre casos que le son presentados, las cuales, unas veces por la repetición regular del fundamento normativo en que apoyan la solución de casos similares y otras por la posición jerárquica y la función que cumple en la organización judicial el mismo órgano que decide, permiten identificar una proposición jurídica sobre la vigencia de determinada regla jurídica, o sobre su significado o sobre el significado de sus elementos componentes, que se puede aplicar en el futuro a casos análogos. La proposición jurisprudencial adquiere así su fuerza de la repetición o regularidad del fundamento normativo en la solución de casos concretos, hecho verificable empíricamente, o de la posición institucional y la función del tribunal que la enuncia, caso en el cual se impone normalmente por vía de su autoridad y del respeto y, excepcionalmente, por el vínculo jurídico para sentencias futuras que pretenden imponer algunas leyes.

En la misma descripción de lo que se entiende por jurisprudencia se puede observar la sinrazón de erigirla en fuente de normas jurídicas. Según nuestro sistema de sanción y vigencia de las normas jurídicas, el fundamento normativo en el cual se apoya uno o varios fallos de los tribunales en los casos concretos que les son sometidos, no instituye una regla jurídica ni le acuerda vigencia. La función propia de los tribunales de justicia —aparte del conocimiento de los hechos

[90] Nos referimos, en general, a los recursos limitados al reexamen de las sentencias sólo desde el punto de vista jurídico, aunque no se los llame en la ley recurso de casación; como ejemplo se puede citar los diferentes recursos de casación que regulan los códigos procesales penales modernos, los recursos de inaplicabilidad de ley de otros códigos y el mismo recurso de inconstitucionalidad o extraordinario de apelación (casación constitucional federal o provincial).

reales que provocan el caso y su labor en la reconstrucción histórica— consiste en formular *proposiciones acerca de las normas jurídicas*, de su vigencia o de su significado, con el objeto de fundar la solución jurídica del caso concreto que conocen. Para ello *interpretan* las reglas jurídicas a fin de aplicarlas; ésta es la razón por la cual algunos autores incluyen a la jurisprudencia como "*fuente de interpretación*", utilizando impropiamente la denominación fuente, siempre referida al Derecho[91]. Desde este punto de vista, según veremos posteriormente, los fallos cumplen, en esencia, la misma labor que los juristas teóricos (la denominada *doctrina jurídica*): afirman proposiciones acerca de si tal o cual regla jurídica está o no vigente o de si se debe entender en tal o en cual sentido; ello sin negar la diferencia evidente entre ambos fenómenos jurídicos: las proposiciones de los fallos, a contrario de las de la doctrina, son decisiones de autoridad y tienen por objeto la aplicación de la ley a un caso concreto y real[92].

Un concepto tal acerca de la jurisprudencia y su función no quiere excluir que en un sistema diferente del nuestro, heredado del continental europeo, nuestra llamada jurisprudencia pueda crear estándares normativos vigentes (reglas de Derecho válidas), como sucede en el sistema del precedente que utiliza parcialmente el Derecho anglo-sajón. Todo reside en la definición normativa intrasistemática de vigencia, esto es, en la pregunta sobre cuál es el órgano competente para la sanción de normas jurídicas, cuál el procedimiento idóneo para ello y, eventualmente, cuáles son los límites político-materiales para el contenido de las normas a sancionar. Pero debe reconocerse que el sistema del precedente no es el que establece nuestra Constitución nacional, ni ninguna de nuestras constituciones provinciales.

Quienes, en nuestro sistema jurídico, acuerdan a la jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho sin regla alguna que lo autorice y, más aún, por fuera de las atribuciones del poder judicial tal como aparece definido en nuestras constituciones, se alinean, consciente o inconscientemente, en alguna de las direcciones de la teoría general del Derecho que, por una u otra vía, conceden a las decisiones judiciales o de aplicación del Derecho carácter normativo (normas singulares) o afirman que ellas *crean* Derecho. Los *realistas* (ver *supra*, § 1, C) fueron

[91] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 77, p. 104; RUBIANES, *Manual*, t. I, nº 18, p. 60.

[92] Aun cuando la doctrina se elabore sobre casos, sucede que esos casos o son imaginarios, o bien, aun reales, la doctrina no los resuelve apoyando su decisión en la fuerza de la autoridad estatal jurídicamente fundada.

quienes han sostenido más consecuentemente este punto de vista[93], pero también ciertas direcciones normativas de la teoría jurídica han fundado posiciones similares[94]. Los realistas son más consecuentes en este contexto, porque ellos atribuyen a las decisiones judiciales funciones de identificación o reconocimiento del Derecho vigente, esto es, funciones normativas, mientras que los normativistas parecen quedarse en la afirmación de que la sentencia crea *normas singulares*, v. gr., sin vigencia general, en tanto da nacimiento a obligaciones o vínculos jurídicos para quien la ejecuta o quien la soporta, según los casos, por lo que no cumpliría un rol normativo ni serviría para el cálculo jurídico general o, al menos, lo haría en un sentido muy limitado, similar al reservado para los actos jurídicos.

Nadie podría afirmar, sin embargo, que la jurisprudencia no cumple ningún papel jurídico, aun en nuestro sistema. En realidad, los abogados en sus litigios, los jueces en sus fallos, los juristas en sus proposiciones teóricas y, en medida mucho menor, hasta las personas en general para obrar, prestan atención a la reiteración de fallos de los tribunales en un mismo sentido o con el mismo fundamento jurídico para resolver casos similares y a la manera en que resuelven un caso los tribunales de casación o superiores de la organización judicial. Y, más aún, la tienen en cuenta, aunque limitadamente, para calcular las acciones a emprender o a omitir, con lo que, de alguna manera, ella cumple una función anticipatoria similar a la que le atribuimos a las normas jurídicas. Pero es claro que este cálculo tiene fundamento meramente empírico y no normativo: a través de la observación se logra establecer, con mayor o menor seguridad, cuál será la regla que considerarán los tribunales como vigente para resolver un caso concreto, producido o a producirse, o cuál será el alcance o significado que acordarán a una norma. Cualquiera puede sostener, sin embargo, otra solución, fundada en una aplicación jurídica distinta, e incluso pretender éxito, por su mejor fundamento, por modificación de la jurisprudencia imperante, como de hecho sucede a menudo en nuestra vida jurídica, por ej., cuando un autor, un litigante o un juez advierte sobre el error en que incurre la línea jurisprudencial imperante: no fue escaso el número de ocasiones en las cuales ese recurso obtuvo éxito en la práctica.

[93] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. II, VIII, ps. 34 y ss.; el realismo extremo norteamericano queda, en realidad, fuera de la cuestión, si se atiende a su aversión por las normas.

[94] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., nº 35, *e*, *f* y *g*, ps. 238 y ss., *j* y *k*, ps. 271 y ss. y VIII, ps. 346 y ss.; y entre nosotros Carlos COSSIO y su teoría egológica del Derecho.

Tal cálculo empírico no se debe confundir, sin embargo, con el cálculo jurídico, propio de la ciencia del Derecho. Para nuestro sistema sólo es posible fundar las decisiones jurídicas en la ley, por más que para entenderla o para descifrar su alcance se acuda a la aplicación práctica que ya ha tenido para casos similares, en esa rara mezcla de razonamiento jurídico y observación empírica que aplican los juristas y aun los neófitos para fundar sus decisiones. Sería para nosotros infundada una decisión que, prescindiendo de la ley y así de todo razonamiento normativo, pretenda fundar una decisión en la regla que extrae de una o varias decisiones judiciales anteriores[95].

La mayor eficacia de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico, y el mejor auxilio que presta en la aplicación de la ley, se mueve en el ámbito de la precisión del lenguaje. Supuesta la imprecisión semántica del lenguaje, la necesaria vaguedad de los conceptos, y, por ende, de las expresiones que la ley utiliza[96], las decisiones judiciales —a igual, mayor o menor nivel que la doctrina jurídica, según el respeto que se tenga por ella— cumplen un papel apreciable en la definición de conceptos, sobre todo en aquellos casos que caen dentro de la "zona gris" o de "penumbra". Toda palabra o concepto tiene un núcleo de significación claro que comprende los objetos evidentemente incluidos en ellos, que define también un sinnúmero de objetos claramente excluidos de esa clase; pero en la periferia del núcleo de significación existe una zona de tensión, en la cual es difícil decidir acerca de si la palabra o el concepto contienen o excluyen tal objeto o hecho. Es fácil acertar incluyendo un automóvil en la clase de los "vehículos" o los honorarios en el concepto jurídico "costas"; sencillo es también decidir que una mesa no es un vehículo o que el libro que compra el abogado para estudiar no integra las "costas del juicio"; pero es difícil precisar si una mesa dada vuelta, agregándole ruedas para adaptarla al transporte de cosas y, eventualmente, aplicándole cierto medio para su traslación (un animal o un motor) o un automóvil que conserva su forma externa, pero carece de ruedas o de motor, son un vehículo, o si algunos gastos del testigo o del perito, algo alejados de sus obligaciones de comparecer o dictaminar, pero todavía conectados con ellos, integran las costas del juicio o están excluidos del concepto. La doctrina jurídica —dogmática— ha hecho mucho más que la jurisprudencia por alcanzar un sistema general racional y eficiente para la aplicación uniforme de la ley.

[95] Más aún, si la regla jurisprudencial extraída de uno o varios fallos fuera contraria a la que impone la ley y el juez participara de esta opinión, aplicando no obstante la primera para fundar la solución del caso, incurriría en el delito de *prevaricato* (CP, 269). Tal situación no ha sido suficientemente tenida en cuenta por los defensores de la jurisprudencia como fuente del Derecho en nuestro sistema.

[96] Cf. HART, *El concepto de Derecho*, cap. VII, ps. 155 y ss.; CARRIÓ, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, en especial 1ª parte, III, 3 y 4, ps. 28 y ss., y *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, en especial cap. II, 3, B, ps. 32 y ss. y cap. III, 5, ps. 63 y ss.; BULYGIN, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, nº 2, p. 1309 y nº 5, ps. 1314 y siguiente.

ra, dictada por cualquiera de sus salas, y de que el recurrente haya invocado el precedente antes de la sentencia definitiva[101]. Sin embargo, este remedio ha fracasado si se lo mide a través del cumplimiento de sus dos fines políticos fundamentales: la mayoría de los fallos plenarios con el propósito de unificar la jurisprudencia proviene de la convocatoria oficial y no de la actividad de los justiciables; y el recurso establecido para impugnar decisiones, por las excesivas condiciones fijadas para su admisibilidad y lo engorroso del acuerdo para la decisión (deliberación y votación), no ha resultado un medio idóneo para controlar la aplicación de la ley en casación.

Se ha necesitado una ley para elevar a la jurisprudencia, según parece, a fuente del Derecho, en nuestro sistema de organización social. Y este hecho parece verificar mejor que ninguno nuestra afirmación de que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, en estricto sentido, dentro de nuestro sistema jurídico. A lo sumo, ella constituye un modo fundado en la observación empírica, más o menos falible, según los casos, con el que los prácticos del Derecho trabajan, al lado de sus conocimientos normativos, para apoyar sus recomendaciones o argumentos en miras a un conflicto jurídico. La jurisprudencia alcanza su mayor valor en la definición de los términos del lenguaje que utilizan las reglas jurídicas.

Sin embargo, los mismos hechos nos conducen a formularnos dos preguntas: ¿es admisible que la ley, mediante el recurso de tornar obligatoria la doctrina de ciertos fallos, eleve la jurisprudencia a fuente del Derecho en nuestro sistema jurídico?; ¿es útil ese método al punto de lograr los fines propuestos: evitar fallos que interpreten la ley y la apliquen de manera diferente?

La primera pregunta ha sido contestada negativamente, pues, se afirma, constituye una forma de delegar funciones típicamente legislativas a un órgano estatal que tiene vedada esa actividad, aun en el caso de *interpretación auténtica*[102]. Se debe reconocer, sin embargo, que han sido más las opiniones contrarias[103] y que la vigencia de estas leyes permanece imperturbable, no sólo porque nadie las deroga,

[101] Sobre este recurso, cf. DE LA RÚA, *La casación penal*, cap. V, 1, ps. 289 y ss.; más ampliamente, aunque con referencia al mismo recurso instituido en el decr. ley 1.285/58, *El recurso de casación*, 3ª sección, nº 156 y ss., ps. 517 y siguientes.

[102] Cf. SARTORIO, *La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, ps. 799 y ss.; SOLER, *Derecho penal argentino*, 3ª ed. de la Parte general, t. 1, § 13, X, ps. 140 y siguiente.

[103] Cf. las distintas opiniones: PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 22, *b*, ps. 202 y s.; DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 159, ps. 550 y siguientes.

sino también porque se las utiliza sin mayores impugnaciones; es preciso aclarar, no obstante, que no se trata de una institución generalizada en todo el país y que resulta difícil su cuestionamiento constitucional ante la Corte Suprema, nuestro tribunal de casación constitucional, porque, por regla, el contenido de la decisión trata sobre la interpretación de la ley común. Empero, las contestaciones a la objeción de inconstitucionalidad son sólo aparentes. El hecho invocado de que los fallos plenarios, pese a su obligatoriedad dentro de cierto ámbito judicial, están *subordinados a la ley* (interpretación *intra legem*), es un sofisma. Los acuerdos plenarios, según la ley, son obligatorios para ciertos tribunales, aun cuando éstos, al decidir, sostengan que aquéllos se han apartado de la interpretación *intra legem* y, precisamente, de ello se trata, de que los jueces obedezcan sin chistar la interpretación y aplicación de la ley que llevan a cabo los fallos plenarios, pese a tener opinión contraria sobre el significado de la ley y la solución que corresponde al caso concreto. La tesis más suave para defender la legitimidad del sistema de jurisprudencia obligatoria —intento de conciliación de esa característica con la veda legislativa para los tribunales— considera que la compulsión legislativa a seguirlos significa sólo regulación de la actividad jurisdiccional: "los jueces no deben cumplirla porque sea una norma jurídica sino porque su establecimiento configura una regulación del ejercicio del poder jurisdiccional: el plenario reduce el ámbito de interpretación en que normalmente actúa el juez"[104]. Y esto es, precisamente, lo inadmisible, que una ley reduzca el ámbito de interpretación de las leyes para el juez, que fija y enmarca nuestra Constitución, sujetándolo a la opinión de otro tribunal que, excediendo la solución del caso particular que le toca decidir, lo trasciende y pretende su aplicación a otros casos a fallar en el futuro; es la Constitución la que define el poder jurisdiccional como poder que ejercen los jueces, su alcance y limitaciones, y, al respecto, no ha habido, ni puede haber dudas en nuestro sistema jurídico, acerca de que las sentencias de los jueces no trascienden el caso particular, ni el juez puede estar limitado en su poder por otro instrumento que no sea la ley, cuya interpretación en los casos particulares que llegan a su conocimiento se le confía, por aquello de que "los jueces están sólo subordinados a la ley", como forma de preservación del Estado de Derecho (se entiende a la ley que no lesiona la

[104] DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 159, p. 533.

Constitución erigiendo límites de la función jurisdiccional que ella no contiene o acordando a ciertos actos jurisdiccionales alcances que ella no regula).

El argumento acude a formas ingeniosas pero sumamente peligrosas políticamente para, en definitiva, quitar de las manos del poder legislativo la llamada "interpretación auténtica de la ley" y colocarla en las manos de ciertos tribunales. Comienza por reconocer que la jurisprudencia no es fuente de Derecho, vale decir, no crea nuevas normas; y, por ende, los fallos plenarios no extienden la obligatoriedad de su doctrina interpretativa a los particulares ni a sus relaciones jurídicas, sino que sólo vinculan a los jueces en sus sentencias, estableciendo el modo en que deben aplicar la ley, razón por la cual rige temporalmente la interpretación *vigente* al momento del fallo y no la aplicable al tiempo de suceder la situación o relación jurídica que se juzga. Con ello parece haberse logrado, por vía indirecta y modificando el sistema, una vieja aspiración de aquellos que postulan como destinatario de las reglas jurídicas sólo a los funcionarios que las aplican, no a los ciudadanos que se rigen por ellas en un intento de calcular el valor de sus acciones y su consecuencia jurídica (§ 1, B). Esta forma de pensar tampoco está lejos del *realismo jurídico* (§ 1, C), incluso del más extremo, con la importante diferencia de que el realismo nunca pretendió tornar obligatorio su punto de vista, sancionándolo por ley, pues para él significaría una contradicción de principios.

El hecho de que los jueces actúen sólo *subordinados a la ley* puede ser únicamente una *idea racional* de una determinada organización política[105], porque es claro que el Derecho, al admitir por razones prácticas un final para toda discusión judicial, establece la decisión de última instancia o firme, que torna incontrolable la subordinación a la ley de esta misma decisión. Pero el hecho de que el juez no pueda subordinar su actuación ni fundar sus decisiones en un acto distinto al emanado del poder legislativo del Estado —aun el de sus propios colegas— tiene gran importancia política y, sin duda, efectos jurídicos, porque no es admisible que funde la sentencia en su obediencia a otro principio que no emane de la ley —aun cuando pueda equivocarse o, en realidad, la solución de la sentencia tenga otros motivos ocultos—, para el caso que tratamos, en su obediencia ciega a un fallo plenario. Si el juez entendiera que la regla dispuesta en un fallo plenario es distinta de la que postula la ley, vale decir, que resuelve *extra legem*, su acatamiento al fallo "obligatorio" es un *prevaricato* (CP, 269); esto es muy claro en materia penal frente al *principio de legalidad* consagrado en el art. 18 de la Constitución nacional[106].

Existe un exagerado optimismo depositado en la eficacia de estos fallos que obligan para el futuro a los jueces a fallar conforme a sus enseñanzas, optimismo ciertamente fundado en raíces autoritarias, casi siempre eufóricas por el resultado que esperan alcanzar. Tal optimismo y autoritarismo se revelan en la *función normativa* que, quié-

[105] Cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, cap. IX, ps. 226 y siguiente.

[106] Cf. SOLER, *Derecho penal argentino. Parte general*, t. 1, § 13, X, ps. 140 y siguiente.

rase o no, se adjudica a estos fallos. El primer indicio de esta función es su alcance para el futuro, pretendiendo reglar situaciones o relaciones por venir, dirección para cuya advertencia es indiferente que se postule que esos fallos sólo rigen la conducta de los jueces, y no las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho que no son jueces, o que también se aplican a estas últimas relaciones; siempre se preverá para el futuro, aspecto que representa el indicio más concreto de su función normativa, sean escasas o variadas las relaciones a las que se aplica la previsión. De todos modos, aun aceptando por vía de hipótesis que estos fallos sólo regulan la función judicial, siempre que el sistema sea eficaz vale la pena que los particulares tomen noticia de ellos, pues puede salirles la viuda en forma de fallo plenario, aunque ellos, menos autoritarios y más juristas, hayan tenido sólo a la ley como fuente de la regulación de su comportamiento y obrado en consecuencia.

Pero los fallos plenarios cumplen esta función normativa de la única manera que pueden: con palabras y conceptos abstractos, vale decir, en la misma forma que la ley. Y les sucederá lo mismo que a la ley: necesitarán una interpretación más compleja o sencilla según los casos concretos futuros que se presenten a su aplicación. El hecho real es tan rico en cualidades distintivas que no puede ser atrapado fácilmente por un concepto anterior a él y, al contrario, como acontecimiento concreto es muy específico en sus determinaciones, infinitas si nos alcanza el conocimiento para descifrarlas. Así, un automóvil es rojo, blanco o de cualquier otro color, está construido en el país o fuera de él, es bonito o estéticamente desechable, útil o inútil, etc. Por el contrario, las palabras y los conceptos son significativamente pobres en sus elementos determinantes que, además, pecan de cierta imprecisión en orden a abarcar objetos reales, propiedad que ha sido bautizada con el nombre de *textura abierta del lenguaje*, según ya lo advertimos. La definición de automotor tiene dos elementos determinantes, a modo de ensayo: su capacidad para transportar cosas o personas y un mecanismo que lo mueve sin necesidad de tracción a sangre; este concepto se enfrenta a veces a casos concretos de penumbra o límites, como el de un niño ingresando con su pequeño automóvil de juguete con tracción propia a un parque donde la leyenda reza "prohibido el ingreso de automotores", casos que dificultan la determinación acerca de si se trata de uno *contenido* en la prohibición o *excluido de ella*. Es por ello que nos encontramos con fallos plenarios obligatorios, aclarando que "no puede ser recibida la prueba testifi-

cal, si la parte proponente omite consignar la profesión del testigo"[107] y un fallo posterior de "jueces obligados al acatamiento" reconociendo que "no obstante haberse omitido... señalar la profesión del testigo, debe recibírsele declaración por constar expresamente la misma en el sumario..."[108], decisión que —aparte su mal uso del idioma— no ha tomado en cuenta el fallo plenario anterior o, por lo menos, ha aclarado que este caso —comprendido textualmente en la regla— está excluido de él. La definición del fallo plenario, es obvio, necesitó interpretación, y la interpretación no fue, precisamente, en el sentido más natural que ofrecía. No es un descubrimiento nuestro que los fallos plenarios han dado motivo a problemas insolubles, irremediables por la jurisprudencia, incluso por su tendencia natural al casuismo y a las excepciones. Es que aplicar la ley al caso concreto representa una actividad política muy diferente a sancionar la norma que regirá casos futuros, y los jueces que dictan estos fallos plenarios parecen tener que realizar una y otra labor, mandando aplicar los criterios de justicia del caso concreto que fallan a otros distintos que sobrevendrán en el futuro y, muchas veces, no hacen, incluso por carencia de oficio, ni una ni otra cosa.

Es importante la advertencia de que, pese a la obligatoriedad declarada, el único remedio para aplicar esa obligatoriedad a los casos de apartamiento de la sentencia de mérito de lo decidido en un fallo plenario, es el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por alguno de los intervinientes, agraviado por la decisión, dado que ella no es casable de oficio[109].

3. La costumbre

La costumbre en forma de "prácticas judiciales", o "prácticas del foro" o "usos tribunalicios"[110] no es fuente del Derecho procesal penal, salvo cuando la misma ley remite a ella, remisión que sólo existe en casos de excepción. No vale la pena destinar una explicación extensa al fundamento de la tesis expuesta, pues rigen exactamente los mismos motivos que utilizamos para rechazar la jurisprudencia como fuente del Derecho procesal penal; nuestro sistema jurídico manda fundar las decisiones judiciales —incluso las procesales y más aún

[107] *JA*, t. 1956-III, p. 509.

[108] CCC, Sala II, "Castro P.", resuelta el 21/8/1959.

[109] Cf. DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 159, ps. 531 y siguiente.

[110] Cf. PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 21, c, p. 197; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 75, p. 102.

las procesales penales– en la ley vigente y cualquier decisión que, apartándose de ella, enuncie una costumbre como fundamento de la solución, por más repetida que ella sea en la práctica, es ilegítima. Nótese que, cuando la ley acuerda a la decisión un marco discrecional para varias soluciones posibles, el seguir una costumbre arraigada como práctica habitual no es ilegítimo, como, por ej., la disposición del lugar que ocupan en la sala de audiencias los intervinientes en un debate o el hecho de elegir la forma del juramento o el momento de su prestación (promisorio o asertorio), cuando la ley no contiene previsión o deja en libertad de acción a quien debe decidir o cumplir el acto. A este tipo de costumbres se refieren muchos de los ejemplos que los autores brindan para fundar la afirmación de que la costumbre es fuente del Derecho procesal. En realidad, se trata de actos permitidos que no cambian el sentido jurídico del acto a realizar o que quedan dentro del ámbito de libertad de elección de quien cumple el acto o decide, por lo que en nada influiría la realización distinta del acto o la solución diferente, siempre permitida mientras no se oponga a una disposición legal.

Es del todo diferente el caso de la llamada *costumbre derogatoria* o *contra legem*, que algunos autores reconocen como fuente normativa de la inaplicabilidad de una regla jurídicamente vigente o de la solución expuesta en una resolución que contraría lo dispuesto en la ley. Si las valoraciones políticas de una sociedad organizada respecto del valor de los actos y sus efectos están puestos en manos de un órgano específico, en nuestro caso el parlamento nacional y las legislaturas provinciales, no es posible colocar la decisión legislativa en manos distintas, por benéfica que aparezca la costumbre que se afirma. Lo decisivo es que esa costumbre no podrá reclamar para sí el fundamento de la vigencia de una norma, el hecho de haber sido sancionada por el órgano competente y mediante el procedimiento de deliberación que la ley prevé, y, más aún, se pondrá en crisis con el sistema *republicano representativo* de gobierno, pues "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución" (CN, 1 y 22).

Resulta sintomático que quienes pretenden la *fuerza obligatoria* de la costumbre como fuente del Derecho procesal deban establecer expresamente la excepción de las "*malas*" *costumbres*[111]. No se entiende bien, sin embargo, cuál es el me-

[111] PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 21, *d*, p. 199.

tro valorativo que separa las "buenas" de las "malas" costumbres, si él no se halla en la ley. Varias de las mencionadas como "buenas" por el autor citado constituyen inobservancias flagrantes de la ley, incluso de preceptos constitucionales, como aquella que convierte en ficción el que los jueces sean, en la realidad, quienes administran justicia o la que transforma un procedimiento oral en uno escrito. Se define a las "malas" costumbres como "corruptelas", frecuentes en la experiencia judicial, y nosotros nos preguntamos en qué consisten las citadas como "buenas", sino en una corrupción de nuestro sistema de administración de justicia al que sólo unos pocos pretenden ponerle fin mediante una política judicial y métodos adecuados. En tiempos cercanos se ha denunciado a la *tortura* como un *método de indagación criminal* que, en nuestro país, ha adquirido el carácter de *costumbre* o, por lo menos, se acerca a ello, y hasta se ha dicho que los jueces no reaccionan frente a ella; ¿habrá que aceptar en el futuro una *costumbre derogatoria* impuesta por los mismos órganos del Estado o, de otra manera, tacharla de "mala" costumbre?

El art. 17 del Cód. Civil rechaza expresamente la costumbre *contra legem*, aun cuando admite la *secundum legem* y la costumbre permitida a las que nos referimos en un comienzo. No es claro que ese principio deje de tener aplicación en el Derecho procesal, según lo sostienen algunos[112], porque, a más de que la parte general del Código Civil conforma una verdadera parte general de los actos jurídicos, no se podría arribar a otra postulación conforme a nuestro sistema jurídico, según ya lo observamos. Por lo menos debería concordarse en que, a falta de regla derogatoria, serían necesarios argumentos más convincentes para acordar a la costumbre *contra legem* el carácter de fuente del Derecho procesal penal.

El hecho de que la costumbre no sea una fuente normativa no deja de lado la posibilidad de que se utilice como fundamento de un cálculo empírico acerca de cómo se conducirá un determinado funcionario, o los tribunales o, incluso, un particular, en un caso concreto; de hecho estos cálculos se hacen y son válidos según el rigor con que se aplique su propio método (casi siempre el muy precario de la experiencia forense, que no permite arriesgar demasiado), pero ellos no se fundan en un razonamiento jurídico ni permiten reclamar vigencia jurídica ante su inobservancia. Lo que nuestra aseveración pretende afirmar es que, salvo los casos en que la ley manda recurrir a la costumbre o aquéllos en que la costumbre es aplicada como uno de los varios criterios permitidos, nadie puede fundar en la costumbre un juicio jurídico o, más sencillamente, que fundar una solución jurídica en la costumbre contraria a una norma vigente es ilegítimo y, para el juez, un *prevaricato* (CP, 269).

112 PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, n° 21, *d*, p. 199; RUBIANES, *Manual*, t. I, n° 34, p. 111; VÁZQUEZ ROSSI, *Curso de Derecho procesal penal*, ps. 67 y siguiente.

4. La doctrina

Los autores que se ocupan del Derecho procesal penal tienen una decisiva influencia —mala o buena— en la formación e interpretación de la ley procesal penal; su magisterio supera las aulas universitarias para extenderse al ejercicio profesional y judicial. Pero ello nunca ha querido decir que sancionen normas vigentes en las que alguien pueda apoyar su juicio jurídico. Al igual que la jurisprudencia, formulan proposiciones acerca de las normas, su vigencia y su significado. Por ello les son aplicables los mismos criterios que empleamos respecto de la jurisprudencia para negarle el carácter de fuente del Derecho procesal penal, a los que se agrega la característica negativa de que sus afirmaciones carecen de la autoridad oficial. La única autoridad que reclama la doctrina es el prestigio científico que otorgan la reflexión y el razonamiento riguroso.

Parágrafo Tercero
El Derecho procesal penal y su vinculación con otras ramas jurídicas

§3

BIBLIOGRAFÍA:

ÁBALOS, Raúl W., *Derecho procesal penal*, t. I, cap. II. BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts*, 3ª ed., cap. I, I (versión castellana de Conrado A. Finzi, *Derecho procesal penal*). BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, Primera y Segunda partes. CAFFERATA NORES, José I., *Relaciones entre Derecho penal y Derecho procesal penal*. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, Introducción, nº 1 y ss., nº 55 y ss.; *Derecho procesal*, t. I, cap. I. HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, §§ 1 y 2. MAIER, Julio B. J., *Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal*. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, tr. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, t. I, § 1, nº 9 a 11 y § 2. PETERS, Karl, *Strafprozeß*, 2ª ed., §§ 2 a 10; *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., § 1, D y E, y § 2. RUBIANES, Carlos J., *Manual de Derecho procesal penal*, t. I, cap. I, nº 1 y ss., cap. II, nº 17. SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, cap. I, B. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Curso de Derecho procesal penal*, cap. II. ZIPF, Heinz, *Kriminalpolitik*, §§ 5, 6 y 7.

A. DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHO PENAL

1. La unidad político-criminal

El Derecho procesal penal es parte del Derecho penal; la afirmación supone que esa nomenclatura se utiliza en sentido amplio, para designar una unidad político-jurídica con fines comunes[1]. Desde el punto de vista político ambos configuran una unidad y, aunque la función material y formal de cada uno de ellos sea distinta (§ 1, B, 2, *e* y § 2, B, 2) —uno fijando deberes de obrar o de abstenerse de obrar y la sanción para el comportamiento desviado; el otro regulando los actos que integran el procedimiento apto para verificar la actuación del Derecho penal y sus consecuencias jurídicas—, son dependientes entre sí para la realización de la política criminal del Estado[2].

El fenómeno de la separación radical entre Derecho penal y Derecho procesal penal es relativamente moderno y arranca en el siglo XIX, con las codificaciones nacionales. Se puede advertir que las principales leyes antiguas, hasta el período de la Inquisición, contienen en un solo cuerpo las reglas relativas al Derecho penal y al Derecho procesal penal. Como ejemplo se puede citar las célebres *Partidas* (1265) y la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532).

[1] Cf. PETERS, *Strafprozeß*, § 2, p. 7.

[2] Cf. MAIER, *Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal*, ps. 301 y ss.; BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*. Primera Parte, II, ps. 37 y siguientes.

Nuestra organización federal, que caracteriza al Derecho procesal penal como Derecho local (principio básico de la organización judicial y del procedimiento), según opinión dominante, exige una separación radical entre ambas ramas jurídicas (§ 2, C, 2). Pero, pese a esta separación dogmática proveniente de la diferente competencia legislativa del órgano que sanciona el Código Penal, por una parte, y las leyes procesales, por la otra, la influencia política del Derecho penal sobre el Derecho procesal penal y viceversa, como partes coordinadas de un sistema —al que se agrega también la ejecución penal— se mantiene en toda su extensión.

La separación nítida originada en la organización federal, entre competencia para la legislación penal —de fondo— y procesal penal —formal— ha sido puesta en crisis por nuestros legisladores al regular un conjunto de límites, sobre todo temporales, para el uso de la prisión preventiva, con pretensión expresa de vigencia en todo el territorio nacional. El argumento para tal decisión legislativa (ley nº 24.390) reside en el carácter reglamentario de la *Convención americana sobre derechos humanos* (*Pacto de San José de Costa Rica*) de la ley citada y en la indivisibilidad de la responsabilidad asumida por la República Argentina en el tratado internacional citado (CADH, 28, 1 y 2). Este argumento se potencia con la incorporación de estas convenciones a la Constitución nacional (CN, 75, inc. 22). Sin embargo, allí reside también la advertencia sobre la debilidad del argumento para la opinión ampliamente mayoritaria, que separa radicalmente la competencia legislativa para sancionar reglas procesales y normas penales: si el argumento es válido, el Congreso de la Nación pudo, incluso con anterioridad, reglamentar las garantías constitucionales, obra que, llevada a un extremo, reduciría considerablemente la caracterización del Derecho procesal penal como Derecho local; siempre se interpretó al art. 28, CN ("leyes que reglamenten su ejercicio"), en el sentido de remitir al organismo legislativo competente según la propia Constitución, para la opinión dominante, las legislaturas locales (CN, 75, inc. 12). Para una opinión como la nuestra, que pone en crisis la idea de que el Derecho procesal penal debe ser, íntegramente, Derecho local, fundada en la misma regla constitucional (CN, 75, inc. 12) que utiliza la opinión dominante para decir lo contrario, la reglamentación nacional de las garantías judiciales, en materia penal, no constituye un problema (ver § 2, 2 y § 7, C, IV).

El Derecho procesal penal no puede ser pensado con independencia del Derecho penal. Ambos, más la ejecución penal, son partes integrantes de un sistema, como instrumento de control social. Para que el sistema funcione bien se torna necesaria la coordinación de fines e instituciones entre uno y otro, pues el Derecho procesal penal es el instrumento que la ley otorga al Derecho penal para su realización práctica[3] y, a la vez, los mandatos y prohibiciones penales carecerían de valor práctico, supuesto el monopolio punitivo del Estado, sin el Derecho procesal penal, convirtiéndose en poco menos que le-

[3] Cf. Cafferata Nores, *Relaciones entre Derecho penal y Derecho procesal penal*, ps. 209 y siguientes.

tra muerta[4]. Es por ello que el Derecho penal material y el Derecho procesal penal deben ligarse estrechamente en la teoría y en la práctica, aspecto que, lamentablemente, ha sido descuidado en nuestro ámbito jurídico.

Siguiendo la tradición de los países de habla hispana, nuestra organización académica y científica, si de ella se puede hablar hoy en día, ha dejado el Derecho procesal penal en manos de juristas casi siempre ligados al Derecho procesal civil. De allí el auge de la *teoría uniforme* del Derecho procesal en nuestro medio (§ 1, A), que procura una explicación única de los fenómenos principales de todos los derechos procesales (teoría general única del proceso), al precio de la decoloración política de ambas disciplinas y de la escasa claridad de las soluciones propuestas[5].

En busca de una síntesis, arquitectónicamente bella, pero inútil por inexistencia de similitudes políticas entre una y otra rama del Derecho procesal, se reduce la posibilidad de alcanzar soluciones sencillas y prácticas.

[4] Cf. Beling, *Derecho procesal penal*, tr. de Goldschmidt-Núñez, § 1, p. 1; Peters, *Strafprozeß*, § 2, p. 7; Henkel, *Strafverfahrensrecht*, § 1, p. 15; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 1, D, II, p. 6.

[5] Un ejemplo de ello es la pretensión de trasladar la teoría de la acción del Derecho procesal civil al Derecho procesal penal, sin advertir que ella sólo tiene razón de ser dentro del reino de la autonomía de la voluntad y de los derechos subjetivos y no cuando se trata de un mero proceder de los órganos del Estado (persecución penal de oficio) sujeto a reglas determinadas (cf. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., nº 29, d, ps. 139 y ss.); véase ejemplificado este propósito en Palacio, *La acción y la pretensión en el proceso penal*, ps. 535 y ss., en especial, p. 544: se habla allí de "la unidad esencial que vincula a la acción penal con la acción civil" y, con remisión a Víctor Fairén Guillén, se explica que la denuncia, ante una autoridad jurisdiccional, significa ejercicio de la acción penal (no así la que ocurre ante la policía o el ministerio público); que la iniciación de oficio del sumario por el propio juez también significa que *el propio juez ejerce una acción penal ante sí mismo*. La tensión a la que el autor ha conducido al concepto, para adaptar su conocida teoría de la acción y la pretensión en el Derecho procesal civil, al Derecho procesal penal, termina por no explicar nada o, mejor dicho, por explicar cualquier cosa.

Lo cierto es que la teoría de la acción nada explica en la persecución penal: con ella no se aclara por qué los jueces controlan la falta de persecución del ministerio público (pedido de sobreseimiento) y hasta lo pueden obligar a acusar (CPP Nación, 348); tampoco se explica por qué los jueces pueden condenar aun cuando el acusador concluya en absolución después del debate, por qué los jueces pueden imponer una pena más grave que la requerida, etc.; un fenómeno tan sencillo como la *notitia criminis* para la persecución penal, a partir de la cual nacen deberes para ciertos órganos estatales en los delitos de acción pública y debe comenzar la persecución penal, queda sin una explicación racional.

Recientemente hubo un intento *unificador* por parte de Clariá Olmedo, *Derecho procesal*, t. I, Conceptos fundamentales.

Sobre la tendencia a la elaboración de "categorías comunes en niveles secundarios", que sirvió de base para el desarrollo de la teoría general del proceso, cf. Binder, *Límites y posibilidades de la simplificación del proceso*, p. 55.

Los penalistas, por su parte, salvo honrosas excepciones (entre nosotros sólo conozco las de Ricardo C. Núñez y Sebastián Soler, y, más modernamente, la de Carlos Creus), han abandonado el Derecho procesal penal a las manos de los expertos en Derecho procesal, con resultados cuestionables. Es también normal que las reformas al Código Penal no produzcan ningún movimiento legislativo en materia procesal penal, por profundas que sean[6].

Desde el Derecho procesal penal fue también una excepción a la corriente indicada, Alfredo Vélez Mariconde.

Al menos en el ámbito académico de la Universidad de Buenos Aires, la situación se ha revertido parcialmente (ver § 2, A, especialmente nota nº 8).

La estrecha relación política entre el Derecho penal y el procesal penal no es, según advertimos, un descubrimiento nuevo, sino una realidad que es patrimonio de todos los tiempos y que se puede observar con llamativa claridad en la historia. La realización de la máxima *salus publica suprema lex est*, que preside el pensamiento penal de Europa continental durante la segunda mitad de la Edad Media, al producirse la recepción del Derecho romano imperial, fue algo que ambas ramas jurídicas emprendieron en conjunto. A la idea extrema de expiación y prevención general en el Derecho penal se le adecua perfectamente un método de realización e investigación, la Inquisición, que cumplía perfectamente esos fines y los complementaba[7], a tal punto que el instrumento de realización llegó a ser más famoso y conocido que las normas materiales a las que servía y en un tiempo en el cual ambas ramas jurídicas aún permanecían unidas. La reacción contra la Inquisición constituye otro ejemplo válido. Se procuró proteger al individuo contra los excesos del poder penal del Estado y, para ello, garantizar un mínimo de respeto a la dignidad humana. En el programa penal del Iluminismo encajan a la perfección el desarrollo que, en el Derecho penal, tienen los principios *nullum crimen*, *nulla poena sine praevia lege poenali* y *nullum crimen sine culpa*, con los equivalentes procesales: *nulla poena sine iuditio legali*, esto es, la afirmación de la inocencia del imputado hasta tanto una sentencia firme no lo declare culpable y lo someta a una pena, la inviolabilidad de la defensa, el juez natural o legal y el *ne bis in idem*, todas limitaciones del poder penal material o formal del Estado.

[6] Un ejemplo de la repercusión de la reforma penal en el Derecho procesal penal en Peters, *Strafprozeß*, § 1, ps. 17 y ss. Cf. en Pastor, *¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos no "convencionales"?*, un análisis crítico del problema relativo a la creación de ciertos delitos no tradicionales.

[7] Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Tercera conferencia, ps. 61 y siguientes.

Es que, en realidad, la unidad entre Derecho penal y Derecho procesal penal deviene de que ambos ámbitos normativos, cada uno a su manera y en el área de su competencia, son reguladores del poder penal del Estado, según la concepción actual.

2. La repercusión del Derecho penal en el Derecho procesal penal

Son múltiples las repercusiones del Derecho penal material en el Derecho procesal penal; sólo examinaremos las más importantes, a manera de ejemplo.

I. Un *Derecho penal de acto*, esto es, orientado hacia la retribución de comportamientos singulares antijurídicos y culpables (conducta desviada) y, dicho de manera genérica, hacia la prevención general, negativa o positiva (pena como intimidación o contramotivo para inducir a quien se inclina a delinquir a hacer lo que debe o a no hacer lo prohibido, o como reafirmación de la existencia del orden jurídico y sus valores principales), requiere necesariamente un procedimiento de comprobación orientado hacia la investigación y conocimiento del pasado. Por el contrario, un *Derecho penal de autor*, esto es, orientado hacia la culpabilidad de carácter y, dicho de manera genérica, hacia la prevención especial, como modo de evitar que personas proclives a violar las reglas elementales de la convivencia social pacífica observen comportamientos contrarios al Derecho (estado peligroso), implica necesariamente un procedimiento dirigido hacia la anticipación conceptual del futuro para poder llevar a cabo una prognosis adecuada.

Nuestro Derecho penal es, fundamentalmente, Derecho penal de acto, en tanto reglas constitucionales básicas (CN, 18, oración I, y 19) le impiden reaccionar contra la mera culpabilidad de carácter y sólo le permiten aplicar el poder penal del Estado a quien ejecutó un hecho punible, es decir, omitió comportarse como estaba ordenado para la ocasión (no obró como debía) o se comportó como estaba prohibido (obró como no debía). La reflexión es válida también para las medidas de seguridad y corrección que, a pesar de aplicarse a inculpables, necesitan del presupuesto de la comisión de un hecho antijurídico (acción prohibida u omisión de la acción mandada) por el inculpable, para aspirar a tener aplicación.

Sin embargo, es difícil encontrar un Derecho penal que persiga puramente la realización de un concepto ideológico básico. Lo normal es que, como sucede en nuestro Derecho penal, él parta de la idea básica antes indicada, y luego mezcle alguna dosis de consideraciones relativas a la prevención especial y la peligrosidad, sobre todo al definir la medición y la ejecución de la pena (ver CN, 18, última oración, y CP, 41, 44, párr. IV, 13 y 26, párr. I), fenómeno que se advierte aún más en las medidas de seguridad y corrección (CP, 34, inc. 1, párrs. II y III, y 52).

Conforme a ello, nuestro procedimiento penal se debe orientar principalmente hacia la investigación del pasado, porque de su conocimiento depende el prin-

cipal fundamento de la reacción penal. Pero la prognosis del futuro tiene también su relativa importancia cuando se trata de la medición de la pena, de su ejecución o de la aplicación de una medida de seguridad y corrección.

En las últimas décadas, la fuerte inclinación del Derecho penal hacia la prevención especial ha provocado en la teoría y en la legislación intentos fundados de una transformación parcial del procedimiento, fraccionándolo en dos partes: una dedicada a la investigación del hecho, la otra al estudio de la personalidad del infractor, movimiento del que sobresale el llamado *interlocutorio de culpabilidad*, como cesura del debate en el procedimiento principal, nombre con el que habitualmente se bautiza a toda la transformación[8]. La reforma propuesta, sin embargo, no se vincula necesariamente con este esquema ideológico y admite una fundamentación garantista[9].

II. El art. 71 del Cód. Penal prevé como regla general, con muy pocas excepciones (CP, 73 a 76), la persecución penal oficial de los hechos punibles; con la limitación de los delitos dependientes de instancia (CP, 72), la persecución penal es también una obligación de los funcionarios estatales a quienes la ley encomienda la tarea de perseguir penalmente (§ 8, B y C). Tal disposición del Derecho penal responde a una evolución histórica y a un estadio cultural de la humanidad determinados (§ 5, D y E), que provienen del sistema inquisitivo de realización penal.

Desde el punto de vista de la teoría jurídica, la persecución de oficio significa la falta de toda condición para la actuación del Derecho penal ante la violación de una de sus normas de deber. Cuando se prefiere proclamar la autonomía de la voluntad, como sucede de ordinario en el Derecho privado, la facultad que otorga el orden jurídico para requerir la realización estatal del Derecho al órgano judicial competente (derecho dispositivo de acción) representa someter a una condición la actuación de la voluntad de la ley[10].

La norma de deber, que, en su primera oración, prevé la situación en que una determinada acción está mandada o prohibida y, en su segunda oración, amenaza con una sanción el comportamiento contrario, puede condicionar la consecuencia jurídica del menosprecio al deber que impone, a una voluntad personal determinada (legitimación) o, por el contrario, requerir que, cuando suceda tal menosprecio, el Estado reaccione siempre sin sujeción a ninguna voluntad extraña. Se trata de dos formas opuestas de realización jurídica.

La decisión del Derecho penal, de utilizar la técnica de la reacción oficial ante la infracción a sus normas de deber, determina gran par-

[8] Cf. Ulmen, *Das Schuldinterlokut*; Barbero Santos, *La división en dos fases del proceso penal*; Maier, *La cesura del juicio penal*; Bertoni, *La cesura del juicio penal*.

[9] Desde este punto de vista, cf. Magariños, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, ps. 71 y ss.; Bertoni, *La cesura del juicio penal*, ps. 113 y siguientes.

[10] Chiovenda, *La acción en el sistema de los derechos*, ps. 3 y siguientes.

te del sistema de enjuiciamiento penal. Sólo así se comprende que la simple *notitia criminis* provoque de inmediato la actuación de los órganos de persecución penal del Estado, la necesidad del enjuiciamiento penal de averiguar la verdad sin condicionar la investigación histórica a una voluntad extraña, los poderes que la ley acuerda a los tribunales a ese respecto, las facultades del tribunal de fallar *ultra petita*, la tarea más amplia que representa la administración de justicia en materia penal que, con prescindencia del órgano que la cumple, no se limita a decidir las cuestiones que le son presentadas, sino que incluye también la labor de perseguir y requerir, la misma organización del procedimiento, que no sólo contiene el debate de la cuestión (plenario o juicio), sino que también incorpora la investigación preliminar a la demanda de debatir la cuestión (instrucción), la necesidad de un procedimiento intermedio para examinar esa demanda de justicia (acusación) o el requerimiento de concluir anticipadamente la persecución penal (sobreseimiento), a fin de evitar debates inútiles o controlar la legalidad del requerimiento, respectivamente, el poder de un tribunal de controlar estos requerimientos rechazando la apertura del juicio o la conclusión anticipada de la persecución penal. Estas consecuencias, sintéticamente encolumnadas, resultan directamente de la adopción por el Derecho penal de una de las máximas principales de la Inquisición: la persecución penal pública. La otra parte del sistema de enjuiciamiento resulta políticamente determinada, precisamente, mediante las limitaciones impuestas a la Inquisición por el sistema de garantías individuales que establece la Constitución, limitaciones que representan, a la par de la reacción política de los siglos XVIII y XIX contra los ideales inquisitivos o la forma de realizarlos mediante el poder penal, la promoción de valores de la personalidad humana superiores en rango a la misma persecución penal eficiente, valores que, por ende, relativizan aquellos reconocidos por la Inquisición, que ella concebía casi como absolutos. Es por ello que el sistema de enjuiciamiento penal de nuestra época ha merecido el nombre de *sistema inquisitivo reformado* o *sistema mixto*.

La situación inversa, esto es, las escasas excepciones de los delitos de acción privada (CP, 73 a 76), comprueba hasta qué punto la influencia política advertida es real. Supuesta la persecución penal privada, desaparecen la mayoría de los efectos que atribuimos a la persecución penal oficial. Téngase en cuenta que, no obstante, la persecución penal privada no se puede equiparar a la persecución civil

ordinaria, pues el procedimiento que provoca la primera se lleva a cabo con el propósito de aplicar una pena; y la pena, aun perseguida privadamente y autorizado el perdón del ofendido (CP, 69) como modo de extinción, es un instituto público, estatal; ello explica, por ejemplo, que el tribunal tenga libertad para incorporar de oficio hechos favorables al acusado. Incluso el procedimiento sufre alteraciones, pues ya no se justifica la instrucción preliminar en tanto la investigación necesaria para promover una acusación privada no implica ahora la actuación de un órgano público dotado del poder del Estado; el pequeño auxilio de la fuerza pública que puede requerir el querellante por delito de acción privada para preparar su acusación, a veces necesario (por ejemplo, para conseguir un documento que no está a su alcance), es solucionable autorizando la simple preparación de la vía como actividad previa al juicio propiamente dicho (CPP Nación, 426; CPP Córdoba, 433; CPP Mendoza, 455; CPP Sgo. del Estero, 362; CPP La Rioja, 448; CPP Jujuy, 410; CPP Salta, 451; CPP Entre Ríos, 421; CPP Corrientes, 456; CPP Chaco, 405; CPP La Pampa, 395; CPP Tucumán, 433; CPP Costa Rica, 437).

III. Esta influencia recíproca ha tenido, recientemente, otra nueva demostración a través de la *suspensión del juicio a prueba* (CP, 76 *bis* y ss.)[11]. También aquí comparten el Derecho penal y el Derecho procesal penal una tendencia hacia la reducción del protagonismo social del sistema penal tradicional, respuesta que se origina en la incapacidad del sistema entendido como propuesta de solución de conflictos[12]. En este caso, la posibilidad, regulada en la ley, de suspender el juicio a prueba y de orientar la solución jurídica del caso a la reparación del daño, no sólo mejora la calidad de la solución ofrecida a la víctima por el sistema penal, sino que colabora, con otros instrumentos de origen indiscutiblemente procesal —principio de oportunidad—, en la búsqueda del máximo aprovechamiento de los recursos de la administración de justicia penal, para dirigir los esfuerzos estatales al logro de una razonable eficacia en los casos que representan mayor costo social.

El art. 14 de la ley penal tributaria (nº 23.771), que incorpora una solución orientada en el mismo sentido (cumplimiento de las obliga-

[11] Cf. Marino, *Suspensión del procedimiento a prueba*, ps. 29 y siguientes.

[12] Cf. Maier, *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*.

ciones tributarias o previsionales en lugar de pena), es, en el Derecho penal argentino, a la par de un ejemplo similar al anterior, un paradigma de los problemas que se producen cuando la ley procesal penal ignora las modificaciones introducidas por la ley penal material[15].

IV. Pero, por fuera de estas líneas políticas básicas que el Derecho penal le otorga al Derecho procesal penal, las relaciones entre ellos pueden ser estudiadas y apreciadas claramente de la mano de casos particulares. El Derecho penal regula también la vida de la persecución penal, estableciendo que ella no puede proseguir después de muerto el imputado, después de cierto plazo que prevé (prescripción), cuando el poder legislativo (Congreso nacional) declara fuera de persecución ciertos hechos (amnistía) o cuando, en los delitos de persecución privada, la víctima renuncia a perseguir (CP, 59 y cc.). Para el Derecho penal esto significa regular causas de exclusión de la punibilidad del hecho, pero el Derecho procesal penal no ha podido menos que hacerse eco de tal regulación para evitar el progreso de la persecución penal cuando, en el curso de un proceso, se verifica uno de estos hechos extintivos; de allí que permita concluir la persecución penal anticipadamente en estos casos y que regule un medio de defensa para hacerlos valer: las excepciones llamadas perentorias, opuestas como de previo y especial pronunciamiento.

Es un hecho notorio el relacionar la teoría de las excepciones en materia penal con su similar del Derecho procesal civil. Sin embargo, se olvida una diferencia fundamental: los hechos que fundamentan las excepciones operan en el Derecho penal y dentro de un proceso sin necesidad de que nadie los invoque: transcurrido el plazo de prescripción, por ejemplo, no es necesario que el imputado lo invoque para que el juez deba conocerlo y hacerlo valer de oficio en la oportunidad de decidir, pues él significa, en general, que el poder penal del Estado se ha agotado, y esto aun tratándose de delitos de acción privada[14]. En materia de Derecho privado, cuando reina la autonomía de la voluntad y el poder de disposición de aquel a cuyo favor opera el hecho extintivo, la falta de invocación en tiempo oportuno equivale a la falta de poder del tribunal para tratarlo y

[13] Cf. Maier-Bovino, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771. ¿El ingreso de la reparación como tercera vía?* Por lo demás, no es el único problema que se verifica en razón de que la ley procesal penal ignora la regulación legal de la llamada ley penal tributaria; la misma ley penal tributaria se refiere, además, a una ley procesal penal sólo vigente residualmente, es decir, al CPCrim. nacional (1889).

[14] *Fallos CSN*, t. 159, p. 415; t. 186, p. 289; t. 201, p. 63; t. 275, p. 241; t. 300, ps. 716 y 1102; t. 301, p. 339.

decidirlo en un fallo judicial. He aquí otra de las repercusiones del carácter público del Derecho penal y sus institutos y, por el contrario, de la naturaleza privada de la relación civil.

V. Pero también los tipos particulares y la regulación del Código penal sobre la unidad y pluralidad de acciones influyen decisivamente sobre institutos del Derecho procesal penal. Piénsese, por ejemplo, en el valor que tienen los tipos penales alternativos, que no multiplican la actividad delictiva por el hecho de que el autor haya cumplido con su comportamiento varias de las definiciones legales (ej.: CP, 224), los que requieren habitualidad (ej.: CP, 208, inc. 1) o multiplicidad de acciones, o la definición de la unidad de acción (CP, 54) para apreciar el funcionamiento de la cosa juzgada o, en general, la garantía del *ne bis in idem* (§ 6, E).

Más allá de ello, repárese en el paralelismo entre la capacidad de culpabilidad y la capacidad procesal penal del imputado, como presupuesto procesal.

3. La repercusión del Derecho procesal penal en el Derecho penal

I. Desde el punto de vista del Derecho procesal domina la idea utilitaria sobre la realización práctica y efectiva del Derecho penal[15]. Aquello que los tribunales y órganos judiciales pueden realizar con idoneidad, y no aquello que leyes penales perfectas pero impracticables disponen, guía las soluciones a adoptar. Desde este punto de vista, el Derecho procesal penal exige del Derecho penal fórmulas claras y precisas que permitan soluciones sencillas por parte de los órganos judiciales, para que los justiciables y el mismo público entiendan con facilidad los fallos de los jueces. Así, la idea de una realización práctica posible y eficiente puede conducir al Derecho penal a una reducción y simplificación hoy esperada. Por lo demás, el crecimiento desmesurado del Derecho penal, que pretende solucionar mediante la pena todo problema social (con desconocimiento de su función de *ultima ratio*, que impone recurrir a él sólo cuando fracasan todos los demás medios de control social)[16], y la complejidad técnica de sus soluciones normativas producen un efecto directo sobre la efectividad de

[15] Cf. PETERS, *Strafprozeß*, § 2, V, ps. 11 y ss. y *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*.

[16] Cf. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, B, I, ps. 12 y siguientes.

la persecución penal, pues sobrecargan los órganos judiciales de tal manera que reducen la posibilidad de ocuparse como corresponde de los casos serios y graves, y disminuyen la seguridad sobre un fallo correcto y oportuno.

En el Derecho argentino hay un ejemplo sencillo y evidente para apreciar estos efectos. La penalización del cheque incobrable (CP, 302) comenzó siendo una infracción menor, amenazada con pena máxima de seis meses de prisión. Se quiso proteger el manejo de los cheques por los cuentacorrentistas bancarios e inmediatamente se echó mano al Derecho penal sin demasiada reflexión: aumentaron las penas y las hipótesis delictivas cual inflación penal. Varios años después de esa evolución me pregunté: ¿qué se logró? En principio, la utilización de cheques sin fondos en cuenta, o en general incobrables, como medio de pago, fue creciendo hasta alcanzar índices alarmantes, pese a que la pena amenazada se multiplicó por ocho. Ello trajo como consecuencia procesal un sinnúmero de procesos a los que los tribunales, escasos, no pudieron dar respuesta eficiente, según los fines de la ley penal; se había sobrepasado su capacidad de proceder y decidir. Como consecuencia de ello emergieron dos fenómenos: por un lado, una jurisprudencia restrictiva al máximo, para la cual la definición de cheque del Código de Comercio sólo tiene valor indiciario, jurisprudencia que también tiene en cuenta las repercusiones que la amenaza penal ha pergeñado en el ámbito de las relaciones económicas y comerciales, y, por otro, corrupción en la policía o en los medios conectados con ella que ofrecen métodos para cobrar cheques más directos y eficientes, por medio de la coacción o amenazando con ella. En el mismo Derecho penal el fenómeno provocó la destrucción práctica de las reglas del concurso, pues comerciantes inescrupulosos exigen por un único pago la separación del importe en varios cheques, con intimaciones de pago sucesivas en el tiempo, que puedan fundar un concurso material de acciones (CP, 55) y varias denuncias sucesivas. Eso mismo trae aparejado en el procedimiento penal la posibilidad de varias detenciones y hasta el funcionamiento anormal de las reglas sobre la libertad caucionada, siempre dependientes de la pena que se espera. Incluso, el CPP Mendoza, por una reforma, inventó una manera ingeniosa de amenazar "penas" privativas de libertad anteriores a la condena, fijando como única caución posible para evitar el encarcelamiento preventivo el depósito del importe de la libranza más las costas del procedimiento, presupuestadas de antemano por el juez (art. 319, ley nº 2.828, art. 2). Los delitos de estafa (CP, 172) por utilización de cheques, antes casi desconocidos, son hoy moneda común. Ni qué decir de lo que pasó en el ámbito comercial y económico: el cheque desplazó a la letra de cambio y al pagaré, desnaturalizado como medio de pago, pues se reclama y entrega en blanco o posdatado, pese a que la ley penal, en un intento de reacción contra esa práctica, definió ese comportamiento como punible (CP, 175, inc. 4), infracción menor, muy difícil de comprobar en la praxis judicial. La usura encontró en este medio una práctica sencilla, con disminución del riesgo, y con el aditamento de la sanción penal para quien no cumpla, recibiendo así el auxilio estatal, incluso mediante la persecución penal pública de sus órganos. Cabría preguntar a los economistas ¿hasta qué punto esta negociación con cheques que normalmente efectúan los comerciantes no significa emitir moneda de curso no legal? Y, si reflexionamos, la punición de lo que se llama "giro de un cheque sin provisión de fondos" es una moderna forma de la prisión por deudas; en efecto, aquello que se amenaza penalmente no es la acción de librar un cheque sin tener fondos en la cuenta

—acción permitida salvo supuestos de estafa—, sino la de no pagar cuando el acreedor intima fehacientemente al deudor el pago porque, a la presentación del cheque al cobro en la institución bancaria, él no pudo ser cobrado por no existir fondos suficientes en la cuenta o autorización para girar en descubierto; se penaliza, precisamente, la falta de pago a la constitución en mora (CP, 302, inc. 1) y el giro del cheque sólo resulta la descripción de la situación antecedente que hace nacer el deber de obrar. Se trata de un delito de omisión, no de acción[17].

Frente a esta sinrazón sólo caben, a mi juicio, dos soluciones, sin pensar ahora en la objeción constitucional o en la estructura del tipo penal. O el Derecho penal despenaliza el mandato referido —solución cabal— o, por lo menos, se concede una amplia apertura al principio de oportunidad, de modo que los órganos de persecución penal y los tribunales puedan prescindir de muchas persecuciones penales por este motivo y dedicarse a obrar con eficiencia en la investigación y decisión de delitos más graves. Quizás esta solución provoque nuevamente el uso de las letras de cambio y los títulos de crédito tradicionales en el comercio, evite en alguna proporción la usura y logre que el cheque sea sólo aceptado como medio de pago, con los recaudos pertinentes. El hecho de que hoy haya cambiado la legislación comercial sobre el cheque —que ahora sólo admite un endoso para su depósito bancario— y cualquiera que sea la valoración jurídico-comercial de esta reforma ella ha transformado sustancialmente este panorama.

II. Desde este punto de vista se puede notar cómo soluciones legislativas menos perfectas y elaboradas, pero más prácticas, ayudan a que la labor judicial importante y de peso se pueda llevar a cabo con más eficiencia. Dentro de la tendencia actual a la despenalización de ciertos comportamientos, el Derecho penal se ha enfrentado a varios problemas. Dos de ellos se vinculan con el exceso de penalización que supone la misma ley requerida como garantía para el ciudadano. Las normas, por abstractas y dirigidas hacia comportamientos concretos futuros posibles, abarcan luego, al ser aplicadas, más comportamientos concretos que los que pudo prever el legislador y, peor aún, que aquéllos que quiso penalizar. Hay ciertas acciones ínfimas como realización de un tipo delictivo (por ej., los hurtos de cosas de ínfimo valor, incluso entre parientes no alcanzados por la excusa absolutoria, o el apoderamiento de cosas perdidas o cuya tenencia se obtuvo fortuitamente, pero de ínfimo valor); hay otras acciones que, pese a representar realizaciones de un tipo delictivo, se adecuan a ciertas valoraciones sociales impuestas, que no las reconocen como antijurídicas (por ej., la dádiva que a fin de año damos al cartero o al empleado estatal que recoge la basura de nuestro domicilio), y también existen las que, aun reconocidas como delictivas, reciben un castigo na-

[17] Cf. Bacigalupo, *Insolvencia y delito*, cap. V, ps. 109 y siguientes.

tural por el cambio real que provocan en el mundo, cambio perjudicial para el mismo autor, que torna innecesaria toda pena, según valoraciones sociales (por ej., el que por su culpa provoca un accidente en el que fallece un familiar cercano o él mismo resulta seriamente lesionado). Éste es un efecto natural de las normas que prevén clases genéricas de comportamientos mediante escasos elementos muy determinados y finitos, pues se trata de conceptos abstractos, mientras que la realidad, el hecho, es infinito en sus notas definitorias, al punto de que podemos preguntar permanentemente por sus cualidades sin agotarlas (un homicida mata por placer o por piedad, por amor o por odio; es blanco o negro, su víctima es un delincuente habitual o una persona de bien, etc., etc.). Por esta razón, el Derecho penal moderno ha instituido ciertos casos en los que permite al juez prescindir de la pena[18] cuando el hecho o la culpabilidad del infractor es leve o el resultado alcanza al autor de tal manera que torna excesiva la aplicación de una pena, y la teoría ha intentado excluir de la pena aquellos casos en que el hecho se adecua a las valoraciones sociales positivas o, por lo menos, que no son negativas[19].

Sin embargo, no se advierte la razón por la cual, en estos casos, la decisión se deba tomar después de tramitado íntegramente un proceso de conocimiento. Y aquí es donde el Derecho procesal exige cierta simplificación y ofrece sus medios para tal fin. Mediante el *principio de oportunidad* (contrario al de *legalidad*, ver § 8, C, 2 y 3), bien regulado y administrado, es posible impedir o evitar la persecución penal en los mismos casos, con ahorro de tiempo y esfuerzo, y, en ocasiones, con menos complejidad que la que supone la aplicación de la institución material. Para ejemplo sirva la *adecuación social del hecho*, instituto que, sin mucha convicción, recorre como nómade todos los estratos de la teoría del delito, sin encontrar ubicación ni fundamentación clara en la doctrina penal: para unos es una causa de exclusión del tipo; para otros elimina el deber o la antijuridicidad; algunos explican que se trata de casos de mínima culpabilidad, equiparables a la no exigibilidad de otro comportamiento, cuando no alcanzan directamente el error de prohibición; algunos, por fin, advierten que se trata de una causa de exclusión de la punibilidad por motivos políti-

[18] Ver Código Penal de la República Federal de Alemania, *Allgemeiner Teil*, cap. 3°, Título 5°, en especial § 60; CP, 44, IV.

[19] Welzel, *Derecho penal alemán*, § 11, IV, ps. 83 y siguientes.

cos[20]. La aplicación del principio de oportunidad torna más sencillas las cosas, menos arduas las soluciones dogmáticas y más real la solución: se trata de casos en los cules, por las razones ya advertidas, se autoriza a los órganos de persecución penal, con o sin aquiescencia del tribunal competente, según los sistemas, a prescindir de la persecución penal o a concluir la ya iniciada. Se podrá decir que esto significa eludir la explicación y fundamentación del instituto, más que solucionarlo teóricamente, pero lo cierto es que todos coinciden en excluir algunos casos reales de la reacción penal sin encontrar el punto exacto que permita definirlos dogmáticamente; y es que, al menos por ahora, la única explicación posible, según creo, es el distinto plano óntico en que operan normas y hechos reales, de manera tal que la tensión entre ambos supera toda posibilidad de previsión y traiciona al legislador o, mejor dicho, a la ley, que no "quiso", valorativamente, incluir ciertos casos como punibles.

Por la razón explicada se ha dicho que Derecho penal y procesal penal tienen *funciones paralelas*, en el sentido de que con institutos regulados por el uno o por el otro se logran los mismos fines. Sirva como ejemplo la institución anglo-sajona de la *diversion*, que permite prescindir incluso de la persecución penal, sometiendo al probable infractor, con su anuencia, a un período de prueba bajo vigilancia de un asistente social y sujeto a ciertas reglas, a la manera de nuestra condena condicional, pero sin necesidad de arribar a la condena con todas sus consecuencias prácticas para el futuro del autor —cuando él cumple con todas las instrucciones y culmina bien su período de prueba— y sin el desgaste jurisdiccional que ello implica. Con el nombre de *suspensión del juicio a prueba* (CP, 76 *bis* y ss.), el instituto de origen anglo-sajón ha ingresado ya a la legislación penal argentina en el ámbito de la criminalidad leve y de la mediana ocasional[21].

La aplicación del *principio de oportunidad* ha sido discutida entre nosotros, pues resulta inaplicable conforme a la fórmula del art. 71 del Cód. Penal (ver tam-

[20] Con parecidas pretensiones se puede nombrar a otros instrumentos de la dogmática penal: principio de insignificancia, teoría del riesgo permitido, teoría del ámbito de protección de la norma, etc. Cf. MALAMUD GOTI, *El riesgo permitido en el Derecho penal*, ps. 755 y ss.; ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación*, ps. 128 y ss. Sobre la relación entre soluciones en el ámbito del derecho adjetivo y sustantivo, cf. ZIPF, *Introducción a la política criminal*; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, D, 2, p. 6; RUSCONI, *Los límites del tipo penal*, ps. 76 y siguientes.

[21] Cf. MARINO, *Suspensión del procedimiento a prueba*, ps. 29 y ss.; VITALE, *Suspensión del proceso penal a prueba*.

bién CP, 271), que no reconoce más excepciones que las que indican los artículos siguientes, los cuales no se refieren, precisamente, a la posibilidad de los órganos del Estado que administran justicia de prescindir de la persecución penal o cerrar la ya promovida.

La defensa del principio opuesto, el de *legalidad*, que implica que los órganos del Estado encargados de la persecución penal tienen la obligación de promoverla ante el conocimiento de una probable infracción a las reglas de deber del Derecho penal y la imposibilidad de retractarse de ella (CPP Nación, 5; CPP Córdoba, 5; CPP Sgo. del Estero, 7; CPP La Rioja, 9; CPP Mendoza, 6; CPP Salta, 6; CPP Corrientes, 5; CPP Entre Ríos, 6; CPP Chaco, 6; CPP La Pampa, 6; CPP Tucumán, 5; CPP Costa Rica, 5), fue emprendida a partir del principio abstracto de justicia que implica la regla, como igualdad para todos, una vez aceptada la persecución penal pública, y el repudio a la consecuencia práctica posible de la aplicación del principio de oportunidad, las transacciones contrarias a la ética social de los órganos del Estado que persiguen penalmente. Yo mismo, extrañado por las conclusiones del IX Congreso Internacional de Derecho penal, fui defensor de la legalidad más estricta[22].

Estudios empíricos han demostrado que, aun afirmada la legalidad sin excepciones, resulta imposible perseguir todos los delitos que se cometen en el seno de una sociedad, resultado que obedece, por una parte, a defectos de información y, por la otra, a decisiones políticas más o menos generales de los órganos de persecución penal[23]. Frente a ello y a la necesidad de no sobrecargar a los órganos de administración de justicia penal con procesos evitables conforme a pautas razonables, para que puedan administrarla eficientemente en los casos que realmente lo requieren, parece racional institucionalizar los criterios a partir de los cuales se puede prescindir de perseguir penalmente y exigir su aplicación sólo por funcionarios estatales responsables políticamente, sometiendo a reglas precisas su aplicación. Ello no significa prescindir de la legalidad, que seguirá siendo el principio general, sino tan sólo reglar excepciones para conceder un campo de aplicación a la oportunidad, a fin de conseguir ciertos efectos beneficiosos en la administración de justicia y para evitar que, de todos modos, el principio se aplique en la práctica sin sujeción a regla alguna y conforme a criterios políticos del momento.

La regulación de los plazos de la prisión preventiva a través de la ley nacional nº 24.390 puede mostrar la influencia que la regulación de un instituto procesal provoca en el Derecho Penal material, para el caso, en la determinación judicial de la pena: el art. 7 de la ley establece que "transcurrido el plazo de dos años previsto en el art. 1º", se computará "por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión" y modifica así el art. 24 del Código penal.

[22] MAIER, *El IX Congreso Internacional de Derecho penal: conclusiones sobre Derecho procesal*, ps. 169 y siguientes.

[23] Cf. MAIER, *Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX*, 5, c, ps. 53 y ss.; COSACOV, *El mito de la no impunidad*, ps. 57 y siguientes.

Los plazos del procedimiento, en especial el tan debatido derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable (CADH, 8, nº 1; PIDCyP, 14, nº 3, c) o, según lenguaje de nuestra CSN, a obtener un pronunciamiento definitivo, del modo más breve posible, que ponga fin a la situación de incertidumbre y restricción de la libertad que comporta el procedimiento penal[24], están destinados a influir, alguna vez, la institución de la *prescripción* en el Código penal.

Muy por el contrario de lo que hoy es regla en nuestro Derecho positivo, donde la tramitación del procedimiento prolonga indebidamente el plazo de prescripción, este derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable debe provocar una considerable abreviación de los plazos de prescripción para quien es formalmente perseguido en un procedimiento judicial[25].

B. DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHO PÚBLICO (constitucional, político y administrativo)

1. El Derecho penal como creador y regulador del poder penal del Estado

La clasificación del Derecho procesal penal como Derecho público, pese a haber sido criticada (§ 2, C, 1), no obedece a un capricho. De las ramas jurídicas más jóvenes, o cuya autonomía es más reciente, no hay duda de que él es quien más se acerca al Derecho público.

Cuando se advierte el giro de 180° que supone para la organización política, primero el reemplazo de la *venganza privada* por la aplicación estatal del Derecho penal (en sentido amplio) y, más recientemente, la afirmación de la *persecución penal monopolizada también por el Estado*, con escasísimas excepciones a veces desconocidas por algunos derechos nacionales, se arriba fácilmente a la conclusión de que, observado políticamente, el Derecho penal es, en principio, el creador del *poder penal del Estado*, un poder que, aun sometido a ciertos límites, modernamente representa la más poderosa autorización coactiva (para el uso de la fuerza) contra los individuos que posee la organización política, el arma más destructiva de la libertad natural del ser humano. Si toda norma de deber implica una limitación de la

[24] *Fallos CSN*, t. 272, p. 188; t. 297, p. 486; t. 298, p. 50; t. 300, p. 1102; t. 301, p. 1181; Carrió, A. D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cap. XI, 2, ps. 442 y siguientes.

[25] Acerca de este problema cf. Pastor, *Prescripción*.

libertad natural del hombre, las penales, precisamente por su consecuencia, la pena, representan el máximo de esa limitación; para apreciarlo basta pasar revista al catálogo de penas, que llegó a incluir la eliminación de la misma vida humana (pena de muerte) o la disminución de la integridad física (penas corporales)[26].

El Derecho procesal penal participa también, junto al Derecho penal en sentido estricto y a la ejecución penal, de esa característica señalada para el Derecho penal como un todo, y otorga, asimismo, poderes coactivos de la máxima intensidad, pese a pregonar que quien sufre la persecución penal no es tenido todavía por culpable o, si se quiere, que debe reputársele inocente hasta que no se lo juzgue y condene. De allí la unión tan estrecha del Derecho penal y procesal penal con la estructura de la organización política, en fin, con el Derecho político. La creación y regulación del poder penal del Estado ha transformado al Derecho penal, en sentido amplio, en una cuestión de Estado, al punto de reconocerse en sus elementos integrantes, con cierta facilidad, la clase de Estado nacional, de organización política o de sistema jurídico en el que él se desarrolla. Incluso se puede observar que tal vínculo político emerge más "a flor de piel" en el Derecho procesal penal que en el Derecho penal, tal vez por la mayor definición que las estructuras procesales penales han adoptado en la historia de la cultura frente a los tipos de organización política. De allí la necesidad de los tratadistas serios en la materia de introducir su estudio con un capítulo histórico, bastante más definido y prolongado que en otras ramas jurídicas[27].

Hablar del poder penal del Estado es lo mismo que hablar de la *función penal del Estado*; en el primer caso se mira más a la atribución o autorización para el uso de la coacción, entendida como el uso de la fuerza para intervenir el ámbito de libertades reconocido a la persona humana y así lograr determinados fines sociales; en el segundo caso, se mira más a la tarea del Estado de hacer efectiva la consecuencia jurídica (la pena) que emerge del menosprecio a las normas de deber del Derecho penal, aplicando sus reglas, sobre todo cuando se

[26] Quiero pensar que estas penas ya no existen, pero éste no es el caso, ni siquiera en nuestro Derecho (ver el Código de Justicia Militar, arts. 528, 621, 626, 627, 629, 638, 641 y 643, entre otros); cf. GARCÍA VALDÉS, *No a la pena de muerte*; BARBERO SANTOS y otros, *La pena de muerte: seis respuestas*.

[27] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, Primera parte, ps. 15 y ss.; PETERS, *Strafprozeß*, § 11, ps. 48 y siguientes.

parte del monopolio persecutorio del Estado y de la obligación de perseguir penalmente, a cargo de los funcionarios destinados a ello (principios de oficialidad y legalidad, § 8, C). Poder y función penal del Estado representan la visión material del problema; la *administración de justicia penal* es su equivalente formal o procesal, también llamada, como en este libro, *función judicial del Estado en lo penal*[28]. Conforme a ello, la administración de justicia penal representa, parcialmente, el ejercicio del poder estatal. El Derecho político, comprendido en él el Derecho constitucional, se ocupa de la fundamentación del poder estatal, de sus limitaciones en relación al ámbito de libertad de los individuos, y de la creación y organización de los órganos del Estado que ejercitan ese poder, campo en el cual el Derecho procesal penal roza tangencialmente al Derecho administrativo. En los próximos números me ocuparé, precisamente, de poner de manifiesto estas últimas relaciones.

Se postula también otra visión del Derecho penal, comprendido en ella el Derecho procesal penal. Ella observa sus reglas por su característica de dar *solución a ciertos conflictos sociales*, para el caso, los más graves. Desde esa atalaya, actual sin duda, varía la función de todo el sistema. A tal punto ello es así que, consecuentemente, esta visión ha desarrollado instituciones, como la reincorporación de los *intereses de la víctima* al sistema, la *reparación como tercera vía*, sustitutiva de la pena o francamente atenuante de ella, y el intento de *conciliación* como paso procesal previo al juicio, que apartan al Derecho penal de su consideración como Derecho público[29]. Se ha caracterizado este movimiento, también consecuentemente, expresando que conduce a una *privatización* del Derecho penal[30].

2. La Constitución del Estado y el Derecho procesal penal

Se ha observado con razón al "*proceso penal de una Nación*" como "*el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución*"[31] o, con idéntico significado, "*como sismógrafo de la Constitución estatal*"[32], metáforas que, a la par de confirmar nuestra adverten-

[28] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. II, ps. 51 y siguientes.

[29] Sintéticamente, cf. Maier, *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*.

[30] Cf. Eser, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, p. 51; Bovino, *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, III y IV, ps. 26 y siguientes.

[31] Cf. Goldschmidt, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, t. II, § 4, nº 30, p. 109.

[32] Cf. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 2, A, p. 9.

cia anterior, describen con propiedad la estrecha unión entre el Derecho constitucional y el Derecho procesal penal[33]. Es por ello que se piensa que el Derecho procesal penal de hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales, *Derecho constitucional reformulado* o *Derecho constitucional reglamentado*, en el sentido del art. 28 de nuestra Constitución nacional.

I. El capítulo histórico mostrará cómo, dentro de ciertos límites temporales, el sistema de enjuiciamiento penal se ajusta casi a la perfección al régimen político imperante o, si se quiere, a la ideología que funda la organización política (§ 5).

Para dar aquí sólo una idea mínima de la dependencia *sistema de enjuiciamiento penal - organización política* se debe volver la mirada unos siglos atrás, al *absolutismo* monárquico, y comparar su sistema de enjuiciamiento penal con el resultante de su abolición y la instauración de la *República*. La idea de la preponderancia de los intereses colectivos sobre los individuales, expresada en el aforismo *salus publica suprema lex est*, y de la reunión de todos los poderes de la soberanía en el monarca absoluto, conjunción necesaria para someter al poder local (feudal) y mantener el nuevo régimen establecido, se correspondía perfectamente, hasta en su estructura de poder, con el nuevo sistema de enjuiciamiento penal previsto. La *Inquisición* también reunió en una sola mano, la del inquisidor que ejercía el poder estatal, por delegación del monarca, todas las funciones procesales: el inquisidor era acusador y juez, y el inquirido (perseguido penalmente) no era considerado un sujeto de derechos y deberes procesales, sino un objeto de investigación y, consecuentemente, no estaba habilitado para su defensa, pues, si era inocente, "el inquisidor lo pondría de relieve" y, si era culpable, "no merecía defensa"; el interés individual carecía de todo resguardo. La implantación del sistema, por lo demás, consistió en reemplazar autoritariamente un derecho local, costumbrista y popular, por un derecho culto, ajeno a la voluntad de los regidos por él, centralizado e impuesto por la voluntad soberana del monarca, conservado en los textos de *Derecho romano-canónico*, fenómeno conocido en Europa continental con el nombre de *Recepción*.

El *Iluminismo*, como concepción ideológica, y el hecho político de la *Revolución francesa*, con su ideario liberal acerca del poder político y de las libertades ciudadanas, socavaron aquel sistema desde varias de sus afirmaciones básicas. Ahora los intereses individuales eran dignos de atender, aun por sobre los del mismo Estado —entre ellos la persecución penal—, y, por ende, el *imputado*, habilitado a defenderse, considerado un sujeto de derechos y deberes en el procedimiento penal que sufría y, como tal, titular de una serie de derechos supremos provenientes del reconocimiento de su dignidad como persona humana que, incluso, se anteponen a la eficiencia de la persecución penal estatal. Correlativamente a la división de los poderes de la soberanía —legislativo, administrativo y judicial—, como forma de debilitar el ejercicio del poder político centralizado y evitar en lo posible los abusos, el Derecho procesal penal intenta dividir las funciones procesales: im-

[33] Para una opinión acerca del diseño constitucional del derecho procesal penal, cf. BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, Segunda Parte, ps. 61 y siguientes.

pide a quien juzga afirmar la hipótesis sobre la que va a decidir (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*), establece un oficio de persecución estatal, separado de los jueces, que cumple la labor de acusar (cuando no procede la persecución penal privada) y otorga a quien es perseguido penalmente el derecho de defenderse, resistiendo la acusación; tal división de los poderes que son ejercidos en el proceso, acusación, jurisdicción y defensa, pretende también superar la concentración del poder y el arbitrio en la persecución penal estatal.

Todo el cambio que trajo aparejado el movimiento de la *Reforma* del enjuiciamiento penal del siglo XIX en Europa continental se puede resumir en la atenuación de la influencia de la máxima *salus publica suprema lex est* y en el debilitamiento del poder de persecución penal por imperio de la división de las funciones procesales, dependientes unas de otras. En general, sin embargo, no se abjuró del sistema inquisitivo totalmente, como pretendía el ideario iluminista en materia procesal penal, porque quedaron incólumes sus máximas básicas, la persecución penal estatal y la meta hacia el descubrimiento de la verdad histórica, que persigue la realización del procedimiento penal, pero tales principios supremos, considerados absolutos por la Inquisición, se relativizaron, supeditándose a valores superiores en rango a ellos, de ordinario mencionados genéricamente por su relación con la dignidad humana individual. De allí que el nuevo proceso se conozca en Europa continental como *enjuiciamiento inquisitivo reformado*[34].

II. El grado de acierto de la afirmación consistente en caracterizar al Derecho procesal penal como *Derecho constitucional reformulado* o *reglamentado*, desde el punto de vista que ahora tocamos, aparece claro si se observa que la actividad estatal en este ámbito es regulada, forma de traducir a la realidad cotidiana de la persecución penal la protección necesaria de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Estado para quien es perseguido penalmente (CN, 28).

Desde este punto de vista, la ley procesal penal reglamenta la necesidad del Estado de llevar a cabo un procedimiento antes de aplicar su poder penal material (*nulla poena sine iuditio*, § 6, B), ante la autoridad judicial competente (*juez natural*, § 7, B, 3), durante el cual quien es perseguido penalmente no debe ser considerado culpable y, por tanto, debe ser tratado como un inocente (*principio de inocencia*, § 6, C) y goza de oportunidades suficientes para una defensa eficaz (*inviolabilidad de la defensa*, § 6, D); su reglamentación consiste en establecer las formas prácticas de actuación de las garantías previstas por la Constitución, para tornarlas eficaces en el procedimiento judicial. A la par de las garantías citadas, la ley procesal penal reglamenta otras más específicas, también contenidas en la ley fundamental,

[34] GÖSSEL, *La defensa en el Estado de Derecho*, A, ps. 220 y siguientes.

tales como la autoridad competente, casos y forma para la privación de la libertad preventiva, para el allanamiento de domicilio, para el secuestro de correspondencia y su apertura, las decisiones que prohíben una persecución penal ulterior (*ne bis in idem*, § 6, E), el remedio del *habeas corpus* para las detenciones ilegítimas, de manera tal que las metáforas y apelativos citados al comienzo de este punto se justifican plenamente.

Tal determinación no debe conducir a pensar que ésta es la única tarea o función de la ley procesal penal. Por el contrario, observado desde otro punto de vista, es claro que ella no sólo es instrumento de garantía del justiciable, sino también expresión del poder penal del Estado (formal), en tanto regula la función casi monopólica del Estado de perseguir penalmente a quien supuestamente incurrió en un comportamiento punible.

3. La organización judicial

Es función tradicional del Derecho público la creación, organización y fijación de la competencia de los oficios que cumplen la tarea asignada al Estado y, de ordinario, es el Derecho administrativo el que se ocupa de ello. Sin embargo, la creación, composición, organización y competencia de los oficios estatales que cumplen la función judicial asignada al Estado está regulada por el Derecho de organización judicial, tradicionalmente incluido en el ámbito del Derecho procesal, del Derecho procesal penal cuando se trata de la función judicial del Estado en materia penal (§ 2, A). De allí también la vinculación estrecha entre Derecho público —administrativo— y Derecho procesal penal, que se aprecia aún más cuando se observa que el estatuto fundamental sobre la organización judicial parte de la Constitución nacional.

Así, en esta materia, la Constitución nacional positiviza jurídicamente los principios básicos de nuestra organización judicial: su independencia de los demás departamentos de gobierno del Estado y su sometimiento a la ley conforme al sistema republicano de gobierno (CN, 1 y 109), y su forma de organización federal como expresión de la reserva de las provincias para la interpretación y aplicación de la ley material común (penal en nuestro caso), es decir, para la administración de justicia (CN, 5, 118, 121, 122 y 123). Pero, además, cumple también la misión de sentar las bases para la organización judicial del Estado federal conforme al sistema republicano de gobierno (CN, 109 y cc.), crear su oficio supremo y delegar en la ley la creación de los inferiores (CN, 108), establecer su competencia (CN, 116, 117 y 118) e, incluso, establecer reglas básicas sobre composición e integración de los tribunales (CN, 110, 111 y 112), especialmente en materia de administración de justicia penal (CN, 118), y sobre las facultades administrativas de la Corte Suprema de Justicia, su oficio superior (CN, 113). Hoy reviste importancia particular la creación del Consejo de la Magistratura (CN, 114), pues él, una vez dictada la ley especial que prevé la misma disposición constitucional, "tendrá a

su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial" (§ 7, B). Desde este parámetro también resulta cierto que la ley procesal penal, específicamente las leyes de organización judicial —incluidos en ellas los códigos de procedimiento penal en tanto se ocupan de temas que, genuinamente, corresponden a aquéllas, v. gr., la competencia—, son reglamentarias de la Constitución nacional o de las constituciones provinciales o, según se dijo, Derecho constitucional reformulado.

Existen, por lo demás, una serie de afinidades con el Derecho administrativo incluidas en el Derecho de organización judicial y derivadas del ejercicio de los tribunales o por ciertos tribunales de su propia administración o de la administración de un cuerpo judicial determinado. Se comprenden allí las facultades de administración patrimonial propiamente dichas, las reglamentarias de la labor judicial (distribución de asuntos entre oficios judiciales de la misma competencia, comúnmente llamada "turno judicial", horario de tareas, obligaciones de los jueces, otros funcionarios judiciales y del personal, designación, promoción y remoción del personal) y las disciplinarias. A esas materias se refieren, de ordinario, los reglamentos y acordadas judiciales (ver, por ej.: Reglamento para la Justicia nacional, sancionado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y, por excepción, las mismas leyes de organización judicial y los códigos de procedimiento. En el orden federal estas facultades parecen haber sido transferidas al Consejo de la Magistratura, creado en la reforma constitucional de 1994 (CN, 114).

C. DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHO PROCESAL (especialmente Derecho procesal civil)

1. Los puntos de contacto

I. Como ya se ha aclarado para el Derecho procesal penal (§ 2, B, 1, *a*), también el Derecho procesal civil y los demás derechos procesales (laboral, contencioso-administrativo) son ramas del Derecho cuya función principal consiste en realizar los respectivos derechos materiales; así, el Derecho procesal civil se ocupa de la realización del Derecho privado en general (Derecho civil y Derecho comercial); el Derecho procesal laboral o del trabajo, de la del Derecho laboral o del trabajo; y el Derecho procesal contencioso-administrativo, del Derecho administrativo cuando emerge un reclamo del administrado, frente a un acto administrativo, en sede judicial.

Esta función real atribuida al Derecho procesal ha alentado en general —sin mucho rigor crítico— la proposición doctrinaria de tratar al llamado Derecho procesal, sin aditamento, como una unidad, me-

diante la creación de una *teoría unitaria del proceso* o *del Derecho procesal*[35], a pesar de las diferencias políticas abismales entre las denominadas, para esa tendencia, ramas del Derecho procesal, provenientes del Derecho material al cual *sirven* y con el que se vinculan profundamente (§ 2, A y B, y § 3, A). Al mismo tiempo, tal determinación, errónea a nuestro juicio, abre paso a una cesura radical entre el Derecho procesal y el Derecho material, muy común en el mundo jurídico de habla hispana.

Esa tendencia, a veces muy acentuada[36], hunde sus raíces en el comienzo del Derecho moderno (codificaciones nacionales) y se ve apoyada por la idea de la *autonomía* del Derecho procesal o de los derechos procesales dentro del orden jurídico; en sí es correcta —sobre todo para nosotros— pero exagerada, y se manifiesta en todos los campos que abarca el saber jurídico: en el legislativo, según las leyes (códigos) distintas que regulan el Derecho material y el procesal; en el teórico, con manifestación visible en los distintos autores y obras que se ocupan de una y otra rama del Derecho y cuya expresión profunda reside en el traslado de teorías y esquemas de unas ramas del Derecho procesal a las otras, y viceversa[37]; y en el académico, con la división de materias y cátedras para la enseñanza[38].

En realidad, la cesura entre Derecho material y Derecho procesal, sobre todo en lo que respecta al Derecho penal y procesal penal, y la asimilación de los derechos procesales tiene su justificación en la divergencia *normativa* entre Derecho material y Derecho procesal y la similitud normativa de la regulación jurídica del Derecho procesal, respectivamente. La identidad genérica de la función que cumplen los derechos procesales se traduce en la utilización de *un mismo tipo de normas jurídicas* que, para el caso del Derecho procesal penal, son conceptual y estructuralmente distintas a las del Derecho penal. En efecto, no se trata aquí de mandatos y prohibiciones, que limitan la libertad natural del hombre y determinan el ámbito de su libertad jurídica, según sucede en el Derecho penal, sino de la disciplina jurídi-

[35] Recientemente, entre nosotros, CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal*, t. I, cap. I, ps. 3 y siguientes.

[36] GUERRERO LECONTE, *Necesidad de un Código judicial*, ps. 1015 y ss., quien aboga por la posibilidad de una ley única para todo el Derecho procesal, que recepte sólo las particularidades de los diferentes procesos al regular los procedimientos especiales. Cf. también, SCHMIDT, *Deutsches Strafprozeßrecht*, § 3, ps. 25 y siguientes.

[37] Teorías de la acción, de la jurisdicción, del proceso, de las excepciones, etc. Ver nota nº 5 y el texto a que se refiere.

[38] En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se conservó por años, según la organización de sus cátedras, la idea del Derecho procesal como una unidad. Hoy la tendencia es inversa. Ver § 2, A, especialmente nota nº 8.

ca de *ciertos actos humanos lícitos* —permitidos y que generan consecuencias jurídicas—, de las condiciones de su *validez* y de las *consecuencias* que producen en el mundo jurídico. Así, por ej., la interposición de una demanda, de un recurso, la denuncia de un hecho punible o el pronunciamiento de una sentencia deben ser llevadas a cabo según determinado tipo o clase general (definición) previsto por la ley, conforme al cual se juzga su idoneidad para producir ciertos efectos jurídicos que el Derecho anexa a esos actos en forma característica. Esa similitud normativa no es, sin embargo, privativa del Derecho procesal, pues el Derecho privado trabaja también, parcialmente, con formas normativas idénticas, v. gr., los hechos y actos jurídicos, las declaraciones de voluntad, etcétera[39]. Se trata en todos los casos del manejo de *autorizaciones* o *facultades*, de aquellas normas que hemos denominado *potestativas* (§ 1, B, 2, *e*). A esa similitud normativa se agrega en los derechos procesales cierta identidad de vocabulario e instituciones (la organización judicial, v. gr., el juez y la competencia, los recursos, los plazos, la sentencia, etc.), hecho que torna más sencilla la identidad, muchas veces sólo aparente.

Pero la similitud afirmada no pasa de lo *formal* y se ubica en lo que podríamos llamar *funcionamiento interno* de las reglas jurídicas procesales. La estructura de los actos procesales, su validez y las consecuencias jurídicas que acarrean y, a la inversa, su ineficacia o su nulidad, como forma de aclarar su inidoneidad para provocar esos efectos jurídicos, deben ser investigados principalmente desde este punto de vista. Así, es posible la formulación de una teoría del proceso o del Derecho procesal en general mientras se limite al ámbito formal que hemos aclarado y deje aparte el contenido de las reglas, teoría

[39] Ver § 1, 2. Cf. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2ª ed., p. 187; BELING, ya en BENECKE-BELING, *Lehrbuch des deutschen Reichstrafprozeßrechts*, § 75, ps. 281 y ss.; SCHMIDT, *Deutsches Strafprozeßrecht*, § 15, nº 116, ps. 71 y siguiente, niega el carácter de actos jurídicos a los actos procesales, y con ello la aplicación de los preceptos de validez general del Derecho común o civil (error, coacción, etc.), pero nótese que confunde la consecuencia jurídica del acto con la apreciación por el juez, en la sentencia, del contenido material del acto. La proposición de un medio de prueba —que de ello se trata en el ejemplo— es, en efecto, un acto que tiene como fin la incorporación de un determinado conocimiento al proceso para que el juez lo aprecie en la sentencia; pero el acto en sí, con independencia de si se incorpora o no el conocimiento y de si éste resulta de tal o cual signo respecto de la finalidad del oferente, tiene como meta jurídica —consecuencia— la disposición del juez que ordena practicar tal medio de prueba propuesto, precisamente lo que SCHMIDT deja de lado como no esencial en este razonamiento normativo (*die Zulässigheit des Antrages vorausgesetzt*).

que, antes bien, se debería llamar *teoría de la norma procesal*. El ámbito natural del razonamiento normativo puro se queda en la investigación de las formas con las que el Derecho acuña contenidos políticos, esto es, las proposiciones acerca de las conexiones lógicas que existen entre el objeto a que él se refiere y su modo de regulación[40]. Los actos procesales, sus consecuencias y la nulidad ofrecen un excelente campo de acción para tal tipo de investigación, y allí se debería centrar el esfuerzo por una teoría procesal común, en la creación de una dogmática procesal referida a los actos que integran un proceso. Por supuesto, esto no quiere decir que nos hallemos frente a una región de conocimientos puros o puramente jurídica, porque la formulación de las diversas categorías depende también de puntos de partida éticos o sociales, sino sólo pretende expresar la relativa autonomía del Derecho procesal respecto del Derecho material y determinar el ámbito de contacto real entre el Derecho procesal penal y el civil o los demás derechos procesales.

La investigación normativa liga al Derecho procesal penal con los demás derechos procesales, pero también con un vasto campo de la experiencia jurídica, comprensivo de todas las reglas que determinan lo que los sujetos de derecho pueden hacer (facultades o potestades) para lograr ciertas consecuencias jurídicas que pretenden. En el ámbito del Derecho procesal, tal investigación se particulariza por la característica de las reglas procesales de estar relacionadas unas a otras como en una cadena, en tanto no se refieren a un acto aislado (un contrato, una declaración de voluntad, v. gr., el testamento), sino, valga lo obvio, a un *proceso*, esto es, a una cadena de actos que procuran un fin determinado, conectados muchas veces por la relación antecedente-consecuente, de tal manera que unos son presupuestos de otros por venir y éstos consecuentes de aquéllos. Obsérvese, entonces, que el error en un acto antecedente puede conducir a la ineficacia de un consecuente. Esas características legitiman una investigación de validez general sobre el acto procesal y, como consecuencia, una teoría particularizada de la ley procesal.

II. Cuando el Derecho procesal penal se propone también la realización de la pretensión civil reparatoria que emerge de un hecho punible (*acción civil ex delito*), según es normal en el Derecho comparado y en el nacional por el triunfo de

[40] Cf. KAUFMANN, A., *Normentheorie*. Vorbemerkungen, p. X, con prescindencia de la afirmación de la existencia de estructuras *a priori*.

la corriente legislativa que ha dado en denominarse de la *acumulación*[41], los contactos con el Derecho procesal civil son evidentes, por la propia materia que se desea realizar. Muchas veces, incluso, los principios y reglas del Derecho procesal civil son supletorios de la regulación procesal penal, por remisión directa de esta última (ej.: CPP Nación, 93) o por analogía, ante la deficiente regulación que contiene la ley procesal penal.

Si se observa bien, sin embargo, y a salvo las necesidades de adaptación al objeto principal de la persecución penal, estas reglas, aunque contenidas en una ley procesal penal, son de Derecho procesal civil y así se las debe tratar. Si los libros de estudio de Derecho procesal penal las incluyen en sus explicaciones es por la misma razón que existe para que esas leyes sean incluidas en un código procesal penal: la necesidad de adaptación al proceso penal y a su meta principal, la realización del Derecho penal.

2. Las diferencias principales

La posibilidad de una unidad problemática formal entre el Derecho procesal penal y el civil —las ramas del Derecho procesal que más autonomía han adquirido, pues los demás derechos procesales permanecen todavía muy ligados al Derecho material que pretenden realizar— no debe sobrepasar sus propios límites e ignorar, aun parcialmente, la estrecha coordinación de principios y metas políticas que une a cada uno de los derechos procesales con su respectivo Derecho material (§ 3, A). En cierta manera, cada Derecho material condiciona políticamente al Derecho procesal que le corresponde, de modo tal que la meta principal de ellos, realizar el Derecho material, abre paso a una serie de principios procesales para cada uno de los diferentes derechos procesales, que determinan básicamente toda su regulación. La explicación e investigación conjunta de los derechos procesales penal y civil conduce, no bien se abandonen las estrechas fronteras de su identidad formal, a gruesos errores de concepción y lamentables confusiones, en especial a construcciones inútiles que nada explican y mucho confunden. En este sentido, nuestro Derecho procesal penal ha sufrido bastante la transmisión de instituciones y conceptos del Derecho procesal civil que en nada lo benefician y mucho lo perjudican. Algunos ejemplos veremos a continuación.

I. Si nos atenemos al enjuiciamiento penal por delito de acción pública (persecución penal pública), regla casi absoluta del Derecho procesal penal de nuestra época, las diferencias resultan claras. Las normas del Derecho penal intentan, en primer lugar, la preservación del

[41] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cap. 1, 6, II, p. 24.

orden jurídico como medio de lograr la paz social; las del Derecho privado se refieren, fundamentalmente, a la protección de intereses individuales. De allí que la promoción y prosecución de un procedimiento penal no se vincule —para mal o para bien— con un interés particular, sino con un interés común, salvo los escasos supuestos de persecución penal privada.

Ya hemos dicho que las normas de deber (penales) no reconocen de ordinario condición alguna que presupueste su actuación. Por regla, cuando se viola un deber penal, tal comportamiento contrario a la norma de deber tiene que, a su vez, conducir a la consecuencia jurídica prevista, sin que la voluntad de ningún sujeto de derecho condicione la actuación de la ley. Precisamente para ello se promueve y lleva a cabo, por órganos del Estado y obligatoriamente (principios de *oficialidad* y *legalidad*, § 8, B y C), el procedimiento penal. Todo lo contrario ocurre, por regla, en el Derecho privado, donde la voluntad particular condiciona la actuación de la ley ante su menosprecio o errónea utilización.

De allí que la *teoría de la acción* (o de la *pretensión*), como condición de la actuación de la voluntad de la ley, que describe la facultad de los sujetos de derecho para promover la actuación judicial y fijar los límites de decisión del tribunal, sólo se vincule con el proceso civil y sea válida en su ámbito; su traslado al proceso penal es un error y conduce a construcciones prescindibles y confusas, como aquella del juez penal ejerciendo una acción ante sí mismo para explicar la promoción de oficio del procedimiento penal (ver nota nº 5). Si en el enjuiciamiento penal se reconoce ciertos límites para que el tribunal condene, ello obedece a otra razón: la necesidad de garantizar la defensa del perseguido penalmente y no la condición de un poder de reclamar la actuación de la ley de quien es sujeto de derecho.

El fundamento de la decisión de la CSN de no permitir la condenación, cuando el fiscal ha requerido la absolución, al final del debate, no reside en la discusión sobre una facultad particular, que condiciona la actuación de la voluntad de la ley por parte de la autoridad estatal (los jueces), sino, antes bien, en la protección del sistema acusatorio en materia penal, en tanto sólo él permite un ejercicio efectivo y eficaz de la defensa en juicio (CN, 18), y en la institución de un tribunal imparcial[42].

El proceso penal moderno es, por ello, un *proceso autoritario*, en tanto todas sus funciones, en más o en menos, son atribuidas a órganos del Estado que ejercen su poder penal, ya persiguiendo penalmente, ya actuando la ley penal en sí misma; incluso la misma defen-

[42] "Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad", T. 209.XXII, del 28/12/1989, y "García, José Armando s/p.s.a. estelionato y uso de documento falso en concurso ideal s/casación", G. 91.XXVII, del 22/12/1994. El fallo actual del Tribunal Oral nº 23, en la causa nº 45, "Gabriel Fernando Gortán", resuelta el 22/12/1994, que preside la opinión fundada del juez Mario Magariños, explica correctamente el problema.

sa técnica de los particulares perseguidos penalmente es asumida por el Estado cuando ellos no la proveen o cuando no están en condiciones de asumirla personalmente, según decisión estatal. El proceso penal es, en realidad, un instrumento oficial para que el Estado aplique su poder penal, una pura realización estatal del poder penal, para el que sólo se establecen ciertos límites en homenaje a la dignidad humana individual. En él encontramos dos términos a cada extremo, el Estado, que persigue la actuación de la ley penal frente a la sospecha de la violación de una de sus normas de deber, y el individuo perseguido penalmente. Sin embargo, si se separa las funciones de perseguir y decidir, y se acuerda a quien es perseguido penalmente ciertas facultades, no es porque se pierda de vista el carácter autoritario del Derecho procesal penal, sino por otras razones que tienen su exacta explicación en los límites del poder penal del Estado.

En cambio, el proceso civil es un *proceso de partes*, entendiendo por ello un proceso dominado por los intereses particulares en pugna —aun cuando sea el Estado quien demande o resulte demandado—, cuyos representantes se encuentran en un pie de igualdad, respecto de sus facultades y deberes, y el tribunal sólo cumple la función estatal de solucionar pacíficamente los conflictos sociales traídos ante él por un interés particular, con fundamento en la ley[43].

Si durante el juicio, procedimiento principal o plenario, es mayor la semejanza del procedimiento penal con el civil, en el sentido de un proceso de partes, ello no obedece a que el primero haya perdido el carácter afirmado, pues todavía conserva muchos elementos autoritarios, sino a la necesidad, ya aclarada, de garantizar la defensa del perseguido penalmente y su dignidad humana, poniendo límites a la realización del poder penal estatal.

Tampoco el *juicio por delito de acción privada* es un típico proceso de partes, conforme a su origen histórico (§§ 5 y 8), aun cuando se asemeja mucho más a él que el procedimiento de persecución penal pública. Es cierto que al acusador privado del art. 73 y ss. del Cód. Penal la ley le confiere muchas potestades materiales que, prácticamente, lo equiparan al actor civil: de su voluntad depende la actuación de la ley penal en tanto es "dueño" de promover o no promover la persecución penal (CP, 73 y ss.), puede renunciar a ella durante su ejercicio extinguiéndola (CP, 59, inc. 4) y hasta tiene poder para extinguir la consecuencia jurídica del delito, la pena, una vez aplicada y, eventualmente, en vía de ejecución, perdonándola (CP, 69). Empero, en el otro extremo queda todavía la pena como institución pública y el perseguido penalmente, quien, precisamente por la razón que proporciona la afirmación anterior, no puede renunciar a su defensa, ni aceptar la consecuencia (pena) requerida con algún efecto jurídico, esto es, vinculan-

[43] Sobre esta contraposición, cf. PETERS, *Strafprozeß*, § 3, II, 1 y 2, p. 15.

do al tribunal con su decisión. Por lo demás, también el tribunal, aun de oficio, puede incorporar al procedimiento medios de prueba que favorezcan la posición del imputado, a pesar de que él no los haya ofrecido y de que él no los haya invocado o no los haya introducido oportunamente; puede absolver, por ej., por legítima defensa de una agresión ilegítima (CP, 34, inc. 6) que el imputado no invocó. Ya se observa cómo quien es perseguido penalmente, a pesar de tratarse de una persecución penal privada, no dispone de su propia punición, según se comprende como evidente, tratándose la pena de un instituto público, aspecto que establece una tajante diferencia con el proceso civil de partes. Es por ello que los procesos por delitos de acción privada pueden ser caracterizados como semiacusatorios y no como acusatorios puros[44].

El Derecho procesal penal es así, por regla, una pura realización estatal del Derecho penal o del poder penal del Estado, a diferencia del Derecho procesal civil, en el cual, de ordinario, tiene fundamental influencia la autonomía de voluntad particular para permitir la realización del Derecho privado.

II. Conforme a la diferencia fundamental antes apuntada rige en el Derecho procesal civil, ampliamente, el *principio dispositivo*, nombre procesal que recibe una emanación del principio de la autonomía de la voluntad, mientras que en el Derecho procesal penal su vigencia, en casos de excepción, constituye algo casi exótico.

Existe una manera de disposición *material* y otra *formal*. La material se manifiesta, en primer lugar, en el poder de las partes para determinar el objeto del proceso civil afirmando hechos, negándolos o confesando los introducidos por la parte contraria, decisiones que en todo caso vinculan al tribunal en la reconstrucción histórica durante el procedimiento y en la decisión.

La circunstancia de que el actor o el demandado dejen de afirmar un hecho determinado (por ej., alguno de los daños sufridos como consecuencia de un delito, el actor; o el pago de la obligación, el demandado), por más real que él sea, impide al tribunal reconstruirlo durante el procedimiento y tratarlo en la decisión; lo mismo sucede cuando el actor o el demandado aceptan, confesando, un hecho determinado (por ej., el daño causado o el pago de la obligación), por irreal que él sea, porque eliminan de la discusión ese hecho que el tribunal

[44] Así en mi monografía sobre *La investigación penal preparatoria del ministerio público*, § 2, 1, ps. 15 y ss., nota nº 5, discutiendo a Beling, *Derecho procesal penal*, tr. de Fenech, §§ 31 y 33, ps. 92 y 100, quien los califica como acusatorios puros. Tal caracterización ha sido criticada por quien comentó la monografía, Sandro, *Comentario*, ps. 602 y ss., especialmente p. 603.

tendrá que tener por cierto en la sentencia al dar solución al caso que le plantean. La disposición material se extiende a la propia relación jurídica y su consecuencia, que las partes pueden libremente renunciar, desistiendo el actor de la persecución civil, o aceptar, allanándose el demandado a lo que se pretende de él, total o parcialmente, vinculando así al tribunal durante el procedimiento y en la decisión, el cual, en el primer caso, no puede instruir sobre ella o decidirla y, en el segundo caso, debe declararla como existente o realizarla de inmediato.

La disposición formal se expresa a través de la libertad de ejercicio de los poderes o facultades que la ley procesal concede a las partes que intervienen en un procedimiento para hacer valer sus pretendidos derechos o discutir los que invoca su contrario y la consecuencia jurídica que trae aparejada la falta de su ejercicio. No probar un hecho invocado o tan sólo dejar de ofrecer la prueba pertinente en el momento oportuno puede conducir —y de ordinario así sucede, salvo que el contrario se allane o confiese el hecho—, en virtud del *onus probandi*, a que la decisión no reconozca el hecho como cierto; en todo caso una cosa es clara: éste no será reconstruido en virtud del comportamiento de quien lo invocó, pasando a depender esa reconstrucción histórica del comportamiento de su contrario. No recurrir tempestivamente una decisión implica aceptarla, al perderse la oportunidad de provocar un reexamen del caso decidido.

La facultad que emana del principio dispositivo es *siempre una excepción en materia penal*; su ámbito no es, precisamente, el reino de la autonomía de la voluntad. Sólo puede disponer materialmente de la persecución penal, quien, por tal excepción, está legitimado a perseguir penalmente *en los delitos de acción privada*, esto es, el ofendido o sus sustitutos para algunos delitos[45], en tanto, según dijimos, domina la promoción de la persecución penal, al fijarse como condición de ella el concurso de su voluntad válidamente expresada, y también su ejercicio, al contar con la potestad de renunciarla, extinguiéndola (CP, 73 a 76 y 59, inc. 4). Los *delitos dependientes de instancia privada* constituyen otra de las escasas excepciones a la regla de la negación del principio dispositivo en materia penal, aunque considerablemente más débil que la anterior, porque la potestad que la ley concede al legitimado para instar se agota con la transmisión de conocimiento sobre la perpetración de uno de estos delitos a la autoridad estatal

[45] Cf. Núñez, *Derecho penal argentino*, t. II, § VIII, cap. I, IV, ps. 147 y siguiente.

obligada a perseguirlo penalmente (CP, 72); de tal manera, la potestad otorgada a quien insta sólo se limita a la necesidad del concurso de su voluntad para promover válidamente la persecución penal oficial ya que después de instar, su voluntad deja de ser una condición de su ejercicio[46].

La República Argentina no conoce, jurídicamente, la aplicación del *principio de oportunidad* por los órganos estatales en y durante la persecución penal pública; rige en forma absoluta su contrario, la *legalidad* (§ 8, C, 2 y 3). Empero, cuando rige la oportunidad, total o parcialmente, como regla o como excepción, es dable opinar que también impera la posibilidad de *disponer* sobre la persecución penal, con la importante diferencia de que aquí no es la voluntad privada la que dispone, facultada por la ley y en virtud de su propio interés, ni el Estado obrando como parte de una relación jurídica de Derecho privado, sino los órganos del Estado, que ejercen por representación su poder penal, en función de un interés público.

Algo similar ocurre con la autorización o instancia gubernativa que prevén algunas leyes penales para perseguir algunos delitos (por ej., la violación del secreto oficial en el Derecho comparado), caso análogo a la instancia privada, con las diferencias apuntadas inmediatamente antes.

Nuestro Código penal sólo conoce, a medias, dos ejemplos semejantes a los casos expuestos: el art. 72, inc. 2, referente a la persecución penal pública del delito de lesiones leves (normalmente dependiente de instancia privada) sólo "cuando mediaren razones de seguridad o interés público" para ello y el art. 75, párrs. II y III (hoy derogados), que transforma en delitos de persecución penal pública a los delitos contra el honor (calumnia e injuria) cuya víctima es un "funcionario o empleado público, o un miembro de las fuerzas armadas o de seguridad, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas, o contra esas personas designadas colectivamente", "cuando la acción sea promovida por orden de un superior jerárquico o por el titular de la máxima jerarquía del respectivo poder". El primero es un caso asimilado al principio de oportunidad pero a la inversa (al revés o dado vuelta) y el segundo a la autorización gubernativa, pero ambos son atípicos en el sentido de que están regulados como excepciones a la disposición privada de la persecución penal, normal en ciertos delitos.

En cambio, hoy se puede sostener con alguna razón, aun parcialmente, que en ciertos casos la voluntad del imputado tiene influencia sobre la persecución penal y hasta dispone o condiciona la disposición sobre el objeto material del procedimiento. Desde antiguo el Código penal argentino conoce la *retractación* (CP, 117), en los delitos contra el honor, y el *casamiento con la ofendida* (CP, 132), en algunos delitos contra la honestidad, maneras de evitar la pena (han sido caracterizadas como excusas absolutorias *post-facto*), pero, también, de

[46] Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, § VIII, cap. I, III, ps. 141 y siguiente.

concluir la persecución penal, ya sin objeto. Hoy se agrega a ellas la *suspensión del juicio a prueba* (CP, 76 *bis* y ss.) y el *cumplimiento de las obligaciones tributarias y previsionales* (ley nº 23.771, 14), objeto de los delitos de esa índole previstos en la llamada ley penal tributaria. Ambos mecanismos, según parece, están destinados a ampliar considerablemente el poder de disposición del imputado o, en el primer caso, del imputado junto con los demás sujetos procesales, sobre el objeto del procedimiento. Más allá de ello, todo el movimiento político-criminal que intenta incluir como herramienta del Derecho penal a la *reparación como tercera vía*[47], del cual los mecanismos antes nombrados del Derecho positivo argentino son representantes, postula en esta dirección[48]. Se justifica, entonces, que cuando se estudia ese movimiento, se concluya advirtiendo sobre la tendencia hacia la *privatización* del Derecho penal[49].

Algo similar ocurre con los poderes de disposición formal. Auténtica aplicación del principio dispositivo en Derecho procesal penal sólo se puede detectar en tema de *recursos*. En efecto, recurrir una resolución judicial requiere el concurso de la voluntad del autorizado a recurrirla, pues si éste no la objeta formalmente la resolución queda firme[50]. Los demás poderes que la ley otorga a los intervinientes durante el procedimiento penal son sólo aparentemente facultades de disposición. Es cierto, por ej., que el imputado puede rehusarse a ejercer su defensa, sin discutir la imputación —ya confesando, ya absteniéndose de declarar— y sin nombrar defensor o, incluso, oponiéndose a ello, pero tal actitud no provoca ningún efecto jurídico que lo prive, en realidad, de su defensa material o técnica; el ministerio público y el mismo tribunal, de oficio, tienen el deber de procurar la incor-

[47] Cf. Roxin, *Strafrecht*, t. I., § 3, III, p. 47.

[48] Sintéticamente, con citas bibliográficas, Maier, *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*.

[49] Cf. Eser, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, p. 51.

[50] Cf. Clariá Olmedo, *Tratado*, t. V, nº 1385, p. 444. Son excepciones, y muy criticadas, las leyes procesales penales que, como el art. 118, inc. 6, del CPCrim. nacional (1889), obligan al ministerio público a recurrir las decisiones del tribunal que no acuerdan íntegramente aquello que hubiesen solicitado en sus dictámenes (antes de la reforma de 1984 también existía la obligación de sostener el recurso, art. 521). Pero aun este precepto no contradice la aplicación del principio dispositivo a los recursos, porque sólo se trata de una obligación funcional: para el agente del ministerio público, que, violando su deber, no recurre, su comportamiento será pasible de sanciones disciplinarias, pero la resolución quedará firme, no será revisada.

poración al procedimiento de todas aquellas circunstancias y elementos que favorezcan al imputado y, según veremos en el capítulo respectivo (§ 6, D, 1, IV), le será nombrado un defensor al imputado, aun a su disgusto.

Distinto es lo que sucede en el Derecho procesal civil, pese a la relativa asimilación al Derecho procesal penal que se observa en los últimos tiempos. Allí las partes son, en principio, las que impulsan el procedimiento hacia su meta (la decisión) y la falta de impulso del actor durante un lapso determinado por la ley provoca la finalización formal de la persecución civil (caducidad de la instancia). Las partes pueden también, por acuerdo (negocio) entre ellas, suspender plazos, prorrogarlos, etcétera.

III. Derivada del mismo principio, la contraposición se nota también en la distinta consecuencia a que conduce en uno y otro proceso la inobservancia de los plazos establecidos, en especial, los de comparecencia ante el tribunal. La *rebeldía* procesal civil, de ordinario, significa perder la facultad asignada a alguno de los intervinientes con un límite temporal y, a veces, la pérdida de la posibilidad de seguir persiguiendo civilmente en ese proceso, como en el caso de la caducidad de la instancia (CPC, 310 y ss.) o cuando el constituido como actor civil en un proceso penal no concrete la demanda, no comparezca al debate o se aleje de la audiencia sin haber formulado conclusiones (CPP Nación, 94; CPP Córdoba, 108; CPP Tucumán, 108; CPP Costa Rica, 69); la procesal penal no conduce normalmente (excepción: los recursos) a la pérdida de facultades o a eximir a otros sujetos procesales de su deber de investigar autónomamente la verdad acerca de la imputación, sino que tiene repercusión, únicamente, sobre las medidas de coerción y el trámite del procedimiento (CPP Nación, 290 y 291; CPP Córdoba, 88 y 89; CPP Tucumán, 88 y 89; CPP Costa Rica, 53 y 54).

IV. La comparación entre los procesos penal y civil, tal como los estructura su regulación jurídica y, en especial, la contraposición de sus reglas de principio, permite comprender claramente las ideas básicas que conforman el Derecho procesal penal de nuestra época. Políticamente, los llamados *principios procesales penales*, a más de significar una exposición concentrada de esas ideas básicas, contienen un verdadero catálogo de diferencias entre los procesos comunes penal y civil de conocimiento y, en parte, son formulados para ponerlas de relieve.

Así, al principio dispositivo con todas sus consecuencias (disposición material del objeto del proceso, *onus probandi*, impulso procesal

de parte, caducidad), propio del Derecho procesal civil, se opone, en el Derecho procesal penal, la *oficialidad* de los poderes que se otorgan y su contenido, la promoción necesaria de la persecución penal no bien se tenga noticia de la sospecha sobre la comisión de un delito (*legalidad*) y la *investigación oficial de la verdad histórica* por encima de la inactividad de los interesados (§ 8).

D. DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHO PRIVADO

1. Derecho civil

De las restantes ramas jurídicas es el Derecho civil aquel con el cual los vínculos del Derecho procesal penal son más estrechos y manifiestos.

I. En primer lugar, según lo anticipamos (§ 3, C, 1, II), la ley procesal penal contiene reglas cuyo fin es realizar el Derecho civil que regula la responsabilidad reparatoria proveniente de un delito del Derecho penal (CC, 1066 y ss.). Por ello, se puede decir que, en alguna medida, el Derecho procesal penal tiene también por meta (accesoria o secundaria) realizar el Derecho civil *ex delito* y, efectivamente, cuando se ejerce la acción civil reparatoria se aplica por esta vía normas del Derecho civil y consecuencias jurídico-civiles, por más que las reglas relativas a ello deban ser calificadas, en purismo, como normas de Derecho procesal civil injertadas en la ley procesal penal. No obstante esta aclaración, las exposiciones de Derecho procesal penal se ocupan de ellas necesariamente, porque forman parte de las que configuran el proceso penal y su desarrollo, y debido a la coordinación imprescindible con las reglas puras de Derecho procesal penal que atienden a la meta principal del procedimiento.

II. Pero, aun cuando la reparación *ex delito* se persiga por medio del proceso civil, separadamente del proceso penal, la sentencia penal determina la decisión civil sobre la reparación proveniente de un delito del Derecho penal, es decir, tiene importancia decisiva para ella. En efecto, la sentencia condenatoria o absolutoria obtenida tras un procedimiento penal restringe la discusión en el proceso civil y vincula a ella la decisión del tribunal civil, en tanto se torna incontestable la existencia o inexistencia de los hechos que la sentencia penal dirime (CC, 1102 y 1103)[51].

[51] Cf. NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, Cuarta parte, ps. 205 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, cap. VII, ps. 201 y siguientes.

Aunque se trate de limitaciones del Derecho material, ello revela que el juicio penal influye decisivamente en el civil y no sólo porque limita su contenido, esto es, la discusión acerca de la existencia o inexistencia de ciertas circunstancias, según antes lo apuntamos, sino también porque influye en su desarrollo al constituir *cuestiones prejudiciales penales en lo civil*; de tal manera, aun con ciertos límites, las reglas del Derecho civil prevén que la decisión del procedimiento penal sea previa a la sentencia civil (CC, 1101).

III. También la aplicación del Derecho civil se vincula, en ocasiones, con la aplicación de la ley penal, estableciendo *cuestiones prejudiciales civiles en lo penal*, con lo que, a la inversa de lo antes informado, el procedimiento civil y la solución debida a la aplicación del Derecho civil condicionan el desarrollo y el resultado del enjuiciamiento penal (CC, 1104, inc. 1). Los códigos procesales penales reconocen esta prejudicialidad (CPP Nación, 10; CPP Córdoba, 10; CPP Tucumán, 10).

Hoy sólo resta la *validez o nulidad de los matrimonios* como cuestión prejudicial civil en lo penal (CC, 1104), pues la calificación de la quiebra no es más una cuestión prejudicial para los delitos referidos al comerciante fallido (ley de concursos nº 19.551, 242). En esos delitos la declaración de la quiebra del comerciante o del concurso civil han sido tratados por la ley penal (CP, 176 y ss.) como una condición objetiva de punibilidad o como un elemento de la descripción del autor especial[52].

IV. Menos evidente, pero más profundo, es el vínculo Derecho procesal penal - Derecho civil cuando se mira al tipo de regulación jurídica que el primero representa. El Derecho procesal penal contiene, casi con exclusividad, normas jurídicas potestativas, esto es, reglas cuya función estriba en definir formas permitidas de comportamiento humano, mediante las cuales el hombre provoca ciertos efectos jurídicos; dicho de otra forma, esas reglas otorgan un valor determinado a ciertos actos jurídicos (permitidos y dentro de la zona de libertad de la voluntad del ser humano para llevarlos a cabo o para no realizarlos, sin coacciones jurídicas), de manera de separarlos de aquellos comportamientos del hombre que son jurídicamente indiferentes (§ 1, B). Es notorio que una gran zona del Derecho civil trabaja también con este tipo de normas: los actos jurídicos son, precisamente, *hechos humanos voluntarios y lícitos, idóneos para generar con-*

[52] Bacigalupo, *Insolvencia y delito*, cap. I, II, c, ps. 18 y siguientes.

secuencias jurídicas (CC, 944). Este tipo de reglas es el que permite al hombre distribuir bienes jurídicos, modificar la posición que él u otro ocupan en la vida de relación: basta cumplir la acción que el Derecho prevé como idónea para conseguir ciertos efectos jurídicos, previstos por la norma (por ej., un testamento, un contrato, un recurso interpuesto contra una resolución judicial).

A veces, sin embargo, el intento fracasa, ora porque el acto cumplido posee alguna falla en su ejecución —quien lo lleva a cabo no es la persona autorizada para cumplirlo (capacidad), se lo lleva a cabo de distinta manera a la prevista (forma) o en un momento distinto al indicado por la ley (plazo)—, ora porque su contenido no conduce a la consecuencia jurídica deseada, ora porque, aparentemente perfecto según su realización, su génesis no es correcta (error, fraude, engaño). En tales casos el acto debe ser ineficaz para producir la consecuencia jurídica deseada y, cuando se pretende esa consecuencia, la manera de aclarar su invalidez es lo que nuestro Derecho conoce genéricamente con el nombre de *nulidad*. Dado que se trata de la manera de evitar que un acto ineficaz produzca consecuencias jurídicas[55], y que tanto el Derecho procesal como el Derecho civil trabajan, según lo dicho, con actos voluntarios mediante los cuales el hombre pretende influir en la vida de relación y obtener ciertas consecuencias jurídicas, la *teoría de la nulidad procesal no es más que una especie*, para el ámbito propio de la disciplina, *de la teoría de la nulidad del Derecho común*.

Lo específico del Derecho procesal frente al Derecho común, en esta zona del pensamiento jurídico, reside en que en él los actos no están pensados aisladamente o en una cadena muy limitada (oferta y aceptación), como sucede en el Derecho común (privado), sino siempre como eslabones coordinados de una cadena de actos que dan pie a la decisión del tribunal (meta del procedimiento); por ello, aparece con asiduidad que unos son antecedentes de otros, sus consecuentes, y éstos, a su vez, antecedentes de otros consecuentes, de tal manera que la validez del antecedente condiciona, en ocasiones, la del consecuente. No obstante ello —no del todo desconocido para el Derecho civil relativo a los actos jurídicos—, esta particularidad no parece esta-

[55] Y no de una consecuencia jurídica en sí, como pretende la teoría que la comprende como uno de los tipos de sanción jurídica: cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, 3ª ed., t. I, Parte general, § 1, I, ps. 24 y ss.; *La interpretación de la ley*, IX, ps. 88 y siguiente.

blecer una diferencia abismal en la manera de pensar de ambas zonas del pensamiento jurídico.

V. Pero no sólo en la teoría se manifiesta esta identidad de contenidos y métodos de trabajo entre el Derecho procesal y una parte del Derecho civil, sino que este último pretende aplicación, como Derecho común, a los mismos actos procesales y su eficacia.

Entre nosotros se puede considerar mayoritaria la opinión que acepta la aplicación de las reglas generales del Derecho común (civil) al Derecho procesal penal en zonas jurídicas afines, salvo que una regla expresa lo prohíba o adopte una solución distinta[54].

Sucede de esta última manera, por ejemplo, con el sistema de nulidades derivado de vicios sobre la forma del acto: el CPCrim. nacional (1889), 509, impone el sistema llamado *judicial*, según el cual corresponde al tribunal determinar las formas previstas por la ley que resultan *substanciales* en las decisiones o *esenciales* en el procedimiento; por lo demás, el CPCrim. nacional (1889), 696, prohíbe la declaración de otras nulidades que las "establecidas en este Código", con lo que refuerza su rechazo del Derecho común. En cambio, el CC, 1037, sólo permite la declaración de nulidad cuando la irregularidad del acto conduce a su anulación por expresa disposición de la ley. Este último es, en general, el sistema que pretendió seguir nuestro legislador procesal penal (CPP Nación, 166; CPP Córdoba, 184; CPP Tucumán, 184; CPP Costa Rica, 144).

La forma de computar los plazos es, con frecuencia, distinta en el Derecho procesal penal y en el Derecho civil: aquél computa sólo los días hábiles (CPP Nación, 162; CPP Chaco, 151) —o no computa los feriados (CPP Costa Rica, 141)— y éste los computa, por regla general, corridos (CC, 27); otros códigos procesales coinciden, en general, con el sistema del Derecho Civil (CPP Córdoba, 180; CPP Tucumán).

VI. También el Derecho civil, cuya parte general opera como Derecho común con ciertos límites, sobre todo en tema de hechos y actos

[54] Cf. DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 41, p. 140 y nº 124, p. 352, con cita abundante de la doctrina italiana en tema de error y engaño. Vale la pena seguir a ALSINA, *Tratado*, t. I, cap. I, nº 8, *d*, p. 42, nº 9, *e*, p. 44 y cap. XIV, nº 1 a 4, ps. 704 y ss.: aunque a nuestro juicio su conclusión sea errónea, porque sólo admite por excepción la aplicación del Derecho común, su exposición permite advertir hasta qué punto los actos procesales forman parte de la clase general de hechos humanos permitidos que provocan consecuencias jurídicas; su error parece provenir de no advertir el objeto sobre el que debe recaer el vicio de la voluntad y de que nadie duda en afirmar que, cuando la ley procesal contiene otra solución específica para el caso, ella es la aplicable y no la ley común (*lex specialis derogat generalis*).

En Alemania, en cambio, la opinión es justamente la contraria en tema de ineficacia de los actos: BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Fenech, § 42, p. 130, aun cuando asimilando los problemas que se presentan; PETERS, *Strafprozeß*, § 34, II, p. 230; BAUMANN, *Grundbegriffe*, cap. 4, I, 4, *b*, p. 103; SCHMIDT, *Deutsches Strafprozeßrecht*, nº 116 y 117, ps. 72 y siguiente (ídem BELING); todos, salvo SCHMIDT, mencionan, en aval de su opinión, jurisprudencia superior.

jurídicos, proporciona al Derecho procesal penal algunas definiciones que permiten entender sus preceptos, como, por ej., las definiciones del parentesco (CC, 345 y ss.), utilizadas muchas veces por el Derecho procesal penal (CPP Nación, 178, 242 y 243; CPP Córdoba, 220; CPP Costa Rica, 155, 227 y 228).

2. Derecho comercial

El punto principal de contacto con el Derecho comercial deriva de un caso particular reglado por él: la persecución penal derivada de una quiebra puede tener influencia en la calificación comercial del comportamiento del comerciante, agravándola cuando la calificación obtenida a través del proceso de quiebra es más benigna que la que impone la sentencia penal (Ley de concursos nº 19.551, 243).

Como apuntamos para el Derecho civil, el Derecho comercial también funciona con normas jurídicas potestativas y sus definiciones, aunque en menor escala, también influyen en la determinación de algunos conceptos que utiliza el Derecho procesal penal, sobre todo cuando se trata de la realización del Derecho penal de contenido económico.

E. DERECHO PROCESAL PENAL Y OTRAS RAMAS JURÍDICAS

1. Derecho público provincial

El Derecho procesal penal, por su carácter local y su clasificación habitual como Derecho público (§ 2, C, 1), es considerado como parte integrante del Derecho público de cada provincia junto al Derecho político, constitucional, administrativo y penal provinciales. Ya hemos observado y criticado la forma particular con la que el Derecho procesal penal es insertado en el Derecho público, considerado como una rama jurídica perteneciente al Derecho público (§ 2, C, 1, *b*), y examinado sus relaciones fundamentales con las disciplinas jurídicas tradicionalmente pertenecientes a él (§ 3, B). Aquí sólo advertiremos que cada provincia se dicta su constitución y organiza su propia administración de justicia (CN, 5, 121 y 122), disposiciones de las que emanan, naturalmente, los vínculos entre el Derecho político y constitucional provincial y el Derecho procesal penal de cada provincia. A más de los vínculos comunes ya estudiados y a cuya explicación remitimos (§ 3, B), es dable observar que las constituciones provinciales se acercan más al Derecho procesal penal que la nacional, pues contienen reglas directas referidas tanto al procedimiento penal como a la organización judicial.

La Constitución de la provincia de Chubut establece la intervención necesaria del imputado y su defensor durante la instrucción y la publicidad de sus actos como regla, la oralidad del juicio y su trámite en única instancia, limitaciones a la incomunicación de detenidos (ver art. 32) y a las medidas de coerción personal y real (arts. 25, 26, 29, 30, 31, 32 y 33) con algunas cláusulas más exigentes o claras que la Constitución nacional, y la intervención de jueces *ad hoc* (jurados) en los tribunales (arts. 129, inc. 1, y 177).

La Constitución de la provincia de Córdoba (anterior a la sancionada en 1987) ingresa en pormenores tales como la llamada prohibición de declarar contra el imputado o la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial emanada del vínculo de parentesco (art. 10)[55]. La Constitución actual (1987), siguiendo a la anterior, establece la competencia recursiva del Tribunal Superior de Justicia provincial (art. 165, inc. 2).

Existe también un Derecho penal provincial por la reserva de las provincias, relativa a su poder de policía, de disciplinar las contravenciones o faltas (CN, 121 y 122)[56], y a él le corresponde un Derecho procesal penal, también local, que lo realiza (por ej., CPP La Rioja, 463 y ss., *Juicio por faltas*); algunas provincias incluyen en una ley especial el Código de faltas: al lado del Derecho material, la regulación del procedimiento penal (por ej., Santa Fe, ley nº 3.473).

2. Derecho internacional

Al regir, por principio casi absoluto, la *lex fori*, esto es, al aplicar el tribunal la ley de enjuiciamiento penal vigente en el ámbito espacial del poder soberano que lo inviste, son escasos los contactos del Derecho procesal penal con el Derecho internacional.

I. Sin embargo, una rama del Derecho internacional debe ser especialmente considerada, no sólo debido a sus características particulares sino, antes bien, a su influencia en el Derecho procesal penal: nos referimos al Derecho internacional de los derechos humanos. Su contenido no sólo comprende los tratados, convenciones y declaraciones internacionales sobre derechos humanos, sino que, a ellos se agrega, también, el complemento de la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre la materia. Para muchos, esta rama del Derecho internacional no forma parte del Derecho internacional público clásico; la razón: no tiene por objeto específico la regulación de las relaciones entre estados, sino que, más bien, centra su atención en la

[55] Cf. Clariá Olmedo (relator), *El art. 10 de la Constitución de Córdoba y el CPP*, ps. 89 y siguientes.

[56] Cf. Núñez, *La diferencia entre delitos y contravenciones y su importancia constitucional*, ps. 24 y siguientes.

relación entre los estados partes y los individuos sometidos a su jurisdicción, y entre los estados partes y los órganos de supervisión y control supranacionales encargados de la protección internacional de los derechos humanos. Sin enfrascarnos en esta discusión —por lo demás ajena al contenido de este libro y al conocimiento del autor—, la materia tiene fundamental importancia para el Derecho procesal penal, pues el ámbito de regulación propio de ambas ramas jurídicas en ocasiones se superpone o complementa parcialmente.

El Derecho internacional de los derechos humanos ha experimentado, en los últimos años, un crecimiento vertiginoso, fundado en el compromiso internacional de los estados de respetar los derechos humanos. Ello sucede, en general, cuando un Estado pretende formar parte de la comunidad de naciones civilizadas (por ej., adhiere a la Carta de Naciones Unidas), o asume, en la materia, un compromiso internacional específico (por ej., por la suscripción o ratificación de un tratado o convención determinados sobre derechos humanos). La relación entre los estados partes no es la que aquí más interesa; en cambio, la aplicación consecuente de ese Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno y en las prácticas judiciales de los estados partes, constituye, para nosotros, el punto fundamental.

Rigen en el país, primeramente por ratificación con aprobación legislativa interna y luego por la incorporación a la CN, 75, inc. 22, normas puras de Derecho internacional establecidas por tratados o convenios multilaterales de nuestro país con otros países o por organismos internacionales. Tienen especial importancia la *Declaración universal de derechos humanos* (Asamblea General ONU, resolución 217 A [III], 10/12/1948), el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (Asamblea General ONU, resolución 2200 [XXI], 16/12/1966; ratificado por la República Argentina el 8/8/1986, según ley aprobatoria nº 23.313), la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (Novena conferencia internacional americana, Bogotá, 30/3 al 2/5/1948, resolución XXX), y la *Convención americana sobre derechos humanos* (llamada también *Pacto de San José de Costa Rica*, pues fue suscripta en esa ciudad el 22/11/1969, en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos; ratificada por la República Argentina el 14/8/1984, según ley de aprobación nº 23.054), pues contienen reglas de principio sobre el enjuiciamiento penal que deben orientar políticamente a toda ley procesal penal que se dicte en el país (CN, 31) y gobernar su aplicación. Más allá de ello, conforme al *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (arts. 41 y ss.) y a su *Protocolo facultativo* (arts. 1 y ss.), y, por otra parte, a la *Convención americana sobre derechos humanos* (arts. 44 y 61), estamos sometidos a instancias de control internacional, incluso por la vía del recurso individual, sobre la aplicación de las convenciones en el De-

recho interno y en la solución de los conflictos internos, y las decisiones de los organismos de control internacional son vinculantes para el gobierno argentino. Por lo tanto, la República Argentina se ha comprometido a respetar los derechos humanos de los individuos en el área de su jurisdicción e incurre en responsabilidad internacional si no cumple lo pactado.

Para la determinación de esa responsabilidad, el Derecho internacional de los derechos humanos establece diversos mecanismos, estipulados en cada uno de los tratados. En este sentido, mientras la *Declaración universal de los derechos humanos* no establece órgano específico alguno para determinar la responsabilidad internacional de un Estado Parte, el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* establece un sistema de evaluación sobre la base de informes periódicos (art. 40) y un sistema facultativo de denuncia de un Estado Parte que haya aceptado esta competencia con respecto a otro que también la haya aceptado (art. 41). Por lo demás, conforme al *Protocolo facultativo* (art. 1 y cc.) resultan posibles, también, denuncias individuales sobre violaciones a los derechos humanos.

Merece un comentario más detallado el procedimiento para las denuncias particulares, debido a la importancia de su utilización —cada vez más frecuente— por parte de las víctimas de las violaciones de derechos humanos o sus sustitutos. La CADH incluye un procedimiento para denuncias particulares, en el cual interviene una Comisión y una Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Se establece un sistema de denuncias particulares, según el cual cualquier persona, grupo de personas u organización no gubernamental puede presentarse ante la Comisión para denunciar la violación de algún derecho reconocido por la Convención (art. 44). La Comisión comunica al gobierno denunciado el reclamo y, después de escuchar al denunciante y al denunciado, se pronuncia sobre la admisibilidad de la petición y, de ser ella admisible, determina si ha habido violación a alguno de los derechos de la Convención: para ello dispone de facultades de investigación específicas. Si su informe es positivo, la Comisión notifica al gobierno, bajo la admonición de poner fin a la situación que constituye la violación o, de otro modo, de reparar o compensar. La Comisión decide, posteriormente, si el Estado denunciado ha tomado las medidas adecuadas y, también, sobre la publicidad de su informe. Cuando emite sus conclusiones, la Comisión posee el poder discrecional de presentar el caso, para su juzgamiento, ante la Corte, si el Estado demandado ha ratificado la competencia de la Corte genéricamente o para el caso en litigio. Los particulares u organizaciones no gubernamentales no poseen la facultad de excitar la jurisdicción de la Corte, sino indirectamente, a través de la decisión de la Comisión (art. 61). Se trata de un procedimiento contradictorio en el cual la Comisión opera como acusador y el Estado denunciado como acusado. La Corte decide si existe o si no existe violación de un derecho establecido en la Convención y, dispone, en su caso, "que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" y, "si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada" (art. 63)[57].

[57] Sobre este procedimiento, y la jurisdicción de las facultades de los organismos de la CADH, cf. PINTO, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

Conforme a lo explicado, dos puntos resultan aquí importantes para destacar. En primer lugar, la incorporación al Derecho constitucional argentino de una serie de convenciones internacionales sobre derechos humanos, civiles y políticos[58], con lo cual finalizan discusiones bizantinas acerca del rango normativo de estas convenciones y la discusión acerca de si sus claúsulas son directamente operativas[59]. Con ello, nuestra Constitución nacional resulta complementada, en su Capítulo de derechos y garantías, por las convenciones citadas y ya no resultará necesario, en muchos casos, acudir a la cláusula abierta del art. 33, CN, para admitir derechos y garantías que, en verdad, surgían ya de la correcta interpretación del Estado de Derecho, según nuestra Constitución originaria.

[58] Además de los ya nombrados, el art. 75, inc. 22, de la CN, incluye: el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, la *Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio*, la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer*, la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, y la *Convención sobre los derechos del niño*.

[59] Desde el punto de vista del Derecho internacional, la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el Derecho interno es irrelevante. El Estado, al ratificar un convenio internacional, se compromete a garantizar el goce efectivo de los derechos reconocidos en ese convenio, de modo tal que resulta indistinto para el Derecho internacional si la obligación se cumple por aplicación directa de la Constitución local, del tratado o de otras disposiciones de rango inferior, que garantizan de igual manera el ejercicio de esos derechos. En el mismo sentido, la discusión acerca de si las normas contenidas en los tratados son operativas o tan solo programáticas, es también una discusión vernácula. Para el Derecho internacional de los derechos humanos el Estado se ha comprometido a proteger ciertos derechos y esa obligación existe desde el momento mismo de la ratificación del pacto internacional y, en casos, aun antes de ello.

Algunos juristas han creído que el art. 2 de la Convención americana —al disponer que, cuando los derechos y las libertades reconocidos en ella no estuvieran ya garantizados, el Estado deberá adoptar las medidas legislativas necesarias para hacerlos efectivos— significa que los derechos no son inmediatamente ejercitables, sino dependientes del reconocimiento legislativo que de ellos haga el ordenamiento interno. Si bien desde el punto de vista del Derecho nacional se sostiene la necesidad de que ciertos derechos sean reglamentados para lograr su efectiva tutela jurídica, esta afirmación no alcanza al Derecho internacional de los derechos humanos. Más allá de las críticas que merece esa afirmación en el orden interno, desde el punto de vista constitucional (pues se condiciona el ejercicio de un derecho reconocido), para el Derecho internacional de los derechos humanos el art. 2 de la CADH no es más que otra obligación del Estado: se compromete no sólo a proteger los derechos allí enumerados, sino también a sancionar la legislación necesaria para hacer efectivo el goce de todos ellos. Desde este punto de vista, todos los derechos reconocidos en la CADH son directamente operativos.

En el ámbito interno, la Corte Suprema ha reconocido la operatividad de los derechos reconocidos en la Convención americana en el *leading case* "Ekmekdjián c/Sofovich" (*LL*, t. 1992-C, ps. 543 y ss.).

En segundo lugar, vale la pena recalcar algunas consecuencias en materia de acción o interpretación judicial. Nuestros jueces, ahora, deben tener presente y aplicar permanentemente criterios interpretativos favorables al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en estas convenciones, y están impedidos de limitarlos en mayor medida que la prevista en ellas[60]. Ellos, por lo demás, deberán interiorizarse sobre la jurisprudencia internacional en la materia, incluida la de tribunales que deciden sobre convenciones similares (por ej., Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y tener en cuenta esos criterios interpretativos para decidir el caso concreto en examen. Nuestros jueces no deberán olvidar que sus decisiones comprometen a la Nación íntegra, desde el punto de vista del Derecho internacional y que pueden generar, con sus fallos, consecuencias negativas para la República (responsabilidad internacional). Resulta ahora evidente el marco de referencia universal del Derecho argentino.

Tiene especial importancia, entonces, la enumeración de algunos de los derechos reconocidos por las convenciones internacionales, al menos de los referidos al Derecho procesal penal: derecho a acceder a la justicia (*Declaración universal de Derechos Humanos*, art. XVIII); derecho a ser informado sin demora de las razones de la detención (*Convención americana sobre derechos humanos*, art. 7, nº 4; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 9, nº 2); derecho a ser llevado ante un juez sin demora (*Convención americana sobre derechos humanos*, art. 7, nº 5; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 9, nº 3); derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de toda detención (*Declaración universal de derechos humanos*, art. XXV; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 9, nº 4); derecho a ser juzgado sin dilación injustificada dentro de un plazo razonable (*Declaración universal de derechos humanos*, art. XXV; *Convención americana sobre derechos humanos*, art. 7, nº 5; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 9, nº 3); derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (*Convención americana sobre derechos humanos*, art. 8, nº 2, *h*; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 14, nº 5); derecho a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos —*ne bis in idem*— (*Convención americana sobre derechos humanos*, art. 8, nº 4; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 9, nº 7); derecho a reparación en caso de detención o prisión ilegal (*Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 9, nº 5); derecho a compensación por sentencia firme basada en error judicial (*Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 9, nº 6; *Convención americana sobre derechos humanos*, art. 10); derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial (*Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 14, nº 1, *Convención americana sobre derechos humanos*, art. 8, nº 1).

[60] No se respetó esta máxima, por ej., en el fallo de la CSN "Fiscal c/Fernández" (*LL*, t. 1991-B, ps. 190 y ss.), en el cual se supeditó la vigencia de la intangibilidad relativa del domicilio, como ámbito privado del individuo que lo habita, a las necesidades de una persecución penal concreta.

De este modo, el Derecho internacional de los derechos humanos contiene reglas de principio sobre el enjuiciamiento penal que deben orientar políticamente toda ley procesal penal que se dicte en el país y, paralelamente, él debe ser aplicado por los jueces del país.

II. El *auxilio judicial internacional* para la persecución penal representa el ámbito internacional de trabajo propiamente dicho en materia procesal penal. Tratados y convenciones internacionales se ocupan de los requisitos de los actos procesales para que tengan valor en un país distinto de aquel en el cual se llevaron a cabo; en especial se ocupan de la sentencia, de las requisitorias en materia de prueba cuando ella tiene que ser recibida en país distinto de aquél en el que se tramita el procedimiento penal; también se ocupan de la creación de una oficina policial internacional con la cooperación de las policías nacionales (Interpol) y, fundamentalmente, de la extradición internacional activa y pasiva.

El *Tratado de Derecho penal internacional de Montevideo*, suscripto en esa ciudad el 23/1/1889 por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay y ratificado por esos países (República Argentina, ratificación aprobada por ley nº 3.192 de 4/12/1894), contiene reglas internacionales en materia procesal penal que nos vinculan con los países citados: *a*) reglas de competencia penal internacional (arts. 1 a 3, 8 a 11 y 13); *b*) reglas referentes a la extradición y su procedimiento (títulos II, III, IV y V, arts. 15 a 46); *c*) reglas referentes a las medidas de coerción contra imputados o condenados en países distintos al de su persecución (título V, arts. 44 a 46); *d*) reglas de conflicto en el procedimiento de extradición que declara aplicable el principio de la *lex fori* (art. 35).

El *Tratado interamericano de extradición* suscripto el 26/12/1933, también en Montevideo, nos vincula con los países ratificantes: Argentina (ratificación aprobada por decr. ley 1.638/56, ratificado a su vez por ley nº 14.467), Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, salvo la cláusula opcional, referente a la renuncia a impedir la extradición por la nacionalidad del reo, a la que nuestro país no adhirió.

Existen tratados bilaterales de extradición con España (3/4/1987, aprobado por ley nº 23.708), con Italia (9/12/1987, aprobado por ley nº 23.719), con Holanda (7/9/1883, aprobado por ley nº 3.495), con Bélgica (12/8/1886, aprobado por ley nº 2.239), con Gran Bretaña (22/5/1889, aprobado por ley nº 3.043), con Suiza (21/11/1906, aprobado por ley nº 8.348), con los Estados Unidos de América (21/1/1972, aprobado por ley nº 19.764), con Brasil (15/11/1961, aprobado por ley nº 17.272), con Paraguay (6/3/1877, aprobado por ley nº 886) y con Australia (6/10/1988, aprobado por ley nº 23.729).

III. Algunas normas de Derecho interno también se ocupan de aspectos vinculados al ámbito internacional descripto en el punto anterior cuando, por ejemplo, regulan la extradición internacional activa y pasiva con destino a regir con aquellos países con los cuales nuestro país no está vinculado por un tratado o una convención. No se tra-

ta, precisamente, de *reglas de conflicto*, destinadas a solucionar la cuestión acerca de cuál ley nacional se aplica a una determinada relación jurídica que posee elementos extranjeros —problema de, más que rara, casi imposible aparición en Derecho procesal penal, con excepción de las reglas de competencia, debido a la vigencia del principio de la *lex fori*—. Sin embargo, a veces esas leyes contemplan la solución de un conflicto de leyes. Es el caso, por ej., de la extradición pasiva, donde se exige como condición de admisibilidad del requerimiento que el hecho por el cual se solicita la extradición sea también perseguible y punible en el país requerido y con determinada especie y cantidad de pena, o aun perseguible y punible con cierta especie y cantidad de pena según las leyes del país requirente, o que el país requirente sea competente para juzgar el hecho según la ley argentina (ley nº 1.612, 9) o se reitera el principio de la *lex fori* para el procedimiento de extradición.

Contamos con una ley de extradición nacional nº 1.612 y con las disposiciones que, al respecto, sancionó años más tarde el Congreso de la Nación al dictar el CPCrim. nacional (1889), Libro cuarto, título V, cap. I, 646 a 674[61], que regulan la extradición internacional activa o pasiva cuando no existe tratado o convención que la gobierne. El nuevo CPP Nación (1991), contiene sólo una norma instrumental al respecto, que, además, reconoce el principio de reciprocidad (art. 52); en una disposición transitoria, mantiene la vigencia de los intrumentos normativos antes citados (art. 538).

Los códigos procesales penales provinciales contienen escasas normas meramente instrumentales al respecto (CPP Córdoba, por ej., 51 y 160), resultado de no superar la competencia legislativa provincial (extradición activa).

IV. El auxilio judicial entre las diversas organizaciones judiciales de nuestro país, conforme al sistema federal que rige, ha conformado problemas análogos a los del Derecho internacional, cuya regulación ha dado nacimiento a un *Derecho interestadual* o *interprovincial*. Precisamente para ello la CN, 125, admite que las provincias celebren tratados parciales para fines de administración de justicia. Se trata, sin embargo, de Derecho interno.

Este motivo vaticinaría, según nuestro sistema federal, un desarrollo amplio de esta particular rama jurídica en nuestro país, referida especialmente al Derecho procesal, o como subdivisión de él. Sin embargo, la realidad fue otra, pues ella comenzó reglada por escasas normas contenidas en los códigos de procedimiento locales (CPCrim.

[61] El CPP Nación, 538, ha mantenido "transitoriamente" la vigencia de las reglas sobre extradición previstas en el CPCrim. nacional (1889).

nacional [1889], Libro cuarto, Título V, Cap. II, 675 y 676 ; CPP Córdoba [1970], 49, 51, 141 y 143 ; CPP Salta, 47, 49, 131 y 135; CPP Mendoza, 48, 50, 131 y 135, I; CPP La Rioja, 49, 51, 135 y 139, I; CPP Corrientes, 49, 51 y 140; CPP Entre Ríos, 48, 50, 135 y 139; CPP Jujuy, 429, 430 y 195; CPP Chaco, 46, 48, 121, 124 y 126; CPP La Pampa, 44, 46, 119 y 122, I), sobre todo referidas a la extradición interestadual o interprovincial, y recién en tiempos modernos aparecen los convenios o tratados interprovinciales, a influjo de la particular situación en que se encuentran la provincia de Buenos Aires y las autoridades judiciales en lo penal con competencia en la capital de la República, la ciudad de Buenos Aires, todavía incipientes en su regulación, convenios a los que han adherido otras provincias.

Existen tres convenios celebrados entre el Poder Ejecutivo nacional y la provincia de Buenos Aires y Santa Fe: el primero, del 25/4/1973, fue aprobado por la ley nacional nº 20.711 y se refiere a la extradición interestadual de imputados o condenados; el segundo, del 28/3/1979, fue aprobado por la ley nacional nº 22.055 y se refiere a los requerimientos probatorios o a sus consecuencias; el tercero, del 9/10/1979, fue aprobado por la ley nacional nº 22.172, y contiene un *Anexo*, en realidad un convenio entre el Poder Ejecutivo Nacional y la provincia de Santa Fe, del 9/10/1979, que versa, en general, sobre comunicaciones entre tribunales pertenecientes a organizaciones judiciales diferentes, regulación que comienza a sistematizar la materia. A estos tratados, en principio bilaterales, han adherido provincias distintas de las contratantes originarias, por leyes locales.

Es interesante consignar que el último de los convenios posee una regla de conflicto (Anexo de Santa Fe, 2) que, en principio, respeta el principio de la *lex fori*, pero que permite que se aplique la ley procesal del tribunal requirente, si éste lo pide y transcribe las disposiciones legales aplicables.

Parágrafo Cuarto
La ley procesal penal

§4

BIBLIOGRAFÍA:

ÁBALOS, Raúl W., *Derecho procesal penal*, t. I, caps. II, III, IV y V. ALCHOURRÓN, Carlos E.-BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cap. IV, nº 6, y caps. VII a IX. CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 6ª reimpresión; *Sobre los límites del lenguaje normativo*. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, parte 1ª, cap. 2º, secc. 2ª. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, caps. V y VI. ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, 2ª ed., cap. IV. RUBIANES, Carlos J., *Manual de Derecho procesal penal*, t. I, cap. V. SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Curso de Derecho procesal penal*, cap. III, nº 5 y 6. VERNENGO, Roberto J., *Curso de teoría general del Derecho*, 2ª ed., caps. 1, 2 y 12.

A. INTRODUCCIÓN

I. Cuando BELING[1] ponderó la necesidad de la existencia de un verdadero *legismo procesal*, derivado de la máxima política *nullum crimen sine processu legali*, afirmó, con otras palabras y en otro contexto, que la ley era la única fuente del Derecho procesal penal, al menos la única fuente inmediata y principal, si se quiere admitir un concepto extremadamente amplio de fuente del Derecho, que abarque también otros productos que aparecen en el curso de su aplicación concreta (jurisprudencia, costumbre) o con ocasión de ella (doctrina), que pueden influir en el proceder y en las decisiones judiciales, bajo la condición de no contradecir la ley. Éste es, sin duda, nuestro sistema jurídico, según el cual las reglas creadas formalmente por el legislador (parlamento representativo), de conformidad con las leyes fundamentales del Estado (constitución escrita), son las únicas que, en principio, permiten fundar correctamente tanto la actuación de los organismos predispuestos para la aplicación de la ley, en caso de conflicto, como la solución de esos conflictos, sean ellos materiales o formales.

No es éste el único sistema concebible. Es viable imaginar y concebir un sistema según el cual el tribunal establece su propio proceder y el que deben llevar a cabo las personas que intervienen en el procedimiento, específicamente para el caso, adecuando el procedimiento a él[2]. Éste es sólo un caso particular del *domi-*

[1] Cf. BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Fenech, § 8, VI, p. 23.

[2] Según lo concibió Bertolt BRECHT, en sus círculos de tiza: *Der Augsburger Kreidekreis*, y *Der kaukasische Kreidekreis*. Ver *Antiguo Testamento*, Reyes, Libro 1º, cap. 3, versículos 16/28; crítica en KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, p. 14.

nio carismático, según lenguaje de Max WEBER[3], de la justicia del presente y del caso concreto, aun mirado desde el punto de vista material (la justicia del cadí o carismática, según Max WEBER), sistema cuya desventaja, la imposibilidad de predecir el resultado, por tanto, de *conocerlo* según reglas más o menos formales, constituye, al mismo tiempo, su fortaleza: "Al revés de lo que ocurre hoy, la ley es poderosa no ya en la medida en que es de todos conocida, sino en la medida en que constituye un poder *esotérico* y un poder temido justamente por su *misteriosa incertidumbre*"[4].

Es posible, también, concebir el funcionamiento conforme a unas escasas reglas de principio y a reglas más minuciosas que desarrollan esos principios, creadas por los tribunales como resultado de su actuación constante, a la manera del precedente anglo-sajón, sistema que, a pesar de la creencia vulgar, no se aparta considerablemente del Derecho legislado formalmente —por escrito— por un órgano con competencia específica —parlamento—, pues ambos aplican, para regular la conducta, reglas preexistentes, de alcance general (abstractas), conforme a las cuales se valora el caso y se determina su solución[5]. Empero, es claro que nuestro sistema deriva, por recepción, del continental europeo, y su piedra base es, por tanto, el Derecho legislado formalmente, es decir, la ley.

Se ha puesto en duda, por lo demás, que el sistema jurídico positivo (vigente) provenga totalmente, incluso en los Estados modernos, del llamado "legislador", esto es, en términos actuales, de las leyes escritas que dicta el parlamento del país, aun pensando en un Estado europeo-continental o latinoamericano, creado a imagen y semejanza de aquéllos. Las deficiencias comunicativas propias del lenguaje *(semánticas* o *sintácticas)*, cualquiera que sea su tipo, las "lagunas" del sistema (carencia de solución para casos genéricos), defectos que deben ser cubiertos por otros operadores, y los principios cognoscitivos (interpretativos) creados por los juristas en forma de reglas y teorías para reformular el sistema (*ciencia dogmática*), que, bajo un manto de verdades lógicas u ontológicas, pretenden gobernar el sistema jurídico ideológicamente (valorativamente), así como la tarea interpretativa que desarrollan los jueces al decidir los casos concretos (*jurisprudencia*), quizá en menor grado en el Derecho de tipo europeo-continental, son vicios y la-

[3] Cf. WEBER, *Economía y sociedad*, 2ª ed., Primera parte, III, ps. 170 y ss., en especial §§ 10 y ss., ps. 193 y siguientes.

[4] Cf. SOLER, *La interpretación de la ley*, XIV, p. 126; WEBER, *Economía y sociedad*, Segunda parte, VII, § 2, ps. 525 y ss., § 5, ps. 605 y siguientes.

[5] Cf. SOLER, *Las palabras de la ley*, p. 164. El sistema jurídico anglo-sajón se caracteriza por el valor vinculante de los precedentes judiciales para casos futuros, por aplicación de la doctrina del *stare decisis*. El principio básico del sistema es que el tribunal está obligado a aplicar, en los casos futuros, sus propios precedentes, que, a su vez, resultan obligatorios para los tribunales inferiores. Desde otra óptica, los tribunales están obligados a aplicar sus propios precedentes y, por encima de ellos, aquellos precedentes de tribunales superiores. Si bien en la actualidad los países anglo-sajones han desarrollado extensamente su Derecho escrito (legislado), a través de los órganos legislativos, este Derecho también es aplicado a través de la fuerza vinculante de los precedentes que interpretan y aplican la legislación. Cf. HAY, *Una introducción al Derecho de los Estados Unidos*, cap. I, C, ps. 5 y ss.; JÁUREGUI, *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*, cap. V, 2, ps. 52 y siguientes.

bores que no soluciona el "legislador" totalmente y que, cubiertos por otros, permiten a un orden jurídico presentarse como un conjunto completo y armónico de reglas que son utilizadas para conducir la vida en sociedad y para dar solución a los conflictos sociales concretos que se producen en su seno[6].

La ley procesal fija, abstractamente, el *cómo* y el *quién* de la actuación judicial, esto es, establece cómo se debe proceder para obtener la actuación de la ley penal sustantiva y determina, también, quién está facultado para llevar a cabo los actos que integran el procedimiento, cuya finalidad es, precisamente, la decisión judicial acerca de la actuación de la ley penal material.

Es por ello que resulta de cierta importancia el estudio de la ley procesal, en procura de resolver algunas de las situaciones que plantea su aplicación concreta. Las cuestiones aquí estudiadas no son privativas de la ley procesal penal, sino que corresponden a un estudio general sobre teoría de la ley, en el sentido indicado; por ej., se trata de saber, ante la multiplicidad de leyes vigentes, cuál es la ley procesal penal aplicable a un caso concreto que se juzga en un determinado territorio; o, ante la sucesión temporal de leyes, cuál es la ley procesal penal aplicable a determinado caso o circunstancia de él; más allá de ello, ya determinada la ley vigente o aplicable al caso, es imprescindible conocer su significado, pues de ese contenido deriva la solución del caso. Es por la afirmación inicial de este párrafo, que el parágrafo se limitará a reconocer principios más generales, no privativos del Derecho procesal penal. Este parágrafo, entonces, sólo se justifica por la inclusión en él de ciertos casos generales —mejor llamados problemas generales— que sólo se presentan durante un procedimiento judicial, y, específicamente, en el penal. La segunda justificación reside en la situación especial de nuestro país, con distintas leyes procesales vigentes, conforme a la afirmación de que las autonomías locales que lo integran (provincias) no delegaron en el Estado federal la administración de justicia (CN, 5 y 121)[7] —esto es, los métodos para la actuación de la ley material y el establecimiento de los ór-

[6] El realismo jurídico ha hecho hincapié en muchos de estos aspectos (por ej., Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. IV, ps. 105 y ss.), pero una magnífica descripción de este punto de vista, que reúne aciertos y críticas de juristas nacionales y extranjeros, con ejemplos en cada caso, y ecuánime para valorar los logros de las escuelas jurídicas, se debe leer en Nino, *Introducción*, en especial, cap. VI, ps. 245 y ss., y cap. VI, 2 y 3, ps. 321 y siguientes.

[7] Ver § 7, E.

ganos adecuados para ello—, sino en una muy pequeña proporción (competencia federal: CN, 116 y 117), con lo cual, a simple vista, la localización territorial del Derecho procesal penal vigente cobra una importancia superior, aunque no varíen demasiado los principios que gobiernan el caso. Se invoca también, para justificar una dedicación especial al tema, la tradición doctrinaria; sin embargo, ella no justifica, ni explica, una necesidad, sino que responde a ella.

II. Usualmente, la doctrina ha dividido los problemas relativos a la *interpretación* y a la *aplicación* de la ley. Así ha sido porque se representa bajo cada rubro dos órdenes distintos de problemas; por una parte, los referidos a la intelección del significado de la ley y los métodos propuestos para lograr conocer ese significado, y, por la otra, los referidos a la determinación de la ley que rige el caso singular de que se trata, respectivamente.

Con fundamento en una división aparentemente similar, se pretendió, por ej., justificar la creación de un tribunal de casación nacional o federal, encargado no sólo del recurso de casación en orden a los casos de competencia de la organización judicial federal, sino también, en orden a la aplicación de la ley común (CP, CC, etc.) por los tribunales de las organizaciones judiciales provinciales, apelando al criterio de separar las labores de *interpretar* y *aplicar* la ley; la casación con reenvío, en todos los casos, conservaría la exigencia constitucional del art. 75, inc. 12, de la Constitución nacional, esto es, *aplicar* la ley común es facultad reservada por las provincias y no delegada por ellas en el gobierno federal al constituir la Nación (CN, 5 y 121); por consiguiente, para ese criterio, *interpretar* definitivamente la ley común, en todos los casos, es una actividad distinta, realizable por un tribunal federal, como el que se pretendía crear.

Claro es que, en ese contexto, los conceptos *aplicar* e *interpretar* la ley no conservan el mismo significado que aquí le damos, ni tampoco resuelven el mismo orden de problemas involucrado en ellos (vigencia de la ley y comprensión intelectual de su texto), sino que, antes bien, adquieren un significado distinto, propio del fin político procurado: unificar, mediante la labor de un tribunal federal, la jurisprudencia de todos los tribunales del país. El sofisma argumental es claro: se pretendía transformar en una labor mecánica, conforme al contenido que se concedía a la tarea de aplicar la ley, aquello que el texto constitucional, evidentemente, define de distinta manera; las provincias no han delegado en la Nación y su organización judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley común, salvo en los casos —explícitos en ella— de competencia federal, o, dicho de otra manera, se han reservado la interpretación y aplicación final de la ley común, con excepción de los casos de competencia federal y el problema de la supremacía de la Constitución nacional (CN, 31). El escollo constitucional se pretendió superar mediante un sofisma argumental[8].

[8] Cf. DE LA RÚA, *Proceso y justicia*, § 7, *c*, ps. 116 y ss., y § 8, ps. 119 y siguientes.

No se debe olvidar tampoco que una división como la propuesta integró el ideario jurídico iluminista, con el objeto de evitar la desfiguración por los jueces de las reglas jurídicas y, en especial, respecto de la ley penal, la aplicación analógica y la interpretación extensiva[9]. A tanto llegó la desconfianza que se sostuvo que la tarea de interpretar la ley era propia de quien poseía el poder de legislar y, por ello, el tribunal de casación constituía una comisión parlamentaria al instaurarse la Primera República francesa[10]. No se advirtió, entonces, el mismo sofisma antes indicado: que la labor de aplicar la ley quedaba vacía de contenido y se reducía, jurídicamente, a una tarea mecánica, la de seguir el mandato concreto del legislador para resolver el caso; ello, como se observa, atenta también contra la mentada división de poderes, piedra fundamental de la República, cuya base de sustentación reside en la diferencia entre sancionar reglas generales, de aplicación futura, y resolver o solucionar casos concretos, históricos, con aplicación de esas reglas. El caso concreto y la fundamentación de su solución en reglas predeterminadas, con todas las ambigüedades que implica el paso de un concepto a su aplicación a una cosa concreta[11], constituyen el límite ideal de la labor judicial; no lo es, en cambio, la prohibición de interpretar las leyes para aplicarlas a esos casos, absolutamente imprescindible para cumplir esa tarea[12].

III. Interpretar y aplicar la ley constituyen, en verdad, una única operación. Para aplicar la ley a un caso concreto, esto es, para darle solución al caso conforme a reglas jurídicas preestablecidas, es preciso —previamente, desde un punto de vista lógico— comprender su significado y su alcance o, mejor dicho, determinar la regla aplicable y el sentido prescriptivo que ella tiene para la solución del caso. Esta operación, en sí difícil y compleja, pues consiste en calificar con conceptos predeterminados —generales y abstractos por necesidad— hechos o cosas existentes en el tiempo y el espacio —objetos concretos e individuales— es la que pretendemos auxiliar ahora mediante la *ra-*

[9] Cf. Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Libro 6º, cap. 3, p. 117: "En los Estados republicanos es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano"; Beccaria, *Dei delitti y delle pene*, t. I, § IV, ps. 36 y ss.; *De los delitos y de las penas*, IV, ps. 75 y ss.: "Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores". Se trataba de la reacción contra la arbitrariedad judicial, la interpretación extensiva y la aplicación analógica de las leyes penales, permitidas y hasta impuestas durante la Inquisición. Cf. Soler, *Derecho penal argentino*, t. 1, § 14, I, ps. 144 y siguiente.

[10] Cf. de la Rúa, *El recurso de casación*, p. 35, quien cita la afirmación explícita de Goupil de Prefeln: "La casación no es una parte del poder judicial sino una emanación del poder legislativo, y el Tribunal, una especie de comisión extraordinaria del Cuerpo legislativo encargada de reprimir la rebelión contra la voluntad general de la ley".

[11] Cf. Carrió, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ps. 23 y siguientes.

[12] Cf. Maier, *Función normativa de la nulidad*, ps. 67 y siguientes.

cionalización de los criterios y métodos que permiten descubrir la ley aplicable y su sentido prescriptivo.

De tal manera, lo que intentaremos en este parágrafo no es otra cosa que, bajo el rubro de *interpretación de la ley procesal penal*, estudiar los métodos que permiten determinar el sentido de las reglas procesales cuando se trata de aplicarlas a un caso concreto; y después, bajo el rubro del *ámbito de aplicación de la ley procesal penal*, esbozar los criterios que permiten deslindar su vigencia espacial y temporal, y las limitaciones de su aplicación con relación a ciertas personas, por la función que ellas cumplen, siempre con referencia a su aplicación a un caso concreto.

B. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL

1. Concepto y necesidad

I. *Interpretar una ley*, una regla de comportamiento humano, menta, en principio, la operación intelectual del hombre que pretende conocer el sentido prescriptivo de la regla, para aplicarla prácticamente, esto es, para calcular el sentido normativo de la conducta concreta, propia o ajena, a desarrollar en el futuro, o para utilizar la regla como metro de valoración del comportamiento real, ya acontecido.

La norma de conducta no opera por sí misma, sino por intermedio de un acto humano; siempre se expresa con símbolos, preferentemente con palabras[13], esto es, con conceptos dotados de abstracción (hombre, árbol, mesa, juez, etc.), que, unidos, pretenden describir un tipo de comportamiento humano futuro para definir su signo normativo (prohibido, obligado, permitido) y la consecuencia jurídica de su realización concreta; ni las palabras ni los conceptos pueden ser confundidos con las cosas existentes físicamente o con las conductas concretas de los hombres; la regla de conducta tiene por destino esos comportamientos reales, pretende regularlos, establecer su sentido y las consecuencias de su realización; palabras y conceptos son, además, imprecisos en su determinación de los objetos existentes en el tiempo y en el espacio, poseen una *textura abierta* que nos permite utilizarlos como medio de comunicación, pero que presenta dificultades al momento de definir aquello que abarcan, para aplicarlos a un objeto concreto[14]. El proceso que se cumple para aplicar un esque-

[13] Cf. Nino, *Introducción*, cap. V, nº 1 y 2, ps. 245 y siguientes.

[14] Cf. Nino, *Introducción*, cap. V, nº 3, ps. 260 y siguientes.

ma normativo a un objeto concreto no es, por estas razones, simple, y nunca es directo o inmediato. Siempre existe una tensión ineludible cuando se pretende aplicar un esquema abstracto a una realidad concreta, y el punto que soporta la mayor fuerza de la tensión es, precisamente, la operación que llamamos *interpretación*. La tensión resulta del salto que significa el paso del mundo ideal al práctico, de la posibilidad a la realidad, y de que ese transcurso sólo se puede realizar mediante un acto humano. Normas y reglas de conducta son entidades que se desprenden del mundo ideal de los valores (valores de acción), que se dirigen al mundo práctico, pues aspiran a verse realizadas en él, pero que sólo alcanzan ese mundo por intermedio de un acto humano, a su vez valorable conforme a ellas[15].

II. Aquí nos interesa la interpretación de la ley en cuanto supone un comportamiento humano que ya se llevó a cabo y la necesidad de aplicarle un esquema normativo, de valorarlo conforme a él y de extraer sus consecuencias prácticas (pero la operación no es demasiado diferente cuando se cumple para predecir el *status normativo* de un comportamiento concreto futuro, salvo la inversión anticipatoria, creadora del hecho). Desde ese punto de vista, interpretar una regla no significa únicamente el desarrollo de una operación semántica de definición, sino que, antes bien, comprende esa operación en estrecha relación con el comportamiento a valorar. Se trata de un ir y venir del acto humano a la regla, y viceversa, con el objeto de establecer sus consecuencias prácticas.

Ordinariamente, se presenta la operación de reconstruir los hechos (el caso) como simple, dependiente de una observación similar a la reconstrucción histórica, que abstrae toda referencia a la valoración de ese hecho, en este caso, a la valoración jurídica; ese simplismo alcanza a la sentencia, cuyo esquema tradicional divide, como compartimentos estancos, la reconstrucción fáctica de la valoración jurídica. El caso es que ni la historia se relata de ese modo, pues los hechos históricos que llegan hasta nosotros son el resultado de un fuerte proceso de selección, cuya misión es hacernos conocer lo importante sucedido en el pasado, y, para ello, discriminar los hechos indiferentes de aquellos que interesan (de la batalla de San Lorenzo nada se sabe acerca de lo que hicieron, individualmente, la gran mayoría de los soldados; se conoce, en cambio, una acción que llevó a cabo un sargento, Cabral, por su importancia; incluso otras acciones del mismo Cabral nos son desconocidas).

[15] Cf. HARTMANN, *Möglichkeit und Wirklichkeit*, §§ 33 y 34, ps. 240 y ss.; KAUFMANN, A., *Normentheorie*, ps. 67 y ss.; MAIER, *Función normativa de la nulidad*, § 3, ps. 85 y siguientes.

La labor de interpretación comienza ya con la reconstrucción del hecho, con la necesidad de describir la situación histórico-fáctica que se pretende colocar bajo el parámetro de la ley. Ese primer proceso presupone una selección de los datos que presenta la realidad, una decisión acerca de los datos importantes y de los indiferentes o descartables, selección que no es, "como en el caso del historiador, el resultado de una posición propia del narrador, de sus propios ideales, prejuicios y deseos", sino, al contrario, "una selección de datos que depende de calificaciones preexistentes", esto es, presidida por el orden jurídico y sus reglas. "El trabajo interpretativo comienza allí", en ese proceso selectivo: "en el solo reconocimiento o descarte del dato suele radicar un problema interpretativo del más alto valor". Sebastián SOLER, de cuya pluma e ingenio provienen las citas textuales, ilustra esta conclusión con un caso concreto ("Schwarz", *Fallos CSN*, t. 239, p. 367): se trató de una adopción en la cual el adoptante era judío, no así el adoptado; la Cámara Civil reconocía valor jurídico a la diferencia religiosa, mientras que para la Corte Suprema el dato era indiferente y merecía ser descartado para decidir el caso, discrepancia en la cual residía "una tesis política interpretativa de los mayores alcances".

"También los hechos deben ser captados". "Los casos jurídicos son construidos así; recogiendo materiales calificados por la ley como dignos de ser seleccionados". "Esa selección importará ya cierto grado de desarrollo de una tarea interpretativa de la ley..."[16].

Según se observa ya, la interpretación es una operación inescindible del proceso de aplicación de la ley, pues la misma descripción del hecho a juzgar depende de ella. Se puede decir que ella constituye el momento gnoseológico de la aplicación de la ley, la necesaria relación de conocimiento entre quien pretende aplicar la ley a un comportamiento concreto y el esquema normativo que presidirá la valoración.

Empero, "la composición del hecho no agota la tarea"[17]. Tal esquema normativo es construido por el intérprete. Sobre la base de las circunstancias del caso concreto que poseen importancia normativa, él une los distintos segmentos de un orden normativo, en nuestro caso, de un orden jurídico, para configurar *la estructura de decisión normativa*. Esa estructura, a la que ordinariamente llamamos *norma*, nos precisa la solución del caso, su significado jurídico y las consecuencias jurídicas o la falta de consecuencias que de él se desprende; y, tal como se observa, ese esquema normativo se construye para el caso y

[16] Cf. SOLER, *La interpretación de la ley*, XVII, ps. 151 y ss. Cf., también, BINDER, *El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva y destructiva de la prueba penal*, p. 81.

[17] Cf. SOLER, *La interpretación de la ley*, XVII, p. 157.

rige sólo para él, no necesariamente para otro caso, por similares que sean los elementos que lo componen[18].

Los códigos y las leyes no poseen reglas completas, en cada uno de sus artículos, que se refieran íntegramente al caso, sino que representan un sistema de reglas que, al definir la importancia normativa de un hecho o de una circunstancia, permiten al intérprete armar el esquema normativo que aplicará al caso. Existe, por ejemplo, una regla que revela a la sentencia como un acto impugnable, otra que define quién puede impugnarla, otras que determinan la vía, la forma y la ocasión del acto impugnativo. Sobre la base de observar un escrito, con cierta forma y contenido, presentado ante una autoridad determinada y en un tiempo cierto, un juez puede decidir que se trata de un recurso de casación contra una sentencia, interpuesto formalmente de manera correcta y tempestivamente, idóneo, por lo tanto, para evitar que la decisión impugnada pase en autoridad de cosa juzgada y para provocar un examen de ella por otro tribunal[19]. El juez ha construido, de esa manera, la regla del caso: un acto humano con tal contenido, tal forma y llevado a cabo en tal tiempo, provoca el efecto antes aclarado. Las reglas que regulan la capacidad (para delinquir, para actuar en un proceso, para realizar actos jurídicos) no son normas completas, sino que sólo representan preceptos (segmentos), que, unidos con otros, permiten construir la regla aplicable al caso.

"La tarea del intérprete consiste en este punto en construir una estructura con las piezas que la ley le proporciona"; "no hay un solo caso resuelto en el cual no sea necesaria la construcción y acoplamiento sistemático de preceptos diferentes"; "la tarea de estructurar los materiales normativos necesarios para llegar a una decisión no consiste en una nueva acumulación de preceptos, sino que ellos deben ocupar, dentro de la estructura decisoria a la que llamamos norma, un lugar determinado en cada caso"[20].

No se debe confundir el producto de la tarea del intérprete con la ley misma. Afirmar, como intérprete de la ley, que un acto está permitido o prohibido, o que produce tales consecuencias jurídicas, es expresar un juicio de conocimiento, según el cual la ley contiene una regla con ese sentido. Ese juicio no es la prescripción misma, sino una afirmación sobre su existencia y vigencia[21].

III. Anteriormente denunciamos la insatisfacción política que presenta la tesis según la cual quien aplicaba una regla a un caso concreto, posterior a la sanción de ella, no debía interpretarla; si existían du-

[18] Cf. Soler, *La interpretación de la ley*, XVIII, ps. 158 y siguientes.

[19] Por más que el escrito haya sido mal titulado o, peor aún, carezca de identificación nominal.

[20] Cf. Soler, *La interpretación de la ley*, XVII, ps. 162 y 163.

[21] Cf. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, 2ª ed., ps. 9, y 105 y siguiente.

das, quien aplicaba la ley debía pedir consejo, y también su decisión era descalificable por el órgano que detentaba el poder soberano de dictar la ley, cuando su aplicación se apartaba del sentido correcto que ese órgano determinaba. En la teoría republicana del siglo XIX, tal desconfianza en los órganos creados para aplicar la ley (tribunales) se tradujo, por una parte, en el *référé legislatif* y, por la otra, en el *Tribunal de casación*[22].

Ahora es preciso explicar la imposibilidad real de eludir la tarea de interpretar una regla abstracta, cuando se trata de aplicarla a un caso concreto. Pretender que quien aplica la ley no tiene necesidad alguna de desentrañar su sentido prescriptivo, es lo mismo que creer que la tarea de aplicar una regla a un caso concreto es una labor mecánica, que valorar un caso conforme a una regla preestablecida es sólo un acto de autoridad (volitivo), cuyo contenido resulta directamente determinado por la regla, sin necesidad de acto cognoscitivo alguno[23]. Si la tesis política no versara sobre el traslado del acto —cuya realización se niega al juez o tribunal— a otro órgano, se podría decir que la tesis negativa incurre en el absurdo de creer que la ley puede operar por sí misma. El mismo hecho de trasladar la interpretación de la ley a otro órgano habla por sí mismo de la necesidad de un acto intelectual, que consiste en desentrañar el sentido prescriptivo de la ley, para poder aplicar la regla a un caso; en verdad, el hecho de trasladar la operación de comprender el sentido de la regla a otro órgano encubre el de determinar la solución del caso, esto es, prescribir la forma de su aplicación, con lo cual se decide, políticamente, quién aplica las reglas.

Ésta es, precisamente, la tesis política que antes discutíamos como contraria al sistema republicano, pues, en ese sistema de organización social, un principio básico —división de poderes emanados de la soberanía estatal— indica que los tribunales integrantes del poder judicial, independientes de todo poder estatal y sólo sometidos a la ley[24], son los encargados de aplicar la ley abstracta a los casos concretos que les son presentados, con lo cual queda comprendida la intelección necesaria de la regla eventualmente aplicable.

[22] Cf. DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 10, ps. 33 y siguientes.

[23] Cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 1, p. 145. La del texto constituye la tesis principal de KELSEN, errónea a mi juicio (ver nota nº 26).

[24] Ver § 7, B, 1.

Una derivación de la misma idea, consistente en creer que el poder de aplicar la ley no involucra el de interpretarla, está representada por la llamada *jurisprudencia obligatoria*, resultante del fallo de tribunales superiores sobre la aplicación de la ley a una situación concreta (ver § 2, D, 2, *b*). Políticamente, tal imposición no significa otra cosa que la pretensión de someter al tribunal de la causa (juez natural) para que aplique la ley en un determinado sentido, conculcando con ello el principio republicano enunciado inmediatamente antes (independencia judicial, ver § 7, B, 1, II). Desde el punto de vista intelectual, la regla que prevé la obligatoriedad de esos fallos para decisiones futuras es, sin embargo, ingenua: la llamada *jurisprudencia obligatoria* se traduce en otra regla, escrita con palabras y aplicable a decisiones futuras, por lo tanto, un concepto dotado de abstracción, que, a su vez, necesita ser comprendido por quien lo aplica en otra decisión, esto es, requiere necesariamente de la operación intelectual que llamamos interpretación.

Existen incluso teorías jurídicas generales que niegan, abierta o encubiertamente, la labor de interpretación de la ley como necesaria para su aplicación. Tales teorías subrayan, con exageración evidente, el dato obvio de que la decisión (judicial) constituye un acto de voluntad, algo consustancial a cualquier acto humano. Pero esas teorías, al negar la necesidad de un conocimiento de las reglas o relativizar su importancia, excluyen, necesariamente, toda función atribuible a las reglas jurídicas, en especial, la de servir de base para calcular —con toda la imprecisión que quepa atribuir a esa operación— el comportamiento propio y ajeno, y para valorar los comportamientos ya realizados[25].

La misma *teoría pura del Derecho* equivocó el camino al sostener que la interpretación es un acto de voluntad, no uno de conocimiento[26], como resultado de su conocida doctrina acerca del Derecho observado en forma dinámica[27], que lo llevaría a desembocar en el absurdo de la *norma alternativa* para explicar la sentencia definitiva contraria a la interpretación correcta[28].

El realismo jurídico desemboca en la misma afirmación, pero se debe reconocer que, por un lado, es más consecuente con su teoría y, por el otro, menos extremo en sus afirmaciones, al menos cuando se trata de un autor racional[29].

IV. La regla jurídica presenta ciertas particularidades que, al tiempo de su interpretación, facilitan la tarea. Como se trata de un com-

[25] Cf. MAIER, *Función normativa de la nulidad*, § 3, ps. 83 y siguientes.

[26] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., nº 46, ps. 350 y siguientes.

[27] Cf. MAIER, *Función normativa de la nulidad*, ps. 24 y siguientes.

[28] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., ps. 271 y ss.; críticamente, BULYGIN, *Sentencia judicial y creación de Derecho*.

[29] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. IV, ps. 105 y siguientes.

plejo de reglas, que pretende dar alguna solución a cualquier conflicto eventual de los hombres en sociedad, la operación de interpretarlas resulta dominada por los ideales de *plenitud* y *compleción* del orden jurídico[30]. Para lograr estos ideales la misma ley y, en su defecto, quienes se dedican a analizarla, racionalizando sus postulados, desarrollan una serie de principios interpretativos y métodos de análisis para garantizar la consecución de esos postulados. Sólo a título de ejemplo mencionaremos los principios constitucionales de *reserva* y *legalidad*, de extraordinaria importancia en el Derecho penal (CN, 18 y 19). Se trata, en todo caso, de reglas interpretativas que auxilian en la tarea de aplicar el orden jurídico, esto es, de dar solución al caso.

La regla *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* (CN, 18) clausura el sistema en el sentido de que todo aquello que la ley penal no prohíbe está permitido y de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda (CN, 19: ámbito de libertad jurídica). En Derecho privado se recurre a la analogía y a los principios generales del orden jurídico (CC, 16): regla de compleción en sentido contrario.

El Derecho procesal penal recurre a la interpretación restrictiva de las reglas de coacción del sistema y a la interpretación extensiva o a la aplicación analógica de las reglas que conceden facultades a los sujetos del procedimiento (CPP Nación, 2 y 432, II; CPP Córdoba, 3 y 443, III; CPP Mendoza, 3 y 485; CPP La Rioja, 6 y 47; CPP Santiago del Estero, 390 [sólo parcialmente]; CPP Salta, 3 y 478; CPP La Pampa, 3 y 405; CPP Entre Ríos, 3 y 454; CPP Corrientes, 3 y 469; CPP Chaco, 3 y 411; CPP Tucumán, 3 y 443, III; CPP Costa Rica, 3 y 447, II; Pr. CPP Nación [1986], 7 y 322, II). El segundo de los artículos citados inmediatamente antes, referido específicamente a las impugnaciones procesales de decisiones judiciales, contiene el conocido aforismo "donde la ley no distingue, no debemos distinguir" (la facultad de recurrir es concedida a todos), caso especial de interpretación extensiva de las facultades concedidas a los sujetos del procedimiento.

Por lo demás, el orden jurídico se afirma como una *unidad* de sentido —como un sistema—, al menos cultural e ideológica, para la organización de una sociedad, la distribución de bienes en ella y el logro de la paz social. Tal mentada unidad provoca varios fenómenos visibles para la interpretación de la ley. En primer lugar, la existencia de principios políticos básicos, como, por ejemplo, la libertad locomotiva del habitante, la libertad de conciencia, la propiedad privada en el sistema capitalista, la función social de la propiedad privada en un Estado social, la propiedad pública y colectiva en un Estado socialis-

[30] Cf. Alchourrón–Bulygin, *Introducción a la metodología*, caps. VII y IX, ps. 169 y ss., 225 y ss.; Soler, *La interpretación de la ley*, ps. 136 y ss.; *Ley, historia y libertad*, ps. 188 y ss.; Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*, 2ª ed., t. I, §§ XLII y ss., ps. 215 y siguientes.

ta, que tiñen ideológicamente cualquier interpretación jurídica posible de las reglas individuales de un orden jurídico. En segundo lugar, esa unidad y la aspiración de compleción, traducidas en obligación de dar alguna solución a los conflictos que toman estado judicial, provocan la necesidad de evitar contradicciones en el sistema, como, por ej., colisiones entre deberes contrarios, o entre deberes y facultades que se oponen, atribuidos a una misma persona, o a la que puede emerger de una misma facultad, concedida a distintos sujetos, que coliden en el caso concreto, operación para la cual, en casos extremos, no queda otra solución que la ponderación del interés prevaleciente para el orden jurídico. Ello conduce a que la interpretación no sea tan sólo la representación de una definición semántica de una regla aislada, sino, por el contrario, como ya lo hemos dicho, la búsqueda de una solución —sólo una— para el caso concreto en todo el orden jurídico, la compatibilización del significado normativo de todos los segmentos que son utilizados para construir la norma aplicable al caso con el orden jurídico en general, que preside una sociedad determinada (*interpretación sistemática*). Por fin, en tercer lugar, por el hecho de que el orden jurídico es pensado como una unidad, las palabras utilizadas para definir alguna de sus partes poseen dentro de él, con alguna asiduidad, un significado específico de los muchos que es posible atribuirles en el idioma común, cuando no resultan expresamente definidas por la misma ley, circunstancia que reduce la imprecisión propia del lenguaje[31].

La ley define expresamente ciertas palabras que utiliza para comunicar su mensaje: ej., CP, 77 y 78; Pr. CPP Nación (1986), 31 y 142. En otras ocasiones son utilizados conceptos que, a su vez, resultan definidos por reglas legales: ej., *contrato* y sus diversas especies, CC, 1137 y ss.; *cosa*, *bien* y sus diversas especies, CC, 2311 y ss.; la cualidad de una cosa de ser *ajena*, total o parcialmente, CC, 2339 y ss., 2506 y ss. En el Derecho procesal penal, la ley define la calidad de *imputado*: CPP Nación, 62; CPP Córdoba, 80; CPP Tucumán, 80; CPP Costa Rica, 45.

Por último, se debe advertir que el orden jurídico está en un constante proceso de cambio y transformación. Uno de sus preceptos puede ser modificado en su significado no sólo cuando cambia él mismo, por reforma, derogación o reemplazo, sino que como ocurre más comúnmente, puede resultar modificado como producto de otras alteraciones al orden jurídico, alteraciones que pueden referirse a la mis-

[31] Cf. SOLER, *Las palabras de la ley*, XVI, ps. 165 y siguientes.

ma ley general que lo contiene, por ejemplo, el Código Procesal Penal, o a otra ley que integra el orden jurídico, por ej., el Código Civil, el Penal, etcétera[32].

Como paradigma del primer caso sirve analizar cómo las últimas leyes de reformas al CPCrim. nacional (1889), nº 23.050 y 23.465, influyeron sobre la inteligencia de otros preceptos no reformados; por ej., de qué manera influye la reforma puramente interpretativa —interpretación auténtica— del art. 316, inc. 1, sobre el requisito legal que pesa sobre diversas decisiones judiciales para reputar admisible su fundamentación (falta de fundamentación como vicio). Ejemplo del segundo caso es la importancia de las leyes de reformas del CP para los CPP: un cambio en el régimen de la persecución penal (CP, 71 y ss.) involucra todo un cambio de interpretación para el sistema procesal aplicable, según sucedió cuando algunos delitos contra el honor fueron convertidos en delitos de acción pública, por influencia de la decisión administrativa del superior jerárquico en el servicio que imponía denunciar las ofensas proferidas contra los funcionarios que de él dependían[33].

2. Los principios formales que rigen la intepretación

Según ya indicamos sumariamente al terminar el número anterior, el intérprete —fundamentalmente el juez, pero también los participantes en un procedimiento o quien quiera analizar un comportamiento, sucedido o hipotético—, puesto a buscar la solución jurídica de un caso, es auxiliado, en principio, por una serie de reglas formales que la ciencia jurídica construye, y hasta, en ocasiones, positiviza en una ley, a manera de principios lógico-cognoscitivos que gobiernan la operación intelectual llamada interpretación de la ley. Esos postulados han sido algunas veces discutidos como tales, pero la crítica —incluso la bien intencionada— se ha valido, en general, del recurso a la exageración o de la apreciación del Derecho como un fenómeno distinto al que, culturalmente, se define aquí como conjunto de reglas de comportamiento humano, dotadas de abstracción y dirigidas al mundo posible del futuro.

Quien conciba al Derecho como un conjunto de decisiones concretas, esto es, el nominalista —o el realista extremo—, puede utilizar cualquier argumento para negar esas reglas de interpretación, porque, para él, carecen de sentido. En verdad, él sólo apela a un sistema de justicia carismática. Sin embargo, el realista que

[32] Cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, 3ª ed., t. 1, p. 157.

[33] Cf. MAIER, *Acción pública y procedimiento de oficio en los delitos contra el honor*, ps. 525 y siguientes.

conciba el conocimiento humano como referido a reglas, esto es, descripciones abstractas acerca del comportamiento del mundo natural o cultural según existan o dejen de existir ciertos factores, concebirá también reglas de interpretación, aunque para él esas reglas sólo signifiquen predicciones sobre el comportamiento futuro de los jueces dado un cierto problema, predicciones con un grado mayor o menor de acierto, pero sólo fundadas en la manera según la cual los jueces han decidido problemas idénticos o similares con anterioridad. En nuestro sistema, de Derecho legislado parlamentariamente en textos escritos, se observa la "coincidencia" de que a esas predicciones se arriba, en la mayoría de los casos, interpretando el texto de una o varias leyes, razón por la cual las reglas de interpretación y los problemas que plantea un "realista" no distan demasiado de aquellos que plantean los normativistas y, además, esas reglas "realistas" son ciertamente útiles para acercarnos al fenómeno de la interpretación y solucionar sus problemas[34].

Cabe advertir, sin embargo, que esas máximas, calificadas como formales o lógicas, no poseen la pureza formal que, en ocasiones, se pretende, a la manera de las reglas matemáticas; por el contrario, aun las más formales de ellas tienen cierto contenido, precisamente el que deriva de pensar al Derecho bajo el presupuesto de su *unidad*, como *sistema universal* y *armónico* para orientar el comportamiento de los hombres en sociedad y para resolver todo conflicto eventual entre ellos[35]. Esa forma de pensar el Derecho responde a una determinada concepción cultural; no siempre la justicia y el Derecho fueron así pensados y esa representación cultural del fenómeno social, que conforman tanto las reglas jurídicas, como la solución de los conflictos sociales, supone un desarrollo histórico prolongado y una transformación de las organizaciones sociales en su conjunto[36].

Esa *unidad del orden jurídico* es, para quien lo desee, sumamente discutible. Conviven en ese orden, aun apreciado de la manera arriba indicada como *concepción sistemática*, reglas con antigüedad varias veces milenaria (por ej., la represión

[34] Cf. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, cap. IV, ps. 105 y ss., cuya descripción problemática y cuyas soluciones son útiles para estudiar el fenómeno de la interpretación.

[35] Cf. Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*, § XLII y ss., ps. 215 y ss.; Nino, *Introducción*, deriva del *modelo dogmático del legislador racional* (cap. VI, *b*, ps. 328 y ss.) y de ciertas *técnicas de la ciencia dogmática*, utilizadas para sostener su adhesión al Derecho legislado y para mostrar su reformulación del Derecho vigente como extraída de aquél (cap. VI, *a* y *c*, ps. 322 y 333 y ss.), estos preceptos, que no son lógicos, en estricto sentido, ni solucionan con carácter necesario todos los problemas de interpretación, sino que, por el contrario, resultan, en definitiva, afirmaciones valorativas —que se suponen racionales y, efectivamente, lo son, en el mundo cultural actual— contingentes e, incluso, conflictivas entre sí, en los casos a solucionar.

[36] Cf. Weber, *Economía y sociedad*, ps. 170 y ss., y 588 y siguientes.

genérica del homicidio) y otras relativamente recientes (supresión de la esclavitud, de la tortura, de las penas de muerte y corporales). Incluso en el sistema de solución de los conflictos (Derecho procesal) perviven, conjuntamente, distintas representaciones culturales de la justicia: adviértase la mixtión que significa el *juicio por jurados* (CN, 24, 75, inc. 12, y 118) entre jueces populares o jurados que practican la justicia de equidad (del caso, carismática o del Cadí) y jueces profesionales que deciden racionalmente, según reglas previas y abstractas, generales e iguales para todos[37]. Fácil es, entonces, destronar la idea de un legislador único y de la ideología consecuente del orden jurídico.

No obstante, tampoco aquí caben las exageraciones. Un orden jurídico, tal como hoy se concibe, es mucho menos una serie aislada de preceptos que el resultado homogéneo de la decantación histórica de un fenómeno social y cultural: el desarrollo, en el tiempo y en el espacio, de las sociedades políticas. De tal manera, las reglas particulares a él incorporadas sufren la influencia del todo, así como el todo también queda modificado por la incorporación de una nueva regla, ligera o abruptamente, según la intensidad de la transformación, pero, en todo caso, armoniosamente, cual gota de tintura que desaparece en el recipiente con diluyente, no sin antes colorear tenue o intensamente todo el líquido, según la fuerza del colorante[38]. De allí que estos principios conformen la base firme que preside la comprensión del orden jurídico actual, ya se trate, en purismo, de ideales a los que hoy tiende la organización política por medio de reglas jurídicas[39] o de principios jurídicos positivos[40]. De allí también que, intrasistemáticamente, esto es, dentro de una concepción actual sobre el orden jurídico, estos principios —sobre todo los primeros de ellos, que emanan de la idea de unidad y sistematización del orden jurídico— puedan ser considerados formales[41], pues no dependen de una definición ideológica que desea, imagina o, simplemente, coloca el intérprete[42]. No se niega, de esta manera, que el concebir así el orden jurídico tenga una base ideológica, sino que, antes bien, se afirma que, en un Derecho concebido según esta base ideológica, los princi-

[37] Cf. WEBER, *Economía y sociedad*, ps. 657 y siguientes.

[38] Cf. SOLER, *Fe en el Derecho*, XVI, ps. 137 y siguientes.

[39] Cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, cap. IX, ps. 225 y siguientes.

[40] Cf. SOLER, *La interpretación de la ley*, XIX, ps. 165 y siguientes.

[41] Ver nota nº 35. Cf. SOLER, *La interpretación de la ley*, ps. 175 y 182.

[42] Cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, ps. 226 y 239.

pios estudiados a continuación cumplen el papel de máximas formales para la comprensión y aplicación del Derecho positivo.

a) Plenitud del orden jurídico[43]

Con este postulado se menta la cualidad formal de un orden jurídico de ser idóneo para responder a cualquier pregunta que se le formule, en el sentido de dar solución jurídica para cualquier caso que se le plantee, sea este caso hipotético o real. Se afirma, con ello, que el orden jurídico carece de *lagunas*, esto es, que no es posible dejar de encontrar en él la solución de un caso, pues el sistema está *lógicamente cerrado*, virtud que se conoce con el nombre de *plenitud hermética*[44].

La plenitud supone, según se observa, la idea de *compleción* —algunos la llaman *completitud*— o se refiere a ella. Y esta idea, al igual que la característica formal que se atribuye a los sistemas jurídicos de ser *plenos*, se funda, usualmente, en dos órdenes de razones principales:

I. La primera consiste en la *interdefinibilidad entre la acción prohibida y la permitida*: prohibir una acción es lo mismo que no permitirla y viceversa. De la misma manera, si una acción no está prohibida quiere significar que está permitida. Según se observa, un axioma de este tipo es el que transforma en legislación positiva la CN, 19: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

La cláusula constitucional, sin embargo, dice algo más o se propone algo distinto. Ella pretende fijar el ámbito de libertad jurídica, por oposición al ámbito del deber jurídico, compuesto tanto por las prohibiciones como por los mandatos. De este modo, si una acción no está prohibida, ni mandada, cae dentro del ámbito de libertad, esto es, del reino absoluto de la voluntad humana no reprochable jurídicamente, pues tanto si se lleva a cabo, como si se omite su realización, el hecho no es censurable por ser contrario al deber jurídico. Ello nada adelanta acerca de si la acción posee consecuencias jurídicas o carece de ellas. Recurrir una

[43] Cf. Cossio, *La plenitud del orden jurídico*; Soler, *Ley, historia y libertad*, § 14, ps. 188 y ss.; *La interpretación de la ley*, XV, ps. 136 y ss., XX, ps. 171 y ss.; Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*, §§ 45 y ss. ps. 228 y ss.; Alchourrón-Bulygin, *Introducción a la metodología*, cap. IX, ps. 225 y siguientes.

[44] Cf. Soler, *La interpretación de la ley*, p. 136. Soler integra esta cualidad formal del Derecho, de ser un sistema cerrado lógicamente, con su *finitud lógica*, característica de los conceptos (abstractos) que se opone, precisamente, al principio de *infinidad de lo real*, en el sentido del conocimiento de las cosas singulares, y que consiste en que toda abstracción delinea su objeto con una serie limitada de notas características, y sólo con esas notas y ninguna otra, que lo definen totalmente; cf. *Ley, historia y libertad*, ps. 193 y ss.; Romero-Pucciarelli, *Lógica*, p. 42.

sentencia judicial o consentirla, omitiendo recurrirla, son actos libres —en el sentido de exentos de regulación por una regla que imponga un deber—, pero que no poseen el mismo valor jurídico, en el sentido de que la realización del primero produce ciertas consecuencias jurídicas, consecuencias que no se producirán si se omite el acto. En cambio, que yo pasee por un parque en mi tiempo libre o que no lo haga, si no interviene una circunstancia especial carece de interés jurídicamente. Ello proviene del hecho de que, dentro del ámbito de la libertad jurídica, opuesto al del deber por comparación residual, existen actos u omisiones que nada significan para el mundo del Derecho (son indiferentes) y otros cuya realización acarrea consecuencias jurídicas[45].

Según este principio (*de prohibición*), toda acción tendría *status normativo* por el simple hecho de que, si el Derecho no la prohíbe, automáticamente adquiere el carácter de conducta permitida; con más amplitud aún, según la regla constitucional citada, se es libre, jurídicamente, de hacer u omitir una acción, según se desee, cuando no existe un deber jurídico de omitirla o de llevarla a cabo. El problema es que, según parece, tal calificación normativa (acto permitido), adjudicada a una acción por la actuación de una regla negativa, que todo sistema poseería por el simple hecho de ser un sistema normativo (quizá jurídico), es, en primer lugar, demostrable históricamente como contingente, desde el punto de vista material, y, en segundo lugar, no resuelve todos los posibles conflictos sociales imaginables.

En cuanto al primer problema, la historia del Derecho penal está plagada de ejemplos históricos, abstractos (reglas) y concretos (hechos o casos), en los cuales el sistema penal distaba de funcionar como un sistema *cerrado* de descripción del comportamiento ilícito y punible (piénsese en la fórmula de la *Constitutio Criminalis Carolina*, art. 105, en el § 2 del Cód. Penal alemán de la época nacional-socialista[46] o en la condena y ejecución de Ana BOLENA). En realidad, sólo conocemos al Derecho penal material como *sistema cerrado de ilicitudes*, a partir del Iluminismo y la revolución política que prohijó, a partir del dominio de la cláusula de cerramiento expresada con el aforismo latino *nulla poena nullum crimen sine lege praevia*, fundante del principio de legalidad[47]. Se puede argumentar, lógicamente, que el recu-

[45] Cf. MAIER, *Función normativa de la nulidad*, § 4, ps. 113 y siguientes.

[46] Cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, t. I, § 13, II, ps. 106 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. II, nº 631, ps. 332 y ss., nº 666, ps. 426 y s., nº 675 y ss., ps. 438 y ss., nº 677 y ss., ps. 444 y siguientes.

[47] Cf. SOLER, *La formulación actual del principio nullum crimen*, p. 279; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, § 11, *b*, 2, ps. 83 y siguientes.

rrir a la cláusula residual del "espíritu del pueblo alemán", para punir toda acción u omisión que "contra él atente", nada dice contra el principio de prohibición, pues él opera, precisamente, para declarar permitida a toda acción que, sin infringir ninguna de las otras normas penales, tampoco atenta contra el "espíritu del pueblo alemán"; pero ello significaría, a la par de una ingenuidad política, una explicación falsa de la función normativa material que cumplen cláusulas como ésa o como el recurso a la analogía en el Derecho penal: ampliar el poder penal del Estado de modo tal que sus límites no existan (sistema abierto) y de que él se pueda utilizar al arbitrio de quien lo manipula. Ello demuestra que, pese a la validez formal del principio, "no prohibido = permitido", él es una verdadera tautología, en el sentido de que la igualdad no dice más que el primero de sus términos, por tanto, una fórmula vacía que no permite predicar algo sobre el funcionamiento material del Derecho[48].

El mismo ejemplo se puede repetir en el Derecho procesal penal y ya no con reglas de deber, sino, también, con normas facultativas o de competencia: cumplen esta misma función política las reglas referidas al encarcelamiento preventivo que, bajo pretexto de constituir una excepción a un reglamento aceptable según la teoría propia del Estado de Derecho sobre la institución, facultan a los jueces ya sea a rechazar la excarcelación, ya a encarcelar preventivamente, con una fórmula lingüística que carece de todo significado racionalmente descriptible. Así, por ejemplo, la fórmula de la "gravedad y repercusión social del hecho" para impedir arbitrariamente la libertad bajo caución de un imputado, claramente procedente según las reglas específicas (CPCrim. nacional [1889], 380, texto de la ley nº 21.306, hoy derogado) o aquella que la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación (cuyo texto no guarda relación con las instituciones del Proyecto y delata, por el idioma [mal empleado], la formación y filiación histórico-jurídica de sus autores) agregó al Pr. CPP Nación (1986), para facultar a los jueces a encarcelar preventivamente dejando de lado los presupuestos básicos que regulan toda coerción procesal en un Estado de Derecho: "Que los antecedentes del imputado demuestren una proclividad al delito..." (orden del día nº 766 de las sesiones ordinarias de 1988).

Todas estas reglas, en sí indefinibles semánticamente, como el debate parlamentario lo reconoció[49], o, en todo caso, que mentan una situación incomprobable por medios empíricos, que, sin embargo, se manda verificar ("demostrar una proclividad al delito"), no representan otra cosa que aperturas para el poder, no sujeto a reglas, de quien aplica la norma, esto es, una apertura para la arbitrariedad, o, mejor dicho, para la represión subjetiva, sin fundamento objetivo.

[48] Cf. VERNENGO, *Curso*, 2ª ed., p. 384.

[49] Cf. MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, § 6, ps. 98 y siguientes.

La segunda objeción reside en el argumento de que el valor de una acción permitida no agota la posibilidad de conflictos sociales irresueltos por el Derecho. En efecto, se argumenta que si una acción está permitida para mí, y no existe para los demás una prohibición de impedirme esa acción, el conflicto sin solución jurídica salta a la vista no bien yo decida realizar la acción permitida y otro impedírmela[50], o, de manera idéntica, dos o más personas decidan llevar a cabo la acción permitida al mismo tiempo, cuando sólo una acción es posible (estacionar los vehículos que conducen en un lugar donde sólo cabe uno de ellos). Regularmente, la prohibición de impedir la acción de otro se vincula con el derecho de exigir, coactivamente, que se cumpla el deber de abstención, y a una acción procesal para ejecutar la exigencia, esto es, a una *facultad* que instituye un "derecho". *Permitido* significaría, así, para el principio formal de prohibición, no más que una forma distinta de decir *no prohibido*, esto es, según antes observamos, una tautología; en consecuencia, por esta vía no se fijaría, positivamente, el *status* normativo de una acción: sólo se podría predicar de ella, negativamente, que no está prohibida. Para significar algo más se requeriría que no sólo se explique que la acción cae dentro del ámbito de la libertad jurídica, sino, además, que se otorgue a alguien una facultad inherente a la realización de la acción.

La misma objeción se apoya sobre el argumento de que el operador deóntico "permitido", deducido del hecho de que la acción no está prohibida, no define, ostensiblemente, el carácter de la acción, pues nada dice acerca de si la acción permitida, según la regla residual, es obligatoria o no lo es[51].

Todas estas objeciones merecen, a su vez, réplicas; por ej., se contesta la última de ellas con la misma regla de la CN, 19: si, además de no prohibido = permitido, la acción no mandada significa ausencia de obligación de hacer, el círculo se cierra y es posible establecer que la acción de que se trata ingresa al ámbito de libertad jurídica, al reino de la autonomía de la voluntad no reprochable jurídicamente. Por otra parte, pudiera ser que esta determinación fuera lo único impor-

[50] Cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, cap. VII, nº 5, ps. 184 y ss. Conviene leer los párrafos de Hans KELSEN que ellos citan, pues de la mano de ellos se pretende verificar los dos significados de la valoración "acto permitido": *permisión débil* = no prohibido; *permisión fuerte* = no prohibido, pero prohibido para otros interferir con mi conducta.

[51] Cf. VERNENGO, *Curso*, p. 385.

tante para el caso, como sucede cuando se trata de la aplicación del Derecho penal, con lo cual el hecho de que no se pueda adjudicar a los demás el deber de abstenerse de impedir la acción o el de fundar una facultad (permisión fuerte) para exigir el cumplimiento de ese deber, en cabeza de quien se predica que realiza la acción de modo permitido, resulta absolutamente indiferente para decidir el caso: la solución sólo requiere conocer si la acción (u omisión) cae dentro del ámbito de libertad jurídica, esto es, en lenguaje del Derecho penal, si ella, en principio, es punible o no lo es.

Por lo demás, no es necesario poder fundar principios lógico-formales absolutamente verdaderos y, por tanto, universales, para proceder metodológicamente de la manera que predican quienes se adhieren al sistema jurídico la característica de ser pleno, hermético y completo[52]. Basta con pensar que esas características son propias de los sistemas jurídicos actuales, fundados en la idea del Estado de Derecho, que contienen entre sus reglas cláusulas de cerramiento o clausura, tales como la constitucional (art. 19) indicada arriba[53]. Ella, aun predicada como contingente, propia de un sistema político, soluciona el problema de la compleción, al menos para el ámbito en el que rige (distinción entre el mundo del deber jurídico y el de la libertad jurídica). Piénsese en que sería sencillo completar el cerramiento para todo un sistema u orden jurídico, en tanto se previera, para el ámbito de la libertad jurídica o de la autonomía de la voluntad, un principio que nos dijera que toda acción u omisión a la que el Derecho no vincula una consecuencia jurídica determinada (norma potestativa), es, automáticamente, indiferente, esto es, carece de consecuencia jurídica alguna.

Se debe aceptar, si eliminamos el prejuicio de demostraciones y casos extremos, que esta idea, la de plenitud, hermetismo y compleción, es la que hoy domina culturalmente el concepto de orden jurídico, pues constituye un ideal racional propio de la ciencia jurídica actual[54]. De allí, precisamente, que hoy domine el método de interpretación llamado *sistemático*, mediante el cual se procura recons-

[52] Para algunos la afirmación de esta característica constituye un predicado ontológico, necesariamente verdadero en todo orden jurídico: cf. Cossio, *La plenitud del orden jurídico*, en especial, cap. II, ps. 51 y siguientes.

[53] Cf. Alchourrón-Bulygin, *Introducción a la metodología*, ps. 189 y siguientes.

[54] Cf. Alchourrón-Bulygin, *Introducción a la metodología*, cap. IX, ps. 225 y ss.; Vernengo, *Curso*, p. 382; Nino, *Introducción*, cap. VI, ps. 321 y ss., con referencia a la *dogmática jurídica*, aun crítico.

truir un orden jurídico o las partes que lo integran con categorías y clasificaciones analíticas, que establecen líneas conductoras de un conjunto armónico, sin contradicciones, esto es, de un sistema (ciencia jurídica *dogmática*); ha quedado atrás la exégesis, glosa o comentario de los preceptos legales, que permitían establecer el alcance de reglas u oraciones particulares, y el método histórico puro, que derivaba la comprensión de las reglas de una supuesta voluntad real del legislador originario[55].

II. Otro de los argumentos en el que se ha fundado la plenitud y compleción del orden jurídico reside en el deber del tribunal de decidir el caso, esto es, de darle solución cuando se acude a él para ello, sin poder excusarse de dictar el fallo (*non liquet*) ni siquiera demostrando la ausencia de una solución normativa que permita fundar la decisión (CC, 15). El argumento ha sido fácilmente descalificado: el hecho de que se designe a alguien para que rellene los "baches" de una calle en nada empece a la afirmación de que las calles tienen o, mejor dicho, pueden tener "baches", antes bien, confirma ese aserto[56].

La tesis no adquiere mayor consistencia ni jerarquía conceptual cuando se la explica integrando el orden jurídico con la llamada *norma individual*: las normas generales, abstractas, pueden conducir a la indeterminación normativa de alguna conducta o relación, pero el orden jurídico no puede poseer lagunas en la medida en que no contiene sólo normas generales, sino, además, normas individuales, en el sentido de decisiones de los órganos de aplicación[57]. El problema no se reduce a un contenido semántico: quienes predican la posibilidad de que existan lagunas advierten acerca de que no toda solución (decisión) de los órganos que aplican el Derecho se puede fundar en una regla preexistente, por tanto, general y abstracta, del orden jurídico[58].

El argumento no sólo flaquea desde el punto de vista puramente racional, sino que, además, es falso desde su premisa explicativa: la existencia de una regla de deber que *siempre* le impone al tribunal la obligación de definir por sí o por no todos los casos frente a una de-

[55] Cf. VERNENGO, *Curso*, p. 414, demuestra que también lo que se comprende por *conocimiento del Derecho* es históricamente contingente y, con ello, también son contingentes los *métodos de interpretación* que adopta la ciencia jurídica en un determinado tiempo y lugar.

[56] Cf. CARRIÓ, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, p. 48; ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, p. 182; VERNENGO, *Curso*, ps. 383 y siguiente.

[57] ATIENZA-GARCÍA OLANO-VILANOVA, *Introducción al Derecho*, 1ª ed., cap. VIII, 56, nº 27, ps. 206 y siguiente.

[58] Cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, cap. VIII, ps. 202 y siguientes.

terminada pretensión de aplicar la ley en un sentido determinado, para obtener alguna consecuencia. Sobre todo en materia penal, tal premisa es falsa desde el punto de vista histórico, pues el Derecho penal conoció instituciones similares al *non liquet* y a la *poena extraordinaria*, que, precisamente, fundaban sus soluciones en la imposibilidad de decidir el caso afirmativa o negativamente. Más allá de ello, la afirmación continúa siendo hoy parcialmente falsa, en materia penal, pues existen decisiones judiciales que, desde el punto de vista material, significan, precisamente, todo lo contrario, es decir, la renuncia del Estado a decidir el conflicto o, por lo menos, a decidirlo de manera dilemática, con la ley penal. Repárese, por ej., en la clausura provisional de la persecución penal durante el primer tramo del procedimiento (instrucción), en el llamado *sobreseimiento provisional* (CPCrim. nacional [1889], 435; Pr. CPP Nación [1986], 281) o en la citada como *prórroga extraordinaria de la instrucción* (CPP Córdoba [1970], 342; CPP Mendoza, 348; CPP La Rioja, 383; CPP Salta, 344; CPP Corrientes, 341; CPP Entre Ríos, 339; CPP Costa Rica, 325), instituciones equivalentes que no significan otra cosa, materialmente, que la renuncia —al menos temporal— del Estado a dar alguna solución al conflicto.

Existen, en el Derecho penal y procesal penal modernos, otras instituciones de significado singular. La *suspensión del juicio a prueba*, como toda forma de *diversificación* de la reacción penal (*diversion*), propone, básicamente, no aplicar la ley penal, ni perseguir penalmente al imputado, reemplazando esa reacción por ciertas respuestas voluntarias del imputado respecto de la imputación, dentro de un plazo determinado. Se puede sostener que la puesta en marcha de estas instituciones significa, también, aplicar la ley, como ocurre en el caso más extremo de la *condenación condicional*, y nadie podrá contradecir esta opinión desde el punto de vista formal; pero nadie dudará, tampoco, en afirmar que, materialmente, cualquiera de estas instituciones significan renuncia a la aplicación de la calificación normativa que la acción u omisión merece, según las reglas jurídicas, y a las consecuencias que de ella emergen, en fin, renuncia a la solución penal del caso, para acordar con el imputado otro tipo de solución que se estima más conveniente (reparatoria, conciliatoria, terapéutica, etcétera).

La aplicación del *principio de oportunidad*, por sustitución total o parcial del de *legalidad*, conduce a la misma afirmación: renuncia a decidir el conflicto, al menos bajo la óptica del Derecho y del proceso penal (Pr. CPP Nación [1986], 230)[59].

Sin embargo, la deficiencia del argumento no puede ocultar la fuerza que la idea de compleción tiene para todo ordenamiento jurí-

[59] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, ps. 125 y siguientes.

dico actual. En efecto, si se trae a colación el deber de los jueces de fundar sus decisiones en las reglas jurídicas vigentes y se tiene presente la prohibición de abstenerse de dar solución al caso (deber de decidir), sólo se puede concluir en la afirmación de que el orden jurídico —"el legislador"— "cree", sinceramente, en la ausencia de lagunas, en que apelando a sus reglas se soluciona, conforme a ellas, todo conflicto social que se presente. Es por ello que las mismas reglas, conscientes de que esta hipótesis no puede ser verificada, debido a la infinitud de las situaciones fácticas que pueden llegar a existir, mandan acudir, en algunas zonas jurídicas, a procedimientos de compleción del sistema, como la analogía y los principios generales del Derecho (CC, 16), que cumplen la misma función que las reglas de clausura, aunque trabajando de manera inversa a ellas.

III. Si apelamos al sentido común y dejamos de lado el pensamiento crítico extremo, consistente en exagerar el valor de ciertas afirmaciones, para poder contradecirlas rigurosamente, observaremos que los ordenamientos jurídicos modernos y el estilo actual de la ciencia que los describe (dogmática) suponen su propia plenitud y compleción: parten de esa hipótesis, a pesar de que se conoce la imposibilidad de demostrarla y hasta se puede tener conciencia de la existencia de alguna "laguna" concreta. Tal punto de partida es evidente cuando se observa la existencia conjunta de los dos deberes fundamentales de un tribunal ante un caso judicial: decidirlo, dándole una solución *dilemática* (positiva o negativa a la pretensión del actor), y fundar esa decisión en una regla del sistema; ello supone que siempre es posible hallar una regla en el sistema jurídico concreto que menciona la solución del caso, o, lo que es idéntico, que todo conflicto social tiene su solución determinada por alguna norma del orden jurídico aplicable; pensar de otra manera significaría admitir que el "legislador" es incoherente, pues impone obligaciones cuyo cumplimiento sabe que es imposible, en algunos casos[60]. Por lo demás, se verá también que el mentado "legislador" procura evitar, al extremo, incoherencias en el sistema, esto es, la existencia de varias reglas que reclaman aplicación a un caso y que se contradicen al determinar su solución.

Seamos, sin embargo, correctos para describir un orden jurídico moderno y la teoría científica que lo apoya. En principio, la tenden-

[60] Cf. Alchourrón-Bulygin, *Introducción a la metodología*, ps. 208 y siguientes.

cia codificadora y sistemática pretende, y en gran medida consigue, regular mediante descripciones abstractas soluciones preestablecidas para todo conflicto social concreto que se presente. Además, consciente de que lograr ese objetivo mediante reglas directas es poco menos que imposible, cualquier orden jurídico contiene, para ciertas materias que lo componen, reglas de clausura (por ej., CN, 19) y, para otras, reglas de extensión (CC, 16), que procuran, por vías distintas, completar el sistema. Tampoco es reprochable que, a pesar del intento de coherencia entre sus reglas, ellas resulten, en algún caso, contradictorias: el mismo orden jurídico y la teoría que lo explica contienen reglas o elaboran formas de ponderar el conflicto de reglas, para aplicar sólo una (solución) al caso concreto. Por último, el hecho de que el mismo orden jurídico imponga al juez deberes de cumplimiento imposible, en algún caso concreto, como el de fundar la decisión en una regla del sistema, cuando es posible que él carezca de definición o solución normativa para el conflicto a decidir, es parte de un fenómeno más general, conocido en el mundo jurídico (por ej., deber de auxilio de una persona inhabilitada para prestarlo) que, para el caso, se resuelve cumpliendo la parte posible de la regla y aclarando la imposibilidad de cumplir el resto, esto es, decidiendo, conforme a parámetros valorativos extraños al sistema jurídico, aclarando previamente que no existe solución intrasistemática.

Vale la pena repetir que el Derecho no prohija lagunas, ni tan siquiera las tolera, y se esfuerza por eliminarlas del sistema mediante reglas específicas. El tratamiento que merece el tema es muy similar al que provoca la existencia de la sentencia definitiva: unos, exagerando el valor teórico de lo que significa la existencia de una sentencia firme, final, extraen conclusiones tales como que existen oráculos jurídicos, los jueces y sus decisiones concretas, y, por el contrario, no existen o carecen de significado las reglas aplicables; otros, en cambio, prefieren aceptar, con mayor sentido común, que una sentencia final se puede apartar, sin remedio, de la solución legal, que su existencia sólo se justifica por el fin práctico que cumple el Derecho, decidir conflictos sociales y solucionarlos, y que de ella no se predica infalibilidad, sino tan sólo su carácter de definitiva; estos últimos juristas advierten, además, que el Derecho redobla esfuerzos para sujetar las soluciones judiciales a las previsiones legales: recursos contra la sentencia, inclusive contra la sentencia firme (revisión).

b) Coherencia del orden jurídico

Los sistemas jurídicos actuales (órdenes jurídicos nacionales) no sólo pretenden ser completos (dar solución para todo conflicto eventual), sino, también, ser coherentes; esto significa lo mismo que predicar la *inexistencia de contradicciones* en el sistema, esto es, de varias soluciones normativas distintas para un mismo caso, aplicando las reglas del sistema.

Ocurre con esta afirmación, algo similar a lo que supone el postulado de la *plenitud hermética*: se trata de un ideal racional de los sistemas jurídicos actuales, aunque los órdenes jurídicos concretos que existen no puedan descartar estos conflictos normativos y aunque, de hecho, conozcan que los poseen. Piénsese, para advertir la necesidad racional de describir un orden jurídico como coherente —sin contradicciones—, que aceptar la existencia de una contradicción no sólo significa que existe más de una solución para un mismo caso, sino, antes bien, por ley lógica, aceptar que el caso soporta cualquier solución, afirmación que equivale a afirmar que no tiene solución y, con ello, a negar el postulado de la plenitud y compleción[61].

Así como, para sostener el ideal racional de la plenitud y compleción, los sistemas recurren a las cláusulas de cerramiento, a la analogía y a los principios generales de un orden jurídico, en procura de dar a quienes lo manejan la posibilidad de encontrar una solución normativa para cualquier caso que se presente, también los juristas han desarrollado una serie de principios interpretativos para evitar las contradicciones que pudiera padecer el sistema. Es que el hecho de la existencia de contradicciones afecta tan profundamente al orden jurídico, concebido culturalmente como un sistema —por tanto, armónico—, que los juristas han debido crear reglas de ajuste para evitar colisiones[62]. Algunas de estas reglas de ajuste están representadas por los principios designados como *lex superior*, *lex specialis*, *lex posterior*[63] y las formas variadas de solucionar los conflictos de deberes o facultades.

Este predominio de la racionalidad formal como ideal de la ciencia jurídica actual, proviene, culturalmente, de la necesidad y utilidad de que la vida social, con ella el orden jurídico y la forma en que se conducen las personas y, sobre todo, los órganos del Estado sean previsibles, controlables y se minimice la arbitrariedad, características de todo sistema social actual[64].

Cabe acotar, antes de ingresar al estudio de los principios que intentan gobernarla, que la incoherencia no siempre se presenta como

[61] Cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, ps. 101 y siguientes.

[62] Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., ps. 209 y ss., 280 y 329; VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 210; citados por ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, como ejemplos de quienes niegan el carácter sistemático a un conjunto de reglas que adolecen de alguna incoherencia.

[63] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, caps. IV, XXVI, ps. 124 y siguientes.

[64] Cf. VERNENGO, *Curso*, ps. 419 y ss., parafraseando a MAX WEBER.

caso académico, esto es, no aparece únicamente en el caso más sencillo, el de la superposición perfecta o total. Este caso se presenta cuando ambas reglas poseen el mismo alcance y, sin embargo, conducen, como caso general, a soluciones distintas. Sucede que la incoherencia se puede presentar como una excepción a una regla de carácter más general, esto es, aplicable en el supuesto de excepción, pero también a otros casos. Por último, según se ha visto, las reglas entran en combinaciones diversas, impredecibles genéricamente, cuando se unen para conducir a la solución de un caso concreto; allí también, a pesar de que ambas reglas, miradas genéricamente, no parezcan contradecirse y resistan su pertenencia a un único sistema, pueden entrar en contradicción y presentar el problema de la opción por la vigencia de una sola de ellas.

I. *Lex superior* designa el principio interpretativo según el cual el conflicto entre reglas de distinto nivel jerárquico se soluciona dando preferencia a la aplicación de la regla de nivel jerárquico superior. La ley de nivel jerárquico superior desplaza a la de nivel jerárquico inferior; por ej., la Constitución desplaza a la ley común, y la ley al decreto que la reglamenta.

Empero, para que el principio funcione, él supone, en primer lugar, que el orden jurídico particular de que se trata reconoce reglas de distinto nivel jerárquico, esto es, que posee una estructura piramidal, con leyes que determina no sólo la competencia del órgano encargado de sancionar la ley inferior y la forma de sancionarla, sino, incluso, el contenido —limitado— permitido para la instancia inferior, de modo tal que la ley superior condiciona la *vigencia* de la inferior. En efecto, la regla supone que una ley inferior, cuyo contenido entra en contradicción con una norma de nivel superior, *no puede ser tenida por vigente*. De hecho, los órdenes jurídicos actuales, en especial aquellos surgidos de la tradición europeo-continental, poseen este tipo de cualidad jerárquica entre sus normas y leyes.

El principio también supone la existencia de leyes diversas, tal que pueda existir un orden de prelación entre ellas. Aunque no es impensable que se pueda establecer jerarquías entre normas de un mismo cuerpo legal, cierto es que, en la realidad, los órdenes jurídicos que parten del principio jerárquico establecen diferencias de niveles entre leyes, esto es, entre cuerpos normativos autónomos y completos de un mismo orden jurídico; no lo hacen, en cambio, entre reglas distintas de una misma ley —salvo la diferencia regla-excepción, que veremos enseguida—, aunque nada lo impediría.

Esta diferencia de nivel jerárquico entre diversas leyes o cuerpos normativos autónomos supone, ordinariamente, una variación en la competencia del órgano sancionador —por ej., una convención constituyente, elegida al efecto, sanciona o modifica la Constitución (CN, 30), el parlamento (Congreso de la Nación) sanciona la ley común (CN, 75, inc. 12) y los decretos reglamentarios pertenecen a la competencia del Poder Ejecutivo (CN, 99, inc. 2)— o, cuando menos, una variación en la forma requerida para el acto de su sanción, de manera tal que se puede distinguir fácil y rápidamente los distintos niveles normativos por el órgano que sancionó la ley o por la forma de su sanción.

Más allá de ello, el principio también supone algún mecanismo de control acerca de la misma regla interpretativa, en el sistema de aplicación de la ley. En términos corrientes para nosotros, supone que existen tribunales con competencia para estimar inaplicable una ley, porque su contenido es incoherente con una norma de orden superior o, referido sólo a la ley fundamental, "que los tribunales tengan competencia para revisar la constitucionalidad material de las leyes"[65], principio que nosotros conocemos bajo el nombre de *supremacía constitucional* y que derivamos del art. 31 de nuestra Constitución nacional[66].

Desde el punto de vista lógico, el principio es fácil de operar y no presenta dificultades, de modo tal que supera las principales incoherencias del sistema, sobre todo aquellas de nivel ideológico (protección constitucional a la defensa del justiciable vs. desprecio a este derecho de la ley de procedimiento). Pero, en la vida práctica, las cosas no se presentan de la misma manera: ni las incoherencias son, de ordinario, fácilmente distinguibles, ni, aun cuando así resultaren, son reconocidas por el tribunal encargado de advertirlas.

Un ejemplo de la primera situación responde a la pregunta acerca de si la incomunicación del imputado puede ser permitida por la ley procesal, sin lesión para el Estado de Derecho (derecho de defensa en juicio, CN, 18) y, en su caso, con qué limitación temporal; un ejemplo de la segunda situación son los fallos contradictorios, inclusive de la Corte Suprema, acerca de la posibilidad, para la ley penal común, de punir la llamada "tenencia de estupefacientes para estricto consumo personal" o, mejor expresado, cuando el hecho se deba calificar como una "acción privada, que no ofende el orden y la moral pública, ni perjudica a un tercero" (CN, 19)[67].

[65] Cf. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 128.

[66] Bergalli, *Estado democrático y cuestión judicial*, II, A, ps. 25 y siguientes.

[67] Ver los vaivenes de la CSN en esta materia, en "Bazterrica" (*Fallos CSN*, t. 308, p. 1412) y "Montalvo, Ernesto Alfredo" (*LL*, t. 1991-C, ps. 80 y ss.).

De ello se desprende que algún grado de incoherencia sistemática es presumible que exista y, más aún, que sea tolerada por el sistema (orden jurídico). A pesar de que, lógicamente, la incoherencia existe o no existe, esto es, no resulta medible, en la práctica los órganos encargados de aplicar la ley, fundamentalmente los tribunales (y, entre ellos, los superiores) establecerán el nivel de incoherencia aceptable o tolerable en el sistema; no se debe olvidar que los principales problemas son, por una parte, de alcance de una expresión, según interpretación, y, por la otra, de nivel ideológico: ¿qué exige la oración "es inviolable la defensa en juicio" (CN, 18)? Pero también es cierto que un sistema con incoherencias graves entre leyes superiores e inferiores no puede resistir como tal.

II. El principio *lex specialis* designa otro tipo de superioridad de una norma sobre otra, que permite superar dificultades de interpretación por incoherencia: se trata aquí de afirmar la aplicabilidad de la excepción frente a la regla. La mayor parte de las veces el orden jurídico indica, con claridad, que es aplicable la solución de la excepción, a pesar de contradecir la regla; utiliza para ello un sinnúmero de indicadores que facilitan la tarea interpretativa, algunos explícitos —palabras que denotan la excepción—, otros implícitos —ubicación sistemática—[68].

Algunos ejemplos: según el Pr. CPP Nación (1986), 129, las resoluciones judiciales son dadas a conocer a los destinatarios en su domicilio (real o legal, según el caso), *salvo que* ya hayan comparecido en el procedimiento, en cuyo caso rige el domicilio especial constituido, o que estén privados de la libertad, en cuyo caso rige el lugar de la detención, o que no se conozca el domicilio, en cuyo caso rige el sistema de notificación pública; Pr. CPP Nación (1986), arts. 229, 230 y 231: deber, para el ministerio público, de promover y proseguir la persecución penal, y prohibición de suspender, interrumpir o hacer cesar el ejercicio de la acción penal (principio de legalidad), *salvo en los casos* de oportunidad que la ley prevé como excepción; ver, además, CC, 85, 86, 87 y 108, I; CP, 43, 49, 81 y 185.

Tal forma de solución de estos problemas se justifica porque siempre la excepción representa una limitación al alcance de la regla general, esto es, a la aplicabilidad de la solución que esta última prevé.

A pesar de que el principio lógico es indiscutible —la regla particular limita a la general—, existen, sin embargo, casos en los cuales la ley no indica con claridad que se trata de una excepción, o bien que

[68] Cf. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 126.

es aplicable esa solución y no la de la regla general; imprevisiones o "traiciones" del propio lenguaje superan al legislador mejor intencionado. La mayoría de los casos son un ejemplo de la imposibilidad de distinguir la regla de la excepción o, dicho de otro modo, la regla de su limitación.

En el curso de las labores preparatorias para poner en ejecución el Proyecto del CPP Nación (1986), una vez sancionado por el Parlamento, se presentó un problema de interpretación en su art. 231: se trataba de saber, para programar la asignación de casos, si la *suspensión del proceso a prueba* era decidida por el juez que controlaría la instrucción o por el tribunal del procedimiento intermedio. La primera era la solución que, por su ubicación y función, deberíamos atribuir a la regla, pues el art. 231 del Proyecto está colocado en el procedimiento preliminar (instrucción o procedimiento preparatorio de la acción penal pública): el juez de la instrucción controla la labor del ministerio público en ese período procesal y a su cargo están las resoluciones jurisdiccionales correspondientes, durante ese período. La segunda es la solución que trata la regla como una excepción: correspondía al tribunal competente para tramitar el procedimiento monitorio, pues a ese procedimiento se remitía, como excepción, para obtener la decisión acerca de la suspensión de la persecución penal y porque, además, se había utilizado la designación "tribunal" —típica, en el Proyecto, para designar a todo cuerpo judicial que no fuera el juez que controlaría la instrucción— en lugar de la de "juez" o "juez de la instrucción". Según se observa, las dos soluciones son idénticamente fundables, de modo tal que, en purismo, el caso no tiene solución fija. El doctor Alberto BINDER y yo, quienes habíamos trabajado la regla durante las labores preparatorias del Proyecto, tuvimos que reconocer nuestra imprevisión en la consulta; la utilización del idioma también nos había jugado una mala pasada.

La mayor sofisticación del empleo del principio *lex specialis* (la excepción desplaza a la regla) se puede apreciar de la mano de los criterios que la dogmática jurídico-penal pergeña para resolver el problema que ella titula *concurso de leyes* o *concurso aparente* (ver V).

III. *Lex posterior* designa el principio según el cual se prefiere la ley más moderna a la más antigua, si ambas, aplicadas a un caso, conducen a distintas soluciones normativas, esto es, a soluciones contradictorias. El principio se justifica por la competencia del legislador, que no sólo abarca la de sancionar una ley nueva, sino, también, la de derogar una anterior. De tal manera, cuando dicta una nueva ley, si es incompatible con la anterior —total, parcialmente o en un caso dado—, deroga esta última (parcial o totalmente, o para el caso particular).

Este es el principio que rige las derogaciones implícitas, del que tanto abusa nuestro legislador: se prefiere culminar la ley con la regla, "derógase toda disposición legal que se oponga a esta ley" (en verdad el texto dice "a la presente ley"), que tomarse el trabajo de estudiar, identificar y nombrar, en lo posible, las leyes que no soportan, por incoherencia, la vigencia de la nueva ley; en muchas ocasiones ello crea una incertidumbre total acerca de las leyes vigentes, dificulta la búsqueda de la ley vigente y multiplica innecesariamente los datos e información a retener y tener en cuenta. Claro es que, según veremos, en ocasiones la incohe-

rencia no es total o parcial, por superposición de soluciones generales distintas, sino que, tan sólo, se advierte al tratar un caso particular y, por ello, resulta imposible acudir al procedimiento explícito de derogación.

Aquí también, teóricamente, el principio es de aplicación fácil y soluciona perfectamente los casos a los cuales se refiere. Pero, en la práctica, el problema se puede presentar harto difícil. Cuando la incoherencia opera por superposición perfecta de soluciones, antes una, hoy otra, es decir, es total y general, la solución es sencilla. Otro tanto ocurre cuando, a pesar de no ser así, la nueva solución se introduce como una excepción al caso general que soluciona, de diversa manera, la regla anterior, pues rigen, al mismo tiempo, el principio *lex posterior* y *lex specialis*. Empero, cuando se introduce una nueva regla general, frente a excepciones anteriores, reemplazando la anterior regla, y no se expresa si las excepciones anteriores siguen vigentes, se presentará el problema, difícil de resolver en ocasiones, acerca de si estas últimas rigen o han sido derogadas. Lo mismo ocurrirá en los casos en los cuales el problema se presenta sólo con relación al caso concreto, pues sólo en él —o en casos idénticos— entran en combinación ambas reglas, las cuales, de manera general, aparentemente, contienen soluciones armónicas. Las dificultades aumentan cuando se trata de una misma ley —cuerpo normativo autónomo— y las contradicciones que se pretende solucionar con el principio *lex posterior* operan internamente.

IV. Los conflictos de deberes, o de deberes y facultades o, simplemente, entre facultades son las muestras más claras de incoherencia del sistema: coliden, en una situación de hecho idéntica y para una persona, dos reglas, una que manda realizar una acción y otra que la prohíbe, una que prohíbe llevar a cabo una acción y otra que faculta para llevarla a cabo —caso similar al anterior, aunque menos drástico—, o una que otorga una facultad para realizar una acción con cierto sentido y otra que niega esa facultad. Los conflictos típicos del Derecho procesal penal son, teóricamente, de esta última naturaleza —tal persona puede y no puede recurrir una determinada resolución—, conforme a la característica de sus normas, pero, en su relación con otros ámbitos del Derecho, alguna de sus reglas puede entrar en colisión con otras normas de deber —mandato o prohibición—, a más de que, como se sabe, el contenido de las leyes de procedimiento no es puro, a veces es impropio y permite el ingreso de ciertas reglas de deber (por ej., obligación de denunciar, sanción para el testigo que no cumple la obligación de comparecer).

Muchas veces estos conflictos son solucionables mediante las reglas o principios interpretativos que acabamos de describir, pero no siempre. En ocasiones, el problema se complica y es de difícil solución, porque la aplicación de alguno de aquellos principios es dudosa o, directamente, arroja un resultado irracional mirado desde el punto de vista de la solución, frente a todo el orden jurídico. Un ejemplo de ello es, sin duda, el conflicto entre el deber de guardar reserva de los profesionales del arte de curar, especialmente del médico (*secreto particular*: CP, 156), sobre aquellos hechos, circunstancias o calidades personales que conocen en el ejercicio de su profesión o con ocasión de ese ejercicio, y el deber de denunciar que, tanto para ellos, como para los funcionarios públicos, prevé la ley procesal ordinariamente (CPP Nación, 177; CPP Córdoba, 317; CPP Tucumán, 317; CPP Costa Rica, 156), con apoyo, incluso, de la ley penal (*encubrimiento por favorecimiento personal*: CP, 277, inc. 1), ley que determina la pena para el incumplimiento de la obligación descripta por la ley procesal (ley penal en blanco: *omitiere denunciar estando obligado a hacerlo*).

La ley, en el caso de los profesionales de la medicina, ha tenido el cuidado de imaginar ciertas colisiones y resolverlas por anticipado con excepciones, de manera tal que sea clara la aplicación del principio *lex specialis*, particularmente para eludir la obligación de denunciar del profesional del arte de curar ligado al deber de mantener el secreto particular, obligación que, así, desplaza a la de denunciar, para el caso de concurrencia (excepción a la regla).

No obstante esa prudencia legislativa, la cuestión interpretativa se ha planteado y se ha resuelto de modo diverso en sentencias contradictorias. Para sostener la obligación de denunciar en la mayoría de los casos posibles —por encima de la obligación de guardar secreto—, se ha acudido a dos argumentos distintos: por un lado se ha sostenido, según la letra de la excepción, que ella ampara sólo el caso en el cual los profesionales del arte de curar tuvieron "conocimiento del delito por *revelaciones que le fueren hechas bajo el secreto profesional*", esto es, restrictivamente, por la palabra escrita o hablada del paciente, cliente o demandante del servicio, con cita expresa del amparo de la reserva, interpretación que pretendía seguir, a la letra, la disposición de excepción del CPCrim. nacional (1889), 167; por el otro, se invoca que la excepción sólo rige para los profesionales del arte de curar, no para los funcionarios o empleados públicos, también obligados a denunciar los delitos que conocen al ejercer su función o empleo, de modo tal que los médicos, enfermeros, etc., que ejercen su profesión como funcionarios o empleados del Estado (nacional, provincial o municipal), no están amparados por la excepción en el CPCrim. nacional (1889). La opinión discordante, hoy prevaleciente, no hace hincapié en el significado literal de la frase que consagra la excepción —"revelaciones... hechas bajo el secreto profesional"—, hoy modificada, ni limita la excepción a los profesionales sin relación con el Estado (privados), sino, antes bien, realiza una ponderación de valores —secreto particular vs. persecución penal pública— en el contexto de todo nuestro orden jurídico, concediendo preferencia a la obligación de guardar reserva, según la disciplina el CP, 156 (que no condiciona el deber a una declaración oral o escrita, ni a la solicitud expresa de

secreto), y ampliando la excepción tanto a ese contenido de la reserva, como a cualquier actividad curativa, aun la cumplida por médicos oficiales. Lo interesante del caso es que, para fijar este contenido de la excepción (conocimiento por cualquier vía obtenido en el ejercicio de la profesión, sea como profesional libre o bajo la dependencia del Estado), se ha recurrido, argumentalmente, también a *lex posterior*, pues la historia revela que era el texto anterior de la ley penal, hoy derogado por el del CP, el que impuso la fórmula utilizada en la ley procesal, antes transcripta: variado el texto de la ley penal en cuanto al contenido y condiciones del deber de reserva, cabe, según esta opinión, regir la excepción por este texto y no por el literal de la ley formal. Interesante resulta también que la opinión tradicional, hoy minoritaria, no sólo hace jugar *lex specialis* en el sentido indicado —alcance de la limitación que fija la excepción—, sino que, además, la hace jugar en un segundo sentido, conforme a la parte final de la descripción de la ley penal (CP, 156) que fija el deber de guardar secreto, texto que también contiene una excepción: la "justa causa" como caso especial en el cual el secreto puede ser divulgado, esto es, el éxito de la persecución penal oficial como contenido posible y admitido de la "justa causa".

Según se observa, los casos no resultan tan fáciles de solucionar como la descripción y el contenido de los principios que operan hace pensar. El mismo caso se repite con la posible colisión entre el deber del testigo de declarar la verdad y la obligación de guardar el secreto particular y las reglas especiales que lo gobiernan.

Según se pudo advertir, a veces las interpretaciones jurídicas que conducen a la solución de conflictos dependen de criterios valorativos. Estos criterios valorativos son los principios materiales que gobiernan la ideología de un orden jurídico determinado, sobre los cuales ingresaremos, brevemente, en el próximo número. Tales criterios no sólo son importantes para superar incoherencias del sistema o conflictos entre reglas, sino, también, para arribar a interpretaciones racionales sobre sus reglas, soportables por el sistema.

V. Un caso particular de conflicto entre reglas está constituido por las *relaciones de desplazamiento entre reglas distintas*. No todas las reglas resultan, aun abstractamente, absolutamente indiferentes entre sí, pensadas desde el punto de vista de su aplicación. Al contrario, existen entre ellas relaciones anómalas y relaciones normales, que, en todo caso, producen el efecto del desplazamiento de unas por otras, al momento de su aplicación.

La llamada *redundancia*[69] es un ejemplo de relación anómala. Casos de redundancia son todos aquellos en los cuales varias reglas prevén consecuencias jurídicas iguales o distintas para condiciones de

[69] Cf. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 128, aunque limitadamente.

operación (elementos fácticos y culturales) que coinciden. El caso de redundancia más característico, que si bien no llega a definir una incoherencia del sistema, se asemeja a ella, es el de dos reglas superpuestas: idéntico efecto e idénticas condiciones de operación para ambas reglas. Pero este caso no es importante. Al contrario, constituye una incoherencia el que dos reglas prevean distintos efectos jurídicos para condiciones idénticas de operación.

Los casos normales son, sin embargo, aquellos cuyas reglas descriptivas se encuentran en cierta relación característica, tal que la aplicación de una desplaza a la otra. Tal relación implica, según dijimos, que algunas reglas, integrantes de un mismo ordenamiento jurídico, no son indiferentes entre sí, ya abstractamente, aunque desde el punto de vista de su aplicación. Genéricamente, se conoce los siguientes modos de relación entre las reglas: *relación alternativa*, de manera que la aplicación de una regla desplaza necesariamente a la otra, en el momento de su aplicación, aunque ambas sean aplicables según la descripción de las condiciones de su aplicación, porque su aplicación simultánea o conjunta resulta incompatible o excesiva, según la propia ley lo indica expresa o implícitamente; *relación consuntiva*, en la cual la aplicación de la regla desplazante consume la aplicación de otras, desplazadas, cuyas condiciones de aplicación también son cumplidas, porque, abstractamente, estas últimas implican formas imperfectas de la que se aplica o contienen condiciones de aplicación que quedan consumidas por la regla que se aplica (*lex consumens derogat legi consumptae*); *relación de especialidad*, que menta, específicamente, el caso en el cual de una regla básica se desprenden, como haces, figuras derivadas o formas circunstanciadas de ella, tal que la desplazante está contenida en la desplazada, a pesar de contener otras condiciones de aplicación, y, por ello, la desplaza (otra aplicación de *lex specialis derogat generali*); *relación de subsidiariedad*, que menta el caso en el cual la regla desplazada tiene condicionada su aplicación, expresa o tácitamente, a que no se aplique la regla desplazante, a pesar de que ésta no represente una forma circunstanciada de aquella, de que no se halle con aquella en una relación de especialidad característica o de que ambas parezcan, en principio, indiferentes entre sí (*lex primaria derogat legi subsidiariae*).

Todas estas relaciones entre las normas de un mismo ordenamiento jurídico han sido estudiadas, con cierta profundidad, por necesidad, en el Derecho penal. Integran el llamado *concurso de leyes* o *concurso aparente*, cuya diferencia con el llamado *concurso de delitos* o *hechos punibles* deriva de que aquél estudia las relaciones entre las reglas *abstractamente*, aunque mirando el momento de su aplicación práctica, mientras que el último emerge sólo a consecuencia del hecho con-

creto que se juzga. Un estudio general, desde el punto de vista de la teoría general de la interpretación de la ley, no existe con ese alcance en la teoría general del Derecho, ni en las otras disciplinas particulares que lo integran. Por ello, para mayor información, remitimos a la teoría del Derecho penal[70].

3. Los principios materiales que rigen la intepretación

I. Se ha observado ya, en el punto anterior, y se observará también posteriormente, que, al momento de aplicar la ley a un caso concreto, es posible que surjan problemas en el conocimiento de la ley, problemas que, a pesar del funcionamiento de todas las reglas formales que rigen la interpretación, son de difícil solución y, en algunos casos, resultan sólo solucionables mediante la aplicación de criterios valorativos. Esos criterios valorativos no deben ser inventados por el intérprete, sino que emergen de la propia ley: se trata de los principios ideológicos que presiden el orden jurídico dentro del cual se resuelve el caso o de los que presiden, en ese orden jurídico, la aplicación de la ley en la rama particular a la que se le pregunta. Esos principios no son difíciles de hallar cuando se trata de un orden jurídico conformado jerárquicamente y de aquellos que se ha denominado de "Derecho legislado (formalmente)", o de "Constitución escrita y rígida", como el nuestro; en el peor de los casos son descubribles fácilmente, pues conforman la cúspide ideológica que preside todo orden social[71]. Difícil puede resultar la determinación de su alcance o contenido, las mayores o menores exigencias que esos principios determinan, las excepciones a esas máximas y su alcance.

Nuestro caso es relativamente sencillo: tenemos una Constitución escrita, que preside toda nuestra organización social, y de ella emanan, con bastante claridad, las máximas fundamentales que gobiernan nuestro orden jurídico; ello a pesar de que la misma Constitución, en su propia declaración de principios, se cuida de afirmar que su enumeración no es taxativa, pues "las declaraciones, derechos

[70] Cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, 3ª ed., t. 2, § 46, ps. 175 y ss.; GAVIER, *Aplicación de la ley penal y concurso de leyes*; y, también, *Concurso de leyes*; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 3ª ed., t. II, Libro 1º, tít. 1º, cap. IV, ps. 531 y ss., con abundante bibliografía nacional y extranjera; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, § 5, tít. I, VI, ps. 225 y ss.; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, nº 581, ps. 557 y ss.; BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cap. XI, §§ 46 y 47, ps. 407 y siguientes.

[71] Acerca del método para formular los principios jurídicos materiales y su alcance, SOLER, *La interpretación de la ley*, p. XX, y ps. 174 y siguientes.

y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" (CN, 33). Para dar un ejemplo, es claro que gran parte del Derecho privado (civil, comercial) está gobernado por el dominio de los principios relativos a la *propiedad privada* del hombre sobre las cosas y a la *autonomía de la voluntad* del ser humano para producir acciones que cambien su situación jurídica en el mundo, que es su correlato. ¿Cuál es, sin embargo, el contenido y alcance de esos principios, cuáles son sus excepciones?, constituyen preguntas que, en ciertas ocasiones, resultan difíciles de contestar o, por lo menos, provocan respuestas discutibles. Piénsese, por ej., en las formas variadas que ha adoptado la ley para restringir el principio de la autonomía de la voluntad y, con ello, la propiedad privada, en el contrato de locación de inmuebles urbanos.

II. Estos principios, claramente ideológicos, cumplen, sin duda, una *función orientadora* en el orden jurídico, en un doble sentido: orientan al legislador para sancionar la ley, de conformidad con ellos, y orientan al juez para aplicarla, conforme a ellos.

Por ello ha podido decir nuestra Corte Suprema federal, que "la interpretación de la ley debe practicarse... del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (*Fallos CSN*, t. 255, ps. 192 y 360; t. 258, ps. 17 y 75; t. 261, p. 89; t. 262, ps. 41, 470 y 471; t. 263, ps. 63, 309 y 460; t. 267, p. 478; t. 281, p. 146; t. 292, p. 211, entre otros), y que "en la interpretación de los preceptos legales debe preferirse la que mejor concuerde con los derechos y garantías constitucionales" (*Fallos CSN*, t. 256, p. 24; t. 261, p. 36; t. 262, p. 236; t. 263, p. 246; t. 265, p. 21; t. 285, p. 60, entre otros), sin que, por ello, sea permitido que se violente "su letra y su espíritu" (*Fallos CSN*, t. 257, ps. 99 y 295; t. 262, p. 168; t. 277, p. 213).

Quizás sea correcto extraer, como doctrina de nuestra Corte Suprema, que ella afirma la validez constitucional de una ley si resiste una interpretación armónica con la Constitución, sin exceder los límites de una interpretación racional de su texto (*Fallos CSN*, t. 258, p. 75; t. 284, p. 9).

Según esta doctrina, particularmente el juez tiene el deber de resolver los problemas hermenéuticos que le son presentados con los criterios valorativos que presiden nuestra organización social, expuestos en la Constitución política u obtenidos del Derecho positivo, como contenido ideológico esencial de sus reglas. Es por ello que estos criterios o, mejor dicho, la armonía del significado de la ley con ellos, presiden toda toma de posición valorativa y, por ello, política, del intérprete: la interpretación más correcta es aquella que, dentro del significado racional del texto de la ley, mejor se adecue a la base ideológica de nuestra organización social, de nuestro orden jurídico.

Se podrá replicar que los textos constitucionales también necesitan ser interpretados para ser aplicados, o que los mentados principios son obtenidos por algún procedimiento interpretativo, y será verdad —hemos puesto de manifiesto la dificultad para fijar al extremo el contenido de cada principio ideológico en la Constitución—, pero nadie podrá replicar, con sentido común, que es indescifrable el contenido político de nuestra Constitución y de la ley; más aún, nadie podrá negar que ese contenido político es absolutamente verificable, con bastante precisión y fineza, y descriptible con suficiente rigor.

III. En materia procesal penal, pese a un par de discusiones, la tarea no es muy complicada y la hemos abordado en el cap. II de este libro, dedicado, precisamente, a los fundamentos del Derecho procesal penal argentino, entre los que se hallan, sin duda, los principios materiales (ideológico-políticos) que lo rigen. La tarea fue precedida, necesariamente, de una explicación histórica acerca de los principios y de las ideas políticas que gobernaron el procedimiento penal en diversas sociedades hasta llegar a nuestros días, con lo que se reconoce el carácter cultural y político de estos principios ordenadores, pero también su carácter contingente, esto es, dependiente de la forma de organización social de cada momento histórico y de cada lugar. No se crea, por ello, que todos estos principios varían constantemente o mudan su contenido. De hecho, alguno de los actualmente fundamentales en nuestra materia llevan ya casi ocho siglos de vigencia —la pena estatal, el Derecho penal como poder penal del Estado y la persecución penal pública de los delitos como regla casi sin excepciones (Inquisición)—, aunque diversas vicisitudes históricas los hayan mudado en su contenido, alcance y en las excepciones que los limitan.

Sin embargo, parece necesario aquí, a manera de ejemplo, remarcar la importancia de alguno de esos principios para el Derecho procesal penal. Frente a la concepción del Derecho penal como poder de coacción del Estado, se erige a los principios *de inocencia* y *de defensa*, como baluartes del Estado de Derecho, esto es, de la limitación del poder penal y del poder de decisión del Estado (ver § 6). Precisamente, como emanación de uno y del otro se destaca una regla interpretativa de la máxima importancia, que ha sido positivizada, a veces tan sólo parcialmente, en los códigos modernos argentinos. Se trata de la regla que somete a *interpretación restrictiva* las disposiciones de la ley procesal penal que limitan o restringen la libertad del imputado y las que limitan el ejercicio de sus facultades o las que limitan el ejercicio

de un poder conferido a cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (CPP Nación, 2; CPP Córdoba, 3; CPP Mendoza, 3; CPP La Rioja, 6; CPP Salta, 3; CPP La Pampa, 3; CPP Corrientes, 3; CPP Entre Ríos, 3; CPP Chaco, 3; CPP Santa Fe, 7; CPP Tucumán, 3; CPP Costa Rica, 3). Por la misma razón, en materia de libertad del imputado o en la que se refiere a sus facultades, están prohibidas la analogía o la *interpretación extensiva*, salvo que esos métodos interpretativos favorezcan su libertad o el ejercicio de sus facultades (analogía o interpretación extensiva permitida, *in bonam partem*)[72].

4. Los llamados "métodos" de interpretación

I. En ocasiones no sólo resulta necesario evitar incoherencias o conflictos expresos o implícitos de la ley, sino, antes bien, definir su significado, que, por razones variadas, puede resultar oscuro. Tal oscuridad del texto legal puede provenir de la ambigüedad de las palabras que emplea (*semántica*) o de la forma en la que ellas están conectadas en la oración (*sintaxis*).

Sin ánimo de agotar todas las posibilidades sobre la oscuridad de un texto legal, he aquí algunos de los problemas que han sido mencionados como problemas del uso del lenguaje[73]. *Ambigüedad, vaguedad y textura abierta del lenguaje*: propiedad de las palabras de carecer de precisión por naturaleza (conceptos definidos por notas o propiedades características). Las palabras, por precisas que sean, siempre designan un núcleo central de objetos incluidos muy claro, una periferia de objetos excluidos con la misma característica, pero entre el núcleo y la periferia existe una zona gris, indeterminada (sabemos bien que tal objeto es una *mesa*, que tales otros no lo son, pero si a uno con forma de mesa lo damos vuelta, le agregamos cuatro ruedas pequeñas en sus extremos y lo utilizamos para transportar libros en una biblioteca, dudaríamos en reconocerlo como una *mesa*). Más difícil es aún el problema que surge de la constatación de que la mayoría de las palabras designan cosas distintas, según el contexto y la situación o la oración en las que son empleadas (la palabra *cabo* es un término náutico que designa un cordel para amarrar algo, pero, al

[72] El Pr. CPP Nación (1986), 3, II, y 7, contenía en el texto el análisis completo del problema.

[73] Cf. Nino, *Introducción*, cap. V, 3, ps. 259 y ss.; Carrió, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ps. 13 y siguientes.

mismo tiempo, es un grado militar y un accidente geográfico), y, además, que, aun superado este inconveniente, hay algunas de ellas que son extremadamente indefinibles (¿cuántos metros y centímetros debe medir una persona para ser considerada *alta* o *baja*?; ¿la afirmación que se sostenga regirá del mismo modo para hombres y para mujeres?; ¿si aparece alguien que supere esos límites —50 cms. o 4 ms.—, pero con todas las propiedades de un ser humano, seguirá siendo considerado una persona?; ¿si proviene de otro planeta, en el mismo caso?). Por lo demás, podemos conocer las propiedades que definen el uso de una palabra (positivas para la definición), quizá también excluir algunas que tuvimos en cuenta, por irrelevantes para la definición y el uso, pero nunca imaginar todas las propiedades que pueden influir en la caracterización y utilización de la palabra, y menos acudir al método de excluir todas aquéllas que no usamos positivamente en la definición, bajo el rótulo de irrelevantes (¿será todavía un automóvil una carrocería, provista de motor, pero a la que se le quitaron las ruedas y el volante, de manera que no habría posibilidad de conducirlo?, problema que se presentó en un caso judicial a raíz del agravamiento del hurto por tratarse la cosa hurtada de un automotor). En fin, a esta ambigüedad no se arriba sólo por contener o carecer el objeto de las notas definitorias del concepto o palabra, sino, también, por la función que cumple, por el uso para el que está destinado en ese momento.

Las *dificultades sintácticas* no son menores. Son conocidas las que residen en el uso de palabras que sirven para la *conexión* de otras, en las *oraciones condicionadas*, en las *frases relativas* o *atributos*, desplegadas totalmente o apocopadas, en el uso de pronombres y, más aún, de pronombres que generan *anfibología*.

Unos pocos ejemplos ilustrarán estos casos. La *conectiva* "o" es conocida por su equivocidad (disyuntiva *incluyente* o *excluyente*), tanto es así que ha dado lugar a un uso conjunto de dos conectivas —"y/o"— para evitar equívocos (en este caso: incluyente). Hasta la conectiva "y" puede dar lugar a equívocos, según la oración en la cual se la emplee. NINO señala ejemplos acertados: "Se permite viajar en el avión con un abrigo o un bolso de mano" (¿excluyente, incluyente?); "Se permite viajar en el avión con un abrigo o un bolso de mano y un paraguas" (¿el paraguas se suma sólo al bolso de mano, o también al abrigo?)[74].

"Voy a Villa Gesell y a Mar del Plata, si en esta última ciudad no llueve", frase que no indica si la condición abarca los dos lugares a los cuales pretendo dirigirme o sólo el último de ellos.

[74] Cf. NINO, *Introducción*, ps. 262 y ss.; CARRIÓ, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ps. 24 y siguientes.

"Aquel hombre y mi vecino destruyeron su casa", con lo cual, salvo auxilio del contexto en que la oración se expresa, nadie sabe de quién es la casa destruida.

"Las violaciones de reglas o los abusos de poder que cometen los funcionarios, serán castigadas...", frase en la cual, aislada, no tiene solución la pregunta acerca de si "las violaciones de reglas", a las que se refiere la oración y que conducen a la consecuencia, deben ser cometidas por funcionarios.

"Los frentistas son responsables por la limpieza de sus patios y de las veredas de uso público", con lo cual nadie sabe si "uso público" se atribuye o no se atribuye a "sus patios", situación que, por ej., puede darse en Córdoba, Andalucía, España, ciudad en la que los patios son exhibidos a los turistas.

Existen todavía otras dificultades para determinar el significado preciso de una oración, texto de una ley: la llamada *carga emotiva del lenguaje* y el *fin para el cual se lo utiliza*, en ocasiones escondido tras otro giro u otro uso, perjudica su tarea de comunicación[75].

Precisamente, estas dificultades *semánticas* o *sintácticas* son las que intentan superar los llamados "métodos" de interpretación de la ley, que, en adelante, describiremos. Sin embargo, vale la pena advertir que las dificultades del llamado *lenguaje natural* son superadas, en gran medida, cuando se lo utiliza, es decir, en la *praxis* a la cual está destinado. Su utilización práctica supone que la expresión no está aislada, sino, por el contrario, inmersa en un determinado contexto lingüístico y de hecho, característica que torna al idioma un excelente medio de comunicación social. Con mayor razón sucede cuando se "transforma" el lenguaje natural en *lenguaje jurídico*, mediante su utilización en una ley. Ello ocurre porque, según veremos, se lo utiliza dentro de cierto contexto particular, sobre el que influye, pero que también influye sobre él, dentro del cual su significado puede ser mejor precisado, incluido en un todo: el orden jurídico de un país, por ej., orden que, actualmente, aspira a ser un sistema, y, en la práctica, lo es. Por lo demás, el lenguaje jurídico aporta al lenguaje natural palabras que definen conceptos dotados de mucha precisión por el mismo orden jurídico: aquello que es un recurso contra una sentencia, un contrato o un negocio jurídico, un acto procesal, una sentencia, un testimonio, una peritación, una condena, la reincidencia penal es algo que, o bien no conoce el lenguaje natural, que toma del lenguaje jurídico sus notas definitorias, o bien conoce con otro

[75] No es necesario seguir desarrollando ejemplos sobre la base del idioma vulgar; Nino, *Introducción*, se ocupa de dar ejemplos de estas ambigüedades en nuestro Derecho positivo, suficientes para estimar que tales defectos no son, al menos, raros en el texto de la ley.

significado —distinto o vulgar—, pero que queda precisado con otra exactitud cuando se sabe que se habla del idioma jurídico; incluso los diccionarios se hacen eco de este uso tan preciso, señalándolo con algún símbolo que determina la definición de esa forma de utilización[76].

II. Los "*métodos*" *de interpretación* serían, así, consecuentemente, "técnicas para esclarecer un mensaje normativo oscuro", es decir, con imprecisiones como las detalladas anteriormente[77]. En ese sentido se ha recomendado partir del *método literal* o *gramatical*, de manera tal que, cuando el sentido de la ley (la oración legal que necesita ser comprendida) es claro y su mensaje no ofrece dificultades para su conocimiento, no se acuda a alterar ese mensaje mediante la aplicación de otro método. Implícitamente, ello significa, en principio, prohibir la que llamaremos *interpretación sistemática* o *lógica*, cuyo papel quedaría reducido, en el mejor de los casos, a un *método auxiliar* o *subsidiario*, a aplicar sólo cuando la oración legal objeto de interpretación no es clara.

Lo trivial de esta afirmación, quizá por todos compartida, esconde, sin embargo, su verdadero sentido. La *interpretación literal* o *gramatical* no consiste sólo en captar el sentido de la oración legal acudiendo al significado de las palabras que lo integran, a la función de las palabras de conexión y a los atributos que se predica, en el contexto de la oración interpretada, sino que, antes bien, utiliza otros métodos auxiliares, que permiten superar ambigüedades, equívocos e imprecisión. En verdad, se usa mucho de estos métodos auxiliares, pues, según dijimos, el paso del mundo de los conceptos al de la realidad individual (objetos o acciones concretos), de la norma al hecho, constituye siempre una operación traumática, utópica en el sentido de poder predicar de ella acierto o desacierto a la perfección, de modo tal que siempre es posible la duda, "la incertidumbre fundamentalmente insuperable aun cuando en situaciones típicas la aplicación del texto no ofrezca ninguna duda"[78]. Ello indica que la llamada *interpretación literal* o *gramatical* no consiste en un proceso mecánico.

[76] Cf. Soler, *Las palabras de la ley*, cap. XVI, ps. 164 y siguientes.

[77] Cf. Vernengo, Curso, p. 411.

[78] Cf. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 131. En la *praxis*, sin embargo, existen situaciones típicas suficientemente claras, para el nivel de acierto que exige el método gramatical, según lo reconoce el mismo Ross, en el párrafo citado.

Ross ha señalado, con razón, que la propiedad de las palabras y de las expresiones aisladas de ser vagas y ambiguas puede finalizar en precisión, no bien se examine la palabra como integrante de la expresión y la expresión en el contexto (lingüístico y de hecho) en el que ella es formulada[79]. Los ordenamientos jurídicos actuales —el Derecho, en general, según lo indica SOLER[80]— poseen esa vocación por la precisión, de manera tal que, ordenadas las oraciones en artículos y éstos, a su vez, en leyes o capítulos de leyes, que pretenden ser modelos completos y herméticos para solucionar cierto tipo de problemas sociales (los códigos), las palabras y las expresiones asumen contornos muy distintos al de la ambigüedad e imprecisión, características con las que son presentadas cuando se las analiza aisladamente.

La llamada *interpretación literal* o *gramatical* no reniega de acudir al contexto de la expresión, como se pudiera suponer; al contrario, supone esa operación, que no es la específicamente típica del método sistemático o lógico. En tren de circunscribir los factores que son tomados en cuenta, del contexto en el cual la expresión es analizada, Ross ha señalado dos tipos o modalidades de interpretación, según las circunstancias que abarca: la *subjetiva* y la *objetiva*. Se denomina *interpretación subjetiva* a aquélla cuyo principal objetivo es descubrir la llamada "voluntad del legislador", en el sentido de la idea que inspiró al autor de la regla y a lo que él quiso hacer. En cambio, la denominada *interpretación objetiva* pretende descubrir lo que transmite la regla a los destinatarios, según su texto, prescindiendo de la intención real del autor[81]. Como el llamado "legislador" no es hoy una persona real, individual, de carne y hueso, según supone esta teoría interpretativa, sino una corporación, compuesta por muchos miembros, con un procedimiento complicado para sancionar la ley, miembros que, en muchas ocasiones, sólo votan afirmativa o negativamente según instrucciones, sin comprender totalmente, incluso, aquello que sancionan,

[79] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 112.

[80] Cf. SOLER, *Las palabras de la ley*, ps. 167 y ss. La polémica entusiasmante entre SOLER y CARRIÓ (expuesta en el libro citado, proveniente de la tesis expuesta en *La interpretación de la ley*, y desarrollada en los libros *Notas sobre Derecho y lenguaje* y *Sobre los límites del lenguaje normativo*, de Genaro R. CARRIÓ), que enaltece intelectualmente al Derecho argentino, muestra, a la par de esa simplificación extrema a la que tiende nuestro análisis, siempre en tren de responder "sí" o "no", por influencia de la tradición jurídica europeo-continental, que el mundo no puede ser visto con una mirada extrema, sino, antes bien, con ojos llenos de sentido común.

[81] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 117.

predomina actualmente la recomendación de interpretar objetivamente la ley, por el mensaje que transmite como expresión cultural objetiva, y no por la razón que motivó a sus autores.

Se entiende que la *interpretación subjetiva* puede contener, en ocasiones, y de hecho contiene, mayores datos y circunstancias que la interpretación objetiva. Se trata siempre de una investigación histórica, principalmente documental, acerca de la razón de ser de la norma, de la intención del "legislador" expresada en los fundamentos de la ley, pero también del contexto histórico en el cual se dictó la regla: antecedentes, legislación comparada, situación política e institucional del "legislador" histórico. Tal tipo de interpretación es, precisamente, la postulada por la exégesis, método que prevaleció mucho tiempo en la interpretación de la ley, que todavía hoy tiene sus grandes cultores y que, aunque parcialmente, se entremezcla con el llamado *método sistemático* o *lógico*[82].

Es claro que un método como el explicado tiende a fosilizar la ley, a tornarla obsoleta con el correr del tiempo, a evitar que se la interprete como parte de un sistema, que, a la vez de ser influido por ella, refluye sobre ella, y contribuye enormemente a su rigidez: los muertos mandan a los vivos[83].

Un ejemplo puede ilustrarnos: en una ley que prohibiera algún tipo de comunicación o reproducción públicas, por ej., aquella que consistiera en imágenes o textos obscenos, no ingresarían los modernos medios de comunicación de masas (radio, televisión, cinematografía, y correspondientes medios de información, etc.), si se la supone dictada en el siglo XVIII.

La llamada *interpretación objetiva*, en cambio, se adecua mejor a las circunstancias del día de su aplicación, pues, incluso, piensa el mensaje que transmite la ley al destinatario actual. En el ejemplo anterior sería lícito incluir los medios de comunicación y distribución que la interpretación subjetiva e histórica no permitió, ensayando una suerte de *interpretación progresiva*, como lo señala NÚÑEZ[84]. Para este tipo de interpretación (objetiva) el pensamiento del legislador y las circunstancias históricas en las cuales se sancionó la ley son sólo uno de los medios con los que cuenta el intérprete, quien se dispone a hallar el contenido actual que transmite, objetivamente, la ley. Consecuentemente, el método afirma que la ley, una vez sancionada, se independiza tanto del "legislador" histórico, como de la o las personas de carne y hueso que la sancionaron. La ley obliga al rey que la dictó, aun cuando él hubiera previsto su inaplicabilidad a la persona del rey, si pierde su trono, a pesar de que no cabe duda de que su intención fue exceptuar, en su persona, la obligatoriedad de la ley.

También por el contenido que abarca, la interpretación puede dividirse en *restrictiva* o *extensiva*. Sin embargo, aquí no se trata de la mayor o menor cantidad de factores que son tomados en cuenta pa-

[82] Cf. VERNENGO, *Curso*, 12.3.3., p. 413; SOLER, *La interpretación de la ley*, II, ps. 14 y siguientes.

[83] Cf. SOLER, *La interpretación de la ley*, p. 20.

[84] Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 203.

ra resolver dudas o imprecisiones de la regla, sino, por el contrario, de la mayor o menor amplitud del resultado de la interpretación, en síntesis, de que el resultado abarque más o menos casos (generales). La obligación de interpretar restrictivamente, que para algunos casos rige como regla de interpretación, manda disipar la duda de manera que abarque la menor cantidad de casos entre los significados posibles. Tal obligación, por lo demás, se entiende como veda para la *interpretación extensiva* y para la *aplicación analógica*, en el caso previsto. Frecuentemente, el mandato de interpretación restrictiva se confunde con el *favor rei*, de modo que es obligatorio emplear este tipo de interpretación en favor de una persona determinada, por ejemplo, el imputado.

Este es el caso, nombrado anteriormente (ver nº 3, *in fine*): constituye un principio interpretativo de la ley procesal penal el mandato de *interpretar restrictivamente* las disposiciones de la ley que limitan o restringen la libertad del imputado o las que limitan el ejercicio de las facultades que le son concedidas por la misma ley.

Más allá de ello, la ley manda *interpretar restrictivamente* las disposiciones que limitan el ejercicio de un poder conferido a cualquiera de los intervinientes en el procedimiento; mientras que, por el contrario, permite la *interpretación extensiva* y aun la *aplicación analógica* cuando favorezca la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades o de aquellas que la ley confiere a los demás intervinientes en el procedimiento.

La *analogía* es también un recurso extensivo para aplicar la ley, mejor dicho, la solución prevista en la norma, a casos valorativa o fácticamente semejantes a aquél que está previsto. Normalmente se la diferencia de la *interpretación extensiva*, porque en la analogía el caso que se soluciona con la regla aplicada no está claramente comprendido en la descripción de las condiciones de aplicabilidad de la regla. Por ello, se habla de *aplicación analógica*, en lugar de *interpretación analógica*.

La *analogía*, recurso lícito en muchas ocasiones (CC, 16), está vedada en otras, por ej., en el Derecho penal y en contra del imputado (CN, 18: principio de *legalidad*). En el Derecho procesal penal se prohíbe recurrir a la analogía, como consecuencia del mandato de interpretar restrictivamente la ley, en los mismos casos designados inmediatamente antes: reglas que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de una facultad que la ley le confiere, y reglas que limitan un poder concedido a cualquiera de los intervinientes en el procedimiento. Sin embargo, la analogía no está prohibida en general, sino, lógicamente, como excepción: por ej., rige la regla general, que admite la analogía, aun en los casos designados, cuando la ley se aplica *in bonam partem*.

Frente a la interpretación literal o gramatical y, sobre todo, a la exégesis, se ubica hoy el método de *interpretación sistemática* o *lógica*.

El movimiento jurídico que se reconoce con el nombre de *codificación*, en el Derecho europeo-continental del siglo XIX, es el antecedente inmediato y el generador de ese método y de la escuela jurídica que lo adopta, la llamada *dogmática jurídica* o *ciencia dogmática*. El método supone que el orden jurídico es un sistema y, por ello, que los postulados que estudiamos son los primeros principios interpretativos: su *plenitud hermética* (sistema cerrado) y su *coherencia* (falta de contradicciones); por lo demás, precisamente por lo apuntado, no estudia las reglas como manifestaciones singulares del "legislador", en su significado aislado, sino que eleva a categoría de principio la necesidad de relacionar cada regla con las demás vigentes en un orden jurídico, de modo tal de suprimir las incoherencias e, incluso, las lagunas. Bien entendida, la interpretación jurídica no es, para este método, sino búsqueda de los segmentos de la ley, de las oraciones que entran en combinación para construir la norma que solucione el caso, como lo expusimos al comienzo de este parágrafo. Los libros de Sebastián SOLER, *La interpretación de la ley* y *Las palabras de la ley*, aquí múltiplemente citados, constituyen, a mi juicio, la explicación más extraordinaria de este método y la defensa más idónea de la necesidad de su aplicación.

El resultado más palpable de la aplicación del método son las llamadas *partes generales* de las distintas ramas que integran un orden jurídico; este mismo libro es un ejemplo de ello, pues, según se verá, en éste y en los próximos volúmenes se intentará reconstruir las materias que integran la parte general del Derecho procesal penal. Tales *partes generales* concluyen, normalmente, en las llamadas *teorías jurídicas*, construcciones de los juristas plenas de ingenio y elaboración, que contienen las ideas sistemáticas conductoras de la rama del Derecho que pretenden explicar. Algunas de esas teorías han rendido resultados admirables para la aplicación práctica del Derecho, otras, lamentablemente, han conducido a la confusión; todo ha dependido siempre del ojo clínico del jurista que las crea para intentar solucionar problemas de aplicación práctica, no solamente para exhibir ingenio, y, en adelante, de la cultura que se expande entre los demás juristas que la perfeccionan.

Un ejemplo del primer tipo son la *teoría de la acción* y la *teoría de la imputación jurídica-delictiva* o *teoría del delito* en el Derecho penal, quizás el ejemplo más característico, teorías que han permitido construir un sistema admirable para la solución de los casos penales.

Un ejemplo del segundo tipo es la llamada *teoría de la acción en el Derecho procesal penal*, carente en absoluto de aplicación práctica, que no explica ni siquiera aquel sector de la realidad jurídica que debió explicar, la persecución penal, *y so-*

bre cuya base, a pesar del empeño de algunos juristas de prestigio[85], *no se puede fundar la parte general del Derecho procesal penal*. La teoría, implantada por copia desde el Derecho procesal civil, en el cual tiene cierto significado por emanar del principio de autonomía de la voluntad (dispositivo), fracasa porque no toma en cuenta la utilidad práctica, la necesidad de que sirva para dar solución a los casos de conflicto o judiciales, conforme al Derecho vigente, y constituye una grosera confusión acerca del significado político del Derecho procesal penal actual.

El método de la *interpretación sistemática* o *lógica* gobierna la aplicación de la ley actualmente, sin excluir totalmente al de la *interpretación literal* o *gramatical*, que, regularmente, se utiliza dentro del sistema para indagar dudas de orden lingüístico en los textos del Derecho vigente. La *ciencia dogmática* o la *dogmática jurídica* es el estilo de ciencia jurídica de nuestro tiempo. Este libro no será una excepción —ni lo podría ser, so pena de su inutilidad práctica— y es por ello que, al iniciar el tema de la interpretación de la ley, propusimos este método y los principios que lo gobiernan como base para intentar el conocimiento del mundo jurídico.

Existen algunos métodos interpretativos o escuelas jurídicas relativas a la interpretación que han sido dejados de lado porque fueron abandonados hace tiempo y no tienen repercusión actual. Vale la pena ejemplificar con la *ciencia del Derecho libre* o la *libre investigación científica* (Geny, Ehrlich, Kantorowicz), reacción contra la interpretación exegética[86]. Otras escuelas que a su turno influyeron para la comprensión del mensaje de la ley fueron la *escuela histórica*, iniciada por Savigny, que aún tiene influencia, aunque limitada, cuando se trata de la interpretación que hemos llamado subjetiva, la *jurisprudencia de los conceptos*, de influencia decisiva para la creación de la *ciencia dogmática*, y la *jurisprudencia de los intereses*.

También existen escuelas que niegan toda posibilidad de interpretar el Derecho, de conocer el mensaje de la ley, y reducen, en definitiva, todo acto de interpretación, de conocimiento, a un acto de decisión: la teoría pura del Derecho, con su *norma alternativa*, y la egología argentina, con su categorización de la labor judicial, son un ejemplo de ello[87].

5. Las formas de la interpretación

I. Existen tres maneras características de interpretar la ley, según la persona que realiza esa tarea: la *interpretación auténtica*, la *interpretación judicial* y la *interpretación doctrinaria*, o, simplemente, la *doctrina*. Algunos consideran de importancia la distinción por los efectos que produce cada una de ellas, otros por el sentido general que go-

[85] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 255 y siguientes.

[86] Cf. Soler, *La interpretación de la ley*, III, ps. 27 y siguientes.

[87] Cf. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., ps. 346 y ss.; Vernengo, *Curso*, ps. 416 y siguiente.

bierna la tarea, que se supone idéntica por principio, en cada uno de los casos. La verdad es que la distinción no es demasiado importante si no juega en relación a un estilo jurídico determinado, según veremos. Además, conforme a nuestra particular forma de ver las cosas, la clasificación abarca más contenido del que, lícitamente, debió abarcar y confunde bajo un mismo nombre actividades diferentes, al menos parcialmente. Veamos.

Se llama *interpretación auténtica* a la que lleva a cabo el propio "legislador", esto es, el órgano que también fue competente para dictar la ley objeto de la "interpretación", generalmente el parlamento, en otras ocasiones un órgano estatal distinto (por ej., el Poder Ejecutivo en el caso de un decreto reglamentario). El "legislador" cumple esta actividad cuando define el contenido de una palabra o giro verbal (por ej., lo que significa *empleado* o *funcionario público*), para otorgarle precisión en una o varias oraciones legales, o cuando cuantifica una calidad (por ej., establece que a los catorce años se es capaz para delinquir, *imputable*; o que antes de los doce no se es capaz para decidir sus relaciones sexuales y, por tanto, quien accede carnalmente a un menor de esa edad comete "violación", cualquiera que sea la experiencia de la víctima), con el mismo objeto, o cuando, en fin, vuelve a definir todo un texto (oración) legal, también para aclarar su contenido. Empero, a pesar de que la tarea parece semejante a lo que llamamos interpretar la ley, por el motivo y la intención de quien la practica, y la forma en que lo hace (precisar, en otras palabras, el contenido o significado de un texto legal), sólo un exceso puede llevar a confundirla con el mismo significado propuesto para el concepto de interpretación jurídica. Recordemos que bajo ese concepto siempre se entiende la aplicación de la ley a un caso concreto, esto es, a un conflicto social singular y real, que reclama una solución legal y que, además, el intérprete arma su regla (norma de decisión que rige el caso) uniendo segmentos legales diversos, dominado por los contornos del caso concreto, en un ir y venir del caso a la ley y de la ley al caso. Pues, la *interpretación auténtica* no representa, precisamente, a esa tarea; se trata, otra vez, de sancionar reglas generales, para casos generales; de otra manera, el "legislador" excedería su propia competencia; el hecho de que él se proponga aclarar el significado de una ley anterior, con otras palabras o símbolos, no cambia las cosas (lo que hace), no varía la naturaleza de la actividad que cumple: legislar. En todo caso, piénsese que rige el principio *lex posterior*, de manera tal que la ley aclaratoria o bien se integra con la anterior o bien, si discrepa, rige la más moderna.

En algunos casos puede regir *lex specialis*, por ej., si la ley, presuntamente aclaratoria, en lugar de definir mejor la regla anterior, consagra una excepción a ella, limitándola en su solución. Pero estos casos no son, verdaderamente, un ejemplo de los mencionados bajo el concepto de *interpretación auténtica*, aunque el "legislador" lo pretenda así.

Las leyes denominadas como "Fe de erratas" suelen contener, bajo el pretexto de ser simples leyes interpretativas, verdaderas reformas a la ley originariamente sancionada, frente a las cuales sólo *lex posterior* y *lex specialis* solucionan el entredicho.

Se denomina *interpretación judicial* a aquella que realizan los jueces en el ejercicio de su función: solucionar, aplicando reglas de Derecho, los casos concretos que alguien les presenta. Esta es, en realidad, la *auténtica* interpretación que nos proponemos definir como actividad. Para completar nuestro propósito habría que sumarle la actividad que llevan a cabo los litigantes y los abogados que defienden sus intereses, en el ejercicio de su papel procesal y de su profesión, aunque su resultado no sea una decisión, sino, más bien, un requerimiento o un consejo, pues carecen de autoridad para ello (*imperium*). Se podría agregar también, aunque, en cierta medida, impropiamente, la actividad que realizan los juristas con casos teóricos, pero con pretensión de concretos y reales, para ensayar la aplicación de la ley con fines de docencia[88]. La *interpretación judicial*, en sentido estricto, tiene un valor excepcional cuando proviene de tribunales superiores, encargados de controlar la aplicación de la ley (cortes de casación), o cuando el criterio de decisión, que gobierna la interpretación, se reitera con asiduidad. Este resultado es el que se denomina *jurisprudencia* y el que ha sido elevado a *fuente de Derecho*, aun en países como el nuestro, que siguen el sistema de *Derecho legislado*, pues permite predecir más cercanamente el sentido de la aplicación de la ley al caso concreto. En los países que siguen el sistema anglo-sajón la llamada *jurisprudencia* tiene fundamental importancia como fuente de Derecho, pues, conforme a una manera particular y complicada, para nosotros, permite construir la regla aplicable al caso: *stare decisis*[89].

En nuestro sistema, se comete con la *jurisprudencia* el mismo error que cuando se titula de interpretación (para colmo, *auténtica*) la tarea que cumple el "legislador", aunque invertido. Se pretende, con exceso, que la decisión tenga valor de regla obligatoria, por tanto, general y abstracta, cuando el límite claro de la decisión judicial es el caso concreto (ver § 2, D, 2). La decisión judicial no prescribe pa-

[88] Cf. BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., ps. 131 y siguientes.

[89] Cf. NINO, *Introducción*, cap. V, nº 5, ps. 292 y ss. (ver nota nº 5).

ra el futuro, sino que, por el contrario, valora el pasado: no dice "no matarás, pues, si lo haces, cometes un delito y sufrirás una pena", sino que expresa, "tú mataste y, por tanto, cometiste un delito y te condeno a sufrir una pena"[90].

La *doctrina* (*interpretación doctrinaria*) está constituida por la obra de los juristas académicos. La mayoría de las veces la tarea que ellos cumplen no es auténtica labor de interpretación de la ley, en el sentido indicado. La tarea del jurista académico, en nuestro sistema, no está gobernada, en principio, por la necesidad de resolver un caso concreto, sino por la necesidad de reconstruir el sistema, en el área que le preocupa; utilizan para esta tarea las reglas legales, que clasifican, acoplan y explican conforme a sus funciones y efectos, valiéndose de una *teoría* analítica que les permite armar una *parte general*, básica para la aplicación de las normas, cuyas raíces, si bien no lesionan el Derecho positivo y hasta se puede decir que, en ocasiones, responden a sus principios, no emergen todas, en principio, de la letra de la ley[91]. No obstante ello, esas obras de doctrina, si aspiran a servir para algo más que para un discurso puramente retórico, fijan su empeño en el jurista práctico, en los problemas prácticos y, por tanto, en la aplicación de la ley a los casos concretos, razón por la cual contienen extensos discursos que, o bien se dedican, directamente, a interpretar la ley, o bien, con la mira puesta en ello, proveen de los materiales e instrumentos para que otros, frente al caso, lo puedan hacer. La *doctrina* tiene auténtica importancia para la aplicación de la ley en los países que provienen de la tradición jurídica europeo-continental, como la mayoría de los latinoamericanos, pues el prestigio de los autores determina una autoridad, que no proviene del cargo estatal, pero que se impone a los jueces profesionales, formados en la lectura de las obras académicas o como alumnos de quienes las escriben[92].

Existen, sin embargo, textos de *doctrina* o de *interpretación doctrinaria*, que llevan a cabo una tarea de interpretación, a nuestro juicio absolutamente auténtica; se trata de aquellos que analizan casos concretos (sucedidos) o pensados como concretos, con fines de ejercitación docente[93]. Esta obra, a pesar de no re-

[90] Cf. MAIER, *Función normativa de la nulidad*, p. 59.

[91] Cf. NINO, *Introducción*, cap. VI, nº 2 y 3, ps. 321 y ss.; VERNENGO, *Curso*, 12.3.5 y ss., ps. 414 y siguientes.

[92] Cf. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, ps. 45 y s., y p. 321.

[93] Cf. por ej., SANCINETTI, *Casos de Derecho penal*; SPOLANSKY-CARRIÓ-GARCÍA, *Casos y problemas de Derecho penal*; ELBERT-GULLCO, *Ejercicios de Derecho penal*; en materia procesal penal: ROXIN, *Prüfe dein Wissen. Strafprozeßrecht*; SCHROEDER, *Fälle und Lösungen. Strafprozeßrecht*.

presentar un *libro de casos*, sino un *libro de estudio* sistemático-general, ejemplifica con casos, cuantas veces puede, para lograr el efecto de no apartarse de la *praxis*.

II. Se menciona también, como formas de interpretación, a la *interpretación extensiva*, a la *interpretación restrictiva* y a la *interpretación analógica*, ya estudiadas anteriormente como recursos o métodos de interpretación (ver nº 4). La clasificación se apoya en el resultado que se desea de la interpretación, comprensiva de mayor cantidad de casos (generales) o de menor cantidad de ellos. La *interpretación progresiva*, antes citada, no es más que una forma de interpretación extensiva, en la cual se prefiere el significado actual de la expresión (contexto: presente), que comprende mayor cantidad de casos, en lugar de su significado histórico (llamada interpretación subjetiva, conforme al propósito del legislador originario).

La *aplicación analógica* de la ley supone que la regla atrapa ciertas acciones o situaciones que, claramente, no están definidas por ella como condición de la solución que postula, pues existen razones valorativas suficientes para asimilar las condiciones fácticas y culturales del caso juzgado, a las descriptas por la regla, y para aplicarle su solución.

Según ya se advirtió (ver nº 4), existen reglas positivas de interpretación que, en ocasiones, mandan comprender las expresiones de la ley *restrictivamente* (cuando se trata de reglas que limitan la libertad del imputado o restringen alguna de sus facultades o las facultades concedidas a cualquiera de los intervinientes), y, en otras, permiten hacerlo *extensivamente* o aplicar analógicamente la ley (*in bonam partem*).

C. APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL

Bajo este rubro se estudia, básicamente, los conflictos que pueden surgir, al momento de realizar la actividad procesal y, por tanto, de aplicar la ley, entre dos o más leyes (reglas) que reclaman vigencia para regir ese acto o determinar sus consecuencias. Ese conflicto, temporalmente, puede ser *simultáneo*, si dos o más leyes o reglas están vigentes en un mismo tiempo, en cuyo caso se acostumbra a decir que estamos frente a un problema de orden *territorial*, o, de otra manera, puede ser *sucesivo*, si dos o más leyes o reglas, que reconocen distinta vigencia temporal, pretenden regir el acto, en cuyo caso los autores señalan el carácter absolutamente *temporal* del conflicto. Por lo demás, nos encontramos con situaciones carentes de este tipo de conflictividad entre dos o más leyes o reglas, pero que, sin embargo, generan un problema similar de decisión acerca de la aplicación de

la ley: se trata del estudio de los casos de excepción, en los cuales una ley o regla, vigente para todos, no puede ser aplicada al juzgamiento de ciertas personas, por la existencia de un *privilegio*, debido a la función que cumplen.

Los autores —no sólo los dedicados al estudio de la ley procesal, pues, según dijimos, se trata de problemas generales de la teoría de la ley— acostumbran a separar estos problemas; los rotulan bajo títulos que hacen referencia al *ámbito territorial* o *espacial*, *temporal* y *personal* de vigencia de la ley, respectivamente, y desarrollan reglas (principios y excepciones) que permiten la solución de los conflictos posibles. Según veremos, tal elaboración es, en materia procesal penal, parcialmente incorrecta en algunas ocasiones.

1. Conflicto entre leyes de vigencia simultánea

La ley penal, en general, es de aplicación *territorial*; esto significa que, salvo excepciones, tiene valor sólo en los límites del territorio del Estado soberano que la sanciona, principio que domina la *aplicación de la ley penal en el espacio*, de manera que el *lugar de comisión del hecho* (*forum delicti comissi*), sin perjuicio de las ambigüedades a que conduce la expresión, determina, de ordinario, la ley penal aplicable y soluciona los conflictos de leyes que pudieran existir, por vía de principio[94].

El principio se ha extendido, erróneamente, a la ley procesal penal[95]. Para que él sea verdad, en ese ámbito, el lugar de realización del acto procesal debería determinar la ley procesal aplicable, y no es así; por ej., un juez argentino, a quien se le permite tomar un testimonio en el extranjero, aplica, ordinariamente, la ley procesal penal argentina y no la ley extranjera; entre nosotros, el juez federal con asiento en una provincia aplica la ley procesal federal y no la de la provincia en la cual lleva a cabo los actos procesales que componen los procesos de su competencia. Si en la mayoría de los casos el resultado de la aplicación del principio territorial no difiere de la regla realmente aplicada, ello proviene de la conjunción de esa regla con aquella que, en nuestro país, constituye también el principio que ri-

[94] Cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, 2ª ed., t. 1, § 15, ps. 163 y ss.; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, § 4, tít. II, ps. 156 y ss.; MAURACH, *Strafrecht*, 5ª ed., t. I, § 11, ps. 142 y siguientes.

[95] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 90, p. 124, y nº 93, p. 129.

ge la competencia penal, el *lugar del hecho* (CN, 118, entre otros preceptos), y de la circunstancia de que los actos que integran el procedimiento se llevan a cabo, casi siempre, en la sede del tribunal competente.

Sin embargo, es posible que el tribunal lleve a cabo actos procesales fuera del lugar de su sede. El Pr. CPP Nación (1986), 112 y 177, autorizó expresamente al tribunal a llevar a cabo actos en un lugar distinto al de su asiento y al del espacio que determina su competencia territorial, inclusive en el extranjero, con la autorización del país en el cual se debe realizar el acto. La ley sobre *tenencia y tráfico de estupefacientes* (nº 23.737, 32), autoriza expresamente al tribunal investigador a proceder en territorios que no pertenecen a su jurisdicción territorial y contiene un sistema complejo para la privación de libertad procesal, según el cual rige la ley del territorio correspondiente a la aprehensión, aplicada por el juez del lugar (*lex fori*).

El verdadero principio que rige la aplicación de la ley, para el caso de decidir la aplicación de una de varias leyes de vigencia simultánea, es el que se denomina con el brocárdico *lex fori*. Él expresa que el tribunal competente para instruir el procedimiento aplica la ley procesal sancionada por el poder soberano que creó el tribunal, que lo invistió con el poder jurisdiccional que ejerce. Un juez aplica, ordinariamente, la ley correspondiente al poder soberano que lo invistió, cualquiera que sea el territorio donde cumple el acto, salvo la existencia de una excepción, especialmente reglada. Ese principio soluciona tanto los conflictos eventuales que motiva la pretensión de aplicar una ley extranjera, como los factibles dentro de nuestro país por la existencia de varias leyes procesales y de organizaciones judiciales diversas, según la estructura federal de nuestro sistema judicial.

Pueden existir, y existen de hecho, algunas excepciones al principio *lex fori*. En el Derecho interno es un ejemplo de ello la ley nacional nº 22.172 (convenio con la provincia de Santa Fe), art. 2, a la que se adhirieron las demás provincias, en cuanto permite que el juez exhortado aplique, a pedido del exhortante, la ley procesal de este último, esto es, aquélla por la cual tramita el juicio, en lugar de la ley propia del juez que lleva a cabo el acto, quien, en ese caso, aplica una ley extraña, que no procede del poder soberano que lo invistió como tal.

En Derecho internacional se conoce algún caso de excepción al principio *lex fori*, de alcance menor, sobre todo en materia de extradición. Por ejemplo: en el *Tratado de Derecho penal internacional*, suscripto en Montevideo en 1889, aprobado por ley nº 3.192 y ratificado por la República Argentina, el juego de los arts. 19 y 32 autoriza a sostener que el juez requerido (extradición pasiva) no aplica la ley procesal del Estado que lo rige para apreciar la justificación de la prisión y del enjuiciamiento del imputado, sino, por el contrario, la ley procesal del Estado requirente. El *Tratado interamericano de extradición*, suscripto en Montevideo en 1933, aprobado por la ley nº 14.467 (originariamente decr. ley 1.638/56) y ratificado por la República Argentina, en cambio, dispone *lex fori* sin excepciones (art. 8).

2. Conflicto entre leyes de vigencia sucesiva

A contrario de lo explicado anteriormente, la base de solución de este conflicto sigue la pauta que desarrolla la teoría general en materia de vigencia temporal de la ley. Las leyes siempre *rigen para el futuro* (CC, 3, texto originario, anterior a la vigencia de la llamada "ley" nº 17.711) y con razón, pues esa es la única manera de concebir la ley como regla de cálculo del comportamiento humano y como forma general de equiparar el trato que la autoridad brinda a los seres humanos. En efecto, las reglas no pueden cumplir su función de cálculo sobre comportamientos ya sucedidos, si no estaban vigentes a la época del suceso, pues el autor no ha podido determinar su conducta por ellas (ver § 1, 2, *a*, II); de allí que las normas, aplicadas a comportamientos pasados, tampoco puedan cumplir la función política que determina su existencia: influir —como uno de los motivos— en las personas para que realicen ciertos comportamientos y omitan otros; y, también, para que puedan relacionarse entre sí con algún sentido racional. Es evidente, además, que, aunque se pueda valorar un comportamiento pretérito por una regla sancionada con posterioridad a él, tal juicio sólo significa la aplicación de un puro *poder* reglado, pues no es posible atribuir a la decisión del autor de ese comportamiento, tratado en la forma que determina una regla posterior, conformidad o disconformidad con la regla, eventualmente, voluntad de lograr su efecto, al momento de decidir el acto. Es por ello que las normas calificadas como de *aplicación retroactiva*, sólo representan mandatos para el ejecutor (autoritario) de la ley.

Se dice, por ej., que una disposición posterior a una huelga, que manda pagar ciertos salarios que los obreros habían perdido en virtud de esa huelga, es de *aplicación retroactiva*. En realidad, tal disposición sólo es una orden para el ejecutor, que, en el mejor de los casos, puede fundar, en el futuro, el derecho a reclamar el cobro por parte de los obreros. La disposición, inexistente al tiempo de la decisión de los obreros de no concurrir a su trabajo, no pudo influir en la conducta de ellos. Se trata, en definitiva, de condiciones objetivas para la aplicación de una regla.

Los autores de Derecho procesal acostumbran a tratar el tópico pensando en la sanción de una nueva ley procesal y su aplicación a los procesos pasados, pendientes y futuros. Dicen, desde este punto de vista, que los procesos pasados, ya terminados, no se rigen por la nueva ley y que los futuros se rigen por ella, obviamente, y discriminan, siguiendo la ley positiva, diversas situaciones (estado del trámite), según las cuales un proceso pendiente se rige por la antigua ley —derogada para los procedimientos posteriores a su sanción— o por la nue-

va ley sancionada[96]. El punto de vista, sin embargo, no es correcto, teóricamente. Un proceso es una secuencia de actos singulares, determinados por la ley (por ej., acusación, apertura del juicio, actos varios que integran la preparación del debate, debate, sentencia, recurso, etc.). Es perfectamente posible que la ley nueva rija los actos que, en el procedimiento, sean llevados a cabo con posterioridad a su vigencia y que la ley antigua continúe rigiendo los actos realizados según ella, con anterioridad a su derogación, y que, consecuentemente, cada uno de esos actos sea valorado conforme a la ley vigente a la época de su realización; incluso —se debe decir—, ésta sería la situación ideal.

Los autores, generalmente, tienen en mira solucionar situaciones en las cuales el cambio de la ley procesal tiene gran trascendencia: o bien se trata de una ley procesal que renueva totalmente el procedimiento judicial a seguir, o bien la variación en el procedimiento es de cierta importancia. En esos casos sucede normalmente que los *procesos pendientes*, que alcanzaron cierto grado (cierto recorrido en su trámite), continúen rigiéndose hasta el final por la ley vigente cuando fueron iniciados (*aplicación ultraactiva de la ley derogada*) y que los que no alcanzaron ese estado rijan sus actos, en más o en menos, por la nueva ley (posible *aplicación retroactiva de la ley vigente*), todo según disposiciones legales expresas de la nueva ley.

Los nuevos códigos dedican siempre un capítulo final a las disposiciones transitorias, capítulo que regula la transición entre el régimen procesal anterior, derogado para el futuro y el posterior sancionado: CPP Nación, 536 y ss.; CPP Córdoba, 555 y ss.; CPP Santa Fe, 599: CPP Tucumán, 555 y ss.; CPP Costa Rica, *Transitorios*.

El CPP Nación, 536 y ss., tiene reglas según las cuales los procedimientos pendientes en los que se haya contestado la acusación (CPCrim. nacional [1889], 463 y 575) continuarán su trámite conforme a la ley derogada; en cambio, los que no hayan alcanzado ese estado son regidos en el futuro por la nueva forma de proceder que establece la nueva ley: los actos de investigación llevados a cabo (*sumario*) no pierden su valor y en ellos debe fundar el ministerio público un nuevo dictamen sobre su mérito para provocar un juicio público (acusación o clausura de la persecución penal); de ello se desprende que el dictamen del ministerio público sobre el mérito del sumario, eventualmente ya existente, pierde su valor. La ley posterior, de implementación y organización de la justicia penal, nº 24.121, modificó esas reglas (arts. 12, 19, 24, 34, 46, 59 y 70): creó una opción para que, en los *procesos pendientes*, si no se hubiera contestado la acusación, el imputado decida la ley aplicable al procedimiento a seguir.

[96] Cf. Palacio, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 9, ps. 47 y ss.; Rubianes, *Manual*, t. I, nº 51, p. 95.

De lo explicado se deduce que, en materia procesal penal, *no está prohibido* (es admisible) *que la ley se aplique retroactivamente*[97], según ella misma lo puede establecer, aunque esa forma de aplicación no pueda pretender cumplir una de las principales funciones políticas de la ley en relación con los hechos ya sucedidos: servir de modelo de comportamiento a las conductas humanas, dirigir el comportamiento humano; sin embargo, esa forma de aplicación pretende servir de modelo para valorar esos comportamientos y, con ello, dirigir la manera de comportarse de quienes deben valorar esas conductas. No obstante lo dicho, existe un tópico, contenido en el Derecho procesal penal, en el cual *no está admitida* (está prohibida) *la aplicación retroactiva de la ley*: se trata de las reglas que regulan la competencia penal, pues "nadie puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa" (CN, 18), regla que sólo reconoce escasas excepciones (*principio del juez natural*; ver § 7, B, 3).

Se discute acerca de la admisibilidad de la aplicación retroactiva de las reglas procesales penales que disciplinan las medidas de coerción, en especial las privativas de la libertad, cuando esa aplicación no favorece al imputado (*in malam partem*)[98]. Pero, cuando en ese contexto se habla de ley posterior, la referencia temporal no es el acto procesal a realizar, sino el momento de comisión del hecho atribuido, a similitud de la regla de principio para establecer la vigencia temporal de la ley penal (CN, 18; CP, 2).

Ordinariamente, las ocasiones para aplicar un reglamento de encarcelamiento preventivo más severo que el vigente con anterioridad, serán escasas, por efecto de la regla que impide, en materia penal sustantiva, aplicar retroactivamente la ley penal desfavorable (CP, 2) y del *principio de proporcionalidad* que rige las medidas de coerción, en materia procesal penal (ver § 6, C, *c*, IV, *b*). Empero, no son difíciles de imaginar —y de hecho han existido— los casos en los cuales el reglamento del encarcelamiento preventivo o de las medidas de coerción, en general, es más desfavorable para el imputado en una ley posterior al momento del hecho atribuido. Sobre todo, esto sucede cuando, a contrario de las reglas de principio que rigen las medidas de coerción y, en especial, la prisión preventiva (ver § 6, C, *c*), la ley procesal utiliza estos medios a manera de "pena anticipada" a la sentencia de condena.

[97] Cf., en sentido contrario al aquí expresado, BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, Tercera Parte, IX, ps. 129 y siguientes.

[98] Cf. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, t. I, p. 140, quien cita como aval a BIELSA, *Derecho constitucional* (hemos consultado la 3ª ed., nº 162, ps. 423 y ss.), a nuestro juicio, erróneamente, pues el autor citado no extiende el *principio de legalidad* al orden procesal penal; la opinión de ZAFFARONI en el sentido indicado, es clara, conforme lo expone en el t. I, ps. 461 y siguiente.

Si el reglamento establecido para las medidas de coerción se adecua a los principios que las rigen en un Estado de Derecho, no parece que rija la máxima que impide aplicar una ley posterior al momento de la comisión del hecho atribuido; el juez debería decidir según la ley vigente al momento de practicar el acto, esto es, al momento de resolver acerca de la medida de coerción, con lo cual mantiene el principio general de que las leyes rigen para el futuro; no existe una razón plausible, dadas aquellas condiciones, para apartarse de esta regla. De todos modos, cuando la medida de coerción continúa vigente al momento en el cual la nueva ley comienza a regir, no existe problema alguno relativo a la aplicación de la nueva ley, si ella es "más benigna"[99].

3. Exclusión personal de la aplicación de la ley procesal penal

I. Aunque ordinariamente se rotula este problema por referencia al ámbito de vigencia personal de la ley o a su eficacia en relación a las personas[100], la cuestión no consiste en determinar aquellas personas para las cuales la ley rige o es eficaz, pues, por regla teórica (ver § 1, B, 2, *b*), y también de base en un Estado de Derecho (CN, 16), la ley tiene por *destinatarios* a todas las personas que comprende su ámbito de aplicación espacial y temporal; por el contrario, el problema consiste en advertir cuáles personas, por excepción y en razón de la función política que cumplen, según el cargo estatal que ostentan, están excluidas temporalmente, mientras mantengan su cargo, de la persecución penal. La cuestión es, además, un problema procesal penal sólo por repercusión de una regla material, pues tampoco consiste en un privilegio procesal —v. gr., en la aplicación de un tipo distinto de procedimiento[101]—, sino, antes bien, en un *privilegio material*, cual es, precisamente, el excluir a una persona de la persecución penal —esto es, de la posible aplicación de la ley penal—, por la función que ejerce, a pesar de que se le atribuya un delito. Entonces, como consecuencia de la inaplicabilidad transitoria de la ley penal, resulta

[99] Éste es el problema que trata RUBIANES, *Manual*, t. I, p. 96, de la mano de un ejemplo, a nuestro juicio inadecuado para presentar el problema; con él coincide VÁZQUEZ ROSSI, *Curso de Derecho procesal penal*, p. 76.

[100] Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, § 4, lit. III, ps. 182 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 104 y ss., ps. 146 y ss.; ÁBALOS, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. III, III, ps. 78 y siguientes.

[101] Este fenómeno, sin razón plausible que lo funde y sin que se pueda determinar si se trata de un *privilegio* o una *carga*, se produce en el CPP Córdoba, 340, y en el CPP Tucumán, 340, cuando ellos imponen un procedimiento especial para la investigación de una imputación penal "a favor" o "en contra" de las personas que ostentan un privilegio constitucional.

inaplicable la ley procesal penal (privilegio de no ser perseguido penalmente). Es evidente, también, que éste es un problema absolutamente distinto de aquellos que tratamos antes, pues no consiste en un posible conflicto de aplicación entre varias leyes que, eventualmente, pueden ser aplicables en una situación determinada, sino, tan sólo, en establecer las excepciones a la aplicación de la ley vigente, que no compite con alguna otra.

Según quedó dicho, el *privilegio* tampoco es *personal*, en el sentido de que obedezca a la posición social de una persona individual, a su nombre o al título que ostenta (CN, 16), ni dura de por vida, sino que, por el contrario, abarca el cargo político, con independencia de la persona individual que transitoriamente lo ejerce, a fin de proteger, precisamente, el ejercicio de esa función de interrupciones que la tornen ineficiente, o por el reconocimiento de extraterritorialidad a los representantes de estados extranjeros; y es, además, eminentemente temporal, en el sentido de que cubre a la persona individual que ejerce la función mientras ocupe el cargo respectivo o mientras el Estado extranjero, en cuya consideración se otorga el privilegio, no permita la aplicación de la ley nacional a su representante. Se dice por ello, en ese sentido, que el *privilegio* es *real* o *funcional*[102].

II. Dos son las razones políticas que avalan el privilegio, de las cuales derivan las dos situaciones básicas que generan la imposibilidad transitoria de perseguir penalmente a una persona. La primera situación abarca a los representantes de estados extranjeros, agentes diplomáticos y personas que componen la legación (embajadores, ministros plenipotenciarios y, eventualmente, jefes de Estado que nos visitan y los miembros de su familia). Se desprende de una relación regida por el Derecho internacional público, cual es la relación entre estados soberanos: se trata de una derivación del privilegio de extraterritorialidad del que goza el país extranjero cuando obra como tal, esto es, como persona de Derecho público (*Tratado de Derecho penal internacional*, Montevideo, 1889, aprobado por la ley nº 3.192 del 6/12/1894, y ratificado por la República Argentina, art. 7; en el Derecho interno: ley nº 14.467, que ratifica el decr. ley 1.285/58, art. 24, inc. 1). El privilegio consiste, como se sabe, en que esos representan-

[102] Cf. SÖLER, *Derecho penal argentino*, t. 1, § 18, ps. 199 y s.; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 183; BIELSA, *Derecho constitucional*, nº 210 y 210 *bis*, ps. 523 y siguientes.

tes no pueden, en principio, ser perseguidos penalmente en la República Argentina y según su ley. El privilegio cesa si el Estado extranjero representado permite la persecución de su representante, si éste cesa en su cargo o representación por cualquier causa, o si desaparece la personería internacional del Estado extranjero como tal[103].

Aun en el caso de que el Estado extranjero preste conformidad para la persecución de su representante, y siempre que él continúe ejerciendo su cargo, nuestra CN, 117, prevé otro privilegio, esta vez sí de orden procesal: la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema federal o nacional.

III. La segunda situación abarca a todos los cargos públicos establecidos por la propia Constitución, para cumplir funciones directamente constitucionales. Así, el presidente de la Nación, sus ministros, el vicepresidente, los diputados y senadores, y los jueces gozan de este privilegio. El privilegio se funda en la necesidad de que esas funciones sean ejercidas eficientemente, contra lo cual conspira la posibilidad de someter continuamente a esos funcionarios a un procedimiento de persecución penal y a la autoridad judicial. Pero el privilegio no continúa si se pierde el cargo por cualquier razón, incluso por pedido expreso, en razón del delito atribuido, ante la autoridad competente para actuar el procedimiento constitucional de destitución o desafuero del funcionario (CN, 53, 59, 60, 66, 70, 114, inc. 5, y 115).

El Congreso de la Nación es, en la Constitución nacional, el órgano competente para este procedimiento de destitución o desafuero del presidente de la Nación, del vicepresidente, del jefe de gabinete de ministros, de los ministros y de los jueces de la Corte Suprema, procedimiento que, de arrojar resultado positivo, produce la cesación del funcionario en el cargo respectivo y habilita, con ello, la persecución penal y, por ende, la aplicación de la ley procesal penal (CN, 60). Los senadores y diputados son removidos o desaforados por la Cámara respectiva (CN, 66 y 70). Los jueces, salvo los de la Corte Suprema, son removidos por un jurado de enjuiciamiento especial (CN, 114, inc. 5, y 115). Aunque la misma Constitución declama que el procedimiento no produce consecuencias penales, sino únicamente la pérdida del cargo, y que sólo significa un *antejuicio* que, en su caso, releva el privilegio y permite la persecución penal, ella contiene, como una de sus consecuencias jurídicas, una clara medida penal de *inhabilitación para ocupar empleos públicos* en el futuro (CN, 60: salvo para los legisladores y los jueces inferiores).

Algunas provincias prevén, en sus constituciones, procedimientos de destitución, desafuero o antejuicio distintos al de la Constitución nacional; incluso, pre-

[103] Cf. Núñez, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 190 y su cita: Ruiz Moreno, *El derecho internacional público ante la Corte Suprema*, caps. XV y XVI, ps. 159 y ss. Allí se podrá observar cómo la Corte Suprema ha admitido el privilegio.

vén procedimientos diversos para distintas clases de funcionarios. Así, por ej., Córdoba, 95, 119 a 123, y 159, establece distintos procedimientos según se trate de legisladores (*desafuero*), o de funcionarios del Poder Ejecutivo y del Defensor del Pueblo (*juicio político*) o de funcionarios judiciales (*jurado de enjuiciamiento*).

Se ha admitido que las autoridades nacionales conservan el privilegio en todo el territorio de la Nación. En cambio, se ha discutido acerca de si los privilegios que establecen las constituciones provinciales para ciertos funcionarios rigen sólo en el territorio de la provincia correspondiente, para sus propias autoridades judiciales, o, por el contrario, rigen en todo el territorio del país. La CSN (ver *Sentencias de la Suprema Corte de la Nación Argentina*, vol. XXIII, ts. 165 a 170, t. 169, p. 76; el caso íntegro en *JA*, XLIII, ps. 403 y ss.) ha reconocido los privilegios establecidos por las constituciones provinciales y los ha declarado vigentes en el territorio de la provincia, aun para los jueces federales que operan en ella por un delito de competencia federal. Por el mismo argumento que utiliza la CSN (CN, 5: "conformada la Constitución local al sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la CN y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria, *el gobierno federal les garantiza el goce y ejercicio de sus instituciones*"), el privilegio debe ser respetado en todo el país y por todas sus organizaciones judiciales autónomas: ello, además, porque se supone que el privilegio es consustancial al buen ejercicio de las instituciones políticas[104].

IV. Los códigos procesales penales toman en cuenta este privilegio y contienen reglas al respecto, que regulan reglamentariamente sus aspectos operativos: libertad del funcionario aprehendido en flagrante, interrupción de la persecución penal, pedido de desafuero, etc. (CPP Nación, 189 y ss.; CPP Córdoba, 14 y ss.; CPP Mendoza, 199 y ss.; CPP La Rioja, 202 y ss.; CPP Salta, 198 y ss.; CPP La Pampa, 181 y ss.; CPP Corrientes, 196 y ss.; CPP Entre Ríos, 196 y ss.; CPP Tucumán, 14 y ss.; CPP Costa Rica, 171 y ss.).

V. No pertenece a esta área de problemas la inmunidad parlamentaria prevista en la CN, 68. Cualquiera que sea el encasillamiento penal de esta causa de exclusión del efecto del comportamiento de un

[104] En contra, VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 351, quien menciona la sentencia de la CSN citada en el texto, y la comparte, y sin embargo declara que el privilegio establecido por las constituciones provinciales sólo rige en el territorio de la provincia respectiva. Argumento: "No parece posible, pues, que el privilegio del legislador se extienda fuera de la provincia a que pertenece. Lo contrario significaría condicionar el ejercicio del poder jurisdiccional propio de un Estado particular, al criterio o decisión de otro Estado. Se desconocería así la autonomía de cada provincia, y especialmente el poder de juzgar los hechos cometidos en su territorio (CN, 102)".

El argumento choca contra la realidad de que, aun estados nacionales soberanos absolutamente, reconocen privilegios de autoridades de otros estados y limitan la posibilidad de aplicar la ley penal a la destitución o al desafuero del funcionario que se pretende perseguir, o a la conformidad del Estado representado por el funcionario.

legislador, en sí antijurídico y culpable (para la mayoría: excusa absolutoria), ella no se traduce en inaplicabilidad de la ley procesal por un obstáculo temporario para la persecución penal. La repercusión procesal del problema debe ser tratada regularmente, conforme a la naturaleza penal que se le acuerde en los niveles de análisis de la teoría del delito.

II

Capítulo Segundo

El Derecho procesal penal como fenómeno cultural

Parágrafo Quinto
El Derecho procesal penal y su inserción en la historia política

§5

BIBLIOGRAFÍA:

ÁBALOS, Raúl W., *Derecho procesal penal*, t. I, cap. VIII. BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*; *De los delitos y de las penas*, tr. de Francisco Tomás y Valiente. BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*, tr. de Roberto Goldschmidt y Ricardo Núñez, § 2; *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, § 112. BUNGE, Carlos Octavio, *Historia del Derecho argentino*. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, nº 41 y ss. COULANGES, Fustel de, *La cité antique*, Libro III, caps. IX, X y XI, Libro IV, cap. VIII. ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*. GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. I, §§ II a IX. HÉLIE, M. Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, 10ª ed., t. I. LEVENE, Ricardo, *Historia del Derecho argentino*, ts. I y II, caps. IV, V y VI, y t. III, Causas criminales. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, tr. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, cap. I. MOMMSEN, Theodor, *El Derecho penal romano*, tr. de P. Dorado, Libros Segundo y Tercero. OTS CAPDEQUÍ, José María, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*. PETERS, Karl, *Strafprozeß*, § 11. PLUTARCO, *Vidas paralelas*. RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Crisis y pervivencia de la tortura*, 3ª parte, II. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., cap. 15, §§ 67 y ss. RUBIANES, Carlos J., *Manual de Derecho procesal penal*, Introducción. SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, 1ª parte.

A. NECESIDAD DEL ESTUDIO HISTÓRICO POLÍTICO

I. El Derecho es, como materia de estudio, un objeto cultural. Lo crea el hombre a medida que establece formas de convivencia (de organización política) comunitarias y, por ello, el contenido (político) de sus reglas es contingente, como lo son también las formas de organización social que se suceden en busca de una convivencia pacífica más perfecta, y los cambios sociales producidos a medida que las condiciones demográficas y de ejercicio del poder en una comunidad sufren transformaciones; también el mayor conocimiento empírico sobre las relaciones humanas, de lo cual se ocupan varias ciencias en la actualidad, influye en los cambios de contenido del orden jurídico.

Es por ello que, usualmente, todo expositor de una rama jurídica, o de un problema particular de ella, comienza su estudio con un repaso del desarollo histórico de su disciplina o del instituto que lo preocupa, en procura de ubicarse en ese proceso cultural. En Derecho penal este fenómeno es aún más visible, porque como se trata de la realización del poder estatal que conculca con mayor intensidad el ejercicio de la libertad natural del hombre, con sus prohibiciones y mandatos, y, además, del que afecta en mayor grado el ejercicio de las libertades o facultades garantizadas jurídicamente, con su medio de

coerción característico —la pena y las medidas de seguridad y corrección y sus correlatos procesales: las medidas de coerción personal—, la influencia de la ideología vigente o impuesta por el efectivo ejercicio del poder se percibe más "a flor de piel" que en las demás ramas jurídicas. No se debe olvidar que el Derecho penal cumple también el papel de estabilizador y garante de la organización política y de los valores básicos que esa organización engendra, para resguardar la convivencia pacífica bajo determinada ideología[1].

Según observamos, el fenómeno es más notorio aún en el Derecho procesal penal que en el Derecho penal material, por aquello de que "el Derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo" y sus reglas "sólo viven en el papel hasta tanto el Derecho penal no actúe realmente"; el que se entiende con el hombre real, de carne y hueso, es el Derecho procesal penal[2]. Entonces, por estar más cerca del hombre y su realidad concreta, al tratarse de reglas jurídicas directamente dirigidas a la realización del poder penal del Estado, la correlación entre el sistema político imperante y el contenido del Derecho procesal penal es aún más directa e inmediata que en cualquier otra rama jurídica, incluido el Derecho penal material. Es por ello que, en el Derecho procesal penal, las manipulaciones del poder político son más frecuentes y notables; se halla bajo una perpetua tensión, común al Derecho en general, pero más evidente y directa en él: la tensión entre el interés por conservar las estructuras políticas vigentes y el interés por transformarlas. Internamente, por lo demás, anida en él otro tipo de tensión: la que se establece entre el *interés individual* por gozar de la libertad y las facultades que el Derecho adjudica a los hombres y el *interés común* por la observancia de la ley que, para el caso de la persecución penal pública, es, directamente, interés jurídico objetivo, cuya realización se encomienda al mismo Estado, por intermedio de sus órganos específicos, sin condicionarlo (salvo excepciones) a voluntad individual alguna, y se prescribe su ejercicio obligatorio.

[1] Sólo así se puede comprender la definición de Hans WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 8ª ed., § 1, 1, ps. 1 y ss. (versión castellana: *Derecho penal alemán*, 2ª ed., § 1, 1, ps. 11 y ss.), sobre la función del Derecho penal: proteger los valores elementales de la vida en comunidad. De allí el papel conservador que suele asignársele a la dogmática jurídica: NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cap. II, ps. 17 y ss.; cf. también del mismo autor, *Los límites de la responsabilidad penal*, Introducción, ps. 1 y ss., y Parte segunda, cap. III, B, ps. 209 y ss.; críticamente, HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, ps. 391 y ss., y BARATTA, *Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, ps. 3 y siguientes.

[2] Cita de BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Goldschmidt-Núñez, § 1, 1, p. 1.

Todo cuanto venimos diciendo se puede observar de la mano de un ejemplo histórico, la *Inquisición*. Ella no fue más que un sistema de enjuiciamiento penal cuyos primeros vestigios aparecerán en la última época del Imperio Romano, después desarrollado por el Derecho canónico y recibido en la legislación laica de Europa continental a través del fenómeno conocido como *Recepción* del Derecho romano-canónico. Se verificará enseguida cómo su nacimiento, desarrollo y recepción fueron el resultado de la necesidad política concreta de apoyar un poder político central y vigoroso, cuya autoridad y fundamento no podía discutirse (autoritarismo). Para ello resultó necesario postergar los intereses individuales y elevar a principio el aforismo *salus publica suprema lex est*. Nació así la persecución penal pública obligatoria y la búsqueda de la verdad histórica como meta absoluta del procedimiento penal, a fin de reprimir las desviaciones de la ideología imperante, en todos los casos. El instrumento de realización del poder penal de la época llegó a adquirir mucho más fama que el propio Derecho penal que realizaba; en el curso de la historia el medio de realización fue, así, más importante que el fin a realizar.

Es así que toda exposición sería de Derecho procesal penal parte de una ojeada histórica más o menos amplia que, a la vez de ubicarnos culturalmente en el Derecho procesal penal de nuestra época, ofrece un panorama acerca de las razones de ser de su estado actual y de su sentido político[3].

II. Cuánta más razón hay en el Derecho argentino para comenzar un estudio de su Derecho procesal penal con un análisis histórico que permitirá verificar el atraso cultural que nos distinguía, pese al esfuerzo de unos pocos por revertir la situación, que aún perdura parcialmente. La distinta procedencia y abrupta discordancia histórico-política entre lo que nos propusimos, al fundar definitivamente una República y darle su ley básica (Constitución nacional de 1853/60), y aquello que llevamos a la práctica, al regular los instrumentos necesarios para su realización efectiva; y, por fin, la reacción, algo tardía —segundo tercio de este siglo—, que provocó una marcada diferencia entre los distintos sistemas de enjuiciamiento penal que rigen en nuestro país, conforme a nuestra organización federal y que hoy tiende a desaparecer, con la reciente sanción del CPP Nación (1991), que, lamentablemente, no aprovechó la ocasión para conducirnos algo más allá de las instituciones existentes en el siglo XIX, para colocarnos en un primer plano de la praxis jurídico penal[4].

[3] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 1ª parte, ps. 25 y ss.; HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 10ª ed., t. 1, Libro Primero, ps. 3 y ss.; GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, t. I, §§ II a IX, ps. 10 y ss.; PETERS, *Strafprozeß*, 2ª ed., § 11, ps. 48 y ss.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, §§ 3 a 14, ps. 10 y ss., ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., cap. 15, §§ 67 y ss., ps. 453 y siguientes.

[4] Cf. PASTOR, *Código Levene: ¿Nacerá viejo y caduco?*, p. 27.

Por lo demás, esta reacción, que intenta adecuar el Derecho procesal penal argentino a la época y sistema cultural en el que vivimos y del que parten nuestras instituciones jurídicas fundamentales, fue muy resistida, sobre todo desde ámbitos culturales dominados académicamente por la Universidad de Buenos Aires y, políticamente, por el gobierno federal. Ella debió enfrentar pronto la polémica con quienes pretendían conservar el sistema antiguo. Esa polémica, tan dura cuanto infructuosa, dado el siglo en el que vivimos, se conoció aquí bajo el rótulo de "*oralidad versus escritura*", banderas que nunca tradujeron correctamente las diferencias básicas de ambos tipos de enjuiciamiento, ni el enfrentamiento de principio entre ellos: el rótulo aludía a las meras *formas* necesarias para realizar el sistema que proponían, pero sólo formas, al fin y al cabo, sin presentar el verdadero dilema cultural y político que representa la elección por uno de los tipos de enjuiciamiento[5].

Es así que, en nuestro país, la necesidad de un estudio histórico, introductorio de esta rama del conocimiento jurídico, sirve a dos fines específicos, además del universal: ayudar a comprender nuestra ubicación político-cultural y su desarreglo parcial con el sistema republicano que proclamamos, y, a partir de allí, colaborar en la persuasión imprescindible para transformar el sistema de enjuiciamiento penal, a fin de que se corresponda con nuestra forma de gobierno y con los modos de persecución penal hoy utilizados en el mundo civilizado, y en miras a la solución de los problemas actuales que el Derecho penal presenta. Mal que les pese a muchos, la cuestión de la reforma de nuestro enjuiciamiento penal no tiene como trasfondo un problema de orden técnico, sino que trasunta un verdadero problema cultural[6].

III. La visión histórica a la que accederemos se vincula más con la historia interna de las instituciones jurídicas, correspondientes a la persecución penal, que con su historia externa. No pretende, por ello,

[5] Mario A. Oderigo, profesor de la Universidad de Buenos Aires, ya fallecido, fue considerado como la cabeza de quienes se oponían a la transformación (cf. *El lenguaje del proceso: tinta versus saliva*); Alfredo Vélez Mariconde, profesor de la Universidad de Córdoba, también fallecido, fue reconocido como el motor del cambio (cf. sus *Bases de un nuevo proceso penal. El proyecto de Mario Antelo*).

[6] A ello me refería cuando me asombré por las palabras de un ministro de Justicia de la Nación, difundidas por medios de comunicación masivos, defendiendo nuestro "secular sistema vigente"; cf. Maier, *Nueva reforma instrumental*, ps. 335 y siguientes.

acumular erudición acerca del devenir histórico, sino mostrar, por un lado, la correspondencia entre ideología practicada y sistema de enjuiciamiento penal y, por el otro, la posición local y universal en la que nosotros nos encontramos y el camino a seguir si deseamos ser más consecuentes con nuestra forma de organización política, con la manera de insertarnos en el mundo como realidad política, que casi todos pretendemos, pero que nos cuesta tanto llevar a la práctica.

Por el carácter del libro y su destino, la ojeada histórica sólo será eso, un pantallazo sobre los principales sistemas de enjuiciamiento y su origen. Por ello hemos elegido como método de exposición, antes que la sucesión histórica, a grandes rasgos respetada, el de la presentación de los principales sistemas de realización penal que el hombre ha concebido conforme a sus necesidades políticas.

Si pretendemos observar alguna evolución en el devenir histórico o en su exposición sucinta, idea tantas veces criticada, sólo advertiremos, muy genéricamente, la continua búsqueda de limitaciones al poder penal ejercido arbitrariamente por el hombre individual, o por él como representante comunitario, a medida que ese arbitrio emergía como socialmente intolerable; tales limitaciones, además de referirse al *por qué* y al *cuánto* de la reacción penal (Derecho penal), abarcan también el *cómo* de su realización efectiva (Derecho procesal penal y Derecho de la ejecución penal). Desde otro punto de vista, se podrá también advertir, incluso en el marco de esas limitaciones, la transferencia creciente del poder penal individual a la organización social y política comunitaria, en un intento por suprimir la reacción privada y "civilizar" la reacción penal (monopolio estatal de la fuerza), hecho que, sin embargo, ha traído aparejado el grave inconveniente de colocar en manos de la organizacion social el arma más poderosa que el Derecho concibe como medio de control social y medida coactiva, principal problema de nuestros días.

Precisamente por ello, ha crecido el movimiento crítico respecto de la pena estatal y el Derecho penal, hasta llegar, incluso, a la pretensión de abolir el sistema penal (abolicionismo penal) y colocar nuevamente a la víctima en un sitial de preferencia para decidir la reacción contra la ofensa a sus intereses protegidos jurídicamente[7].

IV. Se podrá advertir que la exposición que sigue no respeta, necesariamente, la sucesión histórica correcta de los acontecimientos. La

[7] El punto se examinará en detalle en el t. II, § 13, de esta obra.

representación de la sucesión histórica en las organizaciones políticas se puede sintetizar, esquemáticamente, comenzando por aquellas primitivas, que carecen de un poder político central definido, hasta arribar, primero, a las sociedades culturalmente avanzadas, que lograron la formación de ese poder político central, diferente de la reunión de las personas individuales (con capacidad política) que las constituyen, y, posteriormente, al Estado moderno, cuyo poder político central se organiza sobre la base de formas jurídicas rígidas, que suponen autorizaciones (facultades) y limitaciones para el ejercicio de ese poder[8].

Nos ha parecido que los vestigios históricos característicos del Derecho germano, conocidos en nuestros días, representan con más propiedad la evolución de una sociedad primitiva que aquellos que describen los sistemas de enjuiciamiento centrales de Grecia y Roma, correspondientes a sociedades más evolucionadas políticamente y a formas culturales más avanzadas, razón por la cual comenzamos nuestro estudio por el Derecho germano, a pesar de que ello implica no respetar la cronología histórica.

B. EL DERECHO GERMANO Y SU SISTEMA ACUSATORIO PRIVADO[9]

1. El Derecho germano antiguo

La nota distintiva del Derecho germano antiguo (siglo VII y anteriores) es el *tipo acusatorio privado* de su sistema de enjuiciamiento y, unido a él, el fuerte sentido subjetivo de su verificación probatoria; es más un procedimiento destinado a buscar la razón de alguno de los contendientes, por signos exteriores que la revelen directamente, que a averiguar objetivamente la verdad histórica.

El Derecho germano antiguo no conocía nuestra actual separación entre infracciones civiles y penales. Toda infracción era considerada como un *quebranto de la paz* (*Friedensbruch*) comunitaria, perdiendo por ello el infractor la protección jurídica de la comunidad, lo que implicaba para él la *pérdida de la paz* (*friedlos*), esto es, quedaba a merced de sus congéneres. Aun cuando un número pequeño de infraccio-

[8] STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, p. 87.

[9] Para un estudio exhaustivo puede leerse, en lengua alemana, SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., ps. 3 y ss.; PETERS, *Strafprozeß*, § 11, ps. 48 y ss.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, §§ 3 y 4, ps. 10 y ss.; KERN, *Gerichtverfassungsrecht*, 4ª ed., §§ 48 a 54, ps. 322 y ss.; y en lengua castellana, con especial referencia al Derecho ibérico, VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, § 3, ps. 55 y siguientes.

nes, las más graves, traían como consecuencia la pérdida de la paz en un sentido absoluto, al quedar el infractor a merced de cualquier integrante de la comunidad, que tenía derecho a perseguirlo hasta matarlo (pérdida total de su personalidad jurídica), la regla general, para la gran mayoría de las infracciones, sólo autorizaba la reacción del ofendido y su parentela (*Sippe*) o tribu, rasgo distintivo del Derecho germano antiguo, según ya lo advertimos, circunstancia que implicaba sólo una pérdida limitada de la protección comunitaria, de la paz o de su personalidad jurídica.

Para satisfacer el interés menospreciado se autorizaba a la víctima y a su familia a restablecer la paz mediante el combate o la guerra (*Fehde*) y la venganza familiar (*Blutrache*). Este tipo de venganza física o declaración de guerra al ofensor y su familia abrió paso, progresivamente, a una institución típica del Derecho germano: la composición (*Sühnevertrag*). El ofensor, si acordaba una enmienda o reparación económica con el ofendido (*Buße*), esto es, si se perfeccionaba entre ambos un contrato reparatorio (*Sühnevertrag*), evitaba la venganza del ofendido mediante el pago de una reparación en bienes; la expiación de su crimen se completaba con el pago del precio de la paz a la comunidad (*Friedensgeld*), mediante el cual el ofendido recuperaba su protección jurídica, en definitiva, su personalidad jurídica completa. En cambio, los crímenes más graves no eran susceptibles de expiación, ya que, según explicamos, la pérdida de la protección comunitaria y de la personalidad jurídica era absoluta y definitiva, y él quedaba a merced de la venganza y persecución de cualquiera de los integrantes de la comunidad.

El procedimiento judicial propiamente dicho cumplía un papel secundario o accesorio, pues sólo se llevaba a cabo cuando fracasaba la composición privada, con lo cual esta manera extrajudicial de proceder jugaba un papel preponderante. Sin embargo, de no arribarse a la composición, fue posible, en tiempos posteriores, la reclamación judicial de la *Buße* por el ofendido o su familia. Allí comenzaba, en realidad, el verdadero proceso judicial, de neto corte acusatorio.

Sus principales notas eran: el derecho de persecución en manos privadas, sin que pudiera existir actuación judicial cuando faltaba el reclamo de parte interesada (*Wo kein Kläger, da kein Richter - nemo iudex sine actore*). El proceso se iniciaba al fracasar la composición privada, ya fuera por acuerdo de partes que componían la litis alrededor del pago de la enmienda, comprometiéndose a subordinarse a la décisión judicial (*Streigedinge*), o por reclamo unilateral del ofendido o su familia, que citaba formalmente al ofensor a comparecer ante el tribunal, ante testigos. El tribunal era una asamblea popular (*Hundertschaft*), compuesta por las personas capaces para la guerra (*Thing*), que sesionaba en lugares abiertos, es de-

cir, públicamente, y era presidida por un juez, quien, además, dirigía el debate, pero no fallaba. El procedimiento era oral, público y contradictorio, y consistía en una verdadera lucha por el Derecho entre ambos contendientes (*Kampf ums Recht*) a la vista del tribunal —mero espectador— y mediante actos formales al extremo, llenos de sentido mítico, como la fórmula acusatoria (*Klageformel*) pronunciada por el acusador con palabras sacramentales, con un bastón en la mano e invitando al acusado a la respuesta (*Klagebeantwortung*), quien tenía sólo dos posibilidades: o admitía la acusación o la negaba totalmente. Según se produjera una u otra de estas dos alternativas recaía inmediatamente la condena, en caso de reconocimiento formal de la acusación o, cuando era negada, se abría la causa a prueba ya por acuerdo de partes sobre ella o, en su defecto, por sentencia condicional del tribunal (*bedingtes Urteil*), que establecía, por un lado, quién y cómo debía probar según la apreciación del derecho de cada parte hasta el momento y, por el otro, el resultado que arrojaría el pleito si tenía éxito o fracasaba la prueba pedida. La prueba no se dirigía a demostrar un hecho con objetividad, es decir, a establecer la verdad sobre la hipótesis objeto del proceso, ni tan siquiera a formar la convicción del tribunal sobre la responsabilidad o inocencia del acusado, sino que representaba un medio de lucha entre las partes (*Kampfmittel*), a través del cual, por actos sacramentales, cada una de ellas daba mayor fuerza a sus afirmaciones subjetivas sobre el derecho que invocaba. Como consecuencia, el juramento de parte (*Parteieid*) fue el principal medio de prueba, acompañado también por conjuradores o auxiliadores (*Eideshelfer*), quienes no deponían sobre hechos exteriores verificables, sino sobre la fe que merecía el juramento de la parte. Se practicaba también el duelo (*Zweikampf*), ya cuando el acusador formulaba en contra del juramento depurador del acusado (*Reinigungseid*) su juramento crítico (*Eidesschelte*) o como modo de impugnar la proposición de la sentencia, según veremos. La sentencia era, originariamente, propuesta en forma de proyecto por los miembros del tribunal popular al juez director, encargado de requerir las propuestas, luego sólo un grupo de ellos discutía y formulaba la propuesta y, por último, uno de los sentenciantes, que gozaba del respeto de los demás, la proponía. La propuesta requería la aprobación de los miembros del tribunal por aclamación o mediante un movimiento del arma; como se trataba de un tribunal popular, ella era inimpugnable. Sin embargo, era posible impugnar la proposición de la sentencia antes de ser sometida a su aprobación (*Urteilsschelte*), facultad que correspondía tanto a las partes, como a los miembros del tribunal (*Thingmann*), hecho que provocaba todo un procedimiento del impugnante contra quien había formulado la propuesta, con un nuevo procedimiento probatorio que, de ordinario, culminaba en el duelo entre el crítico y su criticado, valiendo la victoria como triunfo del Derecho. El duelo significaba, por otra parte, que los contendientes habían agotado el litigio por palabras para tomar la vía del combate físico.

De allí en adelante el Derecho procesal penal germano inició, lenta pero decididamente, su camino hacia el autoritarismo, por un lado, y la concepción del procedimiento como método para reconstruir la verdad histórica, por el otro, sendero que, con sus marchas y contramarchas, culminó, después de mucho tiempo, con su desplazamiento total por el Derecho romano-canónico, fenómeno político-jurídico que se conoce bajo el nombre de *Recepción* y que, en nuestra materia, implantó la *Inquisición*, sistema de enjuiciamiento penal, del

cual algunos de sus máximos exponentes legislativos surgieron en la Alemania del siglo XVI.

2. El período franco

El período franco (a partir del siglo VIII), aunque no desterró la idea central de la pérdida de la paz como efecto de la infracción, transformó parcialmente esa idea en la de la *paz del rey* (*Königsfriede*), acorde con la creciente y prestigiada organización monárquica. El combate judicial perdió parcialmente su sentido de venganza individual con el ofensor y, a medida que transcurrió el tiempo, adquirió un sentido protector de la comunidad cada vez más acentuado; por lo demás, poco a poco fue fuertemente limitado. Lentamente, el acuerdo sobre la enmienda, o conciliación, se transformó en la obligación de enmendar (*Sühnezwang*). El Derecho del rey, como órgano responsable de la paz comunitaria, influyó en la composición del tribunal y hasta, aun, en la persecución penal.

Las principales modificaciones fueron las siguientes: el tribunal continuó siendo popular, pero la silla del juez director del procedimiento le pertenecía al rey, quien ejercitaba esa función personalmente o por intermedio de un conde de palacio; el tribunal se integraba, además, con siete funcionarios en comité, encargados de proponer la sentencia, primeramente los *rachimburgii* y después los escabinos (*Schöffen*), designados en forma vitalicia; la persecución penal seguía en manos del ofendido y su tribu, pero, excepcionalmente, se desarrolló un procedimiento especial de persecución oficial (*Rügeverfahren*), consistente en la pregunta del rey o de su delegado a hombres elegidos, dignos de fe y juramentados (*Rügegeschworene*) acerca de si se había cometido algún crimen y quiénes eran los sospechados como autores (*inquisitio*), poseyendo la respuesta afirmativa (*Rüge*) el significado de una acusación ante la comunidad, no obstante lo cual, si el ofendido o su familia se presentaban como acusadores, el procedimiento seguía las reglas generales; más adelante, incluso, se desarrolló también un procedimiento en el que la facultad de perseguir penalmente pertenecía también a funcionarios reales; el debate no varió mucho: continuó siendo oral, público y contradictorio, pero se acentuó un mayor predominio real (oficial) en su dirección e impulso, en desmedro de la influencia preponderante que las partes ejercían con anterioridad; persistió el juramento como medio principal de prueba pero él se acercó algo más al fin de proporcionar la verdad sobre el hecho imputado, advirtiéndose el comienzo precario de un interrogatorio juramentado del testigo por el juez, aun cuando la capacidad de testimoniar estuviera fuertemente limitada (fortuna, reputación, estado de libertad, etc.); los *juicios de Dios* u *ordalías* (*Gottesurteile*) cumplían, al lado del duelo, un papel fundamental en la prueba, por la misma creencia y fundamento antiguo: la divinidad acudiría a iluminar la verdad y a hacer esplender la justicia, por intermedio de un signo físico fácilmente observable.

3. La Alta Edad Media

La primera parte de la Edad Media siguió la línea indicada y no produjo variaciones significativas del procedimiento penal. Su cam-

bio principal se observa en el poder jurisdiccional, en la organización judicial, debido al creciente poder político que adquirieron las comunidades más pequeñas (locales) frente al reino y, más adelante, las ciudades, que comenzaron no sólo su formación, sino también su hegemonía política y económica. A más de ello, comenzó a ponerse en evidencia la división entre el poder político y el poder de la Iglesia, ganando la jurisdicción eclesiástica un terreno considerable.

En líneas generales, las principales modificaciones de la época son: la labor judicial se trasladó de los espacios abiertos (plazas o foros) a lugares cerrados (*Rathäuser* o *Thinghäuser*), aun sin perder el procedimiento su característica publicidad, pues no sólo ingresaba el público a la sala de la audiencia, sino que puertas y ventanas permanecían abiertas. La acción privada siguió siendo el principal medio de persecución penal, pero, a su lado, continuó el desarrollo de la persecución oficial para las infracciones más graves, con intervención directa del juez, ya por censura de los *Rügegeschworene*, según explicamos, comparecencia forzada en los casos en flagrante o confesión de culpabilidad del autor. El formalismo exagerado de los actos y el valor de las palabras terminó por imponer la necesidad de un patrocinante para las partes, que no cumplía la función de un representante, sino que hablaba por ellas en su presencia. Progresó el sentido de la prueba como medio de reconstrucción del acontecimiento en discusión, notándose los comienzos de la inspección judicial, es decir, de la exposición ante el tribunal de las personas o cosas sobre las que recayó o dejó rastros el hecho punible. La labor de juzgar siguió dividida entre el juez que dirigía y los escabinos que decidían, pero creció la influencia del primero, que en las postrimerías del período tomó parte también en la decisión, en conjunto con los escabinos, decidiéndose por mayoría de votos. La impugnación se comenzó a transformar para dejar la práctica del duelo a que conducía e indicar el camino hacia otra instancia en la que el censurante era la parte perjudicada por la propuesta de sentencia y el censurado el juez que la propuso, llevándose a cabo un litigio intermedio para resolver si la sentencia propuesta por uno u otro era la correcta.

Aquí terminó la vida independiente del Derecho germano y su sistema propio de enjuiciamiento penal. En el futuro le aguardaría un período de asimilación del Derecho extranjero que llega hasta la actualidad, con abandono de su Derecho de creación popular. El arribo de la *Inquisición* y la *reforma del enjuiciamiento inquisitivo* del siglo XIX acompañarían un fenómeno común a toda Europa continental.

4. Caracterización

Las principales características del enjuiciamiento penal germano pueden ser sintetizadas como sigue:

I. Tribunal popular.

II. Persecución penal privada en manos del ofendido y su parentela.

III. Publicidad y oralidad del juicio en el que se enfrentaban el acusador y su acusado.

IV. Sistema de prueba tendiente a dirimir subjetivamente la contienda en tanto erigía un vencedor, ya porque presentaba mejores testimonios de su fama u honor personal, o porque vencía en el duelo o combate judicial, o porque pasaba con fortuna ciertas pruebas (*ordalías* o *juicios de Dios*), métodos mediante los cuales la divinidad mostraba, por signos físicos fácilmente observables, la justicia del caso.

V. Decisión inimpugnable.

C. LOS DERECHOS GRIEGO Y ROMANO Y SU SISTEMA ACUSATORIO POPULAR

1. Grecia[10]

a) Descripción del sistema

El Derecho griego superó la concepción privada del delito. Precisamente, los dividió en públicos y privados, según lesionaran un interés comunitario o uno individual. Su sistema de enjuiciamiento se caracterizó por introducir para los primeros la *acusación popular*, facultad de cualquier ciudadano de perseguir penalmente al infractor. Conforme a su organización política y como consecuencia de la concepción de que el poder residía en la soberanía ciudadana, el régimen ateniense estableció la participación directa de los ciudadanos en la tarea de juzgar y de acusar. Los delitos privados, en cambio, sólo permitían la persecución del ofendido o sus sustitutos (padre, tutor, amo). Como en todos los pueblos antiguos, el juicio era oral, público y contradictorio.

I. El poder de juzgar era ejercido por varios tribunales con distinta competencia, de los cuales sobresalió el de los *Heliastas*, ciudadanos honorables, mayores de treinta años, elegidos anualmente por sorteo que, constituidos en tribunal popular, compuesto por gran número de personas, variable según los casos (de 500 hasta 6.000 cuando todas sus secciones se unían para el juicio), juzgaban la gran mayoría de los delitos. Este tribunal, llamado también del *Helión*, porque sesionaba en la plaza pública y bajo la luz solar, ejercía la jurisdicción común en materia penal, esto es, en todos los casos salvo los confiados en forma excepcional a los demás tribunales que mencionaremos. Los 6.000 ciudadanos sorteados en Atenas anualmente para componerlo se dividían en diez secciones, que sesionaban separadas o en conjunto según la importancia del caso. Sustituía a la *Asamblea del pueblo* y la representaba, razón por la cual sus decisiones tenían la fuerza de un juzgamiento popular y así eran consideradas. Llevaba a cabo el procedimiento común que estudiaremos. El tribunal de los *Efetas* estaba compuesto por cincuen-

[10] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. II, § 1, ps. 25 y ss.; HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, cap. II, ps. 11 y ss.; COULANGES, *La cité antique*, Libro III, caps. X y XI, ps. 228 y ss., Libro IV, ps. 289 y ss.; PLUTARCO, *Vidas paralelas*.

ta y un jueces elegidos anualmente por sorteo de entre los miembros del Senado y sólo juzgaba los homicidios involuntarios o no premeditados. El *Areópago* fue, quizá, el más célebre tribunal de Atenas, nacido para juzgar los crímenes mayores y poco a poco restringido en su competencia hasta abarcar, en la época de Pericles, sólo los homicidios premeditados, incendios y todo crimen amenazado con la pena de muerte. Sesionaba con un número no exactamente determinado de jueces que, al parecer, no pasaron de cincuenta y uno. La creación del tribunal popular del *Helión* lo sustituyó, al punto de restarle gran parte de su competencia. La *Asamblea del pueblo* reunía el pleno poder de juzgar; era depositaria del poder soberano, pero raramente lo ejercía en forma directa, limitándose a ordenar la persecución ante los *Heliastas* o alguno de los tribunales nombrados, según su competencia; sólo juzgaba en forma directa aquellas infracciones de suma importancia política, donde el interés de la justicia retrocedía ante el interés de la República.

II. El prestigio del régimen de persecución penal ateniense se debe a su sistema de *acusación popular*, facultad acordada a cualquier ciudadano para perseguir, en nombre del pueblo, los delitos públicos, y a su división entre delitos públicos, los que interesaban al orden, la tranquilidad y la paz pública, perseguibles por cualquier ciudadano, y delitos privados, los que afectaban sólo un interés privado, perseguibles sólo por el ofendido, sus padres, tutor o persona que lo tenía a su cuidado. Nos dice PLUTARCO que SOLÓN, "advirtiendo que todavía convenía dar más auxilio a toda la flaqueza de la plebe, concedió indistintamente a todos el poder de presentar querella en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor: acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo"; y se cita también una sentencia suya que consuena con la ley: porque preguntando, a lo que parece: "¿cuál es la ciudad mejor regida?", "Aquélla —respondió— en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa"[11]. El ciudadano acusador debía depositar una suma de dinero, suma que, en definitiva, pesaba sobre el vencido y se repartía entre los jueces. Él tenía a su cargo la actividad necesaria para reunir los elementos de cargo que presentaría en el debate. Si el acusado era absuelto, se procedía inmediatamente al examen del comportamiento del acusador: si la quinta parte de los jueces encontraba fundado su derecho de acusar no sufría ninguna pena, pero, si ello no ocurría, sufría penas graves. A pesar de que éste era el sistema de acusación principal, existían también delitos que hoy enunciaríamos como perseguibles de oficio, con cierta licencia en el vocabulario. Algunas infracciones capitales, que ponían en peligro al mismo Estado, permitían, al lado de la persecución ciudadana, la prevención y denuncia de ciertos funcionarios llamados *tesmotetas*, magistrados que los investigaban y denunciaban al Senado o a la Asamblea del pueblo, que, a su vez, designaba un ciudadano para tomar a su cargo la acusación y radicaba el caso ante uno de los tribunales.

III. Los acusados, si podían asegurar su comparecencia al debate público por intermedio de tres ciudadanos, gozaban de libertad casi sin excepción, salvo raros casos de traición o conspiración.

[11] PLUTARCO, *Vidas paralelas*, SOLÓN, XXIII, p. 123.

IV. El procedimiento variaba según el tribunal competente. Por ej., la Asamblea del pueblo dejaba de lado las formas y las garantías del procedimiento común en aras de la importancia política del problema y el Areópago sesionaba de noche y con formas misteriosas —míticas— que impresionaban al pueblo, restringiendo los debates a los hechos y votando en secreto. El procedimiento común, en cambio, era practicado por los Heliastas. En los delitos públicos, quien asumía el papel de acusador producía su acusación ante un *arconte*, que se encargaba de juzgar la seriedad y formalidad de la acusación, conforme a los elementos de prueba que ella citaba. Si la admitía, tomaba juramento al acusador y recibía la caución, elementos que aseguraban que no abandonaría el procedimiento hasta la decisión del tribunal, designaba el tribunal y los jueces que lo componían y les tomaba también juramento, convocándolos para el día del juicio público. El plazo entre estos actos y el juicio no excedía de un mes, durante el cual el acusador se preparaba, realizando él mismo, sin publicidad para el acusado, su propia instrucción del caso, para presentarlo ante el tribunal. Durante el plazo, el acusado era traído o citado ante el arconte para su primer comparecencia, a fin de asegurar su presencia en el debate, convocarlo a él y escucharlo sobre su posición frente a la acusación y sobre la necesidad de un plazo para preparar su defensa; prestaba juramento de comparecer e, incluso, de decir verdad. El día de la audiencia los jueces se reunían en la plaza pública y en presencia del público. Se leía la acusación con todas las piezas que la avalaban y la sucedía el debate entre acusador y acusado. Cada uno de ellos disponía de un tiempo limitado en el que exponía sus razones e interrogaba a sus testigos, previamente juramentados, intentando fundar sus conclusiones. La testimonial integraba las alegaciones de cada uno de ellos y los testigos debían remitir antes por escrito sus deposiciones. Se practicó ordinariamente la tortura, especialmente con los testigos, a quienes se sometía al tormento para averiguar la verdad. La tortura pareció primero reemplazar el juramento para los esclavos, que no eran dignos de testimoniar, interrogando el acusador a los esclavos del acusado bajo tormento e, incluso, ofreciéndolos el acusado para evitar toda sospecha, pero alcanzó también a los hombres dignos y libres. También se practicaron ordalías o juicios de Dios, como los del agua hirviendo o el hierro caliente, con la misma pretensión con la que siglos más tarde la usaron los germanos: que la divinidad señalara, por signos exteriores, la razón. Después de los alegatos de las partes los jueces eran convocados a juzgar, esto es, a depositar su voto para formar la decisión. No podían postergar la decisión y debían dictarla antes de la caída del sol. El primer voto correspondía al fallo de culpabilidad —condena o absolución— y se pronunciaba depositando conchas, guijarros o habas blancas y negras en urnas de donde el presidente las extraía y contaba. La mayoría de habas negras significaba condena, la mayoría de habas blancas o la igualdad, absolución. Si recaía fallo de culpabilidad se pasaba inmediatamente a votar la pena por tablas, que también se depositaban en la urna y que indicaban la naturaleza y extensión de la pena, contadas también por el presidente. La pena se ejecutaba de inmediato, entregando al condenado a los magistrados encargados de ello, si se trataba de pena de muerte o corporal; para la pena de multa, un agente del tesoro público intimaba al condenado a pagar dentro de los once días que seguían al de la sentencia; si no lo hacía, se transformaba la pena en prisión perpetua. En caso de absolución se decidía, conforme ya lo hemos visto, acerca del comportamiento del acusador. Existía el juzgamiento contumacial: si el acusado no se presentaba, su culpabilidad se presumía y se dictaba sentencia. Hasta los diez días posteriores a ella, el acusado gozaba de la facultad de pre-

sentarse y anular el juicio de esa manera, iniciándose un nuevo juicio, según lo explicado. Después de los diez días, la decisión obtenida en rebeldía quedaba firme y era ejecutable.

V. Como se trataba de un tribunal popular, que representaba la soberanía del pueblo, su sentencia era irrecurrible.

b) Caracterización

El Derecho procesal penal ateniense para los delitos públicos puede ser caracterizado de la siguiente manera, en forma resumida:

I. Tribunal popular, conforme al principio de soberanía del pueblo.

II. Acusación popular, por la facultad acordada a cualquier ciudadano para presentar querella contra la persona a quien creía autor de un delito público o partícipe en él.

III. Igualdad entre acusador y acusado, quien, de ordinario, permanecía en libertad durante su juzgamiento.

IV. Publicidad y oralidad del juicio, que se resumía en un debate contradictorio entre acusador y acusado, frente al tribunal y en presencia del pueblo.

V. Admisión de la tortura y los juicios de Dios como medios de realización probatoria.

VI. Valoración de la prueba según la íntima convicción de cada uno de los jueces, quienes votaban a favor o en contra depositando un objeto que daba a conocer el sentido del sufragio.

VII. Decisión popular inimpugnable.

2. Roma[12]

El Derecho romano nos proporciona por su extensión en el tiempo y por los diferentes sistemas de organización politica que se sucedieron, un ejemplo valiosísimo acerca de las transformaciones que sufre el enjuiciamiento penal a impulsos de la ideología política imperante. Se observará, sin embargo, que en él los cambios no fueron bruscos o revolucionarios sino, por el contrario, producto de una len-

[12] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. II, § 2, ps. 31 y ss.; HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, caps. 3º, 4º y 5º, ps. 23 y ss.; COULANGES, *La cité antique*, libro III, caps. X y XI, ps. 228 y ss.; libro IV, ps. 289 y ss.; MOMMSEN, *Compendio del Derecho público romano*, libro IV, cap. II, ps. 388 y ss. (ver también los libros II y III para la organización judicial); *El Derecho penal romano*, 8ª ed., Primera Parte, libros II y III, ps. 145 y ss. y *Le droit pénal romain*, que a diferencia de la obra anterior (edición castellana) comprende la traducción de las notas del autor, a veces imprescindibles para interpretar el texto o valorar las fuentes; MANZINI, *Tratado*, t. I, Introducción, cap. I, ps. 3 y siguientes.

ta y paulatina transformación de las instituciones; *Monarquía*, *República* e *Imperio* no traducen divisiones tajantes de los sistemas de enjuiciamiento penal al compás de la organización política —*cognitio*; *accusatio, quaestio* o *iudicium publicum*; y *cognitio extra ordinem*—, pues el cambio de una a otra se operó gradualmente, penetrando siempre el antiguo sistema a las instituciones posteriores y adquiriendo el nuevo sistema, al comienzo, carácter de excepción frente al anterior, como intento natural de subsanar deficiencias de la antigua fórmula en la práctica o según las necesidades propias de la nueva organización política, que termina por imponerse y ordinarizarse, para caracterizar toda una época de la vida de Roma.

Por lo demás, el Derecho romano conoció, como el Derecho griego, la clásica división entre delitos públicos y privados. Los últimos eran perseguidos exclusivamente por el ofendido o sus representantes o sustitutos y el procedimiento no difería del que se utilizaba para los litigios del Derecho privado; pero, al parecer, este procedimiento —*iudicium privatum*— y su correspondiente sistema de acusación sólo se conservó, en definitiva, para el delito de injurias o para las acciones por adulterio o *falsis*, en los casos de suposición de parto[13], razón de más para dedicarnos con exclusividad al estudio del enjuiciamiento penal establecido para los delitos públicos, único que nos interesa relacionar con la época actual y la materia que abarcamos.

No será del caso aquí detenernos en la descripción circunstanciada del enjuiciamiento penal romano y de la magistratura que lo llevaba a cabo, sino, antes bien, dar una idea de las transformaciones que se sucedieron, tanto en el procedimiento como en la organización judicial romana; sin embargo, nos detendremos especialmente en el sistema de enjuiciamiento que pergeñó la República romana, conocido con el nombre de *accusatio, quaestio* o *iudicium publicum* (también procedimiento por *quaestiones*), para algunos, gloria imperecedera del Derecho romano, pues, además de ser el mejor elaborado, es el que, para nuestra época y organización política, deja las mejores enseñanzas y experiencias. Se verá cómo la fecundidad del Derecho romano extiende sus enseñanzas a esta rama de las ciencias jurídicas y, pese a que su luz ilumina preferentemente las instituciones del Derecho privado, no es menos cierto que logra también inmortalidad en el Derecho público, particularmente en el Derecho procesal.

[13] Cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, p. 335; MANZINI, *Tratado*, t. I, p. 4.

Antes de comenzar el estudio de las diferentes épocas e instituciones romanas referidas a la persecución penal, conviene tener en cuenta algunas advertencias generales que caracterizan al Derecho procesal penal romano. Como en todos los pueblos antiguos la administración de justicia no era más que una de las tareas de la administración general del Estado; cualquiera que fuese la forma que ella asumió, nunca se concibió a la administración de justicia como algo separado de la administración general, según ahora es regla entre nosotros. El Derecho procesal penal romano incorporó definitivamente como meta del procedimiento la averiguación objetiva de la verdad histórica mediante medios racionales que pretendían reconstruir, dentro del procedimiento y como fundamento del fallo, un acontecimiento histórico, hipotéticamente ya sucedido, que se atribuía al acusado: rompió de esa manera la concepción del procedimiento como método de lucha y de la prueba dirigida a obtener, antes que la verdad de lo sucedido, la razón de alguno de los contendientes mediante signos exteriores por los que la divinidad se pronunciaba a favor de uno u otro. Se puede decir, por ello, que el Derecho romano desmitificó —secularizó— la persecución penal. La publicidad fue característica principal del procedimiento, como de toda tarea pública, por lo menos a partir de la instauración de la República, y perduró hasta los últimos tiempos del Imperio, a pesar de que, por las necesidades políticas de esta última época, fueron introducidas modificaciones profundas que tendían a abolir esta institución republicana.

a) La cognitio y la provocatio ad populum

De la primera época del procedimiento penal romano, al establecerse la Monarquía, no quedan prácticamente rastros. Más aún, es idea general la de que "no se conocieron normas generales procesales a las cuales sujetarse para el ejercicio de este derecho de coacción y penal"[14]. Sólo sobre el final de la Monarquía se rescata una suerte de delegación del poder real, antes ejercido directamente, según parece, en magistrados llamados *duumviri*, dotados del *imperium* necesario para administrar justicia cuando el Rey no ejercía su poder directamente.

Precisamente ese magistrado, antes de hacer efectivo el poder penal en su decisión, llevaba a cabo una especie de instrucción sumaria que recibía el nombre de *cognitio*. El poder, sin embargo, era ilimita-

[14] Cf. MOMMSEN, *Compendio del Derecho público romano*, p. 388.

do, pues el magistrado o el rey, en su caso, reunía en sí todas las funciones procesales: se avocaba espontáneamente al conocimiento de una imputación sin necesidad de provocación extraña y realizaba la investigación a su puro arbitrio[15].

No existían reglas procesales que limitaran la instrucción y la decisión. Ni el magistrado era provocado por querella o demanda al conocimiento de un asunto, ni existían trámites procesales determinados de antemano, ni regulación de la prueba y su forma de recepción, ni ningún derecho establecido para la intervención del imputado. La citación del imputado se conocía con el nombre de *vocatio* y su detención preventiva, ilimitada en el tiempo y usual en el delito más común de desobediencia, con el de *prensio*, detención que se caracterizó siempre por su carácter provisional, pues no era utilizada o concebida como medio para retribuir o expiar el delito, pero, sin embargo, podía durar perpetuamente.

Al lado de esta forma primaria de procedimiento (*anquisitio*), se desarrolló la facultad de alzarse contra la decisión del rey o los magistrados, conocida como *provocatio ad populum*, derecho que competía, en principio, a los ciudadanos varones para provocar la reunión de la Asamblea popular a fin de evitar las consecuencias perjudiciales de la decisión del inquisidor público. La institución, según se observa, fue el comienzo de la instauración de la jurisdicción popular que luego sobrevendría y, sin duda, significó una limitación del poder penal del rey.

No obstante ello, tampoco existieron reglas jurídicas de procedimiento a las que sujetarse en estos casos y la institución no debe ser apreciada como una suerte de recurso ejercido en contra de la decisión del rey o del magistrado inquisidor, sino, antes bien, como el ejercicio de la facultad de provocar una *instancia de gracia*, capaz de anular las consecuencias de la decisión. Era, pues, el ejercicio del derecho de perdonar por parte del pueblo y, por ello, el primer indicio de *soberanía popular*[16]. Sí existieron, en cambio, reglas que limitaban la *provocatio* según el estado de las personas (ciudadano) y la entidad del asunto (pena de muerte o pecuniaria de cierta gravedad).

b) Los comicios y la quaestio, accusatio o iudicium publicum

El antecedente de la *provocatio ad populum* y el advenimiento de la República romana generaron una gran transformación de la organización judicial, que preparó el advenimiento de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal.

[15] "... dejaba a los individuos entregados al arbitrio sin límites de los órganos del *imperium*", según afirma MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, p. 338; cf. también MANZINI, *Tratado*, t. I, p. 5.

[16] Cf. MOMMSEN, *Compendio del Derecho público romano*, p. 393.

I. Las tres leyes *Valeriae* renovaron consecutivamente el derecho del ciudadano de provocar la intervención de una asamblea popular y trajeron como consecuencia una lenta transmisión del poder de juzgar criminalmente de los magistrados a esos tribunales populares que se llamaron *comicios*. Esas leyes[17], al institucionalizar la jurisdicción popular, a pesar de no haber variado radicalmente la situación anterior, inauguraron una nueva época del enjuiciamiento penal romano, época de transición que, acorde con la línea evolutiva del Derecho romano ya señalada, conservó los rasgos fundamentales del procedimiento anterior y anunció el porvenir. Por referencia a sus tribunales, se denominó a esta época bajo el título de *justicia centurial*, por su tribunal más característico en materia penal: los *comicios centuriales* o *centurias*[18].

La *Asamblea del pueblo*, al ser convocada, se constituía de tres maneras diferentes: los *comicios curiales*, integrados por patricios, de muy escasa competencia; los *comicios centuriales*, integrados por patricios y plebeyos, verdadera jurisdicción represiva en esta época de Roma; y los *comicios por tribus*, en los que los ciudadanos de más baja condición económica eran admitidos en un plano de igualdad, que entendían siempre en asuntos políticos (por ej., el prevaricato de los magistrados). Por lo demás, las centurias, que asumieron la jurisdicción penal, conocieron por dos métodos distintos: *originariamente* o *per provocationem*; originariamente, cuando se trataba de crímenes capitales a los que se respondía con la pena de muerte, de exilio o de pérdida de los derechos del ciudadano; por provocación, tratándose de crímenes no capitales[19].

Conviene recordar que la *provocatio* estaba reservada, en principio, sólo a los ciudadanos, excluyéndose a las mujeres, a los extranjeros y a las personas que no gozaban de libertad. Según se advirtió, la *anquisitio* (*cognitio*) prosiguió, practicada por el magistrado, quien emplazaba al imputado —*dei dictio*—, averiguaba y pronunciaba sentencia; a partir de allí procedía el derecho de *provocatio* y, mediante su ejercicio, la convocación de las centurias que anulaban o confirmaban el fallo (*iudicium populi*): tal el esbozo del procedimiento regular[20].

El ingreso de la nueva institución y de la incipiente organización judicial popular no varió demasiado las cosas, según hemos visto, pues el magistrado —*duumviri*, *quaesitor*, *tribunus* o *aedil*— persistió

[17] Datan del comienzo de la República e imponen la *provocatio ad populum*; fueron tres veces renovadas y confirmadas por la Ley de las XII Tablas, las leyes Porcias y la de Cayo Graco: MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, 1ª parte, ps. 167 y 174; HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 2, ps. 27 y siguientes.

[18] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 25; HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 24, p. 30.

[19] Cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 23, ps. 29 y ss., y nº 25, p. 33.

[20] Cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, 1ª parte, p. 173.

como un inquisidor público munido de todos los poderes. Pero se observa ya una primera limitación a su poder penal, pues la validez de la sentencia dictada por los magistrados reconocía la posibilidad de que los comicios —Asamblea popular— la anularan. La nueva institución, sin embargo, dejó sin protección a mujeres, extranjeros y esclavos y, al parecer, no representó una garantía de legalidad[21]; pese a ello, comenzó la transferencia del fallo último a la fuente original de la soberanía.

II. En las postrimerías de la República una nueva transformación, fundada en la anterior, pero ya no de carácter excepcional sino permanente, terminó por liberalizar y democratizar el enjuiciamiento penal romano. La transformación condujo a una nueva limitación del poder penal del Estado y fue total: cambió de manos el poder de decidir (jurisdiccional) y el de requerir, que se trasladó de las manos del magistrado a las del ciudadano, para convertir su ejercicio en *popular*, y un nuevo procedimiento, regulado por ley, reemplazó el arbitrio —estatal o popular— por un sistema normativo.

El poder jurisdiccional se transformó al instituirse los jurados —*iudicis iurati*—, a quienes se confió su ejercicio bajo la presidencia de un magistrado, órgano público encargado de convocarlo. La necesidad de delegar el poder jurisdiccional de las grandes asambleas en tribunales reducidos, también populares, debido al número de asuntos a tratar, y el triunfo del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal, determinaron el carácter de permanentes que adquirieron estos cuerpos judiciales, creados en un comienzo como extraordinarios, para casos particulares[22].

El tribunal de jurados fue confiado, en principio, a la presidencia de un magistrado portador del *imperium*, el pretor, pero él podía delegar en uno de los jurados, llamado *quaesitor*, la dirección del *collegium*, invistiéndolo del *imperium* imprescindible para el caso.

Diversas condiciones eran exigidas para componer las listas anuales de jurados, referentes a la condición social, política y económica de sus miembros, y a su edad, condiciones que variaron según las diferentes leyes o acuerdos populares que los establecieron; pero en la última época puede decirse que, en líneas generales, se requirió la condición de ciudadano y 30 años de edad.

[21] Cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, 1ª parte, p. 182; dice, refiriéndose a la relación entre el poder del magistrado y la institución de los comicios, que "el arbitrio que acompañaba a toda resolución última y definitiva no se cambiaba porque el asunto se remitiese a la ciudadanía; no hacía más que variar de sitio".

[22] Cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 31 a 34, ps. 37 y ss.; HOPKINS, *Conquistadores y esclavos*, ps. 107 y siguiente.

De esas listas se extraía a aquellos que debían componer el tribunal para conocer un caso concreto, por dos métodos distintos, *per editionem* y *per sortitionem*, formas que integraban el procedimiento propiamente dicho. La *editio*, combatida por parcial y después abandonada, se perfeccionaba de varias maneras: la más común era la elección por el acusador de un número de jurados igual al doble de los necesarios para integrar el tribunal, de los cuales el acusado podía eliminar la mitad (*reiectio*), pero existieron otras formas combinadas en las que tanto el acusador como el acusado presentaban sus propias listas, ejerciendo ambos el derecho de recusar a la mitad de los propuestos por el adversario. La *sortitio* de la lista de *iudicis* (sorteo), método menos sospechoso de parcialidad que terminó por imponerse[23], y sobre cuyo resultado ambas partes ejercían su derecho de recusar, fue la otra de las formas empleadas para constituir el tribunal. Una *subsortitio* fue útil y no tan sólo para completar el número necesario de jurados después de la recusación de las partes, sino también para el caso de incapacidad posterior a la constitución definitiva del tribunal.

El número de jurados que componían el *consilium* o tribunal varió de acuerdo con las leyes particulares que impusieron esta organización judicial.

El ejercicio del cargo constituía una obligación (carga pública) para el ciudadano, de la que sólo podía eximirse por causas fundadas; los ciudadanos debían aceptar el cargo bajo juramento —de allí su denominación: *iudicis iurati*— que repetían antes de deliberar la decisión[24].

También la persecución penal pública se trasladó de las manos del magistrado a las del ciudadano, aspecto que constituyó la nota fundamental del nuevo sistema (acusatorio). El régimen concibió al delito como un atentado a las condiciones mínimas de coexistencia de la comunidad, en la mayoría de los casos[25], y, por lo tanto, no reservó la legitimación activa —para perseguir penalmente— en el proceso penal sólo para aquellos que resultaran directamente ofendidos por el comportamiento impugnado, según sucedió siglos más tarde en el Derecho germano, sino que, por el contrario, erigió en representante libre de la comunidad a sus propios miembros, a la manera del sistema acusatorio griego. Se trataba, así, de un sistema de *acusación popular*, según el cual cualquier ciudadano ejercía la facultad (poder) de perseguir penalmente, ejercicio que, por lo demás, condicionaba el poder de decidir en materia penal (*ne procedat iudex ex officio - nemo iudex sine actore*). Muy por el contrario de lo que actualmente podemos pensar, el hecho de confiar la persecución penal a cualquier ciu-

[23] Cf. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, p. 47 y la prédica de CICERÓN allí transcripta.

[24] Cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, 1ª parte, p. 226.

[25] Las acciones por adulterio, injurias y *falsis*, en los casos de suposición de parto, eran las pocas de ejercicio privado cuya interposición estaba limitada generalmente al ofendido (cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, p. 365).

dadano como representante de la comunidad —bien que facultad y no obligación; necesaria consecuencia: la impunidad de los delitos que no encontraban eco en la persecución penal popular— "contribuyó a aumentar y fortalecer, más bien que a disminuir, la represión de los delitos por parte del Estado"[26]; la razón de ser de esta afirmación puede encontrarse en el honor que el cargo representaba, en la oportunidad política de exhibirse como merecedor de cargos públicos y en la escuela de oratoria y jurisprudencia que su ejercicio representaba. Debido a ello, no eran pocos los casos en que varios ciudadanos pretendían acusar; de allí que el procedimiento regulara también la elección del acusador que, en principio (salvo abandono), tomaría a su cargo la función de perseguir penalmente.

De acuerdo con la particular concepción política del mundo romano sólo quien gozaba de plenos derechos civiles y políticos y podía representar a la comunidad romana, esto es, el ciudadano, fue investido también de la facultad de acusar, quedando excluidos los libertos[27], las mujeres[28], y, por razones de falta de capacidad, los menores[29], el hijo de familia[30] y aquel ciudadano que hubiera perdido la facultad por estar pendiente una acusación en su contra, por desempeñar la función de magistrado o por habérsele impuesto como pena por delitos cometidos en el ejercicio de la función de acusador.

Para constituirse como *accusator* en un proceso concreto era necesario que, previamente, la acusación fuera admitida; quien lo pretendía dirigía una petición en ese sentido (*postulatio*, *petitio*) al magistrado (pretor) designando la acción que intentaba y la persona imputada (*nomen deferre*), circunstancia que, técnicamente enunciada, significaba pretender penalmente. El magistrado debía examinar los diversos requisitos de la pretensión[31] y admitirla o rechazarla; a este procedimiento de admisión correspondía también la elección por el magistrado de aquél

[26] Cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, 1ª parte, p. 344.

[27] Pudieron acusar, cuando la persecución no era dirigida contra el patrono, salvo los casos de acciones privadas (adulterio, injurias) y los crímenes de lesa majestad, hubieran tenido descendencia y su patrimonio alcanzaba una cierta suma (cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, p. 367).

[28] A salvo los delitos de lesa majestad.

[29] Salvo los delitos ejecutados en su contra o contra sus parientes y previa venia del tutor (cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, p. 366).

[30] Ya que las acciones las interponía el *pater familiae* o el hijo con su venia (cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, p. 367).

[31] Competencia del tribunal, capacidad del acusador, objeto posible del proceso —que no fuera prohibido y que constituyera un delito— (cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. I, nº 34, p. 41), aspecto que a grandes rasgos coincide sorprendentemente con los extremos que hoy analiza el juez para admitir la querella y al querellante o con el examen de los requisitos de la pretensión (cf. PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 59, ps. 404 y ss.).

que sostendría la acusación —quien ofrecía las mejores garantías de justicia y de no abandonarla—, cuando los pretendientes eran varios, quedando los demás como *suscriptores*.

La *nominis delatio*, "verdadera querella"[32] según la denominación actual, exponía los fundamentos fácticos y jurídicos que afirmaban la pretensión deducida y debía ser inscripta por el mismo acusador en el protocolo judicial (*inscriptio*), prestando juramento de calumnia en ciertos casos[33]; los suscriptores formulaban *subscriptio* en apoyo de la acusación principal.

Una de las principales funciones atribuidas al acusador era la de colectar los elementos de prueba que demostraran la veracidad del hecho que fundaba su pretensión y, así, la sinceridad de su acusación. El ciudadano ungido como acusador practicaba la instrucción (antigua *anquisitio*) sobre la base de una autorización legal o por comisión del magistrado, facultad que comprendía los poderes necesarios para requerir testimonios, secuestrar cosas, realizar actos de comprobación, etc. El plazo para concluir esta investigación lo fijaba el magistrado, de común acuerdo con el acusador, teniendo en cuenta la naturaleza, proporción y particularidades del asunto; su término final coincidía con el comienzo del debate (*dei dictio*); al parecer, el imputado no intervenía para discutir el emplazamiento[34]. El carácter público (para el acusado) o secreto de esta investigación, es decir, la posibilidad de que el acusado siguiera al acusador controlando efectivamente la prueba de la que este último se iba a valer en el debate, no puede afirmarse con seguridad, pues ha sido objeto de controversia[35]. Es interesante consignar la comparación de esta verdadera "instrucción de parte" con la actualmente llamada *instrucción sumaria, citación directa* o *procedimiento fiscal preparatorio*, instrucción que practica el ministerio público por sí mismo (reemplazando al juez de instrucción), aunque con poderes limitados, institución implantada con dificultades en algunos códigos modernos de la República Argentina (se practica en Córdoba, Mendoza, ahora Tucumán y, también, Costa Rica)[36].

[32] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 32.

[33] Así lo afirma Mommsen (cf. *El Derecho penal romano*, p. 379), para el caso de citación privada o en el procedimiento privado, aunque no es seguro que se exigiera a todos los acusadores, ni tampoco que fuera elemento fundamental del delito de calumnia, delito que, de todos modos, faltara o no el juramento, era perseguido. Verdadera importancia tenía el juramento *perseveratum se in crimine usque at sententiam*, según informan Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 34, p. 41, y Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 31, prestado antes de formular la *nominis delatio* y después de admitida la acusación, para garantizar que el acusador no desistiría de su persecución hasta la sentencia.

[34] Cf. Mommsen, *El Derecho penal romano*, p. 388.

[35] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 31 y 32, y notas al pie nº 21 a 26, donde se comenta, parafrasea y confronta la opinión de los autores más caracterizados.

[36] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 32; Maier, *La investigación penal preparatoria*, §§ 2 y 4, p. 30.

Por reforma de último momento del proyecto originario, el nuevo CPP Nación (1991), 196 y ss., permite que el juez de instrucción delegue en el fiscal la investigación del caso.

El acusador concurría también a la integración del tribunal (ver *supra*, inmediatamente antes), acto preliminar al debate, según hoy lo llamaríamos, y sus atribuciones se completaban con la defensa concreta de su pretensión en su transcurso (presentación de la prueba, *altercatio*). La intangibilidad de la sentencia en el procedimiento por *quaestiones* privaba al acusador de todo recurso contra ella[37] y, considerándoselo como un representante de la comunidad agraviada por el delito, impedía la reproducción del litigio por otro acusador[38].

Salvo el prestigio político que el ejercicio de la función de acusador traía aparejado, como eficaz medio de introducción a los cargos públicos, no parecen haber existido premios para quienes asumían con éxito la función requirente, durante la vigencia del sistema acusatorio romano[39]. Por el contrario, el acusador respondía penalmente por el mal ejercicio de su función. Su responsabilidad derivaba de tres tipos de comportamientos diferentes: la más leve correspondía al desistimiento infundado de la acusación (*tergiversatio*) y las dos más graves consistían en el acuerdo doloso con el acusado para sustanciar una causa favoreciendo el fallo absolutorio (*prevaricatio*) y en la falsa imputación de un delito (*calumnia*)[40]. En el primer caso, la sanción se fundaba no sólo en el desgaste jurisdiccional y en los perjuicios irrogados al acusado, sino también en que el abandono del procedimiento por el acusador impedía la persecución penal (*abolitio privata*)[41]. El desistimiento se debía justificar suficientemente, pues de otra manera se incurría en *tergiversatio*; sin embargo, el acusado, a quien se le comunicaba el abandono, podía no aceptarlo y requerir la prosecución del procedimiento hasta la sentencia definitiva, decisión que, de ser absolutoria, le permitía intentar la *calumnia*; en caso contrario, la *abolitio privata* se perfeccionaba, a pesar de que ello no impedía que otro ciudadano ejerciera posteriormente la misma pretensión; no era posible la repetición por el mismo acusador que había desistido. La *prevaricatio* se cometía disimulando u ocultando pruebas, aceptando defensas falsas o por cualquier otro medio que desvirtuara la función requirente a sabiendas y por composición con el acusado. La *calumnia* presuponía el fallo absolutorio, pero sólo comprendía aquellas acusaciones emprendidas con conocimiento de la falsedad de la imputación. Las tres infracciones indicadas eran juzgadas por el mismo tribunal que había conocido del proceso anterior, si bien el encausamiento por *prevaricatio* no seguía en todos los casos inmediatamente a la absolución, como sucedía en la *tergiversatio* y en la *calumnia*. Las penas de estos delitos no parecen haber estado rígidamente reguladas por la ley, sino, antes bien, dejadas al arbitrio

[37] Cf. Mommsen, *El Derecho penal romano*, ps. 431, 449 y 459.

[38] Cf. Mommsen, *El Derecho penal romano*, p. 431.

[39] Cf. Mommsen, *El Derecho penal romano*, p. 478; Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 56, p. 68.

[40] Cf. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 55, ps. 64 y ss.; Mommsen, *El Derecho penal romano*, p. 467; Manzini, *Tratado*, t. I, p. 7, nota al pie nº 8.

[41] Según Mommsen, *El Derecho penal romano*, p. 435, constituía un obstáculo al ejercicio de la acción penal, pero de la íntegra lectura del texto (p. 436) se desprende que el impedimento surtía efecto sólo para el acusador que desistía, pues "nada impedía que un tercero reprodujere por su cuenta la acusación", "puesto que la acusación no había dado por resultado la absolución del acusado" (p. 434).

del tribunal, sobre todo en los casos más graves de la *calumnia* y la *prevaricatio*[42]; no obstante, ambas significaban la pérdida del *ius honorum*, que comprendía el derecho a acusar, y la *prevaricatio* declarada traía aparejada también la anulación del fallo absolutorio y el nuevo pronunciamiento simultáneo sobre el contenido del proceso anterior.

El procedimiento acusatorio romano, único sometido a reglas y principios jurídicos que reemplazaban la arbitrariedad para dar paso a la seguridad y equidad, tiene su pilar fundamental en el sistema característico que adoptó para regular la función requirente en el procedimiento penal. Ese procedimiento fue denominado *iudicium publicum*, *quaestio* o *accusatio*[43]. Se repetía el esquema fundamental de este tipo de enjuiciamiento, cuyo eje central era un debate oral y público del cual emergía el fundamento de la decisión del tribunal.

Su base la constituía la persecución penal por una persona extraña al órgano de la jurisdicción (*ne procedat iudex ex officio - nemo iudex sine actore*), que así limitaba el poder del tribunal y el objeto de su decisión. Comenzaba cuando el acusador promovía la acción (*postulatio*), después de lo cual, y como preliminar del debate oral y público, se cumplían una serie de actos referidos a la admisión de la acusación, al acusador principal que ejercería la función requirente (*divinatio*) y a la formulación concreta de su pretensión (*nominis delatio* e *inscriptio*) —ver *supra*, inmediatamente antes—. A partir de allí, investido por el magistrado, el acusador llevaba a cabo una suerte de investigación preliminar para colectar los elementos de convicción de los cuales se valdría en el debate, cuyo carácter —público o secreto— no se ha podido afirmar con certeza. Constituido el tribunal de jurados, según métodos ya estudiados, se citaba al debate (*dei dictio*), en cuyo transcurso se producía ampliamente la contradicción entre las partes (*altercatio*) y la recepción de la prueba, finalizando con la sentencia que condenaba, absolvía o mandaba ampliar la vista (*ampliatio*). El debate comenzaba con la exposición del acusador, quien exponía el hecho que imputaba, sus circunstancias y lo calificaba; luego respondía el acusado que se defendía por sí mismo en los primeros tiempos, hasta que en las postrimerías de la República se admitió que lo asistiera un *patronus* o defensor; no existían réplicas pero las suplía la *altercatio*, diálogo o discusión entre las partes o sus defensores; seguía la recepción de la prueba, comenzando por los documentos, prosiguiendo con los interrogatorios de los testigos y después con la tortura[44] (*quaestio*), como modo de obtener la verdad de los

[42] Cf. la solución idéntica que para tiempos posteriores concede MANZINI, *Tratado*, t. I, p. 7, nota al pie nº 8, a la *tergiversatio*.

[43] Sobre las diversas denominaciones cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, ps. 196 y ss., y VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 26, nota al pie nº 11.

[44] Al comienzo sólo se aplicó a los esclavos pero después se extendió, especialmente para los crímenes de lesa majestad, en los que varias leyes, comenzando por la *Iulia maiestatis*, permitió la aplicación del tormento a todos los ciudadanos, cualquiera que fuese su rango, dignidad, posición y función; cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 50, ps. 58 y siguientes.

diversos órganos de prueba, instrumento tan conocido como discutido entre los romanos, pero sólo desde el punto de vista de su idoneidad para arribar a la verdad, sin reparar en motivos de humanidad o relativos a la dignidad humana: por último comparecían los *laudatores*, amigos y protectores del acusado que sólo deponían a su favor, exponiendo los hechos principales de su vida y dando fe de su probidad, virtud y servicios a la República; sin discusión, que, según vimos, se producía antes de la recepción de la prueba, el debate terminaba con la orden de quien lo presidía para comenzar el juzgamiento[45].

Tanto el presidente (*quaesitor*) como los *iudicis* eran meros árbitros que escuchaban el debate oral y público y sólo intervenían al dictar sentencia, la que votaban en un comienzo oral y públicamente, y, posteriormente, en forma secreta, mediante el procedimiento de las *tabellas*. A cada uno se le daba tres *tabellas*, una con la letra A (absolución), otra con la letra C (condena) y la última con las letras NL (*non liquet*). Esta tercera tablilla reenviaba a un nuevo proceso *ut amplius pronuntiaretur*, esto es, a la *ampliatio*, un nuevo procedimiento con un nuevo debate. El presidente escrutaba los votos y la mayoría determinaba la sentencia; en caso de empate triunfaba la opinión más favorable al acusado[46].

En el sistema de prueba se observa uno de los principios fundamentales que incorporó el Derecho romano y subsiste hasta nuestros días: desapareció el sentido subjetivo, mítico, de la prueba, como medio por el cual la divinidad demostraba por signos exteriores la razón de uno de los contendientes, y el combate judicial, para dar paso al conocimiento objetivo, histórico, al sentido de la prueba como forma de reconstrucción histórica de un acontecimiento por los rastros que él había dejado en el mundo. Se valoraba los medios de prueba según la íntima convicción de los *iudicis*, que expresaban en la votación, como corresponde a todo tribunal de jurados.

El acusado, como en todos los sistemas acusatorios, y salvo excepciones concernientes a nuevas honras, títulos o dignidades, que él no podía aceptar hasta tanto no sorteara con éxito la acusación de que era objeto, era tratado como un inocente durante el procedimiento y hasta que una sentencia de condena no variara su situación. Él podía ser privado de su libertad por el pretor hasta su juzgamiento público, pero sólo cuando, al comparecer ante el pretor, confesaba su crimen; en los demás casos procedía siempre su libertad caucionada y la caución estaba siempre representada por otra persona, a cuya guarda se lo confiaba, quien sufría una pena pecuniaria si no cumplía con el cuidado debido su obligación y una pena más severa en caso de dolo.

Tanto el procedimiento acusatorio que hemos estudiado, como la jurisdicción del tribunal de jurados dirigidos por el pretor o por un juez delegado, que le era característica, tuvieron como base acuerdos

[45] Sobre el procedimiento, cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 45 a 55, ps. 49 y siguientes.

[46] Cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 53 y ss., ps. 62 y ss. Sin embargo, HÉLIE afirma que se requería la mayoría absoluta para decidir, lo que hubiera necesitado algunas precisiones; en el sentido del texto, VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 45, citando a MOMMSEN.

del pueblo, es decir, fueron creados por vía legislativa, ya que, al comienzo, modificaban la competencia del magistrado o delegaban funciones que le correspondían a la Asamblea popular (comicios). Sin embargo, no fue una ley general la que dio vida a este sistema, sino "un conjunto de disposiciones especiales tocantes a diversos tribunales pretorios por jurados acomodados a los varios delitos"[47].

Así, para los delitos cometidos por los magistrados, fue creada esta forma de procedimiento y jurisdicción por L. CAPURNIO PIZÓN, forma que posteriormente se extendió a otros delitos. A SILA debe atribuirse la organización y reunión de los diversos delitos por los que se procedía por *accusatio*, aun cuando ello no significó que se abandonara la manera de legislar por leyes especiales. Ordenó siete tribunales pretorios por jurados para diversos delitos (*repetundis*, sacrilegio y peculado, homicidio, *ambitus*, los de lesa majestad, *falsum* e injurias graves)[48], a los que se agregó el parricidio y el adulterio por leyes de POMPEYO y AUGUSTO, hasta que las leyes *Iulia iudiciorum publicorum* y *Iulia iudiciorum privatorum* —también llamadas *leyes iudiciarias* o *lex Iulia de vi publica* y *de vi privata*—, atribuidas a CÉSAR, regularon de manera general el *iudicium publicum* y *privatum*, es decir, el procedimiento penal (público) y el procedimiento civil (también privado penal)[49]. Se debe advertir que, por la manera de creación de este tipo de enjuiciamiento antes señalada, su aplicación y formas variaron en relación a las diversas leyes, por lo que sólo ha sido posible una caracterización y descripción general de su sistema.

c) La cognitio extra ordinem

Una nueva transformación del sistema de enjuiciamiento penal acaeció durante el Imperio, acorde con las necesidades del nuevo régimen político que, al variar la fuente de la soberanía —antes la ciudadanía, ahora el emperador— modificó también la residencia de las funciones estatales. Vale la pena insistir, sin embargo, en que, conforme al espíritu conservador de los romanos, la *accusatio* sobrevivió y aun se perfeccionó durante el Imperio, según hemos visto inmediatamente antes, y el nuevo procedimiento no irrumpió en las costumbres romanas para hacer cesar de inmediato el sistema anterior, sino que se introdujo lentamente en la vida del Imperio, por medio de leyes extraordinarias para delitos específicos, característica que determinó, en parte, su denominación, *cognitio extra ordinem*[50].

[47] Cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, p. 342; MANZINI, *Tratado*, t. I., p. 6.

[48] Cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, p. 222.

[49] Cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, ps. 141 y 201.

[50] Según MANZINI, *Tratado*, t. I, p. 7, al "sentimiento de veneración por la arqueología jurídica (tan profundo entre los romanos)" se debe la subsistencia como "procedimiento ordinario" de la *accusatio* durante el Imperio.

Al residir la soberanía en el poder del emperador y no en los ciudadanos, la ciudadanía debió abandonar necesariamente su función representativa de la comunidad a manos del emperador y sus delegados. Ello modificó la composición de los tribunales y el ejercicio de la función de perseguir penalmente, ambas entonces en manos de los funcionarios estatales que desplazaron a los ciudadanos en el ejercicio de la función judicial en materia penal.

El Senado imperial y los cónsules cobraron importancia desde AUGUSTO como depositarios del poder jurisdiccional a la manera en que antes juzgaban el magistrado y los comicios[51]. Al mismo tiempo se desarrolló la justicia imperial, asumiendo funciones jurisdiccionales el mismo emperador, cuyos tribunales terminaron por imponerse como ordinarios[52]. El emperador se atribuyó originariamente competencia en hechos graves, juzgando él solamente o rodeado de su consejo (*sacrum consistorium*) o tribunal áulico, constituido por senadores, juristas y jefes militares.

Pero el número de asuntos tornó necesaria la delegación de funciones a tribunales inferiores. A ello se unió la decadencia del tribunal de jurados en virtud de la extensión de la obligación de integrarlos a otras capas de la población, que no respondieron a la función a la que accedieron y de las dificultades para constituirlo por las excusas —no siempre fundadas— a las que acudían los convocados para evitar molestias por cumplir la función que se les había encomendado[53]. Las funciones del pretor fueron reemplazadas poco a poco por el *praefectus urbi* y el *praefectus vigilum*, delegados imperiales para administrar justicia en la ciudad de Roma, de cuyas decisiones podía recurrirse devolviendo en esos casos la competencia al emperador. Todos estos tribunales, en razón de la magna autoridad que ejercían o de la que dependían, no necesitaban sujetarse a normas legales de procedimiento, por lo que la *cognitio* revivió y desplazó todo el edificio procesal tan bien construido por la *accusatio*.

Pero al lado del cambio político profundo, o quizá por él, dos acontecimientos de signo contrario terminaron por convertir en ruinas el régimen de persecución penal que había establecido la República romana. La extensión de la facultad de perseguir penalmente a un número cada vez mayor de personas[54] trajo consigo el crecimiento extraordinario de acusaciones infundadas, debidas sólo al sentimiento

[51] Cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, ps. 258 y siguientes.

[52] Cf. MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, ps. 268 y siguientes.

[53] Cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 68, p. 85. Ello lleva a pensar, necesariamente, en la degeneración de las costumbres cívicas, en el mismo pueblo, que abandona muchas veces los derechos y garantías que tanto le costó conquistar.

[54] En los delitos de lesa majestad no sólo el ciudadano sino también las mujeres, los esclavos y hasta los que purgaban una pena de infamia —por *calumnia*, *prevaricatio* o *tergiversatio*— podían provocar la persecución (*lex Iulia maiestatis*); cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 62, p. 76.

de venganza, y provocó una serie de abusos y conflictos que no pudieron ser contrarrestados por las crecientes amenazas para los que ejercieran abusivamente el derecho concedido[55]. Por otra parte, ello agravó el peligro latente del sistema, que dependía totalmente de la voluntad de los mismos individuos a quienes regía, pues la reacción contra el abuso, las consecuencias graves que el ejercicio del poder de acusar podía provocar, al traer aparejado el temor de perseguir penalmente, tornó cada vez más rara su concreción por parte de ciudadanos responsables. Aquí se observa de nuevo la desestabilización del sistema y la pérdida de derechos ciudadanos, cuya conquista había sido difícil, por la desaparición de las virtudes republicanas.

El golpe de gracia para un sistema de enjuiciamiento y persecución penal como la *accusatio*, tan puro teóricamente y consecuente con las ideas políticas de las que partía, lo asestó la aparición de funcionarios oficiales encargados de velar por la seguridad pública y, por tanto, de perseguir penalmente los hechos punibles que caían bajo su conocimiento. Nació el sistema de persecución penal pública que llega hasta nuestros días, después de haber sido receptado como pilar fundamental de la Inquisición. A pesar de que este poder oficial convivió con las antiguas formas de la *accusatio* y hasta sólo significó, jurídicamente, un remedio extraordinario y subsidiario, para cuando ningún individuo ejerciera su facultad de acusar, nunca abolida, la práctica lo erigió como principal sistema de persecución penal hacia fines del Imperio, de manera tal que asumió la calidad de legado principal que el Derecho romano transmitió a los siglos posteriores, cuando, tras ser conservado por la Iglesia (Derecho canónico) y por las universidades, volvió a ser receptado como derecho común en Europa continental (siglo XIII).

Ejemplo de estos funcionarios oficiales, encargados de averiguar y perseguir penalmente, fueron los *agentes in rebus* de la época de DIOCLECIANO[56], cuerpo directamente dependiente del emperador dentro del cual se alineaban los *stationarii*, en la ciudad de Roma, y los *curiosi*, en provincia, quienes comunicaban al magistrado todos los delitos que cayeran bajo su conocimiento. Se nota aquí también cómo, al residir la soberanía en el poder del emperador y no en el pueblo, los ciu-

[55] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 37; HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 63 a 64, ps. 77 y s., quienes reportan que la acusación que daba lugar al encarcelamiento preventivo del acusado, obligaba también al acusador a soportar durante el proceso, y hasta su terminación, la misma privación de la libertad.

[56] Según MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, p. 320, surgieron por una transformación de los delatores políticos (*frumentarii* o *peregrini*) oficiales.

dadanos debieron, necesariamente, retirarse lentamente del ejercicio de su función representativa de la comunidad.

El procedimiento de oficio, por iniciativa del propio magistrado, resucitó de entre los escombros producidos por el derrumbe del sistema acusatorio; con él aparecieron las características siempre ligadas a su realización: la escritura como forma de proceder para documentar los actos procesales, el secreto de los actos, la recurribilidad de las decisiones por ante aquel que había delegado el poder de administrar justicia, en una suerte de devolución de ese poder. Aunque se conservó el debate oral y público como culminación del enjuiciamiento penal, que nunca desapareció, lo cierto es que la instrucción escrita y secreta, derivada de los poderes crecientes del aparato oficial para perseguir penalmente, ganó terreno considerablemente hasta constituirse en la parte principal del procedimiento; es el germen de la Inquisición, como apunta Alfredo VÉLEZ MARICONDE[57], desarrollada con precisión en el Derecho canónico.

La denominación misma, *cognitio extra ordinem*, revela precisamente las dos características fundamentales de este procedimiento: el renacimiento de la *cognitio* (ver *supra*, *a*) como método de enjuiciamiento penal que presuponía la omnipotencia procesal al reunir, en una única mano, por lo menos dos de las funciones principales del procedimiento, la requirente y la decisoria; y su regulación como sistema de excepción destinado a suplir la inactividad y complejidad del antiguo régimen acusatorio, ya corrompido, y a otorgar mayor poder a las crecientes necesidades de la nueva organización política.

Resultado de la nueva *cognitio* fue el triunfo de la inquisición pública, secreta y escrita que ganó considerable terreno frente al debate oral y, por ende, la pérdida de posiciones del acusado, ahora perseguido de oficio, interrogado y hasta sometido al encarcelamiento preventivo; nota principal del procedimiento, sin embargo, fue la prohibición del proceso contumacial, es decir, en ausencia del imputado, precisamente para no condenar sin haberlo oído y permitido su defensa[58].

El comienzo de la apelación de los fallos, de la devolución de la jurisdicción delegada a otra instancia que reexaminaba el caso, fue otra de las variaciones principales, lógica consecuencia de la concentración del poder soberano en el emperador —y no en los ciudadanos— y de la organización jerárquica de los tribunales que administraban justicia, integrados por funcionarios estatales que, en última instancia, dependían del emperador[59].

[57] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 52.

[58] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 50, 52 y ss.; HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 80 a 83, ps. 94 y siguientes.

[59] Cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, nº 84 y ss., ps. 99 y ss.; MOMMSEN, *Compendio del Derecho público romano*, p. 435.

El régimen de la prueba, sin embargo, continuó regido por los dos principios característicos ya consolidados: su dirección a la reconstrucción histórica de un acontecimiento y su valoración fundada en la certeza moral del sentenciante, sobre la crítica personal de los elementos de prueba que apreciaba; por lo tanto, la sentencia siguió siendo la expresión personal de quien fallaba acerca de la certeza o incerteza de un hecho y no la declaración de haber reunido las exigencias que la ley fijaba para expresar certeza o, por el contrario, la declaración sobre su ausencia.

Es oportuno aclarar que el endurecimiento del régimen político y procesal romano durante esta época, fue acompañado de la profunda sabiduría y humanitarismo de los juristas principales del Imperio, quienes, posiblemente influenciados por la filosofía estoica, elevaron a reglas jurídicas prácticas muchos de los principios básicos de respeto a la persona humana que hoy en día sostenemos. Ya tuvimos oportunidad de acotar la prohibición del proceso contumacial, por la necesidad de asegurar la defensa y la audiencia del imputado, pero también provienen de esa época las bases de lo que hoy conocemos como *in dubio pro reo* (mejor dejar impune un delito que arriesgar el castigo de un inocente), como *ne bis in idem* (un mismo delito no funda varias acciones) y la necesidad de evidencia para encarcelar a un acusado, entre otros[60].

D. LA INQUISICIÓN

1. Presupuestos histórico-políticos

El advenimiento y la implantación del *sistema inquisitivo* como modo de enjuiciamiento penal en el Derecho laico recorrió seis siglos de la historia de Europa continental, desde el siglo XIII, época en la que comenzó a arraigarse, hasta el siglo XVIII, momento de su decadencia. El siglo XIX marcó su transformación definitiva, por lo menos en el continente europeo[61], no sin antes dejar tras de sí profundas huellas que aún perduran en el procedimiento penal de nuestros días[62].

Como siempre, su desarrollo fue el producto de un cambio político profundo y se acomodó perfectamente a él. Durante la última parte de la Edad Media entraron en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca, quien pretendía aglutinar las diferentes comarcas que reconocía o ambicionaba, bajo su dominio, sobre la base de una única forma de organización política central. La lucha se decidió a favor del rey y el triunfo abrió paso —ya de manera genérica en la Edad Moderna— a la creación de los *estados nacionales*,

[60] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 46 y 50, con cita de textos y autores.

[61] Resulta penoso tener que confesar su supervivencia parcial, en nuestro país, y en varios estados de Iberoamérica.

[62] Un explicación sencilla y sintética de esta afirmación en FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Tercera Conferencia, ps. 63 y siguientes.

que aún hoy perduran como idea cultural, y al sistema de organización política que ha dado en llamarse *absolutismo* o *monarquía absoluta*. La base del sistema político fue la concentración de todos los atributos de la soberanía – legislar, juzgar y administrar— en un poder central, el monarca, consustanciado con el mismo Estado[63]. Como nota adicional el período también reflejó, a manera de conclusión de la Edad Media, el notable crecimiento de la Iglesia Católica con su idea de *universitas christiana*, que viene a ceder, como el feudalismo al final de la Edad Media, a favor del comienzo de formación de los estados nacionales, organización política perfectamente estructurada durante la Edad Moderna, no sin dejar profundas huellas culturales, en especial en el área jurídica y del enjuiciamiento penal[64].

En el campo del Derecho, la lucha entre el señorío local, feudal, y el poder central, real, se tradujo como el avasallamiento del Derecho local, foral, germano, con fuente en la tradición popular, por el Derecho romano (imperial) canónico, Derecho culto que se había conservado en Europa continental en las *universidades*, a través de sus principales códigos y de los glosadores italianos, y, fundamentalmente, en la Iglesia, a través de la cual adquirió universalidad, de la mano de su creciente influencia, poderío y organización. Es el fenómeno que se conoce con el nombre de *Recepción del Derecho romano-canónico* y del que, en Europa, sólo resultó una excepción Inglaterra. Se cerró así para el Derecho germano toda una época de ideas, formación y desarrollo propios y comenzó otra de asimilación del Derecho extranjero.

La transformación de la organización política fue la causa principal del cambio. En este sentido, el Derecho romano-canónico se acomodaba perfectamente a la idea del imperio como *universitas christiana* que reinó en la época, especialmente en Alemania a través de CARLOS V[65], a modo de superación del localismo que creó la invasión bárbara en el continente europeo a la caída del Imperio Romano, y, después, a la consolidación de un fuerte poder central, depositario de todos los atributos de la soberanía, a través de las monarquías absolutas.

Sin embargo, se puede detectar, en el propio mundo jurídico, motivos próximos del cambio estructural, válidos especialmente para el

[63] Cf. GETTEL, *Historia de las ideas políticas*, t. I, VII, ps. 216 y siguientes.

[64] Cf. GETTEL, *Historia de las ideas políticas*, t. I, ps. 217 y siguiente.

[65] Cf. MENÉNDEZ PIDAL, *Idea imperial de Carlos V*, 3ª ed., p. 20, monarca bajo cuyo mandato se dictó uno de los cuerpos de leyes más representativos del fenómeno descripto en nuestra materia: la *Carolina*.

enjuiciamiento penal. La jurisdicción se encontraba dividida en pequeñísimas circunscripciones judiciales, según la misma visión del mundo que proporcionaba la propia era germana, y el desorden, la inseguridad y la incuria terminaron por provocar el desmembramiento de todo el aparato judicial que ofrecía el mundo germano. El Derecho romano imperial, fruto de una organización política y de una cultura superior, no sucumbió con su mundo, sino que pervivió entre los juristas y universidades italianos y en la Iglesia, y no tardó en imponer sus ideas, mucho más desarrolladas y elaboradas. El prestigio de los juristas y universidades italianos influyeron sobre los jueces profesionales que, en gran parte, se educaron en esos centros de estudio. La creciente idea inquisitorial, que ya apuntamos como derivada de una nueva cosmovisión política, carecía de fórmulas precisas, razón por la cual el Derecho romano imperial, luego de su asimilación y transformación, terminó por imponerse como forma de realización de aquella idea.

He aquí el mundo en el que nació y se desarrolló el sistema de enjuiciamiento penal que adquirió celebridad bajo el nombre de *Inquisición*. Nos proponemos ahora, en escueta síntesis, informar acerca del desarrollo de ese sistema a través de sus principales exponentes —sin agotar, por supuesto, el tema— para arribar a su caracterización final.

2. El Derecho canónico[66]

a) Los orígenes de la expansión de la jurisdicción de la Iglesia

Al margen del prestigio y organización crecientes de la Iglesia, y de su tendencia hacia la universalidad, causas extrínsecas de su expansión, se debe reconocer que la organización política de la época feudal, fundada en el privilegio, y la irracionalidad a la que arribó el sistema de enjuiciamiento acusatorio germano, dieron pie a esa misma expansión. En efecto, aquello que hoy conocemos como garantías individuales para cualquier habitante, fundadas en la igualdad de todos ante la ley, que reconoció sus primeras formulaciones en el Derecho feudal, eran entonces privilegios de la jurisdicción feudal que abarcaban a unos pocos y sometían a muchos bajo su señorío. Por lo

[66] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. III, 2, ps. 94 y ss.; Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, cap. 11, ps. 225 y ss.; Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Premiere partie, Titre deuxieme, cap. II, ps. 66 y siguientes.

demás, el combate judicial —duelo—, que pretendía iluminar la razón por la vía de la exaltación de la fuerza física, bien pronto reemplazado por el privilegio de designar un representante que combatiera en lugar del interesado, terminó entendido como una forma de oprimir a los débiles y superado por la investigación de la verdad histórica, idea superior que representó un intento verdadero de racionalización de un litigio. La Iglesia fue así —dado que ella conservó la racionalidad del Derecho romano y un espíritu de liberación y renovación social— el "mejor asilo" para los oprimidos[67].

La expansión de la jurisdicción eclesiástica se puede observar desde dos criterios que determinaban su competencia frente al poder temporal, según la mayor o menor influencia que detentaba en cada región: el personal y el material. Desde el primer punto de vista reivindicó como privilegio el juzgar a los clérigos, al comienzo por infracciones leves y luego por todas ellas, primer signo de expansión; pero la expansión personal no terminó allí, sino que prosiguió con el reconocimiento del privilegio bajo el mismo rubro a ciertos laicos (los cruzados, los tonsurados, etc.), en proporción cada vez mayor. Desde el otro punto de vista se partió del principio que otorga competencia a la jurisdicción eclesiástica para juzgar ataques directos contra la fe (por ej., herejía), pero se terminó extendiendo esa característica a una gran cantidad de infracciones, circunstancia que le abrió la posibilidad de juzgar a cualquier infractor que aparecía como contrario a los intereses de la Iglesia. La confusión entre el poder temporal y el eclesiástico culminó con una serie de delitos que parecían pertenecer a una competencia mixta, producto de innumerables conflictos que condujeron, en la Edad Moderna, a la lucha por el predominio entre el poder real y el de la Iglesia y, en definitiva, a reglas más precisas de separación.

b) El enjuiciamiento penal canónico

También la Iglesia practicó, por regla, el rito acusatorio, pero a partir de su expansión en Europa continental y de su lucha por la catequización y por la universalización, que incluso tornó necesario el combate armado con otras religiones no cristianas, la razón de fe avaló el nacimiento de la *inquisitio*. Fue INOCENCIO III quien, fundado en la herencia del Derecho romano imperial de la última época, modifi-

[67] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 95.

có totalmente las formas del Derecho canónico, al introducir la Inquisición (siglo XII); la necesidad de investigar la mala conducta de los clérigos fue su razón inicial[68].

La abolición del procedimiento acusatorio comenzó cuando se autorizó la denuncia, incluso anónima, como forma de iniciación de una investigación, primer paso para la admisión del procedimiento de oficio, también autorizado posteriormente. Conforme a ello el procedimiento penal abría sus puertas *per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*, pero, como el rumor público bastaba para proceder de oficio, esta última forma terminó dominando, una vez instaurada la Inquisición.

La investigación se constituyó en el eje central del procedimiento, y, completada la transformación del sistema cuando la jurisdicción eclesiástica dejó de ser practicada por las autoridades naturales (obispos, arzobispos y ordinario del lugar), para ser ejercida por un cuerpo de monjes permanentes y dependientes de la autoridad papal[69], el secreto de los procedimientos concluyó por abolir la publicidad, y la constancia escrita de los actos, la oralidad del juicio. De un debate oral y público frente a jueces populares se giró ciento ochenta grados hacia la concepción opuesta: una investigación cumplida por un inquisidor en secreto y por escrito, transformándose el acusado, de un sujeto del procedimiento que enfrentaba a otro que lo acusaba, en un objeto de la investigación que se practicaba.

Según ya indicamos, el combate judicial de los germanos, que caracterizaba su procedimiento probatorio, abrió paso, conforme a la herencia romana, a la búsqueda de la verdad histórica, en procura de que cada pecador expiara su pecado, aunque, políticamente, ello no significó más, con el avance de los tiempos, que la afirmación, por cualquier medio, de la autoridad de la Iglesia. Es por ello que la *tortura* o *tormento*, no practicada por los germanos sino en casos excepcionales, retornó aplicada a todos los acusados —y no sólo a los testigos esclavos o indignos, incapaces de prestar juramento, como en Grecia o Roma— como método "científico" para averiguar la verdad. La *confesión* era un fin del procedimiento —"el precio de la victoria"— así como la sanción representaba a la penitencia[70], y, por ende, cual-

[68] Cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, p. 255.

[69] En el siglo XIII se crea el *Tribunal de la Inquisición* o *Santo Oficio*, famoso por la gravedad de sus penas y la arbitrariedad del procedimiento, más tarde recreado en España.

[70] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. 1, p. 99, citando a LONGHI.

quier medio útil para obtenerla se reputaba legítimo: la prisión, el ayuno obligado, la vigilancia para evitar actos privados del imputado o sorprenderlo en ellos y, por fin, el tormento físico. La aplicación de los "instrumentos" de tortura fue regulada específicamente, incluso como garantía del imputado, para moderar su práctica indiscriminada y los riesgos físicos, y se exigía que la confesión bajo tormento fuera ratificada sin él al día siguiente para apreciarla como válida, acto que, al mismo tiempo, pretendía corroborar la perseverancia en la contrición.

Por supuesto, la posición del inquirido fue trágica, pues perdió toda posibilidad de defenderse, toda facultad como sujeto del procedimiento, al reputarse de antemano como cierto el temor de que él obstruyera la averiguación de la verdad, razón por la cual su prisión se transformó en una regla, y significó también un método adecuado para la expiación.

3. La recepción del Derecho romano-canónico en la legislación laica de Europa continental[71]

Al mismo tiempo que en la organización política, el siglo XIII de nuestra era abrió, para el procedimiento penal, una transformación total de sus principios y puntos de partida, de sus fines, de su estructura y de sus formas, transformación que quedaría completamente operada y consolidada ya en el siglo XV, y que perduraría hasta el siglo XVIII, a cuyo fin se asistió a su decadencia y caída por vía de una nueva revolución —ideológica, política y social— que volvió a transformar el enjuiciamiento penal.

No es adecuado al destino y volumen de este trabajo la descripción minuciosa de la evolución paulatina, de las marchas y contramarchas de este proceso, razón por la cual serán expuestas a continuación las transformaciones fundamentales, tal como quedaron pergeñadas al final de su evolución, para luego exponer, sintéticamente, algunos de los principales cuerpos legales de la época en relación a los países de Europa continental que los sancionaron, de los cuales, en más o en menos, el nuestro recibe su herencia jurídico-cultural principal.

[71] Cf., en general, VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, Primera parte, cap. III, nº 3 y ss., ps. 101 y ss., y HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. I, caps. 12 a 19, ps. 266 y ss.; en Francia, HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, y ESMEIN, *Historie de la procédure criminelle en France*, Premiere y Deuxieme partie, ps. 3 y ss.; en Alemania, PETERS, *Strafprozeß*, § 11, II y III, ps. 50 y ss., y HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, §§ 6 a 9, ps. 21 y siguientes.

I. Un primer elemento del cambio aconteció en la organización judicial. Frente a la jurisdicción feudal —común y local—, ejercida por tribunales compuestos por jueces accidentales del lugar, y a la jurisdicción eclesiástica —privilegiada, pero también local en un comienzo— que arribó al siglo XIII, comenzó a desarrollarse la jurisdicción real, de tribunales compuestos por funcionarios permanentes, profesionales de la administración de justicia, que culminó por vencer a las dos anteriores y por constituirse, prácticamente, en la única existente. De comienzo débil y final potente y pujante, la jurisdicción real terminó, alrededor del siglo XV, por avasallar todas las facultades que antes pertenecieron a tribunales locales y populares, proceso que siguió al político de supremacía central y creación de los estados nacionales.

Dos fueron las armas jurídicas principales que el rey utilizó en la lucha por el predominio: la variación del punto de referencia de la competencia de los tribunales y la organización jerárquica.

Los señores feudales, en el afán de conservar su poder, determinaron como punto de referencia para la competencia judicial al lugar del domicilio (*forum domicilii*), mientras la justicia real terminó por afirmar, en procura de su propio poder, el lugar del hecho (*forum delicti commissi*). Así se expresó, en esta materia, la lucha entre el poder feudal y el poder real, mediante la lucha entre estos dos principios para conceder competencia penal. Bien pronto se impuso el criterio del lugar del hecho, reduciéndose el domicilio a un privilegio que los reyes concedieron a la nobleza[72] hasta terminar por desaparecer. Ciertos argumentos racionales apoyaron la tesis triunfante, pues era comprensible que los elementos de prueba estuvieran más cerca del lugar del hecho que del domicilio del autor y fuera sumamente dificultoso trasladarlos, pero tras estos argumentos se escondía la verdadera razón, de carácter político: el predominio de la jurisdicción real. Claro está que la lucha por la competencia fue, a la vez, una lucha por la ley aplicable, cuando menos al comienzo, cuando ella todavía no se había definido.

El poder de administrar justicia, como integrante de la soberanía, residió en el rey. Cuando él pudo imponer ese poder absoluto delegó

[72] Recuérdese que uno de los privilegios que la nobleza impuso a JUAN SIN TIERRA, en Inglaterra, fue el derecho a ser juzgados por la ley y los jueces del domicilio, privilegio que se cita como el antecedente del actual principio constitucional del *juez natural*, aun cuando, como sucede entre nosotros (CN, 118), predomine el criterio que atribuye competencia según el lugar del hecho.

ese poder en tribunales y funcionarios permanentes y organizó esta delegación jerárquicamente. Allí se halla la razón principal de la posibilidad de recurrir las decisiones de funcionarios inferiores de la organización, porque la potestad de juzgar pertenecía, en definitiva, al rey, y la queja sobre el proceder de sus funcionarios debía regresar a él, en una suerte de *devolución* del poder delegado. Una organización tal debió, necesariamente, ser más fuerte, ordenada y segura —en cuanto a la posibilidad de predecir sus decisiones— que el caos de la jurisdicción feudal distribuida en múltiples jurisdicciones locales, cada una con su propia ley aplicable. La expansión del comercio y la consiguiente necesidad del traslado de personas y de bienes debió jugar su papel, porque esa actividad precisaba del orden —evitar los conflictos— y de la seguridad —calcular con la mayor precisión posible las consecuencias—.

II. Un segundo cambio fundamental ocurrió en torno a la finalidad que perseguía el procedimiento penal y, como consecuencia, a su estructura. Recuérdese que el enjuiciamiento germano se resumía en una lucha o combate franco entre acusador y acusado frente al tribunal popular que decidía, sometido a reglas, en procura de que la razón esplendiera a través del triunfo en la lid. Ello, además de representar, con el avance de los tiempos, un método irracional de decisión que sometía a los físicamente débiles, terminó por avalar un sistema de supremacía y poder, cuando se permitió designar representantes para que combatieran por el litigante. Un sistema que concibió la finalidad del procedimiento como método para averiguar la verdad histórica debió imponerse fácilmente por la vía de la razón y de la liberación popular. El Derecho real, abrevado en las fuentes del Derecho romano-canónico, impuso este método más civilizado y culto, aun cuando terminó, en razón de la concepción de sus metas como absolutas, por someter al hombre a la peor servidumbre e indignidad; ello no importa aquí: en la época, sólo importó la supremacía de su principio cultural.

Consecuencia de esta transformación fue el reemplazo del combate judicial por la prueba testimonial para decidir el pleito, método para conocer la verdad de lo sucedido, fundamento de la sentencia judicial y de la aplicación en ella de la ley.

III. Es claro que la estructura del procedimiento varió fundamentalmente, para acomodarse a las nuevas necesidades políticas, al fin que proponía la nueva ideología en la materia, a la concepción de esos fines como absolutos, y a la nueva organización judicial.

Se afirmó la persecución de oficio, manera de consolidar la autoridad real, la organización política y la paz social bajo el nuevo orden, que no podía permitir la lesión de las normas básicas de la convivencia ahora establecida, sin reaccionar, o supeditar la reacción al ofendido; el principio acusatorio ya era historia y ni siquiera la facultad de denunciar constituyó un pálido reflejo de él, pues, al acordarse efectos jurídicos a la delación —denuncia anónima—, se permitió eludir la responsabilidad característica del acusador.

Nació entonces la *prevención*, esto es, la autorización para los funcionarios de investigar la posible comisión o preparación de un delito por la sola sospecha, con base, incluso, en el rumor público. El aforismo *salus publica suprema lex est* dominó el panorama de la persecución penal. Consecuencia de ello sería, en los siglos posteriores, el nacimiento de lo que hoy denominamos ministerio público, cuyos orígenes se remontan a los procuradores del rey, agentes encargados, en un comienzo, de la renta real, de perseguir las enmiendas y todos los derechos debidos al rey, cuya expansión los constituyó, ya en el siglos XIX, en verdaderos perseguidores penales[73].

IV. La idea del procedimiento como una pura investigación de los hechos (instrucción) terminó por dominar todo vestigio de debate judicial, con lo que la tarea de administrar justicia se transformó totalmente: consistió en una *encuesta* de los órganos públicos en procura de conocer la verdad histórica a todo trance.

Una consecuencia necesaria de ello y del desarrollo de la organización judicial jerárquica fue la documentación formal de los actos del procedimiento, el triunfo de la *escritura* sobre la oralidad de la audiencia. Los jueces juzgarían, desde entonces, con fundamento en los documentos escritos, incluso sin citar delante de ellos, para oírlos, a los testigos. Con ello se conectó, también, el derecho a recurrir las decisiones.

Poco faltó, de allí en adelante, para que la publicidad de la audiencia fuera reemplazada por el *secreto* de la investigación, carácter del procedimiento que histórica y naturalmente apareció unido a la escritura. Del mismo modo que la eliminación del concurso del imputado, el secreto procuraba el éxito de la investigación y se extendió tanto al momento de recibir la información como a su conocimiento posterior.

[73] Cf. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, cap. XIII, ps. 294 y siguientes.

De allí que el acusado terminara siendo un convidado de piedra a su propia persecución penal, la mayoría de las veces prisionero durante el procedimiento y sin posibilidad de influir la decisión con su defensa.

V. Es claro que, con la introducción de la *tortura*, de la aplicación del tormento como método ordinario para conocer la verdad, la situación del imputado varió por completo. Esta meta absoluta de la persecución penal —averiguar la verdad— no reparó en razones humanitarias o atinentes a la dignidad humana, ni las entendió, por lo que el papel del acusado se transformó: de sujeto procesal se convirtió en objeto de investigación y órgano de prueba.

La tortura, extraída de los textos del Derecho romano, o de hecho practicada por ciertos funcionarios reales, se desenvolvió extraordinariamente, gracias a la investigación secreta y escrita en que consistía el proceso y en perfecta armonía con ese tipo de procedimiento; se puede constatar históricamente tal afirmación si se observa que las formas feudales de la audiencia pública y oral no permitieron su propagación, incluso mientras se conservaron a pesar de haber cedido terreno a la Inquisición[74]. Fue algo normal que la insuficiencia natural de las actas escritas para provocar una convicción real necesitara de la confesión del acusado como confirmación de la sospecha y "reina de las pruebas".

En realidad, la reglamentación de los tormentos por la ley tendía a limitar los abusos de su utilización como medio de prueba. Y las limitaciones legales se refirieron a tres aspectos principales: a quién estuvo autorizado aplicar el tormento, a cuándo pudo ser aplicado y a la forma de aplicarlo; más allá, a su documentación y a los efectos de su resultado.

La limitación comenzó como privilegio hacia ciertas personas (honestas y de buena fama, nobles), que luego perdieron su prerrogativa, para convertirse después en exigencias acerca de su procedencia: la necesidad de que fuera ordenada por una decisión concreta de un tribunal, cuya integración se preveía, fundada en presunciones vehementes, en el testimonio de un testigo *de visu* o en indicios graves y demostrados por dos testigos.

[74] Cf. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, cap. XV, nº 296, p. 350.

Por otro lado, se exigieron formas rígidas en el momento de llevar a cabo el acto[75]. Por de pronto, fue necesaria la presencia del juez y de otras personas que eran designadas para constatar la legitimidad del acto. Normas prohibitivas eliminaron la utilización de cierta clase de tormentos —el fuego, por ejemplo— y prescribieron rígidamente la preservación de la vida e integridad física del imputado, que no debían correr riesgo. Un actuario labraba un acta con las preguntas que eran dirigidas al interrogado y en la cual constaban, también, las respuestas que él daba. Al día siguiente el atormentado era interrogado en libertad (sin tormento) para conocer si persistía en la confesión o en la negación del hecho atribuido. Podía repetirse la tortura, incluso varias veces, por consejo del juez, pero él no decidía su renovación, sino que era autorizado por otros consejeros. Existían, también, previsiones respecto a la debilidad del atormentado, incluso provocada por su edad o enfermedad, tales que, en esos casos, el suplicio era reemplazado por su simulacro, la preparación del tormento y la colocación de la persona a interrogar frente a los *instrumentos* de tortura[76].

Curioso es que el triunfo frente a la tortura, la resistencia total a confesar bajo tormento, acordaba derechos frente a la decisión: en caso de condena, si los demás elementos de prueba conducían a ella, procedía sólo aplicar una pena menor (multa o corporal de escasa gravedad).

VI. Se introdujo el sistema de *valoración legal de la prueba*, pues las leyes, para limitar el poder de quien juzgaba, establecieron minuciosamente, en abstracto, las exigencias o condiciones que debía reunir el juzgador para condenar o, en general, decidir algún aspecto de la persecución. Así como para aplicar el tormento se exigía ciertas condiciones o elementos probatorios, así también la ley establecía exigencias para condenar; de allí las locuciones "semiplena prueba" y "plena prueba", que aún conservan nuestras leyes antiguas. El juzgador no fundaba su fallo en su convicción, apelando al valor de verdad

[75] Cf. EYMERIC, *Manual de inquisidores para uso de las inquisiciones de España y Portugal*. Este manual fue compuesto por el inquisidor general de Aragón, Nicolau EYMERIC, a mediados del siglo XIV. Su publicación en Francia, en 1821, obedeció a razones histórico-políticas, pues, por ese entonces, se debatía en España entre absolutistas y liberales, y las posiciones a favor o en contra de la Inquisición siempre constituyeron en España un barómetro de la militancia política. En esta edición, el abate MARCHENA introdujo anotaciones críticas tendientes a analizar, desde una óptica progresista, el contenido y las consecuencias de las formas inquisitoriales.

[76] A GALILEO se lo describe abjurando de sus comprobaciones científicas ante la vista de los *instrumentos*: BRECHT, *Galileo Galilei*.

que la prueba recibida transmitía en el caso concreto, sino que verificaba o no verificaba las condiciones que la ley le exigía para decidir de una u otra manera. Claro es que las condiciones que imponía la ley estaban referidas a la verdad histórica, de manera que representaban condiciones que, normalmente, por experiencia, fundaban una convicción racional, pero, en realidad, el acierto del juicio no dependía de su coincidencia con la verdad, sino de la observancia de las reglas jurídicas previstas, por lo cual su control en apelación se asemejaba más a un examen jurídico, a un control sobre el recto ejercicio del poder delegado al juzgador. Se puede apreciar ahora la razón de ser del procedimiento por actos escritos: ésta es la única manera de controlar el acierto del fallo por la vía de la apelación, cuando su fundamento emerge, tanto para el *a quo* como para el *ad quem*, de los mismos protocolos: de allí la escritura, la protocolización de los actos que permitían fundar el fallo.

Las exigencias para condenar que imponía la ley debieron conducir naturalmente a aceptar la tortura del reo para que confesara, pues, de otra manera, debió resultar muy difícil condenar; por ejemplo, cuando la acción no había sucedido en presencia de dos o tres testigos, o no existían suficientes indicios coincidentes, de acuerdo con la forma en que se había llevado a cabo el crimen, como lo exigía la ley. De allí que la confesión adquiriera un valor superior entre todos los medios de prueba.

VII. Resultaba natural que, organizada la justicia como una institución jerárquica cuyos funcionarios juzgaban, en principio, por delegación y cuyo poder derivaba del soberano —y no una Asamblea popular o constituida por representantes originarios del pueblo del que derivaba la soberanía—, la *apelación* de las decisiones fuera uno de los caracteres sobresalientes del sistema. En realidad, se trataba de una institución política para asegurar la centralización del poder y la organización jerárquica, y no de una garantía para el imputado. Incluso sus orígenes se remontan a la lucha por prevalecer frente a la justicia feudal, para lo cual el rey pudo reivindicar en algunos casos la posibilidad de recurrir a la corte real, y tal recurso era más un ataque contra los jueces locales, que defendían su sentencia, que un derecho al reexamen del caso[77].

[77] La contraposición con este punto de vista, se puede observar en el derecho al recurso contra la condena, de que goza el condenado, según las convenciones internacionales sobre derechos humanos (ver específicamente el punto en § 6, H).

De este sentido político de la institución emergió el *efecto devolutivo* de los recursos, esto es, la consecuencia de atribuir competencia para el caso a un superior, *devolviéndole* la jurisdicción delegada, designación que aún hoy conservamos, con conciencia de su significado político, pero sin extraer de esta conciencia las consecuencias perniciosas que este significado produce para el concepto del recurso contra las decisiones judiciales en un Estado de Derecho. Como se observa, la decisión no quedaba firme, ni era ejecutable por su solo pronunciamiento, pues existían instancias ulteriores posibles.

4. Las Partidas y el Derecho inquisitivo español[78]

a) Las Partidas

Fue el *Libro de las Leyes*, más conocido como *Las Partidas* o *Las siete Partidas*, sancionado por ALFONSO X, apodado "El sabio", promediando el siglo XIII, el que recibió en España el Derecho romano-canónico e introdujo el método inquisitivo en la persecución penal. Sin embargo, pese a la autoridad que lo revestía y a su fama como cuerpo legal homogéneo que contenía todo un orden jurídico, no pudo regir hasta un siglo después, cuando el *Ordenamiento de Alcalá* (1348) lo estableció como fuente de Derecho común, supletorio, pues contrariaba tanto las antiguas costumbres del Derecho popular y el poder feudal, que necesitó de la afirmación del poder real para entrar en vigor de la manera indicada.

Su práctica, en definitiva, introdujo el sistema inquisitivo y arrasó con el acusatorio. La persecución penal pudo, entonces, iniciarse aun de oficio, por medio de funcionarios que se encargaban de ello, convertirse en una *pesquisa* oficial cumplida por escrito y en secreto, admitir la tortura para lograr la confesión del imputado y tolerar la apelación de los fallos en el orden jerárquico de los tribunales creados.

Admitió la división jurisdiccional entre la Iglesia, el Rey y la nobleza feudal, regulando su competencia, y estableció los diversos tribunales y jueces, al ocuparse de su competencia material y territorial. Incorporó el criterio del *lugar del hecho* para determinar la competencia.

[78] Extensamente en VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, Primera parte, cap. III, 5, ps. 106 y ss.; BUNGE, *Historia del Derecho argentino*, t. II, § 94, ps. 187 y ss., § 98, ps. 213 y ss., § 105, ps. 260 y ss., § 109, p. 284, § 110, ps. 287 y 290, § 113, ps. 308 y ss., § 116, ps. 325, 326, 329 y siguiente; OTS CAPDEQUÍ, *Historia del Derecho español en América*, Parte primera, II, 3 y 4, ps. 30 y ss., III, 5, p. 40, y IV, 1, ps. 42 y ss.; TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, 2ª ed., ps. 193 y siguientes.

Como en el Derecho canónico, del cual provenía, toleró la acusación popular y el procedimiento acusatorio en ese caso, pero permitió iniciarlo y proseguirlo por denuncia o de oficio por el juzgador. Ello, en la práctica, determinó el final del procedimiento por acusación, pues era, sin duda, menos riesgoso informar a la autoridad de persecución sin contraer responsabilidad, que asumir los deberes y la responsabilidad de acusar: en caso de absolución, la pena del acusado si hubiera sido condenado, salvo excepciones. Por lo demás, apareció ya el *Patronus Fisci*, defensor de la justicia y de los derechos del rey, que, a poco andar (Ordenanzas Reales de Castilla de 1387), se va a transformar en un acusador público, el *Procurador Fiscal*, para que "los delictos no queden ni finquen sin pena y castigo por defecto de accusador", a más de un procurador de la Hacienda Real. Existieron también *pesquisidores*, investigadores encargados de la doble misión de instruir y juzgar.

El *procedimiento* era *escrito*: los jueces actuaban con notarios que protocolizaban las actuaciones (peticiones y argumentaciones de las partes, testimonios, etc.), "de manera que por olvidanza nin por otra razón, non pueda nacer dubda ninguna". Salvo excepciones regladas, la *pesquisa* (instrucción) era *secreta*.

Los pesquisidores tenían el *deber de investigar la verdad*, deber que excluía el duelo judicial, vigente sólo para casos especiales (*riepto*) en los que regía el sistema acusatorio privado, regla de la que emergió otro de los grandes principios del sistema inquisitivo con fuente en el Derecho romano imperial. El testimonio, incluso el del imputado, tomó el lugar del duelo y se admitió el *tormento* para "los malos fechos que se fazen encubiertamente, e non pueden ser sabidos, nin prouados por otra manera". Sin embargo, para aplicar tormentos al imputado era necesario contar con presunciones ciertas que condujeran a una grave sospecha o la prueba de un testigo presencial y la mala fama del reo. Se regularon también limitaciones personales para funcionarios reales, menores de 14 años y mujeres encintas. La confesión bajo tortura sólo autorizaba la condena cuando era ratificada en libertad al día siguiente; no ratificada procedía su repetición, hasta dos veces más para algunos delitos. Si la confesión bajo tormento no se producía o el reo no la ratificaba nunca en libertad, correspondía la absolución.

Se permitió la *apelación*, incluso hasta conducir al rey conforme al sistema jerárquico de organización judicial, salvo ciertas excepciones en parte personales (delincuentes conocidos) y parcialmente objetivas (prueba indiscutible). Hasta fue posible la *revisión* del fallo fundado en "prueuas falsas".

Es oportuno citar que Las Partidas, además de conocer el procedimiento por acusación, en el que se permitía la defensa del inculpado como en el procedimiento civil, respetaron dos principios que llegaron hasta nosotros: el *in dubio pro reo*, que prescribía la absolución en caso de duda, y el *ne bis in idem*, que prohibía para el absuelto ser acusado otra vez por el mismo "yerro", salvo acusación fraudulenta.

b) El Tribunal del Santo Oficio o de la Inquisición y la Santa Hermandad

El sistema inquisitivo adquirió inusitado vigor en España bajo los Reyes Católicos mediante las dos organizaciones judiciales, una religiosa y otra laica, nombradas en el título.

I. El Tribunal del Santo Oficio, o de la Inquisición, de triste fama por la crueldad de sus procedimientos y de sus penas, al punto de

que autores extranjeros se cuidan de destacar el yerro en confundirlo con otros tribunales de la Inquisición[79], fue creado en 1480, cuando se nombró a los cuatro clérigos que lo integraron en sus comienzos, dos dominicos y dos seculares; comenzó a funcionar a comienzos del año siguiente, se extendió a casi toda España y a América hispana, y modificó su organización, un Consejo Supremo de Apelación, presidido por el Inquisidor General e integrado por tres monjes, y tribunales inferiores[80], y fue abolido definitivamente en 1820.

Su competencia (material) fue siempre limitada, pues se creó para conocer en artículos de fe, en especial en las *herejías* y delitos conexos, pero bien pronto sirvió para asegurar el poder real y el absolutismo real, como doctrina del Estado que en él reposaba.

Por fuera de las características esenciales del proceso inquisitivo, que seguía y conducía al extremo, del procedimiento ante estos tribunales merece remarcarse:

El *secreto absoluto de las actuaciones*, que comprendía, incluso, el nombre de los denunciantes y de los testigos de cargo, y hasta la misma sentencia, razón por la cual el imputado absuelto seguía preso si no pedía su libertad —y de oficio no se disponía— y acababa su vida en la prisión, porque el secreto comprendía al público que, prácticamente, sólo constataba la desaparición de un vecino[81].

La *obligatoriedad de la denuncia o de la delación*, aun entre parientes próximos, con el fin de adquirir información a todo trance y tornar punible hasta el silencio.

El *interrogatorio del imputado bajo juramento y tortura*, sin que existieran privilegios personales que eximieran de la aplicación del tormento.

II. Por la misma época nacieron en Castilla corporaciones dedicadas a perseguir los delitos, denominadas *hermandades*, hasta que, sobre ellas, se constituyó la Santa Hermandad en 1498, competente para juzgar la mayoría de los delitos contra la propiedad y las personas que fueran cometidos con violencia o en despoblado, los llamados "casos de Hermandad".

Como en otros lugares, la preocupación era *expurgare civitatem malis hominibus*, razón por la cual se autorizó una inquisición sumaria con sentencia inmediata, incluso en rebeldía del imputado.

c) La Nueva y la Novísima Recopilación

La primera data de 1567 y la segunda de 1805 e interesan por su aplicación en la América hispana. En realidad, ambas, en lo esencial,

[79] Cf. MANZINI, *Tratado*, t. I, cap. I, 6, p. 30. Sólo el *Vehmgericht* alemán y sus *juicios de Santa Vehme* han sido equiparados en rigor y crueldad a la Inquisición española (p. 52).

[80] En América hispana tuvieron sede en Lima, México y Cartagena.

[81] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, Primera parte, cap. III, 5, II, *a*, p. 120, nota al pie nº 78, citando a COVIAN y JUNCO (*El procedimiento penal teórico y práctico*, Madrid, 1886).

acordaban vigencia supletoria, como Derecho común, a Las Partidas, al fijar el orden de prelación de las leyes, ya indirectamente, al referirse a las Leyes de Toro, ya directamente, según sucedía en la Novísima Recopilación. Por tal razón, Las Partidas rigieron en América como Derecho común y el dato sobre las recopilaciones es meramente histórico.

5. La Carolina y el Derecho inquisitivo alemán[82]

Según se observa con razón en Alemania, esa nación soportó dos veces consecutivas, en la época moderna, la invasión del Derecho extranjero. La *Recepción* del Derecho romano-canónico constituyó la primera de ellas. Es por ello que la implantación del sistema inquisitivo cerró, para el Derecho procesal penal germano, toda una época de ideas y desarrollo propios, para comenzar otra de asimilación del Derecho extranjero.

I. El primer eslabón orgánico-sistemático de la *Recepción* fue la *Wormser Reformation* de 1498. A ella le siguió la *Bamberger Halsgerichtsordnung* de 1507, magna creación del barón Johann VON SCHWARZENBERG, llamada también *Constitutio Criminalis Bambergensis*, abreviadamente *Bambergensis*; sin embargo, tuvo alcance territorial limitado, pues sólo abarcó el obispado de Bamberg. Empero, escaso tiempo después, en el año 1532, y sobre la base de la *Bambergensis*, apareció la primera ley penal imperial (Sacro Imperio romano-germánico) conteniendo todo el Derecho penal en sentido amplio: las reglas del Derecho penal material, las que regulaban el procedimiento penal y las que establecían la organización judicial. Este instrumento legal, con razón señalado como el primer Código penal alemán (imperial), fue la famosa *Peinliche Gerichtsordnung Karl V, Constitutio Criminalis Carolina*, abreviadamente: *Carolina*.

De manera general se puede decir que el Derecho contenido en ella, aun cuando de fuente romana, no desplazó totalmente el Derecho germano. Sin embargo, no bien se observe profundamente se advertirá que, bajo un manto aparente de justicia germana y de respeto por el principio acusatorio y la audiencia pública, se destaca nítidamente la influencia del Derecho romano imperial de los últimos

[82] Cf. HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, §§ 6 a 9, ps. 21 y ss.; PETERS, *Strafprozeß*, § 11, II y III, ps. 50 y ss.; MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. I, Introducción, 2, A, ps. 28 y ss., obra de la que las líneas siguientes representan una reproducción mejorada.

tiempos —a través del Derecho canónico— y su idea de la persecución penal pública u oficial, madre del procedimiento inquisitivo que dio origen a la concepción del proceso penal como instrumento para averiguar la verdad histórica y echó por tierra la idea, el sentido y la praxis germana sobre la prueba. Así ingresó a Alemania la Inquisición.

La *Carolina* contenía reglas de Derecho procesal desde el art. 1 al 103 y desde el art. 181 al 219; esas reglas, en gran parte, procedían de la *Bambergensis*; limitaremos su exposición a los principales cambios de la organización judicial y de los principios que regían el procedimiento penal en el Derecho germano antiguo.

La *Carolina* conservó la idea del tribunal germano compuesto por el juez y los escabinos, pero destruyó su sentido (un juez director del debate y un colegio sentenciador por lo que percibía en ese debate), pues el juez pasó a colaborar activamente en la decisión y, por su prestigio y experiencia, jugaba en ella un papel preponderante. Al lado del fortalecimiento de la posición del juez letrado, colaboró en el cambio el desarrollo de una institución típica de la época, que otorgaba mayor influencia y predicamento al elemento docto en Derecho durante el procedimiento y en la decisión: los casos dudosos, tanto de Derecho procesal como de Derecho penal se sometían al consejo de técnicos jurídicos o de las facultades de Derecho, remitiendo las actas escritas (*Aktenversendung*), quienes imponían la solución con su opinión, vinculatoria para el tribunal.

Ello provocó para el procedimiento una variación fundamental: del debate oral y en presencia de los jueces que debían fallar, del acusador y del acusado, se pasó a la *recopilación escrita de los actos* (protocolización) sin necesidad de la presencia de todo el colegio sentenciador y los demás sujetos del procedimiento (la delegación es consecuencia necesaria de la escritura), para que terceros, en forma mediata, pudieran formar opinión. La *escritura* (*Quod non est in actis, non est in mundo*) se impuso a la oralidad y a la inmediación, y ello trajo como consecuencia, a su vez, el triunfo del secreto de las actas sobre la publicidad de la audiencia.

Se conservó el sistema acusatorio privado germano, para el cual la promoción del procedimiento y el papel de acusador estaban reservados al ofendido; pero, a su lado, surgió dominante la persecución de oficio. El principio acusatorio feneció al no exigirse más, como necesidad absoluta, la existencia de una acusación para someter a proceso a una persona; además, el juez, de oficio, podía asumir ese papel, ya fuera porque indicios suficientes fundaban la sospecha sobre la existencia de una infracción y sobre su autor, ya porque el mero rumor expandido señalaba esos aspectos; fue la realización de la máxima del Derecho canónico acerca de la promoción *per accusationem*, *per denuntiationem* y *per inquisitionem*. Quien lea la *Carolina* pensará que la acusación era la regla y la inquisición la excepción, pero las formalidades y riesgos a que estaba sometida la acción privada permiten advertir que, en la práctica, fue mucho menos empleada que la persecución oficial, forma normal del procedimiento penal[83]. Por lo demás, la existencia de estas dos formas de iniciación del procedimiento no debe conducir a confusiones; ellas permiten suponer la existencia de dos tipos de procedimientos, uno dominado por la idea acusatoria del proceso de partes y el otro por su opuesta de la inquisición, cuando, en realidad, existió un único tipo de procedimiento goberna-

[83] Cf. HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 8, III, 1, c, p. 29.

do por la intervención excluyente del juez, permitiéndose sólo su iniciación por acusación, pues su trámite posterior estaba dominado totalmente por el sistema inquisitivo.

El procedimiento perdió, además, su continuidad y concentración, transformándose, por imperio de la escritura, en una investigación (pesquisa-encuesta) compuesta por una serie de actos, formalmente documentados, que el juez llevaba a cabo uno tras otro hasta que consideraba reunidos todos los elementos útiles para resolver el caso.

En el sistema de prueba fue donde surgen las principales modificaciones y donde la disciplina legal ilumina con mayor nitidez la recepción de formas extranjeras. El sistema germano (llamado *subjetivo*), ya explicado, dejó paso al romano, más racional y científico, cuya meta estaba representada por la reconstrucción histórica objetiva de un acontecimiento que, hipotéticamente, había sucedido antes. El testimonio y la confesión adquirieron rango jerárquico superior y se comprendieron no a la manera germana del juramento auxiliador y del allanamiento a la acusación, sino como medios para lograr la verdad sobre la imputación.

Instituciones fundamentales del Derecho probatorio fueron: el *sistema legal de valoración de la prueba* y el *tormento*. El sistema de prueba legal se apreciaba por un sinnúmero de reglas que determinaron la solución fáctica del caso, según los elementos existentes (condiciones positivas y negativas para afirmar o negar un hecho). Así, el hecho resultaba probado si concurrían a verificarlo dos o tres —según los casos y delitos— testigos hábiles y dignos de fe —sin tachas— o existía confesión. La minuciosa teoría de los indicios y su valor probatorio fue otro de los logros de la *Carolina*, que intentaba sistematizar en abstracto el valor apreciativo que poseía la prueba sobre un objeto indirecto, es decir, sobre un hecho distinto, pero conectado al que constituía el objeto de investigación. La teoría, según se observa, limitaba el poder del juez en la decisión, pues no importaba su convicción particular, ni la que transmitía en concreto un medio de prueba, sino que la solución derivaba, directamente, de la aplicación de reglas jurídicas. Ello, a la par de otros elementos ya observados, debió conducir también a la destrucción del sentido del colegio sentenciador popular germano.

La dificultad de probar una imputación acabadamente, conforme a reglas tan estrechas y abstractas sobre el valor del conocimiento de personas extrañas al hecho investigado, condujo al valor extremo que se atribuía a la confesión, como elemento de prueba dominante. Y ese valor de la confesión, natural en el procedimiento escrito, condujo a la *tortura* (*Folter*). La *Carolina* desarrolló una reglamentación cuidadosa de la tortura o tormento para obtener la confesión: la aplicación del tormento dependía de una sentencia intermedia —finalización de la *inquisitio generalis*— que fundara la sospecha sobre la comisión de un hecho punible por una persona determinada en la *semiplena prueba* o en cierta cantidad de indicios; antes de aplicar el tormento ordenado, el imputado era preguntado, en presencia del juez, dos escabinos como testigos y el actuario del tribunal, e intimado a responder la verdad bajo amenaza de tortura; también antes de su aplicación se le concedía la oportunidad de eliminar la sospecha que hacía posible la orden de atormentarlo, mediante prueba en contrario que condujera a la afirmación de su inocencia; si no conseguía eliminar la sospecha, se procedía a torturarlo para obtener su confesión y, obtenida la confesión, ella debía ser cuidadosamente verificada por preguntas cercanas al hecho, que permitieran averiguar si era verdad aquello que confesó; todavía esa confesión bajo tormento debía ser ratificada libremente (sin tormento) uno o varios días después.

La sentencia era el producto de la deliberación del juez y de los escabinos, sobre la base de las actas escritas y secretas que contenían la investigación del inquisidor sobre la verdad de la imputación; se lograba por mayoría y versaba sobre la condena o la absolución. La *Carolina* no conoció la *absolutio ab instantia* del procedimiento posterior. Tampoco conoció recursos contra la sentencia.

Lo curioso del caso era que, el último día, recobraban su vigor, especialmente en el procedimiento por acusación, todas las formas exteriores del proceso germano antiguo, aunque sólo se procedía de esta manera a requerimiento del acusador o del acusado y luego de deliberada y aun redactada la sentencia. El tribunal era convocado repicando campanas y todos aquellos que intervenían en el antiguo procedimiento de partes (juez, sentenciantes, acusado, acusador y relatores, en su caso) participaban de una audiencia oral y pública que comenzaba con el relato de la causa, seguía con el interrogatorio del imputado, reproduciéndose su confesión inquisitiva por los dos escabinos presentes en caso de negación, y terminaba con la pregunta del juez al colegio sentenciador acerca de la decisión, contestando ellos por remisión a la sentencia ya deliberada y escrita, que se leía a continuación. Según se observa, el renacimiento de las formas acusatorias, a más de tardío, constituyó una solemnidad sin contenido.

II. De allí en más, hasta comienzos del siglo XIX, la idea inquisitiva de la jurisdicción y del procedimiento penal siguió desarrollándose para alcanzar sus últimas consecuencias. Tal idea respondía a la concepción absolutista del Estado en la teoría política y a la progresiva publicidad del Derecho penal en la teoría jurídica, que concebía al delito como un ataque al orden social y a la organización estatal, por lo que la persecución y el juzgamiento penal se transformaron de cuestión popular en tarea autoritaria (cuestión de Estado).

A consecuencia de la debilitación del Sacro Imperio romano-germánico, las fuentes jurídicas se trasladaron de la legislación imperial a la práctica de los territorios alemanes (*Länder*); se formó aquello que se conoce como *Derecho común* (*gemeines Recht*), cuyo último desarrollo (siglo XVII y comienzos del siglo XVIII) provoca cuerpos orgánicos de legislación escrita en los países o estados alemanes: *Landrecht* de 1685 y *Kriminalordnung* de 1717 y 1805 en Prusia; *Landgerichtsordnung Ferdinands III* de 1707, *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1768, *Josephinische Kriminalordnung* de 1788 y *Gesetz über Verbrechen* de 1803 en Austria; *Codex Iuris Bavarici* de 1751 y *Strafgesetzbuch* de 1813 en Bavaria, entre los principales.

No obstante esta dispersión, el elemento unificador estuvo representado por el instituto del envío de las actas a un tribunal superior o Facultad de Derecho, cuya opinión, sin más, se tenía por fallo, y la ciencia jurídica que se desarrollaba permanecía atada a los avances de la doctrina italiana. La obra de Benedikt Carpzows (1595-1666), *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635), constituye una brillante y completa exposición del Derecho de la *Carolina* y

su modificación por la legislación y práctica posteriores, de gran autoridad en la época.

No es posible aquí un análisis pormenorizado de esta legislación. Sin embargo, resulta útil conocer las transformaciones principales a que conduce la radicalización del tipo inquisitivo de procedimiento penal impuesto por la *Carolina*.

Desapareció, como depositario del poder jurisdiccional, el elemento popular que aún se conservaba en el colegio sentenciador, transformándose en testigo de actuación (*Solemnitätszeugen*) para certificar la existencia y la validez de los actos procesales que llevaba a cabo el tribunal (*Gerichtszeugen*), de suma importancia para la confesión bajo tormento y su ratificación posterior. Se formaron colegios judiciales compuestos por jueces letrados y permanentes, con la particularidad de depender de la autoridad del príncipe gobernante, de acuerdo con la concepción absolutista del Estado. El juez unipersonal adquirió gran significado, pues a él se le confiaba toda la tarea de investigación, que asentaba en actas, sobre la base de las cuales decidía un colegio judicial que él mismo integraba o él, por sí solo, en los casos leves. El soberano del Estado (*Landesherr*) ocupaba el lugar supremo en la organización judicial, ejerciendo la función jurisdiccional por sí mismo o por sus delegados, aun avocándose a causas pendientes ante otros jueces o reformando sus sentencias, rasgo típico de la dependencia y verticalidad judicial respecto del poder político. Se abrió paso la justicia de funcionarios, incluso los funcionarios policiales, de amplio desarrollo hasta nuestros días.

Evolucionó lógicamente la promoción del procedimiento, pues se suprimió el derecho de acusar del ofendido: así en Prusia a partir de 1724. Las acusaciones fueron cada vez más raras por la responsabilidad que adquirían quienes las formulaban y porque el desarrollo cada vez mayor de la promoción de oficio del procedimiento y su conversión en tarea obligatoria de ciertos funcionarios le permitieron al ofendido recurrir al expediente mucho más cómodo de la denuncia o de la delación. Comenzó a desarrollarse una institución, *das Fiskalat*, que, a través de su similar del *procureur du Roi* francés, su origen, se señala hoy como el antecedente remoto de la actual organización del ministerio público. El *Fiskal*, según su nombre lo indica, tuvo originariamente a su cargo la defensa y procuración de los intereses económicos del soberano, pero, lentamente, se transformó en un acusador público representante del soberano; su tarea era diversa: algunas veces ocupaba el lugar de un verdadero acusador en la inquisición especial (una vez finalizada la inquisición general) y otras se transformaba en un inquisidor, como investigador directo en representación del soberano o por el encargo que le formulaban las autoridades judiciales, y aun excepcionalmente era el realizador y director de un tipo especial de procedimiento (*fiskalischer Prozeß*), establecido para las infracciones reprimidas con pena pecuniaria.

El imputado perdió la posición que ostentaba, como sujeto de derechos, en el antiguo procedimiento penal germano; pasó a ser el objeto de la inquisición, perdió su libertad y cayó bajo la tutela del Estado policial. Su encarcelamiento preventivo se transformó en regla, por lo menos durante la inquisición especial, y aunque tenía el derecho de elegir un defensor, que en algunos casos era nombrado de oficio, él no participaba en el procedimiento más que para presentar un escrito de defensa después de recibida toda la prueba, y se le reconoció una intervención aún más débil que la que pertenecía a los oradores de parte (*Fürsprecher*) en el proceso germano antiguo.

El procedimiento, que en la *Carolina* conservaba cierto rastro de oralidad y publicidad, perdió por completo esa característica y pasó a documentarse en actas escritas y se llevaba a cabo "a puertas cerradas". Comprendía dos partes perfectamente divididas, a semejanza del Derecho canónico: la *inquisición general*, sin formalidades rigurosas, que procuraba determinar el *corpus delicti* y la sospecha sobre el autor o partícipe, y la *inquisición especial*, procedimiento formal dirigido contra una persona determinada, minuciosamente regulado. El procedimiento posterior suavizó y borró los límites estrictos entre una y otra faz del procedimiento y, además, otorgó preeminencia a la etapa preliminar de pura investigación, desdibujando su carácter preparatorio.

El Derecho sobre la prueba también se radicalizó. Por una parte, la aplicación de tormentos arribó a su punto culminante, pues desaparecieron casi todos los límites de la tortura. Se permitía atormentar aun sin reunir los indicios suficientes que fundaran la sospecha acerca de la participación del imputado en el hecho punible o la semiplena prueba de esa participación, y, además, se admitía la repetición al infinito del tormento hasta lograr la confesión, bajo el rótulo de "prosecución de la tortura ya comenzada". Esta forma de atormentar adquirió un rigor inimaginable —para quienes no lo hemos vivido— en los procesos contra brujas (*Hexenprozeß*) y contra herejes (*Ketzerprozeß*), hecho que condujo, sobre el final de esta época, a una reacción —no sólo en Alemania sino en toda Europa continental—, incluso desconectada del punto de vista estrictamente político, con consecuencias en la legislación. Es famoso en Alemania el opúsculo anónimo atribuido al jesuita Friedrich von Spee, la "*Cautio Criminalis*", con el subtítulo "*Consideraciones jurídicas a propósito de los procesos sobre brujas*" (*Rechtliche Bedenken wegen der Hexenprozesse*), publicado en 1631 sin conocimiento ni autorización del autor, una crítica a los procesos mencionados y a la confesión bajo coacción, de la mano de un estudio psicológico sobre los funcionarios que la aplicaban y dirigido, precisamente, a las autoridades de la época[84]. Aun cuando la obra no obtuvo resultado alguno, preparó el camino para que los primeros representantes del iluminismo, Christian Thomasius, el marqués de Beccaria y von Sonnenfels, lograran poner en marcha el camino inverso, hasta la desaparición total de los procesos de brujas y herejes y de la tortura. Ello sucedió durante el siglo XVIII. En Prusia, una de las primeras medidas de Federico el Grande (1740) fue prohibir el uso del tormento, salvo para los delitos graves (*crimen laesae majestatis*, traición y asesinatos), pero ya entre 1754 y 1756 la tortura fue abolida totalmente, también para los crímenes graves. Prosiguió Austria en 1776, Württemberg en 1806 y Bavaria en 1806, por ordenanza secreta, que reconocía la influencia de Anselm von Feuerbach, quien ya en 1804 había publicado su opúsculo "*Sobre la necesidad de abolir la tortura en Bavaria*" (*Über die Notwendigkeit der Aufhebung der Tortur in Bayern*) y fue llamado a ocupar un cargo en el Ministerio de Justicia bávaro. Con posterioridad, la tortura fue abolida en Hannover (1822) y en Gotha (1828). Sin embargo, la desaparición de la tortura no significó un cambio inmediato y radical de sentido del sistema de persecución penal; al comienzo, se tradujo, antes bien, en un cambio de método, pues la confesión siguió siendo la meta del juez inquisidor, desarrollándose a partir de allí un arte judicial para obtener del imputado el reconocimiento de la infracción y su participación en ella; la tortura dejó paso al in-

[84] Sobre la persecución de la brujería a principios del siglo XVII puede leerse Caro Baroja, *Inquisición, brujería y criptojudaísmo*, ps. 183 y siguientes.

terrogatorio inquisitivo (indagatoria), que procuraba sorprender al imputado y no iba dirigido, como lo regularían las leyes posteriores a la reforma procesal penal del siglo XIX, a procurar un medio de defensa material para el imputado[85]. Para que el imputado se transformara en un sujeto incoercible —como órgano de prueba— del procedimiento penal se debería esperar aún algunos años, según se observará; la última etapa del procedimiento inquisitivo eliminó la tortura, pero no modificó radicalmente el sistema de enjuiciamiento.

Por otra parte, el *sistema legal de valoración de los elementos de prueba*, tendiente a alejar la posibilidad de un error en la apreciación judicial, continuó desarrollándose en reglas que determinaban condiciones para afirmar cuándo existía *probatio plena* y cuándo *probatio imperfecta*. Sin embargo, la exageración transformó aquello que partió de un progreso evidente del Derecho germano, ahora en busca de la verdad histórica objetiva, en una verdad puramente formal, consistente en la afirmación de habían sido reunidas o no ciertas condiciones impuestas por la ley, a fin de tener a un hecho por probado o por no probado. Entre las máximas y las reglas principales de la época se contaban: *confessus pro iudicato habeto*, la muy estrecha clasificación de los testigos en grupos con consecuencia en la decisión —*testes habiles, testes inhabiles, testes suspecti, testes minus habiles*[86]— y la disminución del valor de los indicios o prueba indirecta.

La sentencia, en general, era dictada por un colegio judicial, pero en los casos de delitos leves la dictaba un tribunal unipersonal, según ya se aclaró. Sin embargo, aumentaron las posibilidades de solución del caso al admitirse la *poena extraordinaria* y la *absolutio ab instantia*. La decisión final del procedimiento ofrecía, así, cuatro posibilidades: condena a una pena ordinaria, en caso de plena prueba; condena a una pena extraordinaria, cuando no se alcanzaba la plena prueba o se contaba sólo con indicios vehementes de culpabilidad; la absolución de la instancia, para cuando no resultaba esclarecido el hecho pero aún restaba la sospecha que había dado origen al procedimiento, decisión con efecto de cosa juzgada formal hasta que la probable adquisición de nuevos elementos permitieran continuar la persecución penal; y absolución, por demostración de la inocencia, decisión que adquiría el carácter de cosa juzgada material. El pronunciamiento de la sentencia tampoco era público, como en la *Carolina*: seguía la regla del secreto del procedimiento para los extraños a él y sucedía a puertas cerradas.

Se afirmó la posibilidad de reexaminar el caso y su solución mediante *recursos* que requerían la intervención del príncipe (soberano) o de autoridades judiciales jerárquicas e, incluso, tal posibilidad se prescribió como obligatoria y funcionaba de oficio —sin recurso— para los casos de mayor importancia. Comenzó a delinearse la prohibición de la *reformatio in peius*, cuando recurría únicamente el imputado.

6. La Ordenanza criminal francesa de 1670 y el Derecho inquisitivo francés[87]

Francia no fue una excepción en el continente europeo, sino, por el contrario, una confirmación de la evolución política y jurídica que

[85] Un resabio de este interrogatorio se puede leer en el texto originario del CPCrim. nacional (1889), 241 y 255.

[86] Cf. aquí también el art. 306, CPCrim. nacional (1889).

[87] Cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Premiere partie, Tit. 2º,

ya describimos de manera general y ejemplificamos de la mano de dos Derechos nacionales. La pujanza de la jurisdicción eclesiástica, la reforma del Derecho canónico, al introducir la persecución de oficio y suprimir el duelo judicial por un sistema más objetivo y "científico" de búsqueda de la verdad y la afirmación del Estado nacional bajo el dominio de un monarca soberano absoluto, no tardaron en conducir al Derecho laico a los mismos principios reguladores de su persecución penal.

I. La introducción del Derecho romano-canónico apareció en Francia con la Ordenanza de 1254, debida a Luis IX, primer texto escrito —en latín y en francés— y sistemático que recibió la encuesta de oficio (*aprisio-aprise*), a la manera de certificado de defunción del enjuiciamiento acusatorio antiguo que por aquella época subsistía a su lado y pugnaba todavía por su supervivencia. La reforma representó, también, el comienzo del triunfo de la jurisdicción real, al que este procedimiento servía, sobre la jurisdicción señorial o feudal.

A pesar de ofrecer resistencia, especialmente durante la primera mitad del siglo XIV[88], el procedimiento inquisitivo se encaminó lentamente hacia su codificación definitiva, por medio de la Ordenanza de 1498, bajo el reinado de Luis XII, y, fundamentalmente, a través de la Ordenanza de 1539, sobre la organización judicial y la abreviación de los procesos, obra de Francisco I (de su canciller Poyet), siguiendo el molde de una Ordenanza previa (1535) para la reforma en Bretaña. Esta última ley fijó definitivamente el procedimiento inquisitivo en Francia y selló el triunfo de la jurisdicción real; la Ordenanza criminal de 1670, obra legislativa cumbre del sistema inquisitivo, no hizo más que recibir el sistema que ella organizó y pulirlo en detalles y técnica, agravando su rigor. A ella, como culminación y prototipo de la recepción francesa del sistema inquisitivo, nos referiremos a continuación.

---

cap. II y Deuxieme partie, ps. 66 y ss.; Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, caps. 11 a 19, ps. 225 y ss.; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, Primera parte, cap. III, 6, ps. 123 y ss.; Michelet, *Origines du droit francais cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, ps. 224 y ss.; Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, ps. 36 y ss. (versión castellana: *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, ps. 38 y ss.).

[88] Ordenanzas de Luis X en 1315 reconociendo privilegios a los nobles de Borgoña y Campaña; en 1306 el rey Philippe le Bel admitió el combate judicial para algunos casos aún en la jurisdicción real; en 1547 el rey Philippe de Valois otorgó privilegios a los habitantes de Lyon; en 1363 el rey Juan confirmó los privilegios a los habitantes de Langres.

Pero antes de emprender esa tarea es preciso destacar otro rasgo de la época que ejerció su influencia sobre la persecución penal. La persecución de oficio, con comienzo en el siglo XIII, engendró, también, la aparición, durante el siglo XIV, de su órgano específico, llamado después *ministerio público*. Si las costumbres del Derecho feudal no permitieron la representación en juicio, sus últimos momentos establecieron una excepción, pues el rey y los señores soberanos pudieron defender sus asuntos a través de procuradores. Así nacieron los procuradores del rey y los procuradores fiscales, cuya función apareció reglamentada por primera vez en 1302 (PHILIPPE LE BEL): al comienzo encargados de defender la Hacienda Real y la Hacienda Pública, luego con potestad de excitar la jurisdicción penal real por denuncia y más tarde con directa injerencia persecutoria en el procedimiento penal, aun cuando se afirmó también el poder del magistrado real de proceder de oficio, sin necesidad de excitación extraña, rasgo típico de la Inquisición. Si; en su comienzo, eran nombrados especialmente para asuntos concretos, luego adquirieron carácter de funcionarios permanentes, cuando la multa y la confiscación representaron importantes ingresos a la renta real, encargándoseles provocar la persecución penal y vigilar el procedimiento, para terminar por intervenir en los procedimientos criminales en defensa del interés de la comunidad, aun cuando el delito no afectara al monarca sino a sus súbditos, en procura de la represión del culpable.

II. El motivo real de la Ordenanza criminal de 1670 fue, como en 1539, terminar con el caos en la administración de justicia sobre la base de ordenar, por una parte, las distintas jurisdicciones y oficios judiciales existentes en el reino y, por la otra, el procedimiento y legislación aplicable, de modo tal de obtener certeza en la administración de justicia, conforme a las ideas políticas dominantes.

Pese a que LUIS XIV, monarca bajo cuyo reinado se sancionó la Ordenanza, se atribuyó la obra y la idea de llevarla a cabo en sus Memorias, al punto de que fue llamada *Code Louis*, la historia ha rescatado los principales actores intervinientes en la obra. En principio, su redacción estuvo unida a la codificación de 1667 y al plan elaborado por el ministro COLBERT, quien concibió y comunicó al rey la idea, la necesidad y el plan para su redacción. El principal redactor fue su tío, PUSSORT, miembro del Consejo de Estado a quien el rey, por consejo de COLBERT, encargó la remisión de memorias sobre los defectos existentes en la administración de justicia y sus remedios. Después de la intervención del Consejo de Justicia y de los diputados del Parlamento, se llevó a cabo la discusión final, en Asamblea integrada por comisarios del Consejo y diputados del Parlamento, en siete sesiones a partir del 16 de junio de 1670 hasta el 8 de julio del mismo año, continuación de las conferencias de 1667, a cuyo fin se sancionó la Ordenanza, previa revisión por el Consejo de Justicia, en *Saint-Germain-en-Laye*, en agosto de 1670, registrada en París,

el 26 de agosto del mismo año. En la discusión, el principal contradictor de Pussort fue Lamoignon, persona que completa la tríada que compuso la tabla de honor de la nueva ley. Mientras Pussort representaba la defensa de todos los instrumentos de la nueva ley que permitían una enérgica represión del delito, al eliminar las causas que tornaban lento y complicado el procedimiento, sin preocuparse por la defensa del reo, Lamoignon significaba, a la vez, la defensa del espíritu humanitario y conservador de la tradición: él protestó contra el juramento impuesto a los acusados para su declaración, contra la disposición que le niega asistencia técnica, contra la misma tortura, a la que no puede rechazar totalmente, según la época, pero sí declarar contraria a su sentimiento particular, y, por otro lado, defendió la justicia señorial del avance que sobre ella practicaba la administración de justicia real[89]. Talon, cuya intervención no llegó a equiparar a las de sus dos colegas enfrentados, ofició de árbitro entre ellos, apoyando a uno o al otro, y fue, en realidad, "el hombre del rey".

La síntesis de las memorias remitidas por los consejeros de Estado a pedido del rey, entre las que se encuentra la de Pussort, que sobresale nítidamente de las otras, permite reconstruir las razones de la obra. En primer lugar, aparece claro que la preocupación de todos se refiere más a la reforma de la organización judicial que a la ley procesal misma; se pretendía superar las distintas jurisdicciones señorial, eclesiástica y real, suprimiendo las dos primeras y reuniéndolas en la última, de la cual aquéllas emanaban, para terminar con el desorden en la organización judicial[90]. Empero, en segundo lugar, se pretendía también establecer un procedimiento uniforme en el reino y transmitir certidumbre en la ley, reuniendo en un solo cuerpo las ordenanzas del rey, con el fin de imponer una misma forma y práctica procesal[91]. Por último, resulta evidente que el modelo sobre el cual se trabajó fue la Ordenanza de 1539, texto legal que había completado la introducción del sistema inquisitivo en Francia[92].

III. En materia de *jurisdicción* y *competencia*, la Ordenanza criminal de 1670 culminó el proceso de imposición de la jurisdicción real sobre la señorial y la eclesiástica, ya avanzado a esa época, razón por la cual se explica que, con escasas modificaciones, tal objetivo haya si-

[89] Cf. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Deuxieme partie, Tit. 1º, cap. 1º, ps. 177 y siguientes.

[90] Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 184, quien transcribe la Memoria sin nombre del autor: "El verdadero remedio a este desorden será el de reunir toda la justicia de los señores, tanto eclesiásticas cuanto laicas, a la real, de la cual ellas emanan" (traducción nuestra).

[91] Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 184.

[92] Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 185.

do alcanzado. El primer resorte para lograrlo fue establecer el criterio del lugar del hecho como único para determinar el tribunal competente (tít. I, art. 1), descartando al tribunal del domicilio del acusado y al del lugar de la detención. Fueron establecidos también los casos de la exclusiva competencia de los tribunales reales (art. 11), con una cláusula final abierta que remitía a todos los otros que pudieran ser enunciados por las ordenanzas o reglamentos del rey. Por lo demás, los jueces reales mantenían el derecho de prevención sobre los jueces señoriales, de tal manera que estos últimos sólo podían retener aquellos casos que no interesaban a los oficiales reales o en los que ellos rehusaban entender. Pero el instrumento más eficiente de sometimiento de la justicia señorial a la real fue la posibilidad de la apelación, porque los tribunales de segunda instancia sólo estaban integrados por jueces reales que, así, ejercían su control sobre la justicia señorial; a contrario de lo que sucedía en los asuntos civiles, en los que los jueces señoriales seguían interviniendo en la apelación de la sentencia, esos jueces perdieron toda jurisdicción de instancia en los asuntos criminales.

La justicia eclesiástica ya había perdido muchas de sus atribuciones al permitir que los delitos comunes de su competencia fueran instruidos por los jueces reales, si sus propios jueces no demandaban su competencia, y al admitir casos privilegiados en los que sólo era competente la justicia laica, es decir, la real. Fue intención de la Ordenanza (PUSSORT) reducir aún más la competencia de la Iglesia a los delitos puramente eclesiásticos, pero la enérgica reacción (LAMOIGNON y TALON) movió al rey a mantener todas las inmunidades de la Iglesia, suprimiendo la cláusula y aclarando que quedaban intactos los privilegios eclesiásticos (art. 13). Pero, como la Ordenanza nada mandó en este campo, ni, en especial, estableció un tipo de procedimiento que permitiera la actuación conjunta de jueces reales y eclesiásticos para ciertos casos comunes, como era regla en aquella época, todos los conflictos interminables entre una y otra jurisdicción prosiguieron, hecho que tornó necesaria la sanción de muchas leyes especiales (1678, 1684, 1695 y 1711).

La Ordenanza nada dispuso sobre la competencia de las ciudades o villas y su justicia de escabinos, reducida por entonces a asuntos de policía comunal, pese a la pujanza de la jurisdicción real que pretendía suprimirla. Empero, la resistencia del viejo espíritu comunal logró también aquí sus frutos, pues mantuvo para las ciudades su competencia criminal hasta la misma Revolución de 1789; curioso resulta leer que perdieron su competencia civil pero conservaron la penal.

Tampoco pudo la Ordenanza suprimir la jurisdicción "*prévotale*". Se trataba, en origen, de una justicia militar-policial (*gens d'armes*), que, en manos reales, cumplía funciones de seguridad pública reprimiendo los desórdenes, sobre todo en despoblado, juzgando sumariamente, con formas horrorosas y sin apelación. Muy criticada por su carácter opresor y por la corrupción interna de sus integrantes, quienes dirigían su acción más a obtener beneficios personales de la persecución penal que a la realización de las leyes, subsistió, sin embargo, por razones políticas. No obstante, se estableció rígidamente su competencia y una serie de formas-garantías que intentaron evitar los abusos: examen obligatorio de su competencia por siete jueces del lugar en el cual el acusado era detenido, aun cuando el acusado no planteara la declinatoria (incompetencia); interrogatorio del acusado a las 24 horas de ser detenido en presencia del acusador, un graduado en derecho; imposibilidad de conocer de los delitos de su competencia en las ciudades donde residían, necesidad de practicar inventario minucioso de todo lo que secuestraban, en presencia de dos vecinos próximos al lugar de la captura, quienes debían firmar el inventario.

La organización y composición de los tribunales no era sencilla. Bajo jurisdicción real se distinguen los *prevots*, sobre cuya competencia hemos hablado, los *baillis*, *sénéchaux* y *juges présidiaux*, depositarios de la competencia penal común, las Cortes reales (*Courts*), que intervenían por apelación, y el Consejo del Rey (*Conseil du Roi*), suerte de tribunal de casación que vigilaba el estricto cumplimiento de la ley y las formas establecidas por ella, y, por último, el rey mismo, en quien residía todo el poder de juzgar y aplicar el poder penal del Estado, que él delegaba en los tribunales inferiores antes mencionados. Al lado de estos funcionarios judiciales permanentes, el rey tenía facultad para designar genéricamente o para un caso particular, comisarios de justicia que se instalaban en el lugar en el que debían cumplir sus funciones o asumían el procedimiento para el que habían sido designados.

Siguiendo el procedimiento, la información o instrucción era llevada a cabo por un juez (oficio unipersonal), el juez de instrucción, que, normalmente, procedía luego de una información preliminar de un funcionario menor; en cambio, el juzgamiento en apelación requería un tribunal compuesto de tres miembros y, en última instancia, de siete miembros, sea que se tratara de decisiones instructorias o sobre el fondo; la decisión sobre la aplicación de la tortura también requería un tribunal de por lo menos tres miembros.

IV. La *persecución penal* se tornó absolutamente pública. Sin impedir el *procedimiento de oficio*, el verdadero acusador era el procurador del rey, el procurador fiscal o el procurador del señor, funcionarios que ejercían la acción penal pública, según estaba impuesto con anterioridad a la Ordenanza de 1670. Se admitía también la intervención de personas privadas —del ofendido o los legitimados para obrar

por él—, y aun su poder de provocar el procedimiento
hoy en el procedimiento francés, pero no como acusadores penales,
sino al solo efecto de perseguir su interés privado, reclamando los da-
ños que el hecho punible les había provocado (parte civil). En este
sentido, las personas privadas podían denunciar el hecho ante el pro-
curador, por escrito o verbalmente, caso en el cual un notario proto-
colizaba la denuncia en un acta, o demandar ante el juez (*plainte*), por
escrito dirigido a él o verbalmente, con las mismas formas relatadas
para la denuncia; mientras la denuncia no otorgaba facultades para
intervenir en el procedimiento como sujeto de él, la demanda admi-
tida significaba una verdadera constitución de parte civil en el proce-
dimiento.

V. El imputado perdió, en realidad, su carácter de sujeto del proce-
dimiento para transformarse en un objeto de la investigación. En
principio, su defensa y asistencia técnica fueron negadas, incluso co-
mo consecuencia del secreto del procedimiento, según veremos ense-
guida, regla que condujo a la pérdida de la mayoría de las facultades
que distinguen a un sujeto de derechos y, por otro lado, a la incomu-
nicación del detenido. La pérdida de su libertad ambulatoria, su so-
metimiento a la prisión durante el procedimiento, se transformó de
la excepción en la regla y las medidas de coerción personal posibles
contra él —entre ellas la tortura para obtener su confesión— alcanza-
ron tal intensidad que terminaron por constituirse, históricamente,
en la impronta cultural que caracteriza a este tipo de enjuiciamiento
penal. El ejercicio del poder penal por el Estado alcanza su cumbre
histórica.

Aparte de la facultad de aceptar la imputación, y confesar, fueron escasas las facultades que perduraron para el imputado y que permiten reconocerlo como una persona, como un sujeto de derechos. Entre ellas se debe citar, principalmente, la confrontación (careo) con los testigos de cargo durante el *règlement a l'extraordinaire* y la posibilidad de apelar las decisiones judiciales, recurso que, incluso, permitía superar, tardíamente y en forma parcial, el secreto del procedimiento. Veremos luego, al describir el procedimiento, el significado de estas facultades, pero conviene adelantar que el remedio de la apelación fue, políticamente, más una forma de control por el monarca y los órganos superiores de la administración judicial sobre la forma en que sus delegados aplicaban la ley, dentro de una organización judicial vertical y jerarquizada, que una garantía para el imputado. Ciertos límites en la tortura o la posibilidad de reclamar la intervención directa del rey para que ejerciera su poder de gracia, no representaron, en realidad, facultades del imputado, sino autolimitaciones del poder penal del soberano y derivaciones del ejercicio absoluto de ese poder por aquel en quien residía la soberanía.

Según veremos, la prisión sólo correspondía desde el comienzo del procedimiento para los delitos descubiertos en flagrante, para las personas caracterizadas como vagabundos o malhechores y aun para los hechos notorios. Pero, en los de

más casos, si después de ella no sobrevenía la condena o la falta absoluta de elementos que confirmaran la sospecha, seguía el *règlement a l'extraordinaire*, que determinaba, prácticamente, la prisión; si bien se admitía la libertad provisional bajo caución, ella no era posible cuando se aplicaba el *règlement a l'extraordinaire*, consecuencia fácil de imaginar con sólo pensar en la imposibilidad de que el tormento se aplique a una persona no privada de libertad. Las prisiones, por lo demás, fueron lugares atroces, sin luz, centros de infección y de enfermedad. La Ordenanza de 1670, aun cuando no pudo cambiar las cosas, se ocupó de ellas, separando a los hombres de las mujeres, prescribiendo una visita diaria a las celdas para comprobar enfermedades y buscar, en su caso, atención médica, ordenando la atención de las mínimas necesidades vitales de los reclusos o intentando reprimir la venalidad de los guardianes, para lo cual se ordenó a los procuradores del rey una visita semanal para recibir las quejas de los reclusos e informar a la autoridad real sobre ellas.

VI. El *procedimiento* seguía tres principios rectores: no representaba un debate al cual cada parte acudía en defensa de su interés con iguales facultades que su contraria, sino que se reducía a una *investigación oficial de la verdad*; esa investigación era *secreta* y se documentaba en actas *escritas*; *investigación*, *secreto* y *escritura* representan caracteres absolutamente unidos para alcanzar las metas perseguidas por la inquisición: la represión (expiación) de todos los hechos punibles (*expurgare civitatem malis hominibus*), para mantener la paz pública y el orden político establecido (*salus publica suprema lex est*)[93].

El proceso comenzaba por la *información* (*inquisitio generalis*), absolutamente secreta y cumplida por escrito (actas llevadas por un actuario o notario en presencia del juez), que, principalmente, contenía las declaraciones de los testigos, prestadas bajo juramento, y cuyas actas eran reguladas formalmente al extremo (juramento, preguntas, interlineados, raspaduras y testados, lectura final). En último término emitía sus conclusiones el procurador real.

Si de la información resultaban cargos (sospechas) contra el imputado se emitía un *decreto* que abría paso a la instrucción definitiva (*inquisitio specialis*). Este decreto podía mandar oír al imputado, citarlo personalmente o encarcelarlo; la

[93] FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, interpreta históricamente este tipo de procedimientos: la forma secreta y escrita del procedimiento respondía al principio de que, en materia penal, el establecimiento de la verdad era, para el soberano y sus jueces, un derecho absoluto y un poder exclusivo (p. 41); más allá, señala que, en el sistema de la Ordenanza, la instrucción penal funcionaba como una máquina que podía producir la verdad con ausencia total del acusado, y que, por eso mismo, el procedimiento tendió, necesariamente, a utilizar la tortura, por dos motivos: a) porque constituía una prueba tan decisiva que no había necesidad de añadir otras, ni de acudir al procedimiento engorroso de combinar indicios, tarea compleja e insegura, y b) porque convertía al procedimiento en una victoria efectivamente obtenida sobre el acusado y reconocida por él. Así, "el sólo modo de que la verdad asuma todo su poder es que el delincuente tome a su cuenta su propio crimen, y afirme por sí mismo lo que ha sido sabia y oscuramente construido por la instrucción" (ps. 43 y s.).

primera orden difería de la segunda sólo en que representaba una citación más suave en sus efectos, porque no provocaba, como esta última, la inhabilitación para ejercer cualquier función. La clase de decreto dependía tanto de la gravedad del delito, como de la calidad de los elementos de prueba y de la persona a quien se aplicaba. La prisión, por ejemplo, no procedía cuando se trataba de una persona con domicilio conocido, salvo que el delito fuera reprimido con pena aflictiva o infamante. Si el citado no comparecía, el decreto se transformaba automáticamente en el de la categoría superior. Los casos de delitos flagrantes, notorios o cometidos por vagabundos autorizaban el encarcelamiento *ab initio*, sin que le precediera una información. La libertad provisional bajo caución era posible, pero no en todos los casos, sobre todo en aquéllos que daban lugar al *règlement a l'extraordinaire*; cuando el encarcelamiento provenía de la transformación de una citación por falta de comparecencia, el juez podía liberar al imputado.

Citado o puesto en prisión, el juez debía interrogar al acusado, en secreto, con la sola presencia del actuario que redactaba el acta y bajo juramento[94]. Encarcelado el imputado, la indagatoria debía llevarse a cabo, a más tardar, a las 24 horas de haber sido detenido. Negarse a prestar juramento equivalía al silencio o a la negación a declarar, y el silencio voluntario determinaba para el acusado la pérdida de todas las facultades ulteriores, el careo o confrontación con los testigos o el que lo escucharan posteriormente casi siempre conducía a la tortura. Previamente se lo intimaba tres veces a responder y las mismas veces era advertido sobre las consecuencias del silencio. Estaba prohibida la asistencia técnica (de consejeros) y ordenada la incomunicación para los crímenes capitales; en los demás, el juez podía permitir la comunicación con otras personas, después del interrogatorio. El interrogatorio representaba un arte para el juez de instrucción, cuya habilidad debía procurar la confesión de la verdad. Estaba estrictamente reglamentado y era notificado tanto a la parte pública (el procurador), como a la parte civil constituida.

Inmediatamente después de la indagatoria, el acusador y la parte civil podían requerir sentencia por informes escritos, si los elementos de prueba eran considerados suficientes para una condena, pero sólo en el caso de que el hecho no mereciera pena aflictiva. También el imputado podía, en la misma forma, requerir que los cargos fueran cancelados. Si ello no sucedía, los informes del procurador y de la parte civil servían como conclusión para comenzar el *règlement a l'extraordinaire*.

El *règlement a l'extraordinaire*, dirigido personalmente por el juez de instrucción, consistía en un proceso que representaba la *instrucción definitiva* del procedimiento, en la que los testigos eran escuchado de nuevo, ratificando las declaraciones que habían prestado durante la información, y, si resultaba necesario, se los confrontaba con el imputado (careos). Tal procedimiento, en su origen, pre-

[94] El juramento impuesto a los imputados produce una de las discusiones dignas de seguir, entre LAMOIGNON, quien defendía la posición del perseguido, advirtiendo que no concebía obligarlo a condenarse por su propia palabra y convertirlo en perjurio (nuevo crimen), y PUSSORT, quien defendía los usos y costumbres que provenían de la Ordenanza de 1539, discusión que desniveló TALON, al adherirse a la posición de PUSSORT, hecho que decidió al rey, obligado a la consulta por la voz de LAMOIGNON, a mantener la solución proyectada; cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, ps. 229 y siguientes.

tendió el control por el juez de la prueba que, en la información preliminar, había recibido un ayudante. Pero la confrontación con los testigos otorgó al imputado la primera posibilidad de controlar la prueba y contradecir los resultados en su contra. Sin embargo, anotan sus comentaristas posteriores, el remedio no mejoró, en la realidad, la situación del imputado, pues la amenaza reglada (art. 11) de perseguir y condenar por perjurio a los testigos que se retractaran (dadas las dos actas escritas con informaciones distintas), tornaba ilusorio todo resultado favorable a la defensa[95]; es increíble la similitud con nuestros códigos antiguos, de procedimiento escrito. De todas maneras, el imputado tenía posibilidad aquí de señalar contradicciones de los testimonios en sí mismos o entre ellos, para aclarar los hechos o justificar su inocencia, y de requerirle al juez que interrogara a los testigos sobre estos aspectos, en la búsqueda de la verdad, razón por la cual, en tanto útil para exponer sus objeciones, parece bien considerada esta posibilidad como medio de defensa, casi único.

Terminados los interrogatorios y las confrontaciones concluía el procurador previo estudio de las actas. La conclusión podía versar directamente sobre la condena y aplicación de la pena, el sometimiento del acusado a la tortura o la necesidad de probar los hechos justificantes, y era remitida, cerrada y lacrada, ante la asamblea de jueces (tres en primera instancia, siete en última instancia), para ser abierta después de que uno de ellos hubiera cumplido la misión de informar sobre el procedimiento. En general, era el mismo juez de instrucción el que informaba sobre los resultados de la instrucción, de manera que el procedimiento quedaba íntegramente en sus manos. Los jueces deliberaban en secreto, pero, antes de producir su decisión, oían nuevamente al imputado, práctica que se tornó obligatoria después de la declaración real de 1703. Si no se imponía la condena pedida, lo normal era, según la etapa del procedimiento, que los elementos de prueba inclinaran la balanza en contra del imputado, y determinaran la decisión de someterlo a la tortura, o a favor de él, al admitir entonces que se probaran los hechos justificantes invocados.

La Ordenanza no contenía reglas acerca de la forma de los tormentos. Se distinguía, sin embargo, la *question ordinaire* de la *extraordinaire*, según la intensidad de los tormentos, y la *question préparatoire* de la *préalable*, la primera para obligar al imputado a confesar y la segunda para forzar a los condenados a revelar quiénes habían sido sus cómplices. Pese a no regular la manera de aplicar los tormentos, que así quedaban librados a los usos y costumbres locales[96], la Ordenanza debía entenderse en el sentido de la prohibición de dañar para siempre al torturado, según su defensor principal[97]. Se advertirá luego que la tortura, a más de representar la idea absoluta de conseguir averiguar la verdad como fin del pro-

[95] Este es otro de los puntos en que LAMOIGNON procura favorecer la defensa eliminando la regla, mientras que PUSSORT brega por mantenerla y triunfa; cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 256.

[96] Cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 241, relatando diversas formas locales de tortura.

[97] PUSSORT; cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 241.

cedimiento, era la consecuencia lógica del sistema de valoración de la prueba (legal) que utilizó la Ordenanza[98].

Proseguía la decisión final. Ella versaba sobre la condena o, si la imputación no resultaba suficientemente fundada existían tres posibilidades: la absolución, por demostración de la inocencia, que otorgaba al acusado el derecho a reclamar los daños de la parte civil; la *mise hors cours*, por falta de pruebas para condenar pero sin certificar inocencia, absolución incompleta porque no autorizaba al acusado a reclamar daños; y el *plus amplement informé*, suerte de absolución provisoria, *a plazo* para delitos leves e *indefinida* temporalmente para casos graves, que permitía la reapertura de la persecución no bien aparecieran elementos de prueba que hicieran posible otra solución[99]. La última solución representaba, sin duda, la pena de los indicios graves no purgados. La Ordenanza no exigía la fundamentación de la sentencia; empero, parece ser que los tribunales inferiores, sometidos al control de la apelación, explicaban los motivos del resultado impuesto en la sentencia.

No sólo las sentencias, sino las demás resoluciones intermedias (interlocutorias), dictadas en el curso del procedimiento, podían ser objeto de *apelación*. Tanto el imputado como el procurador, que perseguía públicamente, y la parte civil eran titulares del poder de recurrir. Esta posibilidad, sin embargo, distaba de significar, políticamente, una apertura liberal. En sustancia, el remedio provenía de

[98] FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, interpreta la tortura como un "juego judicial", a semejanza de las ordalías, juicios de Dios y duelos judiciales del procedimiento acusatorio, cuya práctica estaba reglamentada: "Entre el juez que ordena el tormento y el sospechoso a quien se tortura existe también como una especie de justa; sométese al 'paciente' —tal es el término por el cual se designa al supliciado— a una serie de pruebas, graduadas en severidad y de las cuales triunfa 'resistiendo', o ante las cuales fracasa confesando, pero el juez no impone la tortura sin aceptar, por su parte (y no es únicamente el peligro de ver morir al sospechoso): arriesga en la partida... los elementos de prueba que ha reunido ya; porque la regla impone que, si el acusado 'resiste' y no confiesa, se vea el magistrado obligado a abandonar los cargos. El supliciado ha ganado" (p. 46). La interpretación de FOUCAULT no se corresponde, seguramente, con la que haría uno de los "pacientes" que describe. FOUCAULT advierte sobre la recomendación que se hacía a los jueces de no someter a tormento a un sospechoso suficientemente convicto de los crímenes más graves, por el hecho de que, si resistía la tortura, el juez no tendría ya el derecho de infligirle la pena de muerte y la justicia saldría perdiendo. En esta ideología, si el "paciente" era culpable los sufrimientos no eran injustos. Y la demostración de su culpabilidad no obedecía a un sistema dual (o dilemático —verdadero/falso—) sino a un principio de gradación continua: un grado obtenido en la demostración creaba ya un grado de culpabilidad e implicaba, en consecuencia, un grado de castigo. Ello explica que el tormento fuera también clasificado, por la Ordenanza de 1670, entre las penas, inmediatamente después de la de muerte (ps. 47 y s.).

[99] Es notable la semejanza que la práctica del CPCrim. nacional (1889) estableció, al concebir algunos jueces, por interpretación arbitraria de sus reglas (art. 497), bien claras al respecto (cf. SENTÍS MELENDO, *In dubio pro reo*, 6, ps. 126 y ss.), dos absoluciones, una por comprobación plena de la inocencia y otra por insuficiencia de pruebas, esto es, por falta de comprobación plena de la culpabilidad del imputado, y, por otra parte, al existir el sobreseimiento provisional (art. 435), esencialmente revocable para proseguir la persecución.

apreciar que la jurisdicción era siempre delegada por jerarquías, razón por la cual correspondía su devolución al superior, en definitiva, al monarca, de quien emanaba el poder de juzgar, atributo de la soberanía; la apelación era, así, un medio de control de la correcta aplicación de la ley por el delegado. Tan correcta es esta apreciación que, en consonancia con ella, para las condenas más graves (penas corporales, galeras, destierro a perpetuidad), la apelación procedía de pleno derecho (*de droit*), esto es, de oficio y necesariamente, sin requerir recurso alguno de parte.

El procedimiento de apelación, sin embargo, otorgaba ciertas garantías a los perseguidos. Salvo las sentencias relativas a penas aflictivas o las decisiones sobre la aplicación de la tortura, que seguían las reglas del juzgamiento en primera instancia (escritura, secreto e interdicción de la defensa), las demás y la apelación de decisiones interlocutorias permitían la llamada *appellation verbale*, que, según su nombre ya lo indica, procedía por audiencia oral, sin secreto, y no presuponía la prohibición de la asistencia técnica, según ocurría en los procedimientos civiles. Admitido este tipo de procedimiento, con el fin de acelerar la decisión de los recursos durante la instrucción, lo cierto es que habilitó la defensa de los perseguidos por primera vez en el procedimiento. De ordinario, la apelación suspendía la ejecución del fallo; pero esta regla de principio cedía en las sentencias de multa menores, ejecutables provisionalmente, y ante las decisiones instructorias, salvo aquellas que podían provocar un perjuicio irreparable, como la que ordenaba la tortura; en las sentencias de absolución, la apelación del procurador público conducía al mantenimiento del acusado en prisión.

La misma idea política de la jurisdicción delegada —el poder jurisdiccional como atributo de la soberanía residía totalmente en el monarca— fundó dos remedios distintos, apoyados en el mismo argumento: el recurso al consejo del rey o poder de casación y la gracia del monarca. La llamada teoría de la *justice retenue* consistía, precisamente, en admitir que toda justicia residía en el rey y provenía de él, tal que la delegaba en sus oficiales, pero la conservaba en plenitud él mismo. Por ello, se permitía recurrir al soberano mismo o a su Consejo para que examinaran la aplicación de sus propias ordenanzas, sosteniendo que se había juzgado en contra de sus disposiciones. Se trataba, entonces, de un recurso de casación, que comienza la historia de la casación moderna. El recurso no suspendía, por principio, la ejecución de la decisión, pero el rey podía ordenar su suspensión. El remedio, a pesar de significar más el ejercicio del favor real que una facultad reconocida al acusado y su defensa, tuvo gran pujanza y mucha aplicación, pues los procedimientos escritos, plagados de complejidades formales, permitían encontrar casi siempre violaciones a las formas del procedimiento[100].

De la misma fuente procedían las *lettres de grace*, género que abarcaba una serie de favores reales que permitían desde clausurar la persecución penal hasta

[100] La situación se repitió en nuestros códigos antiguos, de procedimiento escrito, cuya fuente fue la última legislación inquisitiva española; el debate oral y público previsto en los códigos modernos carece de complejidades formales que no tengan su residencia en el aseguramiento de principios básicos; no obstante, la investigación preparatoria de esos códigos, aún escrita, muestra también, de la mano de la anulación de actos continuamente declarados por tribunales superiores de apelación, la situación histórica comentada.

tornar inejecutable una condena o disminuir la pena impuesta; inclusive, ellas podían ser más o menos generales de manera tal que extinguían ciertos delitos, a la manera de la amnistía moderna. Las había de muchos tipos, de los cuales sólo rescatamos las *lettres de révision* que ordenaban juzgar nuevamente un caso ya terminado, unas veces por haberse comprobado vicios formales, otras a causa de la injusticia material a que había arribado en forma evidente el primer procedimiento, antecesores así de nuestro moderno recurso —o acción— de revisión.

La Ordenanza reglaba también el procedimiento contumacial. La rebeldía conducía a la orden de detención del perseguido y al embargo de sus bienes. El perseguido era citado públicamente a comparecer, se colectaban las pruebas y, en fin, la sentencia declaraba al procedimiento contumacial bien instruido y, si procedía, dictaba la condena. Se llevaba a cabo una ejecución ficta —para la pena de muerte su realización en efigie, para las otras su publicidad en la plaza pública—, pero la sentencia obtenida era esencialmente revocable no bien comparecía el acusado y objetaba la decisión. No obstante, algunos efectos persistían: después de un año, el contumaz perdía su derecho a los frutos de los bienes confiscados; después de cinco años, las penas de multa, enmiendas y confiscaciones eran ejecutables para la parte civil bajo caución. La objeción del acusado que purgaba su rebeldía provoca el *règlement a l'extraordinaire*, con las reglas ya estudiadas. Empero, no se consideraba rebelde al imputado que fugaba después de su interrogatorio, y el proceso continuaba, a pesar de su ausencia, según las reglas comunes.

VII. La última de las notas que caracterizaba este sistema de enjuiciamiento es la *teoría de las pruebas legales*, sistema de valoración de los medios de prueba para arribar a una decisión sobre el hecho, consistente en la determinación legal de los elementos probatorios con los que se debía contar para estimar como cierto un hecho; la teoría representaba el reemplazo de la convicción personal (íntima) del juez —libre al apreciar el valor de los elementos de prueba incorporados durante el debate, que caracterizaba al antiguo sistema—, por la tiranía de la ley, que, en abstracto y por anticipado, sin relación con el caso concreto, determinaba su solución. El sistema exigía que el tribunal, para condenar, reuniera ciertos elementos de prueba que, así, condicionaban la condena; pero, por otra parte, es también claro que el juez, en ese caso, estaba obligado a pronunciar la condena, con prescindencia de su convicción personal. El oficio de juzgar varía, pues, en lugar de representar la reconstrucción del hecho el ejercicio de un método histórico-experiencial, se transformó, también en esta materia, en la aplicación de la ley, es decir, en el recurso a un método formal. También en este rubro la idea de la jurisdicción como poder delegado por el príncipe puede proporcionar la explicación política del método[101].

[101] FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, ps. 41 y siguientes.

Para comprender el funcionamiento de todo el sistema probatorio, es preciso relacionarlo con el desarrollo del procedimiento. La clásica distinción entre *inquisición general-inquisición especial* determinaba las metas a que iba dirigida la recepción de la prueba: constatar el *cuerpo del delito*, esto es, que se hubiera cometido un hecho punible, y verificar si el *imputado era autor o partícipe en él*.

Con relación a estas dos tareas propuestas, los medios de prueba conocidos eran: *comprobaciones directas* (*procès verbaux*) del juez sobre los rastros materiales que el hecho punible hubiera dejado (inspección de lugares, cosas y personas); el *testimonio*, principal medio de prueba en materia criminal; la *confesión* o prueba oral; los *escritos* o prueba instrumental y las *presunciones* o *indicios*, prueba conjetural.

La *teoría del cuerpo del delito* exigía que el juez constatara personalmente los rastros materiales que el hecho punible hubiera dejado, incluso asesorado por expertos (médicos, cirujanos etc.), dejando constancia en acta, con pulcritud, de todas las huellas verificadas (descripción de lugares, cosas y personas). Tal constatación era la base de la inquisición general y el presupuesto del procedimiento posterior[102]. Pero el hecho de que no todos los delitos tuvieran un resultado material apreciable o, con otras palabras, dejaran rastros materiales inequívocos de su comisión, condujo a la distinción entre los *delicta facti permanentis* (por ej., el homicidio, las lesiones corporales, el robo o hurto con efracción, el incendio), cuya comisión producía un cambio apreciable en el mundo, verificable directamente, y los *delicta facti transeuntis* (por ej., las injurias orales o los delitos sin resultado, de peligro), cuya comisión no transformaba el mundo exterior y, por ende, no dejaba rastros materiales en él. En estas últimas infracciones, la comprobación del cuerpo del delito debió acudir a los medios de prueba normales para verificar la participación del imputado (el testimonio, los instrumentos, los indicios) y, de hecho, no pudo ser separada de la prueba sobre la culpabilidad. El tiempo iba a demostrar el error de la distinción y del método, pues también en los delitos de resultado material, tal resultado puede ocultarse totalmente para la reconstrucción directa posterior[103].

Así arribaba la teoría de las pruebas a su culminación: fijar las condiciones para poder tener al imputado como autor del hecho o partícipe en él. Se distinguía entre *prueba completa*, exigida para condenar a pena capital, de *indicios próximos* o *semiplena prueba*, que no habilitaba la condenación a pena capital, pero permitía condenar a penas aflictivas, infamantes o a multa, y de *indicios remotos*, que conducían, normalmente, al reenvío para *plus amplement informé*, pero permitían, también, condenar a multa.

La *prueba completa* se lograba a través de dos testigos oculares que declararan, concordantemente, acerca del mismo hecho (regía el principio: *testis unus, testis nullus*); pero los testimonios utilizables para cumplir con esta exigencia externa, debían superar, primero, las condiciones internas para su utilización en este cóm-

[102] Compárese la supervivencia de estas reglas en el CPCrim. nacional (1889), 207 y siguientes.

[103] Acerca de un caso real, sucedido en la ciudad de Buenos Aires y regido por las reglas perimidas culturalmente que contenía el CPCrim. nacional (1889), puede apreciarse la discusión teórica y práctica en Díaz, *El cuerpo del delito*, caps. 6º y 7º, ps. 93 y siguientes.

puto; lo que equivalía a sostenerlos como *irreprochables* (intachables). Eran reprochables por sus contradicciones en la confrontación, por la edad, por la infamia de una condena anterior, por amistad o enemistad, por parentesco, por debilidad de su raciocinio en virtud de la edad, etc. También a través de la prueba escrita, rara en materia criminal, se arribaba a la prueba completa, si era precisa acerca del hecho y la participación del imputado, y permitía el juicio que certificaba su autenticidad. Las presunciones o indicios conducían a la prueba completa si observaban una serie de condiciones: el hecho del que derivaban debía estar probado por prueba completa (por dos testigos, por escrito), ser varios y conducir directamente a la misma conclusión, estar probado materialmente el cuerpo del delito. La confesión del acusado, siempre que estuviera probado el cuerpo del delito y coincidiera con sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, conducía también a la prueba completa sobre su culpabilidad, para lo cual debía observar los requisitos de validez (condiciones internas) impuestos por la ley (por ej., ratificación sin coerción después de la confesión bajo tortura)[104].

Puede observarse que la tortura, bien que derivada políticamente del fin absoluto de averiguar la verdad como meta del procedimiento penal, emanaba también directamente del sistema de valoración probatorio instituido, pues las exigencias para reunir una prueba completa tornaron prácticamente necesaria, en casi todos los casos, para arribar a una condena, la confesión del imputado. De allí que, verificado un hecho punible y de existir indicios que fundaran la sospecha sobre él (prueba semiplena), el camino indicado era su propia confesión voluntaria o su sometimiento a los tormentos.

7. Italia[105]

I. Dejar al Derecho italiano para el final de la exposición sobre la introducción del sistema inquisitivo en Europa continental puede parecer, justamente, arbitrario, no bien se repara que allí se conservó el Derecho romano imperial a través de sus brillantes jurisconsultos, glosadores y posglosadores, y de sus academias de Derecho[106], a la vez que, por esa misma razón, el Derecho canónico, cuna del sistema inquisitivo, tuvo allí también su nacimiento, desarrollo y transforma-

[104] Una serie de estas reglas sobrevivieron en el anacrónico CPCrim. nacional (1889), 316 y 321, 358, por ejemplo.

[105] Cf. MANZINI, *Tratado*, t. I, nº 5 *ter* y ss., ps. 14 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, Primera parte, cap. III, nº 4, ps. 102 y ss.; ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Deuxieme partie, cap. IV, I, ps. 285 y siguientes.

[106] Una lista de los principales glosadores y postglosadores con influencia en el Derecho procesal penal, sus obras y las universidades en que cumplieron su tarea puede verse en MANZINI, *Tratado*, t. I, nº 5 *ter*, ps. 14 y siguientes.

ción, y sus principales expositores (canonistas), y se expandió desde allí al continente europeo. Por lo demás, Italia también sufrió la invasión bárbara y, por ende, con la dominación de los lombardos, conoció y aplicó el Derecho germano con sus instituciones principales (la composición, la acusación privada, el debate oral y público, el juramento redentor y los conjuradores, los juicios de Dios u ordalías, el combate judicial o duelo), Derecho extranjero que interpretó según el esquema más desarrollado del Derecho romano y frente al cual, precisamente, la Inquisición constituye, a la vez, la reacción de un Derecho más culto y civilizado, y un verdadero triunfo cultural de los vencidos por las armas sobre sus vencedores, a quienes, como ya se vio, terminó imponiéndoles sus propias instituciones jurídicas.

Sin embargo, conforme al plan de la obra, tal situación también obedece al diferente desarrollo político de lo que hoy conocemos como nación italiana, que, a contrario de aquello que sucedía con el resto de Europa, donde comenzaban a nacer por esta época los Estados nacionales y se consolidaba como sistema político inherente a ellos la monarquía absoluta, presentaba un cuadro de disgregación tal —las llamadas "libertades municipales"— dividida en pequeños estados-ciudades, gobernados por reyes o príncipes, tiranos absolutos, en lucha entre ellos, que no permite ubicar una ley suficientemente universal y de trascendencia histórica cuya descripción pueda formar la base de este estudio.

Quizás es también por ello que la Inquisición italiana —o mejor dicho, las diversas maneras de proceder según este sistema en las ciudades italianas— no alcanzó nunca el rigor que la caracterizó en España, Alemania y Francia, a pesar de que los juristas italianos fueron los precursores y los expositores jurídico-científicos de los principales institutos que incorporó ese método de persecución penal (la competencia determinada por el lugar del hecho, el procedimiento escrito y secreto, la persecución *ex officio*, el sistema de pruebas legales, las presunciones, el valor de la confesión, la tortura), acerca de los cuales la bibliografía italiana de la época es bastante más abundante y desarrollada que la de las demás naciones.

De allí también que la exposición que seguirá, para presentar las características de la Inquisición en Italia, sea sólo una síntesis genérica de las principales notas que la definieron.

II. Aunque los principios de la *organización judicial* de la época —la superación de la justicia señorial o feudal por la organización jerárquica del soberano, la delegación del poder de juzgar, el lugar del hecho como determinante de la competencia territorial— tuvieron su punto

de partida en Italia, el estudio particular de los diversos tribunales carece de interés por la inexistencia de un poder político central, de carácter nacional. Los estatutos de las diversas ciudades determinaban, a la vez, los oficios judiciales y su competencia.

En una primera época (siglo XII), después de su independencia del Sacro Imperio romano-germánico, la jurisdicción penal laica era ejercida por los cónsules, a cuyo alrededor se formaba un colegio de jueces y de consejeros asistentes (*sapientes*), para luego dar paso al *podestá*, oficial único auxiliado por su séquito (*familiares*), dependientes del municipio. Hacia el siglo XIII, el gobierno monárquico de las ciudades se había expandido y el absolutismo concentraba todos los poderes soberanos en el príncipe; aunque permanecieron el *podestá* y sus consejeros, ellos eran verdaderos delegados del príncipe, en quien residía el poder de juzgar.

Al lado de esta jurisdicción penal laica (ordinaria), subsistió la justicia eclesiástica, incluso el tribunal de la Inquisición, que recibía su competencia de dos fuentes: un criterio material, que le atribuía competencia para los delitos vinculados con la fe religiosa (herejía, blasfemia, en ocasiones adulterio y bigamia), y otro personal, que le atribuía competencia para juzgar cualquier delito cometido por los miembros de la Iglesia (los clérigos). Sin embargo, de la misma manera que sucedió en el resto de Europa continental, los jueces eclesiásticos fueron cediendo atribuciones a favor de la justicia ordinaria, ya en forma de desaforar a los clérigos y remitirlos luego para su juzgamiento a los jueces laicos, o de evitar imponer penas corporales por los delitos relativos a la fe que juzgaban, remitiendo al reo al fuero secular para su juzgamiento y castigo[107].

Se impuso también, como criterio para determinar la competencia territorial, el lugar del hecho, con reglas precisas para solucionar los conflictos en los casos complejos y dudosos (delitos a distancia o cuya acción se llevaba a cabo en una jurisdicción y el resultado acaecía en otra).

III. En torno al *procedimiento* subsistieron dos tipos, el *acusatorio* y el *inquisitivo*, pero el primero terminó siendo, en la práctica, excepcional frente al segundo, que se impuso. El procedimiento acusatorio no representó, sino sólo por su nombre —derivado de la presencia de una acusación particular—, al antiguo proceso acusatorio con debate oral y público frente al tribunal; al contrario, predominó en él la escritura y careció de debate público.

Después de la acusación, escrita y bajo juramento de no afirmar una falsedad (*juramento de calumnia*), se citaba al acusado —en caso de no estar privado de libertad— para que contestara la acusación. Luego procedía la recepción de la prueba. Primero los testigos, que declaraban bajo juramento promisorio, en secreto —las partes podían, a lo sumo, presenciar el juramento— haciéndose constar en

[107] Es interesante conocer (cf. MANZINI, *Tratado*, t. I, p. 31), que Giordano BRUNO no fue condenado a la hoguera y ajusticiado de esa manera por la Santa Inquisición, sino entregado por ella al fuero secular romano, que pronunció esa condena y la ejecutó.

acta el contenido de las respuestas a preguntas presentadas por escrito por acusador o acusado, cerrándose el acta con la ratificación formal del testigo. La peritación médica era frecuente en los homicidios o delitos contra la honestidad; una clase especial de peritación, frecuente para el proceso civil y también usada en el acusatorio penal, era la jurídica, evacuada por doctos en Derecho. Con posterioridad a la recepción de la prueba, las actas quedaban expuestas a los intervinientes, quienes oían su lectura por el notario y eran admitidos a presentar sus conclusiones finales. La sentencia final versaba sobre la absolución o la condena.

Se puede notar que este procedimiento recibía su nombre sólo del hecho de que la persecución penal se llevaba a cabo *ad instantiam partis*, pues, a pesar del contradictorio que lo asemejaba al proceso civil, del cual provenía, no se caracterizaba por ninguna de las notas típicas del sistema acusatorio propiamente dicho.

Al lado de este procedimiento se permitió la persecución penal *ex officio* que abrió paso a la *Inquisición*. Tal forma de proceder estaba regulada, teóricamente, como extraordinaria o por excepción, para cuando se carecía de acusación particular, pero, en la práctica, fue desplazando al procedimiento acusatorio, hasta imponerse sin restricción. Sus caracteres principales fueron el secreto de sus actos y la escritura, apta para documentar el contenido de esos actos en protocolos; funcionalmente, es característica la división formal entre la *inquisición general*, para la verificación del hecho (cuerpo del delito) y la individualización del imputado, y la *inquisición especial*, iniciada a partir de la verificación del cuerpo del delito y el señalamiento del culpable o a partir del descubrimiento en flagrante, para la indagación acerca de la autoría.

La denuncia, incluso secreta (delación), abría el procedimiento[108]. Seguía a ella una información secreta que comprendía, incluso, el interrogatorio del imputado, quien, si no estaba preso, era citado hasta tres veces y, si no comparecía, se procedía en contumacia, sin su defensa, con la sola garantía del inquisidor que destacaba las circunstancias favorables a él. La recepción de la prueba seguía las reglas antes citadas para el proceso acusatorio, pero la contestación de la acusación no existía y asumía la forma del interrogatorio del acusado. Ese interrogatorio estaba reglamentado al extremo, confundiéndose las reglas que, humanitariamente, pretendían proteger al imputado, con aquellas que, con el fin de descubrir la verdad, obligaban al juez, por ejemplo, a cuidarse de no darle a conocer la imputación o interrogarlo con un rostro terrible, capaz de infundir temor, o a engañarlo, fingiendo conocer la verdad. El juramento, aún no admitido para el imputado, era utilizado en la práctica, aunque no condujera al perjurio.

La *tortura* estaba admitida y regulada y no tan solo para los imputados, sino también para testigos sospechosos de ocultar la verdad o reticentes. Ordinariamente se conocían tres grados para el tormento: el primero consistía en la ame-

[108] Se conocía como *bocas de la verdad* o *bocas de león*, los buzones instalados en lugares estratégicos para recibir información anónima; cf. MANZINI, *Tratado*, t. I, nº 7, I, p. 55.

naza de utilizarlo, que comprendía la exhibición de los instrumentos y los preparativos para usarlos (por ej., en la tortura de la soga, el proceder a las ataduras); el segundo grado consistía en la primera aplicación del tormento (elevarlo y tenerlo colgado); el tercer grado implicaba una agravación de su aplicación (sacudirlo bastante hasta que los brazos y huesos se desencajaran). Incluso se podía repetir la tortura hasta tres veces, en días distintos. La resistencia al tormento era muchas veces explicada mágicamente, por intervención del demonio, razón por la cual, en esos casos eran empleados también ritos mágicos para impedirlo, tales como esparcirle agua bendita, cortarle el cabello o la barba, lavarlo con agua caliente y otros exorcismos religiosos.

Terminada la información seguía la *legitimación*, suerte de procedimiento para tornar solemnes los actos cumplidos, que, según los casos, procedía por cinco modos: repetición o ratificación solemne, confrontación de testigos o de testigos e imputados, declaración nueva, confesión verdadera y confesión ficta.

Después de la legitimación se procedía, como en el sistema acusatorio, a hacer público el contenido de las actas e, incluso, a designarle al imputado, tardíamente, un defensor cuando ya todo quedaba listo para el juicio, salvo el caso de sobreseimiento del proceso por verificación de la inocencia.

La *sentencia* versaba sobre la condena o la absolución. La condena impedía una nueva persecución posterior por el mismo hecho (*ne bis in idem*), salvo el caso de que el hecho objeto de ella produjera en el futuro consecuencias más graves (condena por lesiones y muerte posterior de la víctima). La absolución, en cambio, sólo impedía una persecución posterior cuando era libre; caso contrario, si se arribaba a ella por la insuficiencia de pruebas, o por purgar el reo con la resistencia a los tormentos los indicios en su contra, la absolución no era libre y permitía la nueva persecución, si nuevos indicios la tornaban posible o la requerían. La sentencia no era fundada, se dictaba por escrito y se notificaba al reo personalmente, por su lectura, en presencia de testigos o de un funcionario y el notario, según las leyes. Sólo la última etapa de la Inquisición agregó la obligación de motivar la sentencia (Nápoles, 1774); no debía pronunciarse el día domingo, bajo amenaza de su nulidad. La sentencia no reconocía limitación alguna fundada en su congruencia con el acto de imputación que daba comienzo al procedimiento.

En general puede decirse que la *apelación* era posible y que, cuando algunas leyes comunales no la establecían o, incluso, la negaban, los juristas se esforzaron por sostener su admisibilidad, al punto de consentir la querella de nulidad contra la sentencia o la acción de revocación. Ordinariamente, transcurridos diez días, quedaba ejecutoriada y se procedía a su ejecución.

Al lado de este procedimiento inquisitivo formal existió el *sumario*, para casos en los que la culpabilidad aparecía como evidente (en flagrante) o, según algunos estatutos, para crímenes gravísimos, de lesa majestad o herejías, y hasta para todos los delitos, según otros. En este procedimiento, sin defensa alguna, se dictaba sentencia después de la información y aun sin interrogar al acusado. En esos casos se autorizaba a proceder *ex abrupto*. La lentitud de los procedimientos y la generalización de las autorizaciones para proceder *ex abrupto* condujeron a una inquisición sumarísima, de tipo marcial —como en los tribunales de guerra—, que no tenía forma alguna de juicio y se asemejaba a una ejecución directa.

Aparte de la tortura, la situación del imputado era intolerable. Su representación por un procurador o defensor estaba prohibida cuando la pena amenazada era la privación de libertad o una más grave. El *encarcelamiento preventivo* no estaba sometido a reglas y dependía del arbitrio del juez, quien lo imponía según la

calidad de la persona y la gravedad del delito. Los delitos descubiertos en flagrante o *cuasi* flagrante (persecución inmediata por la víctima o el clamor público) determinaban el encarcelamiento preventivo obligatorio. Quizá la única regla fija consistía en la necesidad de tener verificado el cuerpo del delito para proceder a someter a prisión al reo, regla cuya inobservancia conducía, incluso, a la ineficacia de todo el procedimiento, también de la sentencia. Existían reglas protectoras del recluido en prisión, pero, en la práctica, la corrupción de los carceleros, autorizados a cobrarse los gastos de mantenimiento de los detenidos, generó costumbres intolerables. Se conoció la *libertad bajo caución*, incluso, para los pobres, la simple caución juratoria. El fiador tenía la obligación de entregar al reo y la de responder por las penas pecuniarias.

IV. Si bien, como observamos, las ciudades italianas conocieron y desarrollaron la persecución penal pública, ella se limitó a autorizar el procedimiento de oficio (*per inquisitionem*), por propia iniciativa de los magistrados encargados de investigar y juzgar los crímenes. El ministerio público, como institución encargada de la persecución penal y con iniciativa en la promoción de la acción penal, no se desarrolló como en Francia.

Existieron, sin embargo, algunos funcionarios encargados por los jueces de denunciar los delitos de los que tenían noticia, pero esta especie de *denunciadores públicos* no puede ser confundida con la organización del ministerio público, al estilo francés.

Rasgos de un ministerio público como titular de la persecución penal pueden ser hallados en el *procurator fiscalis*, detectado en el siglo XVI, sobre todo en Roma, Milán y Nápoles, cuyo antepasado histórico más próximo se remonta hasta la magistratura de *l'avoueri*, desarrollada en Venecia durante el siglo XIII, con funciones propias aproximadas a aquello que conocemos como ministerio público.

8. La Inquisición en América[109]

I. Éste es el verdadero punto de partida del estudio histórico del Derecho procesal penal hispano o latinoamericano, pues la legislación indígena anterior a la conquista y colonización hispánica, no influyó mayormente en los sistemas de enjuiciamiento penal que se impusieron en esta parte del mundo. La conquista y colonización his-

109 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, Primera parte, cap. V, nº 1, ps. 157 y ss.; OTS CAPDEQUÍ, *Manual*, t. I, IV, nº 1, ps. 87 y ss., y t. II, V, D y E, ps. 102 y ss.; *Historia del Derecho español en América*, en especial, Parte 1ª, II, III y IV, I, ps. 27 y ss., Parte 2ª, II, III y IV, B, ps. 91 y ss.; LEVENE, *Historia del Derecho argentino*, t. I, caps. VIII y IX, ps. 191 y ss., XII a XV, ps. 267 y ss.; t. II, caps. IV a VI, ps. 86 y ss.; BUNGE, *Historia del Derecho argentino*, t. II, caps. IX a XVIII, ps. 64 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 135 y ss., ps. 185 y ss.; ÁVILA MARTEL, *Esquema del Derecho penal indiano*; IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina*, cap. I, ps. 1 y ss.; MARILUZ URQUIJO, *La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del Virreynato*, t. II; ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina*, 4ª ed.; LEVAGGI, *Manual de historia del Derecho argentino (castellano-indiano/nacional)*, t. I, ps. 23 y siguientes.

pánicas en América fueron, al fin y al cabo —cualquiera que sea el juicio político sobre ellas—, la más clara representación significativa de esas palabras: la imposición física y cultural de un pueblo sobre otro, de una cultura sobre otra. Étnicamente, sobre todo en nuestro país, los indígenas sólo subsisten en grupos absolutamente minoritarios y, culturalmente, la civilización indígena perdura como realidad actual en muy pequeñas proporciones, muchas veces ya desnaturalizada, y sólo alcanza al orden jurídico oficial por excepción. Precisamente, esta afirmación constituye el pecado mortal que se atribuye a la conquista y colonización española, cuya influencia llega hasta nuestros días y que, en ocasiones, desemboca en la imputación de *genocidio*, también atribuible a las organizaciones nacionales posteriores, durante el siglo XIX, como sucede parcialmente entre nosotros.

Nuestro país tiene, así, hasta la actualidad, un Derecho de *recepción*, nos agrade o nos disguste, y ello no debe asombrar, pues los fenómenos indicados y el asentamiento masivo de poblaciones europeas en América constituyen hechos reales y palpables. Como en la época de la conquista y colonización el sistema de persecución penal imperante en Castilla, y luego en España, era la Inquisición, éste es, por cierto, el hito inicial a partir del cual se torna comprensible el desarrollo histórico del Derecho procesal penal hispanoamericano hasta nuestros días.

Si se quisiera resumir de algún modo el Derecho aplicable en materia procesal penal en América hispana hasta los movimientos emancipadores, y aun algún tiempo después de ellos, se debería atender a dos notas principales: sólo el Derecho relativo a la organización judicial tuvo autonomía propia como Derecho colonial o indiano, tal que merezca un estudio particularizado respecto del vigente en Castilla y España; mientras el Derecho relativo al procedimiento penal residió, casi con exclusividad, en *Las Partidas*, cuerpo de leyes que, pese a su vigencia supletoria, dominaba el panorama cultural y legislativo de la época.

II. En el ámbito de la *organización judicial*, conviene, antes de conocer los organismos judiciales creados para las colonias americanas, entender los principios que la gobernaban. Salvo los tribunales eclesiásticos, que en América también ejercieron jurisdicción[110], la admi-

[110] También en América hispana se instituyó el *Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición* y otros tribunales eclesiásticos, ocupados en conservar la fe y en castigar las faltas contra ella; cf. Levene, *Historia del Derecho argentino*, t. II, cap. V, II, ps. 116 y ss.; Ots Capdequi, *Historia del Derecho español en América*, ps. 165 y siguientes.

nistración de justicia era una atribución real; aun cuando el rey cumplía esa tarea excepcionalmente, todos los tribunales eran emanación de su poder y, conforme a ello, conservaba la facultad de asumir la función originariamente; la jurisdicción penal era, sin duda, un atributo de la soberanía y, según la organización política de la época, la soberanía residía en el monarca de modo indivisible y absoluto. La misma idea política del Estado conducía a la inseparabilidad de las funciones de gobernar (administrar), legislar y administrar justicia, razón por la cual, aunque aquí los órganos sean citados fundamentalmente por su función de administrar justicia, como tribunales, también cumplían otras funciones políticas. La misma organización del Estado conducía también a una organización judicial jerárquica, pues el poder se delegaba por estamentos, hasta llegar a los funcionarios inferiores. Aunque algunas frases declamatorias contenían la expresión de deseos de que los jueces se ocupasen personalmente de instruir las causas graves (inmediación), lo cierto es que para esta idea de la organización política y judicial, según ya lo hemos visto, resultaba consustancial la *delegación* de funciones y la *devolución* de la jurisdicción a aquél de quien emanaba, incluso originariamente, razón por la cual el sistema de recursos contra las decisiones tuvo amplia acogida en la legislación, hasta tolerar una tercera y hasta una cuarta instancia (segunda suplicación, injusticia notoria); en materia penal, sin embargo, no parece que se hubiera admitido más de dos instancias, salvo por excepción.

Después de la Recopilación de Indias (1680)[111], los organismos judiciales que, al lado de sus tareas administrativas y legislativas ejercieron jurisdicción en América, pueden ser sintetizados como sigue (únicamente los tribunales ordinarios, sin alusión a los especiales: jurisdicción eclesiástica, comisiones especiales, tribunales militares, etc.). Los dos primeros que mencionaremos tenían su sede en España; los demás en América.

A la cabeza de la organización, después del monarca, estaba el *Consejo Supremo de Indias* (creado en 1511 y subsistente hasta 1812), consejo asesor del mismo rey para los asuntos americanos, compuesto por varios ministros (catorce al final), un fiscal y un canciller. En lo judicial cumplía funciones de tribunal de última instancia (segunda suplicación), por recurso contra los fallos de las audiencias en grado

[111] Cf. Altamira y Crevea, *Estudios sobre las fuentes de conocimiento del Derecho indiano. Análisis de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680*, t. II.

de apelación, aun cuando, según se observó, la tercera instancia no parece haber procedido, sino por excepción, en las causas criminales. Pero sí intervenía en segunda instancia cuando creaba comisiones especiales, pues él mismo efectuaba la delegación, e, incluso, conocía originariamente en los juicios de residencia y en las visitas e inspecciones a funcionarios del Nuevo Mundo.

En segundo lugar se ubicaba la *Casa de Contratación de Sevilla* (creada en 1503 pero con facultades jurisdiccionales desde 1511), organismo que, por su naturaleza; sólo conocía en las causas (también penales) relacionadas con el comercio y la navegación, razón por la cual puede considerarse como un tribunal con competencia especial. En materia penal, conoció de los delitos cometidos en alta mar, en el viaje de ida y regreso a América, y en aquellos instituidos por sus propias ordenanzas de navegación y comerciales. Sus decisiones, cuando imponían penas de muerte o corporales, eran revisables por el Consejo Supremo de Indias. Promediando el siglo XVI se formó en ella una Sala de Justicia con dos (luego tres) oidores (jueces letrados) y contaba con un Promotor Fiscal. Su sede, como su nombre lo indica, fue la ciudad de Sevilla, hasta que en 1722, próxima su extinción (1790), se la trasladó a Cádiz.

Las *Reales Audiencias de Indias*, creadas a semejanza de las Reales Audiencias y Chancillerías de España, fueron, propiamente, los órganos jurisdiccionales de América. Aun predominando sus funciones judiciales como en la metrópoli, las americanas se distinguieron de aquéllas por el desarrollo de sus funciones de gobierno. Existieron, según su importancia, tres clases: las *virreinales*, establecidas en la capital del Virreinato y que presidía el Virrey, las *pretoriales*, con sede en la ciudad capital de una Capitanía General y cuyo presidente era el gobernador o el capitán general, y las *subordinadas*, de menor importancia y que dependían de aquéllas. Estaban integradas por un número no determinado de oidores (jueces letrados) y, a su lado, existían fiscales y un gran número de funcionarios menores (canciller, alguacil mayor, capellán, escribanos, relatores, agentes fiscales, etc.). Los jueces letrados se dividían entre los oidores propiamente dichos, magistrados judiciales en lo civil y los *Alcaldes del crimen*, que ejercían la jurisdicción penal[112]. Tenían competencia originaria en los lla-

[112] Cf. Ots Capdequí, *Manual*, t. I, p. 84; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 166.

mados *Casos de Corte* (falsificación de moneda, incendio, homicidio, violación, tregua y camino quebrantados) y en las causas criminales por hechos sucedidos en la ciudad de su residencia, pero eran, fundamentalmente, tribunales de apelación que decidían los recursos interpuestos contra las resoluciones de los gobernadores, alcaldes mayores y justicias inferiores. Las audiencias pudieron designar también comisiones especiales, particularmente, *pesquisadores* o *jueces en comisión*, con el encargo de instruir asuntos graves, superando la competencia territorial en la cual ejercían competencia originaria.

En nuestro territorio nacional funcionaron la *Audiencia de Charcas* y la *Audiencia de Buenos Aires*. La primera gobernó la administración de justicia en lo que hoy es nuestro país y el Paraguay hasta la creación de la segunda en 1661. Esta última se instaló en 1663 pero fue suprimida en 1671; se estableció nuevamente en 1783 y funcionó hasta 1812; puede ser considerada como el comienzo de nuestra organización judicial. Contaba con su presidente, tres oidores, un fiscal y funcionarios menores.

También tuvieron jurisdicción penal los *gobernadores* o *capitanes generales* (frecuentemente el gobernador era capitán general, reuniendo así el poder civil y el militar), los *corregidores* y los *alcaldes mayores*; estos últimos cumplían funciones análogas a las de aquéllos pero en una jurisdicción territorial menor. Eran la máxima autoridad judicial de su territorio, en materia penal, a menos que en él residiera una Audiencia, y les competía conocer sobre la apelación de las decisiones de los alcaldes ordinarios.

Los *alcaldes ordinarios* eran, propiamente, los jueces de primera instancia, también en materia penal; conocían en todos los casos sobre los que no debía conocer, originariamente, otro organismo. El cargo recaía en buenos vecinos, que duraban un año en sus funciones, pero podían ser reelegidos. Los alcaldes ordinarios integraban, junto a los regidores, los cabildos, y a los cabildos les competía la elección de los alcaldes, de modo que los salientes intervenían en la elección de sus reemplazantes, quienes debían ser confirmados por el Virrey, gobernador o corregidores, según los casos.

Si bien es cierto que no se discute la competencia de apelación de los *cabildos* para revisar las decisiones de las justicias ordinarias en primera instancia hasta un cierto grado de importancia, después del cual los fallos eran revisados por órganos jurisdiccionales superiores, conforme ya lo hemos visto, no hemos encontrado afirmaciones concretas de que ellos ejercieran la jurisdicción penal.

La *Santa Hermandad* también repercutió en América, donde fueron creados los *alcaldes de Hermandad*, encargados de averiguar y reprimir los delitos en las zonas despobladas.

III. En torno al *procedimiento penal*, no existe la menor duda de que la aplicación de *Las Partidas* alcanzó amplia difusión y ese código rigió el enjuiciamiento penal de la época colonial y determinando así el procedimiento común. Ello emerge con claridad del *orden de prelación de las leyes* que las diversas recopilaciones ordenaron. La *Recopilación de Indias* (1680) mandó aplicar, en todo aquello que no estuviera previsto por la misma Recopilación, cédulas reales, provisiones u ordenanzas especiales, el derecho castellano conforme a la ley de Toro (1505); la primera ley sancionada en la ciudad de Toro por las Cortes allí reunidas —que a ella se refiere la Recopilación—, remitía al *Ordenamiento de Alcalá de Henares* (1348), cuyo orden de prelación de las fuentes jurídicas vigentes fue el siguiente: 1) El *Ordenamiento de Alcalá*; 2) los *fueros municipales*; 3) el *Fuero Real*, con la condición de que se probara su uso; 4) *las Partidas*. Con posterioridad, la *Nueva Recopilación de Castilla* (1567) y la *Novísima Recopilación de las leyes de España* (1805) repitieron las fuentes y su orden[113]. Se comprende que ni los fueros municipales, ni el Fuero Real —ya de problemática vigencia en España— pudieron tener vigencia en América, pues su validez jurídica estaba condicionada a la validez de su propia vigencia en las ciudades castellanas y ello, por supuesto, no podía suceder en América. De allí que *Las Siete Partidas*, aunque mencionadas en último término como legislación supletoria, fueron el cuerpo de leyes que rigió como Derecho común en el Nuevo Mundo[114].

Las Partidas y el sistema de enjuiciamiento penal que imponían han sido ya objeto de nuestro estudio (§ 5, D, nº 4), de modo tal que basta sólo recordar sus características principales. Ellas introdujeron en América el procedimiento inquisitivo, permitieron así la persecución penal de oficio y la convirtieron en una pesquisa oficial escrita y secreta, que admitía también la tortura[115] para descubrir la verdad y tornaba apelables los fallos en el orden jerárquico establecido para los tribunales creados[116].

[113] Existe la opinión fundada de que la Novísima Recopilación no llegó a aplicarse en el Virreinato del Río de La Plata, porque no fue comunicada a la Audiencia, pero ello no cambia las cosas de ninguna manera; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 159, nota nº 7 al pie, agrega la bibliografía que sostiene esa opinión.

[114] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, p. 161; OTS CAPDEQUÍ, *Manual*, t. I, ps. 99 y 104; IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina*, p. 33.

[115] Un testimonio de la aplicación del "potro" y del procedimiento de oficio en LEVENE, *Historia del Derecho argentino*, t. III, ps. 9 y siguientes.

[116] MARILUZ URQUIJO, *La instrucción circular para el mejor y más breve despacho de la formación de las causas criminales (1788) proyectada por el regente Benito de la Mata Li-*

E. LA REFORMA DEL SISTEMA INQUISITIVO

1. El Iluminismo y el Derecho Penal[117]

El siglo XVIII fue uno de aquellos en los cuales la renovación intelectual y cultural alcanza su cenit. La crítica al sistema de ideas que fundaba la organización social, la respuesta de quienes persistían en defenderlo, el espíritu crítico y renovador por doquier enfrentado al conservador, por cualquier motivo, en titánica lucha intelectual, conformaron un período brillante, en el cual la discusión principista, ideológica, alcanzó su cumbre y consumió todos los esfuerzos intelectuales de su tiempo. No habría, por ello, lugar para las realizaciones prácticas acabadas de esas ideas y principios, que, como veremos, pertenecieron al siglo siguiente.

Es claro que el Derecho penal, en sentido amplio, como factor superior del control social, no pudo quedar al margen de la polémica, pues al lado de las críticas a los principios de organización social y su réplica, él aparecía como el instrumento más efectivo para conservar el *ancien régime*, que contrariaba los nuevos principios humanitarios, e impedir el advenimiento de un nuevo orden social, cuyo centro no estaba representado por la organización y el poder, sino por el individuo y su dignidad. Fueron así los filósofos, los ideólogos, los que pusieron en tela de juicio todas las instituciones del Derecho penal y, dentro de ellas, muy especialmente, las del Derecho procesal penal, características de la ideología imperante[118]. Al contrario, los juristas,

---

nares, ps. 173 y ss.; BRICEÑO PEROZO, *Temas de historia colonial venezolana*, ps. 159 y ss.; LEVAGGI, *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires Manuel Genaro de Villota*, p. 236; DE ÁNGELIS, *Colección de obras y documentos relativos a la historia antigua y moderna de las Provincias del Río de la Plata (Documentos para la historia de la sublevación de José Gabriel de Tupac Amaru, cacique de la provincia de Tinta en el Perú)*, ps. 424 y ss.; TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, ps. 93 y siguientes.

117 Cf. TOMÁS Y VALIENTE, *Introducción*, ps. 9 y ss.; CABANELLAS, *Beccaria y su obra*, ps. 9 y ss.; SAINTE-BEUVE, *Montesquieu*, ps. 21 y ss.; D'ALEMBERT, *Análisis del espíritu de las leyes y elogio de Montesquieu*, p. 12; VOLTAIRE, *Comentario sobre el libro De los delitos y las penas*, ps. 155 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. I, Introducción, tít. II, cap. I, IV, ps. 211 y siguientes.

118 Sin embargo, Jean-Jacques ROUSSEAU, principal expositor de las nuevas ideas (*Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754 [versión castellana de Ángel Pumarega, *Discursos*]; *Le contrat social*, 1762 [versión castellana: *El contrato social o principios del Derecho político*, facsímil de la aparecida en Londres, 1799]), no se ocupa, sino incidentalmente, del sistema de persecución penal. Se rescata de él, en materia penal, su defensa del jurado inglés (*Correspondance* —1761— *Lettre a M. d'Offreville*, citado por ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 370), y, en materia penal, su fundamentación filosófica y jurídica de la pena (cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. I, p. 214).

apegados a la ley, representaron el espíritu conservador que defendió las instituciones jurídicas existentes.

I. Sin embargo, ya en el siglo XVIII habían surgido las primeras voces críticas en contra del sistema de persecución penal, indignadas por el instrumento más odioso que ella utilizó para cumplir sus fines: la tortura. A pesar de que el siglo no se puede caracterizar como hostil a la Inquisición, varios publicistas reaccionaron contra el horror de la aplicación del tormento a un ser humano, guiados todavía por el argumento práctico que explicaba a la tortura como el mejor método para someter a un inocente débil y salvar a un culpable fuerte.

Fue un magistrado, Agustín NICOLÁS, Presidente del Partido de Dijón, en una obra dedicada a la tortura, publicada en Amsterdam, en 1682, intitulada *Si la torture est un moyen sur a verifier les crimes secrets, dissertation morale et juridique, par laquelle il est amplement traité des abus, qui se commettent partout en l'instruction des procès criminels, et particulierement en la recherche du sortilège*, quien en Francia, a poco de sancionada la Ordenanza de 1670, levantó su voz erudita contra la tortura y las persecuciones de brujas, sin ser escuchado mayormente en su tiempo, pero reivindicado por los hombres del siglo XVIII, quienes lo citaban elogiosamente como pionero de la libertad y adalid de la tolerancia religiosa. Precisamente, él se dio cuenta de que la tortura no era más que una consecuencia inevitable del sistema de pruebas legales, para evitar absoluciones escandalosas, y, aunque no desarrolló en su libro otro sistema de convicción, dejó entrever el camino hacia la libre convicción. Conviene la traducción de un pasaje que, entre muchos otros, cita A. ESMEIN[119]: "Quienquiera que reflexione sobre la fuente y sobre los autores de la tortura, no podrá más que estar de acuerdo en que se trata de una invención del Diablo, sugerida a los paganos y a los tiranos para oprimir a una infinidad de gentes de bien".

Sobre finales del siglo el abate FLEURY, preceptor del Duque de BORGOÑA, señaló la necesidad de "reformar nuestro procedimiento criminal, extraído de la Inquisición; él tiende más a descubrir y punir a los culpables que a justificar a los inocentes"[120].

El jesuita Friedrich VON SPEE (1591-1635), en Alemania, escribió una obra, la *Cautio Criminalis*, publicada anónimamente en 1631, que, al mismo tiempo, demostró la irracionalidad de los procesos contra herejes y brujas y constituyó un alegato contra la tortura, más valioso aun si se considera su rica experiencia como confesor de procesados y su estrecho contacto con ellos; confiesa allí, incluso sin renegar de los procesos contra brujas, que en ningún caso pudo encontrar el más mínimo fundamento para afirmar la culpabilidad de un reo.

II. Fueron los filósofos prácticos del siglo XVIII, en especial MONTESQUIEU, BECCARIA y VOLTAIRE, quienes emprendieron decididamente el camino en pos de la reforma del enjuiciamiento penal.

[119] *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 352, nota al pie nº 3.

[120] Cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, cap. 10, ps. 548 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, nº 67, ps. 213 y siguientes.

Puede decirse en general que, a partir de la necesidad de imponer un sistema republicano de gobierno que reemplazara al absolutismo monárquico, y de la dignidad del ser humano, portador de valores individuales superiores en rango a la propia defensa social, se llegó a postular un nuevo sistema de enjuiciamiento penal, bajo la influencia de dos fuentes principales: el Derecho romano republicano y el Derecho practicado en Inglaterra, que, como lo advertimos, no sufrió el fenómeno de la recepción del Derecho romano-canónico, al final de la Edad Media. El nuevo modelo proponía, en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad de los debates, la libertad de la defensa y el juzgamiento por jurados[121]. Unido a estas formas del procedimiento y a la manera de integrar la organización judicial, se erigió el gran debate contra la tortura, como método para averiguar la verdad, y, algo menos explícito, la puja sobre el sistema de persecución penal que convenía a la nueva república, entre la acusación popular, sistema propuesto por los modelos republicanos griego y romano de la antigüedad (C, 1 y 2, *b*) y por el Derecho inglés, y la persecución pública (estatal), principio fundamental de la Inquisición. Todo alcanza su fundamento en la razón humana, fuente de todo Derecho (natural), y en un profundo sentimiento humanitario hacia el ser humano.

Montesquieu[122], como todos los publicistas de su época, trataba al Derecho penal (en sentido amplio) como una unidad política, comprensiva también del procedimiento penal. Es, por ello, difícil separar sus propuestas penales[123] de las propiamente procesales. Entre estas últimas se puede citar: la idea de que el procedimiento penal no es sólo un medio de lucha contra la delincuencia, sino, antes

[121] Se propuso también profundas modificaciones en el Derecho penal material, en especial, la supresión de ciertas penas y el sistema de penas fijas, reformas que aquí serán dejadas de lado: cf. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, nº 71, ps. 227 y siguiente.

[122] Carlos de Secondat, barón de la Bréde y de Montesquieu, nació el 18/1/1689 en el *chateau de la Bréde*, cerca de Burdeos, y murió en París el 10/2/1755; fue consejero del Parlamento de Burdeos desde 1714 y su Presidente desde 1716, abandonándolo en 1726 (cf. sobre su vida y obra el estudio de Sainte-Beuve, que, traducido al castellano, puede leerse en la publicación *Del espíritu de las leyes*, ps. 21 y ss.). Las obras que nos interesan, por sus referencias al Derecho penal son: *Lettres persanes* (Cartas persas), aparecida en 1721, y *De l'Esprit de Lois* (*Del espíritu de las leyes*), publicada en 1748, en especial, sus libros VI y XII.

[123] La prevención general, lograda más por la eficacia del procedimiento de persecución penal y la certeza sobre la aplicación de la pena que por el rigor de la sanción; el sistema de penas fijas; la cuidadosa definición de los delitos para la certeza del juicio, entre otras.

bien, representa la garantía de todas las libertades; la exigencia de un procedimiento regulado, de formas ciertas y fijas para los actos que lo integran; la necesidad de garantizar en él la libre defensa del imputado; el repudio a la tortura; su simpatía abierta por los tribunales populares, accidentales o transitorios, para decidir la cuestión de hecho, es decir, por el jurado inglés, o romano antiguo, cuya sola afirmación implica la necesidad del juicio oral y público; la afirmación de la necesidad de la certeza para condenar (*in dubio pro reo*), reflejada confusamente en la alabanza a la regla de prueba legal del procedimiento inquisitivo francés, que exigía por lo menos dos testigos para verificar un hecho en contra del imputado. Además, MONTESQUIEU se pronunció, a la vez en contra de la delación (denuncia anónima y, por tanto, irresponsable), por la institución típicamente francesa del ministerio público, como órgano de la persecución penal, elección que implicaba, aun sin declaración expresa, un apartamiento consciente del modelo romano-inglés de procedimiento (acusación popular), que ostensiblemente defendía, para aceptar la persecución penal pública.

BECCARIA[124], confeso discípulo intelectual de MONTESQUIEU (en su obra influyen sus amigos de juventud Pietro y Alessandro VERRI, intelectuales milaneses que no alcanzaron notoriedad y que reclamaron la paternidad de muchas de las ideas contenidas en ella), es quien, con una única obra, *Dei delitti e delle pene*, incluso de escasa extensión, abrió una nueva etapa en el Derecho penal y procesal penal y alcanza, por ello, fundada fama. El libro sometió a crítica todas las instituciones penales (materiales y procesales) de su tiempo y postuló su reforma total. Con abstracción de las propuestas en el Derecho penal material, sus ideas respecto del enjuiciamiento penal pueden ser resumidas así: aceptó el encarcelamiento preventivo, pero exigió que la ley requiera suficientes elementos que funden una probabilidad satisfactoria sobre la participación del imputado en un hecho punible, para que los jueces autoricen la medida; comprendió, a la letra, el encarcelamiento preventivo como una pena anticipada, pero requirió una neta separación entre acusados y convictos; tal separación se advierte mejor cuando funda "el derecho que cada hombre tiene a ser creído inocente" y la necesidad de la certeza sobre su culpabilidad para condenar (principio de inocencia, *in dubio pro reo*); favoreció el juicio por jueces accidentales (no profesionales) y legos, elegidos por sorteo y pasibles, hasta un cierto límite, de ser excluidos por el acusado cuando le resultaran sospechosos de parcialidad (juicio por jurados; recusación); abominó del secreto del juzgamiento definitivo y, en su lugar, reclamó la publicidad, que permite la libre defensa y la formación de una opinión pública que controla a los jueces y la forma de administrar justicia; si bien, al defender la certeza del juicio de condena, parece requerir, como MONTESQUIEU, más de un testigo para verificar un hecho, atacó el sistema de prueba legal; atacó las acusaciones secretas (dela-

[124] Cesare BONECASA o BONESANA, marqués DE BECCARIA, nació en Milán el 15/3/1735 ó 1738 y falleció también allí el 28/11/1793 o 1794; Milán era, por entonces, parte de la Lombardía austríaca, un ducado con cierta independencia que, a consecuencia de la paz de Utrecht (1714), era gobernado por los Habsburgo. *Dei delitti e delle pene*, su única obra importante, que le dio fama universal hasta valerle el discutido título de fundador de la ciencia penal moderna, se publica por primera vez en Livorno, en italiano, como obra anónima, en 1764. Cf. para su vida y obra, en español, *De los delitos y de las penas, Introducción* a cargo de Francisco TOMÁS Y VALIENTE, ps. 9 y ss.; y CABANELLAS, *Beccaria y su obra*, en *Tratado de los delitos y las penas*, ps. 9 y siguientes.

ción o denuncia anónima) y, con cita de MONTESQUIEU, exigió que cada uno sea responsable de lo que denuncia, para lo cual requirió la publicidad de su acusación; en este mismo pasaje, y con la misma indefinición de su fuente de inspiración, parece mencionar como conveniente a la república el sistema de acusación popular greco-romano o inglés, pero inmediatamente defendió la persecución penal pública ("es regla óptima el destinar comisarios que acusen en nombre público a los infractores de las leyes"); atacó el juramento de los imputados y afirmó su derecho a declarar libremente, mientras abominaba de la tortura como medio de coacción de quien aún no ha sido declarado culpable, capítulo de su libro (XII) que, a nuestro juicio, sobresale de los demás en la materia y contiene sus mayores aciertos ("Un hombre no puede ser llamado culpable antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la protección pública sino cuando se haya decidido que violó los pactos con los que aquella protección le fue acordada").

VOLTAIRE[125] fue, de los nombrados, quien se dedicó con más ahínco a los temas penales y a la crítica y la reforma del Derecho penal de su tiempo; fue también el verdadero crítico de la Ordenanza criminal francesa de 1670. Sus postulados procesales penales pueden ser resumidos así: criticó los procedimientos secretos y, en su lugar, defendió el juzgamiento por jurados en juicio oral y público; criticó la privación de la defensa técnica y, en su lugar, defendió la asistencia del imputado por un abogado; criticó el sistema de prueba legal y defendió el sistema de íntima convicción en la valoración de la prueba, propio del juicio por jurados; cri-

[125] François-Marie AROUET, llamado VOLTAIRE, nació en París en 1694 y murió en Suiza en 1778. Personalidad múltiple (filósofo, historiador, escritor, dramaturgo, jurista), cuyas obras completas comprenden setenta volúmenes, no se destaca por ideas originales, pero fue, sin duda, el gran luchador y revolucionario entre los intelectuales iluministas. Su lucha contra el absolutismo, la intolerancia religiosa y política, y la Inquisición, y su fe en la razón y en un orden jurídico racional, garantizador de la libertad individual y la justicia, le valieron una vida azarosa en la que conoció la cárcel, el tormento, la quema decretada de alguna de sus obras (*Cartas filosóficas sobre los ingleses* o *Cartas inglesas*) y el exilio prolongado (Inglaterra, Alemania, Suiza y en la misma Francia). Su vida y su obra, a pesar de no ser original en ideas, tienen el gran mérito de ser las verdaderas precursoras de la Revolución Francesa y, en materia penal, de uno de los cambios político-prácticos más profundos y radicales que produjo la civilización judeo-cristiana. En el aspecto práctico, su lucha en defensa del comerciante hugonote Jean CALAS, condenado a muerte injustamente por el asesinato de su hijo, no sólo culminó, después de tres años, con la revisión de la sentencia, circunstancia que le valió a VOLTAIRE el reconocimiento popular, cuando en el último año de su vida viajó a París y fue recibido por una multitud, sino que, además, le sirvió para afirmar la iniquidad del sistema de enjuiciamiento penal imperante, sintetizada en su célebre afirmación: "*Les formes en France ont été inventées pour perdre les innocents*". Contrasta, así, de manera absoluta, con BECCARIA, espíritu tímido, reservado y de vida conservadora, cuya única pequeña obra merecedora de difusión (*Dei delitti e delle pene*), que VOLTAIRE comentó y expandió por toda Francia, constituyó el fundamento intelectual para la reforma del sistema penal en Europa continental.

En nuestra materia, las obras principales de Voltaire son: *Comentaire sur le Traité des délits et des peines* (versión castellana: *Comentario sobre el libro De los delitos y las penas*, en *Tratado de los delitos y de las penas*, ps. 153 y ss.), publicada en 1766; *Relation de la mort du chevalier de la Barre*; *Memoires pour les Calas*; *La méprise d'Arras*; *Procès criminel du Monsieur Montbailly et de sa femme*; *Prix de la justice et de l'humanité*; *Traité de la tolerance* (1763).

ticó como irracional la tortura, consecuencia del sistema de prueba legal, y abogó por la libertad de defensa.

En Alemania, los precursores fueron Christian THOMASIUS y su discípulo BERNHARDI[126]; Johann-Anselm VON FEUERBACH fue, empero, el encargado de difundir el programa penal del Iluminismo y de introducir en la literatura jurídica los sistemas de enjuiciamiento inglés y el francés, ya reformado[127].

III. No sólo las grandes obras y los grandes pensadores pugnaban por la reforma. Durante la segunda mitad del siglo XVIII, las nuevas ideas habían ganado la conciencia pública de tal manera que incluso los jueces reclamaban un cambio[128], las sociedades literarias organizaban concursos públicos sobre temas relativos a la reforma del Derecho penal y procesal penal[129] y hasta el rey de Francia, LUIS XVI,

126 Fue el profesor Christian THOMASIUS (1655-1728) quien, a través de su obra *De crimine magiae* (1701), alegato contra los procesos de brujas, logró el comienzo del cambio; su discípulo BERNHARDI completó su obra con su disertación (tesis profesoral) acerca *De tortura e foris Christianorum prohibenda* (1705), alegato contra la tortura.

Tres días después del ingreso al gobierno de FEDERICO EL GRANDE, el 3 de junio de 1746, se abolió la tortura en Prusia como regla, salvo para los crímenes graves, y unos años después (1754-1756) la abolición es absoluta, aun para los crímenes graves. FEDERICO EL GRANDE fue, entre otros, benefactor de VOLTAIRE, quien, bajo su amparo, se refugió en Berlín tres años. La abolición de la tortura física, sin embargo, no transformó el sistema de enjuiciamiento, que siguió ligado a las viejas formas y empleando el arte de la tortura moral y de los interrogatorios dirigidos a lograr la confesión.

127 Johann-Anselm VON FEUERBACH (1775-1833) fue profesor de filosofía del Derecho y Derecho penal. Entre sus obras sobre la materia sobresalen, relacionadas con la reforma del enjuiciamiento penal, sus opúsculos: *Ueber die Notwendigkeit der Aufhebung der Tortur in Bayern* (Sobre la necesidad de la eliminación de la tortura en Baviera), del año 1804; y *Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege* (Publicidad y oralidad de la administración de justicia), del año 1821. Inmediatamente después de su ingreso al Ministerio de Justicia bávaro se abolió la tortura en ese Estado alemán, el 7/7/1806.

128 El magistrado francés SERVAN, pronunció en 1766, un discurso famoso que combatía la detención preventiva, la tortura, los interrogatorios capciosos y la teoría de las pruebas legales, y demandaba la reforma de la Ordenanza de 1670, con apelación al espíritu de humanidad de todo hombre, de moderación de todo juez y caritativo de todo cristiano. A pesar de la resistencia de muchos jueces, la reforma se afirmaba en los *Discours de rentrée de Cours*; Cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 388.

129 La reforma criminal se transformó en una moda intelectual. La sociedad económica de Berna, en 1777, citó a concurso con un premio de 1.200 francos para el mejor trabajo sobre el tema. VOLTAIRE, enterado del certamen y de su programa, remitió 50 francos de más para el premio y escribió él mismo *Prix de la justice et de l'humanité*; de este concurso emergió el *Plan de legislación criminal* de MARAT, que comprendía al procedimiento penal; cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. I, nº 70, ps. 224 y siguientes.

produjo una declaración (24/8/1780) por la que, sin abolir la tortura, la explicaba como un medio injusto de probar delitos (*question preparatoire*), aunque la admitía como necesaria para obtener la revelación de los cómplices (*question préalable*)[130].

2. Las leyes procesales penales de la Revolución Francesa[131]

I. En la antesala de su derrocamiento (1788) y cuando por última vez la monarquía (Luis XVI) ejerció su poder de legislación penal, vino a reconocer la necesidad de someter a una profunda revisión y reforma al sistema de la Ordenanza francesa de 1670, de conformidad con la protesta y decisión popular, por ese entonces evidente. Algunos cambios fueron introducidos inmediatamente: se confirmó la abolición de la tortura para obtener la confesión (*question preparatoire*), se abolió la tortura para descubrir a los cómplices (*question préalable*), se obligó a motivar las sentencias, se estableció una mayoría de tres votos para imponer la pena de muerte y se acordó a los acusados absueltos una reparación de su honor, consistente en la publicación de la sentencia.

Al mismo tiempo, se llamó a todos los espíritus selectos de Francia a colaborar con la reforma, por remisión de sus memorias que serían sometidas a la convocatoria de los Estados Generales, prácticamente una asamblea constituyente. Con estas contribuciones se formaron los llamados *Cahiers*, fieles termómetros de la opinión pública de su época. El punto al que se había arribado en materia político-criminal quedó demostrado por sus postulaciones sobre el enjuiciamiento pe-

---

La Academia de Chalous-sur-Marne, en 1780, abrió otro concurso sobre el tema: *De los medios para suavizar el rigor de las leyes penales en Francia*. Fueron premiados dos trabajos que contenían todos los principios que ingresarían al enjuiciamiento penal en 1789: la publicidad del procedimiento, la supresión de la tortura y del juramento de los acusados, la libertad de defensa, el juicio por jurados y el sistema de íntima convicción en la valoración probatoria.

En los años que precedieron a la Revolución Francesa se multiplicaron las publicaciones de alegatos en defensa de reos condenados injustamente. Cf. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, ps. 388 y siguientes.

[130] Cf. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 386.

[131] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. IV, nº 2 y 3, ps. 135 y ss.; Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Troixieme partie, Titre premier, ps. 399 y ss.; Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. I, Lib. 1º, cap. 20, ps. 435 y ss.; con referencia a la tortura, Rivacoba y Rivacoba, *Crisis y pervivencia de la tortura*, ps. 165 y siguientes.

nal: publicidad del juicio, implantación del juicio oral ante un tribunal de jurados como el que regía en Inglaterra, igualdad de atribuciones entre la acusación y la defensa, asistencia técnica garantizada al imputado desde el primer momento del procedimiento y libertad de defensa, restricción de los poderes del juez de instrucción, abolición total de la tortura y el juramento de los acusados, obligación de interrogarlo a las 24 horas cuando estuviera privado de su libertad y posibilidad de citar prueba a su favor, posibilidad de ser liberado bajo caución; desde el punto de vista de la organización judicial se solicitó la supresión de las comisiones especiales y la abolición de la competencia de la justicia eclesiástica en materia penal, al tiempo que se postuló la organización de la administración de justicia por jurados, según ya se advirtió; la teoría de la *justice retenue*, que remitía al rey todo el poder de realización penal, debía desaparecer, y admitirse sólo la gracia, ejercida con posterioridad al juzgamiento.

II. Así se arribó a la Revolución en Francia. El 8-9/10/1789 la Asamblea constituyente produjo la primer reforma del enjuiciamiento penal. La ley, sin embargo, conservó el procedimiento escrito reglado por la Ordenanza de 1670, pero introdujo las siguientes modificaciones principales, tendientes a asegurar la posición del imputado: mientras el procedimiento de información se mantuviera en secreto, el juez debía ser asistido por dos ciudadanos nombrados por las municipalidades o comunidades de habitantes; el decreto de *prise de corps* o *d'ajournemment personnel*, que significaba el ingreso del imputado al procedimiento, debía posibilitarle a éste la lectura de la denuncia y de todas las piezas de la información tramitada en secreto, se le debía preguntar si nombraría un consejero (defensor) y, en su caso, nombrárselo de oficio cuando no designaba alguno; la declaración del imputado no podía comenzar sino el día siguiente y, por supuesto, sin juramento ni tormento; el *règlement a l'extraordinaire* sólo podía ser decidido, al menos, por tres jueces; la confrontación era pública y el acusado podía solicitar todo género de pruebas en su defensa; ausente el imputado, el defensor lo representaba para todos los efectos; la parte final del procedimiento, después de las conclusiones del ministerio público o del acusador, no fue sustancialmente reformada; sí, en cambio, la sentencia, que debió ser motivada, reunir dos tercios de votos cuando condenara a pena aflictiva o infamante y cuatro quintos de votos cuando condenara a pena de muerte, pronunciándose en sesión pública; tampoco se modificó el sistema de prueba legal en la valoración probatoria.

III. Después de algunas modificaciones en 1790, concernientes a la organización judicial, la Asamblea constitucional, el 16-29/9/1791, da a luz la primera ley procesal penal de la Revolución, organizando un nuevo sistema de enjuiciamiento penal y derogando por completo la Ordenanza de 1670, desde este momento sólo historia como cuerpo legal vigente.

La nueva organización tribunalicia intermedia comprendía: *tribunales de policía municipal*, prácticamente tribunales de faltas compuestos por tres jueces elegidos entre los ciudadanos por los oficiales públicos; sobre la apelación de sus fallos conocían los tribunales de distrito; *tribunales de policía correccional*, que conocían en los delitos leves y estaban compuestos por tres jueces de paz (o uno y dos asesores o dos y un asesor); sobre la apelación de sus fallos conocía también el tribunal de distrito; y, por último, los *tribunales de distrito*, que ejercían la jurisdicción penal común (leyes del 16-24/8/1790, decreto del 12-19/10/1790 y leyes del 10-15 y del 19-22/6/1791). Una corte nacional completaba la organización. La innovación más importante, quizás, fue la de separar completamente la justicia criminal de la civil.

La ley de setiembre de 1791 muestra claramente la lucha entre los principios inquisitivos de la Ordenanza de 1670, que pugnaban por resistir el ímpetu reformista, y los principios tomados del Derecho inglés (sostenidos por la cultura republicana greco-romana y, en parte, por el Derecho germano), defendidos por el nuevo orden, con predominio evidente de estos últimos que, sin embargo, no alcanzaron a desplazar por completo algunas instituciones del Derecho inquisitivo. Para comprender fácilmente el sistema procesal penal que la nueva ley estableció, basta trazar el siguiente esquema: división del procedimiento en tres fases bien diferenciadas por los distintos tribunales que intervenían, una instrucción preparatoria que cumplía el juez de paz de la localidad, un procedimiento intermedio ante un jurado de acusación para decidir acerca de la apertura del juicio público, tribunal que se formaba en la órbita de los tribunales de distrito, y un procedimiento definitivo ante un jurado de juicio que se formaba en el ámbito de los tribunales criminales departamentales.

Se observa, claramente, tanto la influencia del Derecho inglés como las principales modificaciones frente al sistema anterior, que, sintéticamente, pueden resumirse en la introducción de los dos jurados, el de acusación y el de juicio, variación que por sí misma implica, por una parte, la incorporación de jueces accidentales, legos y populares a la administración de justicia y, por la otra, la publicidad y oralidad del procedimiento ante ellos y la admisión irrestricta de la defensa del imputado (juicio contradictorio). Descriptas algo más minuciosamente, las bases del nuevo sistema, que, después de varios siglos de

dominio de la Inquisición, intentó renovar el procedimiento acusatorio en Europa continental, incluyeron las características y formas que siguen.

Los órganos jurisdiccionales se integraron con jueces permanentes (profesionales) y jueces accidentales (populares y legos: jurados). El jurado de acusación se integró con ocho jueces accidentales; durante la audiencia era presidido por un juez permanente (*directeur du jury*), quien los instruía acerca de sus deberes, pero no intervenía en la deliberación para decidir acerca de la apertura del juicio público (procedimiento principal para obtener la sentencia de absolución o condena). El jurado de juicio (tribunal criminal) se formaba con tres jueces permanentes y un presidente, encargados tanto de dirigir el debate, instruir a los jurados y decidir sobre la pena en caso de condena, y con doce jueces accidentales (jurados), quienes decidían sobre el hecho (cuestión de culpabilidad). Es clara la influencia del Derecho inglés con sus dos jurados, uno para decidir sobre la procedencia del juicio público y otro para decidir, cuando se abría el juicio público, sobre la acusación. Sólo la elección de los jurados difería del sistema inglés. Todas las personas con derecho electoral eran capaces para ser jurados. De la lista de los capaces, el procurador general del distrito tomaba, cada tres meses, 200 personas. Esas 200 personas eran presentadas al acusador público quien podía excluir 20 sin dar a conocer motivo alguno; los restantes nombres eran incluidos en una urna y la suerte determinaba los doce jurados del caso. Presentados esos nombres al acusado, él podía ejercer el derecho de recusar sin causa a 20 de ellos, que eran reemplazados por la suerte de la misma urna, y aun después tenía el derecho de seguir recusando indefinidamente, pero con causa. Este último procedimiento, que definía los nombres de los jueces accidentales que formarían el tribunal, difería del sistema inglés y, según los comentaristas, fue uno de los principales motivos del relativo fracaso del tribunal de jurados.

El sistema de ejercicio de la acción penal (persecución penal) era algo caótico desde el punto de vista de nuestra apreciación actual, pero, en líneas generales, se debe acentuar que, aunque de manera poco ortodoxa, se mantuvo el sistema de persecución penal pública y, a su lado, se permitió tanto la persecución del ofendido (acusador privado), posible ya en el régimen antiguo, y se introdujo la acusación popular (*dénonciation civique*), extraída también del acervo cultural greco-romano y, sobre todo, del Derecho inglés. El sistema de persecución penal pública, propio de la Inquisición, no fue derogado, a pesar de que no se creó una organización similar a la del ministerio público o a la del procurador del rey. Se observará, al describir el procedimiento, que la persecución penal pública se mantuvo, en forma heterodoxa y compleja, a través, fundamentalmente, del *acusador público*, funcionario electivo que, sin embargo, sólo intervenía con posterioridad a la admisión de la acusación, para defenderla durante el juicio público. No obstante, también el juez de paz, con sus limitadas facultades de iniciar el procedimiento e investigar de oficio, y el comisario del rey, control de la legalidad del procedimiento, eran funcionarios que, a su turno, tuvieron a su cargo, por lo menos parcialmente, labores que correspondían a la persecución penal pública.

El imputado volvía a adquirir el carácter de sujeto del procedimiento; se modificó su situación anterior, en la cual era, tan sólo, un mero objeto de la persecución penal. Él tenía amplia posibilidad de contradecir la imputación desde el comienzo del procedimiento, pero, sobre todo, en el debate ante el tribunal de jurados. Ya esos mismos tribunales eran —y fueron en la realidad— suficiente garan-

tía para evitar la condena de un inocente, a la par que la supresión del interrogatorio inquisitivo y bajo torturas —ya operada antes de la vigencia de esta ley—, la amplia libertad de defensa y la actuación a su lado de un defensor completaron un resguardo total de su persona y dignidad. Era sometido a arresto preventivo, incluso desde que el juez de paz, como magistrado instructor, decidía, a mérito de la información preliminar, proseguir la persecución penal, pero también se admitía la libertad bajo caución.

El procedimiento comenzaba con una información preliminar (instrucción) a cargo del *juez de paz*, verdadero funcionario de la persecución penal junto con los oficiales de gendarmería, quien procedía de oficio, sólo en caso de delito flagrante, o de una muerte sospechosa de criminalidad o cuya causa fuera desconocida, por denuncia, en virtud de una *plainte* (acción del ofendido) o de una *dénonciation civique* (acción popular de cualquier ciudadano). El juez de paz recogía los elementos probatorios inmediatos, aseguraba la prueba material e interrogaba inmediatamente al imputado, después de lo cual decidía acerca de la persecución penal: si no encontraba mérito para ella, ponía en libertad al imputado detenido; en cambio, si resolvía proseguir la persecución, emitía el mandato de arresto.

Las actas y piezas del procedimiento que confeccionaba el juez de paz eran trasladadas a los tribunales de distrito. Uno de los jueces permanentes de esos tribunales, llamado *director del jurado de acusación*, examinaba las actas e interrogaba al imputado detenido. Él era el encargado de lograr la acusación. Con facultades instructorias complementarias, si juzgaba que no podía fundar la acusación, sometía el asunto en las próximas 24 horas al tribunal de distrito, que, previo a su decisión, citaba a opinar al comisario del rey. En caso contrario, o cuando el tribunal no compartía su propuesta negativa y lo obligaba a acusar, él formulaba el escrito de acusación. Si la pena que correspondía era sólo infamante y se ofrecía una caución suficiente, ponía en libertad al detenido.

El procedimiento se tornaba aún más complejo si intervenían el ofendido o el acusador popular como persecutores penales, pero las reglas se pueden resumir así: en principio, el director del jurado de acusación debía intentar ponerse de acuerdo con ellos para ofrecer en conjunto una sola acusación; si ello era imposible, el jurado de acusación elegiría la que considerase correcta; pero, en caso de que el director del jurado de acusación no encontrara mérito para acusar, la cuestión no era sometida al tribunal de distrito sino, directamente, al jurado de acusación. El mismo derecho tenían estos acusadores cuando el juez de paz no encontraba mérito para proseguir la persecución penal.

Si por alguno de estos métodos se lograba una acusación, ella era sometida al control del *jurado de acusación*. Sus miembros accidentales, presididos por el de mayor edad, deliberaban y decidían solos acerca de la admisibilidad de la acusación para provocar un juicio público, resolviendo abrir el juicio ante el tribunal de jurados o, de otra manera, clausurar la persecución penal. El fundamento de su decisión emanaba de las actas de la instrucción y de un debate oral, a puertas cerradas, en donde deponían los testigos y, eventualmente, se escuchaba al ofendido y al acusador popular que habían ejercido la posibilidad de acusar. Si el jurado admitía la acusación, su director mandaba detener al acusado, que era consignado ante el tribunal criminal que llevaría a cabo el juicio; tanto este tribunal, como el director del jurado de acusación, podían decidir la libertad bajo caución.

Si se decidía la apertura del juicio, el proceso pasaba a manos del tribunal criminal, en cuyo seno, según advertimos, se formaba, para el debate, un tribunal compuesto por jueces permanentes y por doce jueces accidentales. Recién aquí

comenzaba a actuar el *acusador público*, funcionario electivo que tomaba en sus manos la defensa de la acusación, una vez que ella había sido admitida por el jurado de acusación. A las 24 horas de arribar el proceso, el presidente del tribunal, con la presencia del acusador público, interrogaba al acusado, decidía sobre su libertad en caso de estar detenido o, incluso, tenía facultades instructorias, aunque la investigación por él dirigida no formaba parte del debate, ni era expuesta a los jurados, y, por consiguiente, ellos no podían fundar la sentencia sobre el hecho —el veredicto— en los elementos de prueba incorporados por aquél.

El debate era oral y público y los elementos de prueba que en él se incorporaban eran los únicos que podían fundar la decisión sobre el hecho. Sólo los doce jurados, presididos por el miembro elegido por el presidente, decidían conforme a su *íntima convicción*; respondían por sí o por no a las cuestiones de hecho que, por escrito, les proponían los jueces profesionales que integraban el tribunal, sistema de prueba completamente opuesto al de prueba legal que regía la Ordenanza de 1670 y otra de las grandes innovaciones de la ley. Aquí la ley volvía a apartarse del sistema inglés, en el cual el jurado decidía directamente sobre la acusación, previa una instrucción oral del magistrado director del debate. El proceso de votación era formal: de viva voz y con la mano puesta sobre el corazón, se colocaba bolillas de distinto color en un recipiente, según cada declaración, las que eran contadas posteriormente para control. A contrario del jurado inglés, no se exigía unanimidad, pero la opinión de tres jurados jugaba siempre en favor del acusado. Por último, los jueces profesionales aplicaban el Derecho e imponían la pena, en caso de condena.

No existió el recurso de apelación, razón por la cual el veredicto del jurado sobre los hechos constituía cosa juzgada sobre ellos. Existió, en cambio, un recurso de casación ya perfectamente elaborado, utilizable por el condenado o por el comisario del rey, a nombre de la ley misma. El recurso, como actualmente en nuestros códigos modernos, sólo podía tener como motivos la inobservancia de las formas previstas por la ley bajo amenaza de nulidad (casación formal o procesal) o la falsa aplicación de la ley penal material (casación material).

Pese a las dificultades prácticas en su aplicación, a las críticas parcialmente fundadas dirigidas contra ella y a su efímera duración, esta ley representa, a la par que el fin de la Inquisición en Francia, el hito revolucionario inicial en materia de enjuiciamiento penal para toda Europa continental. La intención de su legislador fue clara: partió de las instituciones criminales inglesas, cuyo paralelo resulta, por momentos, evidente[152], y procuró introducir al enjuiciamiento penal galo posrevolucionario el sistema acusatorio, para reemplazar las formas inquisitivas que lo dominaban, aun cuando, dubitativamente,

[152] Desde los magistrados de seguridad, la justicia de paz, similar a la *justice of peace* inglesa, el *mandat d'amener*, análogo al *warrant*, pasando por la acusación del director del jurado de acusación, comparable al *indictment* británico, hasta llegar a la formación de dos jurados, y sus decisiones, todo demuestra que el Derecho inglés fue la base del nuevo sistema francés, según lo indican, sin discusión y con mayor acopio de comparaciones, los autores consultados.

no pudo desprenderse del principio fundamental que introdujo la Inquisición, la persecución penal pública. En este último aspecto, las dudas del legislador y su eclecticismo fueron también evidentes: pretendió un sistema acusatorio puro que parta de la intervención como acusador del ofendido (*plainte*), a la manera de la tradición germana, o de cualquier ciudadano (*dénonciation civique*), con el sello cultural de la república greco-romana y del Derecho inglés, pero, no obstante, estableció magistrados de seguridad (juez de paz-gendarmería), que podían perseguir por denuncia y hasta, en algunos casos, de oficio, al acusador público para que representara al Estado y a la persecución penal en el debate final, y, por último, al comisario real para que abogara objetivamente en favor de la ley.

IV. Fueron intensas las críticas en contra de la ley de 1791. Ellas se fundaron, por una parte, en dificultades de la propia ley, como la complejidad del sistema de persecución penal, inmediatamente antes citada, y de la formación del jurado, y, por la otra, en el espíritu conservador de algunos magistrados, la incomprensión de ciertos problemas y la falta de insistencia en el espíritu republicano, realidad que motivó un relativo regreso a las viejas prácticas de la Ordenanza de 1670. La crítica más intensa y los principales puntos en debate se centraron en el sistema de persecución penal, en la añoranza de una "parte pública" (ministerio público) bien organizada, que permitiera la persecución penal pública eficaz de los delitos, y, subsidiariamente, de una instrucción preparatoria que permitiera una información amplia para lograr eficacia en la investigación criminal, el regreso al procedimiento escrito y al sistema de pruebas legales.

Para dar un ejemplo del debate de ideas, porque no es posible reproducir aquí toda la discusión, valga como paradigma el siguiente resumen.

Robespierre coincidía con Prugnon al criticar a jueces de paz y oficiales de gendarmería como representantes de la persecución pública, al tiempo que el último se preguntaba sobre la necesidad de una verdadera "parte pública" y reclamaba su organización seria, con regreso al papel esencial que cumplía en el antiguo procedimiento penal. Robespierre sintetizaba sus críticas al procedimiento con el reclamo de que las deposiciones de los testigos constaran por escrito, que los acusados no pudieran ser declarados convictos cuando no alcanzaran las pruebas legales (condiciones que la ley debía imponer para afirmar la certeza) y, para corregir los defectos de ese sistema, requería que el acusado no pudiera ser condenado sobre la base de las pruebas legales, si ellas resultaban contrarias al conocimiento e íntima convicción de los jueces.

Por su parte, los defensores del nuevo sistema sostenían la incompatibilidad entre el método antiguo de procedimiento penal y el impuesto en su reemplazo, de modo tal que no podían mezclarse ambos, transportando al juzgamiento por jurados las complicaciones y formalidades de la escritura y de la teoría de las pruebas legales.

Todo ese debate, parlamentario e inoficial, se tradujo en el reemplazo de la ley de 1791 por el *Code des délits et des peines* del 3 de brumario del año IV (25/10/1795), obra de MERLIN, la mayoría de cuyas disposiciones —comprendía 646 artículos— se referían al procedimiento penal —los primeros 598 y el último—. El Código representa, a la vez que otro exponente de la legislación intermedia hasta llegar al *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, el sello de la vigencia provisional de la ley de 1791, cuyo gran mérito fue terminar con cinco siglos de Inquisición en Europa continental.

De manera muy general puede decirse que el *Code des délits et des peines* no significó una innovación importante a la ley de 1791 y conservó todo su sistema, aunque introduciendo modificaciones sólo de detalle. Como síntesis de sus reformas, puede decirse que la más importante reside en la organización judicial, en tanto creó tres tribunales distintos, según la importancia de las infracciones —faltas, delitos y crímenes—, y amplió el número de funcionarios que componían la policía judicial; en el procedimiento hubo algún regreso a las prácticas inquisitivas antiguas, sobre todo a una instrucción escrita y secreta, cumplida por el director del jurado de acusación, con atribuciones que lo convertían en un verdadero juez de instrucción, y en el avance de estos actos escritos sobre el debate oral, al permitirse la incorporación a él de todas las actas, salvo las declaraciones testimoniales y los interrogatorios del imputado, actos que sólo podían ser utilizados en el debate para observar las variaciones que pudieran existir con las declaraciones durante su transcurso o para lograr mayor precisión.

La nueva organización judicial comprendía: *tribunales de policía municipal*, prácticamente tribunales de faltas, compuestos por un juez de paz y dos asesores; *tribunales de policía correccional*, que conocían delitos leves, compuestos por el director del jurado de acusación y dos jueces de paz; y *tribunales criminales* que conformaban la jurisdicción común y aplicaban el procedimiento común.

En el procedimiento común, la única variante de importancia la constituyó los poderes del director del jurado de acusación. Después de la información preliminar, cumplida por los funcionarios de la policía judicial (ampliados en número: juez de paz, oficiales de gendarmería, comisarios de policía, guardias campestres y forestales), tal como en la ley de 1791, el asunto pasaba a manos del director mencionado, quien, en realidad, cumplía las funciones de un juez de instrucción. Él completaba la instrucción preparatoria, por *escrito* y en *secreto*, podía citar testigos —aun los que ya habían comparecido ante el juez de paz— y recibía la declaración del imputado (si estaba detenido, a las 24 horas de arribado a la *máison d'arrêt*). Al mismo funcionario le correspondía decidir acerca de la libertad del imputado, la que siempre procedía, bajo caución económica, si se trataba de un delito con pena infamante o correccional, mientras que no se admitía si se trataba de un crimen que conducía a una pena aflictiva.

El mismo director del jurado de acusación decidía acerca del procedimiento posterior, pues, tratándose de un delito correccional, emitía un decreto para la remisión al tribunal de policía correccional, o, en caso contario, procedía, según hemos explicado, ante el jurado de acusación. Estos decretos eran precedidos, con amenaza de nulidad, por las conclusiones del comisario del Poder Ejecutivo, cuya copia era entregada al acusador público.

La modificación de la instrucción preparatoria tenía tanto más importancia, si advertimos que sus actos podían ingresar al debate final ante el tribunal de jurados (de juicio), conforme a las reglas que ya hemos explicado.

Ante el tribunal de policía correccional el procedimiento era más sencillo. Él se formaba sobre la base del decreto de remisión del director del jurado de acusación, fundado en la instrucción preparatoria que él llevaba a cabo, o por la citación directa del ofendido, constituido en acusador. Sus sentencias eran apelables ante el tribunal criminal, tanto por el acusado como por la parte civil, el acusador público y el comisario del Poder Ejecutivo.

Los tribunales de policía municipal conocían en virtud del requerimiento del comisario del Poder Ejecutivo ante la comisión municipal o del ofendido, constituido en acusador privado. La instrucción del caso se llevaba a cabo durante la audiencia y no existía apelación.

V. Las críticas continuaron contra el Código de brumario, en especial porque las reformas que siguieron a la Revolución Francesa habían logrado una gran seguridad para los ciudadanos, a cambio de descuidar la eficacia de la persecución penal pública. Ya a esta altura de los acontecimientos podemos observar que la prédica inquisitiva de tantos siglos había acostumbrado a juristas y ciudadanos comunes a que el Estado tomara a su cargo la persecución directa de quienes violaban gravemente el ahora llamado "pacto social". La organización de la persecución penal pública, según el principio inquisitivo, era, entonces, una necesidad reclamada.

A ello proveyó la ley del 7 de pluvioso del año IX (26/1/1801), cuyas modificaciones esenciales se referían a la organización de un verdadero ministerio público y a la creación de una instrucción preparatoria secreta y escrita en manos de un juez de instrucción, a la par que modificaba los poderes relativos al encarcelamiento preventivo y el procedimiento ante el jurado de acusación.

Las funciones instructorias se distribuyeron entre una parte pública, que actuaba desde un comienzo, y un juez de instrucción. Para ello se procedió a una reestructuración del ministerio público, reemplazando a los comisarios gubernamentales por un procurador, y se transformó a la policía judicial y al juez de paz en sus auxiliares. Estos procuradores existían en cada barrio y sustituían al procurador general de la República, ejerciendo en su nombre la acción penal pública.

El director del jurado de acusación fue transformado ahora en un verdadero juez de instrucción, encargado también de la investigación necesaria, por un procedimiento escrito y secreto, para las decisiones que, durante ese período procesal, había que tomar (libertad del imputado) y de responder a las requisitorias del ministerio público.

El encarcelamiento preventivo fue transformado totalmente. Los oficiales de la policía judicial podían aprehender al imputado en tres casos: delitos flagrantes, cuasiflagrantes (acusación por el rumor público) y amenazados con pena aflictiva, siempre que hubiere indicios suficientes que lo sindicaran como autor o partícipe. Pero ellos debían consignar al aprehendido inmediatamente ante el procurador sustituto, quien, tras examinar la causa, tenía el poder de ordenar su encarcelamiento preventivo (*mandat de d'épôt*). Como correctivo de este gran poder, puesto por primera vez en manos del ministerio público, se establecía que, 24 horas después del arresto, el procurador sustituto debía dar conocimiento de la causa al director del jurado de acusación, el juez de instrucción, quien debía comenzar a actuar y a terminar, en el plazo más breve, la instrucción preparatoria.

La modificación de la instrucción preparatoria trajo aparejada la modificación del procedimiento intermedio ante el jurado de acusación. Éste no fue suprimido, pero ahora la acusación era lograda por el procurador sustituto, en forma de conclusiones escritas sobre la instrucción, para lo cual, a su terminación, se le corría vista por tres días, y el jurado de acusación juzgaba sobre su idoneidad para provocar un juicio público, ya no sobre la base de un debate oral, sino por el examen de las actas de la instrucción que le comunicaba el director del jurado. Cuando recibía las conclusiones del ministerio público (procurador sustituto), el director del jurado podía decidir la libertad del imputado por falta de mérito, recomendando la no realización del juicio público, o remitir la acusación, en su caso, ante el jurado de acusación, el tribunal de policía correccional o el de policía municipal, según correspondiera.

VI. El enfoque de la legislación francesa intermedia, hasta el Código de 1808, sería parcial e incorrecto si no advirtiéramos, sobre su finalización, acerca de dos fenómenos distintos y, sin embargo, emparentados por su razón de ser.

El primero se vincula con el juicio por jurados que, pese a haber sido establecido y defendido por todas las leyes de enjuiciamiento penal posteriores a la Revolución, fue objeto de muchas críticas, en ocasiones terriblemente duras[133], así como también de encendidos alegatos que lo defendían como garante de la libertad y de la República en todos los pueblos libres.

El segundo se refiere a los tribunales y procedimientos excepcionales que se crearon para juzgar ciertos delitos, sometidos incluso a la justicia militar. Lo que hemos expuesto ha sido siempre el procedimiento común, pero las bandas y los robos, sobre todo rurales, y la insuficiencia de la persecución penal común trajeron como consecuencia la creación de tribunales especiales y hasta de comisiones mi-

[133] Por ejemplo, decía CHAZAL, que en el procedimiento ante el jurado dominaba la pasión política y, hasta allí, ese juzgamiento no había sido ni el juzgamiento de Dios, ni el del pueblo, ni paladín de la libertad; había sido el juzgamiento de un grupo de ignorantes (cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 462).

litares que fueron creadas para perseguirlos, leyes especiales que, al lado de las comunes, se sucedieron desde el comienzo de la Revolución, aun por razones políticas (la contrarrevolución).

Sin embargo, aunque los tribunales de excepción regresaron, en muchos aspectos, al sistema abandonado de la Ordenanza de 1670, lo cierto es que nunca prescindieron de garantías elementales, tales como la asistencia de un defensor, la necesidad de una acusación, la publicidad y oralidad de la audiencia en la cual se recibían las pruebas que iban a fundar la sentencia, el sistema de valoración moral (íntima convicción) de la prueba, y el tribunal pluripersonal. Para advertirlo, conviene describir sintéticamente el sistema de la ley del 7 de nivoso del año IX (7/12/1801), que creaba un *tribunal criminal especial* compuesto del presidente y dos miembros del tribunal criminal (jueces permanentes), de tres militares con el grado de capitán, por lo menos, y de dos ciudadanos que reunieran las condiciones para ser jueces.

La competencia recordaba a los jueces prevotales, de tan funesta historia. Sin agotar la enunciación, conocían por la persona y por la materia, como aquéllos, en los siguientes casos: vagabundos, detenidos evadidos, robo en las rutas o con violencia u otras circunstancias agravantes, robo en la campiña (rural) o en los domicilios o edificios rurales, con efracción, con portación de armas o por una reunión de dos o más personas (banda), falsificación de moneda, conspiración para la sedición descubierta en flagrante, asesinatos preparados por reuniones de personas armadas o delitos preparados para corromper a las fuerzas armadas, incendios, asesinatos con premeditación.

La persecución penal la tomaban a su cargo, de oficio, los comisarios gubernamentales, quienes procedían a la instrucción del sumario, una información en la cual debían constar por escrito los testimonios, secuestros y registros, como en la Ordenanza de 1670. Tenían la facultad de detener preventivamente al imputado.

El juicio era oral y público, ante el tribunal creado, con asistencia del imputado y su defensor, sobre la base de una acusación que llevaba a cabo y defendía el comisario gubernamental, comenzando por su lectura: regía el sistema de íntima convicción en la valoración probatoria.

VII. Si hemos reseñado toda esta evolución es porque ella sirvió de base para el *Code d 'instruction criminelle* de 1808, ley que, por diversas razones, fue la piedra fundamental de la reforma del enjuiciamiento penal que se produjo, en Europa continental, durante el siglo XIX, movimiento de tanta importancia política para nosotros.

El sentido de este desarrollo es evidente. En un primer momento se produjo la reacción en contra del sistema inquisitivo y el intento de implantar un sistema acusatorio material, a la manera del que existió en la República greco-romana y existía, por entonces, en el Derecho inglés, aun cuando el intento nunca fue puro, en razón de que

subsistió siempre, confusamente, la regla inquisitiva de la persecución penal pública.

Después, las sucesivas leyes introdujeron modificaciones que, cada vez más acentuadamente, desarrollaron el principio de la persecución penal pública y, para tornarla eficiente, instituyeron una instrucción preparatoria con características inquisitivas (el secreto y la escritura). No obstante, perduró el juicio oral, público y contradictorio, que brindaba la base de la sentencia, y ante un tribunal de jurados, que decidía valorando la prueba según su íntima convicción. Para arribar a él, siempre un jurado intermedio decidía sobre la idoneidad de la acusación para provocarlo o sobre el pedido de clausura de la persecución penal (sobreseimiento), conclusiones finales de la instrucción preparatoria, y, según el caso, abría el procedimiento principal ante el tribunal de jurados o evitaba su apertura.

3. El Código de instrucción criminal francés de 1808[134]

I. La discusión acerca de las leyes criminales y, en especial, de las procesales penales, no terminó allí. El sistema de enjuiciamiento, sus principales instituciones y la organización judicial siguieron siendo motivo de meditación tanto en el ámbito del Estado francés, como en círculos privados. No resultó extraño, entonces, que se preparara un nuevo proyecto de Código criminal que contenía tanto el Derecho penal material como el procesal penal, cuyas particularidades y reformas sobre la legislación anterior nos eximiremos de describir[135]. Interesante es conocer que este proyecto y la encuesta que sobre él se abrió fueron el material de trabajo con el que comenzaron las sesiones del Consejo de Estado, cuyo resultado final dio a luz el *Code d'instruction criminelle* de 1808. El Imperio sustituyó al Consulado y gobernaba ya NAPOLEÓN; las sesiones comenzaron el 22/5/1804, y se extendieron, en ese año, hasta diciembre de 1804, momento en el cual fueron interrumpidas, para recomenzar el 23/1/1808, con la concreta misión de elaborar y votar el Código de instrucción criminal.

Cuando observemos el producto final elaborado, aparecerá claramente que él fue el resultado de un compromiso político-criminal entre la Ordenanza criminal de 1670 y la ley de enjuiciamiento de 1791,

[134] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. IV, nº 4, ps. 139 y ss.; ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Titre deuxieme, ps. 481 y siguientes.

[135] Cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, ps. 481 y siguientes.

verdadera ley procesal penal de la Revolución, que derogó a aquélla y estableció un nuevo sistema de persecución penal. Pero, si deseamos eliminar la referencia al Derecho nacional francés, en términos universales el compromiso se establece entre las máximas de la Inquisición —fundamentalmente: la persecución penal pública y la meta del procedimiento encaminado a descubrir la verdad histórica— y los principios que sobre la organización del Estado republicano, la libertad y la dignidad humanas había establecido la Revolución, que coincidían con las formas acusatorias del enjuiciamiento. Cómo se llevó a cabo este compromiso, emerge claro de las decisiones y debates en el Consejo de Estado sobre temas fundamentales, sesiones en las cuales, varias veces, participó el mismo NAPOLEÓN. El problema político era claro: ¿cómo conciliar una persecución penal eficiente, meta de la Inquisición; con el respeto a la dignidad y libertad humanas?

La cuestión más arduamente debatida, sobre la que se volvió varias veces durante el curso de las sesiones, incluso a propósito de otros temas conexos, fue la relativa al *juicio de jurados*. El Consejo de Estado decidió en varias oportunidades mantenerlo, con la aprobación de NAPOLEÓN, a pesar de que una mayoría de juristas de fama expresaron la opinión contraria. Es que esta decisión estaba indisolublemente unida a la *superación del sistema de prueba legal*, sobre el que todos manifestaron su desacuerdo y fue la razón de ser de la adhesión de NAPOLEÓN a este tipo de enjuiciamiento definitivo. Y, por otra parte, la defensa del juicio de jurados se unía también al mantenimiento del *debate oral, público, contradictorio y continuo*. Políticamente, éste fue un triunfo de la organización republicana, de la libertad e independencia de los jueces, de la libertad de defensa y de la dignidad del imputado.

Empero, el jurado no atravesó triunfante todos los debates: quedó solamente el jurado de juicio, pues se decidió *suprimir el jurado de acusación*. En su lugar se decidió crear, para el control de los resultados de la investigación preliminar, un mecanismo complicado: la *Cámara de consejo*, formada por el juez de instrucción que había dirigido la investigación y dos colegas, que decidía si remitía al imputado a juicio público ante la *Corte de assises*, pero con la salvedad de que, cuando se trataba de un crimen, el voto del juez de instrucción actuante era decisivo, y la *Cámara de acusación*, tribunal de magistrados permanentes que se formaba ante las cortes de apelación, que ocupaba el lugar del jurado de acusación y decidía en definitiva, después de que el Procurador general había logrado, según la decisión de la Cámara de Consejo, el escrito de acusación.

El procedimiento escrito y secreto también obtuvo su triunfo, pues la instrucción reunía esos caracteres, y se ponía a cargo de un juez de instrucción. Incluso NAPOLEÓN expresó que estos protocolos debían ser puestos en manos del jurado de juicio, esto es, incorporados al debate, con la única salvedad de la investigación policial que, por razones obvias, se excluía.

También el Consejo de Estado defendió con vigor la institución francesa del defensor obligatorio, pero es dable observar que sólo se referían al juicio público, pues, durante la instrucción, la defensa no intervenía y el procedimiento era secreto para el imputado.

Cabe también acotar que el Consejo de Estado aceptó el jurado, pero admitió también la necesidad de tribunales extraordinarios y decidió reunir, en una misma organización judicial, la justicia civil y la criminal, hasta entonces totalmente divididas y separadas.

II. Conforme a estas decisiones, el *Code d'instruction criminelle* de 1808, reunía las características siguientes.

Partía de un sistema de organización judicial, perfeccionado en 1810 a cuya cabeza estaban las *cortes de assises*, tribunales formados por un presidente y cuatro jueces permanentes (luego dos, 1831) y un jurado popular que, separadamente para el Derecho y los hechos, juzgaban los crímenes, y la Cámara de acusación, tribunales que, ambos, se formaban en la órbita de las cortes de apelación; proseguían los tribunales correccionales de distrito, compuestos por tres jueces que juzgaban los delitos; y, por último, tribunales de policía que juzgaban las contravenciones.

Organizaba el ministerio público, con el monopolio exclusivo de la persecución penal, pese a lo cual las labores instructorias le eran, en principio, ajenas, según veremos. Aunque se permitía el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, como correspondía a la tradición francesa, se separaba netamente a las funciones del actor civil, quien sólo defiende su interés personal sobre la reparación del daño causado por el delito, de las del ministerio público, encargado de promover y sostener la acción penal pública.

La situación del imputado durante el procedimiento recibió un tratamiento paradójico: mientras en la instrucción preparatoria era un convidado de piedra, que no se enteraba de los actos cumplidos, ni de su contenido, secretos para él y su eventual defensor, en el juicio con debate oral y público resultaba equiparado totalmente al órgano de la persecución penal y garantizada ampliamente su defensa con la publicidad de los actos y su presencia en ellos, la asistencia de

un defensor y la posibilidad irrestricta de la contradicción. Durante la instrucción, la misma declaración del imputado era secreta y el prevenido, al declarar, no conocía absolutamente nada —oficialmente— acerca de la imputación que se le dirigía, salvo aquello que el juez de instrucción tuviera a bien comunicarle; no existía derecho alguno a invocar por su parte, en este período, retroceso que involucraba a todas las garantías que, en esta materia, habían resultado de la legislación inmediatamente posterior a la Revolución. También el procedimiento intermedio —entre la instrucción y el juicio— ante la Cámara de consejo y la Cámara de acusación era secreto y sin intervención del imputado, ni de su defensor.

En torno a la libertad del imputado durante el procedimiento y su encarcelamiento preventivo, el nuevo Código también regresó parcialmente al esquema político-criminal de la Inquisición. A pesar de admitir la libertad caucionada y fijar el mínimo de la caución real a depositar (500 francos), ella no estaba regulada como un derecho para el imputado, y estaba prohibida cuando se trataba de un crimen y, en materia correccional, cuando el delito se imputaba a un vagabundo o a un reiterante; por lo demás, las decisiones de la Cámara de consejo, tribunal competente para resolver en el caso, no eran recurribles para él, sino tan sólo para el procurador imperial y el actor civil. Se partía del principio de la privación de libertad del imputado, cuya orden de prisión estaba en manos del juez de instrucción y, dicho de manera general, coincidía con el comienzo del procedimiento (*mandats d'amener* y *d'arrêt*), pero existía también la posibilidad, en caso de personas con domicilio conocido y cuando se trataba de un delito, de ordenar sólo su comparecencia (*mandat de comparution*). El procurador imperial, por su parte, tenía un poder limitado en esta materia: en caso de crimen flagrante podía librar la orden de privación de libertad provisional (como *mandat d'amener*, siempre supeditado al *mandat d'arrêt* del juez, verdadera orden de prisión preventiva), o, en todo caso, ordenar (*mandat de d'épôt*) que el imputado fuera aprehendido, orden que tenía limitaciones temporales y espaciales muy precisas (dos días desde la fecha de su emisión y para cuando el imputado fuera encontrado a más de 50 km. del domicilio del oficial que expedía la orden); los jueces también podían utilizar esta última forma de restringir la libertad excepcionalmente y como reemplazo de la prisión preventiva (*mandat d'arrêt*), para casos relacionados con delitos de competencia correccional.

El procedimiento se puede dividir en tres secciones principales: la instrucción preparatoria, la decisión sobre la acusación o procedi-

miento intermedio y la instrucción definitiva (juicio o procedimiento definitivo). La instrucción preparatoria era un procedimiento de investigación escrito y secreto, según ya lo hemos advertido, dirigido por un juez de instrucción, ante quien actuaba el ministerio público[136]. Por lo demás, era obligatoria cuando se trataba de un crimen y tan sólo facultativa cuando se procedía por un delito, caso en el cual estaba autorizado un procedimiento parecido al que hoy llamamos citación directa, que eliminaba la instrucción jurisdiccional. El imputado y su eventual defensor carecían de facultades en ella, salvo en los registros, que, si el imputado estaba detenido, eran realizados en su presencia, y podía él dar explicaciones, reconocer cosas y documentos secuestrados. Los órganos de prueba declaraban separadamente, en secreto, con la sola presencia del juez y el actuario, y sus revelaciones eran protocolizadas en acta. La razón de ser de que se colocara el procedimiento en manos de un juez de instrucción y se quitara de las manos del órgano encargado de la persecución penal (ministerio público), residió en la importancia que se pretendió acordar a ciertas actas de la instrucción preparatoria para incorporarlas al debate.

En caso de delitos en flagrante le estaba reconocido al ministerio público un poder de instrucción, consistente en constatar el hecho y acudir al juez de instrucción, si eran necesarias mayores comprobaciones, o remitir solamente las actas a la Cámara de consejo, si bastaban para decidir acerca de la apertura de la instrucción definitiva.

Los resultados de la instrucción preparatoria eran sometidos a la Cámara de consejo y allí comenzaba el procedimiento intermedio. Ella decidía la suerte de la persecución penal: clausuraba la persecución, cuando entendía que los elementos de prueba no fundaban una

[136] El *juez de instrucción*, en sí mismo, era una de las notas principales del compromiso entre *l'ancien régime* (Ordenanza de 1670) y la legislación posrevolucionaria (Código de 1791): él significó la decisión de mantener al antiguo *inquisidor* y las bases principales del procedimiento de encuesta que él seguía (secreto, escritura). Muy por el contrario de lo que piensa alguna literatura argentina, que erige al juez de instrucción en paladín de las libertades públicas, su introducción y conservación en el sistema, hasta nuestros días, implica, políticamente, una ratificación de la confianza en el régimen de encuesta inquisitiva. Basta conocer que el *juez de instrucción*, en Francia, fue, en realidad, *un funcionario ejecutivo* (dependiente de la administración, aunque escogido y designado por el Ejecutivo de la planta de los jueces profesionales), *perteneciente a la policía judicial* (administrativa y sección de la policía de seguridad) y con funciones meramente temporarias. Describe correctamente el sistema, sin los equívocos tan usuales entre nosotros: FENTANES, *La policía judicial. Teoría y realidad*, nº 6, ps. 58 y siguientes.

acusación, o remitía al Procurador y a la Cámara de acusación, en caso contrario. De todas maneras, cuando se trataba de crímenes, un solo voto, el del juez de instrucción que había actuado, bastaba para proseguir la persecución, razón por la cual el control, en estos casos, no tenía sentido y por la que, con posterioridad, este tribunal y su procedimiento fueron eliminados.

La Cámara de acusación decidía acerca de la apertura del procedimiento principal. Cuando lo habilitaba, el procurador general redactaba la acusación sobre la base de la decisión del tribunal (*arret de renvoi*); cuando lo rechazaba, culminaba la persecución, o, en su caso, se disponía su remisión a los tribunales correccionales o de faltas. Esta Cámara reemplazó, como se observa, al jurado de acusación. Todo el procedimiento intermedio, que aquí terminaba, era secreto y las decisiones estaban fundabas en el resultado de las actas de la instrucción preparatoria. El imputado no intervenía en él y el ministerio público sólo dejaba sus conclusiones por escrito antes de decidir la Cámara de acusación.

El juicio (instrucción definitiva) era oral y público y aquí comenzó la influencia decisiva de la legislación posterior a la Revolución. Previo a su iniciación, el presidente de la *Corte de assises* interrogaba al imputado, a las 24 horas de haber sido puesto a disposición de ella, comunicándole los cargos, la acusación y la decisión de la Cámara de acusación. Por lo demás, debía advertirlo sobre la posibilidad de impugnar la decisión de la Cámara de acusación ante la Corte de casación y, fundamentalmente, sobre la necesidad de designar un defensor; caso contrario, el presidente de la Corte se lo designaba de oficio. Desde aquí en adelante el imputado era asistido por un defensor y podía comunicarse libremente con él; ambos tenían derecho a tomar conocimiento de todos los actos del procedimiento.

La composición del jurado para el juicio varió: sin detenernos en las reglas que presidían su composición[137], se puede decir, en general, que la nueva reglamentación exigía mayores recaudos de formación para integrar las listas (capacidad para ser miembro de los colegios electorales) y que se excluyó la recusación con causa. Los jurados decidían el fallo de culpabilidad (veredicto sobre la acusación) por simple mayoría —con lo cual, expresamente, se dejaba de lado el sistema inglés de la unanimidad— y respondían a una sola pregunta so-

[137] Cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 541.

bre la aceptación o falta de aceptación de la acusación, no obstante lo cual debieron recurrir a distinciones cuando existían circunstancias atenuantes o agravantes en la imputación y sobre la cuestión del dolo; el antiguo sistema de preguntas específicas y puntuales dirigidas por los jueces profesionales no fue aceptado. Sin embargo, cuando el jurado decidía en contra del acusado por mayoría de un solo voto, debía aclararlo en su decisión y ello ponía en marcha un procedimiento complicado para decidir definitivamente sobre la cuestión de culpabilidad. Los cinco jueces profesionales que integraban la Corte pasaban a decidir sobre ella de tal manera que, si la mayoría de sus votos coincidía con la minoría del jurado y, sumados, superaban a la minoría de jueces profesionales más la mayoría de los jurados, el veredicto variaba de sentido prevaleciendo el favorable al acusado. Los jueces profesionales decidían sobre la aplicación del Derecho y la cuestión de la pena.

El sistema de *íntima convicción* presidía la valoración de la prueba del debate[138]. No obstante, el Código, siguiendo al llamado Código de brumario, otorgaba cierto valor a los actos escritos anteriores al debate, valor que, incluso, la jurisprudencia se encargó de exagerar. Los interrogatorios anteriores del acusado y de testigos podían ser utilizados para remarcar las contradicciones y apartamientos de la versión proporcionada oralmente durante el debate público, y los intervinientes poseían la facultad de exigir que constaran en el acta del debate las adiciones, cambios y variaciones respecto de la anterior versión escrita; el presidente de la Corte remitía al jefe del jurado esas notas escritas, más la acusación y todas las actas de la instrucción, exceptuando las declaraciones testimoniales; se incluía, también, las de-

[138] Art. 342: "... La ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales ellos se convencen. Ella no prescribe regla alguna respecto de la cual ellos deban hacer depender particularmente la plenitud y suficiencia de una prueba; ella les prescribe interrogarse a sí mismos, en silencio y recogimiento, y buscar, en la sinceridad de sus conciencias, qué impresión han hecho sobre su razón las pruebas producidas contra el acusado y los medios de su defensa. La ley no les dice: 'Vosotros tendréis por verdad tal hecho, afirmado por tal o cual número de testigos'; ella tampoco les dice: 'Vosotros no tendréis como suficientemente establecida toda prueba que no resulte formada de tal actuación, de tal pieza, de tantos testigos o de tantos indicios'; ella no les formula más que esta sola pregunta, que realirma toda la medida de sus deberes: '*¿Tenéis vosotros una íntima convicción?*'". Traducción nuestra del texto transcripto por ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, ps. 545 y s. (destacado nuestro). El artículo prescribía también que, antes de comenzar la deliberación, el director del jurado daría lectura a las instrucciones ya citadas que, a la vez, debían estar fijadas a la pared de la sala de deliberación en grandes caracteres.

claraciones del acusado. Lo importante era que, a pesar de ciertas inconsecuencias, el fallo provenía, en lo sustancial, de la valoración de la prueba válidamente introducida en un debate oral, público y contradictorio, en presencia del acusado, en el cual los actos de la instrucción, precisamente caracterizada como *preparatoria*, no asumían, en principio, un papel decisivo[139].

El procedimiento definitivo ante los tribunales correccionales o de faltas seguía las mismas reglas, salvo en aquello que se refería a la composición del jurado.

En cuanto a los recursos, el de casación seguía las reglas anteriores y era posible tanto la casación formal como la material. La apelación sólo estaba regulada en materia correccional y de faltas.

Conviene destacar que la absolución —siguiendo la regla que comienza en 1791— era libre en todos los casos, circunstancia que significó que el *non liquet* o formas similares del fallo (*plus amplement informé*) de la época inquisitiva fueron suprimidos. El principio *ne bis in idem* (cosa juzgada) adquiría así toda su fuerza. El Código admitía la revisión sólo a favor del condenado por penas criminales y en muy escasa medida: regulaba tres casos, todos dependientes del encuentro entre dos condenas inconciliables entre sí.

El Código francés de 1808 reincidía en aceptar cortes especiales integradas por cinco magistrados de la *Corte de assises* y tres militares con grado de capitán o superior a él, para juzgar los crímenes cometidos por vagabundos o malhechores reconocidos, a los ya condenados a penas aflictivas o infamantes, desde el punto de vista de la competencia en razón de la persona, y los crímenes de rebelión contra las fuerzas armadas, contrabando armado, falsificación de moneda y asesinato preparado por una banda armada, desde la perspectiva de la competencia material. La instrucción preparatoria, hasta la decisión de la Cámara de acusación, que, en su caso, enviaba el asunto a la Corte especial, seguía las mismas reglas que las estudiadas para el procedimiento común y era llevada a cabo por las mismas autoridades judiciales. El procedimiento definitivo, aun realizado ante un tribunal especial, era también oral, público y contradictorio, al igual que ante el jurado de acusación. La sentencia era irrecurrible, pronunciada por mayoría de votos (la paridad beneficiaba al acusado), y estaba excluido también el recurso de casación.

Otra institución especial, esta vez simpática y pintoresca, era la del *jurado familiar*, para juzgar los delitos y contravenciones de los hijos no casados de una familia, conformándose el tribunal con el juez de paz, como juez permanente, y los miembros de la familia, como jurado accidental; la condena necesitaba el exequá-

139 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 143 y ss., parafraseando a GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, t. III, nº 763, ps. 3 y s., quien sintetiza admirablemente la base de la reforma del sistema inquisitivo.

tur del presidente de la Corte de apelaciones, quien podía aminorar la pena. La institución, muy defendida en su época, no pudo pasar el filtro del Consejo de Estado, por meras razones prácticas, y las reglas del proyecto quedaron frustradas.

III. El Código de 1808 se transformó en la legislación procesal penal definitiva de Francia y en el modelo para la transformación del enjuiciamiento penal en Europa continental durante el siglo XIX. No obstante, durante ese mismo siglo sufrió algunas modificaciones.

Hasta promediar el siglo las modificaciones más notables tocaban al procedimiento definitivo.

A pesar de que la carta constitucional de 1814 introdujo expresamente la garantía del juez natural y la prohibición de las comisiones y tribunales extraordinarios, los tribunales especiales subsistieron merced a una autorización de la misma carta, hasta desaparecer en 1817, al no ser renovada la ley que los autorizaba y, definitivamente, en 1830, cuando la carta constitucional los prohibió directamente, sin aclaración alguna.

En 1835 se estableció el voto secreto de los jurados, en procura de lograr mayor independencia de juicio. En 1832, los jurados fueron autorizados a reconocer, de oficio, la existencia de circunstancias atenuantes en favor del acusado. Al mismo tiempo, se reformó reiteradamente (1831, 1835, 1848 1853) el número de votos necesarios para decidir en contra del acusado, sucesivamente 7, es decir, 2 por sobre la minoría, nuevamente la simple mayoría, 9 votos, 8 votos y, por fin, el regreso al principio de la simple mayoría.

En 1856, dada la práctica en apelación de leer los resúmenes y notas del actuario sobre el debate en primera instancia, se estableció que esas notas fueran visadas por el presidente de la Corte dentro de los tres días de pronunciada la sentencia. Ella repercutió en un avance del valor de la escritura para los juicios correccionales y de faltas, únicos cuya decisión final era apelable.

En 1868 se admitió que el recurso de revisión pudiera ser intentado después de la muerte del condenado, y, además, se permitío el recurso también en caso de penas correccionales que importaran privación de libertad o la privación total o parcial de los derechos cívicos, civiles o familiares del condenado.

Los principales problemas, sin embargo, no residían en la reglamentación del juicio definitivo, sino, por el contrario, en la instrucción preparatoria y en el procedimiento intermedio establecido para valorar sus resultados: la primera era atacada políticamente por su estricta procedencia inquisitiva, que no daba chances al imputado para ensayar una corrección del rumbo de la persecución penal y lo colocaba en total desigualdad con los órganos públicos encargados de perseguirlo penalmente, al punto de que la misma jurisprudencia, sin modificación alguna de la ley, comenzó a concederle ciertas facultades de impugnación de las decisiones del juez; el segundo, que reemplazó al procedimiento ante el jurado de acusación mostraba claramente la inutilidad del paso previo ante la Cámara de consejo, dominada por el juez de instrucción que había practicado la investigación.

E. La reforma del sistema inquisitivo

En 1856, la reforma suprimió la Cámara de consejo y transfirió sus atribuciones al mismo juez de instrucción, y acordó al ministerio público, a la parte civil y al imputado recursos contra las decisiones que, sobre la instrucción, emitía el juez. En particular, el imputado pudo recurrir las decisiones del juez sobre sus demandas de libertad provisional.

Entre 1855 y 1865 fueron modificadas todas las reglas referidas al encarcelamiento preventivo y a la libertad provisional. La ley de 1865 representó una liberalización total en esta materia: permitió al juez de instrucción, en todos los casos, decretar la libertad provisional con la obligación para el liberado de presentarse al juicio toda vez que fuera necesitado, y a soportar, eventualmente, la ejecución de la condena; lo facultó a solicitar una caución para estos casos y ya antes, en 1848, se había decidido suprimir el límite mínimo establecido; dispuso en materia correccional, cuando la pena amenazada no superara los dos años de prisión, la libertad como obligatoria cinco días después del interrogatorio del imputado (libertad provisional *de derecho*); reguló la incomunicación y sus límites, permitiendo que el juez la ordenara expresamente por diez días, con posibilidad de renovación; la solución sobre estos incidentes de libertad era recurrible para el imputado y sobre el recurso decidía la Cámara de acusación, según ya antes había sido establecido.

Poco antes, en 1863, se produjo una modificación de importancia en la instrucción: se admitió el procedimiento de citación directa para los delitos correccionales descubiertos en flagrante. Mediante este procedimiento, el procurador imperial podía someter estos delitos directamente ante el tribunal de policía correccional, consignando al imputado. La ley produjo excelentes efectos en cuanto a la simplificación y aceleración del procedimiento penal[140].

La circunstancia de que las leyes extranjeras que recibieron el sistema del Código de 1808 encararan una decidida liberalización de la instrucción preparatoria, movió, en 1878, a iniciar los estudios para una profunda reforma del Código en este aspecto; el proyecto fue presentado en 1879, pero recién se transformó en ley en 1897 (la llamada *ley Constans*). Esta ley transformó toda la instrucción, que dejó de ser secreta para el imputado, tuvo oportunidades concretas de contradicción, admitió el defensor desde el comienzo del procedimiento y obligó a comunicarle los actos de instrucción que eran llevados a cabo, reguló el interrogatorio del imputado obligando a transmitirle, antes de su declaración, la imputación que se le efectuaba, le otorgó concretamente la facultad de abstenerse de declarar sin que ello perjudicara su posición en el procedimiento, exigió la presencia del defensor en los interrogatorios y careos del imputado, a menos que se renunciara al ejercicio de esta facultad, prohibió la incomunicación del imputado con su defensor, que siempre podía asistirlo y conferenciar con él, le otorgó el derecho al defensor de tener los autos a la vista antes de cada declaración del imputado, y a éste, como al ministerio público y a la parte civil, de enterarse de las peritaciones y poder designar perito contralor; en fin, la ley constituye una nueva versión del Código de 1808 en lo referente al reglamento de la instrucción preparatoria que, definitivamente, borró casi todos los rastros de la Ordenanza de 1670 que en ella habían quedado.

[140] Cf. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 579.

4. La reforma procesal penal del siglo XIX en Europa continental

I. El Código francés de 1808 sirvió de modelo para la reforma del sistema inquisitivo en Europa continental. A impulso de la expansión de la ideología revolucionaria, republicana, por una parte, y de la dominación napoleónica, por la otra, el movimiento reformista alcanzó carácter general durante el transcurso del siglo XIX, período durante el cual, prácticamente, la transformación alcanzó a todas las leyes procesales penales en el ámbito territorial indicado. El nuevo sistema dio en llamarse *sistema inquisitivo reformado*[141] o *sistema mixto*[142] por sus características esenciales; en realidad, él supone el acogimiento de los principios esenciales instituidos por la Inquisición, la *persecución penal pública* de los atentados a las reglas básicas de convivencia social (hechos punibles) y la afirmación de que el fin inmediato del procedimiento estriba en la *averiguación objetiva de la verdad histórica*, y, al mismo tiempo, la degradación de estos principios como absolutos, para transformarlos en meramente relativos, *pues cedieron ante la afirmación de ciertos valores individuales referentes a la dignidad humana*, valores colocados por arriba de aquéllos en la gradación jurídica y ética. Para la Inquisición, todo medio era admisible a fin de descubrir la verdad histórica y tornar eficaz la persecución penal (por ejemplo, la tortura), mientras que el nuevo sistema prefirió renunciar a esas metas si, para alcanzarlas, era necesario apelar a ciertos métodos reñidos con la dignidad y seguridad de la persona individual (por ej., prohibición de la coacción para lograr la declaración de una persona contra sí misma, libertad de defensa, etc.). En definitiva, se intentaba, en la persecución penal, desmantelar los efectos odiosos del Estado absoluto sin dejar de reconocer, sin embargo, la necesidad de perseguir de oficio aquellos atentados graves contra el orden y la paz social. El aforismo *salus publica suprema lex est* dejó de regir co-

141 Cf. Gossel, *La defensa en el Estado de Derecho*, 1ª parte, A, ps. 220 y siguientes.

142 Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, caps. I, III, p. 22 y cap. III, p. 93; Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, t. I, § II, nº 21 y ss.; ps. 20 y ss. Es necesario recordar que sólo la gran confusión que existe en nuestro sistema de administración de justicia penal ha permitido a algunos de nuestros autores, con evidente error histórico y conceptual, denominar como "sistema mixto" al que rigió en el orden nacional —y aún rige residualmente— o en alguna provincia que lo siguió, o lo reformó tibiamente, denominación que no puede pretender uso universal, aunque se la emplee como tal, confundiendo al lector (Cf. Oderigo, *Lecciones de Derecho procesal*, cap. I, V, A, 7, p. 74, y C, 5, p. 104).

mo máxima absoluta, para dar paso a un compromiso esencial entre la necesidad del Estado de reprimir los atentados al orden social básico y los derechos mínimos intangibles que debía poseer una persona dentro de una organización social, para no ser absorbida totalmente por ella y representar tan sólo un medio para el cumplimiento de los fines del Estado.

A fin de lograr la armonía propuesta por este compromiso político, entre el interés del Estado por reprimir y el individual por la vida, la libertad y el honor, se debió acudir, necesariamente, a cierta mixtión formal, para dar oportunidad al poder penal del Estado, ejercido por sus órganos de persecución, de realizar su fin, y, al mismo tiempo, conceder armas suficientes a los individuos para oponerse a él; de allí la división esencial del procedimiento en dos secciones netamente diferenciadas: la instrucción preparatoria, marcadamente inquisitiva, y el juicio, marcadamente acusatorio. En verdad, cuando las ideas se aclararon por su racionalización, se advirtió que se trataba de realizar un sistema inquisitivo en esencia —por los principios materiales que lo informaban— bajo formas acusatorias (acusatorio meramente formal); ello se advierte, aun en la actualidad, no bien se observa que, en realidad, el poder penal sigue perteneciendo al Estado en su totalidad, quien persigue la aplicación de ese poder y lo aplica, y desdobla esa labor en dos funciones, que pone en cabeza de distintos órganos, al solo efecto de permitir al eventual oponente una defensa eficaz, y evitar que quien juzga sobre la existencia de una infracción y aplica el poder penal sea también quien afirma la existencia del injusto y pide la aplicación de la ley (acusatorio formal). En cambio, según ya hemos visto en nuestra ojeada histórica, el método acusatorio material de realización del Derecho parte de la base de limitar al Estado en su poder de coacción penal, al hacer depender su puesta en movimiento y aplicación de una expresión de voluntad particular, ajena a él.

Sobre esta comprensión fundamental le era absolutamente necesario al Estado —como persecutor penal— contar con un período en el que, cuidando de no lesionar gravemente los derechos fundamentales del individuo, pudiera investigar sin mayores trabas formales la realidad acerca de un injusto que no había observado, y, por tanto, debía reconstruir para formar su decisión acerca de la demanda para la aplicación de la ley penal, pues incluso esa decisión, la de someter al individuo a un juicio público, tomada sin fundamentos suficientes, lesiona al individuo imputado en su honor y libertad; de allí la justificación de la instrucción preparatoria. Sentado ello, la necesidad de

garantizar los derechos fundamentales del individuo y, por consiguiente, de limitar el poder del Estado también en este período, dio por resultado la regulación jurídica imprescindible de la *instrucción preparatoria* e, incluso, la necesidad de otorgar al imputado algunas posibilidades de defensa durante ella.

Sin embargo, los elementos de prueba colectados en ese período preliminar deben carecer de valor, en general, para fundar la decisión final de absolución o condena; sólo pueden servir, como se dijo, para que el Estado prepare convenientemente la promoción del juicio público, acuse al infractor y prosiga de esa manera la persecución penal, o, al contrario, decida la clausura de la persecución, por carecer de los elementos suficientes y necesarios para fundar una acusación. De allí la naturaleza *preparatoria* de la instrucción preliminar y de sus actos.

Si se prescinde del juicio de control sobre la acusación, como idónea para provocar el juicio público, y sobre la legalidad de la clausura anticipada de la persecución penal, en el primer caso (acusación fundada), el proceso continuaba con la apertura del *procedimiento principal* (llamado también *juicio* o *instrucción definitiva*), período procesal que reunía todos los rasgos formales típicos del sistema acusatorio: publicidad popular y oralidad de los actos del debate, presencia ininterrumpida en él del acusado —y su defensor—, del acusador y de los jueces llamados a dictar la sentencia, plena libertad de defensa y paridad de facultades entre acusador y acusado, correlación entre el objeto de la acusación, el del debate y el de la sentencia, rechazo del sistema de prueba legal en la valoración de los medios de prueba incorporados al debate, únicos idóneos para fundar la sentencia. Así se completó la idea fundamental de la reforma procesal penal del siglo XIX.

Vale la pena agregar que la legislación francesa también influyó en la forma de legislar, pues la separación neta entre el Derecho material y el Derecho procesal en cuerpos legislativos distintos (autonomía legislativa) presidió la labor legislativa de la época y la actual, y transformó el método anterior que unía todo el Derecho penal (considerado en forma amplia) en un único cuerpo legal.

II. No es posible aquí entrar al detalle de todas las legislaciones nacionales que en Europa continental consolidaron el nuevo sistema. Baste señalar que, durante el siglo, se transformaron todas las legislaciones nacionales de Europa continental. Tal transformación no coincidió siempre con la división geográfica actual, pero, sobre la base del logro de la unidad nacional, tal como ahora la conocemos, se cita los ejemplos de los códigos procesales penales de Austria (1873), Alemania (1877), España (1882), Noruega (1887), Hungría (1896) e Italia

(1913), aunque en este último caso es preciso aclarar que las nuevas ideas ya habían ingresado totalmente en los códigos regionales antes de la unificación italiana[143].

El sistema consolidado se caracterizó por un régreso a la jurisdicción penal ejercida por tribunales integrados, aun parcialmente, por jueces populares, no profesionales o accidentales, es decir, que no pertenecían al aparato burocrático estatal para la administración de justicia.

La persecución penal pública fue la regla y su monopolio quedó en manos de la magistratura conocida bajo el nombre genérico de ministerio público, con lo cual la función del Estado en materia penal —la administración de justicia penal— no se limitaba sólo a la tarea de decidir, sino que también se extendía a la de perseguir penalmente (la organización de una *policía criminal, represiva o judicial* deriva de esta función).

Dicho de manera general, se produjo una separación formal entre la función de decidir —aplicando la ley penal— y la de perseguir penalmente —requiriendo la aplicación de esa ley—, y se condicionó el ejercicio de la primera de esas funciones (jurisdiccional) al de la última nombrada (*ne procedat iudex ex officio* —correlación entre la acusación y la sentencia—).

Se reconoció la dignidad del imputado como persona humana y sujeto de derechos durante el procedimiento, con facultad de defenderse, incluso desde el comienzo del procedimiento (instrucción preparatoria). A tal efecto, y para equipararlo al órgano público encargado de la persecución penal, se permitió la asistencia de un defensor y, en algunos casos, tal asistencia se convirtió en un presupuesto procesal, sin cuya intervención la eventual sentencia de condena padecía de un vicio esencial que motivaba la casación. Se consideró al imputado como inocente hasta tanto una sentencia firme de condena no lo reconociera como culpable, y se prohibió toda aplicación de una pena no impuesta por sentencia firme. De allí que se lo tratara como inocente, razón por la cual la aplicación de medios de coerción pro-

[143] Cf. en general, VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. IV, nº 5, ps. 144 y ss., quien resume los principios generales de cada una de las legislaciones citadas y cita bibliografía útil. En particular, para Austria, cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 19ª ed., § 75, C, ps. 450 y ss.; para Alemania, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, §§ 70 y 71, ps. 461 y ss.; PETERS, *Strafprozeß*, § 11, V, y § 12, ps. 59 y ss.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, §§ 10, 11, 12, 13 y 14, ps. 41 y ss.; MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. I, Introducción, 2, A, ps. 35 y ss.; para Italia, MANZINI, *Tratado*, t. I, Iª parte, cap. I, nº 8, ps. 96 y siguientes.

cesal estuvo limitada y estrictamente regulada por la ley, al solo efecto de hacer posible el procedimiento, sus fines y su resultado. De allí también que se exigiera la certeza para arribar a una condena (*in dubio pro reo*), esto es, no se impusiera al imputado la carga de verificar su inocencia, sino, por el contrario, se afirmara la necesidad de descartar racionalmente toda probabilidad de inocencia para poder condenar. Por último, fueron suprimidos todos los métodos crueles de investigación de la verdad, o los que afectaban la dignidad de la persona, prohibiciones que, incluso, se imponen al objetivo de averiguar la verdad histórica sobre el hecho imputado.

Se suprimió la valoración legal de los medios de prueba, y se adoptó, según los casos, el antiguo sistema de la íntima convicción, propio de los jurados populares, o el más moderno de la libre convicción o sana crítica racional.

El procedimiento se dividió en tres fases. La *investigación preliminar* (*procedimiento preliminar* o *instrucción preparatoria*), cumplida, según los casos y las leyes particulares, unas veces por el mismo ministerio público con control jurisdiccional sobre los actos de coerción y de prueba que pudieran ser incorporados al debate, y otras por un juez de instrucción, en forma escrita, limitadamente pública y limitadamente contradictoria, con el único fin de conseguir los elementos que permitieran decidir acerca de la promoción del juicio penal por acusación o clausurar allí la persecución penal, por carecer de fundamento; el *procedimiento intermedio* que permite juzgar acerca de la seriedad de las conclusiones de la instrucción preparatoria, es decir, sobre el fundamento y viabilidad del requerimiento de apertura del juicio penal o de clausura de la persecución; el *procedimiento principal*, llamado también *juicio* o *instrucción definitiva*, cuyo eje central era un *debate oral, público, plenamente contradictorio y continuo*, sobre la base del cual se fundaba la decisión judicial acerca de la acusación, y, por tanto, el fallo de absolución o la condena.

La decisión final era, por lo general, inimpugnable en lo que se refiere a la reconstrucción histórica de los hechos sobre la base del debate. El recurso único y típico era el de *casación*, que sólo versaba sobre la correcta aplicación de la ley, penal y procesal. Existieron, sin embargo, excepciones[144], las que, a su vez, funcionaban excepcionalmente en los mismos códigos que las aceptaban.

[144] Por ejemplo: en Alemania es posible *apelar* (recurso amplio comprensivo de la impugnación del capítulo fáctico del fallo: *Berufung*) las sentencias emanadas de los tri-

La absolución era libre en todos los casos y, por tanto, impedía una persecución penal posterior sobre la base de la misma imputación (*ne bis in idem*). No obstante ello, los códigos admitían el *recurso de revisión* a favor del imputado, que permitía revocar condenas gravemente sospechadas de injusticia sin sujeción a plazo alguno; pero hubo también aquellos que lo admitían en contra del imputado, en los cuales el principio citado alcanzaba sólo valor formal[145].

Como ejemplo de las transformaciones nacionales en el ámbito del Derecho procesal penal, sólo consignaré algunos datos históricos de aquel que más conozco, el Derecho procesal penal de Alemania.

Ya conocemos quiénes fueron los precursores e introductores del ideario iluminista en Alemania y sus logros iniciales, tales como la supresión de la tortura física, proceso similar a las reformas que sufrió la Ordenanza francesa de 1670, en los últimos años de su vigencia, anteriores a la Revolución[146]. Para el cambio total faltarían algunos años más.

Una primera aclaración indica que el *Code d'instruction criminelle* de 1808 rigió directamente en una parte del territorio de Alemania, Renania prusiana, en la "orilla izquierda del Rhin", hasta 1849, al influjo de la dominación napoleónica (NAPOLEÓN, precisamente, fue derrocado en ese año).

Influencia directa de la Revolución Francesa y su acta de declaración de derechos ciudadanos fue el movimiento político que culminó en la Asamblea de Frankfurt, reunida en la *Paulskirche* el 27/12/1848, que dio a luz los "*Grundrechte des deutschen Volkes*" (Derechos fundamentales del pueblo alemán), en donde ya se advertía que "en causas penales regirá el proceso acusatorio". La Asamblea Nacional de Frankfurt dictó después la Constitución imperial de Frankfurt el 28/3/1849. Estos dos instrumentos permitieron superar la subsistencia del sistema inquisitivo en Alemania a través, fundamentalmente, del *preußische Kriminalordnung* del 11/12/1805 y del *bayerische Prozeßordnung* de 1813; el golpe de gracia introdujo el tribunal de jurados (*Schwurgericht*), prohibió los tribunales de excepción (*Ausnahmegerichte*), condicionó la actuación de la jurisdicción a una excitación extraña (proceso acusatorio: *Anklageprozeß*) y, como consecuencia de ello, al mantener el sistema de persecución penal pública, estableció el ministerio público (*Staatsanwaltschaft*); otros logros se refieren a la protección del imputado,

---

bunales municipales, el juez municipal (*Amtsrichter*) y el tribunal de escabinos (*Schöffengericht*), órganos jurisdiccionales inferiores en la organización judicial alemana, § 312, Ordenanza procesal penal, cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, ps. 272 y ss. El principio, sin embargo, sigue siendo el mismo: la única instancia para los hechos.

145 Característica del Derecho procesal penal alemán, § 362, Ordenanza procesal penal (cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, ps. 306 y ss.). Acerca de la discusión política sobre el alcance de la regla, cf. BAUMANN, *Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes*, p. 173; MAIER, *Conclusiones básicas*, ps. 367 y s.; y MAIER, *Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten*, ps. 789 y siguientes.

146 Ver E, 1.

exigiendo la orden judicial para su detención y encarcelamiento preventivo, y a la definitiva introducción de la publicidad y la oralidad del procedimiento principal o juicio.

Conforme a ello, los estados particulares que constituían Alemania transformaron las leyes que gobernaban la persecución penal: Bavaria en 1848 y 1861, Prusia en 1849, Baden en 1864, Württemberg en 1868, etc. En este movimiento se inscribe Austria en 1873 (*österreichische Strafprozeßordnung*). El modelo que abarcó todos los principios antes nombrados, más la correcta introducción de la inmediación y concentración en el debate y, parcialmente, la instrucción dirigida por un juez de instrucción, se conoce en Alemania como *reformierter deutscher Strafprozeß* (proceso penal alemán reformado), pues, según explicamos, constituyó la superación de la Inquisición, aunque conservó, sin embargo, sus principios esenciales: la persecución penal pública y la meta inmediata del procedimiento dirigido a averiguar objetivamente la verdad histórica.

Producto del proceso político que condujo a la unificación de Alemania son la Ordenanza procesal penal, sancionada el 1/2/1877 (*deutsche Strafprozeßordnung*) y la Ley orgánica judicial, sancionada el 27/1/1877 (*Gerichtsverfassungsgesetz*), ambas vigentes desde el 1/10/1879), las que, junto a la Ordenanza procesal civil (*deutsche Zivilprozeßordnung*) y a la Ley de concursos (*Konkursordnung*), sancionadas el mismo año, constituyeron, a la vez, el resultado final de las ideas reformistas del siglo en materia procesal y la consecución de un alto interés alemán por lograr la unidad de la jurisdicción, anteriormente disgregada en los distintos estados alemanes.

En los textos sustancialmente idénticos del 22/3/1924, después de la Primera Guerra Mundial, y del 12/9/1950, después de la Segunda Guerra Mundial (*Vereinheitlichungsgesetz*), esas leyes procesales penales rigen todavía, aunque que con reformas[147].

F. EL SIGLO XX Y LA ACTUALIDAD

El siglo que nos ha tocado vivir es mucho más modesto, más conservador que el anterior, al punto de que, admitido el error que puede surgir del hecho de que el observador está todavía inmerso en él, deba caracterizárselo, políticamente, como época de transición. Si dejamos aparte, por un lado, la gran elaboración doctrinaria del sistema en miras a la reformulación dogmática de sus reglas y, por el otro, las

[147] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, obra que contiene una traducción completa de la ley procesal penal de la República Federal de Alemania, con las reformas producidas hasta 1973; la ley de organización judicial traducida, en *La ley de organización de los tribunales de la República federal de Alemania*, ps. 115 y ss.; recientemente, GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, con un texto más actualizado de la Ordenanza procesal penal y la Ley de organización judicial de la República Federal de Alemania. Ninguno de estos textos en castellano refleja el actual estado de la Ordenanza procesal penal y de la Ley de organización judicial alemanas, pero el de GÓMEZ COLOMER es el que más se aproxima a su estado actual.

reformas parciales y efímeras que sobrevinieron a impulsos de sistemas de organización política infecundos y siniestros —el autoritarismo corporativista (*fascismo*)—, o a problemas momentáneos —el fenómeno del terrorismo—, son escasas las variaciones de contenido y estructura que revela el sistema de enjuiciamiento penal del siglo XX respecto de su antecesor. Antes bien, puede decirse que, culturalmente, la labor se centró en la defensa y desarrollo de los principios establecidos durante el siglo anterior, sobre todo después del remezón que sufrieron, aun cuando parcialmente, por la aberrante aventura bélica y política del fascismo y el nacionalsocialismo. Importantes son, por ejemplo, la *Declaración universal de los derechos del hombre* (1948), la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948), el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (1966), la *Convención americana sobre derechos humanos* o *Pacto de San José de Costa Rica* (1969) y la *Convención europea sobre salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales* (1950), de indudable repercusión en los sistemas nacionales de persecución penal. Empero, a decir verdad, ellas no representan innovaciones políticas profundas respecto de lo ya consolidado culturalmente en esta materia: lo más importante de ellas resulta ser la jurisdicción internacional, a la que los estados voluntariamente se someten y, consecuentemente, la aparición de un sistema de protección internacional para los derechos humanos, que culmina en tribunales internacionales sobre la materia, cuya decisión, aceptada su jurisdicción genéricamente o para el caso individual, es vinculante para el Estado.

La afirmación del derecho de defensa para el imputado, aun durante la investigación preliminar, con todo lo que ello implica, la oralidad, publicidad y continuidad del juicio penal, la proscripción de los métodos cruentos del interrogatorio del imputado y de los órganos de prueba y la inadmisibilidad de ciertos métodos para lograr elementos de prueba son todas adquisiciones culturales definitivas del siglo XIX. Se podrá decir que este siglo debió volver una y otra vez sobre ellas, pues una y otra vez las formas que adoptaron diversos estados para gobernarse las desconocieron en los hechos, incluso que en la actualidad se sigue atentando contra esas conquistas humanas en gran cantidad de estados nacionales de nuestra propia órbita cultural, pero el regreso sobre ellas ya no es una tarea de imposición cultural, sino de afirmación práctica, de perfeccionamiento de las regulaciones jurídicas y de búsqueda de los medios de control que permitan afirmar como regla empírica, lo que en el Derecho y en la ética ya fue establecido hace tiempo. En este sentido, lamentablemente, que-

da mucho por hacer: muchos países de nuestro ámbito cultural no han alcanzado un mínimo de regulación jurídica que permita la realización efectiva de estas conquistas y otros, que las han alcanzado, no han logrado erradicar viejas prácticas de los órganos de persecución penal o de los organismos de seguridad del Estado, que se empecinan en desconocer en los hechos estas conquistas humanas; si hasta se ha "inventado", modernamente, formas más groseras de eliminarlas como la de evitar del todo el proceso penal, sancionando sin él con el encierro y hasta con la muerte[148]. El superar esta hipocresía, que se revela en la afirmación abstracta de un Estado de Derecho y en la realización total o parcial de uno de terror o policíaco, es, según creo, la tarea principal de este siglo y del que vendrá. Se trata, sin duda, de una tarea ingrata, porque ya no reside en dar a luz las grandes ideas, en ilustrar los principios de un gran movimiento político para la persecución penal, sino, por el contrario, en establecer los medios idóneos para llevarlos a cabo comúnmente en la realidad cotidiana.

Siguiendo este derrotero es que —en el fondo, quizá a instancia de la gran hecatombe humana que significaron las dos guerras mundiales, en especial la segunda[149]— la segunda mitad de este siglo, en la que nosotros vivimos, se aparta cada vez más de la labor especulativa dogmático-jurídica que caracterizó a su primera mitad, para ingresar de lleno a la crítica de las instituciones penales y a la búsqueda de medios racionales de actuación del poder penal del Estado. Por encima, entonces, de la labor dogmática, hoy se nota el excepcional vigor de los esfuerzos político-criminales para racionalizar el poder penal del Estado —más allá de las diferencias de enfoque—, uno de cuyos sectores integrantes es el Derecho referido a la persecución penal.

1. La política criminal

Los resultados insatisfactorios de la actuación del poder penal del Estado respecto de sus propios fines —la prevención del delito— y el desarrollo creciente de los datos que las ciencias empíricas arrojan so-

[148] El fenómeno en la República Argentina descripto por ROUQUIÉ, *El poder militar en la Argentina (1976-1981)*, ps. 72 y ss. La realidad, o parte de ella, en Informe de la CONADEP, *Nunca más; Informe de la OEA sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina*, entre otros.

[149] Para advertir el sacudimiento brusco en la cúspide de la teoría jurídica, nada mejor que la confesión de Gustav RADBRUCH, *Erste Stellungnahme nach dem Zusammenbruch*, 1945, sobre el abandono del positivismo jurídico, que se repite en *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946, introducido en su *Rechtsphilosophie*.

bre el sistema penal del Estado, modificaron por completo el sentido con el que los juristas aprecian la política criminal. Desde la *observación retrospectiva*, válida para alcanzar los criterios básicos de un ordenamiento jurídico determinado, fijo en el tiempo y en el espacio, que guió la especulación jurídica de la primera mitad del siglo, se pasó bruscamente a la *observación prospectiva*, para construir un sistema de criterios básicos de un sistema penal que funcione de acuerdo con los fines propuestos. Y, por otro lado, para evitar una transmisión ciega de fines políticos de un grupo, por mayoritario que sea, a la legislación del Estado, que utilice su poder penal, en realidad, sólo para reprimir a los adversarios o disidentes, se acude a los datos que cada vez con mayor intensidad y dedicación al problema penal arrojan las ciencias empíricas, en un intento por racionalizar el empleo de ese poder penal para conseguir fines consentidos genéricamente por quienes viven en ese Estado[150]. Con ello queda dicho, de pasada, que este consenso general ha limitado las metas que persigue el Derecho penal, y reducido también su función como instrumento de control social.

La tarea que la política criminal actual cumple puede, así, resumirse según el itinerario histórico seguido: funciona *críticamente* sobre los institutos jurídicos vigentes, de la mano de los resultados que ellos han producido en la práctica concreta, en los hechos, y, a partir de allí, propone su reemplazo o modificación, según métodos racionales que pretenden tener firme fundamento en investigaciones empíricas acerca de los probables resultados que producirán en el mundo.

Operando de esta manera, la política criminal compensó la quietud natural de la dogmática jurídica frente a las condiciones sociales variables; en efecto, la euforia actual por la política criminal, en el sentido expresado, le ha agregado a la ciencia penal una dinámica indudable, de la que la dogmática carece por su necesario formalismo, y el apego a valores y conceptos que, de alguna manera, están previamente fijados por el sistema positivo aplicable[151]. Nótese que la ten-

[150] Sobre el consentimiento, como signo ético-social que permite identificar un orden jurídico (o la pena) no sólo como existente sino como obligante, cf. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. III, ps. 205 y ss.; WELZEL, *Die Frage nach der Rechtsgeltung*.

[151] Destaca el poder de estabilización y continuidad de la política jurídica que cumple la dogmática, HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, ps. 178 y ss.; el papel conservador de la dogmática, NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cap. II, ps. 17 y siguientes.

dencia hoy dominante, que ha dado en llamarse política criminal, opera desde el exterior del sistema hacia él, observando sus fallas e intentando corregirlas, mientras que la dogmática jurídica parte del sistema vigente, al que estabiliza, para producir sus efectos fuera de él, en la vida real.

2. Los principales problemas actuales de la política criminal

Para arribar a las modificaciones que el final de nuestro siglo propone al sistema de enjuiciamiento penal recibido del anterior, es preciso detenerse, por lo menos brevemente, en los principales problemas que ha detectado o con los que se debate la política criminal actual al valorar la aplicación del poder penal del Estado. Ello sugiere que el "problema penal", desde el punto de vista político, es único y alcanza a todos sus sectores componentes, las ramas jurídicas en las que, de ordinario, se divide el poder penal del Estado: Derecho penal, procesal penal y de la ejecución penal[152].

a) Las formas de reacción penal

Si eliminamos la crítica a la pena de muerte[153], ya porque ha desaparecido de las legislaciones positivas, prohibida incluso, total o parcialmente, por las constituciones estatales, o ya porque no funciona como pena central del sistema, y se avizora su eliminación definitiva (afirmación aún más fundada si la referimos a la práctica judicial y a su ejecución real), es la pena privativa de libertad (pena que caracterizó al sistema de reacción penal de este siglo) la que hoy soporta los embates fundamentales de la crítica política. A la par de la desazón que provocó la frustración de los esfuerzos por "humanizar" el encierro de seres humanos[154], indicadores empíricos fundan el aserto de

[152] Cf. PETERS, *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*, quien subraya la dependencia recíproca que advertimos y hasta pretende fijar metas políticas en sentido inverso al tradicional; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, D, II, p. 6.; ZIPFT, *Kriminalpolitik*, en castellano, *Introducción a la política criminal*. Entre nosotros, BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, Primera Parte, II, ps. 37 y siguientes.

[153] Al respecto cf. GARCÍA VALDÉZ, *No a la pena de muerte*; BARBERO SANTOS Y OTROS, *La pena de muerte: 6 respuestas*.

[154] Cf. KERNER, *Strafvollzug und Rückfälligkeit*, ps. 184 y ss.; JESCHECK, *La crisis de la política criminal*, ps. 45 y ss. Desde el punto de vista de la más reciente propuesta de "humanización" institucionalizada, la "ideología del tratamiento", confrontar sus críticas, dudas, fracasos y necesidad de persistir en ese camino en KAUFMANN, H., *Ejecución pe-*

que la privación de libertad no sólo no cumple los fines preventivos previstos para la pena sino que, además, provoca a menudo efectos contrarios a los pretendidos[155].

Se ha detectado un proceso de "*prisionización*" que no sólo incapacita en mayor o menor medida al condenado para su vida posterior en libertad, sino que, también, provoca cierto *deterioro mental* que puede provenir de la internación excesiva en un establecimiento carcelario[156]. Desde el punto de vista de la efectividad, los datos empíricos arrojan una cuota elevadísima de reincidencia, realidad posiblemente más desalentadora si se tiene en cuenta la "cifra negra", esto es, los delitos que, por falta de información y persecución, no constan en las estadísticas oficiales; los datos acerca de la distribución de la reincidencia tampoco emiten un dictamen favorable acerca de los beneficios de la privación de libertad, ya que ella aumenta o disminuye según factores que no guardan relación con la ejecución de la pena (grave aumento en las grandes ciudades con relación a las pequeñas, drástica disminución después de los 35 años de edad, riesgo mayor en el período que sigue inmediatamente a la liberación) y, al contrario, parecen indicar como perniciosa su ejecución (influencia decididamente benéfica de la libertad condicional y de la condena condicional)[157]. A propósito de la ejecución, tampoco el gran movimiento de los años sesenta que inclinó la balanza de los fines de la pena hacia la prevención especial con su pena privativa de libertad "tratamiento",

nal y terapia social, cap. III, F, ps. 325 y ss. (allí también un *Desarrollo histórico de la ejecución de las penas privativas de libertad*, Apéndice, ps. 339 y ss.); BERGALLI, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, 1ª parte, cap. V, 5, ps. 154 y ss., y 2ª parte, cap. V, 4, ps. 273 y siguientes.

155 Cf. GOFFMAN, *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates* (hay edición en castellano: *Internados*); ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, ps. 139 y siguientes.

156 Cf. CLEMMER, *Prisonisation*, ps. 148 y ss.; *The prison community*, ps. 298 y ss.; una descripción de este fenómeno en idioma castellano, con toda la bibliografía adecuada a su estudio, en: KAUFMANN, H., *Ejecución penal y terapia social*, cap. 1, III, ps. 119 y ss.; BERGALLI, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, V, ps. 53 y ss.; *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, 2ª parte, cap. V, 4, ps. 273 y siguientes.

Un resumen teórico insuperable y su contraste con investigaciones empíricas fundadas en esta línea conceptual en el informe institucional *Deterioramento mentale da detenzione*.

157 Cf. *La recidiva postpenitenciaria*, estudio empírico comparado que revela los datos citados y una coincidencia sorprendente de los datos obtenidos, a la vez, en tres países, con lo que sus resultados parecen adquirir valor universal; KERNER, *Strafvollzug und Rückfälligkeit*.

y postuló la creación de establecimientos de encierro "social-terapéuticos", ha arrojado resultados halagüeños en relación a la gran inversión que resulta necesaria para crear y mantener esos establecimientos, inversión que se sustrae a otros fines sociales tan o más importantes, incluso para la prevención penal (la educación, por ejemplo), tal que permita proseguir con optimismo esos proyectos, que hoy en día continúan, más porque representan un paso decidido hacia la humanización del encierro, que por sus resultados satisfactorios[158].

Nada de ello evitó que el Derecho penal trabajara principalmente alrededor de la pena privativa de libertad. En verdad, este modo de reacción fue el remedio y la alternativa que el Derecho penal presentó para la supresión de la pena de muerte y de las penas corporales, acuciado por la urgencia y utilizando una medicina que no había experimentado, por elección, prácticamente, del mal menor[159]. Si a los problemas sintéticamente indicados agregamos el traslado práctico inevitable de los efectos de la pena privativa de libertad a las personas cercanas al condenado, los efectos de etiquetamiento futuro para el reo, también inevitables en el seno social, a pesar de que las normas jurídicas niegan enfáticamente esas consecuencias, y sumamos a ello la realidad de la mayoría de los establecimientos de encierro, tendremos una idea aproximada de la crisis del modo característico de reacción penal de nuestro siglo, de su falta de fundamentos conforme a los fines confesados que persigue e, incluso, de su inhumanidad[160].

No corresponde a esta obra la exposición acerca de las alternativas y remedios materiales que son postulados frente a la pena privativa de libertad. Basta decir que, en principio, los sistemas penales no con-

158 La síntesis del fracaso de la pena tratamiento fue expresada con mucha dureza, en dos palabras: *nothing works* (nada funciona), atribuidas al criminólogo Robert MARTINSON (por su trabajo *What works? Questions and answers about prison reform*, ps. 22 y ss.). En realidad, la frase nunca fue sostenida por MARTINSON, pero se convirtió en un cliché utilizado contra la idea del tratamiento, cf. WALKER, *Sense and nonsense about crime*, 2ª ed., cap. 11, ps. 202 y siguientes.

159 Cf. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, ps. 77 y siguientes.

160 Cf. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, ps. 347 y ss; BELOFF, *Teorías de la pena: la justificación imposible*. Dos de nuestros principales juristas contemporáneos han producido un debate interesantísimo sobre los fines y la justificación de la pena en el ámbito de la revista "No Hay Derecho", cuyo punto de partida y cuyo centro es, precisamente, la crisis de la pena estatal, en especial de la privación de la libertad: NINO, *La huida frente a las penas*, ps. 4 y ss.; ZAFFARONI, *¿Vale la pena?*, ps. 5 y ss.; y, finalmente, ambos autores bajo el mismo título, *Se acabó el debate*, ps. 25 y siguiente.

siguen desprenderse todavía de la privación de libertad como pena característica, aunque las legislaciones positivas más modernas comienzan a reemplazarla con significativo éxito por la multa o por ciertas formas restrictivas de la libertad que, o bien no implican encierro, definido tradicionalmente, o bien lo limitan a ciertos períodos, y procuran incluso, en la máxima medida, evitar su ejecución[161].

Modernamente, varios factores se han unido para engendrar soluciones que, al menos desde el punto de vista teórico, representan un intento de transformar el núcleo del sistema y no tan sólo su periferia. Cualquiera que sea el alcance de las reformas postuladas y el punto de vista más tradicional o más radical con el que ellas son encaradas, todas las soluciones implican, teóricamente, un desplazamiento del sistema penal en su conjunto, tal como se lo concibe históricamente. La irrupción repentina e incontenible de los intereses de la víctima al sistema penal y de la reparación como modo de solución del conflicto social que representa el delito amenazan con transformar al Derecho penal: de un sistema de regulación del poder estatal a otro cuyo fin principal sea la solución del conflicto y la reposición real de la paz social[162]; la idea simple de sustituir la pena estatal por otro modo de reacción frente al delito provoca el cisma, a pesar de las dificultades para hallar el punto justo del reemplazo y de las críticas que, fundadas en ello, permiten reconocer a la solución como absolutamente problemática aún. El debate actual, sin embargo, es serio y por primera vez se enfrenta, según dijimos, con el meollo de la "cuestión penal", poniéndola en crisis.

Todos estos cuestionamientos de la base de funcionamiento del sistema penal, la pena estatal, refluyen en todos sus sectores: también en el Derecho procesal penal. Es un secreto a voces que la concepción de la pena estatal determina directamente las características principales del sistema de persecución penal: persecución penal pública, verdad como meta del procedimiento, exclusión de la influencia del interés de la víctima, etc. Como ejemplo sintético y concreto se puede citar, en nuestro Derecho positivo, la introducción en el Código Penal de la solución prevista por los arts. 76 *bis* y ss.: *suspensión del juicio a prueba*; cualquiera que sea el grado de acierto o de desacierto de esta solución, ella, además de representar un sistema sustitutivo de la pena estatal por otras soluciones reparatorias o tera-

[161] Cf. JESCHECK, *La crisis de la política criminal*, V, 3, ps. 66 y ss. Un panorama en DE SOLA DUEÑAS-GARCÍA ARÁN-HORMAZÁBAL MALARÉE, *Alternativas a la prisión*.

[162] Cf. MAIER, *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*, con el debate político-criminal actual y bibliografía relativa al tema.

péuticas, con las cuales se espera lograr efectos preventivos superiores a los de la aplicación de una pena, incidirá en gran medida en la persecución penal[163].

b) La limitación de los comportamientos punibles

El hecho de que el pensamiento actual postule el ejercicio de la tolerancia ideológica como único modo de convivencia pacífica, y el valor que, tanto jurídica como prácticamente, adquiere la condena penal para el futuro del reo en el seno social, han incidido decisivamente para proponer la limitación al máximo de la incriminación de los comportamientos sociales desviados. En el marco de esta limitación dos son los problemas principales: la desincriminación de comportamientos desviados, acorde con la afirmación de último remedio para el control social que se postula para el Derecho penal[164], y la corrección de los excesos que produce la descripción abstracta de los comportamientos punibles.

En el primer rubro se inscribe la limitación de la reacción penal para el menosprecio de bienes jurídicos objetivamente reconocidos por un consenso general, la limitación de la utilización del poder penal del Estado sólo a ciertas formas muy claras de ese menosprecio, la necesidad de afectar o poner en peligro concretamente ese bien jurídico, la exclusión de los hechos que no trascienden el ámbito privado del agente y el reconocimiento de algún ámbito ético propio para la persona humana, que le impide cumplir con ciertos deberes (objeción de conciencia), aun cuando ellos estén reconocidos por el consenso general.

Al segundo rubro pertenecen ciertos remedios dogmáticos y prácticos que permiten reducir el ámbito de lo punible definido en cada tipo de la ley penal o evitar la reacción. Los esfuerzos dogmáticos para afirmar que la *adecuación social del hecho* elimina la adecuación típica, resta antijuridicidad al hecho, excluye la culpabilidad o, por lo menos, la punibilidad[165], representan un ejemplo de la primera clase.

[163] Mayores aproximaciones a la consecuencia de esta reforma podrán observarse, de la mano de institutos determinados del Derecho procesal penal, sobre todo en el parágrafo dedicado a la *intervención de la víctima en el procedimiento*.

[164] Cf. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, B, I, 1, ps. 13 y ss. Sobre este problema se puede ver *Decriminalización* (INFORME DEL COMITÉ EUROPEO SOBRE PROBLEMAS DE LA CRIMINALIDAD).

[165] FIORE, *L'azione socialmente adecuata nel diritto penale*; resumido y en relación a nuestro problema, PETERS, *Strafprozeß*, IV, 1, ps. 12 y siguientes.

Con prescindencia de la posibilidad de suspender el pronunciamiento (condena condicional o suspensión de la ejecución), ya impuesta en el Derecho penal moderno, constituyen esfuerzos de la segunda clase aquellos que tienden a ampliar esta base de retroceso de la punibilidad, como los encaminados a evitar la reacción cuando el hecho, en sí punible, conduce de manera natural a una pérdida del goce de bienes jurídicos o a un sufrimiento para el agente equivalente o superior a la misma pena amenazada, o a someter a prueba al agente, incluso suspendiendo la persecución penal para meritar si se puede prescindir de ella, mediante un sistema de advertencias e imposiciones temporales de medidas que no revisten carácter penal (*diversion*), por lo menos culturalmente.

El Derecho penal, sin embargo, parece haberse desvinculado del análisis teórico y de sus propuestas descriminalizadoras, pues se asiste a una verdadera "inflación" punitiva, en tanto el Derecho moderno incluye, bajo amenaza de pena, casi todas las relaciones jurídicas posibles, según las cuales el ser humano interactúa con sus congéneres; para decirlo con palabras más sencillas: no hay ley actual, que pretenda regular cierto ámbito de relaciones de los seres humanos, en cuyo contenido no exista un capítulo penal[166].

c) La incriminación de nuevos comportamientos y el reclamo de eficacia en su persecución

A contrario del postulado general que antecede, el desarrollo de las sociedades modernas ha planteado la necesidad de ampliar el control social a ciertas áreas especiales o de emplear el Derecho penal como método de control en esas áreas, ante el fracaso de su regulación por otros medios.

Los dos ejemplos más notorios están hoy representados por el llamado *Derecho penal económico*, que intenta proteger, sobre todo, los sistemas económicos nacionales de los ataques internos y externos que procuran un provecho ilegítimo, al desvirtuar sus reglas, y por el *Derecho penal relativo al medio ambiente*, que incursiona en la protección de las riquezas naturales destruidas o menospreciadas por el hombre en su afán de producir y consumir o simplemente, de aprovechar sin límites aquello que la naturaleza le brinda[167].

[166] Con el ejemplo del Derecho estadounidense y su influencia en el ámbito cultural europeo, cf. CHRISTIE, *La industria del control del delito*.

[167] Cf. BACIGALUPO, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho penal económico*, II, ps. 59 y ss.; DE LA RÚA, J., *Los delitos econó-*

Tal situación ha conducido a nuevas disposiciones penales, muchas de ellas concebidas como infracciones de peligro, cuya pretensión de autonomía y elaboración sistemática todavía se considera como incipiente. Pero el hecho de que en estos nuevos ámbitos se muevan centros de decisión supraindividuales y, en ocasiones, supranacionales, con enorme poder técnico-económico, plantea hoy graves problemas a la concepción tradicional del Derecho penal[168]. Acaso el que más nos interesa ahora es la necesidad de obtener eficacia en la persecución de estas infracciones, para lo cual parece imprescindible superar la organización judicial tradicional especializando a los órganos de persecución penal y dotándolos de medios técnicos necesarios a fin de equiparar el poder de sus perseguidos y posibilitar que obtengan resultados satisfactorios en su tarea[169].

3. Las proposiciones en el enjuiciamiento penal

Según aclaramos, el enjuiciamiento penal del siglo XX sigue fiel, en líneas generales, a los fines y a la estructura fundamental que le propuso la reforma del siglo anterior. Responde, por lo tanto, a un *Derecho penal de acto* (culpabilidad por el hecho) y, por ello, su meta principal es servir a la reconstrucción histórica del hecho imputado y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, y protege, a la vez, la personalidad del presunto infractor. Es, así, un método reglado para averiguar la verdad histórica acerca de un hecho humano hipotético que constituye su objeto, método cuyos fines consisten en realizar el poder penal del Estado allí donde él halla fundamento, custodiar la vigencia de valores superiores relativos a la dignidad de la persona humana y lograr la paz y seguridad jurídicas mediante la decisión final en la que culmina[170].

---

micos, I, p. 12; VILADAS JENÉ, *La delincuencia económica*, ps. 221 y ss.; PAVARINI, *Ricerca in tema de criminalitá economica*, ps. 439 y ss.; TIEDEMANN, *Poder económico y delito*.

BAIGÚN, *Política criminal y tutela del medio ambiente en la República Argentina*, I, ps. 1 y ss.; *República Federal de Alemania. Ley de reforma al Código Penal. Ley para la represión de la criminalidad ambiental*, ps. 555 y ss; PIERANGELLI, *Ecología, polución y Derecho penal*, ps. 51 y ss.; BACIGALUPO, *La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente*, ps. 200 y siguientes.

168 Un seminario sobre este problema, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires trató estos temas: cf. AA.VV, *Delitos no convencionales*.

169 PASTOR, *¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos no "convencionales"?*, ps. 269 y siguientes.

170 Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, B, II, ps. 2 y siguientes.

Con ese punto de partida, las innovaciones propuestas pretenden: *a*) reducir el papel que la privación de la libertad juega durante el proceso penal; *b*) racionalizar la aplicación de la pena extendiendo a su individualización las exigencias formales ya clásicas en el debate sobre el hecho; *c*) eliminar de la persecución penal los casos posibles que ofrezcan una solución racional, distinta de la pena, para el comportamiento desviado, y contribuir de esa manera a reducir el ámbito de aplicación del poder penal del Estado, con ahorro de esfuerzos, para destinar ese ahorro a aquellos casos que lo necesitan; y *d*) lograr eficacia en ciertos ámbitos no tradicionales del Derecho penal, para nuevas formas delictivas que le propone la actual organización social. Más allá de ello, en lo puramente formal, se pretende optimizar al máximo la tensión existente entre eficiencia de la persecución penal y vigencia de las garantías individuales en el procedimiento penal, mediante reformas del procedimiento cuya tendencia general consiste en una mayor aproximación al método acusatorio[171].

a) El encarcelamiento preventivo y las medidas de coerción personal del imputado

Pese a que, jurídicamente, se puede distinguir la pena del encarcelamiento preventivo, tanto por sus fines como por su modo de realización, lo cierto es que este último, como la pena, representa una de las formas de encierro institucionalizado en nuestra organización social y, como todo encierro, produce efectos cuestionables en la persona humana, muchas veces contrarios al fin que con él se persigue o desproporcionados respecto de él. Si el Derecho penal actual problematiza la privación de libertad como reacción frente al comportamiento desviado, con cuánta más razón el Derecho procesal penal debe cuestionarla como medio de evitar la frustración de los fines del procedimiento si, como declama, la persona a quien se aplica es reputada aún *inocente* hasta que una sentencia firme la declare culpable y la someta a una pena.

La evolución dogmática que sucedió a los principios liberales del siglo pasado logró desarrollar un estatuto fundamental que gobierna la aplicación del encarcelamiento preventivo, el cual, sintéticamente desarrollado por máximas, consiste en: formalmente, el encarcelamiento debe ser autorizado por una decisión judicial que funde sus presupuestos (*principio de judicialidad*); se parte, como principio, de la libertad del imputado y sólo se autoriza su encierro en ocasiones *excep-*

[171] La tensión entre estas dos fuerzas, como base explicativa del sistema, en BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, Primera Parte, III, ps. 49 y siguientes.

cionales, cuando, fundada la probabilidad de estar frente al partícipe en un hecho punible, el *peligro de fuga* o de *entorpecimiento en la averiguación de la verdad*, cuya verificación como hecho real frustraría los fines del procedimiento penal, sea cierto y no pueda evitarse por otros medios (*principio de excepcionalidad*); aun en esos casos, evitar siempre que la medida de coerción procesal sea más gravosa para el imputado que la propia pena amenazada o que aquella que se espera en caso de condena, con lo cual el encarcelamiento preventivo no se debe autorizar cuando no está amenazada o no se espera la privación de la libertad como reacción penal o, de otra manera, se debe hacer cesar cuando el encarcelamiento sufrido, computado para la pena según las reglas respectivas, permite afirmar que, según la pena que se espera, no se prolongaría la privación de libertad en caso de condena (*principio de proporcionalidad*)[172]; se debe acudir a otros medios menos gravosos que la privación de libertad personal que permitan resguardar eficientemente los fines del procedimiento y evitar el encarcelamiento (*principio de subsidiariedad*).

El siglo XX ha procurado reducir aún más las posibilidades del encarcelamiento preventivo. Ya la reducción postulada para la pena privativa de libertad producirá efectos inmediatos en el encarcelamiento preventivo conforme al principio de proporcionalidad. Pero eso no bastó. Con razón se procura establecer un límite temporal máximo para la privación de libertad procesal, para evitar así cargar en las espaldas del imputado la duración exagerada del enjuiciamiento penal. El movimiento se inscribe, además, dentro de aquellos que intentan un enriquecimiento de las garantías personales, una necesidad histórica ineludible para no pecar por ineficacia e hipocresía, pues la realidad se ha encargado de demostrar modos de aplicación del poder penal del Estado que, con respeto aparente de las formas establecidas para la intervención estatal, las violan en esencia, incluso por utilización de esas mismas formas (la intervención judicial) en sentido contrario a la garantía, para limitar aún más la libertad personal. La limitación temporal del encarcelamiento preventivo ha alcanzado ya rango constitucional, según sucede, por ej., en la nueva Constitución española[173] y en la italiana[174], con lo cual se reconoce que la prolongación de la prisión preventiva por demasiado tiempo o, si se quiere, su ilimitación temporal, afecta al Estado de Derecho correctamente

[172] Como nos hallamos en uno de los casos excepcionales de peligro en los que procede el encarcelamiento preventivo, es claro que prevalecen los valores de la personalidad humana, aun a riesgo de que los fines del procedimiento resulten frustrados.

[173] Art. 17, párr. IV, Constitución del 27/12/1978, cf. BUENO ARÚS, *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, p. 854.

[174] BETTIOL, *Instituciones de Derecho penal y procesal penal*, ps. 225 y 236; LEONE, *Tratado de Derecho procesal penal*, p. 293; CPP Italia, 303 y siguientes.

comprendido. La prueba final del acierto de este enriquecimiento de la garantía de libertad aparece en nuestro siglo conducida por las convenciones sobre derechos humanos que, a la vez de reiterar los principios anticipados, abogan por un plazo breve de encarcelamiento preventivo, mediante la simple fórmula, escasamente entendida entre nosotros, de *juicio* o *libertad*[175].

Las leyes procesales han reaccionado consecuentemente. La Ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania, §§ 121 y 122, establece un plazo máximo —genérico— de seis meses para la privación de libertad procesal si no ha recaído condena a pena privativa de libertad o medida de seguridad y corrección también privativa de libertad, con la posibilidad limitada de una prórroga en casos excepcionales, sólo por decisión del tribunal de casación superior de los estados federados o de la Corte Suprema Federal, caso en el cual su control posterior queda en manos de estos tribunales[176]. El nuevo CPP italiano contiene también limitaciones temporales para el encarcelamiento preventivo, según un sistema complejo que comprende: limitaciones temporales absolutas, definidas por la gravedad de los delitos y limitaciones temporales que dependen del período procesal y de la gravedad de la imputación (CPP Italia, 303 y ss.). El art. 145 del Código de procedimiento penal francés resolvía todos los casos con un plazo máximo de cuatro meses, prorrogables por decisión fundada y por un plazo idéntico, pero la reforma de 1970 limitó la solución a los delitos correccionales, y dejó las demás situaciones sin resolver y, por ello, sin claridad la solución final, circunstancia que deriva, al parecer, de cierta vergüenza por el retroceso frente al Derecho penal liberal[177]. El art. 504 de la Ley de enjuiciamiento penal española pretende dar respuesta a la disposición constitucional antes citada: determina un plazo de tres meses para delitos leves y un plazo de un año para los demás; pero, a continuación, fija los plazos de dos y cuatro años, respectivamente para ambas situaciones, si se autoriza la prolongación de la prisión; por lo demás, después de la condena, no firme, la prisión se puede prolongar hasta la mitad de la pena impuesta en la sentencia, durante la tramitación del recurso; por último, no se computa en estos plazos el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la administración de justicia, regla ridícula de contenido similar a aquella que aparece en la legislación federal de nuestro país. La deficiencia de estas reglas parece fincar en dos extremos: en primer lugar, detenido un imputado —y no liberado inmediatamente—, el derecho de él consiste en ser sometido, dentro de un plazo brevísimo, al juicio público en pos de la condena o de la absolución, exigencia natural si se observa el presupuesto del encarcelamiento preventivo que requiere la gran probabilidad de que él sea autor de un hecho punible o partícipe en él, precisamente la misma exigencia que las leyes determinan para citarlo a juicio; en segundo

[175] Tanto las convenciones universales como las regionales referidas a nuestro ámbito territorial han sido incorporadas hoy al texto de la CN (75, inc. 22). En este sentido, la CADH, 7, nº 5, y 8, nº 1; y el PIDCyP, 9, nº 3.

[176] Cf. Maier, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, ps. 94 y ss.; Gómez Colomer, *El proceso penal alemán*, § 8, III, 4, V, ps. 109 y s., ps. 314 y s. (ver §§ 121 y 122).

[177] Cf. Merle-Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 12ª ed., p. 383.

lugar, ya prácticamente, todas las regulaciones admiten prolongaciones ilimitadas o con límites extensos (España), de manera tal que, en la práctica, dependerán siempre de la posibilidad de los tribunales (del Estado) de concluir el procedimiento que él mismo ha establecido.

En la República Argentina, la jurisprudencia reaccionó de la mano de ciertos plazos ordenatorios para la duración del procedimiento penal o de la instrucción, a pesar de que ni la Constitución ni la ley preveían una solución directa para estos casos, cuyo fundamento básico se encuentra siempre en la reflexión de que una privación de libertad procesal prolongada, sin límites y sin que se avizore la culminación del procedimiento, lesiona siempre el Estado de Derecho[178]. Luego, la reforma al art. 379, del CPCrim. nacional (1889), introdujo en él (inc. 6), indirectamente, un plazo máximo de duración del encarcelamiento preventivo (ley nº 23.050). Modernamente, el CPP Córdoba y el CPP Tucumán, 283, fijan el plazo de dos años como límite absoluto del encarcelamiento preventivo. La ley nacional nº 24.390, que pretende reglamentar la garantía de los pactos internacionales incorporados hoy a nuestra Constitución, establece un sistema complejo y altamente cuestionable, incluso por su redacción, para dar respuesta al problema. El plazo básico alcanza los dos años; ese plazo puede ser prolongado hasta tres años y medio e, incluso, aún más si se ha obtenido sentencia condenatoria contra la cual pende la tramitación de un recurso; los plazos, sin embargo, son inciertos, porque, a semejanza de la ley española y de la más antigua reforma del CPCrim. vigente anteriormente (1889), art. 379, manda descontar de ellos las demoras provocadas por requerimientos defensivos que no tuvieron utilidad práctica; por último, todo el tiempo que el imputado pasó en prisión durante el procedimiento, después de los dos años del plazo básico, se computa doble para la pena, en relación a la regla de cómputo del CP, 24.

Tal como sucede en el Derecho penal con la pena privativa de libertad, el movimiento que intenta limitar el encarcelamiento preventivo va acompañado de la búsqueda de alternativas para él, esto es, de la autorización de otras medidas coercitivas que lo reemplacen con menor daño para la persona humana y similar garantía para el procedimiento. A más de las clásicas cauciones, ciertas restricciones a la libertad, como la obligación de presentarse periódicamente ante el

[178] Cf. MAIER, *Límite temporal del encarcelamiento preventivo*, 3 y 4, ps. 300 y ss.; *Un caso claro de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, ps. 87 y siguientes.

tribunal o una autoridad designada por él, soportar la vigilancia periódica en su domicilio o no ausentarse de un determinado radio ciudadano o rural, han resultado eficaces para sujetar al imputado al procedimiento y a las decisiones que en él sean dictadas.

b) La cesura del debate y la decisión

La simple experiencia puede verificar que el capítulo dedicado a la individualización de la pena, además de abarcar un porcentaje ínfimo de la sentencia, queda librada al más absoluto arbitrio judicial que, sin sujeción a ninguna de las formas rígidas establecidas para reconstruir el hecho y arribar al fallo de culpabilidad, mide la reacción penal que va a aplicar con métodos que carecen de un fundamento racional. En el mejor de los casos se halla allí un simulacro de fundamentación que la mayoría de las veces acude a meras abstracciones —que la ley penal contiene como parámetros para medir la pena—, sin concretarlas ni demostrarlas en el caso particular de que se trata. Ello, por lo demás, no es casualidad, pues el enjuiciamiento penal del siglo XIX agotaba su cometido, prácticamente, con el fallo de culpabilidad, y respondía de esa manera a un puro Derecho penal de acto, ya que previó, en un principio, un sistema de penas fijas, sin escalas ni alternativas. El desarrollo dogmático que siguió en el Derecho penal ayudó también a esta comprensión del procedimiento, pues dio primacía a la teoría del delito frente a la teoría de la pena.

Hoy la situación ya no es la misma. Las escalas de gravedad dentro de una misma clase de pena amenazada para cada uno de los delitos y las penas alternativas han invadido el Derecho penal y se torna absolutamente necesario desarrollar, tanto en el Derecho material como en el procesal, criterios y formas racionales para medir la reacción penal del Estado[179]. Particularmente en el procedimiento penal resulta imprescindible, por un lado, sujetar la reconstrucción de los hechos a tener en cuenta para individualizar la pena, el debate sobre ellos y la decisión a las mismas pautas de garantía que rigen para el fallo de culpabilidad, y, por el otro, exigir que el fallo sobre la pena reúna las mismas características de objetividad y seriedad que el de culpabilidad, esto es, que sea racionalmente fundado.

Ello llevó a indicar como solución la cesura del juicio penal (debate y decisión) en dos partes, la primera dedicada al análisis y pronun-

[179] En un seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tratamos el problema: cf. AA.VV., *La determinación judicial de la pena*.

ciamiento sobre la culpabilidad, que finaliza con un *interlocutorio de culpabilidad*, y la segunda dirigida al análisis y decisión sobre la pena (*fallo penal*). La propuesta de nueva estructura para el procedimiento principal o juicio penal tuvo sanción, en el plano universal, con la recomendación del X Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal, reunido en Roma en 1960. No se trata, como puede parecer al examen formal ligero, de la imposición de restaurar el juicio por jurados clásico, aunque de él derive una forma similar[180]: la proposición implica que, después del debate y decisión sobre la culpabilidad, se lleve a cabo otro debate completo. En ese debate el acusador introduce las cuestiones de que se valdrá para requerir la pena, el imputado podrá contestarlas y, en su caso, se recibe la prueba sobre ellas y se discute sobre los criterios para individualizar la pena, correspondiendo al tribunal la decisión por fallo fundado, limitado a las cuestiones de hecho introducidas[181].

Pero la nueva institución propuesta plantea al Derecho procesal penal un cúmulo de problemas más complicados de resolver que lo que indica la escueta indicación del cambio. La seriedad de estos problemas se aprecia cuando se observa que las legislaciones positivas, pese a la prédica política y de doctrina, no han podido aún introducir la institución y, mal que nos pese, los escasos intentos han fracasado[182]. Aquí sólo podemos indicar los principales problemas sin intentar soluciones[183].

I. El momento en que comienza la investigación necesaria para la preparación del debate y el fallo sobre la pena es el primer problema que se presenta, sobre todo en relación a la investigación de la personalidad del imputado. Un comienzo prematuro, conjunto con la investigación sobre el hecho, a la par de representar una intervención demasiado rigurosa en la esfera privada del individuo que se reputa inocente, cuando aún no se puede afirmar tan siquiera la probabilidad de una condena, arriesga la eficacia del procedimiento, pues, para esta clase de investigación, es más necesaria la colaboración del imputado que para la cuestión sobre el hecho. Un comienzo tardío —después del interlocutorio sobre la culpabilidad—, pese a solucionar estos inconvenientes, incluso porque ampliaría la probabilidad de obtener la colaboración del imputado y de las personas cercanas a él, ante la evidencia de un fallo de culpabilidad, arriesgaría una extensión tempo-

[180] Barbero Santos, *La división en dos fases del proceso penal*, ps. 197 y siguientes.

[181] Según algunos, no sólo el juicio por jurados, sino también el Derecho penal de menores anticipó universalmente la institución, al introducir la cesura entre la determinación de la culpabilidad y la decisión de la medida aplicable: cf. Constantaras, *Rapport*, p. 506; Ulmen, *Das Schuldinterlokut*, ps. 61 y siguientes.

[182] Cf. Ulmen, *Das Schuldinterlokut*, caps. 3º y 4º, ps. 48 y ss., con referencia al derecho anglo-americano y al continental europeo.

[183] Cf. Bertoni, *La cesura del juicio penal*, ps. 113 y siguientes.

ral inusual del procedimiento, aun en casos sencillos, y acarrearía problemas para el mismo procesado, quien, ya condenado abstractamente, desconocería la consecuencia práctica de la condena, por un lapso que, según experiencias, no será breve[184].

II. Con este problema se conecta directamente la cuestión que se suscita en torno a la forma de la cesura del debate: formal o informal. La división informal permitiría continuar de inmediato el debate sobre la pena una vez decidido el interlocutorio de culpabilidad afirmativamente, conservar la continuidad y concentración del debate y, sobre todo, la realización efectiva del principio republicano de publicidad. La interrupción formal del debate provocaría una cierta ruptura de estos principios que, en la mayoría de los casos, no es necesaria[185].

III. ¿Cuál debe ser el contenido de cada sección del debate?, es la pregunta que define otro de los puntos problemáticos para la introducción del instituto. Unos proponen partir del esquema tradicional en el Derecho penal, reservando para la segunda parte del debate sólo los aspectos referidos a la individualización de la pena. Los otros proponen tratar en la primera sección todos los problemas relativos al injusto penal (tipicidad y antijuridicidad), más las causas de exclusión de la culpabilidad, salvo la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), que reservan para la segunda sección, por su conexión con los elementos esenciales para la medición de la pena. Otros, por fin, hasta requieren para la primera parte del debate el problema relativo a la gravedad de la culpabilidad, a fin de establecer, en el interlocutorio de culpabilidad, la pena máxima que podrá aplicarse según la función limitadora del principio de culpabilidad, con lo que ingresaría en esta sección el estudio de la imputabilidad disminuida[186]. De todos modos, quienes pretenden adaptar la cesura al caso concreto que se estudia, acuden a la división informal y autorizan al tribunal competente para que establezca el contenido de cada sección.

IV. Para cualquier solución tiene especial importancia la constitución del tribunal. Si se pretende que, dada la importancia de las ciencias empíricas para fijar la pena adecuada, es preciso integrar el tribunal con expertos en las diferentes materias que comprende la ejecución penal, cualquiera de las soluciones antedichas estará condicionada al tipo de tribunal que se cree, en la organización judicial, para decidir la segunda sección del debate. Con la integración tradicional de los tribunales, en cambio, las diferentes soluciones no plantearán, en la realidad, oposiciones tan rígidas ni problemas tan serios.

V. La forma, tiempo y modo de interponer y tratar los recursos contra las decisiones también se complica en el caso de un debate dividido. Pero si tenemos

[184] Cf. GRÜNHUT, *Die Bedeutung englischer Verfahrensformen für eine deutsche Strafprozeßreform*, III, p. 365: ha llegado a más de seis meses según la experiencia inglesa.

[185] Cf. ULMEN, *Das Schuldinterlokut*, cap. 8ª, 7, ps. 163 y ss.; GRÜNHUT, *Die Bedeutung englischer Verfahrensformen für eine deutsche Strafprozeßreform*, III, p. 365, informa que, según la experiencia británica, entre el 4,4 % y el 10 % de los casos merecieron tratamiento posterior de la cuestión de la pena.

[186] Cf. una propuesta novedosa, desde el punto de vista del Derecho penal material, en MAGARIÑOS, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, ps. 71 y siguientes.

en cuenta que el único recurso típico contra la decisión emanada del debate es la *casación*, remedio limitado al estudio de errores jurídicos del procedimiento y el fallo, podrá planearse inteligentemente la mejor posibilidad para tratar los recursos en aquellos casos —los menos— en que sea necesario dividir formalmente el debate. En los demás casos —división informal— la impugnación del fallo será única, como ahora sucede.

VI. Interesa destacar que el debate sobre la pena, llevado a cabo con respeto de todos los principios que rigen el debate sobre la culpabilidad y las formas que son su consecuencia, adquirirá así real importancia, la misma que hoy se le concede a este último. En tema de principios, habrá que admitir que la *publicidad* de la audiencia podrá restringirse durante el debate sobre la pena.

c) La introducción del principio de oportunidad

Resulta difícil discutir el principio de *legalidad* en el campo meramente especulativo, abstracto o formal. En efecto, en cuanto parte de la persecución penal pública y no otorga a los órganos de persecución poder alguno de decisión acerca de la conveniencia o inconveniencia de la persecución penal en el caso concreto, quienes así se ven obligados a reaccionar penalmente a partir de la *notitia criminis*, éste parece un principio ideal de la realización judicial del Derecho penal, a semejanza de la manera según la cual las teorías absolutas resolvían la cuestión de la pena[187].

Pero si la discusión cambia de plano y los argumentos giran en torno a los fines prácticos que pretende la persecución penal, a la racionalidad apreciada desde el punto de vista empírico, a cierto sentido utilitario de las instituciones jurídicas, el resultado es otro. Mal que nos pese, existen criterios selectivos no institucionalizados que eliminan un sinnúmero de hechos punibles de la persecución penal, criterios que la ciencia empírica ha verificado y, según veremos, tal fenómeno no aparece como inadecuado a los fines de la aplicación del

[187] Para KANT, la pena es la exacta correspondencia al disvalor del comportamiento del autor, razón por la cual se debe imponer y ejecutar aun en casos extremos, como el de su conocido ejemplo de la sociedad disuelta por voluntad de sus miembros y las condenas a pena de muerte, y, como el hombre no puede ser tratado como medio para la consecución de fines, todo pensamiento utilitario fracasa por principio (específicamente *Die Metaphysik der Sitten*, —Kants Werke VI—, § 49. E, ps. 331 y ss.). Para HEGEL el delito es la afirmación de la voluntad que es por sí (individual y real) frente a la voluntad en sí (universal y abstracta), contradicción sólo superable por el castigo, la pena como negación de la negación, confirmándose así el valor del Derecho frente a la voluntad individual (específicamente, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* —Werke, 7—, §§ 90 a 104, ps. 178 y ss., tr. castellana: *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., ps. 103 y siguientes).

poder penal del Estado, por varias razones, en tanto lo conduzcamos como corresponde[188].

Los criterios selectivos informales son establecidos por dos tipos de procesos fundamentales: la falta de información de los órganos de persecución y la selección que ellos mismos llevan a cabo ante la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles o de dedicar las mismas fuerzas o afanes a todos ellos.

Los órganos de persecución penal del Estado adquieren la información por revelación de otros (denuncia de la víctima o terceros) o por propia observación, pero esos medios de información son imprecisos al extremo, de modo que dejan de lado gran cantidad de hechos punibles realmente sucedidos, cuya cifra (llamada "negra") es difícil de establecer con cierta precisión, pero se conoce como elevada[189].

La selección, tanto en los medios de observación propios, como en los hechos punibles que no son perseguidos o no lo son como corresponde, obedece a varios factores: desde la decisión política estimativa del mayor o menor daño social según apreciación de los órganos de persecución penal estatales, las necesidades políticas circunstanciales o permanentes, las posibilidades económicas o presupuestarias, el cálculo de efectividad en la persecución penal, hasta la persona del autor y su posición social o política. Ya se produzca esta selección consciente o inconscientemente, ella pasa por dos meridianos siempre presentes: la imposibilidad de perseguir todos los hechos punibles que acaecen, razón por la cual formal o informalmente resulta necesario proceder a una selección, y la incontrolabilidad jurídica y política de los criterios que son utilizados, en razón de que necesariamente deben permanecer ocultos por la afirmación ciega del principio de legalidad que cualquiera de esos criterios, por bueno que parezca, contribuye a menospreciar.

Según se observa, no todos los hechos punibles son perseguidos penalmente, ya por defecto en la información, ya por la aplicación de criterios selectivos que influyen tanto sobre los medios de información oficiales, como en la persecución de hechos conocidos. Una cosa es la afirmación dogmática del *principio de legalidad* y otra muy distinta su realización práctica.

[188] Cf. Zipf, *Kriminalpolitik*, § 6, ps. 76 y siguientes.

[189] Zipft, *Kriminalpolitik*, § 6, 2, p. 77; Kaiser, *Kriminologie*, §§ 5 y 6, ps. 107 y siguientes.

Se pierde así la ocasión de conducir esos criterios selectivos según metas políticas claras, referentes a la aplicación práctica del poder penal del Estado, fijados por los órganos responsables de establecer la política criminal del Estado y aplicados por las magistraturas estatales que tienen a su cargo la actuación de ese poder penal, órganos que, por lo demás, responderán política y jurídicamente por la tarea que cumplen. Así, el reconocimiento, aun parcial, del *principio de oportunidad* no representa poco menos que una herejía para el valor justicia, según afirman los partidarios de la legalidad, sino un intento válido del Derecho de conducir la necesaria selección de hechos punibles a perseguir, según criterios racionales, acordes con las metas políticas que procura el ejercicio del poder penal por el Estado.

Dos son las metas principales para las que la aplicación del principio de oportunidad puede convertirse en eficaz auxilio: la *desincriminación de hechos punibles*, para evitar la aplicación del poder penal allí donde otros métodos pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación, y la contribución a la *eficacia del Derecho penal* en aquellas zonas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social.

El primer fin orienta un sinnúmero de criterios que aquí no trataremos en profundidad y sólo mencionaremos a título de ejemplo: "la adecuación social del hecho", como expresión de un comportamiento que no aparece como socialmente desviado pero que, sin embargo, encaja en la descripción formal abstracta de un tipo penal, por aquello de que él abarca necesariamente más comportamientos futuros que los que, en realidad, quiso describir el legislador como punibles, encuentra en esta vía de solución, sin necesidad de llevar adelante un procedimiento de persecución penal, el camino más práctico y justo de aplicación; los hechos punibles de "ínfima importancia", que representan realizaciones mínimas de tipos penales, merecen también ser derivados a otras formas de control social existentes, para evitar el riesgo de etiquetar criminalmente al autor y procurar espacio para que los órganos de persecución penal se ocupen de los hechos punibles más graves, que constituyen el núcleo amenazado penalmente; la "mínima culpabilidad" del autor, o la "retribución natural" que él sufre como resultado de su propia obra delictiva, son criterios que operan de manera similar, para prescindir de la persecución penal; la posibilidad de prescindir de la persecución penal de un hecho punible de menor importancia para procurar lograr éxito en la persecución penal de un hecho punible más grave; la posibilidad de dejar en suspenso la persecución penal de un hecho o de partes separables de un mismo hecho para dedicarse a perseguir el hecho punible más grave, cuando aquéllos no influirán considerablemente en la medición de la pena, con la posibilidad futura, limitada temporalmente, de retomar la persecución penal suspendida, si se fracasa en la intentada originariamente; el criterio del "interés público", condicionando la asunción de la persecución penal estatal; el "sometimiento a prueba" del imputado, con su conformidad, por un tiempo, como método que permite evitar su

persecución penal y la condena, si demuestra que se trató de un hecho ocasional, bajo la amenaza de continuar su persecución penal hasta la sentencia si deja de cumplir con las condiciones legales y advertencias judiciales estipuladas, a manera de "condena condicional", pero sin condena y sin persecución; todos ellos son ejemplos de lo que se puede lograr en este campo.

La actuación del Derecho penal requiere, en cambio, un porcentaje elevado de eficacia cuando se trata de los hechos punibles más graves, o de los que constituyen el núcleo y la razón de ser de cada incriminación de comportamientos, en regiones donde el consenso social acerca de la amenaza penal es poco menos que unánime o en áreas donde, por el momento, el Derecho penal aparece como el único método imaginable para un control social eficaz.

Precisamente, la posibilidad de aplicación de criterios de oportunidad para restar de la persecución penal hechos en sí punibles, pero en los que, dado el caso concreto, la aplicación del poder penal del Estado contradiría sus propios fines reconocidos o podría ser reemplazada, con ventaja, por otras medidas que, empíricamente, logren mejor, y más fácilmente, el fin perseguido, sin tanto menosprecio para la persona humana y su inserción social, dejaría espacio para intentar un Derecho penal eficaz, allí donde debe serlo.

El reconocimiento del principio de oportunidad y su regulación jurídica evitaría en alguna medida la existencia real de criterios de oportunidad ocultos, fijados por órganos no responsables políticamente, para ponerlos en manos de los órganos del Estado responsables de trazar y llevar a cabo su política criminal, con la gran ventaja de la coordinación, según las metas perseguidas por el poder penal estatal; por otra parte, la aplicación de esos criterios, al resultar determinados por la ley, tornarían a quienes los apliquen en responsables por su realización, política y jurídicamente.

d) Las magistraturas penales especializadas

Las nuevas áreas de aplicación del Derecho penal, los llamados Derecho penal económico y Derecho penal que apoya las disposiciones que pretenden preservar el medio ambiente, se han enfrentado, cada vez más, con una forma o modalidad de comisión de hechos punibles que, aunque no parece conmover los principios de aplicación del Derecho penal tradicional hasta el punto que se menciona, de hecho afecta a alguno de ellos en aras de la eficacia o, por lo menos, los pone en juego por la misma razón.

En verdad, esta nueva forma de comisión está representada por la concentración del capital en empresas colectivas cuya organización y

funcionamiento son tan complicadas como las del propio Estado y hasta llegan a superar el ámbito de vigencia de las disposiciones estatales, con la importante diferencia de que no persiguen necesariamente la aplicación de principios éticos consustanciales con la organización estatal, ni están limitadas por ellos.

Cuando aparece esta forma de comisión de hechos punibles, esto es, cuando un hecho punible es cometido a través de la dirección, administración, control o del poder de decisión de una persona colectiva, resulta notable a la vista que la magistratura penal, en especial el ministerio público, con su organización tradicional, no responde con eficacia a la naturaleza de su labor. Ello ha llevado a pensar en la necesidad de crear, dentro de la magistratura penal, órganos especializados, dotados de un asesoramiento específico tal que permita enfrentar a estos grandes centros de poder económico y político, no tan sólo para lograr eficacia en la persecución penal —que es lo que se requiere urgentemente en este ámbito— sino, también, para amparar a las personas de la aplicación del poder penal del Estado, cuando sea necesario.

A mi criterio, el principal cambio en este sentido debería suceder en la organización del ministerio público si, como lo postulo, a él se le encomienda casi con exclusividad las labores relativas a la persecución penal, en sentido estricto.

e) Aproximación formal al principio acusatorio

No será posible, mientras se mantenga la base del sistema penal, pena estatal y persecución penal pública, lograr un procedimiento que se pueda caracterizar, desde el punto de vista material, bajo el rubro del principio acusatorio. Empero, según ya lo hemos observado, la reforma de la Inquisición tradicional consistió, precisamente, en una aproximación formal a ese principio, a pesar de partir de su opuesto. La lucha ideológica entre el régimen antiguo, la Inquisición, y su limitación por el Estado de Derecho, decantó, en el siglo XIX, en una tensión que, formalmente, casi siempre dio prioridad al procedimiento inquisitivo. Así, por ej., la encuesta escrita y secreta quedó vigente, básicamente, en el procedimiento preparatorio para la acción penal pública y en el juez de instrucción, órgano judicial directamente procedente del inquisidor antiguo. Pero también el juicio público, con los poderes magnificados del tribunal que lo preside, facultado hasta para investigar de oficio la verdad acerca de la hipótesis objeto del procedimiento, y con puertas abiertas para que ingresen las actas producidas durante la investigación preliminar por el juez de ins-

trucción, resultó invadido por el principio inquisitivo, mal disimulado bajo formas acusatorias genéricas. Los oficios estatales, divididos al sólo objeto de mostrar y posibilitar el principio acusatorio, también resultaron confundidos entre sí: un ministerio público con escasos poderes sobre la persecución penal, cuya función es, a semejanza de lo que ocurría con la fiscalía en el procedimiento inquisitivo avanzado, controlar la actividad de los jueces, y un tribunal que, a más de la función característica de decidir el caso y darle solución, soporta la pesada carga de averiguar la verdad e impulsar el procedimiento hacia su terminación. No sólo las tareas de requerir y decidir carecen de distinción exacta según el órgano que las debe realizar, sino que, además, y consecuentemente con ello, la responsabilidad por su cumplimiento eficiente, resulta confundida, pues, se trate de la persecución penal o de la decisión, de ordinario descansa en un sólo órgano, el tribunal.

En el enjuiciamiento penal derivado de Europa continental, el siglo XX presenta un desarrollo lento pero continuo que intenta la proximidad con el principio acusatorio, desde un punto de vista formal. El juez de instrucción, órgano que concedía valor formal a las actas y al contenido de ellas como elementos de prueba, fue desplazado como autor de la encuesta, tarea que hoy reside en el ministerio público, quien así prepara su propia acusación, sin perjuicio de los actos que debe autorizar o llevar a cabo un juez, pues de algún modo representan injerencias en las libertades o garantías del individuo perseguido. Por otra parte, de esta forma se pretende que una misma persona no decida sobre la necesidad del acto para cumplir un determinado fin y sobre su legitimidad. El juicio público, por lo demás, transforma la labor del tribunal, más en la de un árbitro que controla la observancia de las reglas del juego y que decide en definitiva, que en la de un actor de él, y reserva para el acusador y el acusado el papel protagónico que significa la incorporación de medios de prueba para fundar sus requerimientos. Se cierra las puertas del debate para los actos de la investigación preliminar al permitirse, sólo por excepción, la lectura de actas siempre que se haya seguido un procedimiento especial de contradicción. El ministerio público cambia de papel: en lugar de observar el procedimiento para controlar al tribunal, fundamentalmente por intermedio de los recursos, pasa a ser un protagonista activo de ese procedimiento, controlado por el tribunal. El tribunal, limitado por la actividad del ministerio público, en el sentido de la persecución penal, sólo cumple, como dijimos, el papel de asegurar la observancia de las reglas del procedimiento y de dictar, a su término, la decisión que cierra el caso.

Un paso así permitirá asignar correctamente las responsabilidades o las distintas tareas que cumplen los órganos oficiales en el procedimiento penal y concederá mayores posibilidades al imputado para enfrentar la persecución penal que parte del órgano estatal plenamente identificado con esa tarea, sin hipocresía y sin sorpresas.

El final del siglo XX también auxilia al principio acusatorio desde otro punto de vista: la incorporación decidida de la víctima al procedimiento penal; cualquiera que sean las dificultades que ello provoque, permitirá detectar mejor el conflicto social que sirve de base al caso penal. Combinada esta solución con el ingreso al Derecho penal de soluciones sustitutivas de la pena estatal consistentes, básicamente, en la reparación del entuerto, dan por resultado un sistema penal que ahora, incluso, pretende tibiamente aproximarse al principio acusatorio, comprendido ya no tan sólo de manera formal, sino, antes bien, materialmente. A tal punto ello es así que se comienza a hablar acerca de la "privatización" del Derecho penal[190].

G. DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO[191]

1. La emancipación e independencia

A pesar de que entre los principales motivos que originan la Revolución de Mayo figura siempre, por lo menos desde el punto de vista político-ideológico, el ingreso al entonces Virreinato del Río de la Plata de las nuevas ideas liberales procedentes del Iluminismo, no va a ser posible detectar en nuestro país un avance decisivo en este sentido hasta la Constitución de 1853. Ello es comprensible si se tiene presente que, en materia de legislación procesal, ni siquiera la Constitución de 1853, pese a los claros principios que contiene su texto, operó cambios profundos; ellos debieron ser esperados hasta el siglo XX y, lamentablemente, aún hoy no han alcanzado solidez cultural en la República Argentina, que conserva todavía códigos procesales penales cuyas características están inspiradas en el *antiguo régimen* (inquisitivo) y cuyos políticos, académicos y prácticos, entre los que me encuentro, todavía discuten, y se ven necesitados de discutir, acerca de la implantación de instituciones procesales penales que la Constitu-

190 ESER, *Acerca del renacimiento de la víctima en el Derecho procesal penal*, p. 51.

191 VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 1ª parte, cap. V, ps. 157 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 133 y ss., ps. 185 y ss.; IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina*.

ción ordena y que, universalmente, han dejado de ser discutidas, según se puede observar en lo expuesto anteriormente[192].

Es por ello que, nuestra vida "independiente" de España no se va a caracterizar por un abandono de las instituciones procesales que ella nos dejó, sino, al contrario, por su expresa ratificación, salvo afirmaciones específicas —debidas de ordinario a la formación cultural de unos pocos (RIVADAVIA en la primera época)—, casi siempre por vía de principios que, a pesar de su importancia, no hallaban eco ni en la reglamentación, ni en la práctica. Con ello queda dicho que la legislación inquisitiva que nos legó España siguió rigiendo después del 25 de mayo de 1810 y conforma la base procesal penal sobre la que comienzan a esbozarse nuevos principios, cuya introducción nos proponemos apuntar[193].

I. En la *organización judicial*, desde la misma acta de constitución de la Primera Junta de Gobierno (25 de mayo de 1810), comenzó a esbozarse el principio de la independencia de la administración de justicia, como poder estatal separado de la administración y de la legislación, que ejercía la Primera Junta: sus miembros estaban "excluidos de ejercer el poder judiciario, el cual se refundirá en la Real Audiencia, a quien se pasarán todas las causas contenciosas que no sean de gobierno". Éste es el antecedente patrio más remoto de nuestro actual art. 109 de la CN, imprescindible en una organización republicana, varias veces confirmado posteriormente, al crearse las juntas provinciales (1811), en el Reglamento provisorio de la Junta Conservadora (1811), en el Reglamento provisorio del Superior Gobierno de las Provincias Unidas (1811), en el Reglamento para la administración de justicia de las Provincias Unidas del Río de la Plata (1812), en el Estatuto provisional de 1815, en el Reglamento provisorio para la dirección y administración del Estado (1817)[194]. Sin embargo, el prin-

[192] Salvo honrosas excepciones (históricamente Cuba y, en menor grado, Brasil), ésta es una característica general de la América ibérica. Por ejemplo, nuestros vecinos, Uruguay y Chile, a pesar de sus largos años de práctica republicana (sin contar la década pasada) y del desarrollo que en ellos tuvo la ciencia jurídica, en especial el Derecho penal, arrastran un atraso mayor que el nuestro, a veces inconcebible.

[193] OTS CAPDEQUÍ, *Historia del Derecho español en América*, parte 2ª, IV, B, 8, *h*, p. 168; parte 3ª, I, 3, ps. 278 y ss., y II, 5, ps. 349 y siguiente.

[194] Síntesis de las disposiciones en VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 171 y ss., nota al pie nº 36; la fórmula del actual art. 109, CN, aparece ya completa en el Reglamento provisorio de la Junta Conservadora (22/10/1811); cf. IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina*, cap. II, ps. 37 y siguientes.

cipio no rigió, en la práctica, de manera absoluta, pues se autorizaron recursos de los que conocía el propio Poder Ejecutivo (aquellos que otorgaban antes competencia a los órganos judiciales supremos establecidos en la metrópoli) —la Junta de Gobierno o el Triunvirato—, y organismos que él mismo nombraba (una comisión de tres ciudadanos probos o dos de ellos agregados al Triunvirato), realidad que tiene su explicación práctica en la desaparición de los tribunales que conocían de ellos, situados en España. De la misma manera se autorizó al Poder Ejecutivo a juzgar a los empleados, y a los gobernadores a ser jueces de apelación, presidiendo las audiencias (Estatuto de 1813), y, por fin, el Poder Ejecutivo estaba autorizado a designar comisiones especiales, típicas de la inquisición (reglamento provisorio de la Junta Conservadora de 1811).

Parte esencial de la independencia judicial son las garantías acordadas a quienes administran justicia. También aquí se afirmó el principio, al disponer la Asamblea de 1813 (Reglamento de administración de justicia del 6/9/1813) que los miembros de las Cámaras de apelación "durarán en su destino mientras dure su buena conducta" (art. 22) y la Constitución de 1819, que los miembros de la Alta Corte de Justicia, que creaba, "ejercerán el cargo por el tiempo de su buena comportación", recibiendo "una compensación por sus servicios, que no podrá ser disminuida" (arts. 102 y 103), regla que atendia al interés de "ser juzgado por jueces los más libres, independientes e imparciales...". De tal manera, la *inamovilidad de los jueces profesionales* y la *garantía económica de su retribución* aparecen también desde los albores de nuestra nacionalidad.

En 1812 se lleva a cabo una modificación sustancial en la administración de justicia con la creación de las *Cámaras de apelaciones* (Reglamento para la administración de justicia de las Provincias Unidas del Río de la Plata, del 23/1/1811). Con ello, estos tribunales reemplazan definitivamente a las audiencias y funcionan como tribunal de apelación de los alcaldes, jueces de primera instancia. Éstos, llamados *alcaldes ordinarios*, eran elegidos anualmente por los cabildos entre los regidores, pero, cuando el exceso de tareas retardaba los procesos, la Cámara podía designar a uno de sus miembros para tomar a su cargo el juzgamiento en primera instancia.

La Constitución de 1819 crea la *Alta Corte de Justicia* para ejercer el poder judicial supremo del Estado, compuesta de siete jueces y dos fiscales, quienes gozan de inamovilidad en sus cargos mientras dure su buen comportamiento y perciben una retribución que no puede ser disminuida (arts. 92, 102 y 103).

II. También en el *procedimiento penal* comienzan a esbozarse ciertos principios de garantía individual que, sin modificar bruscamente el tono, siempre inquisitivo, del procedimiento, constituyen hitos indispensables para comprender nuestra actual posición.

Ya en el Reglamento provisorio de la Junta Conservadora (22/10/1811) se anotaba el límite de 48 horas para arrestar a una persona sin consignarla ante el juez competente. El 23/11/1811 se dicta el *Decreto de seguridad individual* inspirado por RIVADAVIA, que establece la necesidad del juicio y condena previos para la ejecución de una pena, la prohibición del arresto sin semiplena prueba o indicios vehementes de criminalidad que deberán constar por escrito en una información que, como máximo, podía durar tres días y remitirse al juez competente, la información al imputado de la causa de su detención, la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados, los que no se podían allanar ni intervenir sin orden escrita, la prohibición de incomunicar después de la confesión y el plazo máximo de diez días que ella podía durar, la libertad de entrar, permanecer o salir del territorio del Estado, y, por fin, se proclama ya que las cárceles deben ser sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos alojados, pues toda medida que, a pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos, debía ser castigada. El mismo decreto constituye la fuente histórica patria más remota del art. 23, CN (estado de sitio), al prever una situación de emergencia, durante la cual el gobierno puede suspender las garantías acordadas, procedente sólo en casos extraordinarios, en los que se vea comprometida al extremo la tranquilidad y seguridad públicas, con duración limitada mientras exista el estado de necesidad y comunicable a la Asamblea General.

La célebre *Asamblea General Constituyente de 1813* produjo importantísimas novedades en la materia: abolió para siempre el tribunal de la inquisición (24/3/1813); prohibió el uso de los tormentos en la investigación criminal y mandó que los instrumentos para la tortura sean inutilizados en la Plaza Mayor, con motivo de la celebración del 25 de mayo (21/5/1813); evitó desde ese momento la prestación de juramento de las partes, tanto en los procesos penales como en los civiles (9/8/1813); reguló la visita semanal de las cárceles por los alcaldes ordinarios y la máxima autoridad civil o los miembros de las Cámaras en el lugar en que ellas tengan su sede (*Reglamento de administración de justicia* del 6/9/1813); estableció la preferencia de los juicios criminales y su pronto despacho respecto de los demás (ibídem); estableció la necesidad de que los escritos de defensa fuesen firmados por letrados, a menos que quien se defienda sea graduado en Derecho y a excepción de los de escasa importancia (ibídem), con lo cual

derogó parcialmente la disposición del *Reglamento de administración de justicia de 1812* (20/4/1812), que otorgaba a todo hombre la facultad de defenderse por sí mismo.

El *Estatuto provisional* de 1815 (5/5/1815) es importante porque incorporó a su texto las disposiciones del *Decreto de Seguridad Individual* de 1811; además de ello, si bien admitió nuevamente el juramento de parte, lo excluyó expresamente para el imputado cuando se tratare de un hecho propio, regla que coincide con la interpretación actual del precepto constitucional (art. 18), e impuso que, dentro de los tres días, se debía hacer saber al imputado la causa de su prisión y consignarlo ante el juez competente. Sus disposiciones fueron confirmadas por el *Reglamento provisorio* de 1817 (3/12/1817).

La importancia de la *Constitución de 1819* estriba en la sanción de las garantías individuales, allí llamadas "derechos particulares", que, aunque imprecisas y con ciertas exclusiones, contienen, por primera vez, las exigencias del "*juicio por jurados*, en cuanto lo permitan las circunstancias" (art. 114) y de la *publicidad* de todos los juicios ante la Alta Corte que creaba y demás tribunales inferiores, con lo cual anticipó el sistema básico de enjuiciamiento penal que, conforme a las ideas de la época, luego exigiría la Constitución nacional de 1853.

III. Sin embargo, conviene destacar en este panorama, que sigue una línea de progreso en el sentido de los derechos individuales, la organización judicial y el Derecho procesal penal republicano, la existencia de un sinnúmero de contradicciones y retrocesos, que no permiten avanzar, en la práctica, hacia un Derecho procesal penal moderno, que aún hoy no hemos alcanzado totalmente. Sólo ejemplos de esa situación son: la competencia de la Junta de Gobierno y luego del Triunvirato para fallar los recursos extraordinarios y la autorización para designar comisiones especiales (1811), el *bando contra los ladrones*, que autorizaba un procedimiento sumario, en días, sin forma de juicio, tramitado y fallado por una comisión especial creada al efecto (1811), la regulación de un procedimiento sumarísimo para delitos graves, en manos de la Cámara de Buenos Aires, sin audiencia ni defensa para el imputado (salvo su confesión) y sin recursos contra la sentencia (excepcionalmente sólo el de revista), que estableció el *Reglamento de 1812* y conservó, incluso, la *Asamblea Constituyente de 1813* (*Reglamento de Administración de justicia*).

2. Disolución nacional, guerra y tiranía

Este período, que en materia jurídica se extiende desde 1820 (disolución del Congreso) hasta 1853 (Constitución nacional), no produce

transformaciones de importancia en materia procesal penal en el sentido que buscamos, acorde con el progreso de las instituciones republicanas. Al contrario, y ello se observará principalmente con la tiranía de ROSAS, es frecuente el juzgamiento por *comisiones especiales*, la asunción de facultades extraordinarias que tornaban posible esta solución judicial y hasta la suma del poder público por una única persona, de conformidad con el signo de la época: la guerra civil entre unitarios y federales, y entre las provincias.

El Derecho público provincial se coloca en el lugar de los intentos de organización, mediante estatutos de alcance nacional, pues fueron las provincias las que, en esos momentos, conservaron su plena personería política y jurídica como entidades máximas de Derecho público. A pesar de que los estatutos provinciales renuevan la vigencia jurídica de las garantías individuales y la esperanza en la organización nacional, la práctica jurídica muestra un panorama desolador: el gobernador como máxima autoridad judicial (tirano), su disposición a crear comisiones especiales, los procedimientos sumarios, escritos y secretos, a la manera de la Inquisición más cruel.

De época tan aciaga sólo pueden ser rescatados tres antecedentes dignos de mención. El primero es el relativo a la legislación de la Provincia de Buenos Aires hasta el advenimiento de ROSAS, provincia que, en 1821, dictó una ley de organización judicial con motivo de la cual (autorización al Poder Ejecutivo) se dividió la provincia en cinco departamentos judiciales, dos en la ciudad de Buenos Aires y tres en el interior. La misma ley introdujo los jueces letrados y permanentes, en reemplazo de los anteriores, legos, con un asesor al que consultaban, les otorgó la garantía de la *inamovilidad* y de la *remuneración* por sus servicios, instituyó el *Defensor de Pobres y Menores*, cargo letrado, y estableció la *Policía de Seguridad*, incluso con funciones judiciales[195]. Comienzan aquí las facultades instructorias de los comisarios policiales (decreto de Martín RODRÍGUEZ, gobernador, del 31/5/1828), de triste experiencia actual en la provincia de Buenos Aires, aun cuando posteriormente (decreto del 18/12/1830) se dispuso que los jueces eran los encargados de instruir los sumarios en la ciudad, has-

[195] A Bernardino RIVADAVIA y Manuel Antonio CASTRO se les atribuye no sólo el intento progresista de organizar la justicia en la provincia de Buenos Aires, sino también otros intentos anteriores (*Reglamento de la Administracion de Justicia de 1812*); cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, notas nº 53 y 55, ps. 183 y s., quien además de la bibliografía esencial, reproduce las opiniones acerca de la *inamovilidad* de las magistraturas judiciales.

ta lograr la forma de extender esta disposición a toda la provincia. Otras disposiciones introducen los jurados para juzgar los delitos cometidos por medio de la prensa (1822-1828)[196], declaran abolidos los fueros personales (ley del 7/7/1823), imponen la publicación de las sentencias penales por delitos graves (decreto del 5/4/1826, dictado por RIVADAVIA con la esperanza de que surtiera efectos preventivo-generales) y suprimen los recursos extraordinarios (decreto del 20/10/1829).

En el ámbito nacional se dicta la Constitución de 1826, con sistema de gobierno unitario, la cual, como la de 1819, insiste en el sistema de garantías individuales, en la creación de una Alta Corte de Justicia, en la publicidad de los juicios penales y en el juzgamiento por jurados, a más de consagrar la unidad de la jurisdicción y de la legislación procesal en todo el país. Ella no alcanzó a aplicarse, según parece consustancial a la época.

Por último, la tiranía de ROSAS agudizó el alejamiento de un Estado de Derecho, pues, al asumir aquél primero facultades extraordinarias y luego la suma de poder público, posteriormente se arrogó para sí el poder de administrar justicia; de allí el nombramiento de múltiples comisiones especiales, su directa intervención en los negocios judiciales, arrogándose la solución de casos concretos, y la derogación del principio de la inamovilidad de los jueces. De su gobierno se destaca, sin embargo, la exigencia, para el *Tribunal de Recursos Extraordinarios*, que volvió a recrear (suprimido nuevamente en 1852, a su caída), de *motivar* las sentencias, que luego fuera instituida para todos los fallos, por primera vez en el país, por la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1854.

3. La Constitución nacional[197]

La Constitución de 1853-1860 es, quizá, el único símbolo genuino que tenemos de unión nacional, algo así como el único mito argentino que, pese a la devoción que engendra, el carisma que tiene y el consenso que genera en la gran mayoría de la población, con exclusión de unos pocos, no hemos logrado realizar del todo. Esta afirmación rige muy especialmente para nuestra materia, pues ella registra, al la-

[196] Sobre legislación de prensa, con alcance penal, en la provincia de Buenos Aires: MAYER, *La legislación sobre prensa en la provincia de Buenos Aires*, ps. 75 y ss.; *El derecho público de prensa*.

[197] GONZÁLEZ, *Manual*, cap. I, §§ V y VI, ps. 49 y ss.; cap. II, §§ II y III, ps. 89 y ss.; cap. III, ps. 101 y ss.; cap. VII, ps. 183 y siguientes.

do del Derecho político, la más elevada cuota de apartamiento de las ideas que establece la Constitución nacional, con el agravante de que ello no sucedió ni sucede sólo en la práctica de nuestras instituciones, sino que opera todavía en la misma ley que regula el procedimiento, cuyo sistema se aparta considerablemente del sugerido por la ley fundamental; de ese modo, la desviación no es ocasional y forzada, como sucede en el Derecho constitucional, que distribuye y regula el poder estatal, sino constante y pacífica (hasta prohijada por la doctrina y por la necesidad académica de explicar nuestro Derecho positivo)[198].

Según el mismo *Preámbulo* de la Constitución lo declama, el poder constituyente derivó de la voluntad de unión de las provincias y del cumplimiento de pactos preexistentes[199], convergentes en el fin de constituir la unión nacional, y residió en el pueblo, que llevó a cabo ese fin a través de sus representantes, con mandato para lograrlo.

El *Congreso General Constituyente* deliberó en la ciudad de Santa Fe, desde el 20/11/1852 hasta el 7/3/1854. No sólo se encargó de dictar y proclamar nuestra venerada Constitución nacional (1/5/1853), sino también de legislar, hasta tanto se estableciera el Congreso de la Nación que la misma Constitución creaba como cuerpo legislativo nacional.

La Constitución fue reformada en 1860 para permitir la anexión de la provincia de Buenos Aires: las reformas propuestas por la Convención del Estado de Buenos Aires (12/5/1860), dieron lugar al convenio del 6/6/1860, complementario

[198] En la primera edición de este libro nos referíamos, fundamentalmente, al CPCrim. nacional (1889), a su sistema y a su doctrina judicial y académica. Entre esa edición y ésta la situación ha variado, al menos teóricamente, con la sanción de un Código federal de inspiración decimonónica (CPP Nación [1991]). Sin embargo, nuestras dos principales provincias —en población e importancia económica—, Buenos Aires y Santa Fe, conservan leyes con vigorosos rasgos inquisitivos para las cuales el juicio público —optativo para ciertos delitos y obligatorio para muy pocos— es todavía una quimera para aquellos que lo defienden y, para todos, su inexistencia representa una burla al sistema republicano y a la ideología democrática.

[199] *Convención del Pilar* (Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe: 23/2/1820), *Tratado Cuadrilátero* (Buenos Aires, Corrientes, Entre Ríos y Santa Fe: 25/1/1822), Córdoba y Santa Fe (7/8/1829), Buenos Aires y Santa Fe (19/10/1829), Buenos Aires y Córdoba (27/10/1829), Córdoba y San Juan (16/4/1830), Córdoba, San Luis, Mendoza y La Rioja (5/7/1830), esas provincias y las de San Juan, Catamarca, Santiago del Estero, Tucumán y Salta (31/8/1830); el *Pacto Federal* (Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos: 4/1/1831); *Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos* (31/5/1852); *Pacto de Unión* entre la Confederación argentina y el Estado de Buenos Aires (11/11/1859). Todos estos tratados internos constituyen la fuente de la unión nacional actual. Particularmente importantes son el *Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos*, por el cual las demás provincias adhieren y ratifican el *Pacto Federal* del 4/1/1831 entre Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, el cual, a su vez, menciona los tratados anteriores y su fin común de organizarse nacionalmente, y el *Pacto de Unión*, que constituye el último tratado interno y significó la anexión de la provincia de Buenos Aires a la República.

del anterior (11/11/1859), por el cual la provincia de Buenos Aires pasó a formar parte de la Confederación, y una Convención nacional, reunida nuevamente en la ciudad de Santa Fe, aceptó las reformas (23/9/1860), con lo cual quedó concluida definitivamente la unión nacional y proclamada su ley fundamental, con su texto definitivo.

Entre las fuentes históricas normativas de la Constitución figuran, en primer lugar, la Constitución de los Estados Unidos de América y el proyecto de ALBERDI[200].

Conforme a sus fuentes históricas, la Constitución de 1853-1860 significó, a un mismo tiempo, la adopción definitiva de la ideología liberal y republicana para el ejercicio del poder estatal, que, a partir de 1810, ya se había insinuado en reglamentos, leyes y constituciones provisionales, y la organización nacional, también definitiva, bajo el signo del federalismo, que reconocía a las provincias como sujetos de Derecho público y su autonomía de gobierno como Estado federado, insinuado en los "pactos preexistentes".

Ambas realidades tienen gran influencia en el Derecho procesal penal. La ideología liberal y republicana da pie a las limitaciones del poder penal del Estado, que retrocede frente a valores básicos de la personalidad humana, en el sentido de preferirlos a las metas propias de la persecución penal. En el texto constitucional ello se traduce en derechos y garantías individuales tales como la absoluta necesidad del *juicio previo*, regular y legal, para poder imponer una pena, la *consideración del imputado como inocente*, hasta tanto una sentencia firme de condena no lo someta a una pena, la necesidad de que el proceso y el juicio de condena sean la labor del *juez natural*, esto es, del tribunal que, dentro del Poder Judicial, haya sido establecido como competente por una ley general de competencia en el momento del hecho, la *inviolabilidad de la defensa* eficaz del imputado y los resguardos probatorios, tales como, la *incoercibilidad del imputado como órgano de prueba*, impidiendo que sea obligado a declarar contra sí mismo y suprimiendo la tortura y todo otro medio de coerción para inducirlo a declarar, la *inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados* y, por fin, las *exigencias formales y materiales para la privación de la libertad procesal*, la orden escrita de la autoridad competente y las cárceles de seguridad y no de castigo (instituyendo para su violación el remedio del *habeas corpus*), tornando responsable al juez que autorice una medida excesiva, todas garantías enunciadas en el texto

200 Cf. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, en especial, ps. 214 y ss., nº 37.

del art. 18, CN, que luego estudiaremos en detalle (§ 6). Merecen también atención, en este ámbito, el art. 14, en tanto otorga a cualquier habitante el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional (libertad ambulatoria o física), y el art. 16, en tanto *suprime los fueros personales* y declara a todos los habitantes *iguales ante la ley*. La falta de competencia de todo magistrado para juzgar acciones privadas, que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudican a un tercero (CN, 19), si bien se dirige directamente al Derecho penal material, prohibiéndole atrapar, en sus incriminaciones, a las acciones privadas, tiene su reflejo en el Derecho procesal penal.

Párrafo aparte merece el *juicio por jurados*, establecido en los arts. 24 y 102 (hoy 118), para los juicios criminales. La Constitución, aparentemente, no ha definido, imperativamente, el sistema de enjuiciamiento penal que debe seguir el legislador común (provincial o nacional) en la ley de procedimientos penales. Ello es verdad, pero dentro de ciertos límites muy precisos. Si con esa proposición se quiere expresar que bajo su régimen es posible un juicio escrito y secreto, incluso sólo para terceros, a la manera de la inquisición, como lo reclama la exposición de motivos del CPCrim. (1889), tal proposición resulta absolutamente errónea. Por cierto que la Constitución permite al legislador optar por un sistema acusatorio puro, en el que el Estado no se ocupe de la tarea de perseguir penalmente las infracciones penales y sólo tenga a su cargo la decisión sobre la aplicación del poder penal cuando un ciudadano lo inste a ello (acusación popular o privada); también es cierto que la Constitución permite que el legislador atribuya al mismo Estado, siguiendo la principal regla de la inquisición, la persecución penal; pero, aun en este último caso, ello de ninguna manera significa la autorización para proceder según las formas características del procedimiento inquisitivo. Ya las garantías enumeradas, y las no enumeradas, pero vigentes, porque derivan del Estado de Derecho, y la ideología republicana a la que se aferra con naturalidad la Constitución, nos dan la pista necesaria para afirmar, sin temor al yerro, cuál es el tipo de enjuiciamiento penal sobre cuya base operan todas las reglas de la Constitución. Después del repaso histórico que antecede y con conocimiento de la filiación política de la ley fundamental, sería necio negar que ella —como los revolucionarios franceses— también puso sus ojos en el sistema anglo-sajón, con la *oralidad* y *publicidad* del juicio penal, la *libertad de defensa* del imputado, el *juicio por jurados* y la *libre* o *íntima convicción* en la valoración de la prueba. Es viable, según sucedió en el continente europeo,

que adaptemos ese procedimiento de manera que él se adecue a la persecución penal pública, máxima principal de la inquisición, reformando así el sistema inquisitivo o estableciendo el llamado sistema mixto, pero no es posible que aún hoy tengamos que padecer la desgracia del proceso por actas escritas y secreto para el público en general, en el que el perseguido penalmente es poco más que un convidado de piedra. De tal manera, el *juicio por jurados* se convierte en algo más que un índice del juicio criminal que nuestra Constitución impone, adherido a las máximas de la *inmediación*, la *presencia del imputado* en él, la *oralidad*, la *continuidad* y la *publicidad popular* del debate, principio impuesto también por la forma republicana de gobierno que la Constitución adopta (CN, 1). No constituye un pretexto para apartarse de estas ideas el hecho de que la Constitución previó el transcurso de algún tiempo para "que se establezca en la República esta institución" (CN, 102 [hoy 118, todavía vigente]): ¿no habrán sido suficientes ciento cuarenta años para establecerlo?; francamente, el Congreso se ha ocupado bastante poco —por no decir: nada— de *promover* "el establecimiento del juicio por jurados" (CN, 24), otra de las graves inconsecuencias en nuestra práctica constitucional.

Desde el otro punto de vista, el régimen federal que la Constitución adopta como organización política de la República influye, fundamentalmente, sobre la organización judicial de nuestro país. No existe la menor duda de que las provincias se reservaron, en principio, la potestad de administrar justicia, esto es, de interpretar o aplicar definitivamente las leyes sustantivas, únicas para toda la Nación (CN, 5, 67, inc. 11, 104 y 107); y ese poder comprende tanto el de *organizar su propia administración de justicia*, como el de designar a los funcionarios que la administrarán, tarea de cuyo ejercicio eficiente depende que el gobierno federal garantice la autonomía de cada provincia (CN, 5; remedio para la infracción a este deber: la *intervención federal*, CN, 6). La excepción a este criterio está fijada en la misma Constitución (arts. 100 y 101), al establecer los casos de competencia federal. Empero, si el debate versa sobre la competencia legislativa para regular los actos mediante los cuales esa justicia penal se administra, esto es, sobre la facultad legislativa para *dictar las leyes de procedimiento penal*, el art. 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 12), leído según su texto ("... y especialmente *leyes generales para toda la Nación* sobre... y las que requiera el establecimiento del *juicio por jurados*"), determina *claramente* la competencia legislativa del Congreso de la Nación para, al menos, sancionar una ley marco de procedimientos penales que establezca los actos imprescindibles para realizar un juicio por jurados,

ley con vigencia en todo el territorio nacional, y cuyas reglas deberían ser respetadas por los funcionarios nacionales y provinciales instituidos para administrar justicia[201].

4. Las primeras leyes y proyectos[202]

I. La ley nº 27 (16/10/1862) marca el comienzo de la organización judicial federal, creando los primeros juzgados federales de sección en cada provincia y estableciendo la composición de la Corte Suprema. El mismo día de su sanción, por decreto del Poder Ejecutivo (presidente: Bartolomé MITRE) se designa a la primera Corte Suprema de la Nación, cuyos miembros juraron el 15 de enero de 1863[203].

II. El 14/9/1863 fueron sancionadas las tres primeras leyes que pretenden poner a andar definitivamente la justicia federal. La ley nº 48 organizó los tribunales federales y les otorgó competencia. Su art. 3 determina la competencia penal y su art. 14 creó el recurso por inconstitucionalidad (extraordinario de apelación) ante la Corte Suprema, reglas que conservan aún su vigencia.

La ley nº 49 es un intento de Código Penal federal en tanto define los delitos de competencia federal y fija sus penas, derogada posteriormente por la correcta interpretación del art. 67, inc. 11, CN (hoy 75, inc. 12), que motivó la sanción de un Código Penal único para toda la Nación.

[201] Sobre el debate de la *Convención General Constituyente* acerca del punto, en especial, sobre la facultad de las provincias de dictar sus leyes procesales, cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, nota nº 65, ps. 188 y ss., quien representa la opinión aún hoy predominante. Esa opinión, de la cual VÉLEZ MARICONDE es, sin duda, su expositor más inteligente, está repleta de sofismas argumentales, todos los cuales fracasan ante el texto claro de la cláusula constitucional y su ubicación sistemática. Al leer el debate que VÉLEZ reseña, se tiene la impresión de haber descubierto la astucia política del convencional GOROSTIAGA, quien, sin embargo, nunca imaginó que la astucia práctica de sus sucesores le ganaría, hasta hoy, la partida.

[202] Cf. ALSINA, *Tratado*, Parte general, cap. II, nº 7 y ss. ps. 142 y ss.; *La justicia federal*, cap. IV, nº 1, ps. 47 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 1ª parte, cap. V, nº 4, ps. 187 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, nº 138 y 139, ps. 191 y ss.; D'ÁLBORA, *La justicia federal*, cap. II, ps. 21 y siguientes.

[203] Fueron nombrados ministros de la Corte Suprema, los doctores Valentín ALSINA, Francisco DE LAS CARRERAS, Salvador María DEL CARRIL, Francisco DELGADO y José BARROS PAZOS y el doctor Francisco PICO como Procurador general. Al no aceptar el cargo el presidente, doctor ALSINA, el primer presidente del tribunal fue su reemplazante, doctor DE LAS CARRERAS. La misma Corte Suprema, por encargo del Poder Ejecutivo, se ocupó de redactar las primeras leyes procesales nº 48, 49 y 50, sancionadas por el Congreso con reformas mínimas que señalaremos en el texto.

La ley nº 50 es la primera ley de procedimientos civiles para los tribunales federales, pero también se ocupa —en el Título XXX— del procedimiento penal, estableciendo algunas pautas de aplicación referidas al procedimiento vigente en la provincia de Buenos Aires: después de recibida la indagatoria el imputado gozaba de la facultad de nombrar defensor; después de la *confesión*, la información sumaria era pública y se colocaba a disposición del fiscal y del defensor, para que ellos ofrecieran la acusación y la defensa; durante el período de prueba comparecían los testigos del sumario; el proceso finalizaba con un informe *in voce* del fiscal y del defensor, al que podía asistir el imputado y ser oído en él. La ley rigió, en materia procesal penal, hasta la fecha inicial de vigencia del Código de procedimientos en materia penal vigente para la Capital Federal, territorios nacionales y justicia federal en las provincias (1/1/1889).

III. En 1871, el Congreso de la Nación pretendió cumplir —por primera vez— con el mandato de los arts. 24, 67, inc. 11, y 102 de la CN (hoy arts. 24, 75, inc. 12, y 118), y, al mismo tiempo, en forma coherente, ejercer la facultades de dictar la ley de enjuiciamiento penal para los tribunales federales. De allí emergen los que se conocen como proyectos González-de la Plaza.

Para ello, el Congreso encomienda por ley (30/9/1871, promulgada el 6/10/1871) al Poder Ejecutivo el nombramiento de una comisión de dos personas para que trabajen en dos proyectos: una ley de organización del jurado y otra de enjuiciamiento, en las causas ordinarias de jurisdicción federal. El Poder Ejecutivo designa a los doctores Florentino González y Victorino de la Plaza (16/11/1871) y ellos cumplen la misión encomendada: elevan los proyectos el 23/4/1873.

Éste, aunque parezca mentira, ha sido el único intento leal del Congreso de la Nación por aproximarse al sistema de enjuiciamiento penal que indica la CN, mediante un primer proyecto, de 47 artículos, que determinaba sobre quiénes recaía el deber de ser jurados, cómo se los nombraba y convocaba, y un segundo proyecto, de 786 artículos, que constituía un código de procedimientos penal para los tribunales nacionales. Conviene, por ello, aun cuando no fueron sancionados, conocer sus principios. Ambos proyectos se inspiraron en la legislación vigente en los EE.UU. de América, según sus mismos autores lo aclararon[204].

[204] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 193 y siguiente, nota al pie nº 67, p. 194; *Proyecto de ley sobre el establecimiento del juicio por jurados y de Código de procedimiento criminal en las causas de que conoce la justicia nacional.*

Para ejercer la *jurisdicción penal* se establecieron jueces técnicos y permanentes y jurados accidentales. La información preparatoria estaba a cargo de un juez profesional, mientras que en el procedimiento intermedio y el juicio intervenía un *jurado de acusación* y un *jurado de juicio*, presididos por un juez profesional, quien dictaba la sentencia final conforme al veredicto de los jurados (aplicaba el Derecho).

La *persecución penal* pública era la regla, pero también se admitía la persecución penal por cualquier ciudadano (art. 5); si el acusador privado era quien tenía derecho a la reparación civil, podía ejercer también la *acción civil ex delito* (art. 8) en el procedimiento penal.

El *imputado* estaba claramente considerado como un sujeto esencial del procedimiento. Desde el primer momento de la persecución podía ser asistido y asesorado por un abogado (arts. 10 y 206) y el procedimiento era siempre público para él, aun durante la información preparatoria, pues podía asistir a la declaración de los testigos y tenía derecho a obtener copia de las actuaciones (arts. 213 y 224). Salvo los delitos punibles con pena capital, el homicidio y las lesiones graves, siempre podía obtener su libertad caucionada.

El *procedimiento* que establecía se puede dividir en tres secciones: la *información preparatoria* a cargo de un juez técnico; de ella emergía la acusación que era sometida a un *jurado de acusación* (arts. 239 y ss.); si la admitía, ello implicaba la remisión a juicio público; si la rechazaba, ello significaba la clausura anticipada de la persecución penal; el *juicio*, cuya base era la acusación admitida, se tramitaba ante un *jurado de juicio*, compuesto por ocho personas con la dirección de un juez profesional, salvo los casos en los que fueran enjuiciados delitos de menor gravedad o en los que el acusado confesara plenamente su culpabilidad (arts. 13 y 14). Las ocho personas que integraban el jurado de juicio fallaban sobre los hechos y su veredicto, cualquiera que fuera el resultado, se expedía por unanimidad (art. 479); el juez profesional y permanente dictaba la sentencia, decidiendo sobre el Derecho aplicable (art. 462), pero entre sus atribuciones previas y posteriores al veredicto del jurado figuraban las de aconsejar la absolución cuando estimaba insuficiente la prueba (art. 455) y reconsiderar el veredicto cuando éste era condenatorio y advertía que el jurado había confundido la significación jurídica de los hechos (art. 495). El juez profesional decidía sin acompañamiento del jurado cuando el imputado confesaba o cuando se juzgaban delitos de menor gravedad. La suerte decidía los jurados que integraban el tribunal de juicio, extraídos de una lista mayor, confeccionada con anterioridad.

Aunque resulta típico de este modo de proceder el sistema de íntima convicción en la *valoración de la prueba*, todavía subsisten reglas

que, confusamente, adhieren al sistema de prueba legal (remisión a las reglas y limitaciones civiles, arts. 440 y 442), para la prueba testimonial y documental.

La sentencia podía ser recurrida por *apelación* ante la Corte Suprema (arts. 561 y ss.), otra inconsecuencia del sistema.

No habían pasado dos años y el Congreso de la Nación pareció arrepentido de su intención de "promover el juicio por jurados", como lo manda la CN, 24, pues no trató los proyectos. Ello determinó el fracaso de una obra tan adecuada a su época y a las ideas que en ella regían, reflejadas en la CN; más aún, de allí, injustamente, se afirmó, sin vergüenza alguna, que, al no considerar el Congreso de esa época los proyectos de 1873, había enterrado el juicio por jurados y decidido el enjuiciamiento ante tribunales de derecho, con el agravante de que, según puede apreciarse, tras de esa afirmación se escondía no sólo aquello que ella significaba directamente, sino, además, el intento, lamentablemente consumado, de establecer un proceso escrito, secreto en casi todos sus tramos, que imposibilitó la publicidad popular, proscribió la inmediación y observó al imputado como un verdadero convidado de piedra, que soportaba las consecuencias del procedimiento pero no presenciaba su propio enjuiciamiento, todas formas claramente contrarias al texto y al espíritu de la CN[205]. ¿Cuán distintos hubieran sido nuestro destino, nuestra organización judicial y nuestra materia de haber cumplido el Congreso de la Nación con su deber constitucional o, por lo menos, de no haberse expresado como conclusión tamaños desatinos?

5. El Código nacional de 1889

I. Los procedimientos penales ante los tribunales de la Nación, continuaban rigiéndose por las leyes de la provincia de Buenos Aires, con las aclaraciones estudiadas (ley nº 1.114, art. 312, del 7/12/1881, y ley nº 1.893, art. 318). Es por ello que el Poder Ejecutivo decidió emprender la redacción de un proyecto de código que rigiera los procedimientos ante los tribunales nacionales, encomendando la obra a

[205] Cf. en VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 193 y ss., notas nº 67 y 68, las afirmaciones de Manuel OBARRIO en su Proyecto, hasta 1991 Código nacional y aún vigente residualmente, y de la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados de la Nación. Ver también, la *Exposición de Motivos* del CPCrim. nacional (1889) (nota explicativa del doctor Manuel OBARRIO), en la que reputó "indudable" que, al no tratar el Congreso los proyectos de 1873, se le había señalado, "implícitamente", "la base del enjuiciamiento por tribunales de derecho".

los doctores Manuel Obarrio y Emilio R. Coni; sólo el primero de ellos llevó a cabo la obra, por renuncia del doctor Coni.

El 6/3/1882 se designó la comisión indicada. El 27/3/1882 renunció el doctor Coni. El 28/3/1882 el Poder Ejecutivo le aclaró al doctor Obarrio que el proyecto de código a redactar debería regir "para todos los jueces y tribunales de la Nación", comprendiendo así los jueces de la ciudad de Buenos Aires, capital de la República, los de los territorios nacionales y los jueces federales de sección en las provincias. El Congreso de la Nación coincidiría después con este ámbito de vigencia, pues, como "legislatura local, tiene las mismas facultades que las legislaturas provinciales para dictar las leyes de forma".

El 15/7/1882 Manuel Obarrio elevó el proyecto con una nota explicativa a manera de exposición de motivos. El 10/4/1883 el Poder Ejecutivo designó una comisión revisora del proyecto, integrada por los doctores Filemón Posse, Juan E. Barra y Onésimo Leguizamón, quienes le introdujeron algunas modificaciones y culminaron su labor el 28/7/1884. El 20/8/1884 el Poder Ejecutivo elevó el proyecto a la Cámara de Diputados de la Nación, cuya Comisión de Códigos lo estudió, introduciéndole también modificaciones, y se expidió por su sanción el 19/8/1888. El 4/10/1888 el proyecto fue sancionado como *Código de procedimientos en materia penal* (ley nº 2.372) para la justicia federal, tribunales ordinarios de la capital y territorios nacionales, avalado por la Comisión de legislación del Senado. El Poder Ejecutivo lo promulgó el 17/10/1888 y encomendó en el mismo decreto a los doctores Benjamín Basualdo y Ernesto Colombres la edición oficial, quienes titularon esa publicación, erróneamente, con el nombre de *Código de procedimientos en lo criminal*. El Código rigió desde el 1/1/1889 hasta el 4/9/1992, y en esta obra se lo nombra, abreviadamente, como CPCrim. nacional. Después de su derogación por la ley nº 23.984, que sancionó el nuevo CPP Nación (1991), rige aún residualmente para aquellas causas que habían superado cierto estadio procesal al momento de entrar en vigencia el nuevo Código.

II. Aun sin decirlo, Obarrio se inspiró en la última legislación española que conservó los fundamentos principales de la Inquisición, ya por ese entonces abatida y modificada en la misma España. En efecto, al fracasar en España la ley de 1872, que implantaba el enjuiciamiento oral y público ante un jurado popular, y suspenderse su vigencia en 1875, se regresó a las prácticas inquisitivas de la legislación de 1870, que volvió a renacer en la *Compilación de 1879*, principal modelo del proyecto argentino[206]. Ello a pesar de que España dictó su

[206] Sobre la filiación del CPCrim. nacional (1889) y la sucesión de las leyes españolas que en ese entonces rigieron el enjuiciamiento penal de España, debe acudirse a Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. V, 4, V, p. 196 y cap. IV, 6, VII y ss., ps. 151 y ss., quien aclara el error de los que mencionan a la *Ley provisional de enjuiciamiento penal de 1872* como modelo principal del Proyecto Obarrio y, a través de él, del CPCrim. nacional, error que, a su vez, se traduce en el más singular de afirmar que nuestro Código significó la introducción del sistema mixto en nuestro país (cf. Oderigo, *Lecciones de Derecho procesal*, cap. I, V, A, 7, p. 74; C, 2, nota nº 55, p. 91 y C, 5, p. 104).

tan afamada *Ley de enjuiciamiento criminal* en 1882, vigente aún con modificaciones, que la incorporó definitivamente al concierto de naciones del continente europeo que en el siglo XIX varían totalmente su sistema de persecución penal, para adaptarse a las nuevas ideas (oralidad y publicidad del juicio, inmediación, libre convicción en la valoración de la prueba).

Es por ello que, con razón, se explica que el CPCrim. nacional "nació viejo y caduco"[207], pues, sancionado a fines de 1888 y con vigencia en 1889, desconoció totalmente el cambio fundamental que se había operado en materia procesal penal durante el siglo XIX incluso en España, cuya legislación *derogada* tomaba como modelo. El problema, sin duda, no se reduce a una opinión pragmática o a una cuestión de técnica legislativa, sino que constituye un caso real de atraso cultural y político incluso frente a nuestras instituciones internas, y con vigencia casi hasta nuestros días, lamentablemente[208].

No es necesario aquí deslindar responsabilidades, porque durante cien años continuamos con el mismo sistema y con las mismas discusiones. Vale la pena aclarar que la comisión nombrada por el Poder Ejecutivo, que revisó el proyecto OBARRIO, pareció mostrar cierto pudor y sonrojo final, al aclarar su propósito de redactar un proyecto de juicio por jurados e introducir el procedimiento verbal y actuado en materia correccional.

OBARRIO, en cambio, ignoró todo el movimiento reformista y la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, pese a aclarar que había tenido en cuenta otros antecedentes, entre ellos el *Proyecto de ley de juicio criminal por jurados para la capital de la República*, del doctor José DOMÍNGUEZ, elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación el 1/9/1884, decidió estrechamente que "no era constitucionalmente indispensable ni políticamente oportuno establecer el jurado", aprobando el proyecto, como si en esa sentencia se agotara todo el debate.

Para colmo de males, la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados de la Nación desmejoró el proyecto, según sucedió, por ejemplo, con el error que significó estimar que la regulación del proyecto sobre el ejercicio de la acción civil *ex delito* en sede penal, ingresaba en materia ya disciplinada por el Código Civil y disponer la eliminación —derivada de esa idea— sólo parcial de las reglas relativas a la cuestión, producto de una ligereza evidente; ambas cámaras lo aprobaron "a libro cerrado", dejándonos una pesada herencia, que soporta nuestra cultura jurídica.

207 VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 197.

208 En 1981, el doctor Alberto RODRÍGUEZ VARELA, entonces ministro de Justicia de la Nación, en el mensaje que acompañaba la ley de reforma al CPCrim. nacional, nº 22.383, cuyos fundamentos principales repitió después por televisión al abandonar su cargo, se encargó de alabar el "secular sistema vigente" denostando a los sistemas actuales al caracterizarlos sólo como "teóricamente excelentes". Ello demuestra que, por lamentable que sea, el atraso cultural continuaba vigente, al menos en el orden nacional.

III. Constituye sin duda un error ubicar al CPCrim. nacional (1889) entre los que adoptaron el "sistema mixto" o inquisitivo reformado, según preferimos denominarlo nosotros[209]. No se trata aquí, según hemos visto, de un problema técnico, ni tan siquiera de uno convencional, en el sentido de definir las palabras y rótulos que son utilizadas, según el autor prefiere (posibilidad siempre abierta y legítima mientras, como en nuestro caso, se aclare que la etiqueta no se vincula con su significado histórico), sino de un problema cultural: aquello que se conoce como "sistema mixto" o inquisitivo reformado es la manera de perseguir penalmente que emerge, políticamente, una vez abatido por completo el absolutismo e instaurada la República en Europa continental y, técnicamente, del movimiento reformador del enjuiciamiento penal durante el siglo XIX, con punto de partida en las leyes francesas posteriores a la Revolución de 1789, cuyo producto final es el Código de 1808, ideas a las que, en general, se pliega nuestra Constitución histórica de 1853.

El hecho de que el CPcrim. nacional no haya podido ignorar por completo la abolición de la tortura, la libertad de defensa, la existencia del ministerio público como órgano de la persecución penal distinto de los tribunales de fallo, no conduce de por sí a su incorporación a ese movimiento, pues ignora todas las formas y medios que se adoptaron en aquella época para dar eficacia a esas máximas, sin prescindir por completo de la persecución penal pública, formas y medios que la Constitución quiso indicar al establecer una serie de principios políticos y garantías individuales referidas a la dignidad humana, conforme a su procedencia histórico-política. También las últimas leyes inquisitivas habían dado un paso atrás frente a la tortura y a la defensa, y reconocido al ministerio público.

He aquí expuesta, en nuestro caso concreto, la necesidad del estudio histórico de las instituciones procesales penales, según lo advertimos. El esquema del sistema que utiliza el CPCrim. nacional permitirá apreciar, sin la más mínima sombra de duda, la fuente ideológica de la cual proviene.

[209] Cf. Odergo, *Lecciones de Derecho procesal*, ps. 74 y 104; Clariá Olmedo, *Tratado*, t. I, nº 141, p. 195, se pliega a ese error de manera increíble para quienes conocemos su versación, pues poseía los conocimientos culturales para evitarlo, según se puede apreciar en el mismo libro. En cambio, ubica bien la cuestión, esquemáticamente, D'Álbora, *Curso de Derecho procesal penal*, III, ps. 11 y ss., aun sin haber creído necesaria una introducción histórica detallada.

La *jurisdicción penal* es ejercida, en el CPCrim. nacional, en principio, por jueces unipersonales y profesionales que se encargan de la investigación preliminar (la instrucción, llamada sumario por la ley) y del procedimiento que habilita el fallo, cuyas decisiones son recurribles por apelación (durante el sumario, cuando la ley lo admite o no lo prohíbe) ante un tribunal colegiado de jueces también profesionales (tres jueces, de ordinario). En el mejor de los casos (administración de justicia ordinaria de la capital de la República) los jueces de instrucción y de fallo son personas distintas, según lo quiso el proyectista[210], pero, en muchos otros (justicia federal de la Capital de la República, jueces federales de sección y otros jueces penales con competencia específica), un único juez profesional instruye de oficio y juzga finalmente, aspecto que, al menos, lo aproxima —no sólo— ópticamente a la figura del inquisidor. En el procedimiento correccional (abreviado), un único juez profesional es el amo del proceso, el juez correccional; sus decisiones son recurribles también ante un tribunal colegiado[211].

El Código reconoce al ministerio público (fiscal) como órgano de la *persecución penal pública*, pero el papel que le adjudica es tan pobre que se puede decir, sin temor al yerro, que el reconocimiento constituye más un problema teórico que práctico. Es así que el sumario puede iniciarse de oficio por el mismo juez (*per inquisitionem*), ante quien, incluso, son presentadas normalmente las denuncias, que también constituyen un acto inicial del procedimiento; que es ese mismo juez el que, sin excitación extraña, cumple todos los actos de investigación y posee todos los poderes de coerción procesal, con el agravante de que los actos de prueba por él realizados poseen valor definitivo, en el sentido de que sirven para fundar el fallo —incluso la condena— con el cual termina el proceso. Sólo la acusación, como acto propio del ministerio público, cumplido cuando el juez finaliza la investigación preliminar, recuerda a otro sistema; pero su fuerza vinculante para la sentencia nunca ha derivado de la misma ley procesal, que hasta olvida regular su contenido mínimo, conforme a la idea que la preside, sino directamente de la Constitución (principio de inviolabilidad de la defensa, CN, 18) y de la interpretación que los

[210] Quien ya conocía ese principio: *Nota explicativa* a su proyecto.

[211] Aun el nuevo CPP Nación (1991) y la organización judicial que se le adosó para realizarlo conserva este defecto para el juicio correccional.

juristas han hecho de sus reglas de garantía referidas al procedimiento penal. El poder que se concede al ministerio público —a veces de ejercicio obligatorio—, de recurrir ciertas resoluciones y el fallo, constituye más un poder de vigilancia o control de la función jurisdiccional que uno relativo a la instancia de esa jurisdicción, es decir, una potestad referida al dominio de la persecución penal. En los delitos de acción pública, al lado del ministerio público, se permite la intervención del ofendido como acusador (querellante particular). Por imposición del CP, 73 y ss., los escasos delitos de acción privada son perseguidos únicamente por el ofendido o sus sustitutos.

La intención del legislador fue excluir del proceso penal el ejercicio de la acción civil reparatoria de los daños causados por el delito; pero el error de dejar algunas reglas en el proyecto, que se referían a las partes civiles, y la sanción posterior del CP, 29, cuya interpretación defectuosa provocó una influencia decisiva en la interpretación de la ley procesal, condujo a la jurisprudencia a admitir la procedencia de la acción civil *ex delito* en sede penal.

El *imputado* no goza, sino aparentemente, de una situación que permita afirmar que se trata de un sujeto del procedimiento equiparado al acusador o, mejor dicho, a quien lo persigue penalmente. Por de pronto, toda la investigación preliminar era, originariamente, secreta para él, sin admitir defensa (art. 180), situación que reviste aún mayor gravedad si se piensa que los actos probatorios llevados a cabo durante el sumario son idóneos para fundar la sentencia (también los actos de la prevención policial revisten ese carácter). Se admite que lo asista un defensor y existe la indagatoria (declaración del imputado) durante la investigación preliminar, pero al primero le alcanza el secreto y la segunda posee marcada naturaleza inquisitiva, no sólo por la forma del interrogatorio (art. 241), sino porque las advertencias sobre la defensa y la comunicación del hecho punible atribuido no son llevadas a cabo al comienzo, sino al finalizar el interrogatorio (art. 255); la incomunicación, con un plazo prolongadísimo y a la que se echa mano como regla hasta después de la indagatoria, impide todo contacto entre defensor e imputado hasta después de su declaración. El plenario, como sección contradictoria del procedimiento, tiene una importancia menor frente a la instrucción y en él, prácticamente, no participa el imputado, menos aun cuando sufre encarcelamiento preventivo. La prisión preventiva se regula como obligatoria cuando se funda la probabilidad de que el imputado sea autor o partícipe en un hecho punible y, para la ley, ni siquiera constituyen una excepción los hechos penados con multa o inhabilitación. El Código acep-

ta el principio de proporcionalidad mediante el remedio de la excarcelación y la libertad bajo caución, pero en medida escasa.

El procedimiento se divide en dos secciones principales, el *sumario* y el *plenario*, pero en ambas rige la escritura y la discontinuidad, es decir, el procedimiento por actas y, por ende, una increíble delegación de las funciones del juez en otros funcionarios que lo auxilian o en la misma policía.

Aunque, al suprimirse la confesión por coacción (tortura), no fue posible estructurar un sistema puro de *prueba legal* para su valoración, existen varias reglas que lo recuerdan (por ej., arts. 306 y 316). La *publicidad* está excluida: en el sumario porque es secreto, aun para el imputado[212], y en el plenario porque, aunque se declama que "las actuaciones de pruebas se practicarán en audiencia pública..." (art. 479), el procedimiento escrito torna más que imposible, ridícula, la publicidad popular.

Las principales resoluciones del juez de instrucción y todas las del juez de fallo, incluida la sentencia, son apelables ante un tribunal colegiado, compuesto por tres jueces profesionales, de mayor jerarquía, denominado cámara de apelación.

Increíble, pero real, sobre todo si se piensa que ese procedimiento rigió hasta la última década de este siglo, y rige aún residualmente para el Estado federal y la administración de justicia en materia penal en la provincia de Santa Cruz, con variaciones de detalle, éste es también el procedimiento penal —incluso magnificado por la organización judicial deficiente y por el valor que por esa razón adquieren los actos de la policía— que rige genéricamente en las provincias de Buenos Aires y Santa Fe.

IV. La importancia de este Código reside en la extensión temporal y territorial (en la capital de la República, territorios nacionales y en todo el país para los hechos punibles de competencia federal) de su vigencia, como en su adopción, aun con modificaciones, por muchas provincias, y, en especial, por las nuevas provincias que emergieron de los antiguos territorios nacionales en el siglo XX; y ello a pesar de que sus constituciones, más modernas, se oponen directamente a la mayoría de sus reglas, pues exigen un juicio público y oral, prohíben

[212] Luego se admitió que la instrucción sea pública para el imputado y su defensor, después de un período de secreto (art. 180, reformado), pero la facultad otorgada al juez de instrucción de prolongarlo por períodos o de renovarlo, sin límite, colocó las cosas, jurídicamente, casi en el mismo lugar.

el secreto sumarial, y requieren, aun limitadamente, el veredicto de un jurado[213].

Esta situación se ha revertido hoy, pues casi todas las provincias, gradualmente, se hicieron eco de la renovación total que, en la materia, provocó el CPP Córdoba en el año 1939, incluida la justicia nacional por obra del nuevo CPP Nación (1991). El único código provincial que aún sigue la estructura y el sistema del CPCrim. nacional, incluso después de que él fue derogado, es el de la provincia de Santa Cruz.

6. La época intermedia: los códigos de las provincias de Buenos Aires y San Luis

La obra de Tomás JOFRÉ, conocedor del movimiento reformista en Europa continental y de la contradicción que representaba el CPCrim. nacional para las constituciones del país, dio por resultado la sanción del Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires (15/1/1915) y, a través de su influencia, de la ley nº 654 de la provincia de San Luis, inmediata a la sanción del Código, que estableció un sistema similar para el juicio.

La principal innovación de estos códigos resulta de admitir que, en los procesos por delitos graves, el juicio (procedimiento principal) debía llevarse a cabo en forma oral, pública y continua, ante un tribunal colegiado, de jueces profesionales, si el imputado expresaba su voluntad de ser juzgado de esta manera. Se prevé, sin embargo, que si los imputados son varios, todos deben optar por este sistema para aplicar este tipo de procedimiento.

Conforme a la versación del autor, la reforma fue demasiado tenue; la razón de ser de la reforma y su característica fue, por un lado, favorecer al imputado, para permitir que él, si lo exigía, fuera juzgado conforme al sistema que la ley fundamental requería, y, por el otro, el temor reflejado en la afirmación de que la escasa cultura de nuestro pueblo, en relación a los que habían reformado la Inquisición, no permitiría llevar a cabo un sistema de persecución penal similar, idéntico para todos.

Con prescindencia de la verdad o falsedad de las premisas empíricas de las que se parte (escaso nivel cultural general), ambos argumentos son falsos. Ya en la ley misma se contradice el primer argumento, puesto que la opción por el sistema civilizado no dependía del mayor o menor nivel cultural del imputado, sino de una declaración de voluntad de él: de tal manera, el "inculto" podía optar

[213] Constitución de la provincia del Chubut, por ejemplo.

por el juicio público y el "culto" por las reglas ordinarias, sin que la ley dijera nada en sentido contrario. Por lo demás, tal opción no era posible en todos los casos, sino tan sólo en unos pocos, dependientes de la gravedad del delito, y siempre que, cuando fueran varios los imputados, "cultos" o "incultos", todos expresaran su voluntad en ese sentido. Empero, aun prescindiendo de esa verificación, tornar dependiente de una expresión de voluntad la aplicación de un sistema de enjuiciamiento acorde con las leyes fundamentales del país, en lugar de otro contrario a esas leyes, que se aplica ordinariamente, suena sencillamente ridículo. La prueba, con los años, está a la vista: el sistema previsto desembocó en un rotundo fracaso; casi no hubo casos de juicios públicos en la provincia de Buenos Aires y, cuando alguno se llevó a cabo, la falta de una organización judicial adecuada y la práctica ordinaria de otro tipo de procedimiento, provocaron cierto escándalo, pues hasta el público, que no conoce lo que pasa y cómo son decididos los plenarios escritos, entendió que algunas sentencias eran escandalosas[214].

El segundo argumento falaz es más grave políticamente. Aun partiendo del escaso nivel cultural de nuestra población —agravio gratuito sin una comparación seria por métodos empíricos—, no se comprende cuál es la razón por la que los "menos cultos" sean más desdichados. En materia de principios, y sobre todo de aquéllos relativos al tratamiento que merece una persona humana, el nivel de cultura o de aprendizaje que cada uno adquiere, si bien se debe a una desigualdad —de oportunidades—, no se puede traducir en una *desigualdad ante la ley*. Cuando se suprime la tortura y se destruye los instrumentos para aplicarla, no queda abolida esta abominable institución para los "cultos", sino también para los "incultos"[215]. Aunque no parece que el sistema establezca una desigualdad ante la

[214] No resisto la tentación de consignar una de las tantas anécdotas que, con visitantes extranjeros, me sucedieron al tomar contacto con ese procedimiento penal, hecho lamentable que siempre trato de evitar. Excluiré los nombres. Acompañé a La Plata a una personalidad del Derecho penal universal; algún imprudente propuso visitar el Palacio de Justicia; nos atendió un alto funcionario judicial, quien, por supuesto, nada tenía para mostrar: a pesar de que demoró la visita para que intentaran arreglar la sala de audiencia en la que alguna vez se habrá llevado a cabo un juicio público, no consiguió demasiado éxito; debió explicar, entonces, que el enjuiciamiento era escrito, por actas, y que, aunque existía la posibilidad de un juicio público, ni los abogados ni los jueces —ni, al parecer, los profesores de Derecho procesal, porque él lo era y al confesarlo cometió un error fatal, dado el carácter del visitante— preferían esa forma de enjuiciamiento, de modo que —prácticamente— nunca se llevaba a cabo. El personaje extranjero esbozó una sonrisa y, al cabo de un tiempo, pudo ejemplificar su asombro: preguntó qué pasaría si uno de los animales prehistóricos del Museo de Ciencias Naturales de la Universidad de La Plata volviera a la vida y se decidiera a dar un paseo por el centro. Lo mismo le había ocurrido a él, que había estudiado y enseñado el sistema inquisitivo como una realidad histórica, pero que nunca hubiera imaginado encontrarlo vigente, de cuerpo presente. Preguntó también, cuando conversamos solos, si a él lo juzgarían así en el hipotético caso de sufrir algún "inconveniente penal", y se fue azorado.

[215] Del mismo tipo es el argumento que pretende justificar nuestros largos lapsos de opresión y la falta de vida republicana y democrática indicando que no "merecemos" vivir en democracia por falta de herencia y tradición histórica y democrática. El argumento, extendido a toda América Latina, lo leí escrito por la pluma de un conocido publicista y periodista argentino, a quien no nombro, aunque tenga siempre presente pa-

ley, porque las condiciones de procedencia de uno u otro enjuiciamiento eran idénticas para todos, la sensación clara es que el principio establecido en nuestra CN, 16, sufre frente a este tipo de argumentos. Quizás ello mismo indique la irracionalidad del argumento, ya que un "inculto" puede optar por el juicio público tanto como un "culto": ¿o se esperaba que los "incultos" no optaran?

Por supuesto, según se lleve a cabo el procedimiento principal por escrito o en forma de *juicio oral*, el proceso asume características totalmente opuestas: depende de ello, según sabemos, la efectiva publicidad popular del enjuiciamiento, la inmediación y la presencia del acusado durante el procedimiento, la continuidad del debate y la sentencia, la valoración de la prueba conforme al sistema de libre convicción, características únicamente posibles en el último de los casos, pues en el primero dominan sus contrarias: falta de publicidad popular, escasa intervención del acusado en el procedimiento, delegación de funciones, tendencia hacia la prueba legal.

Los códigos de las provincias de Buenos Aires y San Luis representan tan sólo un intento fracasado por modernizar las instituciones procesales penales de nuestro país. Al mismo tiempo de introducir esta innovación principal —el juicio oral—, liberalizaron la instrucción, permitiendo una actividad mayor del imputado y su defensor durante su transcurso, limitaron el secreto instructorio, tan amplio en el CPCrim. nacional, al punto de que el de San Luis impide que la instrucción sea secreta para los intervinientes, y limitaron el encarcelamiento preventivo (Buenos Aires) para delitos amenazados con pena privativa de libertad superior a cierto límite (dos años en su término medio), acordando al principio de proporcionalidad mayor importancia (excarcelación). Desde otro punto de vista, prohibieron el ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, pero dieron amplia posibilidad de intervención al *particular damnificado*, en virtud de la influencia del fallo penal sobre el civil (CC, 1101 y ss.).

El fracaso del intento, conviene recalcarlo, no sólo proviene de la ilusión de compatibilizar dos sistemas diametralmente opuestos bajo una misma regulación —manteniendo, por ejemplo, el valor decisivo de los actos de la instrucción; base contraria en el enjuiciamiento acusatorio, que sólo permite fundar la deci-

ra mí, porque, con el tiempo, he perdido la posibilidad de citar correctamente la publicación (en una revista extranjera). La pregunta y respuesta que esconde a medias esa afirmación es: ¿qué merecemos entonces?, la dictadura, el absolutismo, la opresión. En realidad, esto último era lo que pretendía afirmar —sin preguntar— el articulista: que nos *convenía* un régimen autoritario, sin margen de libertad ni expresión de la voluntad popular, en apoyo de uno de los tantos gobiernos militares, *de facto*, que nuestro país tuvo.

sión final en los actos que se llevan a cabo durante el debate oral—, sino también, y de manera fundamental, de la deficiente organización judicial que caracteriza, por ejemplo, a la provincia de Buenos Aires. Ambas formas de juicio se traducen en dos organizaciones judiciales completamente diferentes, según sus mismos principios, y la provincia de Buenos Aires, al parecer esperando que la "opción" sólo se concretara en casos de excepción, se organizó judicialmente conforme a la tradición del procedimiento escrito y sin publicidad, con aplicación amplia de la delegación de tareas en funcionarios policiales y judiciales menores, para llegar hasta nuestros días con una insuficiencia notoria en su organización judicial en materia penal, que ha conducido, en la práctica, a una delegación de atribuciones propias de la tarea judicial en funcionarios policiales, reñida con el Estado de Derecho y con lo que se debe entender por "asegurar la administración de justicia" (CN, 5). La provincia de San Luis, en cambio, prefirió adaptarse parcialmente a la legislación más moderna por ley nº 1.940 (25/4/1947), estableciendo el juicio oral y público obligatorio para los delitos graves (pena superior en su máximo a los seis años de privación de libertad) y acordando al imputado la facultad de optar por esa forma de juicio cuando la pena máxima superara los cuatro años de privación de libertad.

El fracaso de estos intentos fue, sin embargo, relativo a la práctica judicial, pues, desde el punto de vista teórico-académico, estos códigos, su autor y el movimiento que crearon significan el primer peldaño crítico del CPCrim. nacional y la tradición inquisitiva impuesta en nuestro país: introdujeron definitivamente el germen de su reforma.

7. La reforma procesal penal: el CPP Córdoba y los llamados "códigos modernos"

I. El CPP Córdoba (Código de procedimiento penal para la provincia de Córdoba), sancionado por la Legislatura de esa provincia el 22/8/1939, promulgado por su Poder Ejecutivo el 28/8/1939 (ley nº 3.831) y vigente desde el 28/2/1940, representa el primer paso importante de la reforma procesal penal en la República Argentina, similar a la que se llevó a cabo casi un siglo antes en Europa continental, y aún no concluida definitivamente en nuestro país. Por ello, él representa también el primer intento serio de acomodar las formas procesales vigentes a la idea política que traduce la CN —y la de esa provincia— y la verdadera introducción del sistema mixto o inquisitivo reformado en nuestro país.

La historia legislativa de ese Código es, desde muchos puntos de vista, ejemplar. En primer lugar, el Gobierno de la provincia encargó el Proyecto de Código de procedimiento, prácticamente, a la Universidad cordobesa, constituyendo una comisión con tres profesores de esa casa de estudios, los doctores Sebastián SOLER, Alfredo VÉLEZ MARICONDE y Ernesto S. PEÑA (decreto 37.072 del 19/1/1937). El último de los nombrados renunció antes de comenzar la obra, razón por la cual los méritos del proyecto recaen sobre los dos primeros profesores nombrados, con una participación menor de Ricardo C. NÚÑEZ, quien colaboró en él tomando a su

cargo los preceptos relativos a la acción civil *ex delito*. La labor de académicos verdaderos enriqueció el Código, aspecto que se observa fundamentalmente por las notas, colocadas al pie de las disposiciones, que revelan las fuentes originarias en las cuales se inspiraron para las soluciones legislativas que propusieron. Ellos culminaron su labor el 27/11/1937 y el Poder Ejecutivo elevó el Proyecto a la Legislatura provincial el 15/12/1937.

El Proyecto mereció también una labor legislativa cuidadosa. Se formó una comisión interparlamentaria para tratarlo, la cual, en conjunto con sus autores, sesionó desde el 30/5/1939 hasta el 20/6/1939 (se puede leer la versión taquigráfica de las sesiones y discusiones en el Diario de Sesiones de la Legislatura de la Provincia de Córdoba del 14/8/1939).

II. Es sencillo discernir cuáles fueron las fuentes jurídicas que ejercieron su influencia en el sistema y texto del CPP Córdoba, pues, según advertimos, sus proyectistas tuvieron la prudencia y la honestidad de designarlas al pie de sus artículos[216].

Los códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930, ya directamente, ya a través del Proyecto del diputado Mario ANTELO (1933), presentado al Congreso de la Nación como Código de procedimiento penal para la Capital Federal[217], que figuran como antecedente en más de la mitad de los artículos del Código, constituyen la principal fuente de inspiración. Pero la influencia de la legislación europeo-continental reformista, del siglo XIX, no se reduce al Derecho procesal penal italiano, pues las citas demuestran un conocimiento cabal de los autores de todo el movimiento, en especial de la Ley de enjuiciamiento criminal de España (1882), de la Ordenanza procesal penal alemana (1877) y del Código de instrucción criminal francés (1808), con todas las modificaciones hasta la llamada *ley Constans* (1897), padre de todas esas leyes (E, 3 y 4); aunque en menor proporción, la afirmación tiene también sustento en la cita específica de las legislaciones de Noruega (Código de Procedimiento penal del 1/7/1987), Polonia y Suiza.

Relata Alfredo VÉLEZ MARICONDE —y las notas del Código también recogen esa información— que como fuentes nacionales —además del

[216] Cf. FINZI, *Índice alfabético de las fuentes*, ps. 259 y siguientes.

[217] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Bases de un nuevo proceso penal. El proyecto de Mario Antelo*. Es conocido que el Código de Procedimiento Penal para el Reino de Italia de 1930 representa, ideológicamente, la reforma fascista del de 1913, aun cuando sean reconocidas sus virtudes técnicas (cf. su texto en MANZINI, *Tratado*, t. V, ps. 351 y ss.). La reforma procesal penal argentina, inspirada sin duda en la legislación italiana, tuvo la virtud de aceptar las soluciones políticas impuestas en 1913 y la técnica de la legislación de 1930, dejando de lado el autoritarismo que la preside (cf. FINZI, *Índice alfabético de las fuentes*, p. 262, para el análisis de las disposiciones inspiradas en cada uno de esos códigos).

Proyecto ANTELO— merecen ser nombrados los proyectos de Código de procedimiento penal de MARTÍNEZ PAZ (1918) y ROTHE (1924) para la provincia de Córdoba, y las bases que él mismo preparó como secretario para una comisión creada por el Poder Ejecutivo cordobés en 1928 (integrada por Tomás Miguel ARGAÑARÁS, Luis J. ESCALIER, Enrique OTERO CABALLERO y Pedro LEÓN, encargándose la redacción del Proyecto a ESCALIER y OTERO CABALLERO), cuya labor fue interrumpida por la revolución de 1930 y sólo aprovechada para el Proyecto definitivo del código del que hablamos[218].

Entre las fuentes nacionales que se tuvieron en cuenta se debe citar también al CPCrim. nacional, pero siempre considerando que él influyó en el texto de alguna que otra regla, nunca en el sistema, ni en la estructura del nuevo Código, diametralmente opuestos. Con la misma advertencia se debe señalar la influencia de los textos del antiguo Código de Procedimiento en lo Criminal de la provincia de Córdoba (15/11/1889), citado por los autores del Proyecto como fuente de numerosos artículos, y del ya estudiado CPP Buenos Aires (15/1/1915), cuya influencia principal se registra en el capítulo de los recursos contra decisiones jurisdiccionales.

Escasa influencia tiene la legislación latinoamericana de la época, la cual, con la excepción parcial de Cuba y Brasil, conservaba características netamente inquisitivas; sólo la legislación brasileña aparece citada como fuente de unos pocos artículos.

III. El *sistema* y la *estructura* del CPP Córdoba, si bien no inmunes a la crítica y factibles de mejorar, constituyen, con el texto cuidado de sus reglas, un conjunto homogéneo de depurada técnica legislativa, con claro sentido político y cultural. Ello le valió el elogio del mayor erudito de habla hispana en nuestra materia, don Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, para quien ese Código es, sin duda, "el mejor de América y uno de los mejores del mundo", pues, a su juicio, había sabido reunir, sabiamente, el espíritu de la Ley de enjuiciamiento criminal española y la técnica de las leyes procesales penales italiana y alemana, razón por la cual fue postulado y aceptado como base para el proyecto de legislación procesal penal uniforme en Iberoamérica[219]. Entre otras causas, a ello se debe también su rápida expansión

[218] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 200, nota nº 75.

[219] V Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal, Bogotá, junio, 1970; cf. DE LA RÚA, *Proceso y justicia*, p. 190.

en nuestro país y en el extranjero, provocando una gran cantidad de leyes que, con escasas variaciones lo adoptaron, según observaremos enseguida.

La *jurisdicción penal* es ejercida por tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes, de modo que se excluye la idea (constitucional) de integrarlos con jueces accidentales, no profesionales. La instrucción se coloca en manos de un juez de instrucción, por regla, permitiéndose la apelación de sus decisiones principales (procesamiento, falta de mérito, medidas coercitivas y sus remedios) ante un tribunal colegiado compuesto por tres jueces. Lo mismo se puede decir del procedimiento intermedio que, erróneamente a mi juicio, sigue en manos del juez de instrucción, con apelación de sus decisiones ante el mismo tribunal colegiado. El tribunal del juicio (procedimiento principal) está constituido por tres jueces profesionales y permanentes que deciden tanto sobre los hechos como sobre el derecho aplicable, tanto el fallo de culpabilidad como la pena a imponer. Se previó un juez unipersonal (correccional) para el juicio de faltas, pero, durante la vigencia del Código originario, no llegó a funcionar, impedido por una regla transitoria. Quizá la única excepción a este sistema de tribunales integrados exclusivamente por juristas fue la del tribunal de juicio para menores, que no estaba sólo integrado por un jurista profesional, sino también por un médico y un psicólogo, pero el método fracasó, circunstancia que demuestra el apego de nuestro país a los tribunales técnico-jurídicos.

Se organiza el ministerio público como órgano específico de la *persecución penal* para los delitos de acción pública, quien monopoliza este poder, pues, en estos delitos, no se permite la intervención de ningún otro acusador (querellante: acusador privado o popular). Consecuentemente, es el ministerio público el encargado de provocar el procedimiento penal o también —desafortunadamente— la policía judicial, desconociéndose la iniciación de oficio, por el propio juez de instrucción, y la denuncia como medio directo de excitar su actividad. Se crea la policía judicial, como auxiliar del ministerio público y de los tribunales, pero la idea no se pone en práctica, asumiendo esas funciones la policía administrativa y política, según es tradicional en nuestro país. Es en esta materia, la organización judicial, tanto de los tribunales como de los órganos de persecución, donde residen los principales defectos de la nueva legislación, mucho más notorios en la organización de los órganos de persecución penal, pues no se ha logrado llevar a la práctica el famoso axioma de que el ministerio público es *único* e *indivisible*; al contrario, quedó constituido por una

gran cantidad de funcionarios, teóricamente organizados en forma jerárquica, pero prácticamente desconectados entre sí.

Para los delitos de acción privada, perseguidos todos por el ofendido o sus sustitutos, según imposición del CP, 73 a 76, se organiza un procedimiento especial que consta sólo de la sección referida al juicio con debate oral, pues se suprime la instrucción y él comienza, directamente, por la acusación.

Se permite y regula el ejercicio de la acción civil *ex delito* en el proceso penal, admitiéndose, incluso, la intervención en él del tercero responsable por el imputado, según la ley civil.

El *imputado* asume su verdadero papel de sujeto del procedimiento desde el primer acto cuyo contenido lo señala como autor de un hecho punible o partícipe en él (denuncia, testimonio, reconocimiento, etc.), cualquiera que sea la seriedad de la información o el grado de verosimilitud que ella transmita. La consecuencia de esa máxima es la amplia posibilidad de defensa, tanto material como técnica, que se le reserva desde el primer momento del procedimiento; la defensa técnica, esto es, la asistencia de un defensor letrado, se torna obligatoria desde su primera declaración sobre el hecho. Cualquiera que sea el grado de sospecha que se cierna sobre él, se lo trata como inocente hasta que una sentencia firme de condena lo declare culpable y lo someta a una pena, conforme a la máxima constitucional. De allí que el encarcelamiento preventivo sea excepcional, con amplia posibilidad de ser sustituido por la libertad caucionada, aun cuando su reglamentación pueda ser mejorada, y que la duda lo favorezca al momento de valorarse la prueba, sobre todo en la sentencia (*in dubio pro reo*).

El *procedimiento común* se divide en tres secciones. La *instrucción preparatoria*, procedimiento preliminar de investigación que dirige, por regla, un juez de instrucción (instrucción formal o jurisdiccional), y que por excepción (delitos leves o de fácil investigación) queda en manos del ministerio público exclusivamente, quien, a su fin, requiere al juez la cancelación de la persecución penal (sobreseimiento) o acusa directamente, solicitando la apertura del juicio según el mérito de las diligencias practicadas (citación directa, instrucción sumaria o procedimiento preparatorio del ministerio público). En todos los casos, los actos que integran la instrucción carecen de valor para fundar la sentencia, que será dictada después de cumplido el debate oral y público, salvo el caso de excepción de los definitivos e irreproducibles, los cuales, por esa razón, no pueden ser cumplidos por el ministerio público y están sometidos a un reglamento especial, que garantiza su control defensivo; por ello se califica a esta sección del procedimiento con el adjetivo *preparatoria*.

El *procedimiento intermedio*, que en teoría tiene por misión el control jurisdiccional de los requerimientos conclusivos sobre la instrucción que lleva a cabo el ministerio público (labor que constituía la razón de ser del gran jurado inglés o del jurado de acusación francés), ha quedado trunco en el Código cordobés. El control del pedido de sobreseimiento sigue el sistema del CPCrim. nacional (1889): se requiere al juez de instrucción, quien, si no aprueba el requerimiento, lo somete a la valoración del superior jerárquico en la organización del ministerio público, órgano que decide la cuestión, obligando a sobreseer o a lograr la acusación según los fundamentos que especifica. Si, en cambio, el fiscal concluye la instrucción requiriendo la elevación a juicio (por acusación), el control sobre las formas previstas para el acto y sobre la seriedad de sus fundamentos para provocar un juicio público es meramente *facultativo* para el imputado y su defensor, quienes, objetándolo (instancia de sobreseimiento), provocan la intervención del juez de instrucción en primera instancia, cuya resolución es apelable ante una cámara de acusación; de no objetarse la acusación, ella provoca, sin control, la apertura del procedimiento principal (juicio público). Tal forma de regular el procedimiento intermedio fue y es, en la práctica, un fracaso: el mismo juez de instrucción es incapaz para controlar su propia obra, según resulta natural.

El *procedimiento principal* o *juicio* se cumple sobre la base de la acusación formulada por el ministerio público. Su eje central está constituido por un debate oral, público, contradictorio y continuo que otorga fundamento a su fin específico: decidir acerca de la actuación práctica del poder penal del Estado y, eventualmente, sobre la pretensión civil ejercida en el proceso penal. En él se ven reflejados una serie de principios y formas de actuación muy caros para la reforma instituida y característicos de ella: la *inmediación*, como presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales durante el procedimiento, especialmente del imputado, la *oralidad* de los actos, su *concentración* y *continuidad*, características que rigen hasta la decisión final y conforman los principios de la *unidad del debate y la sentencia* y de la *publicidad* popular del procedimiento.

La sentencia penal sólo puede culminar en la absolución o en la condena (prohibición del *non liquet*). La prueba se valora en ella por el sistema de la *libre convicción* o *sana crítica* racional, esto es, sin atarse a reglas legales sobre la valoración de la prueba, pero exigiéndose la exposición de los motivos que fundan el fallo; la falta de fundamentación y la fundamentación insuficiente o contradictoria constituyen motivos absolutos de casación.

Como los únicos jueces que están en condiciones de decidir sobre la acusación son aquellos que presenciaron el debate, cuyos actos, por lo demás, son los únicos idóneos para fundar la sentencia, se comprende que la decisión final sobre los hechos (valoración de la prueba) sea inimpugnable (juicio de única instancia). En cambio, la sentencia resulta impugnable desde el ángulo de la aplicación del derecho, tanto material como procesal, razón por la cual el único recurso típico contra la sentencia es el de *casación*[220]. Procede también contra ella, sin limitación temporal e, incluso, deducible después de muerto el imputado, el recurso de *revisión*, a favor del condenado por errores fácticos de gravedad en la decisión, puestos en evidencia con posterioridad a ella, y por aplicación de una ley penal posterior más benigna (CP, 2). Todos estos recursos, limitados en sus motivos por la ley, son considerados extraordinarios y de ellos conoce el Tibunal Superior de Justicia del Estado provincial.

IV. El ejemplo del CPP Córdoba se expandió rápidamente. Con algunas modificaciones de detalle dio lugar a la sanción de los códigos de las provincias de Santiago del Estero (1941), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Jujuy (1950), Catamarca (1959), San Juan (1961)[221], Salta (1961), La Pampa (1964), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971), Chaco (1971) y de la ley nº 1.940 de la provincia de San Luis (1947), que, según vimos (G, 6), reformó el Código estableciendo el juicio oral y público obligatorio para delitos graves (pena máxima superior a seis años de privación de libertad) y la opción por este tipo de procedimiento a favor del imputado para los delitos cuya pena máxima supere los cuatro años de privación de libertad[222].

[220] Se prevé también un *recurso de inconstitucionalidad* (provincial) y funciona el *recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema de la Nación* (inconstitucionalidad nacional) previsto por el art. 14 de la ley nº 48, pero ambos constituyen recursos de casación limitados por la materia jurídica sobre la que versan: el Derecho constitucional federal o provincial.

[221] Aunque parezca mentira, este Código no entró en vigencia; la causa de ello se atribuye a una deficiente organización judicial para ponerlo en práctica.

[222] Se menciona aquí el año de la sanción legislativa. Para conocer detalles sobre su promulgación, vigencia y el nombre de sus proyectistas, cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 1ª parte, caps. V, VII y IX, ps. 202 y ss. El CPP Corrientes fue proyectado por el mismo Alfredo VÉLEZ MARICONDE, sancionado y promulgado el 19/2/1971 (ley nº 2.945) y vigente desde el 19/8/1971. El CPP Entre Ríos fue proyectado por el doctor Raúl Eduardo TORRES BAS, sancionado y promulgado el 9/12/1969 (ley nº 4.843) y vigente desde el 31/5/1971. Del CPP Chaco, sólo conozco la fecha de su vigencia: 1/7/1971 (art. 515).

Con el regreso de nuestro país al sistema institucional, democrático, que establece nuestra Constitución, en 1987 entraron en vigor códigos procesales penales similares en las provincias de Neuquén y Río Negro, los cuales siguieron el modelo del Código de La Pampa, producto legislativo del período anterior generado por el Código cordobés, con escasas modificaciones de detalle entre las cuales se destaca su insistencia con el juez instructor. En la misma línea legislativa están ubicados los nuevos códigos de Formosa (1987), Chubut (1988), Misiones (1989), un nuevo intento de la provincia de San Juan (1990) por imponer el juicio oral y público, el nuevo CPP Catamarca (1991) y el Código de la nueva provincia de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sud (1994)[225]. Según se verá, a esta tendencia pertenece, también, el nuevo CPP Nación (1991), que trataremos especialmente por su importancia como código federal y porque la tarea legislativa le impuso modificaciones también importantes al proyecto originario (ver nº 8, *c*). Estas leyes constituyen la corriente de legislación procesal penal que se conoce en nuestro país por su nombre de bautismo académico: *códigos modernos*.

La legislación cordobesa, sin desprenderse ni renegar de su afamado antecedente histórico del año 1939, marcó, en 1991, otra vez el rumbo del progreso: hijo de su proyecto originario, en parte modificado por la labor del parlamento cordobés, en el CPP Tucumán (1991) (ver *infra*, nº 9).

Todas las leyes citadas provienen de un mismo movimiento legislativo que inaugura el CPP Córdoba, al que las demás siguen, pero de ninguna manera son absolutamente idénticas[224]. Para ejemplificar diferencias, muchas de las cuales son originarias y otras surgieron de leyes modificatorias, comenzaremos por advertir que la ley nº 1940 de San Luis sólo modifica el Código de la provincia adoptando para algunos delitos el juicio oral y público que instituyó en nuestro país el CPP Córdoba; los CPP La Rioja y Corrientes admiten al querellante particular (conjunto o adhesivo) como habilitado para perseguir penalmente en los delitos de acción pública (Corrientes por modificación posterior: ley nº 3.310); el procedimiento de investigación del ministerio público (citación directa) sólo se practica en Córdoba y Mendoza pues, en general, no fue aceptado por algunos códigos (Santiago del Estero, La Rioja, Jujuy, La Pampa, Chaco), otros lo derogaron (Corrientes) o lo pusieron en manos del juez de instrucción, como instrucción sumaria (Salta), y alguno suspendió su vigencia (Entre Ríos), situación que se vincula

[225] Ver § 2, D, 1, ps. 125 y siguientes.

[224] Un índice comparativo de varios de esos códigos, en relación al CPP Córdoba sancionado en 1970, puede verse en NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, ps. 567 y siguientes.

estrechamente a la deficiente organización judicial de nuestro país, en general. El nuevo hito está representado por el CPP Córdoba (1991), de la mano, fundamentalmente, del reingreso de la víctima como acusador en el procedimiento penal por delito de acción pública, de una elaboración del juicio público con características marcadamente acusatorias, de la introducción de un procedimiento abreviado que, a la vez que permite la simplificación del rito, da pie a ciertos acuerdos de los intervinientes sonre él, y de la revalorización de la tarea del ministerio público como órgano encargado de la persecución penal que tiene a su cargo la investigación preparatoria y es responsable por la eficiencia de la persecución penal en el juicio.

También el CPP Córdoba tuvo decidida influencia en provincias cuyos proyectistas y gobernantes no se animaron a poner en marcha una reforma tan profunda del enjuiciamiento penal. Ejemplo de ello son el Código anterior de la provincia de Tucumán (1968) y el Código actual de Santa Fe (1971), cuyos textos verifican esa influencia hasta llegar al juicio oral y público; de allí en más, reniegan de su inspiración, regulando un procedimiento escrito que sigue los cánones habituales del CPCrim. nacional (1889) y, cuando más (CPP Santa Fe), sólo aceptan el juicio oral y público para delitos graves y como opción para el imputado. El Proyecto de Código procesal penal para la provincia de Buenos Aires del año 1974 y para la provincia de Santa Fe del año 1993 recorren, en cambio, la buena senda en toda su extensión.

La tendencia reformista de nuestro enjuiciamiento penal fue muy fecunda por espacio de tres décadas, desde 1940 hasta 1970 aproximadamente; tan fecunda que hasta produjo la herejía de derogar formalmente su código originario (CPP Córdoba, 1939) para reemplazarlo, sin ninguna razón, por otro casi idéntico, con algunos textos modificados por las enseñanzas que había dejado la práctica de treinta años de la ley anterior y otros reformados por discusiones o posiciones académicas[225]. Claro es que la llamada ley nº 5.154, sancionada y promulgada el 8/3/1970 como nuevo Código procesal penal de la provincia de Córdoba, no puede exhibir el privilegio de la discusión legislativa que honra a su reemplazada, pues fue producto de un gobierno de fuerza y ajeno totalmente a la voluntad popular libremente expresada; por si ello no fuera suficiente, el gobierno nacional —*de facto*— debió autorizarle a la provincia el nuevo Código (decr. 168/1970), rompiendo así una larga tradición federal en ella, tradición que había posibilitado, precisamente, el ejemplo del CPP Córdoba de 1939.

La reforma, sin embargo, no fue lo suficientemente vigorosa para imponerse en el ámbito nacional hasta la actualidad: la ley nº 23.984, sancionada el 21/8/1991 y en vigor desde el 5/9/1992, instituye el

[225] Cf. Guerrero Leconte, *La nueva ley instrumental penal de Córdoba*, en *ADLA* (boletín informativo), 1970, nº 27, ps. 11 y ss.; allí el texto del nuevo Código.

nuevo CPP Nación, también hijo de esta tendencia legislativa (ver nº 8, *c*). Después de transcurrida más de una década de ostracismo democrático, el movimiento reformista cobró nuevamente inusitado vigor con el regreso del poder político de nuestra vida institucional a los cánones republicanos y democráticos que establece la Constitución nacional. Actualmente sólo son tres las provincias que conservan, en general, las prácticas procesales antiguas (Buenos Aires, Santa Fe y Santa Cruz), que no consiguen modificar por falta de voluntad política para encarar una reforma de la administración de justicia penal; tales prácticas, como ya quedó dicho, no se compadecen ni en un mínimo con las cláusulas constitucionales que gobiernan la base de nuestro enjuiciamiento penal y de nuestra organización judicial.

El movimiento reformista del enjuiciamiento penal en la República Argentina, que hemos descripto, ostenta también el orgullo de haber sobrepasado nuestras fronteras. Según advertimos fue designado como modelo para la regulación de un enjuiciamiento penal uniforme para Latinoamérica (V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, junio de 1970) y ello provocó que la República de Costa Rica, por ley nº 5.377, del 19/10/1973, sancionara su Código de procedimientos penales actual, siguiendo el modelo reformista argentino y su origen, el CPP Córdoba. A través del CPP Costa Rica, el CPP Córdoba influye decisivamente en el movimiento de reforma de la administración de justicia penal de varios países centroamericanos y, a través del Código Modelo para Iberoamérica (ver nº 8, *b*, III), en el movimiento total de reforma de la justicia penal de varios países iberoamericanos.

8. La reforma de la legislación nacional

a) Antecedentes

Desde el Proyecto de Mario ANTELO (1933) se sucedieron varios intentos, más o menos logrados, cuyos proyectos, en definitiva, no consiguieron imponerse y carecieron de sanción legislativa.

El primer intento de reforma total del CPCrim. nacional (1889), conforme a los principios que había sancionado la legislatura cordobesa, se lleva a cabo en el año 1942, cuando los diputados José PECO y Carlos PIZARRO CRESPO proponen adoptar para los tribunales penales de la ciudad de Buenos Aires el CPP Córdoba (1939). Los profesores Alfredo VÉLEZ MARICONDE y Sebastián SOLER lograrían, al efecto, una versión, adaptada a las necesidades de la organización judicial de la capital de la República, del CPP Córdoba por ellos proyectado (1943). La iniciativa no fue tratada por ninguna de las Cámaras del Congreso de la Nación.

El Poder Ejecutivo nacional logró terminar, en el año 1943, un proyecto cuyo origen data del año 1934 y que reconoce como impulso inicial al Proyecto de Ma-

rio ANTELO, tantas veces nombrado. En 1938 se crea una nueva comisión al efecto, la cual, después de sucesivos reemplazos personales, arriba al Proyecto de 1943, cuyo destino fue idéntico al anterior.

El 7/8/1948 el Poder Ejecutivo Nacional eleva al Congreso de la Nación su proyecto de ley para sancionar un nuevo Código de procedimientos en lo criminal, con una extensa y erudita exposición de motivos que reconoce la influencia principal del CPP Córdoba (1939), y que marcaba, a su vez, aquellos problemas que habían sido resueltos de manera diferente a la legislación cordobesa. El Proyecto se aparta del CPP Córdoba (1939) en tanto no admite la preparación del ejercicio de la acción penal pública por el mismo órgano que la ejerce, el ministerio público (instrucción sumaria o citación directa), rechaza las cauciones real y personal en materia de libertad provisional, dejando sólo subsistente la juratoria, y regula un juicio correccional, para delitos leves y faltas, al que titula como "rigurosamente inédito". Su destino fue idéntico al de los dos anteriores.

Quizás el intento más logrado fue el que tuvo como protagonista nuevamente a Alfredo VÉLEZ MARICONDE, el proyectista designado por el Poder Ejecutivo nacional. Terminó su obra el 23/12/1959, a la que acompañó de una exposición de motivos jurídicamente erudita y políticamente convincente. El mismo PEN nombró una comisión que trabajó con él en la revisión del proyecto (1960), después de cuya labor tomó estado legislativo sin conseguir, nuevamente, que ninguna de las cámaras del Congreso de la Nación lo tratara.

Una comisión presidida por el profesor Jorge A. CLARIÁ OLMEDO, designada en el ámbito del Ministerio de Justicia, trabajó durante el año 1969 en un *Anteproyecto de Código procesal penal para el ordenamiento judicial de la Nación*. No alcanzó a terminar su obra al sobrevenir su renuncia, pero, junto con ella, elevó el anteproyecto de su presidente, por ese entonces ya concluido (19/5/1970)[226]. El anteproyecto no tomó estado legislativo.

Por último, la gran Comisión reformadora de las leyes penales, surgida por iniciativa parlamentaria en el ámbito del Ministerio de Justicia, terminó, en el año 1974, el *Proyecto de Código procesal penal*. Seguía las líneas fundamentales del CPP Córdoba (1939), aunque con diferencias similares a las de 1948. El Poder Ejecutivo Nacional lo hizo suyo y lo elevó a consideración del Congreso de la Nación el 13/9/1975, pero, de la misma manera que los anteriores esfuerzos, careció de suerte y no fue tratado por el parlamento[227].

Hubo también esfuerzos privados, en el sentido --quizá incorrecto-- de que no emergieron de decisiones políticas, con claro sentido legiferante, de los órganos que son competentes para esa actividad, en el orden nacional. Merecen ser mencionados: el Proyecto académico para la capital de la República del Instituto de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Córdoba, discutido por sus miembros entre los años 1958 y 1959, con la dirección de Alfredo VÉLEZ MARICONDE y la intervención de Jorge A. CLARIÁ OLMEDO, Raúl E. TORRES BAS, Fernando DE LA RÚA,

[226] El *Anteproyecto* y su *Exposición de Motivos* fueron publicados en *Cuadernos de los Institutos*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1973, 1974, 1976 y 1980, nº 117, 121, 130 y 138, casi en su totalidad (nº XII a XVI del Instituto de Derecho procesal).

[227] Publicado en "Nuevo pensamiento penal", 1975, ps. 505 y siguientes.

y, parcialmente, Mario A. SALIK, Jorge Horacio ZINNY y el autor de este libro[228]; el *Proyecto tipo de Código procesal penal* (1965), preparado por Jorge A. CLARIÁ OLMEDO, Raúl E. TORRES BAS y Ricardo LEVENE (h), comisión designada por el III Congreso nacional de Derecho procesal, celebrado en Corrientes, en 1962; y el *Proyecto de Código uniforme en materia procesal penal*, presentado por Jorge A. CLARIÁ OLMEDO al IV Congreso nacional de Derecho procesal, reunido en Mar del Plata en julio de 1965[229]. Los tres proyectos, aun cuando los dos últimos se aparten en algunos contenidos de su modelo, reconocen la influencia principal del CPP Córdoba (1939).

La razón por la cual estos proyectos —todos ellos progresistas y serios, cualquiera que sea la crítica técnica o política que merezcan entre quienes se han consagrado a impulsar esta corriente legislativa— no merecieron, siquiera, la suerte de ser tratados por el parlamento nacional, se asienta en la azarosa vida política que conduce a nuestro país en los treinta años de expansión de la reforma procesal penal. Sin embargo, esa explicación, con ser cierta, sólo es parcialmente correcta, pues, en el mismo tiempo, muchas provincias poseyeron la sabiduría necesaria para sancionar leyes reformistas, como ya lo hemos observado, y porque, según se puede verificar, algunos de esos proyectos gozaron del favor oficial en épocas —incluso políticamente duraderas— en que ello significaba una garantía de éxito. La razón fundamental de la escasa fortuna debe buscarse, a mi juicio, en el ámbito principal de vigencia territorial de la eventual reforma, cuyas organizaciones jurídicas, en especial la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se opusieron de una u otra manera a la reforma, al punto de, por ej., ignorar las leyes modernas en sus programas de estudio, no dedicar seriamente puntos de la enseñanza del Derecho procesal penal a la materia que comprende este parágrafo y a la crítica del Derecho vigente en el orden federal, y concederle a esa materia, en cambio, un penoso lugar como parte final del estudio —erróneo, a mi juicio— de la teoría general del Derecho procesal, que sólo merecía el nombre de "Procedimientos penales", en abierta alusión al trámite que establecía el Derecho federal vigente. Por lo demás, quienes se dedicaron al Derecho penal (material), con honrosas excepciones, jamás se preocuparon por una ley procesal que llevara a la practica los desarrollos que ellos sostenían teórica y políticamente para la ley penal.

[228] Publicado en *Cuadernos de los Institutos*, Universidad Nacional de Córdoba, 1958, 1960, 1961, 1963 y 1965. s/nº, nº 41, 55, 75 y 83 (nº I al V del Instituto de Derecho procesal); a su finalización fue puesto en conocimiento del Poder Ejecutivo nacional.

[229] Publicado por la Universidad Nacional de Córdoba, con el nombre y autor citado en el texto, Córdoba, 1966.

b) El proyecto de 1986

I. El regreso a la institución democrática (1983) trajo consigo un nuevo esfuerzo para transformar la administración de justicia penal. El senador MARTIARENA (partido Justicialista) presentó al Senado de la Nación un proyecto que reconoce la influencia de Ricardo LEVENE (h) y del Proyecto nacional de 1974. Ese proyecto se transformó, después de casi una década de vicisitudes, con ciertas modificaciones introducidas en el procedimiento legislativo, en el actual CPP Nación (1991), que reemplazó al ya centenario CPCrim. nacional (1889). La historia detallada del nuevo Código se expondrá en el punto siguiente.

Pero ese esfuerzo fue precedido por un proyecto global de transformación de la estructura y organización del Poder Judicial de la Nación en materia penal, y de la forma de operar de los órganos por él creados, que, por su repercusión interna —incluso en algunos aspectos del nuevo CPP Nación (1991), en dos códigos provinciales recientes (Córdoba y Tucumán), y en el Proyecto actual de CPP para Santa Fe— y externa —en el Proyecto Modelo Iberoamericano—, y por el debate académico que originó, merece ser tratado independientemente.

II. Casi inmediatamente a asumir el poder político, después de un largo período de dictadura militar, el gobierno elegido democráticamente, por intermedio del Poder Ejecutivo nacional, encaró un proyecto ambicioso de transformación del sistema penal, cuyos primeros instrumentos fueron el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación[230] (usualmente nombrado como *Proyecto 1986*), y el Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público[231], proyecto este último que transformaba radicalmente nuestro Derecho de organización judicial[232]. Ambos tomaron estado parlamentario y fueron discutidos públicamente no sólo entre nosotros sino, también, en el extranjero[233]. El proyecto abarcó, también, una modificación del

[230] Publicado en "Doctrina Penal", Cuadernos nº 1, 1987.

[231] También publicado en "Doctrina Penal", Cuadernos nº 2, 1988.

[232] Cf. NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ps. 475 y ss., menciona el proyecto como el intento más serio por acercar el procedimiento penal y la organización judicial a la mejor doctrina constitucional.

[233] De la discusión nacional queda el Symposium *Hacia una nueva justicia penal*, cuyas exposiciones y trabajos presentados fueron publicados en dos volúmenes, bajo el mismo nombre citado, en 1989. De la repercusión extranjera, cf. SCHÖNE, *Zur Strafprozeßreform in Argentinien*, ps. 195 y ss.; ESER, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahrens*, ps. 723 y ss.; AA.VV., *Un "Codice tipo" di procedura penale per l'America Latina*.

Código Penal con cambios profundos en materia de ejercicio de las acciones penales, alternativas a la pena privativa de libertad, mecanismos sustitutivos de la pena y un proyecto contravencional, a los que aquí no nos referiremos sino por excepción, cuando afecten alguna institución procesal.

Tales proyectos, en los que intervine personalmente, por razones de síntesis y de mi compromiso personal con ellos, me fueron adjudicados injustamente. En verdad, el Proyecto de CPP Nación (1986) fue conciliado por una comisión que se integró, por la parte política, con los senadores Fernando DE LA RÚA y Celestino MARINI, y los diputados Néstor PERL y O. FAPPIANO, y, por la parte académica, con los doctores José I. CAFFERATA NORES, Miguel Ángel ALMEYRA NAZAR y el autor de este libro. La tarea técnica estuvo a cargo de los últimos nombrados y se contó con la colaboración permanente del senador MARINI y del diputado PERL, quienes asistieron a todas las reuniones plenarias y prestaron un aporte valioso para fijar y lograr las principales decisiones políticas[234]. Merecen ser destacados los abogados Alberto M. BINDER y Gustavo COSACOV, por la labor que les cupo en la elaboración normativa del anteproyecto, en la discusión generada en la comisión y en el estudio empírico-organizativo de apoyo al proyecto. La transformación de la organización judicial de la Nación en materia penal —que comprendía al ministerio público y a la defensa oficial— fue encarada, conjuntamente, por el Consejo para la Consolidación de la Democracia y la Secretaría de Justicia de la Nación, quienes encomendaron la tarea normativa a Alberto M. BINDER y al autor de este libro. Al mismo tiempo, el Consejo para la Consolidación de la Democracia financió una investigación de campo para conocer el comportamiento real de un sistema de enjuiciamiento penal cercano al que se pretendía poner en práctica en varios de sus aspectos principales y para compararlo con los resultados que arrojaba, en la ciudad de Buenos Aires, el CPCrim. (1889), obteniendo así conclusiones ciertas al respecto. La investigación fue desarrollada bajo la dirección de Gustavo COSACOV[235].

En la *organización judicial*, se puede citar como puntos principales de la transformación pretendida, en primer lugar, la incorporación de jueces accidentales en los distintos tribunales de juicio. Se optó por un sistema *escabinado* en el cual, según las distintas composiciones del tribunal juzgador (siete, cinco o tres miembros) conforme a la naturaleza y gravedad de la imputación penal juzgada, coexistían igual número de jueces profesionales y permanentes, y de jueces accidentales no profesionales (ciudadanos), siempre acompañados por un conjuez accidental pero letrado (abogado matriculado). De este modo se pretendió cumplir, básicamente, con la necesidad de parti-

[234] Esas decisiones constan en MAIER, *El Proyecto de Código procesal penal de la Nación*.

[235] Mayores precisiones en MAIER, *Hacia una nueva justicia penal*.

cipación ciudadana en los tribunales de juicio que prescribe la Constitución nacional[236].

En segundo lugar, la Ley Orgánica no integraba los tribunales que juzgaban en juicio público rígidamente, como cuerpos de decisión integrados por los mismos jueces, según lo hacen todas las organizaciones judiciales de nuestro país, sino que concebía al tribunal como la *organización de todos los jueces* con una misma competencia, que, según los asuntos a decidir, se integraba de manera distinta, por un procedimiento que aseguraba la imparcialidad. Así sucedía, inclusive, para las integraciones unipersonales que correspondían a decisiones jurisdiccionales necesarias durante el transcurso del procedimiento y antes del debate. Se distinguía así el tribunal del cuerpo de jueces concreto que se integraba para tomar una decisión judicial o llevar a cabo un acto del procedimiento.

La Ley Orgánica creaba además un *tribunal tutelar*, que funcionaba para el juicio también en forma escabinada, con requisitos especiales para los jueces permanentes y el conjuez letrado. Respondiendo a la llamada "judicialización" de la ejecución penal, la ley creaba también un tribunal de ejecución.

Por primera vez, se organizaba el *ministerio público* —y no sólo en materia penal, sino también en las demás ramas judiciales— por una ley general para la Nación, cuya base eran los principios de unidad e *indivisibilidad* del organismo. El proyecto no tomaba una posición rígida acerca del sonado tema de la "ubicación institucional" del ministerio público (es anterior al actual art. 120 de la CN); antes bien, regulaba su interacción con los demás poderes del Estado, en procura de que su dependencia administrativa del poder ejecutivo y su dependencia funcional del poder judicial no significaran un "corset" para el desarrollo de una política de persecución penal relativamente autónoma[237].

[236] La crítica a esta integración, proveniente de aquellos que quieren ver realizadas las previsiones de la CN, en CAVALLERO-HENDLER, *Justicia y participación*, cap. VI, 9, ps. 141 y ss.. Como descarga personal de esta crítica sólo quiero explicar que la tradición "antijuradista" de nuestros políticos y de nuestros juristas, dicho de manera general, tornaba ilusoria una solución más acorde con el sentido histórico de la CN o, incluso, con una interpretación progresiva de sus preceptos (escabinado con mayoría absoluta de jueces no profesionales). En verdad, el conjuez letrado, a la vez un jurista práctico y un ciudadano que no pertenecía a la burocracia estatal, jugaba, en el proyecto, el papel de una "bisagra", como vulgarmente era llamado entre nosotros.

[237] Cf. RUSCONI, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, ps. 75 y siguientes.

Importante, en esa ley, era el capítulo dedicado a la *defensa oficial o pública*, pues su organización difería totalmente del sistema burocrático, por intermedio de funcionarios estatales, que domina actualmente. El deber del Estado de conceder asistencia a quienes no pueden o no quieren designar defensor, y un principio de solidaridad profesional de las organizaciones que nuclean a los abogados gobernaba el sistema, que se cumplía a través de los abogados matriculados, quienes recibían honorarios por el servicio que prestaban[238].

El proyecto de CPP estructuraba, básicamente, el *procedimiento común* de la manera siguiente:

a) Una *investigación preliminar*, que cumplía el ministerio público con control de los jueces para aquellos actos que requerían autorización judicial (por ej.: medidas de coerción, allanamiento, interceptación de comunicaciones, apertura de correspondencia y papeles privados) o que debían ser cumplidos por un juez (decisiones sobre el ingreso de intervinientes privados al procedimiento y actos definitivos e irreproducibles)[239].

b) Un *procedimiento intermedio* para la admisión de la acusación (requerimiento de juicio) y para el control de la clausura anticipada de la persecución penal.

c) Un *juicio* con debate *oral y público* para obtener la sentencia que concluía el procedimiento. Tal juicio, si bien seguía los lineamientos del CPP Córdoba (1939), se apartaba de él al reducir los poderes inquisitivos del tribunal juzgador y conceder mayores facultades a los in-

238 Cf. Guariglia, *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*.

239 En razón de esta decisión política, este punto se ha vuelto a discutir con insistencia en la doctrina argentina: cf. Binder, *Introducción al Derecho procesal penal*, ps. 218 y s.; Rusconi, *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público*, ps. 104 y ss.; Guariglia, *La investigación preliminar en el nuevo Código procesal penal de la Nación*, ps. 205 y ss., quienes, por diversos fundamentos, creen más adecuado al diseño constitucional del procedimiento penal, el confiar la investigación preliminar al ministerio público; aclaran que se trata de una cuestión de mera política procesal, librada al legislador ordinario, D'Albora, *CPP Nación anotado*, p. 168; Cafferata Nores, *Introducción al Derecho procesal penal*, p. 185; partidario de este modo de instrucción preparatoria, pero crítico respecto de la acción pública y de la intervención obligada del ministerio público como persecutor penal estatal, Pérez Barberá, *Investigación fiscal preparatoria: el discurso de la reforma*, ps. 624 y ss.; en contra, Casanovas, *El procedimiento preparatorio en el Proyecto. La cuestión constitucional y el propósito unificador*, ps. 29 y ss.; Frank, *Observaciones y comentarios sobre los libros I y II del proyecto CPP Nación*, ps. 72 y ss.; Hortel, *Acerca de la investigación preliminar en manos del ministerio público*, ps. 79 y ss.; Levene (h), *El proyecto CPP Nación frente a las necesidades de la gran reforma procesal que anhelamos*, p. 115.

tervinientes, en procura de transformar su papel de modo tal que ellos presenten siempre las cuestiones a resolver y la evidencia con la cual apoyan su pretensión para la sentencia. Un apartamiento grande del modelo original estuvo representado por la posibilidad, formal e informal, de dividir el debate en dos partes: una representaba al juicio de culpabilidad, y la otra al juicio sobre la medición de la pena, esta última sólo existente en el caso de un veredicto condenatorio en el juicio de culpabilidad[240].

d) Eliminación drástica del *recurso* durante el procedimiento, en la mayor medida posible, y recurso de casación contra la sentencia de los tribunales de juicio.

La ley regulaba *procedimientos especiales* para los delitos de acción privada y para el procedimiento con menores. Es interesante destacar que se subsanaba un viejo defecto de la legislación procesal penal argentina, al incorporarse un juicio para la aplicación de medidas de seguridad y corrección, aún hoy inexistente en nuestro país, para evitar la indefensión del imputado cuando se trata, exclusivamente, de aplicar una medida de esta índole.

Innovaciones importantes eran:

a) la ruptura del *principio de legalidad* en la persecución penal, con regulación de criterios de oportunidad introducidos al Código Penal, en su ley de reforma;

b) la *suspensión del procedimiento a prueba*, hoy incorporada al Código Penal por los arts. 76 *bis* y ss., que, aunque parcialmente, derivan de la propuesta de este proyecto[241];

c) el llamado *procedimiento monitorio* o *abreviado*, que permitía la finalización del juicio por sentencia en la audiencia del procedimiento intermedio (esto es, con ahorro del juicio público), en casos de consenso básico entre el acusador y el acusado sobre los hechos objeto de la acusación[242].

Respecto de nuestra legislación procesal penal tradicional, el proyecto limitó considerablemente la privación de la libertad durante el

[240] Cf. BERTONI, *La cesura del juicio penal*, ps. 113 y siguientes.

[241] Cf. MARINO, *Suspensión del procedimiento a prueba*, ps. 29 y siguientes.

[242] Cf. MAIER, *Mecanismos de simplificación del procedimiento penal*, ps. 345 y ss.; VIVAS, *La confesión transaccional y el juicio abreviado*, ps. 209 y ss.; MONTERO, *El procedimiento abreviado en materia penal*, ps. 245 y ss.; ARMENTA DEU, *Mecanismos de simplificación del proceso penal*, nº 4, ps. 358 y ss.; SPANGHER, *Primi apunti in tema de meccanismi di semplificazione del processo*, ps. 375 y siguientes.

procedimiento; la organizó de tal manera que suprimía el *encarcelamiento preventivo* obligatorio, y se ajustó a la ortodoxia constitucional más estricta sobre la facultad de encarcelar preventivamente (derecho a la libertad locomotiva y principio de inocencia: CN, 14 y 18); contenía, también, un catálogo de *medidas alternativas* a la prisión preventiva, con mayores posibilidades de reemplazo que las cauciones tradicionales, presidido por el principio del menor daño posible para lograr el fin que la coerción procesal implica; además, el proyecto estableció un *plazo máximo* de duración del encarcelamiento preventivo (un año, y tres meses más si ya se hubiera dictado sentencia condenatoria). El proyecto reglamentó minuciosamente el trato que merecía la persona encarcelada preventivamente y los derechos que le asistían, aspecto que fue tomado en cuenta, aun parcialmente, en el CPP Nación (1991), 313[243].

El proyecto admitió la participación de la víctima como acusador en los delitos de acción pública (*querellante por adhesión*) y el ejercicio de la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal. A los efectos de la querella por adhesión, era importante la extensión de la calidad de víctima a las asociaciones intermedias, ya por delegación del ofendido particular o, en los delitos que ocasionaban un daño o ponían en peligro bienes jurídicos colectivos o supraindividuales (intereses difusos), si la defensa de ese interés jurídico representaba el objeto de la asociación. En el punto se debe destacar que el capítulo relativo a la defensa oficial, en el proyecto de Ley Orgánica, previó también el auxilio a la víctima carente de medios, para el acceso al procedimiento, por parte del sistema de defensa oficial.

El proyecto de CPP Nación (1986) obtuvo despacho aprobatorio de la Comisión de Asuntos Penales de la Cámara de Diputados de la Nación y hasta se designó la sesión plenaria en la cual debía ser tratado para su deliberación y votación como ley, apoyado, prácticamente, por todos los sectores políticos con representación parlamentaria. Las circunstancias políticas del final del primer gobierno democrático posterior a la dictadura militar (1989), sin embargo, impidieron su tratamiento.

III. El proyecto completo tuvo otra virtud: debido a las circunstancias históricas se convirtió en fuente principal del *CPP Modelo para Iberoamérica* que discutió y aprobó el Instituto Iberoamericano de De-

[243] Cf. PASTOR, *El encarcelamiento preventivo*, ps. 43 y siguientes.

recho Procesal en varios de sus congresos, institución que alentó su implantación en los países que nuclea esa asociación[244]; a través de ese instrumento, con amplia difusión en nuestro continente y en Europa[245], lidera hoy el debate sobre la reforma procesal penal en los países iberoamericanos[246]. El nuevo *CPP Guatemala*, que ya entró en vigencia, tuvo como fuente principal al CPP Modelo para Iberoamérica. Tanto el proyecto argentino como el CPP Modelo Iberoamérica son anteriores a la reforma total del procedimiento penal en Portugal e Italia, los códigos más modernos del continente europeo, y anticiparon para nuestro continente el debate sobre instituciones que estos códigos europeos introdujeron en sus países.

c) El nuevo CPP Nación

Finalmente, según lo anticipamos, ya producida la sucesión presidencial, asumida por otro partido político, triunfó la propuesta de reforma más conservadora: el proyecto impulsado por el Dr. Ricardo LEVENE (h), sobre la base del CPP Córdoba (1939), con las modificaciones que el Dr. LEVENE (h) ya había anticipado desde el CPP para la provincia de La Pampa. Por tanto, el proyecto establecía un juicio oral y público, que dominaban jueces profesionales (tres o uno según la gravedad del delito imputado) y una instrucción preliminar a cargo también de un juez profesional (juez de instrucción); suprimía a la víctima como acusadora en los delitos de acción pública, según era tradición en el procedimiento penal federal, y aceptaba sólo su inclusión como actor civil, al permitir el ejercicio de la acción civil *ex delito* en el procedimiento penal.

La ley nº 23.984, sancionada el 21/8/1991 aprobó este proyecto como Código Procesal Penal de la Nación, no sin antes incluir, por intermedio de la discusión en la Cámara de Diputados y de su nuevo debate en la Cámara de Senadores, los cambios propuestos por el Ministerio de Justicia[247]. Estas modificaciones de último momento tienen el defecto técnico de haber sido insertadas en un contexto nor-

[244] Cf. *Código procesal penal modelo para Iberoamérica*, ps. 7 y siguientes.

[245] Ver nota nº 233; cf. *Códigos Procesal Civil y Penal Modelos para Iberoamérica*.

[246] Cf. AA.VV., *Congreso regional sobre reforma de la justicia penal*, síntesis del Symposium reunido para valorar el proyecto.

[247] Sobre el informe del Sr. Ministro de Justicia y su discusión parlamentaria, cf. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación del 21/8/1991, ps. 2176 y siguientes.

mativo no previsto para ellas, y por esta razón provocan ciertas dificultades de interpretación insuperables[248]. El Código entró en vigencia el 5/9/1992 para la organización judicial del Estado federal.

Sus principales características son:

a) *Juicio* con debate *oral y público*, su acierto principal, presidido por un tribunal de jueces permanentes y profesionales (tres jueces para el juicio común y un solo juez para el juicio correccional). Por lo tanto, no se ha hecho cargo del *juicio por jurados* que, al menos, recomienda la Constitución. Por lo demás, el juicio y el debate contienen los mismos vicios que fundan la crítica al Código cordobés originario: dominio absoluto del tribunal, aun para la incorporación de la prueba, aspecto que desdibuja su propósito acusatorio; posibilidad casi ilimitada de incorporación de los actos de la instrucción, por lectura de sus actas escritas, actos que no necesariamente fueron cumplidos en presencia de los demás intervinientes en el procedimiento; como consecuencia de ello, papel deslucido de las llamadas "partes" del procedimiento, cuya actuación, de ordinario, se limita a acompañar pasivamente la actividad del tribunal en casi toda la audiencia. En el sentido de las proposiciones modernas, queda otra vez excluido el debate acusatorio sobre la determinación de la pena.

b) La *investigación preliminar* se confía a un *juez de instrucción* en todos los casos, base inconmovible del proyectista, que representa, precisamente, una de las modificaciones principales a la legislación cordobesa originaria que le sirvió de modelo. Tenuemente, las reformas al proyecto propuestas por el Ministerio de Justicia, intentan en el punto alguna variación: se permite que el juez de instrucción, por decisión propia, resuelva encomendar esta investigación al funcionario del ministerio público que interviene en el caso, decisión revocable en cualquier momento. El debate crítico acerca del órgano que debe llevar a cabo la preparación de la acción pública no lo reproduciré aquí, y puede ser leído, en su versión más moderna entre nosotros, en la bibliografía citada en la nota al pie nº 239. Se me ocurre sólo decir que el juez de instrucción, resabio del inquisidor del antiguo régimen, representa un gran problema en su papel de investigador, pues a contrario de la imagen natural de un juez, que escucha a quien pide algo y a quien se opone a que ese algo sea concedido, es, en sus decisiones, tanto juez de la necesidad de la medida para el interés perseguido, la investigación de la verdad, como juez de su legitimidad. En un procedimiento ambivalente, en el cual las reglas de Derecho representan cierto límite para el alcance de un interés determinado, la confusión es peligrosa, más aún cuando, por el prestigio que genera la pertenencia del investigador al estamento de los jueces, estas investigaciones, que constan en actas, se trasladan al debate.

c) El *procedimiento intermedio* también pertenece al juez de instrucción, como sucedía en el CPP cordobés originario. Sin embargo, el CPP Nación introdujo una

[248] Sin embargo, esos problemas técnicos se ven agravados, fundamentalmente, por una interpretación judicial dependiente de las rutinas y vicios prácticos adquiridos en la aplicación del CPCrim. nacional (1889), realidad que expresa la resistencia de los funcionarios judiciales a admitir nuevas instituciones e, incluso, a la interpretación progresiva de instituciones antiguas.

variante notable que influye sobre la acusación y el juicio. Cuando no existe acusación del fiscal, que requiere el sobreseimiento, el juez de instrucción, en desacuerdo con concluir allí la persecución penal eleva los autos para la decisión del tribunal de apelaciones, organismo que decide si concluye la investigación o, de otra manera, si habrá juicio; en este último caso, obliga al ministerio público a formular la acusación. Tales disposiciones desplazan la solución tradicional argentina que dependía de una decisión jerárquica del propio ministerio público. El problema es uno de esos problemas límite del enjuiciamiento penal denominado "mixto" que parte del principio de legalidad en la persecución penal, cuestión sumamente discutible en sus soluciones[249].

d) La ley prevé los *juicios especiales* tradicionales en los códigos modernos: el juicio correccional, el juicio de menores y el juicio por delito de acción privada. En este punto, se extraña nuevamente la falta de un juicio para aplicar exclusivamente una medida de seguridad y corrección, falta que provoca, como ya lo hemos señalado, indefensión de la persona que puede sufrir una medida de esta índole. Por lo demás, no es cierto que el Código deba ser entendido en el sentido de que el juicio correccional deba estar presidido y decidido por el mismo juez correccional que tomó a su cargo la instrucción del caso, como tampoco es cierto que el Código sugiera idéntica solución para la intervención del juez de menores como juez de instrucción y tribunal unipersonal del juicio correccional de menores: sí es cierto que las reglas al respecto son algo confusas, pero sólo una interpretación que desconozca el sistema básico del Código puede llegar a la conclusión que funda la crítica. Sin embargo, la crítica resulta fundada, nuevamente, en la práctica judicial, pues los jueces correccionales han seguido una interpretación que pretenden literal y que es errónea.

e) En materia de *recursos*, el Código es, sin duda, criticable: no sólo contiene los clásicos para esta tendencia legislativa, reposición y apelación durante el procedimiento (sobre el recurso de apelación, la enorme cantidad de resoluciones apelables durante la instrucción, se puede formular una crítica política), casación y revisión como recursos extraordinarios contra la sentencia, sino que, además, ha agregado un recurso de inconstitucionalidad y, en la ley de organización nº 24.050, un recurso de inaplicabilidad de ley, todos posibles contra la sentencia. Esta proliferación de recursos es sumamente criticable. El recurso por inconstitucionalidad no es más que el mismo recurso de casación, con objeto específico, que procede ante el mismo tribunal de casación, literalmente está de más, y su inclusión sólo responde al hecho de que el texto del Código procede de un código provincial en el cual, dicho sea de paso, también está de más. El recurso por inaplicabilidad de ley (ley nº 24.050, 11) es el mismo recurso de casación que permite la reunión de todas las salas del tribunal de casación para decidir acerca de una regla de Derecho. Él constituye el signo práctico más claro de la supervivencia del sistema procesal antiguo, de donde fue tomado, no tanto por remisión al recurso en sí, que puede entenderse y ser racional, sino con referencia a dos instituciones que crea: la convocatoria de oficio de todas las salas, a pedido de una de ellas (art. 10), sin que nadie lo requiera —esto es, sin recurso específico— y la imposición de sus decisiones como obligatoria para todos los jueces.

249. Cf. Álvarez, *El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del ministerio público*, ps. 153 y siguientes.

f) La judicialización de la *ejecución penal*, que impone el Código con la creación de la magistratura de ejecución, es, en principio, loable[250].

g) El Código considera a la *víctima*, incluso a la que no pretende perseguir penal o civilmente en el procedimiento penal, como digna de protección. Desde el punto de vista del procedimiento, interesa destacar la posibilidad de querellar penalmente al imputado que el Código le concede en los delitos de acción pública y la incorporación de la acción civil *ex delito* al procedimiento penal. Todas estas disposiciones, salvo las referidas a la acción civil *ex delito*, no formaban parte del proyecto originario, fiel a su fuente, según la misma exposición de motivos lo advierte: fueron incluidas en el procedimiento parlamentario e impulsadas por el Ministerio de Justicia de la Nación.

La *organización judicial*, incluida la organización del ministerio público, conforme a criterios racionales, quedó, como siempre, de lado: el principio que la rigió fue, según sentencia vulgar, el "más de lo mismo", impulsado por la evidente necesidad de una actuación personal de los funcionarios judiciales en el debate público que condujo a una ampliación desmesurada de los cargos judiciales.

El Código no se hace cargo del debate acerca de ciertos problemas político-criminales actuales: la regulación de los criterios selectivos que utiliza todo sistema penal, la necesidad de una abreviación del rito penal, cuando ello es razonable, y el papel que pueden jugar las asociaciones intermedias para la defensa de intereses difusos (bienes jurídicos colectivos o supraindividuales) y hasta de la propia víctima individual. En este sentido, el Código ignora las reformas sustanciales producidas en la OPP de la República Federal de Alemania a partir de 1975, y los nuevos CPP de Portugal (fecha de vigencia: 1/1/1988) e Italia (fecha de vigencia: 24/10/1989), que intentaron resolver problemas político-criminales básicos para el procedimiento penal de nuestros días[251]. Merece destacarse positivamente la introducción, anterior a la ley penal (CP, 76 *bis* y ss.), de la institución de la suspensión del procedimiento a prueba, otro de los impulsos reformistas del Ministerio de Justicia en relación al proyecto originario.

Hoy se tiene noticia periodística acerca de una reforma extensa de las reglas particulares que rigen el procedimiento creado, cuya valoración por el foro y el periodismo —a la ligera y sin demasiado sentido crítico— arroja como resultado general un regreso a las rutinas procesales del CPCrim. nacional (1889), derogado por esta ley.

9. Los nuevos códigos: Córdoba y Tucumán

La provincia de Córdoba, desde 1988 procuró la reforma de su Código procesal penal, que si bien databa de 1970, reconocía su origen

[250] Cf. críticamente, SALT, *Tribunal de ejecución: ¿algo nuevo en la ejecución de las penas?*, ps. 269 y siguientes.

[251] Estas deficiencias, y el hecho de que su fuente originaria haya sido finalmente reemplazada por otro código que abreva en el PP CPP Nación (1986), pretenden justificar la afirmación renovada —por cita de Alfredo VÉLEZ MARICONDE dirigida al CPCrim. (1889)— de que el CPP Nación (1991) "nació —otra vez— viejo y caduco": PASTOR, *Código Levene: ¿nacerá viejo y caduco?*, p. 27.

en el célebre Código cordobés de 1939[252]. El proyecto reconoce la influencia de las discusiones surgidas en torno al Pr. CPP Nación (1986) desde el Mensaje de elevación del Poder Ejecutivo provincial[253]. A pesar de su sanción en 1991, el Código no consigue entrar en vigencia totalmente[254].

Sobre la base del proyecto para Córdoba, la intervención federal a la provincia de Tucumán sancionó el 1/8/1991 un nuevo Código Procesal Penal (ley nº 6.203)[255]. El proyecto fue elevado por la Corte Su-

[252] En mayo de 1988, por resolución nº 152 del Ministerio de Gobierno de la provincia, se constituyó una Comisión para redactar un Anteproyecto de Código Procesal Penal, integrada por representantes de la Universidad Nacional de Córdoba, del Superior Tribunal de Justicia (no participó de las reuniones), de la Fiscalía General, de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial, del Colegio de Abogados y de la Asociación Gremial de Empleados del Poder Judicial, cuyos miembros fueron: Carlos LLOVERAS, Mariano RODRÍGUEZ, Eugenio PÉREZ MORENO, Darío SLAVIN, Carlos MORENO, Jorge GUEVARA NOVELLI, Eduardo MAZZA y Jorge LOZADA PIATTINI, quienes deliberaron coordinados por Roberto SPINKA; como representante del Ministerio de Gobierno actuó Aída TARDITTI. La Comisión trabajó durante un año y elevó el Anteproyecto al Ministerio de Gobierno. Sobre esa base, el Dr. José I. CAFFERATA NORES, entonces Ministro de Gobierno de la provincia, elaboró, con la colaboración de Roberto SPINKA y AÍDA TARDITTI, el Proyecto de Código Procesal Penal para la provincia de Córdoba, que ingresó, como proyecto del Poder Ejecutivo, a la Cámara de Senadores el 9/8/1990, pasó a la Cámara de Diputados el 3/10/1991, con importantes modificaciones, y retornó a la Cámara de origen, que finalmente lo convirtió en ley —nº 8.123— el 3/12/1991.

[253] Ver ese Mensaje en CAFFERATA NORES, *Introducción al nuevo CPP de la Provincia de Córdoba*, ps. 15 y ss. Por lo demás, esta misma *Introducción* revela los antecedentes de la reforma y el debate acerca de su necesidad.

[254] Se atribuye el inconveniente a los jueces del Tribunal Superior de Justicia, quienes requieren al gobernador la postergación *sine die* de su entrada sin vigor (acordada nº 214, Serie "A", del 3/9/1992: ver *Mensaje del Poder Ejecutivo a la Legislatura provincial* del 28/9/1992, que se convirtió en la ley nº 8.261) por falta de recursos humanos y materiales. La ley provincial nº 8.261 prorrogó su entrada en vigor por dos años, al cabo de los cuales el Poder Ejecutivo provincial pretendió otro aplazamiento. La legislatura, por ley nº 8.452, curiosamente, decidió la entrada en vigencia parcial del código, eliminando algunas instituciones y reglas básicas para su funcionamiento que presidían el sentido de la reforma. A pesar de que esta ley tuvo como fundamento la imposibilidad de aumentar los recursos humanos y materiales (argumento que, según mi experiencia, siempre es, al menos parcialmente, falaz o exagerado y reside, básicamente, en la incapacidad para organizar los cuerpos judiciales de otra manera y redistribuir los recursos humanos y materiales racionalmente), se distingue, entre las disposiciones que no entran en vigencia, algunas cuya falta de vigor responde a motivos políticos y otras cuya inconsecuencia con normas fundamentales de la Nación parece manifiesta. En el texto se dará noticia de ello.

[255] Sobre ese proceso de reforma cf. LEDESMA, *Nuevo Código Procesal Penal de Tucumán*. La Comisión estuvo integrada por: José V. MUSCARÁ, Jorge ARIAS CABRAL, Carlos NORRY, Pedro ROLDÁN VÁZQUEZ, Ángela LEDESMA, Pedro LEZANA GUERRERO y José FALÚ, quienes representaban, respectivamente, a la Corte Suprema de Justicia, al Ministerio Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, al Círculo de Magistrados, a las Facultades de Derecho (UNC y UNSTA) y al Colegio de Abogados.

prema de Justicia al Poder Ejecutivo el 17/7/1991 y redactado por una Comisión convocada al efecto. Las escasas modificaciones que el CPP Tucumán (1991) revela respecto de su fuente, tienen su explicación en el hecho de que sus redactores no pudieron conocer el rico debate legislativo que provocó el proyecto para Córdoba y las modificaciones que en ese procedimiento fueron introducidas; algunos apartamientos de la fuente son, sin embargo, intencionales. El Código, a diferencia de aquello que sucedió con el nuevo Código cordobés, entró en vigor íntegramente. En el texto observaremos algunas de las discrepancias con el CPP Córdoba (1991).

Ambos códigos representan a la tendencia más innovadora en la materia de nuestro país.

Según confesión del "autor o gestor intelectual de la reforma"[256], las "ideas fuerza" del nuevo CPP Córdoba (1991) son, con ligeros aditamentos, las siguientes: mayor participación popular en la administración de justicia, mayor celeridad y mayor eficiencia del procedimiento, tanto para la persecución penal como para las garantías individuales. De la mano de estos presupuestos confesados, intentaremos explicar sintéticamente las principales innovaciones de este Código respecto del que regía anteriormente[257].

a) El primer objetivo se ha intentado lograr por dos vías distintas que, sin embargo, no parecen suficientes para alcanzarlo. A diferencia del CPP Córdoba 1939 y el sustancialmente idéntico que lo siguió (1970), el nuevo Código acepta la intervención de la víctima en los delitos de acción pública e, incluso, se ocupa de los derechos de la víctima a ser informada sobre sus facultades y sobre las principales resoluciones dictadas en el curso de un procedimiento penal, aun cuando no intervenga formalmente en él. El "ofendido penalmente por un delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que este Código establece", esto es, como *querellante adhesivo* a la persecución penal del ministerio público, con ciertas limitaciones básicas al ejercicio de la acción penal: su autonomía es negada para iniciar el procedimiento, para acusar o requerir el juicio y para recurrir. Para esta decisión política influyó, sin duda, el razonamiento de que, existente la acción penal pública, cargar al imputado con una persecución privada que pueda llevar el procedimiento hasta su finalización, a

[256] Que reniega de esta aseveración: cf. CAFFERATA NORES, *Introducción al nuevo CPP de la Provincia de Córdoba*, ps. 25 y siguientes.

[257] Quien quiera enterarse exhaustivamente, cf. CAFFERATA NORES, *Introducción al nuevo CPP de la Provincia de Córdoba*, ps. 25 y ss.; más allá de ello, varios autores se ocuparon de las principales innovaciones en AA.VV., *Estudio sobre el nuevo Código procesal penal de Córdoba*.

pesar de que el Estado abandone esa persecución, resultaba excesivo. Las ideas del Código —sin perjuicio de alguna deficiencia de la fórmula legitimadora—, en pos del objetivo confesado, son correctas, pero pecan de alguna insuficiencia: no se ha tomado en cuenta la labor que las asociaciones intermedias pueden cumplir para la defensa de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales (intereses difusos) y aun para la defensa de las víctimas individuales.

Se prevé también, conforme a la nueva Constitución cordobesa, la integración de ciertos tribunales con jueces accidentales, ciudadanos, y se ha elegido para ello el llamado tribunal de *escabinos*. Aquí, sin embargo, la deficiencia parece mayor: es conocida la crítica de que el estamento popular del tribunal debe superar en número a los jueces profesionales y permanentes, para asemejarse a un *jurado*, crítica que se acentúa para Córdoba porque los ciudadanos son superados en número por los jueces profesionales y permanentes; además, la ley limita la formación de estos tribunales a casos absolutamente excepcionales. El CPP Tucumán no integra los tribunales de juicio con jueces accidentales: se trata allí de tribunales integrados por jueces permanentes y profesionales.

b) Los otros dos objetivos que siguen intentan ser alcanzados mediante la reforma de instituciones ya conocidas y la incorporación de reglas particulares, con el fin de: distribuir adecuadamente los papeles de los diferentes sujetos procesales, responsabilizándolos claramente por su ejercicio, conforme al carácter de la tarea que cada uno de ellos ejercita; dar más agilidad y eficacia al procedimiento; y acentuar su carácter acusatorio[258].

En la estructura del procedimiento se pretende la realización de estos objetivos en:

a) El *juicio* que, paradójicamente, es objeto de pocas innovaciones con relación a las reglas anteriores, pero desarrolla en ellas transformaciones de suma importancia. Se impide al tribunal, prácticamente, la búsqueda de la verdad por propia iniciativa y, en todo caso, queda limitado a la incorporación de nueva prueba durante el debate, siempre ofrecida por los demás intervinientes. Desde el punto de vista formal, el interrogatorio ya no le pertenece, al menos en un primer lugar, al presidente y a los integrantes del tribunal, sino a los demás intervinientes en el procedimiento, sin perjuicio de preguntas aclaratorias que los jueces pueden dirigir, después del interrogatorio de las partes. El CPP Tucumán (1991) no aceptó estas modificaciones por la razón ya apuntada.

b) La *investigación preliminar* pasa decididamente a manos del ministerio público, único responsable por la persecución penal, aquí y durante el juicio, mecanismo que permite cumplir con el propósito de identificar al responsable por esta actividad y, a la vez, establecer los tribunales como cuerpos de decisión, no de investigación. Ello permite, al menos teóricamente, caracterizar a la instrucción preliminar como período procesal netamente preparatorio y, a la vez, colabora en el intento de impedir que los elementos incorporados durante su transcurso sean sumados al debate y valorados en la sentencia. Este último propósito no se consigue en el CPP Córdoba, fundamentalmente por la excesiva permisividad de las reglas que disciplinan la lectura de actas de la investigación preliminar durante el debate, y, también, por la posibilidad que el fiscal tiene de dirigir por sí mismo

[258] Cf. Cafferata Nores, *Introducción al nuevo CPP de la Provincia de Córdoba*, p. 64.

los actos definitivos e irreproducibles y su protocolización, a pesar del derecho de la defensa de asistir a ellos que el Código le concede.

No se comprende, empero, la razón por la cual tanto el CPP Córdoba como el CPP Tucumán (1991) regresan la investigación preliminar a los jueces de instrucción, en el caso de la persecución penal contra una persona que ostenta un privilegio constitucional por su función[259].

Por supuesto, los jueces ejercen el control sobre los actos del ministerio público que, por afectar el sistema de seguridades individuales, requieren autorización judicial. En este sentido, el CPP Tucumán ha preferido un control más ortodoxo, directamente en manos del juez, sobre todo en materia de privación de libertad del imputado, que el CPP Córdoba, en el cual, básicamente, el control sobreviene por oposición o recurso del imputado o su defensor.

Esta innovación fundamental, consistente en la extensión de la *citación directa* del Código originario, método ahora regular de preparación de la acción pública en todos los casos, constituye, sin embargo, uno de los capítulos que la ley posterior, según lo antes explicado, no ha puesto en vigencia en la provincia de Córdoba; la justicia penal tucumana procede según estas reglas.

c) El *procedimiento intermedio* resulta, de tal manera, mucho más claro: una vez que el fiscal logra el requerimiento que clausura la instrucción (elevación a juicio o sobreseimiento), decide el juez que controla la instrucción con recurso ante un tribunal de apelación. La disconformidad del juez con el pedido de sobreseimiento se resuelve por la vía de la intervención del superior jerárquico del fiscal interviniente, quien, si coincide con su inferior, determina la absolución anticipada y, en caso contrario, acusa él mismo. El control de la acusación para iniciar el juicio puede faltar si la defensa no se opone al requerimiento (procedimiento intermedio facultativo). La víctima no parece cumplir en este momento papel alguno, posición que resulta criticable.

d) Los *juicios* y *procedimientos especiales* siguen de cerca al Código reemplazado, con las innovaciones antes explicadas, y con la incorporación del juicio abreviado, mejor dicho, del *procedimiento abreviado*[260]. Si bien la institución del procedimiento abreviado es plausible, con el fin de descongestionar la administración de justicia en casos sencillos, y sigue la tendencia universal actual, su regulación merece alguna crítica. Dicho sintéticamente: no es necesario que el imputado confiese circunstanciada y llanamente su culpabilidad para que se admita el juicio abreviado; antes bien, era necesario limitar la procedencia de la abreviación a delitos leves o, de otro modo, limitar el poder penal del juez mediante este juicio de manera absoluta y no tan sólo por el requerimiento fiscal; tampoco es necesario agotar el procedimiento con la confesión del imputado; antes bien, interesa que la defensa, que admite la base de la acusación, acepte también que la

[259] A más de esta absurda inequidad para quienes, en el momento de ser perseguidos, son nuevamente ciudadanos "comunes", la pregunta emerge por sí misma y en forma absolutamente contradictoria: ¿se quiso concederles una garantía mayor a la de los ciudadanos comunes o, por el contrario, se pensó en la necesidad de que soporten una carga más por haber sido malos funcionarios?

[260] Cf., sobre las posibilidades operativas del instituto y las dudas sobre su resultado, VIVAS, *La confesión transaccional y el juicio abreviado*, ps. 209 y ss.; BOVINO, *Simplificación del procedimiento y "juicio abreviado"*, ps. 585 y siguientes.

investigación practicada le concede base para su propia defensa, si desea agregar circunstancias que, inclusive, pueden conducir a la absolución o a una valoración jurídica distinta y favorable al imputado respecto de la postulada por el fiscal; debió dársele poder al juez para, en casos dudosos, rechazar el procedimiento y remitir a un juicio común, posibilidad que, a pesar de estar indicada de la mano del problema probatorio, carece de reglamentación concreta, en razón de la absoluta mezquindad de preceptos que regulan el juicio abreviado; un mayor ahorro de actividad jurisdiccional indica que no debe fallar el tribunal de juicio, sino el tribunal que controla la investigación preliminar. El CPP Tucumán no contiene esta institución.

Una serie de reglas particulares, que no modifican la estructura del procedimiento, pero de importancia político-criminal indudable, son dignas de mención. De ellas elegiremos los aspectos más sobresalientes:

a) En torno a la *privación de libertad del imputado* resulta sumamente importante la determinación de tiempos máximos de duración del encarcelamiento preventivo. Las reglas están redactadas de manera equívoca y hasta asistemáticamente, pero pueden explicarse, sintéticamente, de la siguiente manera: existen plazos fatales para el procedimiento en general (dos años, con descuentos algo ridículos) para la investigación preliminar a fin de lograr la acusación (dos o tres meses, según los casos, que, para dar idea al lector de ambos códigos sin ingresar en minucias, pueden extenderse, por prórrogas eventuales y extraordinarias, hasta un año, aproximadamente) y, en el CPP Tucumán, para requerir y dictar el auto que justifica el encarcelamiento preventivo (veinte días en total); por otro lado, se determina como plazo máximo, después del cual debe cesar el encarcelamiento preventivo, los dos años de prisión. ¿Cómo se compaginan y articulan estas reglas? —mejor dicho: ¿cómo lo harán los jueces?—, es algo difícil de decidir y prever. El establecimiento de plazos que han sido denominados "fatales", sin indicar la consecuencia procesal (sólo consecuencias personales para los funcionarios), debe conducir, al menos, a la cesación del encarcelamiento preventivo a su vencimiento, si no conduce a la terminación del procedimiento por sobreseimiento (con lo cual los códigos provinciales habrían fijado nuevos plazos de prescripción, operativos sólo después de iniciada la persecución penal), solución que también desemboca en la liberación del imputado una vez cumplidos esos plazos. Si a todo ello agregamos la regla del sobreseimiento, que implícitamente prevé una prolongación del procedimiento cuando "fuese razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas" (CPP Córdoba y CPP Tucumán, 350, inc. 5, hipótesis inversa a aquella a la que se le da solución normativa), el "sistema" previsto, desde el punto de vista de su comprensión y aplicación, no puede ser imaginado en forma más confusa y más contradictoria.

El único auxilio para arribar a alguna conclusión —en Córdoba— está representado por el art. 42 de la Constitución de la provincia, que torna a "la privación de la libertad durante el proceso" en "excepcional", sólo ordenable cuando "no exceda el término máximo que fije la ley" y obliga a una interpretación favorable al preso. Ello permite considerar que la única norma posible de formular, respecto de todo el complejo, es la siguiente: cualquier vencimiento de estos plazos, el primero que venza, provoca la ilegitimidad de la privación de la libertad, torna responsable al funcionario que por omisión tolere la privación de la libertad, o por acción autorice la prolongación de la detención (CP, 143, inc. 6, y 144 *bis*, inc. 1), y, por ende, genera el deber de liberar al preso. Auxilia también esta conclusión la regla que establece que "todo proceso debe concluir en un término razonable"

(Const. Córdoba, 39) y aquella que establece, para los magistrados y funcionarios judiciales, el deber de "resolver las causas dentro de los plazos fatales que las leyes establezcan" (Const. Córdoba, 155), previsiones que, sin computar su posible colisión con las reglas materiales acerca de la prescripción penal, sin duda conducen a un efecto más vigoroso que aquél que indica la norma construida antes, a saber: la liberación del imputado de su persecución penal.

No obstante los defectos de técnica legislativa expresados, la génesis ideológica de las reglas estudiadas se corresponde con una política criminal orientada en sentido moderno y con la evolución universal de la legislación, incluida allí la legislación constitucional (ver § 5, F, 3, *a*, y § 6, C, 2, *c*, IV, *c*).

b) En relación a la *defensa técnica* del imputado se debe subrayar la necesidad de la asistencia del defensor en el acto de la indagatoria, o cuando se produzca una declaración que le sea atribuible, aun durante la investigación preliminar, declaraciones que, llevadas a cabo sin la presencia del defensor, resultan inválidas. Al mismo tiempo, para prever la defensa técnica del imputado ausente —por falta de individualización o imposibilidad de ser citado—, se obliga al nombramiento del defensor oficial desde que sea necesario, aun antes de la declaración indagatoria.

c) Importante es, también, la incorporación de la *regla de exclusión* de la prueba ilícitamente obtenida, que incluye la extensión de su ineficacia a aquellos conocimientos obtenidos en virtud de la vulneración de garantías constitucionales (*fruto del árbol envenenado*), precepto que, en el caso de la provincia de Córdoba, deriva de una regla constitucional similar (Const. Córdoba, 41). Las modificaciones que a este texto (art. 194) introduce el CPP Tucumán no son claras ni convenientes.

d) En el tema de los *recursos* contra la sentencia, han sido eliminados los límites que impedían el recurso de casación a cada uno de los posibles agraviados para impugnar la decisión por esta vía (salvo para el fiscal, que no puede recurrir la sentencia absolutoria, si no solicitó una pena para el acusado).

e) Se critica también el hecho de no haber aprovechado la oportunidad para crear una *magistratura de ejecución penal*.

H. RESUMEN

Un estudio adecuado del Derecho procesal penal debe comenzar por la comprensión del problema cultural y político que tras él reside. Él, quizá más que ninguna otra rama del Derecho, toca de cerca al ser humano y sus principales atributos jurídicos, que le permiten desarrollar su vida social. De allí que los sistemas de enjuiciamiento penal han ido a la par de la historia política y guardan perfecta correspondencia con ella. Si la expresión más vigorosa del poder del Estado es, precisamente, su poder penal, la afirmación de Ernst Beling de que el Derecho penal (material) no le toca al delincuente un solo pelo, sino que es el Derecho procesal penal el que se entiende de cerca con el hombre de carne y hueso —que muchas veces no es un delincuente—, aun factible de demostrar como exagerada, explica por sí sola el fenómeno indicado, el cual, reducido a su exacta dimensión, se debe limitar a afirmar que, a pesar de que todo el Derecho es hijo

de la cultura humana y de las ideas políticas que ella acuña, los cambios de orientación política aparecen más "a flor de piel" en el Derecho procesal penal.

No existe otra manera de apreciar este fenómeno que con el estudio de la historia del Derecho procesal penal, sus instituciones y los principios que lo gobernaron en cada época, y, en especial, los sistemas de enjuiciamiento penal que se sucedieron a través de la historia. Si esta recomendación tiene vigencia universal, cuánto más vigor alcanzará en el Derecho argentino —también en el hispanoamericano—, que conserva en su seno instituciones procesales penales que, en ocasiones, no se compadecen con el sistema republicano de gobierno que establece su ley fundamental, la Constitución política, ni con el mismo nombre de República que, orgullosamente, se eligió para el país. De allí que el problema que presenta el Derecho procesal penal de nuestro país —y el de Hispanoamérica en general— no es técnico, como muchas veces se pretende, sino, muy por el contrario, cultural y político: se trata de un problema de adaptación cultural o, si se quiere, de definición y determinación del sistema político bajo el cual queremos —o podemos— vivir.

No se me ha ocurrido mejor síntesis de este parágrafo que presentar los diversos tipos de enjuiciamiento penal que existieron y existen, sin analizar ninguno vigente en determinado tiempo y lugar como Derecho positivo, sino agrupando principios y características comunes para recrear sistemas genéricos, por otra parte ordinarios en los estudios sobre la materia[261], aunque no siempre bien entendidos. Se debe aclarar, sin embargo, que los diferentes derechos positivos casi nunca operaron con la pureza de principios y características con los que aquí pretendemos explicar cada uno de los tipos[262].

1. Sistemas de enjuiciamiento penal

a) Acusatorio

En general, se puede decir que esta forma de llevar a cabo el enjuiciamiento penal dominó todo el mundo antiguo. No bien la reacción

261 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 1ª parte, cap. 1, 2, ps. 19 y ss., CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 115, ps. 160 y siguientes.

262 Inglaterra, por ejemplo, conserva aún hoy los rasgos de un sistema acusatorio; sin embargo, admite y organiza, cada vez más, la persecución penal pública (Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 75, A, ps. 476 y ss.). España, aun cuando sigue la tendencia general de Europa continental, por reforma del sistema inquisitivo que la regía hasta 1882, conserva rastros del procedimiento de oficio (*per inquisitionem*) y admite el acusador popular y el privado, a un mismo tiempo.

frente a la ofensa grave del orden jurídico dejó de ser un mero ejercicio del poder autoritario del príncipe (*cognitio* durante la monarquía romana, por ejemplo) o de la venganza física del ofendido o su tribu, en las sociedades primitivas que no poseían todavía ni un atisbo de poder político central (según sucedía en el primitivo Derecho germano), la reacción, privada o popular, se canalizó por la vía de lo que hoy llamaríamos una "acción procesal" (jurídica u objeto de regulación normativa): allí nació el "juicio" con intervención del ofensor y frente a un árbitro, el tribunal, el cual, de alguna manera, decidiría la cuestión.

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye. El paralelo y correspondencia que se puede establecer fácilmente con el sistema republicano de ejercicio del poder político resulta evidente; de allí que no sea casualidad la aplicación de este sistema en épocas de apogeo de las repúblicas, tanto las antiguas (Grecia, Roma) como las modernas (Francia y el movimiento de reforma operado a fines del siglo XVIII y en los primeros años del siglo XIX).

Son notas comunes al sistema acusatorio de enjuiciamiento penal, las siguientes:

I. La *jurisdicción penal* reside en tribunales populares, en ocasiones verdaderas asambleas del pueblo o colegios judiciales constituidos por gran número de ciudadanos (Grecia y los comicios romanos), en otras, tribunales constituidos por jurados (los *iudicis iurati*, avanzada la República y al comienzo del Imperio en Roma, el típico jurado anglo-sajón y los que emergieron en Europa continental a partir de la República francesa).

Internamente, en el procedimiento, el tribunal aparece como un árbitro entre dos partes, acusador y acusado, que se enfrentan en pos

del triunfo de su interés; incluso el enjuiciamiento de la antigüedad consistía en un combate entre dos adversarios y frente a un árbitro (Derecho germano antiguo).

II. La *persecución penal* se coloca en manos de una persona de existencia visible (no de un órgano del Estado), el *acusador*; sin él y la imputación que dirige a otra persona no existe el proceso; el tribunal tendrá como límites de su decisión el caso y las circunstancias por él planteadas (*nemo iudex sine actore - ne procedat iudex ex officio*). En ocasiones, este sistema ha sido caracterizado como *privado*, porque era el ofendido quien estaba autorizado a perseguir penalmente (regla general del Derecho germano antiguo); en otras, como *popular*, porque se concedía el derecho de perseguir penalmente a cualquier ciudadano o a cualquier persona del pueblo (los sistemas acusatorios de Grecia y Roma, para los delitos públicos, cuya característica pervivió en el Derecho anglo-sajón y, parcialmente, en la Ley de enjuiciamiento criminal española).

III. El *acusado* es un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador, cuya situación jurídica durante el procedimiento no varía decididamente hasta la condena; si bien se conciben medidas de coerción, su privación de la libertad, durante el enjuiciamiento, es una excepción.

IV. El *procedimiento* consiste, en lo fundamental, en un *debate* (a veces un combate) *público*, *oral*, *continuo* y *contradictorio*. Los jueces que integran el tribunal perciben los medios de prueba, los fundamentos y las pretensiones (alegatos) que ambas partes introducen y deciden según esos elementos (*secundum allegata et probata*). En la antigüedad, incluso, el juicio se llevaba a cabo al aire libre, en el foro o plaza pública; más tarde, sin renegar de la publicidad popular, fue introduciéndose lentamente en ambientes cerrados, en las casas de justicia, como hoy se practica.

V. En la *valoración de la prueba* impera el sistema de la *íntima convicción*, conforme al cual los jueces deciden votando, sin sujeción a regla alguna que establezca el valor probatorio de los medios de prueba y sin exteriorizar los fundamentos de su voto.

VI. La *sentencia* es el resultado del escrutinio de los votos de una mayoría determinada o de la unanimidad de los jueces, según hoy se practica en el jurado anglo-sajón. Como se trata de tribunales populares, que, o bien detentan directamente la soberanía (asambleas del pueblo), o bien pretenden representar al pueblo soberano (jurado), la

cosa juzgada constituye su efecto normal y son desconocidos los recursos o ellos resultan, en ocasiones, concebidos a la manera de una gracia o de un perdón.

El procedimiento acusatorio rigió, prácticamente, durante toda la antigüedad (Grecia, Roma) y en la Edad Media hasta el siglo XIII (Derecho germano), momento en el cual, sobre las bases del último Derecho romano imperial, antes de la caída de Roma, fue reemplazado por la Inquisición.

Inglaterra es el país que aún hoy conserva, relativamente, un procedimiento penal que se asemeja al procedimiento de tipo acusatorio antiguo.

b) Inquisitivo

La Inquisición es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad, a la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. El escaso valor de la persona humana individual frente al orden social, manifestado en toda su extensión en la máxima *salus publica suprema lex est*, se tradujo al procedimiento penal y redujo al imputado a un mero objeto de investigación, con lo cual perdió su consideración como un sujeto de derechos, y, también, en la autorización de cualquier medio, por cruel que fuese, para alcanzar su fin: reprimir a quien perturbara el orden creado (*expurgare civitatem malis hominibus*). De allí las máximas fundamentales que crea el sistema inquisitivo conforme a su fin: la *persecución penal pública* de los delitos, con la característica de la obligatoriedad (deber) de su ejercicio, para no depender de una manifestación de voluntad particular en la represión, y el procedimiento dirigido a la meta principal de *averiguar la verdad*, objetivo para cuyo cumplimiento no se reparaba en los medios de realización.

Desde el punto de vista histórico-político, la afirmación de universalidad de la Iglesia católica (Derecho canónico) y la formación de los Estados nacionales bajo el régimen de la monarquía absoluta, y sus luchas de predominio contra los "infieles", por una parte, y contra el poder feudal, por la otra, condujeron necesariamente a este tipo de procedimiento. La fuente jurídica de inspiración fue el Derecho romano imperial de la última época (*cognitio extra ordinem*), con su tenue introducción de los rasgos principales de la Inquisición, conservado por la Iglesia y perfeccionado por el Derecho canónico, el cual, a su vez, constituyó la fuente donde abrevó la Inquisición laica, de paso triunfante por toda Europa continental a partir del siglo XIII.

La característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo. Perseguir y decidir no sólo eran labores concentradas en el inquisidor, sino que representaban una única y misma tarea; la de defenderse no era una facultad que se le reconociera al perseguido, por aquello de que, si era culpable no lo merecía, mientras que, si era inocente, el investigador probo lo descubriría; claro está, en el mejor de los casos y después de un martirio, que pesaba como carga sobre quien integraba el cuerpo social, en homenaje a la misma sociedad. La fuerza de la dialéctica y de la crítica no pertenecen a esta idea de vida, que desconfía de ellas, y, por tanto, desaparece la contradicción del procedimiento. La extrema oposición con el sistema acusatorio es evidente y se va a traducir en las características totalmente diferentes del procedimiento.

Las notas comunes del sistema inquisitivo son:

I. El monarca o el príncipe es el depositario de toda la *jurisdicción penal*. En él reside todo el poder de decisión (juzgar) y, como el número de casos no le permite ejercerlo directa y personalmente en todos ellos, delega ese poder en sus funcionarios y lo reasume cuando es necesario. La administración de justicia se organiza, así, jerárquicamente, por delegación de la atribución de juzgar en consejos o funcionarios de mayor y menor jerarquía, y a la inversa, regresa (devolución) hacia el príncipe de la misma manera, cuando se torna necesario revisar los fallos de los funcionarios inferiores.

II. El poder de *perseguir penalmente* se confunde, según hemos visto, con el de juzgar y, por ello, está colocado en las manos de la misma persona, el inquisidor.

En ocasiones se conoció también un delegado del rey para denunciar y perseguir a los infractores, sobre todo en Francia (*procureur du roi*), pero ello no redujo un ápice los poderes del juez inquisidor, quien siguió facultado a iniciar el procedimiento y perseguir de oficio (*per inquisitionem*).

III. El *acusado* representa ahora un objeto de persecución, en lugar de un sujeto de derechos con la posibilidad de defenderse de la imputación deducida en su contra; de allí que era obligado a incriminarse él mismo, mediante métodos crueles para quebrar su voluntad y obtener su confesión, cuyo logro constituye el centro de gravedad del procedimiento.

IV. El *procedimiento* consiste en una investigación *secreta* (encuesta), cuyos resultados constan por *escrito*, en actas que, a la postre, constituirán el material sobre la base del cual se dicta el fallo (*quod non est in acta non est in mundo*). El secreto respondé a las necesidades de una investigación sin debate y la protocolización escrita de los resultados a la conservación del secreto y a la necesidad, impuesta por el mismo régimen, de que otro, que delegaba por escalones el poder de juzgar, pudiera revisar la decisión, reasumiendo el poder de juzgar. Como toda investigación, ella se llevaba a cabo *discontinuamente*, a medida que los rastros aparecían y eran fijados en las actas. Investigación, secreto, escritura, discontinuidad, falta de debate y delegación son, en realidad, caras diferentes de un mismo método para alcanzar fines políticos claramente definidos, y por ello resultan características interdependientes del procedimiento[263].

V. El *sistema de prueba legal* domina la *valoración probatoria*: la ley estipula la serie de condiciones (positivas o negativas) para tener por acreditado un hecho; por ejemplo, se necesitan dos —o más— testigos hábiles y contestes para verificar un hecho (*testis unus, testis nullus*), los indicios deben ser varios, conducir a una misma conclusión (concordantes) y partir de hechos probados en forma directa, etc., para comprobar un hecho.

Se dice que el sistema intentaba reducir el poder del juez en la sentencia, después de habérselo otorgado en demasía durante el procedimiento, de manera tal que él *podía* acudir a cualquier medio para averiguar la verdad, pero *debía* reunir un número suficiente de elementos de prueba para condenar. La verdad es otra; el sistema no puede funcionar sin la autorización para obtener la *confesión* compulsivamente, mediante la *tortura*, centro de gravedad de toda la investigación, y la regulación probatoria sólo cumple el fin de requerir mínimos recaudos para posibilitar el tormento. De tal manera, lo importante políticamente no son tanto las condiciones de la *plena prueba*, sino las de la llamada *semiplena*, que abre paso a la tortura. La tortura es, por ello, sinónimo de Inquisición.

263 Es por ello que han fracasado, entre nosotros, todos los intentos dirigidos a lograr la desaparición de la delegación en auxiliares judiciales, la inmediación del tribunal y las partes con el material probatorio, la concentración y continuidad del procedimiento, cuando se insistió con el proceso escrito; por definición, ello es imposible, mientras no se organice un debate oral y continuo, al final del cual se dicte la sentencia. Todo lo demás son palabras vanas, y, más que ello, ficciones, que tanto daño le hacen al Derecho cuando abundan.

VI. El fallo era, casi por definición, impugnable; aparece la *apelación* y, en general, los recursos contra la sentencia, íntimamente conectados con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia. En efecto, el poder, que se delegaba en funcionarios inferiores, debía devolverse en sentido inverso a aquél de quien procedía y ello permitía el control de la utilización correcta del poder delegado. Allí nace el hoy conocido *efecto devolutivo* de los recursos, y también la propensión a la organización jerárquica de los tribunales, propia de los procedimientos escritos, efecto que, traducido a términos actuales, individualiza a aquellos recursos cuya interposición provoca el nuevo examen y la nueva decisión por un tribunal distinto al que dictó la resolución impugnada, por regla general —aunque no necesaria—, jerárquicamente superior a éste.

El procedimiento inquisitivo se extendió por toda Europa continental, triunfando sobre el Derecho germano y la organización señorial (feudal) de la administración de justicia, desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII. De triste recuerdo, por los excesos que permitió en aras de lograr por cualquier medio sus fines, concebidos como absolutos, y las injusticias notorias que prohijó (procesos contra herejes y brujas), al menos desde nuestro punto de partida cultural y nuestros conocimientos actuales, subsistió hasta la caída del régimen de organización política que lo sustentaba. El punto final, por ende, lo marcó el comienzo de la nueva república representativa, con la *Revolución Francesa*, que representa el triunfo político del *Iluminismo*, a cuyo abrigo, y por influencia de la dominación napoleónica posterior, se renueva toda la organización política de Europa continental. Nació también para el enjuiciamiento penal una nueva era, cuyo tipo de procedimiento ha sido denominado por algunos como *mixto*, aunque, en realidad, sólo se trata de la *reforma del sistema inquisitivo*. Es errónea la afirmación que indica la muerte total de la Inquisición por abrogación de todos los principios que la gobernaban.

c) La reforma del sistema inquisitivo o el nacimiento del sistema mixto

De la Inquisición perduran hasta nuestros días sus dos máximas fundamentales: la *persecución penal pública* de los delitos, por lo menos como regla, considerados los máximos exponentes del comportamiento desviado en el seno social, y, por ello, intolerables para el orden y la paz social, al punto de que deben ser perseguidos por el mismo Estado y sin atención a ninguna voluntad particular; y la *ave-*

riguación de la verdad histórica, como meta directa del procedimiento penal, sobre cuya base se debe fundar la decisión final. El triunfo político del Iluminismo, a partir de la Revolución Francesa y de la independencia de los EE.UU., y, consecuentemente, la creación de un nuevo orden social y jurídico no lograron abrogar esos postulados, los cuales, considerados como un progreso, representan el legado de la Inquisición al enjuiciamiento penal actual.

A pesar de que en los comienzos de la Revolución la idea de República postuló consecuentemente el regreso al sistema acusatorio con acusación popular, creado por los griegos, perfeccionado por la República romana y conservado en Inglaterra, la solución que se impuso fue, en realidad, un compromiso: siguieron rigiendo ciertas reglas de la Inquisición, en especial, los principios mencionados, e hicieron irrupción otros, provenientes del regreso a las formas acusatorias, que condicionaron la significación de aquéllos. De allí el nombre con el que en nuestro país se conoce el nuevo sistema: *mixto*.

Si se quiere expresar en pocas palabras ese compromiso, se dirá que la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, comprendidas como metas *absolutas* en el enjuiciamiento inquisitivo, al punto de tolerar la utilización de cualquier medio para alcanzar esos fines, se transformaron en valores *relativos*, importantes en sí pero superados en rango por ciertos atributos fundamentales de la persona humana, que prevalecían sobre aquellos y condicionaban los medios por los cuales podían ser alcanzadas aquellas metas. Esos atributos se tradujeron en reglas de garantías y derechos individuales, que impusieron el tratamiento como inocente de una persona hasta que los tribunales designados según la ley no dictaran una sentencia firme de condena, para lo cual resultó absolutamente imprescindible un juicio previo, conforme a reglas que estableció la ley, en el cual se garantizara la libertad y eficacia de la defensa, prohibiéndose toda coacción utilizada contra quien lo sufría para obligarlo a revelar datos que pudieran perjudicarlo. Se entiende, así, cómo estos valores, referidos a la dignidad humana individual, fueron preferidos a la misma eficacia de la persecución penal y a la posibilidad de averiguar la verdad, y debían ser observados aun a costa de esos principios.

La colisión entre ambas ideas fue inevitable, al punto de que el enjuiciamiento penal moderno está dominado políticamente por la solución legislativa sobre el conflicto de estos intereses, y, al menos para darle solución, aunque no para evitarlo, las necesidades fueron pergeñando un nuevo método de procedimiento penal. Éste consiste

en dividir el procedimiento en dos períodos principales, enlazados por uno intermedio: el primero es una investigación, a la manera inquisitiva, aunque con ciertos límites, que reconoce la necesidad del Estado, como persecutor penal, de informarse, previo a acusar penalmente a alguien ante un tribunal judicial; el segundo paso, intermedio, busca asegurar la seriedad y pulcritud del requerimiento penal del Estado, antes de convocar al juicio público, evitando, de esta manera, juicios inútiles, y controlar las decisiones del Estado que cierran la persecución penal anticipadamente, sin juicio; el tercero, imitación formal del juicio acusatorio, consiste, principalmente, en un debate público y oral ante el tribunal de justicia, con la presencia ininterrumpida del acusador y del acusado, que culminará con la absolución o la condena, fundadas únicamente en los actos llevados a cabo durante ese debate. Las principales características del sistema son:

I. La *jurisdicción penal* es ejercida, en principio, por tribunales con fuerte participación popular (jueces accidentales), sea que se acuda, como en el siglo XIX, a tribunales de jurados o que, según ahora ocurre en varios países, colaboren en un mismo tribunal de juicio, jueces profesionales (en minoría) y jueces accidentales (mayoría), como escabinos. En algún país (España, por ejemplo) se optó, ante el fracaso de la convocación del jurado, por constituir los tribunales con jueces profesionales, según sucede entre nosotros, casi sin excepciones.

Existe también en algunos países un juez profesional, llamado *de instrucción*, que tiene a su cargo la investigación preliminar, tarea que, propiamente, corresponde al órgano estatal que lleva a cabo la persecución penal, el ministerio público.

Las *cortes de casación* son los típicos tribunales de instancia superior, compuestas por jueces profesionales, que responden a la necesidad de tornar revisable la sentencia de los tribunales de juicio, desde el punto de vista del derecho aplicable, pues, en cuanto a los hechos, estos últimos son, casi siempre, soberanos en su decisión.

II. La *persecución penal* está en manos de un órgano estatal específico, el ministerio público, considerado unas veces como un órgano administrativo *sui generis* y otras como un órgano judicial, o, por lo menos, con una posición institucional similar a los magistrados judiciales.

Existen, sin embargo, excepciones al principio de la persecución penal pública, admitiéndose algunos delitos perseguibles sólo por el ofendido e, incluso, aunque infrecuentemente, la acusación popular (España).

III. El *imputado* es un sujeto de derechos, cuya posición jurídica durante el procedimiento se corresponde con la de un inocente —hasta tanto sea declarado culpable y condenado por sentencia firme—, razón por la cual es el Estado —acusador— quien debe demostrar con certeza su culpabilidad (*in dubio pro reo*) —y destruir ese estado—, y, al contrario, no es el imputado quien debe construir su inocencia. Derivado del mismo principio, su privación de libertad durante el procedimiento, pese a estar admitida, es excepcional. Goza también de entera libertad de defensa, pero la ley, durante la investigación preliminar, limita sus facultades en ese sentido, para no imposibilitar la averiguación de los rastros del delito hipotéticamente cometido, aun cuando, para balancear los intereses comprometidos, establezca que esos actos carezcan de valor para fundar la sentencia; durante el debate, base de la sentencia, posee amplia libertad de defensa y está equiparado al acusador. Tan apreciada es la necesidad de garantizar la defensa, que la ley, por lo menos en los casos graves, asumió como público ese interés, y tornó imprescindible la defensa técnica, complemento necesario de la capacidad del imputado, y deber del Estado de designar de oficio un defensor cuando el imputado no puede o no quiere nombrarlo.

IV. El *procedimiento* muestra una de las principales facetas de la mixtión y del juego alternado del interés público por sancionar los delitos y el privado —aunque a la vez público— por conservar las libertades ciudadanas. Comienza por una investigación preliminar, a cargo de quien persigue penalmente, el ministerio público, o de un juez de instrucción, según las leyes y los casos, que tiene por fin recolectar los elementos que, eventualmente, den base a la acusación o requerimiento para la apertura del juicio público, o, en caso contrario, determinen la clausura de la persecución penal. Esta investigación, de ordinario llamada *instrucción preparatoria* o *procedimiento preliminar*, mantiene los principales rasgos del sistema inquisitivo —de allí la limitación defensiva—, aunque, para compensar, los elementos que allí se reúnen no sirven para fundar la condena (carácter preparatorio de los actos), que sólo puede ser fundada en los actos del debate posterior. Esta instrucción consta en actas escritas y nació secreta, pero en la última parte del siglo XIX se reconoció la necesidad de admitir la participación del imputado y de su defensor en ella, quienes, de ordinario, tienen acceso a los actos y a las actas labradas sobre ellos.

Le sigue un *procedimiento intermedio* que procura servir de control para los actos conclusivos del ministerio público sobre la instrucción: el requerimiento del juicio público o acusación, que puede ser recha-

zado por la decisión final de este período del procedimiento, o la clausura de la persecución (sobreseimiento en nuestra lengua), cuyo rechazo final implica la orden de apertura del juicio público.

Por último, el *juicio* o *procedimiento principal*, cuya misión es obtener la sentencia de absolución o condena que pone fin al proceso. Su eje central es el *debate*: allí perviven todas las formas acusatorias, la *oralidad* y *publicidad* de los actos que lo integran, su *concentración* en una única audiencia y su *continuidad*, la presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales en el procedimiento (*inmediación*), la libre *defensa* del imputado, equiparado en todas sus facultades al acusador. De ese debate, con formas predominantes acusatorias, emergen los únicos elementos capaces de fundar la sentencia, decisión que, por lo demás, debe guardar íntima *correlación con la acusación*, en el sentido de que no puede ir más allá, en perjuicio del imputado, de los hechos y circunstancias contenidos en ella y que son objeto de la defensa.

V. Según los casos —tribunal integrado por jueces no profesionales y accidentales o sólo por jueces profesionales, o por ambos conjuntamente—, se regresa al sistema de *íntima convicción* en la valoración de la prueba —fundamentalmente en el primer caso— o se prefiere la *libre convicción*, también llamada método de la *sana crítica*. La virtud republicana de fundar todos los actos de gobierno determina, en la actualidad, el avance de este último sistema.

VI. El fallo del tribunal del juicio es recurrible, pero, en general, tal facultad está fuertemente limitada. Lo ortodoxo es que sólo se permita el *recurso de casación*, mediante el cual el recurrente puede poner de manifiesto los errores jurídicos del fallo, tanto de Derecho material, para obtener una decisión ajustada a las reglas jurídicas de Derecho penal vigentes, como de Derecho procesal, por errónea utilización de las reglas que rigen el procedimiento o la misma sentencia, caso en el cual el triunfo del recurso determina necesariamente la realización de un nuevo juicio público (reenvío).

Algunos ordenamientos procesales penales admiten también la *apelación*, pero, en ese caso, si funcionan consecuentemente con sus principios, deben recurrir a un nuevo debate, total o parcial, según el alcance de los motivos del recurso.

El *recurso de revisión*, o, simplemente, la *revisión*, también admitido, procura, por excepción, rescindir sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada cuando se verifica fehacientemente que alguno de los elementos que le dieron fundamento es falso o distinto, de ma-

nera tal que pudo conducir a un error judicial. El recurso carece de plazo, están legitimados para su interposición no sólo el imputado o el ministerio público a su favor, sino también de ordinario, parientes o cualquier persona, y procede aun después de muerto el imputado. Las leyes procesales penales de cuño liberal admiten este recurso sólo a favor del condenado, pero existen otras que lo admiten aun en contra del imputado absuelto o del condenado por una infracción menor[264].

Éste, que hemos descrito sintéticamente, es el verdadero enjuiciamiento que lleva el nombre de *mixto* y traduce el resultado político final, en la materia, emergente de la *reforma del sistema inquisitivo* en Europa continental durante el siglo XIX. Su ley base es el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, expandido por Europa continental por imperio del triunfo de las ideas que fundaron la Revolución Francesa y de la dominación napoleónica. El sistema trasciende hasta nuestros días y su comparación con algunas leyes argentinas e hispanoamericanas muestra, muy claramente, el atraso cultural en el que, parcialmente, vivimos[265].

2. El siglo XX

a) La consolidación de los derechos humanos

Este siglo sigue gobernado por los principios fundamentales que estructuraron la reforma del sistema inquisitivo. Si eliminamos los excesos a que condujeron las aventuras políticas del fascismo y del nacionalsocialismo, que no trascenderán históricamente por haber fundado un nuevo orden, el siglo se ha ocupado, precisamente, de consolidar cultural y jurídicamente esos principios, a pesar de las repetidas transgresiones que, de hecho, aún suceden sistemáticamente y de las que nosotros, confesadamente, también hemos sido testigos. Como prueba de ello han quedado varias convenciones internacionales (multilaterales) que ya forman parte del Derecho internacional público y del Derecho interno de muchos países: la *Declaración universal de los derechos del hombre* (10/12/1948), la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (2/5/1948), la *Convención ame-*

[264] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, ps. 302 y siguientes.

[265] La sanción del CPP Nación, por discutible que sea desde el punto de vista político criminal actual, y la sanción de otros códigos provinciales según este sistema, ha reducido sensiblemente esta afirmación, sobre todo al territorio de las provincias más poderosas, Buenos Aires y Santa Fe.

ricana sobre derechos humanos (*Pacto de San José de Costa Rica* [22/11/1969]), ratificada por nuestro país (ley nº 23.054), el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (16/12/1966), también ratificado por nuestro país (ley nº 23.313), ambas incorporadas al texto de la Constitución nacional (CN, 75, inc. 22) y la *Convención (europea) sobre salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales* (1950)[266].

Se trata así de un siglo predominantemente conservador o, mejor dicho, sin reformas revolucionarias en nuestra materia. Pero lo interesante del caso es que la cultura universal, por sobre la diversidad ideológica, ha reconocido una serie de principios fundamentales en nuestra materia, antes mencionados, que superan la lucha política e ideológica. Es de esperar que en un futuro no lejano el reconocimiento de los estados como parte de la comunidad internacional dependa de la ratificación y observancia de estos principios. Bastante se ha avanzado, por ejemplo, al crear cortes internacionales sobre los derechos humanos y al reconocer carácter internacional a sus transgresiones, pero ello no parece ser todavía suficiente.

El reconocer la falta de reformas fundamentales en el enjuiciamiento penal no le resta un ápice de dignidad en nuestra materia a la época en la que vivimos. Como se observa, la labor de consolidación práctica de estos principios es tan o más difícil que su afirmación inicial y teórica.

En nuestro país, por ejemplo, las convenciones sobre derechos humanos incorporadas ahora al texto de la Constitución nacional deben provocar un estudio acerca de la adecuación de nuestros códigos de procedimientos penales a los principios básicos por ellas establecidos y, en su caso, impulsar las reformas pertinentes. Cualquiera que sea la valoración política de la ley nacional nº 24.390 —que no cuenta con nuestro juicio positivo—, ella representa un ejemplo de esta índole; lo representa también el actual debate jurisprudencial y doctrinal acerca del derecho al recurso del condenado contra el fallo que lo declara culpable y le impone una consecuencia jurídico-penal, frente a las limitaciones que para recurrir, existen en la legislación argentina.

b) La política criminal

Sin embargo, la finalización de la Segunda Guerra Mundial parece haber marcado el comienzo de un gran debate político acerca de la

[266] A la par de estos convenios fundamentales se ha suscripto, a través del tiempo, una gran cantidad de convenciones y pactos parciales sobre el genocidio, nacionalidad, esclavitud, trabajo forzado, discriminación racial, religiosa o por sexo, tortura y tratos degradantes, etc.; cf. VINUESA (comp.), *Derechos humanos: instrumentos internacionales.*

función que cumple el Derecho penal —en sentido amplio— como instrumento del poder del Estado. La segunda mitad del siglo y, especialmente, la actualidad asisten a la eclosión de un doble fenómeno que, por encima de toda discusión dogmática, impone nuevos rumbos al Derecho penal, aún no del todo claros ni suficientemente evaluados: por un lado, la *crítica* de los instrumentos que el Derecho penal utiliza para cumplir ciertos fines proclamados y, por el otro, la *proposición* de instrumentos más idóneos para cumplir los mismos fines, parcialmente renovados en su contenido. El avance colosal de las ciencias empíricas, en especial de aquellas que versan sobre el comportamiento humano, ha dado apoyo y fundamento firme al movimiento.

I. En el Derecho penal material, el movimiento ha traducido dos exigencias que parecen contradictorias. Por una parte, la crítica ha alcanzado al sistema de reacción penal —con su centro de gravedad en la pena privativa de libertad—, y a los comportamientos amenazados penalmente; se sostiene que la pena privativa de libertad no cumple con eficacia los fines que teóricamente persigue, en particular, la prevención especial, sobre la base, incluso, de investigaciones empíricas, y que no todo el comportamiento desviado debe ser alcanzado por el Derecho penal, pues él debe intervenir tan sólo allí donde otro método —menos destructivo— de control social no pueda lograr los fines queridos (*ultima ratio*). Se propone variar el centro de gravedad de la reacción penal colocándolo en las penas alternativas a la privación de libertad (restricción de la libertad, multa, etc.) o mecanismos sustitutivos de la reacción penal y limitar los comportamientos amenazados penalmente, erradicando de los códigos penales todos aquellos comportamientos que sólo son fruto de la intolerancia ideológica y representan, únicamente, una desobediencia civil, sin peligro para bienes jurídicos objetivamente reconocidos por un consenso general; se trata, también, de crear algunos instrumentos dogmáticos que permitan evitar la aplicación del poder penal del Estado allí donde se puede prescindir de él (*probation*, *diversion*, prescindencia de pena).

Por otra parte, se reclama insistentemente por el ingreso a la zona del Derecho penal de otros comportamientos, antaño no alcanzados o no alcanzados suficientemente por la amenaza penal y por la necesidad de eficacia en la persecución de estas infracciones. Me refiero a los llamados *Derecho penal económico* y *Derecho penal relativo a la conservación del medio ambiente* (incluso delitos contra la salud pública referente al tráfico y comercialización de drogas o sustancias controladas), protectores de diferentes bienes jurídicos colectivos —los siste-

mas económicos nacionales, las naturaleza y las riquezas naturales, la salud pública—, hoy agredidos incluso por centros de decisión supraindividuales y, aun más, transnacionales (es decir, que superan las limitaciones éticas, políticas y económicas de un determinado orden jurídico), con enorme poder técnico-económico.

II. El Derecho procesal penal, vinculado estrechamente a las decisiones políticas que adopta el Derecho penal material, integra, por supuesto, este movimiento y elabora sus propias respuestas para apoyar esas proposiciones. Pese a que la meta principal del procedimiento sigue respondiendo a la idea de un *Derecho penal de acto* (culpabilidad por el hecho y no de carácter), razón por la cual él continúa sirviendo, fundamentalmente, para la reconstrucción histórica del hecho imputado y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, una serie de problemas han invadido el ámbito propio de sus decisiones.

El primero, que se corresponde con la tendencia del Derecho penal de desplazar a la pena privativa de libertad como centro de gravedad o de referencia del sistema penal, intenta reducir el papel que el encarcelamiento preventivo juega en el enjuiciamiento penal. Aparte del desarrollo consecuente de sus limitaciones, conforme a los principios que rigen en un Estado de Derecho, el principal logro en este ámbito está representado por las limitaciones temporales absolutas que actualmente son impuestas para el encarcelamiento preventivo, algunas, incluso, de rango constitucional, para que él no supere, aun en el caso de ser necesario, un plazo compatible con la idea del enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho[267]. Según las diversas leyes, el plazo es máximo y único, después del cual debe cesar obligatoriamente el encarcelamiento preventivo, o existen varios plazos diferentes, conforme a la naturaleza y gravedad del delito imputado.

La aparición en el sistema penal de las escalas punitivas y de las penas alternativas, en reemplazo de las penas fijas, por una parte, y la verificación de que la decisión sobre la pena depende exclusivamente de la subjetividad de los jueces, cuyas sentencias acerca de la individualización de la pena sólo reposan en fundamentos aparentes (meras abstracciones o motivos carentes de verificación), por la otra, condujo a afirmar la necesidad de racionalizar el juicio sobre la reacción penal y a dotar al procedimiento que lo precede de todas las garantías que existen para el fallo de culpabilidad. Aunque la iniciativa

[267] Recientemente, entre nosotros, la ley nacional nº 24.390.

no ha superado todavía la teoría y alcanza sólo en mínimas proporciones a la práctica, se postula principalmente la cesura del debate penal en dos partes: aquel que funda el fallo de culpabilidad, como primer paso que culmina con el llamado *interlocutorio de culpabilidad*, y, posteriormente, el dedicado a fundar el fallo sobre la pena concreta a imponer, estructurado de manera tal que funcionen todas las garantías individuales que rigen para el procedimiento y el fallo sobre la culpabilidad. Tal iniciativa ha encontrado, sin embargo, numerosos escollos prácticos y técnicos que han detenido su concreción legislativa. La prolongación del tiempo de duración de los procedimientos, la respuesta a la pregunta sobre cuándo debe comenzar el estudio personal para reunir elementos que funden racionalmente el requerimiento penal, a fin de respetar las garantías propias de un Estado de Derecho y ser, a la vez, eficaz en la investigación a practicar, el contenido real de cada sección del debate y de las decisiones, la determinación de la cesura como informal o formal, la integración del tribunal que escuchará el debate sobre la pena y fallará sobre ella —especialistas en ciencias del comportamiento humano o los mismos jueces que determinaron la culpabilidad del acusado—, la organización de los recursos contra las decisiones, son algunos de los graves problemas a superar para poder llevar a cabo aquello que se considera, teóricamente, un progreso en la aplicación del poder penal. Sin embargo, la institución se practica desde antaño, de diferentes maneras, y sin demasiada conciencia de aquello que significa, por ej., por efecto del juicio ante un jurado o, parcialmente, en el enjuiciamiento penal de menores.

Así como el Derecho penal ha dejado atrás las teorías absolutas sobre la pena (KANT-HEGEL) y, más allá de ello, pretende evitar la aplicación del poder penal allí donde se puede, incluso acudiendo a otros medios, de la misma manera el Derecho procesal penal reduce la vigencia del *principio de legalidad* (persecución penal necesaria y obligatoria) y apoya a su opuesto, el *principio de oportunidad*, aun en aquellos países que tradicionalmente han defendido la legalidad. La ciencia empírica verificó hace tiempo la utopía práctica que se esconde tras el principio de legalidad (decisiones informales pero reales de los particulares y de los órganos de persecución penal del Estado); ello provocó la necesidad de racionalizar estas decisiones y ponerlas en manos de los órganos con responsabilidad política, a fin de evitar la persecución en aquellos casos en los que esa decisión resulte apoyada por algún fundamento plausible, determinado en la ley. Por otra parte, resulta imposible para la organización estatal ocuparse de

todas las infracciones reales a las normas penales que son cometidas, y con el mismo celo, razón por la cual, en aras de la eficacia de la persecución penal, en aquellos casos importantes que la merecen, la solución ha concluido por permitir el funcionamiento de una decisión política responsable acerca de los casos en los cuales se puede evitar la persecución penal. Ello, incluso, supera algunos inconvenientes de la aplicación de un sistema penal a casos límites de delincuencia o conducta desviada (adecuación social del hecho, mínima infracción, mínima culpabilidad), pues cualquier descripción normativa, por su carácter abstracto, supera el universo de casos pensado por el legislador; así se evita también, en ocasiones, contrasentidos en la aplicación de la ley penal (extorsión fundada en la denuncia de un delito menor que no llega a conocerse por el temor del denunciante de revelar su falta) y se permite aplicar al transgresor medidas no penales, más adecuadas al caso para alcanzar los fines que persigue un Derecho penal de sentido preventivo, provocando el menor daño posible al infractor (*probation-diversion*).

Precisamente, reservar los medios y las energías para la persecución penal de aquellos casos, en los cuales se juzga imprescindible la aplicación del poder penal del Estado, permite intentar la búsqueda de una solución a los reclamos de efectividad postulados para áreas particulares del Derecho penal. Nos referimos, específicamente, al llamado *Derecho penal económico* y al de *protección del medio ambiente*, tan necesitados de esfuerzos adicionales, por las características ya señaladas, que revelan, de ordinario, la comisión de estos delitos. Una moderna organización judicial, incluso diferenciada, con mayores medios técnicos a su alcance y una adecuada organización del ministerio público, dedicada a la persecución de estos delitos, representan los reclamos más significativos en esta área parcial del Derecho procesal penal.

IV. La política criminal de finales del siglo XX, precursora del siglo XXI, ha traído consigo dos temas principales de preocupación en materia procesal penal.

En primer lugar, la víctima del delito ha renacido de aquel ostracismo en el que la sumió la persecución penal pública, y reclama no sólo acceso al procedimiento como acusadora de un hecho punible que la tiene por protagonista y la ofende, sino, también, aun cuando no asuma ese papel en el procedimiento, el derecho a ser informada de las vicisitudes del procedimiento y a ser protegida en él. La definición de víctima se ha ampliado considerablemente respecto de la tradicional, relativa a bienes jurídicos o intereses individuales, para aco-

ger en su seno realidades sociales tales como las asociaciones intermedias, constituidas para defender bienes jurídicos individuales o supraindividuales.

El movimiento político-criminal en la materia se debate de la mano del sistema penal en su conjunto, esto es, muy unido a las posiciones que, en el Derecho penal, critican a la pena estatal como mecanismo idóneo para la solución del conflicto social que se halla en la base de todo hecho punible. Tendencias *abolicionistas* de la pena estatal o más tradicionales que definen los fines de esta institución, coinciden hoy en desplazar la pena por otras soluciones favorables a la víctima, principalmente a través de la *reparación* de las consecuencias del hecho punible.

El mismo movimiento tiende a introducir al procedimiento ciertas formas *consensuales* para la finalización del conflicto, que recuerdan al procedimiento cuya base era la composición, o, cuando menos, dependientes de la voluntad de sus protagonistas reales.

Se postula también un regreso a las formas acusatorias del procedimiento penal y, aun cuando no se prescinda de la persecución penal pública, a un enjuiciamiento en el cual los papeles de los sujetos que actúan en el proceso son definidos de manera más ortodoxa. Ello implica una disminución de los poderes del tribunal para investigar la verdad y una redefinición de su papel, más semejante a la de árbitro de una contienda que a la de inquisidor; al tribunal le corresponde, básicamente, la responsabilidad por el respeto a los derechos y garantías individuales por parte de los órganos de persecución penal. Al mismo tiempo, se define el papel del ministerio público, quien, en lugar de estar puesto allí para el control de las decisiones judiciales, asume el papel de inquisidor, de conductor de la persecución penal y de responsable por su eficiencia.

3. Derecho procesal penal argentino

I. La emancipación de España no varió el sistema de enjuiciamiento penal que, como procedimiento común, aplicaron las colonias, ahora independientes, que conformaban el antiguo Virreinato del Río de la Plata. Por fuera de las discusiones acerca de si aquí rigió la Novísima Recopilación, lo cierto es que tanto ella, como la Nueva Recopilación, referían al Código de las Siete Partidas como Derecho común. Y este Código, de tanta trascendencia cultural para el Derecho español, introdujo en América el sistema inquisitivo, que siguió aplicándose después de la independencia de la metrópoli.

De ese período se rescata, únicamente, como Derecho patrio, el ingreso de las nuevas ideas republicanas a través de los diversos intentos constitucionales para la organización nacional. Así, comienzan a esbozarse ciertos principios liberales, tanto en la organización judi-

cial como en el procedimiento penal, a través, principalmente, de los reglamentos provisorios para el funcionamiento del gobierno de las Provincias Unidas (1810, 1811, 1815, 1817), del Decreto de Seguridad Individual de 1811, de la célebre Asamblea General Constituyente de 1813 y de la Constitución de 1819. Aunque incipientemente, y siempre rodeados de contradicciones y retrocesos, aparecen aquí los primeros intentos de una administración de justicia independiente del poder político y sometida a la ley, la necesidad del juicio previo y de la condena firme para tener a alguien por culpable y someterlo a una pena, la eliminación de la tortura y de toda forma de coerción para obligar al imputado a declarar contra sí mismo (juramento), la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados, que no podían ser registrados sin orden escrita de la autoridad competente, la libertad de entrar, permanecer o salir del territorio del Estado, y otras garantías menores que hoy nucleamos entre los derechos y seguridades del hombre.

A no confundirse: esos intentos están referidos al principio legal formulado, nunca a la operatividad práctica de esos principios, pues se seguía aplicando en el juzgamiento las formas procesales incorporadas por la Inquisición española.

II. Prosigue la época del aislamiento y de la guerra civil, en la que los avances, en el sentido indicado, son prácticamente inexistentes. Al contrario, de esta época procede el enjuiciamiento frecuente por *comisiones especiales* y la razón de ser de su prohibición en la Constitución de 1853.

De ella se rescata, solamente, la organización judicial de la provincia de Buenos Aires, antes del advenimiento de Rosas (1821), la Constitución de 1826, que insiste en la proclamación de los derechos individuales, y la creación del *Tribunal de Recursos Extraordinarios*, con su obligación de motivar las sentencias, creado por el gobierno de Rosas y suprimido, a su caída, en 1852.

III. La Constitución de 1853-1860 representa no sólo el comienzo de la organización nacional, sino también, en materia procesal penal, el ingreso de la República Argentina al sistema de organización judicial y de enjuiciamiento penal que regía en el mundo moderno. Sus principios son claros en la materia: administración de justicia separada de los demás poderes del Estado (CN, 95); prohibición de las comisiones especiales y garantía del juez natural (CN, 18); juicio por jurados (CN, 24, 67, inc. 11, y 102 —hoy 24, 75, inc. 12, y 118—), hecho que implica también reconocer que el eje central del enjuiciamiento pe-

nal debe ser un debate público, oral, continuo y contradictorio; necesidad del proceso previo, tramitado conforme a una ley que lo regule (CN, 18); reconocimiento de la inocencia del imputado hasta que una sentencia firme no lo declare culpable y lo someta a una pena (CN, 18); libertad de defensa (CN, 18); incoercibilidad del imputado como órgano de prueba (CN, 18); privación de la libertad procesal excepcional y sólo por orden escrita de la autoridad judicial competente (CN, 18); inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados (CN, 18); y supresión absoluta de la tortura (CN, 18).

La Constitución, siguiendo el sistema federal, coloca en las manos de las administraciones judiciales de las provincias, a cuya organización autónoma obliga (CN, 5), la interpretación y aplicación última de la ley penal común (CN, 67, inc. 11, y 104 y cc. —hoy 75, inc. 12, y 121 y cc.—), y federaliza así la administración de justicia y, según la opinión dominante, la legislación procesal penal; sólo unos pocos casos de excepción son reservados para la competencia de los tribunales de la Nación (CN, 100 y 101 —hoy 116 y 117—).

IV. Por lamentable que sea, la legislación posterior a la Constitución no siguió inmediatamente este curso, quizás debido a la dificultad que tienen los habitantes de este país para llevar a la práctica los principios republicanos que declaman.

Después de dos proyectos frustrados por implantar el juicio por jurados (1871/1873), el Poder Ejecutivo emprende la obra (1882) que va a transformarse en el Código de procedimientos en materia penal, que rigió durante más de un siglo —y aún hoy rige residualmente— el enjuiciamiento criminal en casos de competencia de los tribunales nacionales; el doctor Manuel Obarrio es su proyectista; el Código recibe sanción legislativa en 1888 y rige desde 1889.

La obra, en realidad, significó dejar de lado el sistema de enjuiciamiento penal que surgía de los principios e ideas políticas consagrados en la Constitución nacional. Tiene su fuente en el Derecho inquisitivo español anterior a la reforma de 1882 (Ley de Enjuiciamiento Criminal española), la cual significó para España el ingreso pleno al movimiento reformista del siglo XIX, desconocida por el proyecto y por el Código sancionado.

En el Código son consagrados, precisamente, todos los principios procesales inversos a los que emergen de aquel movimiento político: prácticamente, todos los actos del procedimiento son escritos, esto es, son protocolizados en actas; el secreto campea durante todo el procedimiento, absolutamente durante la instrucción (*sumario*), limitadamente durante el llamado *plenario* que, por su estructura, no posibi-

lita la publicidad popular, de la que aquí hablamos; se desconoce el principio de inmediación, pues no existe un debate con la presencia ininterrumpida del acusador y del acusado frente a los jueces del tribunal que dictarán el fallo; los elementos reunidos en el período previo, de investigación preliminar, sirven plenamente para fundar la decisión final sobre la condena o la absolución, a pesar de ser recibidos con vigencia del secreto instructorio; fallan jueces profesionales —tribunal unipersonal— y la decisión es recurrible ampliamente (apelación) ante un tribunal jerárquicamente superior, que dicta la sentencia definitiva y que adquiere su conocimiento sobre el hecho imputado de las actas escritas que integran el procedimiento.

V. Un primer intento por variar la situación del enjuiciamiento penal y acomodarlo a las previsiones de la Constitución nacional emerge del esfuerzo del doctor Tomás JOFRÉ, erudito en Derecho procesal, que proyecta los códigos sancionados para la provincia de Buenos Aires y la de San Luis, en 1915.

Lamentablemente, el proyectista no tuvo confianza en la posibilidad de ingreso de nuestro país a una forma cultural actual de administración de justicia penal. Por ello, aun reconociéndoles ciertas liberalidades, esos códigos no modificaron fundamentalmente el sistema de enjuiciamiento penal que ya imperaba en el CPCrim. nacional (1889). Su principal innovación fue permitir el debate oral y público para ciertos delitos y bajo la condición de que lo solicitara el propio acusado. En este último sentido, el fracaso práctico fue rotundo, pues al seguir los códigos, en esencia, el ejemplo del nacional, el debate público y oral, con vigencia del principio de inmediación y plena libertad de defensa, es, aún hoy, poco más que un motivo de curiosidad en la provincia de Buenos Aires.

VI. Un siglo después de la reforma (siglo XIX) del enjuiciamiento inquisitivo en Europa continental, se introduce en la República Argentina, por intermedio del Código de procedimiento penal para la provincia de Córdoba (1939), una ley de enjuiciamiento moderna, que respeta, en general, los postulados políticos de la CN, cualquiera que sea la crítica que esa obra merezca. Sus proyectistas fueron los entonces profesores de la Universidad de Córdoba, doctores Sebastián SOLER y Alfredo VÉLEZ MARICONDE, con auxilio parcial del doctor Ricardo C. NÚÑEZ. El Código se sancionó en 1939 y comenzó a regir en 1940; aun cuando fue reemplazado en 1970, según un nuevo proyecto de Alfredo VÉLEZ MARICONDE, el Código sigue al pie de la letra los mismos principios que el anterior y sólo significa una reforma parcial de aquél.

Las fuentes principales que influyeron para la redacción del CPP Córdoba fueron los códigos italianos de 1913 y 1930, reproducidos en gran parte por el Proyecto nacional de Mario ANTELO, iniciador de esta reforma, el Código de Instrucción criminal francés de 1808, con las reformas introducidas en 1897, la Ley de enjuiciamiento criminal de España (1882) y la Ordenanza procesal penal alemana (1877). Fueron tenidas en cuenta, también, fuentes nacionales, en especial los proyectos MARTÍNEZ PAZ (1918) ROTHE (1924) y las bases que preparara Alfredo VÉLEZ MARICONDE (1928) para la provincia de Córdoba, el mismo CPCrim. nacional (1889), el antiguo CPP Córdoba (1889), similar al nacional, y el CPP Buenos Aires (1915), pero con la advertencia de que estas últimas leyes influyeron sólo para algunas reglas y no en el sistema, diametralmente opuesto, del nuevo Código.

El CPP Córdoba se decidió por los tribunales de jueces letrados y permanentes, pero constituyó los tribunales de juicio como cuerpos colegiados. Reguló una instrucción preliminar eminentemente preparatoria, pues sus actos sólo sirven para fundar el requerimiento de juicio público (acusación) o la clausura de la persecución penal (sobreseimiento), y carecen de valor para determinar la sentencia de absolución o condena, cuyos elementos fundantes sólo pueden ser obtenidos a través de los incorporados a un debate público y oral. El procedimiento preliminar (instrucción), por lo demás, se liberaliza, deja atrás al secreto instructorio, una excepción permitida, pero con limitaciones. La innovación principal la constituye el debate, con sus características: la forma *oral* de los actos, cumplidos en presencia ininterrumpida del acusador y del acusado y frente a los jueces que pronunciarán la sentencia (*inmediación*), *continuadamente*, en una audiencia que los *concentra* y con la posibilidad de que el público asista a ella y así controle la administración de justicia (*publicidad*). Otras innovaciones están representadas por el ingreso regulado de la cuestión civil que emerge del delito penal, susceptible de ser discutida y decidida en el mismo procedimiento penal, por la aplicación del sistema de libre convicción en la valoración de la prueba y por la colocación en manos del ministerio público —y no del juez de instrucción, según es tradición en nuestro país— del procedimiento preparatorio (citación directa a juicio), para los casos de delitos leves o de fácil investigación. Por último, la sentencia no es recurrible por apelación, esto es, en cuanto a los hechos que ella fija, que quedan firmes después de su pronunciamiento, pero sí lo es por la vía de la *casación*, recurso limitado a postular y examinar los vicios jurídicos de que pudiera adolecer la decisión, tanto en la aplicación del Derecho penal material, en cuyo caso la corte de casación corrige directamente (sin reenvío) los errores, aplicando la ley penal correctamente a los hechos ya fijados, como en la aplicación del Derecho procesal, ya en el

procedimiento seguido para arribar a la sentencia o en el procedimiento interno de la misma sentencia, caso en el cual el error faculta a la corte a anular la decisión y, como consecuencia, también el debate, mandando llevarlo a cabo nuevamente, para posibilitar que se dicte una nueva sentencia válida (con reenvío).

El CPP Córdoba representa para la legislación argentina algo similar a lo que significó el Código de instrucción criminal francés de 1808 para la reforma europeo-continental del siglo XIX. Su ejemplo cundió rápidamente y fueron varias las provincias que siguieron sus principios fundamentales: Santiago del Estero (1941), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Jujuy (1950), Catamarca (1959), San Juan (1961), Salta (1961), La Pampa (1964), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971), Chaco (1971) y la ley nº 1.940 de la provincia de San Luis (1947), que introdujo el juicio con debate oral según la reforma cordobesa, aunque limitadamente, para delitos graves.

La reforma, sin embargo, no fue lo suficientemente vigorosa para imponerse en el orden nacional, a pesar de los varios proyectos oficiales (1933, 1942, 1943, 1948, 1960, 1969, 1974) y de los esfuerzos privados en ese sentido (proyecto de la Universidad Nacional de Córdoba [1958/9]; proyecto tipo de Código procesal penal [1965]; y proyecto de Código uniforme en materia procesal penal [1965]). Se puede decir, en general, que a partir de la década que comienza en 1970 la reforma del enjuiciamiento penal perdió ímpetu en nuestro país; ello se debe, a nuestro juicio, en parte, a la gravedad de los acontecimientos políticos que terminaron por borrar todo resabio de régimen republicano, y, en buena parte, al fallecimiento del profesor Alfredo Vélez Mariconde, promotor principal de la reforma desde las aulas cordobesas, quien, con su bien ganada fama y respeto científico, imponía también sus ideas por fuera del debate meramente académico.

El movimiento reformista tuvo su influencia también en provincias que no aceptaron plenamente su innovación principal, el debate oral, público, contradictorio y continuo como fundamento único de la sentencia penal: Tucumán (1968) y Santa Fe (1971) reformaron sus códigos, con aceptación de gran cantidad de reglas provenientes del CPP Córdoba y sus consecuentes, y, conforme a ello, liberalizando así el antiguo procedimiento penal que antes seguían. Un orgullo para la reforma argentina lo representa la designación del CPP Córdoba como el modelo para la determinación de un enjuiciamiento penal uniforme en América Latina y la sanción del Código de procedimientos penales de la República de Costa Rica (1973), que sigue de cerca al modelo de la reforma argentina.

VII. A partir de la nueva institucionalización democrática de la República Argentina, en 1983, comienza un nuevo esfuerzo para transformar la administración de justicia penal. Dos proyectos de Código procesal penal de la Nación adquirieron estado parlamentario: uno en el Senado de la Nación (senador MARTIARENA, del Partido Justicialista, similar al Proyecto 1974) y otro en la Cámara de Diputados de la Nación (proyecto del Poder Ejecutivo nacional de 1986). Este último proyecto se discutió públicamente, incluso con el anteproyecto de una nueva organización judicial en materia penal y con ciertas propuestas de reforma en el ámbito del Derecho penal sustantivo (ejercicio de las acciones, alternativas y sustitutos penales). El proyecto fue aprobado en comisión y propuesto para el debate parlamentario en pleno, que nunca se realizó.

En 1987 fueron sancionados dos nuevos exponentes de la legislación que lidera el CPP Córdoba originario (1939): los códigos de las provincias del Neuquén y Río Negro. Les siguieron los códigos de las provincias de Formosa (1987), Chubut (1988), Misiones (1989) y dos códigos de reemplazo de las provincias de San Juan (1990), Catamarca (1991), y, por último, la nueva provincia de Tierra del Fuego (1994), dentro del mismo sistema. Hoy tan sólo las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Santa Cruz continúan administrando justicia penal, en líneas generales, conforme al procedimiento histórico, ya perimido culturalmente.

Por fin, en 1991, se sancionó el nuevo CPP Nación, conforme al proyecto inicial del senador MARTIARENA, con modificaciones originadas en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1986, código que hoy rige en la jurisdicción nacional y que derogó el centenario CPCrim. nacional (1889), hoy sólo con vigencia residual.

El nuevo CPP Nación establece el juicio público y oral presidido por tribunales con integración fija de jueces permanentes y, como muchos códigos de la tendencia llamada moderna, deja la instrucción preliminar del caso en manos de un juez de instrucción, que procede por actas escritas. Las innovaciones al proyecto originario se refieren, básicamente, a la posibilidad del juez de instrucción de delegar la investigación en el fiscal del caso y a la introducción del ofendido como querellante en los delitos de acción pública.

En el año 1991 fueron sancionados los CPP de la provincia de Córdoba y de Tucumán, este último sobre la base del proyecto para aquél. Estos códigos pretenden seguir la tendencia iniciada por el Proyecto del Poder Ejecutivo nacional de 1986. En este sentido, eliminan prácticamente la llamada *instrucción jurisdiccional*, para colocar

en su lugar, de manera genérica, al procedimiento de citación directa en manos del ministerio público, con control judicial para los actos que interesen derecho individuales básicos (*investigación fiscal preparatoria*). Más allá de ello, el CPP Córdoba acentuó correctamente el carácter acusatorio del juicio público, en procura de dividir mejor los papeles que cumplen los sujetos del procedimiento, estableció en casos de excepción la intervención de jueces accidentales (ciudadanos) en el tribunal de juicio y reguló un procedimiento abreviado que procura simplificar el rito judicial por acuerdo de los intervinientes.

Sin embargo, no parece la ley procesal la que tiene en este momento la palabra. El Congreso de la Nación, a través de la modificación o sanción de la ley penal, ha comenzado a delinear instituciones con una influencia procesal evidente. Paradigmáticos son los casos de la suspensión del juicio a prueba (CP, 76 bis y ss.) y el art. 14 de la ley penal tributaria (nº 23.771) —reparación en lugar de pena—, que, según mi juicio adelantado, están destinados a provocar una transformación profunda de los procedimientos judiciales, aparte de la función que cumplan en el Derecho penal material.

La organización judicial continúa, pese a todos los cambios realizados, huérfana de toda consideración: nadie se ocupa, en verdad, de ella y, cuando alguien lo hace, sólo repite esquemas históricos; una excepción en este sentido fue el Proyecto de 1986.

VIII. Las conclusiones finales son visibles. Nuestra República se ha acomodado parcialmente al sistema de enjuiciamiento penal que determina el proyecto político positivo plasmado en nuestra Constitución nacional. En general, ha introducido las instituciones del Derecho procesal penal decimonónico de Europa continental y se resiste a contemplar la evolución habida en el siglo XX, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

Paradójicamente, sus provincias más pobladas, Buenos Aires y Santa Fe, se resisten al cambio estructural operado (ambas poseen proyectos que modificarían esta situación, proyectos que, al parecer, sus legisladores no quieren sancionar).

A pesar de ello, se puede decir que, al menos jurídicamente, ya hemos alcanzado un sistema uniforme de enjuiciamiento penal tolerado, genéricamente, por nuestra Constitución nacional, pero los problemas políticos que hoy son discutidos universalmente nos son todavía, en gran medida, extraños.

Si se intentara una revitalización reformista —y si mi consejo sirviera de algo—, convendría no descuidar, sino, al contrario, colocar en

primer lugar, los aspectos referidos a la organización judicial y a la composición de los tribunales de justicia, aspectos descuidados, tanto por el Estado nacional como por las provincias que establecieron sistemas de enjuiciamiento penal relativamente modernos. En segundo lugar, sería imprescindible discutir aspectos político-criminales modernos, de la mano del Derecho penal como una unidad política, para acceder a cierta racionalidad en la aplicación del poder penal estatal.

IX. Nuestra Constitución nacional ha sido reformada recientemente en forma parcial. Si bien ha quedado intacto todo el capítulo relativo a las garantías individuales, algunas reformas interesan a la administración de justicia penal. En orden de importancia, se debe citar: la incorporación de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, regionales y universales, que ligan a nuestro país (CN, 75, inc. 22), refuerzo actual para la definición de nuestras garantías procesales, ya contenidas en el texto originario de la Constitución nacional y reconocimiento de los organismos internacionales de protección para los derechos humanos, cuyas decisiones son hoy *supremas* para nuestros tribunales; el reconocimiento constitucional del ministerio público (CN, 120) como "órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera" (*órgano extrapoder*); una nueva forma de designación, remoción y disciplina de los jueces que integran los tribunales de la Nación, inferiores a la Corte Suprema, con la creación y organización del *Consejo de la Magistratura* (CN, 114 y 115); la edad máxima para todos los jueces de la Nación (75 años), quienes, al alcanzar esa edad, no pierden sus cargos, que requieren una nueva designación, por períodos de cinco años (CN, 99, inc. 4, III); no menos importante resulta el mantenimiento del ideal de nuestro enjuiciamiento penal, en toda su extensión originaria, esto es, el *juicio por jurados* (CN, 24, 75, inc. 12, y 118).

Parágrafo Sexto
Los fundamentos constitucionales
del Derecho procesal penal argentino
(Principios relativos al procedimiento)

§6

BIBLIOGRAFÍA:

ÁBALOS, Raúl W., *Derecho procesal penal*, t. I, cap. III, I, y cap. IV. AYÁN, Manuel N., *La prohibición de la reformatio in peius*. BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts*, 3ª ed., cap. 2 (versión castellana de Conrado A. Finzi, *Derecho procesal penal*). BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, en especial, §§ XIII a XVI, XVIII y XIX (versión castellana de Francisco Tomás y Valiente, *De los delitos y de las penas*, VI a XII y XIX). BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*, tr. de Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Libro II, cap. I; *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, §§ 8 y 9. BERTOLINO, Pedro J., *El debido proceso y los principios de imparcialidad y bilateralidad en el ámbito procesal penal*, IV. BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho penal y procesal penal*, tr. de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Parte segunda, cap. 1º. BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, Tercera Parte. CAFFERATA NORES, José I., *Introducción al Derecho procesal penal*; *Los frutos del árbol envenenado*. CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, tr. de la 11ª ed. italiana de Sebastián Soler, Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, vol. II. CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ª ed. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, nº 155 y ss. DE LA RÚA, Fernando, *Algo más sobre prohibiciones de valoración probatoria*; *Non bis in idem*; *Un fallo sobre la confesión y la tortura*. DENCKER, Friedrich, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, reed. 1983, Primera parte, cap. VII. HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, §§ 23 a 27. MAIER, Julio B. J., *Sobre la libertad del imputado*. NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho constitucional*, cap. II, F. NÚÑEZ, Ricardo C., *La garantía del "non bis in idem" en el Código de procedimientos penales de Córdoba*, Primera parte. PETERS, Karl, *Strafprozeß*, 2ª ed., §§ 4 y 13. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., § 2 y §§ 11 a 16. RUBIANES, Carlos J., *Manual de Derecho procesal penal*, t. I, caps. III y IV. SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, cap. II; *Deutsches Strafprozeßrecht*, §§ 13 y 14. SENTÍS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Curso de Derecho procesal penal*, cap. VI. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. II, caps. I y V, § IV.

A. EL PODER PENAL DEL ESTADO: LÍMITES Y ORGANIZACIÓN

Parece razonable distinguir, en la evolución de la organización social, tres períodos fundamentales: la sociedad primitiva formada sobre la base de "grupos parentales" (tribu), que desconocía la existencia de un poder político central; la sociedad culturalmente evolucionada, que organiza definitivamente un poder político central, el Estado; y la sociedad moderna, que además de reconocer las ventajas de la organización estatal para la vida del hombre en sociedad, al es-

tablecer cierto orden para las relaciones entre los individuos que la componen, advierte las desventajas que ese orden establecido por unos puede traer aparejado para otros y procura que los conflictos sociales, a todo nivel, se decidan conforme a acuerdos y fórmas racionales que protejan a todos los interesados.

En la primera forma social[1], el poder penal pertenece, en principio, como en el Derecho germano antiguo, al ofendido y su tribu, según lo hemos visto en el parágrafo anterior (§ 5, B). A partir del siglo XIII comienza a consolidarse la instancia política central, con la creación de los estados nacionales[2], que, en el tema específico de la realización del poder penal, provocan el nacimiento de la Inquisición (§ 5, D). La época actual, desde el siglo XVIII, corresponde a la tercera forma social[3], en la cual se procura definir el orden comunitario a través de compromisos políticos, con participación de quienes deben observarlo y resguardar formalmente el poder transferido para realizar el orden establecido; su producto, en materia penal, es la reforma de la Inquisición (§ 5, E)[4].

Interesa reconocer que, en un determinado momento del desarrollo social, el poder penal se transfiere del individuo o su grupo parental inmediato a una instancia política central, al Estado. A la *venganza privada* del ofendido o su tribu, traducida en una acción física contra el agresor, le sucede lo que modernamente se conoce por *acción procesal* o, en nuestra materia, *persecución penal*, ejercida en un primer momento por el ofendido —o sus parientes inmediatos, de quienes dependía— (acción privada) o el ciudadano (acción popular), y, tiempo después, por el Estado, que expropió ese poder de manos del

[1] La agrupación social es pequeña, vecinal, en número de componentes y territorio: quienes son capaces, como sujetos de derecho, ejercen cotidianamente el poder político reunidos en asamblea; las reglas de conducta, si bien heterónomas, en el sentido de que no son el resultado de la voluntad individual, están establecidas por la costumbre, razón por la cual no son asimilables a una orden extraña a los individuos, de cumplimiento obligatorio, y resultan, de tal manera, en alguna medida autónomas a ellos.

[2] Crece el número de integrantes del grupo social y el territorio en el cual él se asienta o comprendido por la organización; el sujeto de derechos políticos, que ejercía cotidianamente, pasa a ser súbdito del poder político central, gobernado por él; la ley, como regla de conducta obligatoria, es absolutamente heterónoma a los individuos que componen los grupos.

[3] El individuo recupera muy parcialmente su capacidad política: de súbdito se transforma en ciudadano.

[4] Hasta aquí, con mayores referencias al Derecho penal material, cf. STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, ps. 5 y s., (tr. castellana de Enrique Bacigalupo, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, ps. 87 y ss.).

individuo y monopolizó el poder penal[5]. Esta transferencia del poder penal, con representar un modo más civilizado para decidir los conflictos, al evitar la venganza privada, porta en sí misma el planteo de un problema grave: el poder penal, tanto en su definición, como en su ejercicio práctico representa, en manos del Estado, el medio más poderoso para el control social; su utilización en pos de lograr la paz social puede servir tanto a un grupo de individuos que ostenta el poder político, para sojuzgar a sus semejantes, reprimiendo toda desobediencia, como a las mayorías para someter a las minorías o, aplicado racionalmente, para resguardar ciertos valores esenciales para la vida de una comunidad organizada, a la que todos sus miembros han prestado consenso, a través de algún método de verificación sobre el acuerdo social.

Vienen de antaño las limitaciones al poder penal, pues toda regla jurídica acerca de una potestad, por elemental que ella sea, cumple la función básica de ceñirla; así, por ejemplo, entregar la competencia a alguien significa vedarla a los demás, y, en materia penal, limitar la venganza a la intensidad de la ofensa —talión— expresa la voluntad de mostrar como antijurídica aquella reacción que sobrepasa ese límite[6]. Pero un programa racional de limitaciones, para que el poder penal no se convierta en instrumento del sometimiento político, sólo aparece cuando se expresa la sentencia que nos coloca a todos en posición de igualdad frente a la ley (CN, 16) y nos permite ejercer nuestra influencia para formar la voluntad de la ley (CN, 1), al menos a través de nuestros representantes, esto es, desde las ideas que tuvieron su origen en el siglo XVII y su principio de realización práctica en el siglo XVIII. Desde allí en adelante, con la creación del *Estado de Derecho*, se declara una serie de derechos y garantías que intentan proteger a los individuos, miembros de una comunidad determinada, contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado; ellos conforman la base política de orientación para la regulación del Derecho penal de un Estado, el marco político dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal, sean ellas generales o referidas a un caso concreto. De allí que, desde el punto de vista de la porción del orden jurídico que abarca el Derecho penal,

[5] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, 3ª parte, cap. I, 1, ps. 15 y siguiente.

[6] De allí que Derecho y fuerza no sean identificables, aunque uno precise de la otra, circunstancia que comprueba la perpetua tensión que existe entre ellos.

tanto material como formal, se conozca a estas orientaciones bajo el nombre de *principios constitucionales*, en cuanto ellas emanan de la ley suprema que otorga fundamento de validez (vigencia) al orden jurídico.

Los constitucionalistas, con alguna razón, han distinguido, semánticamente, entre *declaraciones*, *derechos* y *garantías*[7], cuyo contenido conforma la primera parte de nuestra Constitución nacional. Dicho de manera general, las *declaraciones* encierran la presentación política del tipo de organización estatal que elegimos, hacia adentro (ciudadanos - habitantes del país) y hacia afuera (otros estados extranjeros o residentes fuera de su ámbito de vigencia) (por ej., CN, 1 y 2); los *derechos* —que también se declaran— importan el reconocimiento de los atributos esenciales que poseen las personas integrantes de la comunidad nacional (por ej., CN, 14); y las *garantías* representan las seguridades que son concedidas (facultades) para impedir que el goce efectivo de esos derechos sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya en forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo (por ej., CN, 18). Los autores han observado también diferentes propiedades jurídicas según la distinción, pues los derechos fundamentales (humanos) se poseen frente a todos los individuos, quienes deben abstenerse de lesionarlos, mientras las garantías adquieren significación sólo frente al Estado, según dijimos, como limitación de su poder o como remedio efectivo para el uso arbitrario del poder.

Aquí, sin embargo, variará en algunos grados el punto de observación del estatuto constitucional. Nos interesa, sobre todo, conocer cuál es el punto de partida político ineludible de nuestro Derecho procesal penal y las necesidades de una ley de enjuiciamiento penal y de la administración de justicia penal para responder al sistema de la Constitución, si se quiere, a la idea que la propia Constitución tiene de la administración de justicia penal. Esa visión sirve, también, para advertir hasta qué punto son válidas las reglas que disciplinan el enjuiciamiento penal, esto es, contestar la pregunta acerca de si ellas han respetado —o no lo han hecho— el marco político que le fija la ley fundamental al poder de decisión del legislador. Según ya hemos dicho (§ 2, B, 1, *b* y § 3, B, 2), el Derecho procesal penal es, desde un punto de vista, Derecho constitucional reformulado o, utilizando palabras de la misma Constitución, la ley procesal es ley reglamentaria de los principios, derechos y garantías reconocidos por la ley suprema y, por ende, no puede alterarlos (CN, 28). Se puede comprender así cómo los derechos y garantías, especialmente éstas, por tratarse ahora del ejercicio del poder penal del Estado, aparecen aquí en forma de orientaciones o principios que informan todo el contenido de las leyes procesales penales[8] y rigen, además, su interpretación.

[7] Cf. GONZÁLEZ, *Manual*, cap. III, § 1, nº 81 y ss., ps. 102 y ss.; CARRIÓ, G. R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, caps. IV, V y VI, ps. 57 y ss.; BIDART CAMPOS, *Derecho constitucional*, t. II, cap. XII, ps. 73 y ss. Una descripción breve del concepto de *derechos constitucionales* y sus notas características en NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ps. 216 y siguientes.

[8] Coincide con la idea GONZÁLEZ, *Manual*, nº 173, p. 182, pues, refiriéndose al art. 18 de la Constitución nacional, advierte: "en ese artículo se encuentran condensados todos los principios que han de servir de base a la legislación...".

Se advierte también con razón que estos principios limitativos del poder penal del Estado sólo aparecen con ese significado general en la Edad Moderna, a partir de las ideas que triunfaron en el siglo XVIII, esto es, con el nacimiento del *constitucionalismo*. Si bien existen reglas similares o idénticas en su formulación antes del constitucionalismo moderno, por ejemplo, en los fueros españoles, en la Carta Magna inglesa de 1215, y hasta en el Derecho romano, su significado, aun cuando precursor, es bien distinto: persiste en el fondo de esos estatutos la idea del privilegio y no la de la igualdad, la de la particularización y no la de la generalización, en fin, no se reconoce en ellos un atributo o seguridad que merece la persona humana como tal, sino una prerrogativa de la que algunos, cierto sector o cierta población, gozan por autolimitación del soberano. La idea de la igualdad de todos frente a la ley y al Estado (CN, 16) parece consustancial al papel que hoy juegan los derechos y garantías constitucionales.

Así como se reconoció el fundamento limitativo de los derechos y garantías explícitos o implícitos en la Constitución, provenientes del nuevo Estado liberal-burgués, *Estado de Derecho*, se debe reconocer, también, que ellos implican, sin decirlo, una función *legitimante* de la concentración del poder político o, si se quiere, de la organización social estatal. El problema es idéntico en materia penal: las garantías referidas al poder penal del Estado, si bien pretenden poner límites precisos a ese poder, también lo legitiman, en tanto lo reconocen como presupuesto de ellas, como sustrato al cual esas garantías van referidas. El problema es, en una época determinada o para un Estado concreto, cuál de las dos visiones alcanza mayor predicamento y aplicación práctica: la que legitima el poder estatal o aquella que lo cercena[9].

Por último, cabe destacar que la enumeración que seguirá no constituye un catálogo de principios inmutables y fijos para siempre en el tiempo. Ni siquiera lo cree así nuestra propia Constitución (CN, 33). Al contrario, es posible perfeccionar las garantías establecidas y su formulación, conforme se observa las formas de violación de que se valen los gobiernos autoritarios[10]; de hecho, ello sucede en algunas constituciones provinciales, más específicas o amplias que la nacional al detallar alguna garantía; y es posible crear otros derechos y garantías, que, inclusive, no se desprendan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno[11]. El propósito de esta obra li-

[9] A ello se refiere, con pesimismo, el párrafo transcripto de NINO (ver, *infra*, nota nº 14). El mismo pesimismo revela BOVINO, *Contra la legalidad*. La cuestión fue debatida ardorosamente en el V Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en 1992 en la ciudad de Rosario (Argentina).

[10] Así, por ejemplo, los arts. 36 a 43 de las reformas a la CN, sancionadas por el Congreso General Constituyente el día 22 de agosto de 1994, aunque se refieran a nuevos derechos y garantías.

[11] Por ej., el art. 41 de la CN actual, sancionado el 22 de agosto de 1994, introdujo en el texto constitucional el derecho a un ambiente sano que, sin duda, no surge de la forma republicana de gobierno.

mita la exposición al catálogo contenido en nuestra Constitución nacional, sin perjuicio de citar constituciones provinciales cuando el tema lo requiera.

Esos principios se traducen en valores que alcanzan la cúspide de nuestro orden jurídico, cuyo centro es el individuo que se coloca bajo la vigencia del orden jurídico nacional, valores que, por tanto, aparecen como *superiores* en rango a la misma potestad penal del Estado y, en nuestra materia, específicamente, a la misma facultad de realización (persecución penal) del Derecho penal material y a su eficacia. En lo que respecta al Derecho procesal penal, siguiendo cierta tradición —aunque quizá arbitrariamente, por cuanto todos esos principios se encuentran indisolublemente unidos entre sí—, distinguiremos, para su mejor estudio, los principios directamente relativos al procedimiento, regularmente designados como garantías del imputado (garantías de seguridad individual), de aquellos que, aun cuando sirven a la seguridad individual, están referidos a la organización judicial. Nos abocaremos, primeramente, al análisis de la exigencia del *juicio previo* (*nulla poena sine iuditio*); de la necesidad de tratar como *inocente* al imputado durante ese juicio, y de que en él se le otorgue plena libertad de *defensa*; al estudio de la *prohibición de la persecución penal múltiple* (*ne bis in idem*); el desarrollo de las formas esenciales del enjuiciamiento (*publicidad y oralidad*) y a los límites referidos a los métodos para averiguar la verdad, a la *incoercibilidad del imputado* como órgano de prueba y al *ámbito de reserva* que le pertenece (*inviolabilidad del domicilio y epistolar*); y, por fin, consideraremos la exigencia de que la condena que habilita una consecuencia jurídico-penal se someta a *la prueba de la "doble conforme"*, si así lo exige el condenado.

Junto a estos principios, típicos del Derecho procesal penal en sentido estricto —esto es, del procedimiento o de las formas para la realización del Derecho penal—, deben ser ubicadas también las reglas de orientación fundamentales relativas a la organización judicial, entre las cuales merecen ser destacadas las siguientes: *a*) *imparcialidad* de quienes cumplen la tarea de juzgar frente al caso y, para lograr este atributo, *independencia* de sus juicios (decisiones) de los órganos de administración de justicia frente a todos los poderes del Estado, comprendidos aquí los principios tradicionales del *juez natural* y la integración del tribunal penal con *jurados* (jueces accidentales, no profesionales, populares, en la fase definitiva del procedimiento penal que brinda fundamento a la sentencia), como modos genéricos de evitar la influencia del poder estatal en la administración de su propio poder penal, esto es, de evitar la influencia y la sospecha de parcialidad

sobre los jueces y sus juicios; *b*) organización judicial que admita la falibilidad de esos juicios (del veredicto y la sentencia), determine e integre el tribunal ante el cual el condenado pueda ejercitar su derecho de provocar la prueba de la "doble conforme" (*instancia recursiva* para el condenado) y, en su caso, lograr un nuevo juicio; y *c*) *federalización* de la administración de justicia y, por ende de la organización judicial nacional observada como un todo, conforme a nuestra forma característica de organización política como Estado nacional. Es oportuno consignar que, en realidad, estos principios que marcan la organización judicial —salvo, parcialmente, el referido a la aplicación del sistema federal en la administración de justicia— están estrechamente unidos a las garantías individuales, al punto de que, por ejemplo: la exigencia del *juez natural*, o *legal*, carecería de todo sentido sin referencia a la *independencia* de decisión de los órganos de administración de justicia, y ella, a su vez, sería inocua sin referencia a la necesidad de un tribunal *imparcial*, como garantía de seguridad jurídica para el justiciable; de que, más allá, el *juicio por jurados* implica, histórica y políticamente, la decisión acerca de un determinado sistema de enjuiciamiento y de búsqueda o conformación de la verdad (acusatorio, debate público) y no tan sólo la voluntad jurídica de integrar de determinada manera los tribunales de juicio[12]; de que, además, la existencia de un tribunal revisor de la sentencia sólo posibilita la garantía del recurso para el condenado y se imbrica, por otra parte, con la prohibición, para el acusador, de perseguir múltiplemente o de someter nuevamente a riesgo de condena al imputado.

En tema de principios procesales, universalmente no se distingue entre los que emergen de la ley fundamental (Constitución política) y los que tienen su origen en la legislación común. En nuestro país, en cambio, existe ya cierta tradición por intentar el desarrollo de las formas básicas exigidas por la Constitución nacional en torno a la administración de justicia penal, para después ocuparse de dirimir los principios políticos que, con base en los fines admitidos por la legislación común para la realización del Derecho penal, gobiernan el enjuiciamiento penal dentro del marco formal que la Constitución prevé[13]. El procedimiento no es objetable y decidimos conservarlo

[12] En el mismo sentido cf. BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, ps. 93 y ss., y BOVINO, *El debate*, p. 169.

[13] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. I, ps. 15 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 150 y ss., ps. 213 y siguientes.

porque, atento a la situación en que se halla nuestra legislación procesal penal, conviene describir por separado el marco dentro del cual pueden operar las decisiones políticas del legislador común, en torno de los fines de la persecución penal[14].

B. JUICIO PREVIO
(*nulla poena sine iuditio*)

1. La sentencia judicial de condena como fundamento de la actuación del poder penal material del Estado (la pena)

I. El art. 18 de nuestra Constitución nacional comienza: "*Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*".

Primariamente, la exigencia del juicio previo impone la necesidad de la existencia de una sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien[15].

Ello no importa afirmar que la sentencia penal condenatoria sea *constitutiva*, al menos parcialmente[16]; lo es en cuanto a la pena —en especial en los sistemas que otorgan facultades discrecionales al tribunal para fijarla (escalas penales) o prescindir de ella—, porque la voluntad del tribunal en la sentencia de condena la crea como instituto concreto que establece una nueva situación jurídica para quien la sufre, y éste es el significado claro del principio *nulla poena sine iuditio*; pero no lo es en cuanto a la participación delictiva, a la culpabilidad y a la misma punibilidad del hecho, porque ella sólo verifica y declara los elementos (positivos o negativos) que la ley penal exige para la imposición de una pena. Lo mismo ocurre con las medidas de seguridad y corrección, aunque ellas, como en nuestra ley penal, no tengan siempre origen en una condena.

Juicio y sentencia son aquí sinónimos, en tanto la sentencia de condena es el juicio del tribunal que, al declarar la culpabilidad del

[14] Cf. Nino, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ps. 14 y ss., quien analiza como una "aparente paradoja" el hecho de que, a pesar de las invocaciones sacramentales a la Constitución y de las luchas políticas que fueron emprendidas en su nombre, en diferentes contextos históricos, cuando la Constitución debe operar en la realidad (por ej., en los procesos de decisión de los jueces y de los legisladores), aparentemente no juega un papel relevante. Señala este autor que "de acuerdo con esta paradoja, la Constitución sería tal vez la ficción más monumental de una cultura occidental que no es escasa en ficciones. La Constitución sería como el famoso vestido del rey que sólo él creía que protegía su desnudez porque todos los demás así lo afirmaban: la Constitución no protegería nuestra desnudez, frente a los abusos de poder, no obstante la insistencia retórica en lo contrario que formaría parte de nuestras letanías rituales".

[15] Cf. González, *Manual*, nº 180, ps. 190 y siguientes.

[16] Cf. Manzini, *Tratado*, t. I, p. 106; Maier, *Función normativa de la nulidad*, § 2, 11, ps. 51 y ss.; en especial, ps. 57 y siguiente.

imputado, determina la aplicación de la pena. Ello emerge del propio texto constitucional, cuando exige que ese juicio esté "*fundado en ley anterior al hecho del proceso*" (CN, 18). De manera evidente, sólo un juicio, en tanto conclusión lógica de un razonamiento fundado en premisas, representado por el acto que técnicamente llamamos *sentencia*, puede estar fundado en algo, para el caso la ley penal previa al hecho que se juzga (*principio de legalidad* en materia penal)[17], una de sus premisas[18].

El *proceso*, en tanto antecedente necesario de ese juicio, del que éste representa su conclusión, aparece como último término de la fórmula. Si bien necesario, como lo predicaremos en el próximo número, la exigencia se relaciona más con las otras garantías, en cuanto demandan que el juicio (la sentencia) sea el resultado de un *procedimiento imparcial* (*fair trial*), que permita al imputado amplia oportunidad y libertad de defensa, para influir en el juicio del tribunal, con vigencia irrestricta de las limitaciones que la propia Constitución impone al ejercicio de la persecución penal (incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, prohibición de la múltiple persecución penal, inviolabilidad del domicilio y la correspondencia epistolar). Éste es el "*juicio* en su aspecto *exterior*", como conjunto de actos disciplinados por la ley procesal cuyo objetivo final es posibilitar la operación intelectual que llamamos sentencia (el juicio en sentido ideológico)[19].

[17] Cf. NÚÑEZ, *La ley, única fuente del Derecho penal argentino*; SOLER, *La formulación actual del principio nullum crimen*.

[18] Cf. CARRARA, *Programa*, vol. II, §§ 779 y ss., ps. 175 y ss., quien califica como ideológico a este sentido de la significación de la palabra juicio; entre nosotros, siguiendo a CARRARA, cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. I, 4, *c*, ps. 29 y s. En un sentido contrario, cf. BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, ps. 111 y ss., quien considera que una interpretación dinámica e histórica de la Constitución demuestra que la CN se está refiriendo al "juicio" como institución político-cultural y no como juicio lógico. Adhiere a esta posición BOVINO, *El debate*, ps. 169 y siguiente.

[19] Son palabras de CARRARA, *Programa*, §§ 781 y 782, p. 176. La Corte Suprema (*Fallos CSN*, t. 125, p. 10; t. 127, p. 56; t. 127, p. 374) ha comprendido todas las garantías procesales penales del art. 18, CN, indicando que "consisten en la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales del reo". Con ello, a pesar de que comprende la sentencia como acto ineludible capaz de fundar la actuación concreta del poder penal del Estado, se refiere más al "aspecto externo" o meramente objetivo de la palabra juicio, que a su significado como operación intelectual. La última sentencia citada aclara, no obstante, que esas formas sustanciales provienen de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Por fuera de toda crítica al significado de estas palabras, utilizadas por nuestra Corte Suprema en cierta sucesión, conviene señalar que ella ha tomado como modelo la sucesión fundamental de actos del plenario regulado en el CPCrim. nacional (1889), sin advertir los vicios de ese tipo de procedimiento que, a nuestro juicio (valor probatorio de actos no controlados por el imputado y su defensor, incluso anteriores al plenario, y la falta de intervención real del imputado en el procedimiento que funda la sentencia), descalifican tanto al mismo procedimiento, como al fallo, desde el punto de vista constitucional.

En realidad, sería absolutamente viable imaginar un "juicio", como decisión de una autoridad según una operación intelectual, incluso fundada jurídicamente en una ley previa, sin un procedimiento formal que la habilite y prepare; algo similar sucede con la facultad concedida al presidente de la Nación para detener, cuando el llamado "estado de sitio" ha sido establecido por la autoridad competente (CN, 23).

II. El juicio fundante de la decisión de aplicar una pena a alguien es tarea que le corresponde al poder judicial, dentro del esquema de división de los poderes soberanos de un Estado, según el sistema republicano de gobierno, aspecto que se analizará con detenimiento al tratar el principio del *juez natural* (§ 7, A, 2)[20]. El presidente de la República no puede —ni tampoco autoridad administrativa alguna que de él dependa— "condenar por sí ni aplicar penas" (CN, 23), ni "ejercer funciones judiciales, conocer las causas pendientes o restablecer las ya fenecidas" (CN, 109)[21]. Tampoco el Poder Legislativo está facul-

[20] *Fallos CSN*, t. 127, p. 374.

[21] Una interesante discusión generó el decreto del Poder Ejecutivo nº 1.002/89 que dispuso el indulto de "procesados" por las causas seguidas por violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura militar. Gran parte de la doctrina entendió que la aplicación del indulto a causas no falladas por el poder judicial significaba una intromisión del poder ejecutivo en el juzgamiento de causas pendientes. Cf. VÁZQUEZ ROSSI, *Inconstitucionalidad del indulto a procesados*. La doctrina minoritaria, entre nosotros, ha aceptado, sin embargo, que el poder ejecutivo pueda indultar a imputados con efecto desincriminatorio, aun con condicionamientos tales como la aquiescencia del beneficiado: ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, t. V, p. 42. Una exposición completa sobre antecedentes históricos, doctrina y jurisprudencia sobre el punto está contenida en la disidencia de los jueces CATTANI y COSTA en el fallo dictado a raíz del decreto del Poder Ejecutivo citado en un comienzo (CCCF de la Capital de la República, "Suárez Mason y otros s/homicidio y privación ilegítima de la libertad", resuelta el 15/11/1989), II y III; su texto en "Doctrina Penal", 1990, ps. 418 y siguientes.

La cuestión no puede decidirse sino en el sentido de que el Poder Ejecutivo no posee la facultad de indultar a imputados. En primer lugar, aun aceptando la procedencia histórica de la facultad de indultar del PE (EE.UU.), resulta claro que ella, por la vigencia irrestricta del principio de oportunidad en la persecución penal y por la pertenencia exclusiva de esta persecución al Poder Ejecutivo en el modelo de los EE.UU., no puede ser trasladada, sin más, a un sistema de persecución penal regido por el principio de legalidad como deber, incluso amenazado con pena para su incumplimiento (CP, 71 y 274). En segundo lugar, el texto constitucional es claro cuando describe la facultad —indultar y conmutar *penas* (CN, 99, inc. 5)— y tal texto resulta, precisamente, de un agregado a la fuente originaria: de tal manera, rige en toda su extensión la prohibición, para el PE, de inmiscuirse en causas pendientes (CN, 109), prohibición que no puede referirse solamente a condenar por sí o a aplicar penas, porque ella ya consta, a la letra, en la CN, 23, y, de paso, en el art. 18, sino que, claramente, se refiere a la prohibición de evitar la persecución penal, cerrando el caso, para que no sea tratado por los tribunales. En tercer lugar, la ley reglamentaria de la Constitución, para el caso, el CP, define al indulto como modo de extinción de la pena y de sus efectos (CP, 68) y, en cambio, a la amnistía, como modo de extinción de la acción penal (CP, 61).

tado para llevar a cabo esa tarea, ni es válido el juicio que pueda emitir sobre una condena y la aplicación a alguien de una pena, aspecto que no sólo emerge de la enumeración de las facultades que le son concedidas (CN, 75), que no contienen esta autorización, sino también, genéricamente, del sistema republicano de gobierno (CN, 1) y, particularmente, de la advertencia del único juicio de responsabilidad para el cual se autoriza a uno de sus órganos (juicio político para el presidente, vicepresidente, jefe del gabinete, ministros y miembros de la Corte Suprema, y suspensión en el cargo legislativo; CN, 53, 59 y 70): quien resulte abarcado por un juicio negativo sobre su comportamiento queda sujeto, eventualmente, a "acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios" (CN, 60), o debe ser puesto "a disposición del juez competente para su juzgamiento" (CN, 70) y el "fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado" (CN, 60) o "suspender en sus funciones al acusado" (CN, 70). La única excepción está representada por la autorización para declarar al acusado "incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación" (CN, 60), una forma de inhabilitación, sea ella una pena o una medida de seguridad.

Las provincias, en sus constituciones políticas, deben distribuir la competencia estatal de conformidad con este principio básico (CN, 5 y 123), de manera tal que él rige en todo el territorio de la Nación, con independencia de la organización judicial competente para emitir el juicio o decisión judicial de condena que habilita la pena, según la aplicación del sistema federal en la administración de justicia.

III. Existe, en nuestra doctrina jurídica y en nuestra jurisprudencia, la tendencia definida a afirmar categóricamente que la sentencia penal —en realidad: toda sentencia judicial— debe ser fundada para ser válida, y, más aún, que ello deriva de la interpretación sistemática del texto de la Constitución nacional, en especial de la garantía del *juicio previo fundado en ley anterior al hecho* imputado (CN, 18) o de la que dispone la *inviolabilidad de la defensa* del imputado (CN, 18), y como exigencia de la *forma republicana* de gobierno (CN, 1)[22]. En ese senti-

[22] Cf. DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 50 y 51, ps. 149 y ss., nº 129, ps. 363 y ss; en *Fallos CSN*, t. 240, p. 160; t. 287, p. 306; t. 297, p. 362; t. 268, p. 186; t. 261, p. 209; t. 262, p. 144 y t. 262, p. 459. La Corte Suprema ha calificado las sentencias infundadas, con fundamentos meramente aparentes o vicios lógicos en la motivación como *arbitrarias*, según su conocida doctrina sobre la arbitrariedad como sustento del recurso extraordinario ante ella (inconstitucionalidad) y causa de la descalificación de la sentencia: cf. CARRIÓ, G. R.-CARRIÓ, A. D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., en especial, t. I, cap. XIII, 2, B, ps. 240 y ss., y 3, ps. 259 y ss., y t. II, cap. IX, ps. 139 y siguientes.

do, se entiende por fundar la sentencia, o por motivarla, como también se enuncia esa exigencia para su validez, no tan solo la expresión de las premisas del juicio, las circunstancias de hecho verificadas y las reglas jurídicas aplicables, como alguna vez se ha entendido en sentido muy estricto[23], sino, antes bien, la exposición de las razones de hecho y de Derecho que justifican la decisión. Esto es, en lenguaje vulgar, la exteriorización del por qué de las conclusiones de hecho y de Derecho que el tribunal afirma para arribar a la solución del caso: se reconoce que una sentencia está fundada, al menos en lo que hace a la reconstrucción histórica de los hechos, cuando *menciona los elementos de prueba* a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica, esos elementos han sido *válidamente incorporados al proceso* y son *aptos para ser valorados* (*legitimidad de la valoración*), y exterioriza la valoración probatoria, esto es, contiene la explicación del por qué de la conclusión, *siguiendo las leyes del pensamiento humano* (principios lógicos de *igualdad, contradicción, tercero excluido* y *razón suficiente*), *de la experiencia y de la psicología común*[24].

En verdad, la afirmación reconoce sólidos fundamentos políticos, aun cuando su fundamentación constitucional peque por la escasez de su desarrollo analítico, aspecto que se muestra en los argumentos políticos generalizantes que son trasladados, sin más, al texto constitucional. Los dos argumentos fundamentales que son utilizados se apoyan en la forma republicana de gobierno y en la garantía de defensa para el justiciable.

Por el primero de estos argumentos se expresa que las repúblicas modernas, para tornar efectivo el control popular sobre la administración de justicia y el juicio de responsabilidad sobre los jueces, no sólo necesitan que el juicio sea público, sino, también, que la decisión exteriorice los motivos que la justifican; ello permite, además, evitar, en lo posible, las decisiones caprichosas o apoyadas sólo en impresiones o intereses subjetivos, erigiendo a las sentencias en verdaderas operaciones intelectuales acordes con el racionalismo moderno[25]. El argumento, sin

[23] Cf. PETERS, *Strafprozeß*, § 51, IV, ps. 406 y ss.; MAIER, *La Ordenanza procesal alemana*, vol. II, § 267, p. 236.

[24] Cf. NÚÑEZ, *El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por la vía de la casación*, III, ps. 84 y ss.; MAIER, *Forma del auto de procesamiento*, V, ps. 43 y ss.; en ambos las exigencias propias de la motivación; BACIGALUPO, *La impugnación de los hechos probados en la casación penal*, p. 70; también, DE LA RÚA, *La casación penal*, nº 37 y ss., ps. 112 y ss., con mayor amplitud. Estas son reglas propias del sistema de *libre convicción* o *sana crítica* en la valoración de la prueba: cuando se sigue el *sistema de pruebas legales* o existe alguna regla de prueba legal (por ej., la ley de matrimonio civil nº 2.393 [hoy derogada], 96, CC, 80 y ss., 104, 263), la exigencia y su control son puramente jurídicos: consisten en determinar si las afirmaciones fácticas de la decisión derivan de la correcta aplicación de las reglas que la ley prevé.

[25] Cf. CORTÉS, *Exposición de la reforma constitucional sancionada en 1870*, 2ª ed.; GAVIER, *La motivación de las sentencias*, ambos transcriptos por DE LA RÚA, *El recurso de casación*, ps. 150 y siguientes.

embargo, deja de lado que, históricamente, el traslado a los jurados de la administración de justicia, a través de la integración de los tribunales de juicio y de su veredicto vinculante, elemento esencial de las repúblicas modernas, implica que, por lo menos en lo que respecta a la valoración probatoria, los jueces deciden según su *íntima convicción*, hecho que significa que no darán razones sobre la conclusión a la que arriban[26]. La necesidad de fundar la sentencia es propia de tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes, que aplican en la valoración de la prueba el sistema de las *pruebas legales* y cuyas sentencias pueden ser controladas por tribunales superiores, según la organización jerárquica de los órganos de administración de justicia. Así se explica que en nuestro país fuera Rosas, por ley del 6/12/1838, quien estableció la exigencia de fundar las sentencias. Sobre los jueces populares (jurados), por lo demás, no recae, en principio, la responsabilidad política que regulan los pactos constitucionales. Tras este argumento, aun sin consignarlo, juega la idea que, por lo menos hasta ahora, domina nuestra organización judicial: jueces profesionales como funcionarios públicos permanentes y tribunales organizados verticalmente, eslabonados de manera jerárquica.

El segundo argumento reside en otorgar la posibilidad al justiciable de criticar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión, al menos limitadamente (casación), con lo que aquél adquiere una nueva oportunidad para ejercer su defensa. Pero, si se afirma unánimemente que ni la defensa ni el juicio previo exigen que las leyes procesales posibiliten la impugnación de la sentencia y el nuevo examen del caso en otra instancia[27], como lo hizo nuestra Corte Suprema en varios fallos anteriores a la ratificación de la *Convención americana sobre derechos humanos* (8, nº 2, *h*) y a su incorporación a la CN (75, inc. 22), no se explica por qué la misma Corte, al interpretar la garantía, funda la necesidad de que el justiciable pueda criticar la sentencia. A decir verdad, el argumento se vincula más con nuestra preferencia por los *controles internos* (organización judicial vertical, recursos contra la sentencia), provenientes del sistema continental europeo de administración de justicia y, sobre todo, de la época de la Inquisición, que no hemos abandonado totalmente, que con el sistema republicano, para el cual el *control externo* (popular) del proceso (publicidad) y la decisión (participación de los ciudadanos en ella) predomina. Con prescindencia de esta contradicción de criterios, la recepción actual del derecho del condenado al recurso (§ 6, H), a través de la incorporación de las convenciones y pactos sobre derechos humanos a la Constitución (CN, 75, inc. 22), no se refiere, necesariamente, a la exigencia de que el veredicto o la sentencia sean fundados: basta con conceder al condenado la posibilidad de demostrar que el veredicto o la sentencia es irracional, en el múltiple sentido de que surge de un procedimiento formalmente injusto o que arrojó un resultado injusto (*iudicium rescindens*) por defectos graves, cuya corrección puede conducir a una absolución o, al menos, a una sentencia más benigna, inmediatamente o a través de un nuevo juicio sobre la imputación.

Nuestra Constitución nacional no presta apoyo a aquellos que pretenden que la reconstrucción de hechos integrante de la sentencia pe-

[26] Cf. Binder, *Introducción al Derecho procesal penal*, ps. 244 y ss., y Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, 2ª ed., ps. 38 y siguientes.

[27] *Fallos CSN*, t. 238, ps. 305 y 333; t. 244, p. 480; t. 247, p. 202; t. 248, p. 101.

nal, esto es, la premisa fáctica del juicio previo fundante de la aplicación de la pena, deba ser motivada en el sentido indicado. No sólo no existe en el texto constitucional ninguna oración de la que se pueda desprender esa exigencia, sino que, por el contrario, la ley fundamental ha estimado consustancial a nuestra *forma republicana de gobierno* el *juicio por jurados*. El jurado clásico, como modelo de tribunal de juicio, representa la inexistencia de toda expresión de motivos que apoye el veredicto en el cual concluye, pues, tanto históricamente, como en el Derecho comparado, esos tribunales valoran la prueba por el sistema de *íntima convicción*, sin necesidad de exteriorizar las razones por las cuales arriban a una determinada conclusión aprobatoria o desaprobatoria del comportamiento imputado. De allí emerge que nuestra misma Corte Suprema haya debido contrariar sus afirmaciones genéricas acerca de la invalidez de las sentencias infundadas, base de su doctrina sobre la *arbitrariedad*, que habilita el recurso extraordinario ante ella, en el único caso legislativo que supone el juicio por jurados[28].

Por lo demás, es hipócrita sostener que la exigencia de motivar los fallos penales, explicando la valoración de la prueba por la que se arriba a determinada conclusión fáctica, constituye una garantía individual, integrante del *juicio previo*. Si ello fuera así no debería proceder la anulación de sentencias favorables al imputado por este motivo, cuando, por ejemplo, la sentencia considera que el hecho no existe, el imputado no ha participado en él o, por alguna circunstancia, afirma una justificante, rechaza la culpabilidad o la misma punibilidad. Y, sin embargo, la exigencia es utilizada de ordinario por nuestra misma Corte constitucional para casar sentencias favorables al imputado (o sin recurso defensivo), por supuesto, con total prescindencia de lo que dispone la ley procesal aplicada, pues ella no es objeto de interpretación y aplicación por esa Corte, salvo su rechazo porque se opone a una garantía constitucional (que pertenece sólo al imputado).

Sólo unas palabras al respecto, porque el recurso contra la sentencia condenatoria como garantía procesal se estudiará en este parágrafo, H (también sus repercusiones en § 7, D). La CADH (8, nº 2, *h*) y el PIDCyP (14, nº 5), hoy incorporados a la ley fundamental (CN, 75, inc. 22), prevén la necesidad de reglar un recurso para el acusado frente a la sentencia de condena: el recurso contra la condena es entendido aquí como una garantía procesal y no deriva de la organización judi-

[28] *Fallos CSN*, t. 298, ps. 281 y 286; t. 300, p. 1173; t. 303, p. 2001.

cial vertical, de tipo inquisitivo. Si ello es así, quiere significar que estas convenciones exigen, para conceder validez y ejecutoriedad a las condenas, la posibilidad de someterlas a revisión para exigir la prueba de la *doble conforme*[29], al menos desde el punto de vista de la aplicación de todas las garantías jurídicas que esos pactos contienen. De allí emerge, también, que una sentencia favorable al imputado (por ej., una absolución) no puede ser objeto del recurso del acusador, pues si él consigue éxito no existirá la *doble conforme*, a menos que esa sentencia de condena, *primera* que se dicta, sea, a su vez, recurrible por el acusado. Conclusión: la concepción del recurso contra la sentencia condenatoria como garantía (*doble conforme*) impide conceder un recurso contra la sentencia al acusador. De esta manera se respeta mucho más rigurosamente la prohibición de perseguir más de una vez al acusado (*ne bis in idem*), verdadera garantía procesal que rechaza cualquier tipo de interpretación en perjuicio del imputado de las seguridades jurídicas que lo amparan.

Las argumentaciones anteriores sólo pretenden destruir la afirmación categórica acerca de que las conclusiones fácticas enunciadas en las sentencias penales tengan que ser motivadas, por exigencia constitucional. No sería contraria a nuestra Constitución una ley procesal que, admitiendo el jurado clásico, permitiera resolver las cuestiones de hecho afirmándolas o negándolas, sin exponer públicamente los motivos de la decisión.

Sin embargo, ello en nada empece a que las leyes exijan la fundamentación clara de la reconstrucción histórica que, como premisa, integra la decisión penal, y mucho menos se opone a la previsión de un recurso que posibilite la anulación de las sentencias infundadas (casación formal). Al contrario, políticamente la exigencia resulta adecuada, por las razones ya observadas, incluso como imposición moderna del sistema republicano, cuyo progreso no está vedado. Los tribunales de escabinos, fórmula mixta que posibilita mantener los jueces populares y accidentales en comunión con los jueces profesionales, intentan allanar el camino para esa idea[30].

[29] Cf. FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 1, p. 17.

[30] Ya CARRARA, *Programa*, t. 2, ps. 143 y ss., se ocupaba de observar cómo la participación ciudadana en la administración de justicia se podía concebir exigiendo la fundamentación de la sentencia.

Sobre el modelo escabinado de jurados, cf. CAVALLERO-HENDLER, *Justicia y participación*, ps. 110 y ss.; también BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, ps. 105 y ss. El CPP Córdoba (1991) prevé la integración del tribunal con jurados en el caso de que el máximo de la pena prevista para los delitos contenidos en la acusación supere los 15 años de reclusión o prisión; opta por el sistema de tribunal escabinado —demasiado degradado, casi simbólico— y otorga a los jurados las mismas facultades que a los jueces técnicos, cf. CAFFERATA NORES, *Introducción al nuevo Código procesal penal de la Provincia de Córdoba*, p. 36. Ya antes, un proyecto legislativo para la justicia nacional, que no re-

En realidad, las leyes, aun cuando mirando siempre a nuestros tribunales técnicos y permanentes, han exigido claramente la motivación del fallo sobre los hechos (Constitución de la provincia de Córdoba, 155; CPP Nación, 123 y 399; CPP Córdoba, 142 y 408, inc. 2; CPP Tucumán, 142 y 408, inc. 2; CPP Costa Rica, 106 y 395, inc. 2) y regulado un recurso idóneo para anular la sentencia dictada con inobservancia de esa exigencia: la casación.

IV. La *sentencia penal* pronunciada por el órgano judicial competente para ello *es hoy el único fundamento que admite la aplicación de una pena*. Desde que la sociedad moderna prohibió la justicia de propia mano (venganza privada) y erigió al Estado (poder político central) en depositario y monopolizador del poder penal, constituyendo a la pena como un instituto público, ella sólo puede ser impuesta por un órgano oficial determinado por la ley. El principio rige aun en los casos que toleran la persecución penal privada (CP, 73 y ss.). Él marca una profunda separación entre el Derecho privado y el Derecho penal. En el Derecho privado, la composición entre los titulares de intereses en conflicto sigue siendo una forma admitida —y natural— de solución de esos conflictos, sólo repugnante en casos excepcionales, que interesan a normas de "orden público"; la *autonomía de la voluntad* rige ampliamente en ese ámbito, aun para la solución de los conflictos sociales o para la determinación de la sanción, de manera tal que, por ejemplo, cualquiera puede acordar haber causado un daño a otro por su culpa y obligarse a hacer efectiva una reparación determinada, perfectamente ejecutable, incluso coactivamente, aunque la composición haya sido privada, sin intervención estatal.

En cambio, el principio de la autonomía de la voluntad tiene muy escasa importancia en el Derecho penal (CP, 73 y ss., *persecución penal privada*; CP, 72, *instancia privada*; CP, 59, inc. 4, *extinción de la persecución penal por renuncia del ofendido en los delitos de acción privada*; CP, 69, *extinción de la pena por perdón del ofendido en los delitos de acción privada*) y absolutamente ninguna en cuanto a la imposición de una pena en el sentido antes señalado, sin intervención del órgano judicial competente y prescindiendo de la sentencia penal. Así,

cibió aprobación, había optado por el modelo del jurado escabinado. Se trata del Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público complementario del Pr. de CPP Nación (1986): cf. "Doctrina Penal", cuaderno nº 2, 1988; cf. también las ponencias presentadas con motivo del *Symposium internacional sobre la transformación de la justicia penal*, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, t. I, ps. 91 y siguientes.

salvo la posibilidad del ofendido de evitar la persecución penal o de perdonar la pena en casos excepcionales, que la ley prevé, *la pena es siempre pública* y *su imposición sólo puede provenir de una sentencia penal condenatoria*, aun en aquellos casos en los cuales se reconoce al ofendido cierto poder de disposición sobre su aplicación o su ejecución (delitos de instancia y acción privada). El reo, en cambio, no posee ningún poder de disposición sobre la pena, de manera tal que la composición privada se torna, en principio, imposible.

La incorporación a la ley penal de la reparación como tercera vía, ya producida aun cuando limitadamente en el texto originario del CP, 117 y 132, y hoy fundante de un movimiento vigoroso, inclusive para nosotros (CP, 76 *bis* y cc.; ley nº 23.771, 14), tiende a rechazar parcialmente esta afirmación[31].

En el Derecho procesal penal comparado, incluso, la libre decisión del imputado sobre la pena que merece, consensuada con el acusador, tiene influencia decisiva (CPP Italia, 444 y ss.) en ciertos casos y, más allá de ello, gobierna también, en conjunto con el acusador y el juez, el rito a aplicar (CPP Italia, 438 y ss.).

V. Decir que, para someter a alguien a una pena, es necesario el pronunciamiento de una sentencia firme de condena que declare su culpabilidad en un delito determinado y le aplique la pena, y que, como veremos, para obtener legítimamente esa sentencia, es preciso tramitar un procedimiento previo, según la ley, en el que se verifique la imputación, es lo mismo que sostener que, durante el procedimiento o, si se quiere, durante la persecución penal, el *imputado es considerado* y *tratado como un inocente*, por principio. La importancia que esta máxima asume en la construcción dogmática de toda la estructura del Derecho procesal penal justifica su tratamiento separado (ver § 6, C), tradicional entre nosotros.

Lo expresado de ninguna manera afirma que el imputado *sea* inocente hasta el momento en que se dicte una sentencia de condena firme, que *constituye* o crea la culpabilidad; se *es* inocente o culpable (en sentido amplio) en el momento del hecho, según lo que se hizo o se dejó de hacer (comportamiento observado), pero el orden jurídico (normativo) sólo comienza a tratar a una persona como culpable desde el momento en el cual la sentencia de condena queda firme.

El CP, 66, que define el momento en que comienza a correr la prescripción de la pena —desde la medianoche en que se notifica al reo la sentencia condenatoria firme—, proporciona fundamento normativo suficiente para establecer la nueva situación jurídica del condenado, conforme al principio estudiado.

[31] Cf. MAIER, *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*.

2. El proceso legal previo (*nulla poena sine processu*)

I. La ley fundamental supone también un procedimiento previo a la sentencia tal que, precisamente, le procure los elementos para la decisión del tribunal respecto de la imputación deducida, esto es, los elementos que le permitirán construir, sobre todo, la premisa fáctica en la que apoyará su resolución, aplicando la ley penal o prescindiendo de su actuación. Este es otro de los sentidos que en la Constitución asume la cláusula del "juicio previo", no sólo porque la misma palabra "*proceso*" aparece al final de la regla (CN, 18, párr. I), sino, especialmente, porque los preceptos de garantía judicial que el mismo artículo contiene se ocupan, precisamente, de las formas fundamentales que debe observar ese proceso previo.

Por ello se ha sostenido que la reacción penal no es inmediata a la comisión de un delito, sino mediata a ella, a través y después de un procedimiento regular que verifique el fundamento de una sentencia de condena[32]; ello ha sido traducido afirmando la *mediatez de la conminación penal*, en el sentido de que el poder penal del Estado no habilita, en nuestro sistema, a la *coacción directa*, sino que la pena instituida por el Derecho penal representa una previsión abstracta, amenazada al infractor eventual, cuya concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por la ley, que culmine en una decisión formalizada que autoriza al Estado a aplicar la pena[33]. Ésta es la razón por la que, en nuestro sistema, el Derecho procesal penal se torna necesario para el Derecho penal, porque la realización práctica de éste no se concibe sino a través de aquél.

Salvo el caso excepcional de la legítima defensa (CP, 34, incs. 6 y 7), en el que se tolera la reacción directa contra el injusto, el Estado ha tomado para sí la función de administrar justicia en materia penal, por intermedio de un proceso regular y monopolizando la reacción —mediata— contra el infractor. Excluye así la venganza privada y la reacción directa que el orden jurídico sólo permite por excepción, cuando reconoce la posibilidad de salvar el bien jurídico amenazado y admite que la protección estatal llegará demasiado tarde[34].

[32] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 24; Carferata Nores, *Introducción al Derecho procesal penal*, cap. IV, nº 2, ps. 58 y ss., y nº 3, ps. 63 y siguiente.

[33] Cf Manzini, *Tratado*, t. I, p. 106.

[34] Al efecto explicativo basta: reacción por intermedio de la pena estatal sólo después de un procedimiento previo y reglado. Sin embargo, veremos después que, al efecto de repeler la agresión antijurídica y de evitar el daño que ella amenaza causar (riesgo

II. El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer, a su arbitrio, las autoridades públicas competentes para llevarlo a cabo, ni ellas en combinación con el imputado y su defensor, aun cuando se propongan observar —y de hecho lo hagan— las garantías de seguridad individual previstas en la ley suprema. Al contrario, se debe tratar de un *procedimiento jurídico*, esto es, reglado por ley, que defina los actos que lo componen y el orden en el que se los debe llevar a cabo[35].

Ello implica la necesidad de una ley del Estado que lo establezca y el deber de los órganos legislativos competentes de dictar la ley adecuada para llevarlo a cabo, que organice la administración de justicia penal (ley de organización judicial) y que establezca el procedimiento penal que los órganos públicos de persecución y de decisión deberán observar para cumplir su cometido (ley de enjuiciamiento penal, entre nosotros: Código procesal penal).

Es por esta razón que *no asegura la administración de justicia* en materia penal (CN, 5) la provincia que responde insuficientemente al deber de organizar la justicia, estableciendo los órganos de decisión y de persecución penal necesarios y suficientes para llevar a cabo el procedimiento penal, y al deber de dictar una ley de enjuiciamiento adecuada a las seguridades individuales que prevé la Constitución nacional; esa conducta omisiva habilita la *intervención federal* (CN, 6) para poner remedio al defecto y así garantir la forma republicana de gobierno[36].

III. Pero el procedimiento reglado que exige la Constitución tampoco es cualquier procedimiento establecido por la ley, sino uno acorde con las seguridades individuales y formas que postula la misma ley suprema (juez natural, inviolabilidad de la defensa, tratamiento del imputado como inocente, incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar, juicio público a decidir por jurados en la misma provincia

creado de pérdida de bienes jurídicos) el Estado, monopolizador de la fuerza, está autorizado a reaccionar inmediatamente —más aún, sus funcionarios de seguridad tienen el deber de evitar el daño o que él comprenda consecuencias perniciosas anteriores (aprehensión del agresor, allanamientos necesarios sin orden judicial, etc.)— con empleo de la fuerza, si bien limitadamente. La defensa legítima individual, del agredido o de un tercero, representa sólo una excepción al monopolio estatal de la violencia; incluso se la concibe, en ocasiones, como una excepción al monopolio estatal de la pena: cf. NINO, *La legítima defensa*, cap. II, § 3, *c*, ps. 51 y ss., § 4, *e* y *f*, ps. 72 y ss., y § 5, ps. 76 y ss.; él titula a esta defensa legítima: *defensa punitiva*.

[35] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. I, 4, *b*, ps. 25 y ss.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 23, I, p. 95.

[36] Cf. GONZÁLEZ, *Manual*, nº 180, p. 190 y siguiente.

en la que se cometió el delito), al regular de esta manera las pautas principales a las que deben ajustarse las leyes de enjuiciamiento penal, que ellas deben reglamentar con minuciosidad.

Desde este punto de vista el proceso penal es un *procedimiento de protección jurídica* para los justiciables, y el Derecho procesal penal una *ley reglamentaria de la Constitución* (CN, 28; ver § 2, B, 1, *b*, y § 3, B, 2).

Debido a la importancia de estos principios rectores, los próximos números de este parágrafo se ocuparán de ellos separadamente. Ellos, y no la regla aquí estudiada, constituyen y dan contenido a la garantía del *debido proceso legal* (*due process of law*, según denominación anglo-sajona[37]), pues establecen jurídicamente los principios políticos que conforman la base del Derecho procesal penal argentino[38]. No se trata, en efecto, de principios jurídicos extraídos por inducción de las diferentes reglas o casos abstractos que regula la ley[39], sino de pautas generales establecidas en la Constitución que gobiernan la vigencia y hasta la interpretación de las leyes procesales comunes; son, en verdad, decisiones políticas generales de cuyo contenido deben derivar, deductivamente, el reglamento procesal tendiente a hacerlas efectivas; *no son inmutables y perennes*, a la manera de la afirmación iusnaturalista, pero sí necesarias para nuestras leyes de enjuiciamiento, pues condicionan su vigencia.

C. INOCENCIA

1. Concepto

La ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena. Según se observa, la afirmación emerge directamente de la necesidad del *juicio previo*, antes explicada (V, B, 1). De allí que se afirme que *el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso*[40] o que *los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados*

[37] Cf. ISRAEL-LAFAVE, *Criminal Procedure. Constitutional Limitations*, 3ª ed., cap. 1, ps. 3 y ss.; WEINREB, *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, 1, XIV, ps. 2 y siguientes.

[38] *Bases constitucionales* es la denominación que utiliza CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, cap. 3, ps. 211 y ss.; cf., también, NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ps. 445 y siguientes.

[39] A la manera de los principios jurídicos generales según lo postula SOLER, *La interpretación de la ley*, XX, ps. 171 y ss. (cf. también, V, ps. 31 y siguientes).

[40] VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, ps. 39 y siguiente.

culpables por sentencia firme, aun cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa[41].

La historia revela que esta declamación tan drástica es consecuencia de la reacción que se produjo contra la Inquisición. Así, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* estableció en Francia que "*presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable...*" (art. 9). De la misma manera, muchas constituciones declaran expresamente la inocencia del imputado hasta la sentencia firme de condena[42], o, con fórmula equivalente, no consideran culpable a ninguna persona sin declaración de su culpabilidad por sentencia firme. La *Declaración universal de derechos humanos*, hoy incorporada a nuestra Constitución nacional (75, inc. 22), ha repetido la fórmula (art. 11, párr. I): "*toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*"[43].

"Presumir inocente", "reputar inocente" o "no considerar culpable" significan exactamente lo mismo; y, al mismo tiempo, estas declaraciones formales mentan el mismo principio que emerge de la exigencia de un "juicio previo" para infligir una pena a una persona. Nuestra Corte Suprema lo ha entendido así desde antiguo (*Fallos CSN*, t. 7, p. 371; t. 16, p. 88; t. 54, p. 273; t. 64, p. 352), al referirse a la privación de libertad procesal, una de las principales repercusiones de este principio, y afirmar que "el encausado tiene a su favor la *presunción de inculpabilidad*", fundada "también en la Constitución porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones (art. 33, CN)" (*Fallos CSN*, t. 102, p. 225; lo destacado es nuestro).

La inocencia o la culpabilidad se mide, sin embargo, según lo que el imputado ha hecho o ha dejado de hacer en el momento del hecho que le es atribuido: es inocente si no desobedeció ningún mandato o no infringió ninguna prohibición o si, comportándose de esa manera, lo hizo al amparo de una regla permisiva que eliminaba la antijuridicidad de ese comportamiento, o bien concurrió alguna causa que eliminaba su culpabilidad o, en fin, se arriba al mismo resultado práctico ante la existencia de una de las causas que excluyen la punibilidad; culpable es, por el contrario, quien se comportó contraviniendo un mandato o una prohibición, de manera antijurídica, culpable y punible. La declaración estudiada no quiere significar, por ello, que la sentencia penal de condena *constituya* la culpabilidad, sino, muy por el contrario, que ella es la única forma de *declarar* esa culpabilidad, y de señalar a un sujeto como autor culpable de un he-

[41] Clariá Olmedo, *Tratado*, t. I, p. 231.

[42] Constitución para la provincia de Córdoba, art. 39.

[43] En el mismo sentido la *Convención europea sobre derechos humanos*, art. 6, párr. II.

cho punible o partícipe en él, y, por tanto, la única forma de imponer una pena a alguien (ver B 1, I y V)[44].

De tal manera, el principio estudiado sólo quiere significar que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde este punto de vista es lícito afirmar que el imputado *goza de la misma situación jurídica que un inocente*. Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume —o debe asumir— la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo.

Si se hubiera comprendido el principio de esta manera es posible que todas las discusiones en torno a él se hubieran evitado o, por lo menos, hubieran encontrado el lugar que les corresponde: la discusión política favorable o desfavorable a ese punto de partida.

El positivismo criminológico, tan adepto a razonamientos empíricos, con desprecio de las previsiones normativas, llegó a definir como absurda esta garantía de la seguridad individual, al menos en ciertos casos (confesión, delito en flagrante, delincuentes habituales, reincidentes o por tendencia); para ellos, la hipótesis sólo sería admisible si se trata de un delincuente ocasional que ha rechazado la imputación, y, aun en ese caso, durante cierto período del procedimiento, porque el encarcelamiento preventivo, fundado en la sospecha evidente o en la probabilidad de que la imputación sea cierta, la remisión a juicio del acusado, la sentencia no firme, y hasta la misma imputación fundada que abre una persecución penal, revelan que al imputado no se lo presume inocente sino, antes bien, culpable[45]. La voz latina *praesumptio* no es utilizada en este contexto de razonamiento como una determinación normativa, sino como una forma de determinación fáctica, en el sentido de indicio o conjetura como elemento de prueba (prueba indi-

[44] Sólo la egología argentina piensa que el delito emerge en la sentencia como la interferencia de la conducta entre el juez y el transgresor: LANDABURU, *El delito como estructura*, ps. 448 y ss. Es risueño que la misma definición parta de un "transgresor" anterior a la "interferencia" que constituye el delito.

[45] Cf. las opiniones de GARÓFALO y FERRI en las citas de VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. 1, 5, III, ps. 33 y siguientes.

recta). Es por ello que quienes piensan así creen, en definitiva, que la afirmación sería de esta "presunción de inocencia" imposibilitaría la persecución y el procedimiento penal.

Las reacciones contra el pensamiento liberal en materia penal —por ej., el fascismo— abominan de esta regla de principio: "nada más burdamente paradójico e irracional"[46]; la base es la misma: si se persigue penalmente o se somete a proceso a una persona es porque se la presume culpable y no inocente; las presunciones son medios de probar indirectamente el hecho; la afirmación del principio con seriedad y aceptando todas sus consecuencias imposibilitaría la persecución penal, transformaría radicalmente el procedimiento y derogaría varias de sus instituciones (por ej., el encarcelamiento preventivo).

El pensamiento republicano y liberal, en cambio, aprecia la máxima como punto de partida de toda su comprensión del proceso penal[47] y le otorga un contenido material indiscutible, que influye sobre las principales instituciones procesales (la prueba, la sentencia, la situación del imputado, las medidas de coerción) y que intentaremos precisar inmediatamente[48]. Hasta lo que nosotros conocemos, el principio rigió también en el derecho socialista[49]. Desde el punto de vista del *in dubio pro reo*, una de sus repercusiones, a la hora de dictar sentencia, se trata, en verdad de una *praesumptio iuris tantum*, porque impide condenar y manda absolver cuando la culpabilidad del imputado no ha sido verificada con certeza (fuera de toda duda racional), esto es, cuando los órganos de persecución penal no han podido destruir la situación de inocencia, construida de antemano

[46] Cf. MANZINI, *Tratado*, t. I, nº 40, II, ps. 253 y ss. En él se unen a un mismo tiempo, la reacción fascista contra el liberalismo y el rechazo al pensamiento francés del Iluminismo ("absurdo escogitado en Francia").

Interesante es observar la interpretación que él acuerda a los aforismos *Innocens praesumitur, cuius nocentia non probatur* (se presume inocente aquél cuya inocencia no se prueba) y *Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus* (todos se presumen buenos mientras no se prueba que son malos), provenientes de la época inquisitiva (el último de la Ordenanza criminal francesa de 1670, art. 28, V): "Esto no significa que el imputado deba presumirse inocente mientras está en curso la instrucción o el juicio, sino más bien que al absuelto por cualquier motivo se lo debe presumir inocente"; y después recomienza atribuyendo "la degeneración de la máxima" a la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (cf. MANZINI, *Tratado*, t. I, nota nº 10, p. 254).

Más, algo es algo, pues a partir de esta afirmación retaceada de MANZINI se puede llegar a pensar, sin mucho esfuerzo, que los aforismos no sólo prohíben la absolución de la instancia, sino, también, que ellos tienen vigencia general sólo negada por la sentencia de condena, en el sentido indicado en el texto.

[47] Cf. CARRARA, *Opúsculos*, vol. V, XV; *Derecho penal y procedimiento penal*, p. 14; *Programa*, vol. II, § 828, p. 199; BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, en *Opere*, vol. I, § XIII, p. 56, creyó en "el derecho que cualquier persona tiene de ser creído inocente", por lo cual reclamaba la certeza (prueba perfecta) para condenar (ver también § XIV, ps. 58 y siguientes).

[48] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 11, II, p. 66.

[49] Cf. LUTHER y otros, *Strafverfahrensrecht (Lehrbuch)*, 3.2.3., ps. 83 y ss.; Constitución de la República Democrática Alemana, art. 99; *Convención internacional sobre derechos civiles y políticos* (16/12/1966), art. 14, nº 2.

por la ley. Este mismo razonamiento ha tenido decisiva influencia para evitar la *poena extraordinaria*, cuando la infracción no quedaba demostrada con toda certeza y restaba incólume la sospecha fundada sobre el imputado; sin embargo, por otro camino, algunos institutos del Derecho penal pueden presentar verdaderas excepciones a esta determinación como, por ejemplo, el tipo del art. 278 *bis*. CP (llamada ley nº 21.338, art. 278 actual, con texto similar), cuando impone pena a quien "debía presumir" que las cosas recibidas provenían de un delito. Desde un punto de vista general, en cambio, el principio manda que el imputado sea considerado y tratado como un inocente durante el procedimiento de persecución penal o, de la misma manera, que no se anticipe la pena al "juicio previo", esto es, a la sentencia de condena firme. Según se aprecia, no es del todo correcta la indicación de Alfredo VÉLEZ MARICONDE, aun defendiendo el principio, que estima como un "error" o "exceso verbal" la utilización del sustantivo presunción en su definición[50].

2. Repercusiones

a) In dubio pro reo[51]

I. El aforismo, cuya prosapia le ha otorgado difusión casi popular (por fuera de la misma profesión jurídica), proviene hoy, a la letra, de la *presunción de inocencia* que ampara al imputado[52].

Sin embargo, se afirma que el principio tiene larga data; por ejemplo, se rescata en el Derecho romano de la última época imperial el brocárdico "*Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*" (es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente; *Digesto, De poenis*, Ulpiano, 1, 5); en el Derecho canónico regía la máxima "*actore non probante reus absolvitur*", trasladada al Derecho común inquisitivo (*Innocens praesumitur, cuius nocentia non probatur; Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*)[53].

Se debe recordar, no obstante, que aun en el Derecho romano republicano se conoció el *non liquet* y que el procedimiento inquisitivo también conoció la *poena extraordinaria* y la *absolutio ab instantia*, con lo cual la vigencia de la máxima resulta meramente formal o, por lo menos, se reduce considerablemente[54].

[50] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. I, 5, III, p. 38.

[51] Cf. SENTÍS MELENDO, *In dubio pro reo* (mi respeto por el libro, concordancias y discrepancias, al comentario en "Revista Argentina de Derecho Procesal", 1971, nº 4, ps. 591 y ss.); VÁZQUEZ ROSSI, *La defensa penal*, cap. VI, ps. 169 y ss.; DANIELSEN, *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*, p. 124, quien, con argumentación confusa, no vincula el brocárdico al principio de inocencia, sino a la necesidad política de evitar errores judiciales y a la conciencia del hombre sobre la existencia de juicios erróneos, de modo que sería irracional extraer de ese estado psicológico del juez consecuencias penales en contra del imputado (ps. 126, 127 y 156).

[52] Cf. DANIELSEN, *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*.

[53] Cf. MANZINI, *Tratado*, t. I, nº 40, II, p. 253 y ss.; otros brocárdicos del Derecho romano, de similar significado, incluso referidos al proceso civil, en PEÑA GUZMÁN, *In dubio pro reo*, p. 261 (*in oscuro, libertatem praevalere*).

[54] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, D, 2, p. 94; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 97, III, p. 405; DANIELSEN, *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*, X, p. 134.

Aunque se discute sobre el verdadero nacimiento histórico de la máxima, su concepción actual proviene directamente del Iluminismo y del movimiento político que él formó, cristalizado en la *presunción de inocencia* declamada por el art. 9 de la *Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*. En verdad, la afirmación del aforismo viene históricamente unida a la supresión del sistema de prueba legal y a la imposición de la íntima o libre convicción en la valoración de la prueba; por lo demás, el aforismo sólo alcanza su real valor adherido al *ne bis in idem*, esto es, suprimido cualquier tipo de *non liquet* o *absolutio ab instantia* y la pena aminorada contra el sospechoso (*poena extraordinaria*), pues sólo así el mandato de absolver, cuando no se alcanza la certeza sobre el hecho punible imputado, tiene el sentido de una garantía material real. Esto, según creo, demuestra que todo el conjunto de seguridades individuales del Iluminismo conforma el sentido actual del aforismo[55].

II. Su contenido, al menos para el Derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado[56]. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la *duda* o aun la *probabilidad*, impiden la condena y desembocan en la absolución.

Los conceptos *certeza*, *probabilidad* y *duda* se utilizan en este contexto aludiendo a una *relación de conocimiento* y al *conocimiento histórico*. En efecto, todo se reduce a una *relación de conocimiento*, esto es, a la relación que existe entre el *sujeto cognoscente* y el *objeto* que pretende conocer, trascendente a él. Y este objeto es real, existe en el tiempo (un comportamiento humano), por lo que aquí aludimos al conocimiento reproductor, copiador de objetos reales, y no al conocimiento motor, creador de objetos (caso del conocimiento matemático). Tanto los jueces como las demás personas que intervienen en el procedimiento argumentan sobre la base del intento de conocer la verdad acerca de un hecho que, se afirma, ha ocurrido realmente: una de las funciones que cumplen es, por ello, la del historiador, pues, apelando al mérito de los elementos de prueba válidamente incorporados al procedimiento (los "rastros" que del comportamiento humano quedan en el mundo), reconstruyen en el presente un acontecimiento humano que se ubica en el pasado. A la omisión pueden aplicarse los mismos conceptos, aunque invertidos: se trata aquí de averiguar si la acción debida no se llevó a cabo.

En este contexto se llama *verdad* a la correspondencia correcta entre la *representación ideológica* del objeto, que practica el sujeto que conoce, y la *realidad*: es la *representación ideológica correcta de una realidad ontológica* o, con palabras más sencillas, la *concordancia del pensamiento con el objeto pensado*[57].

[55] En el mismo sentido los autores citados inmediatamente antes.

[56] Cf. SCHMIDT, *Deutsches Strafprozeßrecht*, nº 102, p. 60.

[57] Cf. MAIER, *Forma del auto de procesamiento*, p. 40.

Quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar posiciones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la *certeza* de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor al anterior, pues los elementos que afirman esta conclusión superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma sólo la *probabilidad* de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la duda es *absoluta*. Conviene advertir que de estas tres posiciones, las dos primeras han sido afirmadas como bipolares, pues se puede exteriorizar la certeza o la probabilidad de que algo existió o no existió; por ejemplo, de que el imputado tomó parte en la ejecución del hecho o de que no participó en él; la duda, en cambio, es siempre un estado de incertidumbre y, por tanto, neutro[58].

Si, convencionalmente, llamamos *certeza positiva* o *probabilidad positiva* a aquella que afirma el hecho imputado (sus elementos determinantes) y, al contrario, *certeza negativa* o *probabilidad negativa* a aquella que se dirige a explicar como inexistente el hecho imputado (ello para evitar la trampa de lenguaje que nos producen la acción y la omisión, las condiciones positivas y las negativas que presupuestan la pena), es correcto afirmar que *sólo* la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad remiten a la absolución, como consecuencia del *in dubio pro reo*[59]. Adviértase, sin embargo, que ello sucede en la sentencia, pues, durante el transcurso del procedimiento algunos actos y decisiones intermedias exigen tan sólo un fundamento de menor grado: por ejemplo, la decisión que autoriza el encarcelamiento preventivo (auto de procesamiento, de calificación provisional de los hechos o de prisión preventiva, según los diferentes códigos) sólo reclama la llamada probabilidad positiva acerca de la imputación[60]; el sobreseimiento parece partir, en principio, de la certeza negativa y admitir, incluso, la probabilidad negativa o la duda una vez agotada la investigación[61]; por esta razón, en cambio, la probabilidad positiva funda el progreso de la persecución penal y, por ello, basta para la acusación y la remisión a juicio[62].

[58] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 328, ps. 445 y ss.; MAIER, *Forma del auto de procesamiento*, p. 41.

[59] CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 328, ps. 445 y ss.; SCHMIDT, *Deutsches Strafprozeßrecht*, nº 102, p. 60.

[60] Cf. MAIER, *Forma del auto de procesamiento*, ps. 42 y siguiente.

[61] CPCrim. nacional (1889), 434; CCC, Sala VI, 13/9/1968, "Pollice, J."; Sala II, 4/10/1974, "Montaña, R."; Sala IV, 5/5/1978, "Klein, H.", Sala VI, 31/5/1983, "Martínez, E. R."; CCCFed., Sala I, 16/10/1980, "Rolowinski, E. L." (jurisprudencia referida al CPCrim. nacional [1889]).

La vigencia del nuevo CPP Nación, 336 (CPP Córdoba, 350; CPP Tucumán, 350) debería consolidar esta jurisprudencia, pues no conoce la clausura provisional del antiguo Código, ni exige, en la regla citada y por la misma razón, la necesidad de la certeza sobre los motivos que provocan el sobreseimiento. El CPP Costa Rica, proveniente del CPP Córdoba (1939), conserva una forma de clausura provisional, llamada *prórroga extraordinaria*, que admite un *non liquet* por un período breve (arts. 325 y ss.).

[62] Cf. DANIELSEN, *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*, X, p. 134.

No se opone a esta presentación del problema la afirmación de Santiago Sentís Melendo[63] en el sentido de que duda y certeza son dos caras de una misma moneda, que se resuelven sólo en la certeza, porque cuando el juez decide no duda sobre la solución que debe dar al caso, sino que tiene la certeza, y la expresa, de que debe resolverlo del modo en que se pronuncia. Así, cuando absuelve por falta de certeza sobre la imputación, por ejemplo, sabe ciertamente que debe absolver, pues no ha alcanzado el grado de convicción necesario para condenar; esta elaboración se extiende, incluso, a otras decisiones para las que no es necesaria la convicción absoluta de poseer la verdad, pues, por ejemplo, cuando el juez admite el encarcelamiento preventivo, afirmando la probabilidad de que el imputado es el autor del hecho punible, tiene la certeza de haber alcanzado el grado de convicción que la ley exige para tomar esa decisión; de otra manera la rechazaría, también con certeza. Ciertamente, las palabras *duda* y *certeza* se utilizan aquí con un significado distinto al observado antes y, por ello, la polémica no presenta los términos antinómicos que el autor citado pretende[64]. Mientras antes la construcción sobre los distintos grados de convicción respecto de la verdad, que puede alcanzar quien aprecia la prueba, perseguía como fin aclarar cuál era el grado exigido por la ley para adoptar una decisión determinada, ahora, conociendo la exigencia jurídica, se expresa que quien falla, por efecto de ese conocimiento, tiene certeza acerca de la decisión que debe pronunciar. Un razonamiento no excluye al otro: el juez que no ha alcanzado la certeza sobre la imputación sabe ciertamente que, por imperio de una regla jurídica, no puede condenar y debe absolver; sin embargo, al apreciar la prueba, él puede alcanzar, empíricamente, cualquiera de los grados de convicción respecto de la verdad y la ley; precisamente, teniéndolos en cuenta, admite unos y proscribe otros, según se trate de la resolución a dictar y del momento en que se halla el procedimiento. La prueba más clara de ello es la consecuencia jurídica que leyes antiguas atribuían a la probabilidad en la sentencia (*poena extraordinaria*, *absolutio ab instantia* o *non liquet*), según lo advertimos. El razonamiento del autor citado tiene plena vigencia, en cambio, para advertir el error en el que incurren algunos fallos que, en la época actual y frente al Derecho moderno, siguen pensando que existen dos tipos de absoluciones, una plena o libre y otra de gracia o por duda, duda que expresan en la parte dispositiva de la sentencia, a manera de sanción moral, en abierta contradicción con el principio constitucional de inocencia[65].

Por fin, *duda*, *probabilidad* y *certeza* son posiciones respecto de la verdad que suponen la libre valoración de la prueba, esto es, la ausencia genérica de reglas legales que imponen a quien valora una solución determinada en presencia de ciertos elementos o condiciones[66]; en este último caso quien valora es la ley, y la per-

[63] Cf. Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, nº 2, ps. 36 y siguientes.

[64] Cf. Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, nota 36, p. 42, polemizando a Jorge A. Clariá Olmedo.

[65] Cf. Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, nº 6, ps. 126 y ss., con cita y exposición de las sentencias judiciales cuya construcción critica.

[66] Advierte la estrecha unión de la lucha de la Ilustración contra la *pena de sospecha* y la *absolutio ab instantia*, y por el principio *in dubio pro reo*, con la abolición del sistema de *prueba legal* y la conformación del principio de la *libre valoración de la prueba*, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 15, D, 2, p. 94.

sona que expresa su voluntad sólo formula un juicio jurídico acerca de las condiciones que la ley prevé para determinar un hecho. Sin embargo, las expresiones "plena prueba" y "semiplena prueba", que provienen del sistema de prueba legal, a veces utilizadas por las leyes de enjuiciamiento antiguas obedeciendo a su origen histórico, son equivalentes a certeza y probabilidad, respectivamente, cuando esas leyes no establecen un sistema puro de prueba legal (ejemplo: CPCrim. nacional [1889], 306 y 366, inc. 1).

III. Entre nosotros, la Corte Suprema ha reconocido la vigencia constitucional del aforismo y su núcleo de significación (*Fallos CSN*, t. 295, p. 782), casi siempre con remisión al argumento sobre la imposibilidad de *invertir la carga de la prueba* (próxima consecuencia del principio de inocencia a examinar), colocando en cabeza del imputado la necesidad de probar su inocencia y desplazando la regla derivada que impone al acusador o al Estado (persecutor penal) la exigencia de demostrar con certeza la imputación delictiva. Por lo demás, la Corte Suprema ha aplicado el aforismo en sus propias decisiones (*Fallos CSN*, t. 213, p. 269; t. 281, p. 69; t. 287, p. 212; t. 298, p. 240). Con la reforma constitucional de 1949 la garantía no fue derivada sino expresa en la Constitución nacional (CN, 29, texto reformado; *Fallos CSN*, t. 214, p. 294). Las convenciones internacionales de derechos humanos incorporadas hoy a nuestra CN (75, inc. 22) incluyen el aforismo por remisión a la presunción de inocencia, con cita expresa de la necesidad de la certeza para condenar y de la imposibilidad de invertir la carga de la prueba (por ej., CADH, 8, nº 2; PIDCyP, 14, nº 2). Sin embargo, esta afirmación no conduce a la pretensión de que la Corte Suprema descienda a la valoración de los hechos cuando el recurso del imputado sostiene que los elementos de prueba no alcanzan para verificar la certeza sobre la imputación (*Fallos CSN*, t. 252, p. 361; t. 298, p. 286); al contrario, la Corte Suprema es un tribunal de casación constitucional, razón por la cual sólo revisará la sentencia cuando el tribunal de mérito desconozca la regla al valorar la prueba: admite que no obtiene la certeza y, sin embargo, condena (*Fallos CSN*, t. 295, p. 778; t. 275, p. 9, y t. 292, p. 561).

De ello se desprende que no es correcto afirmar que el principio, una vez admitido como regla jurídica, escapa al control de la casación[67]. Será improcedente un recurso de casación cuya motivación pretenda que el juez, conforme a la prueba incorporada, debió expresar en su sentencia la duda y no la certeza en ella afirmada, porque aquí se trata de la valoración de la prueba, actividad propia del tri-

[67] Así, DANIELSEN, *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*, II, p. 126; D'ÁLBORA, *CPP Nación anotado*, art. 3, p. 20.

bunal de juicio y no criticable por vía de la casación; pero será perfectamente proponible la casación de una sentencia que expresa la falta de certeza y, sin embargo, condena[68].

IV. Según se observa, la sentencia definitiva —condena o absolución— es el ámbito natural en el que la regla juega su papel. Por ello, algunos códigos modernos que contienen esta regla la ubican en el capítulo dedicado a regular la sentencia[69]; otros, en cambio, la formulan como principio general[70]. Se puede admitir que, por excepción, se afirme el *favor rei* en una decisión que no sea la sentencia, según su denominación técnica, pero siempre deberá estar en relación con los elementos que tornan punible un hecho, ante la posibilidad de afirmarlos o negarlos, y de esa decisión dependerá, materialmente, la clausura de la persecución penal (sobreseimiento). Así, por ejemplo, si al decidir una excepción de prescripción, no se obtiene certeza acerca de la existencia de un hecho interruptivo o suspensivo de su curso, del que depende la extinción de la persecución penal y la impunibilidad del hecho, la falta de certeza favorecerá al imputado y, por ende, determinará el sobreseimiento[71]. Pero sobre la base de estos casos excepcionales, fundados en el hecho de que la ley procesal permite decidir con anticipación a la sentencia acerca de ciertas condiciones de la pena, no se puede defender afirmación alguna que, excediendo el ámbito propio de aplicación del *in dubio pro reo*, le otorgue vigencia durante todo el transcurso del procedimiento.

La afirmación de que *certeza* y *duda* juegan también su papel en las decisiones interlocutorias, según el argumento antes estudiado —aun en las decisiones que exigen sólo probabilidad (encarcelamiento preventivo), el juez que falla tiene la certeza de haber alcanzado esa exigencia, cuando provee a la coerción personal, y

[68] Cf. NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 410, nº 14, p. 383.

[69] CPP Córdoba, 406, III; CPP Tucumán, 406, III; CPP Costa Rica, 393, III; CPP Santa Fe, 5, a pesar de su inclusión en la parte general y en el título dedicado a las reglas básicas. Cf. DANIELSEN, *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*, X, p. 133.

[70] CPP Nación, 3. En este punto, el CPP Nación se apartó de sus fuentes al suprimir la mención del principio entre las normas que regulan la deliberación para dictar sentencia (art. 398).

[71] Falta de certeza no equivale a omisión de la decisión del tribunal competente cuando la interrupción de la prescripción se funda en un hecho punible cometido con posterioridad al que se juzga. La doctrina del fallo plenario CCC, 7/6/49, "Prinzo, E. F.", *Fallos CCC*, t. VII, p. 469, es errónea porque, al suspender el pronunciamiento sobre la cuestión, admite una cuestión prejudicial penal en lo penal, que la ley no establece. La solución adecuada remite a la misma decisión autónoma del tribunal que juzga sobre la prescripción del primer hecho la existencia del hecho interruptor: la comisión de un nuevo delito.

la certeza de no haberla alcanzado, cuando rechaza la medida[72]—, pese a la confusión que provoca, no equivale a afirmar que el *in dubio pro reo* rija también allí y representa un argumento de otro nivel, relativo al significado de las palabras duda y certeza, que no desconoce que la "insuficiencia de prueba" para lograr certeza acerca del hecho punible imputado tiene su consecuencia propia en las decisiones definitivas.

V. Conviene aclarar que la falta de certeza se puede presentar tanto respecto de la imputación y sus elementos (las circunstancias fácticas e, incluso, los elementos normativos o culturales fundantes de la acción u omisión típicas, la participación del imputado y su culpabilidad), como en relación a las causas de diverso orden que excluyen la condena y la pena. Sólo que, cuando se trata de una causa que excluye la condena o la pena, la falta de certeza opera en forma inversa: la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia; en cambio, la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación[73].

También los presupuestos fácticos que determinan la individualización de la pena (CP, 41) deben ser reconstruidos conforme al principio *in dubio pro reo*; así, la falta de certeza operará para admitir el hecho o negarlo, según que el juzgador le acuerde valor para aminorar o agravar la pena dentro de la escala respectiva[74].

Sin embargo, el rigor de esta última afirmación no parece equiparar al que suponen los presupuestos de la condena. Ello sucede, en principio, porque la ley penal no prevé, abstractamente, circunstancias que directamente conduzcan a aminorar o agravar la reacción penal, sino que se expresa mediante relaciones a tener en cuenta por el juzgador para determinar la pena concreta, sin obligar, incluso, a que las valore todas o sólo tome en consideración alguna de ellas (CP, 41). Empero, el principio sufre más en la praxis judicial, por la misma razón que en este ámbito sufren las demás garantías judiciales: no existe, en verdad, un debate sobre la pena que ponga en juego estas garantías, de modo tal que el acusador deba introducir los hechos en los que funda su pretensión punitiva e intentar su prueba y el tribunal no pueda acudir a otros para agravarla, y deba sólo pronunciarse sobre cuáles de ellos, y de los incorporados por la defensa, han sido verificados[75].

[72] Cf. Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, ps. 37 y siguientes.

[73] Cf. Núñez, *In dubio pro reo: duda sobre la ilicitud del hecho*, ps. 1 y siguientes.

[74] Danielsen, *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*, II, p. 126.

[75] Cf. Magariños, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, ps. 71 y siguiente.

Nadie ha discutido la vigencia de la regla del *favor rei* para la determinación de los hechos que importan en la sentencia y en la práctica jurisprudencial ha sido pacífica su aplicación, pese a algunas desviaciones ocasionales[76]. No obstante, vale la pena aclarar que por hechos o circunstancias fácticas se debe comprender, también, los elementos relativos a la voluntad del imputado, a su conocimiento o representación, que resulta imprescindible averiguar y reconstruir para aplicar la ley penal. Por ejemplo, cuando la ley penal contiene un elemento subjetivo y de su conocimiento depende la afirmación de la participación punible del acusado (el dolo del prevaricato; CP, 269), la falta de certeza sobre ese conocimiento favorece al enjuiciado, que debe ser absuelto; cuando al apreciar la incidencia de una causa de justificación (la necesidad; CP, 34, inc. 3) y puesto en tela de juicio si el acusado obró movido por la necesidad o sin conocer esta situación en absoluto (caso este último en el cual respondería penalmente, pues no obró al amparo de la justificante, "*para* evitar un mal mayor inminente" o "responder una agresión"), si se carece de certeza respecto del punto, la falta de certeza debe favorecer al imputado, por aceptación de que conoció la necesidad o la agresión ilegítima y obró al amparo de la justificante. Hechos son también las meras relaciones temporales, como la fecha de comienzo de la vigencia de una ley para determinar su aplicación, o la de realización del hecho punible imputado para el mismo fin o para la determinación de una segunda condenación condicional (CP, 2 y 27), casos en los cuales la falta de certeza siempre favorecerá al acusado y determinará la aplicación de la consecuencia más benigna.

VI. En cambio, se ha discutido si esta regla constituye un principio rector de la interpretación de la ley penal: se afirmó y se negó tal ampliación de su ámbito de vigencia[77]. La polémica acerca del alcance

[76] Cf. SENTÍS MELENDO, *In dubio pro reo*, 4, *a*, ps. 74 y ss., con cita de doctrina nacional y abundante jurisprudencia. Desviaciones del principio son posibles de observar en las sentencias corregidas por la Corte Suprema en *Fallos CSN*, t. 275, p. 9; t. 292, p. 561; t. 295, p. 782, que comenta CARRIÓ, A. D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cap. XI, 1.1., ps. 437 y siguientes.

[77] Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, ps. 205 y ss., con mención de los autores nacionales y extranjeros que se pronuncian a favor y en contra de la injerencia de esta regla en la interpretación de la ley penal. Cf., además, SENTÍS MELENDO, *In dubio pro reo*, 4, *b*, ps. 84 y ss.; ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal*, nº 53, ps. 103 y ss., quienes se pronuncian por la plena vigencia del aforismo en materia de interpretación de la ley penal. Obsérvese, sin embargo, que ninguno de los dos últimos autores deriva la solución que adopta y la vigencia del aforismo, con ese alcance, del principio de inocencia;

material de la máxima está contenida en la pregunta: ¿se refiere ella sólo a la determinación de las circunstancias fácticas que fundamentan la imputación o alcanza también a la interpretación y aplicación de la ley?

Lo cierto es que, corresponda una u otra solución, el ámbito jurídico en el que se debe resolver el problema no es el del Derecho procesal penal, sino, por el contrario, el del Derecho penal material: se trata de un problema relativo a la interpretación y aplicación de la ley penal sustantiva, que se debe solucionar según reglas y principios propios de esa materia. Por ello, es irrelevante el hecho de que varios códigos procesales den solución al problema en algún sentido, sobre todo si, como en nuestro país, la ley penal y la procesal pertenecen a distintas competencias legislativas, por distribución constitucional del poder legislativo del Estado entre el Estado federal y los estados provinciales (*comunis opinio*), la una al Congreso de la Nación (CN, 75, inc. 12: Cód. Penal) y la otra a las legislaturas provinciales (CN, 75, inc. 12, 121 y 125: códigos procesales y leyes de organización judicial)[78].

Sin embargo, conviene poner algún orden conceptual en el debate de la cuestión. Aquello que aquí se menciona como "interpretación favorable al reo", es aquello que, tradicionalmente, se conoce como *interpretación restrictiva*. Como se trata de la coerción estatal (llámese pena o medida de seguridad), la regla *in dubio pro reo*, así interpretada o así formulada, pretende limitar el poder penal del Estado, conforme al sentido del Estado de Derecho ("un resguardo más de la libertad individual"[79]), exigiendo la interpretación restrictiva de la norma que regula las condiciones bajo las cuales corresponde reaccionar penalmente (*in dubio mitius*): frente a dos posibilidades interpretativas, obtenibles por métodos distintos (interpretación literal o sistemática, etc.) o por diferentes definiciones válidas de las palabras de la ley (semántica), elegir la menos gravosa para el imputado

---

el último es expreso en considerar que la vigencia del aforismo, en materia de interpretación de la ley penal, deriva de la necesidad de no lesionar el principio de legalidad penal (CN, 18). Ver nota nº 84.

[78] Con error cita SENTÍS MELENDO, *In dubio pro reo*, p. 87, varios códigos provinciales para defender su tesis; bien, en cambio, ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal*, p. 105, quien advierte el problema; en este último sentido, con razón, DANIELSEN, *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*, XI, p. 135.

Sólo en el caso de pertenecer el poder legislativo penal y procesal a un mismo órgano —como puede suceder en el derecho contravencional, por ejemplo— carecería de importancia práctica el hecho de que la ley procesal mandara sobre la interpretación de la ley penal, a pesar de la desprolijidad sistemática.

[79] Éste es el sentido histórico de su afirmación: cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 208.

(porque coloca al hecho fuera de la reacción penal o lo privilegia respecto de la pena aplicable o, simplemente, de las características de su ejecución).

No obstante, tal caracterización del principio no siempre se corresponde con la finalidad indicada, pues para que ella se cumpla cabalmente es preciso aclarar que, a contrario de lo expuesto, rige la *interpretación extensiva* —y aun la *aplicación analógica in bonam partem*, no prohibida por el principio de legalidad penal— cuando se trata de determinar el ámbito de aplicación de una facultad o autorización concedida al imputado (por ej., las reglas de permiso o causas de justificación) o de una causa que excluya la culpabilidad o la punibilidad (por ej., el estado de necesidad disculpante o una excusa absolutoria). Incluso, por efecto de que alguna de estas causas que excluyen la reacción penal son reguladas por la ley penal con algunos impedimentos para su aplicación (por ej., la suspensión o interrupción del curso de la prescripción), aun aquí habría que distinguir nuevamente y sostener, para seguir la regla sobre la que discurrimos, que los preceptos referidos a estos impedimentos deben ser interpretados restrictivamente. De este modo, la afirmación a la que nos conduce el principio, en su aplicación a la interpretación jurídica, varía según que la regla interpretada guíe a la reacción penal (interpretación restrictiva) o la rechace (interpretación extensiva), y se debe formular así: frente a dos posibilidades interpretativas razonablemente fundadas, elegir la menos gravosa para el enjuiciado, operación que no siempre da por resultado la interpretación restrictiva.

Adviértase que, para quien afirma esta regla, sería correcta una interpretación diversa de un mismo precepto legal en dos casos distintos. Por ej., se ha discutido si el encargado (portero) de un edificio que, ante el despido, se niega a abandonar la vivienda que le fue proporcionada en razón de su relación laboral, permaneciendo en ella, comete el delito de usurpación (CP, 181, inc. 1)[80]. Si se admite como discutible esta opinión, la aplicación del *favor rei* podría conducir a la absolución de un portero que observe este comportamiento, al menos por interpretación restrictiva de la prohibición (modos de comisión), pero, al mismo tiempo, podría llevar a idéntico resultado respecto de una persona que reacciona proporcionadamente contra el encargado que no abandona la vivienda, impidiéndole entrar a ella por algún medio de fuerza, por ej., por interpretación extensiva de la facultad de defenderse legítimamente (CP, 34, inc. 6, *a*: agresión ilegítima); para la segunda solución es claro que se debe sostener que el encargado obraba antijurídicamente, esto es, que llevaba a cabo un hecho prohibido.

A nuestro entender, la ley penal no contiene un principio interpretativo semejante, por lo que no parece que una interpretación *intra legem*, aunque extensiva, vulnere la reserva de legalidad en materia

[80] CCC, *Doctrina de Fallos Plenarios* (Recurso de inaplicabilidad de ley - encargado de casa de renta), "Cantavino, Mario", 1/8/1964, resuelve por mayoría a favor de la tesis afirmativa: "Resuelto el contrato de trabajo, concluye para el encargado de casa de renta todo derecho a permanecer en la casa, precariamente cedida por esa causa y sin que exista derecho de retención, y por lo tanto, su negativa a abandonarla configura el delito de usurpación". Frente a los modos limitados de comisión del delito en examen, la tesis sentada siempre nos pareció interpretación *extra legem*, contraria al principio de legalidad (CN, 18).

penal sustantiva (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*; CN, 18)[81]. El significado histórico de la *presunción de inocencia*, por lo demás, no permite extraer esta conclusión para el *in dubio pro reo*, pues no tiene vínculo alguno con la interpretación de la ley penal, pero, por el contrario, sí lo tiene con la atribución de un comportamiento concreto a una persona (hechos)[82].

Con la reforma constitucional de 1949 se introdujo en la Constitución nacional (CN, 29, texto reformado) el principio *in dubio pro reo*, así formulado: "En caso de duda, deberá estarse *siempre* a lo más favorable al procesado" (destacado nuestro). Dejando de lado la crítica política del texto, lo cierto es que, introducida la regla a la ley suprema de la manera indicada, la discusión acerca de si ella abarcaba sólo la determinación de los hechos o también el Derecho aplicable no sólo era válida en todos sus términos, sino que, además, se hubiera debido inclinar hacia aquellos que sostienen la aplicación del aforismo también a la interpretación jurídico-penal. La Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular (nuevo texto), admitiendo que la regla era válida tanto para la prueba de los hechos cuanto para la interpretación de la ley[83].

El principal problema que plantea la aplicación de un principio como el examinado a la interpretación de la ley es el que emerge de la afirmación siguiente: bastaría tornar razonable la posibilidad de más de una interpretación de la ley para que sólo una fuera correcta, la más favorable[84].

Los códigos procesales penales modernos, limitados correctamente a su propio ámbito, la ley procesal, contienen una regla que impone la interpretación restrictiva de los preceptos que coartan la libertad personal, limitan el ejercicio de un derecho atribuido o establecen sanciones procesales (CPP Nación, 2; CPP Córdoba, 3; CPP Mendoza, 3; CPP Salta, 3; CPP La Rioja, 6; CPP La Pampa, 3; CPP Entre Ríos, 3; CPP Corrientes, 3; CPP Santa Fe, 7; CPP Tucumán, 3; CPP Costa Rica, 3), con lo cual la regla que acepta el brocárdico del *favor rei*, en la interpretación de la ley procesal penal, se formula en lenguaje tradicional. Adviértase, no obstante, que la fórmula sólo introduce

[81] En este sentido, NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 208, quien ubica correctamente el problema dentro de la teoría del error y sus consecuencias penales; en contra: ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal*, nº 53, ps. 103 y siguiente.

[82] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 49; desde otro punto de vista, también DANIELSEN, *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*, IV, p. 127; BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, § 6, II, 2, *b*, p. 16 y § 52, ps. 178 y ss.; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 1, § 14, VII ps. 156 y ss.; D'ÁLBORA, *CPP Nación anotado*, art. 3, p. 19; en contra SENTÍS MELENDO, *In dubio pro reo*, 4, *b*, ps. 84 y siguientes.

[83] *Fallos CSN*, t. 220, p. 144.

[84] Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 207; SOLER, *Derecho penal argentino*, 2ª ed., t. 1, § 14, VII, ps. 156 y ss., ambos citando a GRISPIGNI.

parcialmente el principio, pues olvida la interpretación extensiva de las normas que confieren facultades[85].

VII. Según todo lo explicado, el aforismo *in dubio pro reo* representa una garantía constitucional derivada del principio de inocencia (CN, 18), cuyo ámbito propio de actuación es la sentencia (o una decisión definitiva equiparable), pues exige que el tribunal alcance la certeza sobre todos los extremos de la imputación delictiva para condenar y aplicar una pena, exigencia que se refiere meramente a los hechos y que no soluciona problemas de interpretación jurídica, ni prohíbe ningún método de interpretación de la ley penal, mientras ella se lleve a cabo *intra legem*.

La regla es, así, un criterio político transformado en precepto jurídico para poder decidir, cuando se carece de seguridad, afirmando o negando un hecho jurídicamente importante, de modo que, aunque se "desconozca" el acierto o desacierto objetivo de la resolución, permita, al menos, valorar la juridicidad de la conducta judicial; tal criterio político es propio del Derecho penal liberal o de un Estado de Derecho, pues quien quisiera podría resolver las cosas de otra manera (*non liquet, absolutio ab instantia, poena extraordinaria*)[86].

Es por ello que, partiendo de este criterio, resulta inadmisible que los jueces, a manera de sanción moral, utilicen en la parte dispositiva del fallo la fórmula de que absuelven "por beneficio de la duda" o mencionen allí la regla respectiva[87]. Para evitar todo malentendido, las leyes antiguas habían aclarado que "la absolución se entenderá libre en todos los casos. Queda absolutamente prohibida la simple absolución de la instancia" (así, por ej., el CPCrim. nacional [1888], 497); y, sin embargo, no parece haber sido suficiente.

b) Onus probandi

Derivado de la necesidad de afirmar la certeza sobre la existencia de un hecho punible para justificar una sentencia de condena, se ha afirmado también que, en el procedimiento penal, la *carga de la prueba* de la inocencia no le corresponde al imputado o, de otra manera, que la carga de demostrar la culpabilidad del imputado le correspon-

[85] El CPP Santiago del Estero, 3, en cambio, constituye un ejemplo de extralimitación, pues pretende prohibir la aplicación analógica y la interpretación extensiva de la ley penal.

[86] Cf. Beling, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, § 52, IV, p. 180.

[87] Cf. Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, nº 6, ps. 126 y ss., quien desde el prólogo confiesa que su libro debe su aparición a la crítica de esas sentencias.

de al acusador y, también, que toda la teoría de la carga probatoria no tiene sentido en el procedimiento penal.

La solución depende, sin duda, de la forma según la cual definamos el confuso concepto de *carga de la prueba*. Sin proponernos definir el concepto con precisión, baste decir que la categoría *carga* o *cargo* se presentó en el Derecho procesal como un intento de reemplazar a la de *obligación*, más técnica y propia de las relaciones jurídicas materiales, indicándose que quien no cumplía con una *carga procesal* omitía desarrollar una facultad que lo preservaba de colocarse en situaciones desventajosas respecto de la decisión, o bien dejaba de utilizar una posibilidad de colocarse en una situación ventajosa, en miras a la sentencia final[88]. Ello, en verdad, no define otra cosa que lo que la teoría jurídica nombra como facultad, potestad o derecho, de manera general[89]. Pero, en el proceso civil, la teoría de la *carga de la prueba* se ha utilizado como regla de principio para determinar cuál de las partes debe demostrar los hechos afirmados y, a la vez, como consecuencia, cómo debe decidir el juez sobre los hechos afirmados, que no han sido determinados fehacientemente; la regla explica que cada una de las partes debe demostrar los hechos que invoca (*onus probandi*): el actor los que fundan su demanda, y el demandado los impeditivos que invoca en su defensa, con lo cual quien no verifica aquello que afirma coloca al juez en situación de negar la hipótesis en la sentencia, por remisión a la regla; como el tribunal es, en el proceso civil, más un árbitro que un inquisidor, la regla define la reconstrucción de los hechos oscuros o inciertos, ante la imposibilidad del *non liquet*[90].

Una estructura y organización similar no existen en el procedimiento penal. De allí que tengan razón quienes excluyen de su sistema la teoría de la carga probatoria[91]. En verdad, aquí se trata del

[88] Cf. Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, t. I, cap. VI, ps. 90 y ss.; sobre su aplicación en el Derecho procesal penal, ver t. II, nº 20 y ss., ps. 85 y ss.; Palacio, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 27, ps. 240 y ss. y nº 28, ps. 250 y siguientes.

[89] Cf. Hart, *El concepto de Derecho*, cap. III, en especial ps. 35 y ss.; Maier, *Función normativa de la nulidad*, § 4, ps. 113 y siguientes.

[90] Cf. Palacio, *Manual de Derecho procesal civil*, t. I, nº 194 a 196, ps. 426 y siguientes.

[91] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. I, 5, V, B, *c*, ps. 44 y ss.; Schmidt, *Deutsches Strafprozeßrecht*, nº 102, p. 601; Rubianes, *Manual*, t. II, p. 236, parece comprender, correctamente, que el *in dubio pro reo* suple, en el proceso penal, aquello que en el proceso civil significa la teoría de la carga probatoria: una regla para superar el *non liquet* (cf. sin embargo, t. I, p. 79); en contra Sentís Melendo, *In dubio pro*

funcionamiento de la regla *in dubio pro reo* en la sentencia, de modo tal que, no verificados con certeza todos los elementos que permiten afirmar la existencia de un hecho punible, el resultado será la absolución; y, de otra parte, no destruida con certeza la probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impondrá el mismo resultado. Y ello porque, según ya lo expusimos, el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible.

El proceso penal común, en el que se persigue un delito de acción pública, no es un "proceso de partes"[92], en el sentido de un procedimiento dominado por ellas, que introducen las cuestiones e intentan demostrarlas según su interés, y, a la vez, disponen del contenido material del proceso, como sucede en el proceso

reo, 3, *c*, ps. 64 y ss., quien, además, desconoce diferencias entre los procesos penal y civil en relación al aforismo; BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, § 64, V, ps. 240 y ss., impone la "carga de la prueba" al acusador; en el mismo sentido, entre nosotros, D'ÁLBORA, *Curso de Derecho procesal penal*, t. I, nº 59, ps. 151 y ss., respecto del CPCrim. nacional (1889), especialmente para el juicio plenario, también sosteniendo que, para algunos hechos, la carga de la prueba le corresponde al imputado y sin relacionar la teoría con el principio de inocencia.

[92] Cf. BAUMANN, *Grundbegriffe*, 3ª ed., cap. I, I, p. 16, 2, p. 20 y II, 1, *a*, p. 26; PETERS, *Strafprozeß*, § 3, 2, p. 15; SCHMIDT, *Deutsches Strafprozeßrecht*, § 8, nº 60 a 64, ps. 41 y ss.; BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, § 33, ps. 100 y ss., presenta bien la esencia del proceso penal moderno en Europa continental, surgido durante el siglo XIX, desde el punto de vista que ahora observamos: se puede discrepar con el nombre elegido para caracterizarlo, "semiacusatorio", pero difícilmente con la caracterización, similar a la del texto.

Entre nosotros, VÉLEZ MARICONDE se ha ocupado del problema (*Derecho procesal penal*, t. II, cap. IV, 4, ps. 152 y ss.) negado la caracterización del proceso penal como "proceso de partes", acorde con su conocida explicación sobre la función judicial en materia penal. Claro está, todo depende de la definición que acordemos para la palabra "parte". Pero si la utilizamos en el sentido propio con el que se la usa en el texto, para extraer alguna consecuencia útil de la caracterización, coincidiremos en afirmar que aquí se muestran las principales diferencias entre el Derecho procesal que tiene por meta realizar el Derecho privado y el que procura realizar el Derecho penal. Será útil pensar, por ejemplo, que el funcionario que procura por el ministerio público puede ser recusado y debe excusarse, como los jueces, situación incompatible con el concepto de parte y consecuencia, precisamente, de la caracterización que defendemos.

Aun los procedimientos por delitos de acción privada distan de identificarse con el clásico proceso civil "de partes". Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad del tribunal de introducir de oficio cuestiones favorables al imputado e, incluso, los medios de prueba que tienden a verificarlas. En él no rige, en el sentido del texto, la teoría de la carga probatoria, sino, precisamente, el *in dubio pro reo*. Estos procedimientos merecen, quizás, la designación como "semiacusatorios", si esa palabra se utiliza en sentido material y no tan sólo en sentido formal.

civil común; se trata, antes bien, de un procedimiento regulado para la persecución penal estatal, en cuyo otro extremo está el perseguido penalmente; es la forma legítima de realización del poder penal del Estado frente a las personas que, eventualmente, deben sufrirlo, ante la noticia de que acaeció un hecho punible. Si a veces asume formas similares al proceso civil (acusatorio), ello sucede sólo desde el punto de vista formal, para permitir el ejercicio eficaz de la defensa del perseguido penalmente. Así, por ej., el Estado divide sólo formalmente sus funciones en el procedimiento, estableciendo un órgano que requiere (el ministerio público) y otro que decide (el tribunal), para evitar que quien decide afirme antes la hipótesis sobre la que va a juzgar y limitar exteriormente su decisión a los hechos contenidos en la imputación deducida, con lo cual torna eficaz la defensa del perseguido y evita la sorpresa en el fallo. Pero si, formalmente, la ley otorga a un órgano estatal el poder de requerir y a otro el de decidir, materialmente, en cambio, ambos órganos estatales tienen sólo un interés objetivo en la debida actuación de la ley penal y, para ello, en el esclarecimiento de la verdad histórica, con lo cual su función material resulta idéntica. De allí que, con diferencias meramente formales, se admita que también el tribunal —y no sólo el ministerio público— está ligado al deber de averiguar la verdad y que la ley le proporcione medios para ello: de allí también que el ministerio público pueda concluir en absolución o sobreseimiento, incluso por aplicación la máxima *in dubio pro reo*, fórmula inconcebible en el proceso civil ("de partes"), porque implica desistimiento[93].

De ese deber de investigar la verdad, algunos autores extraen la fórmula de que no incumbe al imputado la prueba de la incerteza de la imputación o de la certeza de las causas que excluyen la condena y la aplicación de una pena. Pero lo cierto es que no incumbe a nadie, pues el único principio rector actuante sólo expresa que la condena requiere la certeza de la existencia de un hecho punible (*in dubio pro reo*). El deber del acusador público no reside en verificar ese hecho punible, sino, antes bien, en investigar la verdad objetiva acerca de la hipótesis delictual objeto del procedimiento, tanto en perjuicio como

[93] La Corte Suprema ha decidido, el 22/12/1994, en la causa "García, José Armando s/p.s.a. estelionato y uso de documento falso en concurso ideal s/casación", que, cuando el representante del ministerio público solicita la absolución del imputado en su informe final del debate, incluso por imperio del beneficio de la duda, es nula la sentencia condenatoria del tribunal de juicio. Se destaca, también, que de la sentencia CSN se desprende: a) que la nulidad de la sentencia se declaró de oficio pues el recurso extraordinario no había sido interpuesto por este motivo; y b) que, incluso, el recurso extraordinario era inidóneo por "inobservancia del requisito propio de la vía intentada", razón por la cual la competencia de la CSN no había sido abierta.

En verdad, la CSN había adelantado esta opinión el 28/12/1989, en "Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad", T. 209.XXII, en esta ocasión con un recurso procedente y por este motivo específico. Esta jurisprudencia del máximo tribunal contrasta con la del tribunal de casación nacional en el caso "Ferreyra, Julio s/rec. de casación", causa nº 101, resuelto por la Sala I el 14/4/1994, que decide, precisamente, lo contrario.

en favor del imputado, deber similar al que pesa sobre el tribunal. Y ambos están ligados —uno para dictaminar en sus requerimientos y otro para decidir— por la regla que les exige que, si no obtienen la certeza, se deben pronunciar a favor del imputado[94].

En los procesos por delitos de acción privada, aunque parezcan distintos de los de acción pública, ocurre algo muy similar. Ellos pueden ser caracterizados como *semiacusatorios*[95], pues, del lado del acusador, son asimilables al ejercicio de una pretensión privada, con poder de disposición sobre el contenido material del procedimiento y, también, sobre la pena (CP, 59, inc. 4, y 69); pero, del lado del imputado, todo funciona en forma idéntica al procedimiento penal por delito de acción pública (pues el imputado no dispone de la pena): por ej., el tribunal podría incorporar, aun de oficio, y afirmar en su sentencia, hechos que determinen la exclusión de la condena, la exclusión de la pena o que aminoren la gravedad de la pena[96]. Aquí se puede decir que al acusador privado le incumbe la verificación

[94] La previsión contenida en el CPP Santa Fe, 67, párr. II, según la cual: "En caso de duda, mantendrán una postura incriminadora, calificándose como falta grave la omisión negligente del ofrecimiento de la prueba de cargo estimada como eficaz", carece de sentido en nuestro sistema de enjuiciamiento penal. ¿También al concluir después del debate deben observar esa "postura", a pesar de conocer que el tribunal deberá absolver por incerteza acerca de la imputación delictiva? ¿Por qué no se calificó como falta grave la omisión —al menos dolosa— de la prueba de descargo? Es aceptable y hasta previsto que para la promoción del juicio público el ministerio público no tenga necesidad de contar con la certeza sobre la imputación que dirige, bastándole para acusar con la probabilidad fundada de lograr una condena, pero resulta ridículo que él le pida al tribunal algo para la sentencia, que sabe que el tribunal no puede conceder, esto es, que opere con reglas distintas que las del tribunal para requerir un acto que este último debe dictar.

[95] Ver nota nº 92. BELING, *Derecho procesal penal*, ps. 94 y 101, parece entender que este procedimiento es acusatorio, "de partes".

[96] Esta explicación responde a la estructura tradicional de nuestro procedimiento penal y, aun, de nuestro Derecho penal, que sólo incluyó históricamente dos casos de excepción, más que raros en su sistema: la retractación en los delitos contra el honor (CP, 117) y el casamiento con la ofendida en algunos delitos contra la honestidad (CP, 132), mecanismos con los cuales la voluntad del imputado cercena la persecución penal y, en definitiva, la pena estatal. Ya hemos dado cuenta, sin embargo, del movimiento actual, político-criminal, que sugiere una mayor "privatización" del Derecho penal, mediante mecanismos por los cuales la voluntad del imputado, la del órgano estatal encargado de la persecución penal e, incluso, la de la víctima, ya aisladamente o en forma de consenso, regulan la aplicación de una pena y, a través de ello, influyen directamente sobre el contenido del procedimiento penal. A nuestro Derecho penal ya han ingresado el art. 14 de la ley nº 23.771 (llamada ley penal tributaria) y la suspensión del juicio a prueba (CP, 76 *bis* y ss.), mecanismos mediante los cuales la voluntad del imputado, bajo ciertas condiciones, influye sobre el procedimiento y la pena, pues representan, en medida distinta, el ingreso de la "reparación como tercera vía" al Derecho penal argentino (cf. MAIER, *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*).

Es posible y probable que, como resultado de este movimiento político-criminal, también la estructura actual de nuestro procedimiento penal y las facultades de las

de la certeza sobre todos los elementos que fundan la imputación delictiva y la pena; pero ello también porque rige el principio de que la falta de certeza beneficia al imputado: *in dubio pro reo*.

Más que sobre el *in dubio pro reo*, la jurisprudencia de tribunales superiores ha tenido oportunidad de expedirse sobre esta regla derivada; ello en virtud de que los tribunales de mérito no han osado desconocer directamente el *in dubio pro reo* como máxima que rige la reconstrucción fáctica en la sentencia —de allí su difícil control en casación—, probablemente por su imposición cultural innegable; antes bien, han acudido a procedimientos reñidos con su sentido, pero mediante fórmulas idiomáticas pretendidamente alejadas de su núcleo, argumentando sofísticamente para desconocer el principio. Una de estas formas —nada inteligente, por cierto— fue la de "cargar" la prueba sobre el imputado cuando él invocaba algún hecho que excluía la condena o la pena; y allí nuestro tribunal constitucional, quizá con defecto idiomático, pero con indudable corrección interpretativa del sentido del principio estudiado, rechazó esas sentencias, casándolas con la misma fórmula: "el fallo importa violación a la garantía del art. 18 de la Constitución nacional, pues invierte la carga de la prueba y la exige al imputado"[97].

c) El trato de inocente y la coerción procesal

I. El axioma que impide la pena sin una sentencia judicial que la ordene, decisión fruto de un procedimiento previo ajustado a la Constitución y a la ley, ha fundado correctamente la pretensión de que durante el curso de ese procedimiento el imputado no pueda ser tratado como un culpable (penado) o, dicho de modo positivo, que deba ser tratado como un inocente. Sin embargo, la afirmación no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal, incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento de persecución penal.

---

personas —públicas o privadas— que en él intervienen sufran un cambio que, no por pausado, sea menos radical: por ej., la concepción tradicional de la función del ministerio público, que hemos descripto inmediatamente antes, puede variar radicalmente, a medida de que la legislación le reconozca cierto ámbito político de decisión sobre la persecución penal y, con ello, su organización y facultades en el procedimiento penal lo aproximen más a una "parte" procesal (la influencia se nota, incluso, en la jurisprudencia: ver nota nº 93).

[97] *Fallos CSN*, t. 275, p. 9; t. 292, p. 561; t. 295, p. 782; cf. síntesis en Carrió, A. D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ª ed., cap. XI, 1.1, ps. 457 y siguientes.

Los términos *coerción* o *coacción*, voces sinónimas para el caso, representan el uso de la fuerza para limitar o cercenar las libertades o facultades de que gozan las personas de un orden jurídico, con el objeto de alcanzar un fin determinado. Esta es, por ej, la definición del delito de coacción (CP, 149 *bis*, párr. II) o, de manera idéntica, de la coerción antijurídica que un individuo ejerce sobre otro. Pero, cuando hablamos de la *coerción legítima que ejerce el Estado*, nos referimos al *uso de su poder, acordado por la ley* (ley que debe respetar las reglas constitucionales que limitan el poder estatal), *que conculca o restringe ciertas libertades o facultades de las personas, para lograr un fin determinado*.

La pena —también las medidas de seguridad y corrección— es el medio clásico de coerción del que dispone el Derecho penal material; la ejecución forzada, el medio clásico del que dispone el Derecho privado material. Pero también el Derecho procesal, penal y civil, utiliza la fuerza estatal para lograr determinados fines: ejemplo de ello son la prisión preventiva o privación de libertad procesal, el embargo, el allanamiento domiciliario, etcétera.

Históricamente, la llamada "presunción de inocencia" no ha tenido como fin impedir el uso de la coerción estatal durante el procedimiento de manera absoluta. Prueba de ello es el texto de la regla que introdujo claramente el principio, el art. 9 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*: "... presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, *si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona* debe ser severamente reprimido por la ley" (destacado nuestro). Nuestra ley fundamental sigue esos pasos: pese a impedir la aplicación de una medida de coerción del Derecho material (la pena) hasta la sentencia firme de condena, *tolera el arresto por orden escrita de autoridad competente*, durante el procedimiento de persecución penal (CN, 18).

La Constitución nacional se expresa, en verdad, con una oración negativa: "ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente". Ella funda, en principio, el derecho de *habeas corpus*[98], derecho que consiste en la posibilidad —para cualquier persona (sistema de acción popular)— de pretender que un juez haga cesar la privación de libertad o la amenaza actual de privación de libertad que arbitrariamente sufre una persona, pues no se funda en la *orden escrita de una autoridad competente*[99].

Se discute acerca de si la "autoridad competente" que menciona la ley fundamental puede ser cualquier autoridad a la que atribuya competencia para ello la

[98] Cf González, *Manual*, nº 1174, p. 184; Bielsa, *Derecho constitucional*, 3ª ed., nº 156, ps. 410 y ss.; Bidart Campos, *Derecho constitucional*, II, cap. XVIII, 2, p. 511; Bertolino, *El habeas corpus*, 2.1.1., ps. 27 y siguiente.

Cabe preguntarse si el nuevo art. 43, párr. III, de la CN (reforma de 1994) altera esta interpretación.

[99] Ley nacional nº 23.098, en especial sus arts. 3º y 4.

ley común —para el caso, reglamentaria de la Constitución nacional (CN, 28)—, o, por el contrario, alguna autoridad específica, cuya atribución la ley común no puede extender a cualquier órgano estatal sin mengua de la garantía para la seguridad individual; casi nadie es consciente de que la efectividad de la garantía depende, prácticamente, de la interpretación —restrictiva o extensiva— de este giro, pues, si se afirma que la ley común puede atribuir competencia a cualquier autoridad para privar de libertad a las personas —dictar la orden escrita—, la garantía puede quedar convertida en mera ilusión, no bien se afirme —correctamente— que el *habeas corpus* sólo pretende examinar la existencia de la orden escrita y la competencia de la autoridad que la dictó[100].

Nosotros afirmamos que el giro "autoridad competente" hace referencia a la propia Constitución y, por ende, a las facultades que ella atribuye a las autoridades que crea, de modo que debe entenderse como "autoridad competente *según esta Constitución*". En ese sentido, la Constitución faculta a los tribunales de justicia para decidir durante el procedimiento de persecución penal —incluso sobre las medidas de coerción— (principio del *juez natural*, CN, 18), creando el Poder Judicial de la Nación (CN, 108 y ss.) y obligando a las provincias a crear y organizar su propia administración judicial (CN, 5 y cc.), y, por excepción, atribuye también a otras autoridades el poder de emitir la orden escrita que legitima el *arresto* (CN, 23, 99, inc. 16, 59, 69 y 70).

De todos modos, resulta evidente que, sí, además de la facultad de aplicar penas, se entiende que los *jueces naturales* son los autorizados a emitir la *orden escrita de arresto*, permitida por la Constitución, durante el procedimiento penal, ello significa que es posible y legítima la coerción, aun antes de la sentencia firme de condena.

II. Sin embargo, el hecho de reconocer que el principio de inocencia no impide la regulación y aplicación de medidas de coerción durante el procedimiento —antes de la sentencia de condena firme que impone una pena—, según el texto de la ley fundamental o el sentido histórico-cultural de la garantía, no significa afirmar que la autorización para utilizar la fuerza pública durante el procedimiento, conculcando los derechos de que gozan quienes intervienen en él, en especial, los del imputado, sea irrestricta o carezca de límites. Al contrario, la afirmación de que el imputado no puede ser sometido a una pena y, por tanto, no puede ser tratado como un culpable hasta que no se dicte la sentencia firme de condena, constituye el principio rector para expresar los límites de las medidas de coerción procesal contra él.

Este principio rector, que preside la razonabilidad de la regulación y de la aplicación de las medidas de coerción procesales, se puede sin-

[100] Bielsa, *Derecho constitucional*, nº 156, c, ps. 412 y ss., parece intuir el problema, pero no lo resuelve correctamente, sobre todo cuando admite que la ley atribuya al Poder Ejecutivo competencia para emitir la orden de arresto en casos determinados.

tetizar expresando: *repugna al Estado de Derecho*, previsto en nuestro estatuto fundamental, *anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal*[101]. Si ello es así, se debe poder establecer alguna diferencia de significado entre la pena y las medidas de coerción procesales, a pesar de que ambas residen en la utilización del poder estatal para privar a los individuos de derechos (libertades) que les concede el orden jurídico y de que, en muchos casos, la forma exterior de realización es idéntica o, al menos, similar (por ej., pena privativa de libertad y prisión preventiva).

De ordinario se utiliza la fuerza pública para sancionar el incumplimiento al deber que impone una norma jurídica determinada; el orden jurídico intenta, mediante estas *normas de deber* y la amenaza de una sanción, disuadir a las personas sometidas a él para que emprendan determinada acción (mandato = deber de acción: por ej., devolver la cosa prestada en el momento pactado, para el comodato, o auxiliar a una persona desamparada, en el delito de omisión de auxilio) que considera ventajosa socialmente, o para que se abstengan de llevar a cabo una acción (prohibición = deber de omitir: por ej., no matar a otra persona, en el homicidio), que considera desvaliosa socialmente.

La sanción es la llamada *coerción material* y representa la reacción del Derecho, prometida o aplicada, contra la inobservancia de los deberes que impone. En el caso del Derecho penal esa sanción se denomina *pena* y representa la reacción estatal frente al delito.

Sin pretender ahora tomar partido o dilucidar el discutido problema acerca de los fines que persigue la pena, lo cierto es que, modernamente, se ha indicado para ella tres fines principales: la *retribución* con un mal impuesto al infractor que él merece por la realización de un valor contrario al puesto por la norma jurídica (desvalor); la *prevención general*, como intento del orden jurídico de colocar un "contramotivo" para la decisión de delinquir, que se agota en la amenaza de la sanción o, positivamente, como forma de mantener vigentes ciertos valores jurídico-sociales, establecidos por el orden jurídico a través de la condena y sanción de algunas acciones que los desprecian, y la *prevención especial*, referente a la san-

[101] Cf. Cafferata Nores, *La excarcelación*, cap. II, ps. 24 y ss., quien desarrolla los diversos fundamentos mencionados por los autores para justificar el ejercicio de la coerción contra el imputado y coincide en el punto de partida indiscutible; parece increíble la cantidad de opiniones que, de uno u otro modo, aceptan el principio contrario: especialmente, cap. II, nº 8, 9, 10 y 11, ps. 25 y ss. Hay leyes que, en su texto o en su Exposición de Motivos, reconocen a la privación de libertad procesal como un anticipo, para ellas necesario, de la pena al imputado: art. 46, ley nacional nº 18.670, ley nacional nº 12.853 y decr. ley 2.021/63, art. 24, reglas hoy derogadas; cf. Rubianes, *La excarcelación*, nº 40, ps. 103 y ss.; Maier, *Sobre la libertad del imputado*, § 1, III, ps. 29 y ss.: la era de los "delitos no excarcelables". Cf., además, Zaffaroni, *Inconstitucionalidad de los llamados delitos no excarcelables*, ps. 535 y ss.; y Hendler, *Inconstitucionalidad de las restricciones a la excarcelación*, ps. 729 y ss. El problema subsiste hoy y se plantea, por ej., en materia referida a la ley penal tributaria (nº 23.771, 17): cf. Pastor, *Disertación sobre la libertad bajo caución en el proceso penal por delito fiscal*.

ción ya aplicada con el objeto de que el infractor particular que sufre la condena no recaiga en el delito[102].

La diferencia entre la *coerción material* y la *procesal* no se observará por el lado del uso de la fuerza pública, ni centrando la mira en aquello que implica la privación de libertades otorgadas por el orden jurídico, elementos que caracterizan a toda coerción estatal y que, por lo tanto, son comunes a ambas; sólo se puede establecer por el lado de los *fines* que una y otra persiguen. La *coerción procesal*, correctamente regulada y aplicada, no aparecerá vinculada a los fines que persigue el uso de la fuerza pública en el Derecho material, pues, si así fuere, no significaría más que *anticipar* la ejecución de una sanción no establecida por una sentencia firme mientras se lleva a cabo el proceso regular establecido por la ley para posibilitar esa condena. Al contrario, resulta lícito pensar que la fuerza pública se puede utilizar durante el proceso —y en el proceso penal, no sólo contra el imputado, aunque él sea el motivo de la preocupación principal— para asegurar sus propios fines. En el Derecho procesal penal, como tantas veces se ha dicho, esos fines son expresados sintéticamente mediante el recurso a las fórmulas: correcta *averiguación de la verdad* y *actuación de la ley penal*[103].

Se conoce ya que, para llegar en concreto a la imposición de una sanción, en especial, a una pena, es necesaria la actividad de ciertos órganos del Estado, provocada o jurídicamente obligada, e incluso de ciertas personas privadas, con el fin de averiguar la infracción hipotética que motiva el procedimiento y de actuar la ley sustantiva, con determinación eventual de la sanción correspondiente al caso. Éste es el terreno en el que se mueve el Derecho procesal: regular la actividad que se debe realizar con ese fin, aspecto que le ha valido su calificación como Derecho instrumental, realizador o sirviente.

Esos fines pueden ser puestos en peligro deliberadamente por una conducta humana de acción u omisión —dirigida a ello o que, sin procurar ese fin, ni tenerlo en cuenta, provoque el mismo resultado, en

[102] Modernamente, cf. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, ps. 1 y ss.; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, (*El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, ps. 87 y ss.); BACIGALUPO, *Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano*, ps. 11 y ss. Cf., más modernamente, la crítica a esa manera de legitimar la pena en "Poder y control", 1986, nº 0, Prevención y teoría de la pena: presente y alternativa, con diferentes artículos de BUSTOS RAMÍREZ, FERRAJOLI, MIR PUIG, WOLF, BERGALLI, BARATTA, HASSEMER, HULSMAN, RESTA, HORMAZABAL MALARÉE, PAVARINI, MAPELLI CAFFARENA, GARCÍA VALDÉS, y GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER.

[103] Cf., por todos, VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. VIII, § V, 1, p. 475.

particular, por el comportamiento del propio imputado—. La correcta averiguación de la verdad, por ej., puede ser obstaculizada por un testigo que, citado a exponer aquello que conoce, no concurre, razón por la cual se autoriza a usar la fuerza pública para lograr su *comparecencia forzosa*, o porque quien puede franquear el acceso a un lugar cerrado rehúsa permitir su inspección o su voluntad no puede ser consultada en ese momento por motivos de hecho (de allí el *allanamiento* como inspección domiciliaria forzosa) o, en fin, porque el propio imputado destruye rastros del delito, se pone de acuerdo con sus cómplices, pretende influir sobre los testigos, etc. Por su parte, la actuación de la ley penal puede verse impedida por una acción que la inhiba, como cuando se torna imposible la tramitación del procedimiento previsto para arribar a la sentencia, o la ejecución de la sentencia de condena. En particular, la fuga del imputado —su *rebeldía* a someterse al procedimiento— impide tanto la ejecución real de la pena impuesta (al menos la privativa de libertad) como la realización del procedimiento previsto para arribar a la sentencia, pues, según se explicará (*inviolabilidad de la defensa*, ver D, 1, II), nuestro Derecho procesal penal no tolera la persecución penal de un ausente; ésta es la razón principal por la que se autoriza la privación de libertad del imputado durante el procedimiento (CN,18), aunque el *encarcelamiento preventivo* puede obedecer también al propósito de evitar todo entorpecimiento en la averiguación de la verdad.

Por último, se debe reconocer que las autoridades de la persecución penal (en sentido amplio: policía, ministerio público, tribunal) cumplen también un fin preventivo, en el único sentido de evitar la consumación de un delito tentado o consecuencias posteriores perniciosas del delito consumado, razón por la cual algunas medidas de coerción reconocen como fundamento este tipo de prevención concreta, referida inmediatamente al hecho objeto del procedimiento —distinta a la que procura el Derecho penal—, cuyos fines son siempre compatibles con los propósitos de asegurar la correcta averiguación de la verdad o la presencia del imputado en el procedimiento[104].

Los fines *preventivo-generales* y *especiales* de la pena se refieren siempre al futuro, como amenaza general, para disuadir a la población (contramotivo) de que

[104] "Evitar el peligro de un daño jurídico" esto es, *prevenir*, ha sido siempre el fundamento más genérico de las medidas de coerción procesales (cautelares): cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 41 (ver nota nº 47, al pie); CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 169, p. 233.

no perpetre delitos, o como acción dirigida al autor reconocido para evitar que él cometa nuevos delitos (recaída en el delito). En cambio, la prevención que cumplen ciertas autoridades de la persecución penal, incluso los particulares en ocasiones especiales, según reglas del Derecho procesal, se refiere siempre a un hecho punible concreto, que se afirma como ya acaecido y tiende siempre a evitar la consumación delictiva o los mayores daños provenientes del delito.

La *aprehensión* policial o privada del imputado en flagrante delito y sin orden judicial, que todas las leyes procesales penales autorizan (por ej., CPP Nación, 284 a 287; CPP Córdoba, 275 a 279; OPP Alemania, RFA, § 127; CPP Costa Rica, 269 a 273), tiene también su razón de ser en la *necesidad* de impedir la consumación del delito, aun tentado, o de evitar la proyección de un daño superior, a más de los fines estrictamente procesales referidos al aseguramiento de la prueba y la persona del imputado. Para advertirlo, basta observar que la autorización rige también para los delitos de instancia privada (CPP Nación, 284, II; CPP Córdoba, 275, II; CPP Tucumán, 275, II; CPP Costa Rica, 269, II), aunque no se haya producido la instancia que habilita la "formación de causa" —esto es, la persecución penal (CP, 72)—, caso en el cual la aprehensión del autor sólo puede reconocer como fin la interrupción de la acción delictiva: supóngase la tentativa de violación de una menor no autorizada a instar. Por lo demás, al menos la frustración de la tentativa es reconocida, a la letra, como comprendida en el deber de aprehender o en la facultad de hacerlo, según se trate de los funcionarios policiales o de los particulares (CPP Nación, 284, I, 1º; CPP Córdoba, 277; CPP Tucumán, 277; CPP Costa Rica, 271, I). También los casos de *allanamiento* sin orden judicial (por ej.: CPP Nación, 227; CPP Córdoba, 206; CPP Tucumán, 206; CPP Costa Rica, 212) tienen su fundamento en la necesidad y, al menos parcialmente, obedecen al ejercicio de este tipo de prevención.

No sólo el Derecho procesal penal funda sus autorizaciones coercitivas en la consecución de esos fines; también lo hace el Derecho procesal civil: ¿qué significa, de otro modo, la hoy célebre, entre nosotros, *prohibición de innovar*? (CPC nacional, 230).

Por lo tanto, la *coerción procesal es aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico*, cuya finalidad, sin embargo, no reside en la reacción del Derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el *resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento, averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva, o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento*[105]. Por ello, es verdad que, en el Derecho procesal penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción sólo puede residir en el *peligro de fuga del imputado* o en el *peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad*: el primer fundamento es racional porque, no concibiéndose el proceso penal contumacial (en ausencia del imputa-

[105] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, § 127, ps. 101 y siguientes.

do o en rebeldía), por razones que derivan del principio de inviolabilidad de su defensa (ver D, 1, II), su presencia es necesaria para poder conducir el procedimiento hasta la decisión final e, incluso, para ejecutar la condena eventual que se le imponga, especialmente la pena privativa de libertad, y su ausencia (fuga) impide el procedimiento de persecución penal, al menos en su momento decisivo (juicio plenario), y el cumplimiento de la eventual condena; el segundo fundamento también es racional porque el principal interesado en la persecución penal, el imputado —u otras personas—, tiene la posibilidad de influir en el resultado del procedimiento, entorpeciendo la averiguación de la verdad (destruyendo u ocultando rastros del delito, poniéndose de acuerdo con cómplices o testigos, etc.), base de la actuación correcta de la ley sustantiva[106]. La medida en que el logro del fin del procedimiento y el propósito de evitar estos peligros para ese fin autorizan el cercenamiento de derechos (libertades) básicos de la persona sometida a la persecución penal es discutible y depende de principios accesorios —¡pero importantísimos!— que serán discutidos más adelante.

La conclusión es obvia y deriva de la imposibilidad de imponer una pena antes de la sentencia de condena firme: en Derecho material, la coerción representa la sanción o la reacción del Derecho frente a una acción u omisión antijurídica, con el fin de *prevenir genéricamente* las infracciones a las normas de deber, advirtiendo sobre el mal que se irrogará a quien infrinja un deber jurídico (amenaza como contramotivo para aquellos que están en la situación de transgredir un deber) o intentando afirmar en la realidad el valor que subyace a la norma violada, y *especialmente* para que el transgresor no recaiga en un comportamiento contrario al Derecho, cuando, en concreto, se reacciona contra alguien; en Derecho procesal, en cambio, la coerción no involucra reacción ante nada, sino que debe significar, únicamente, la protección de los fines que el procedimiento persigue, subordinados a la actuación eficaz de la ley sustantiva; en materia penal ello se traduce, en algunos casos, en el auxilio necesario para poder llevar a cabo con éxito la actividad tendiente a comprobar una infracción penal hipotética (objeto del procedimiento penal) y, eventualmente, actuar la pena correspondiente. De tal manera, esta no-

[106] Cf. § 112, OPP Alemania, RFA, en GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, p. 307; CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, n° 17 y ss.; ps. 35 y siguientes.

ción de la coerción procesal reniega de cualquier atributo sancionatorio que ella pueda sugerir; así establece su diferencia con la pena, cualquiera que sea la similitud que se pueda observar por el modo de cumplimiento, para explicar el principio que impide aplicar una pena —o medida de seguridad—, antes de la sentencia firme que la impone. Claro está, para que exista una diferencia real y la petición de principio rija, es preciso que, en grado extremo, la legislación procesal regule las medidas de coerción respetando sus fines, único fundamento que las legitima, y que los tribunales apliquen esas reglas conforme a ellos[107].

Esta forma de pensar y la argumentación consiguiente no varía en el Derecho procesal civil: la diferencia sólo se puede establecer por el contenido material de la medida. El embargo de bienes o el secuestro, por ejemplo, privan a quienes lo sufren de la libertad de disposición sobre el bien y hasta de su uso y goce, pero sólo significan el medio para asegurar las disposiciones que puede contener la sentencia civil.

III. Toda medida de coerción, según ya se ha afirmado, representa una intervención del Estado —la más rigurosa— en el ámbito de libertad jurídica del hombre, fundamentalmente las que son utilizadas durante el procedimiento, pues ellas son aplicables a un individuo a quien, por imposición jurídica, se debe considerar inocente. Por ello, con razón, se expresa que cualquier medida de coerción conculca, por definición, alguno de los derechos fundamentales reconocidos al hombre por la Constitución[108]. Así, también en este ámbito, el Derecho procesal penal se muestra como reglamentario de la ley básica.

De ordinario, las medidas de coerción procesales son divididas, para su estudio, en medios de coerción personales y reales, según que afecten a las personas o a las cosas[109]. Sin embargo, el fundamento de la división es insatisfactorio. Los medios de coerción, según se ha dicho, siempre significan una intervención forzada del Estado en el ámbito de libertad jurídica de una persona, por tanto, en su libertad de decisión garantizada por el Derecho, atacando todos los aspectos de su vida que constituyen un bien o valor jurídico (libertad ambulatoria, integridad corporal —la misma vida si aceptamos la pena de muerte—, intimidad personal y hogareña, disposición económica) que, por ello, encuentran su reconocimiento en la ley fundamental. Por ende, las cosas no pueden ser objeto de la coerción, pues no son aludidas por estas reglas en su materialidad o en sí mismas, sino en

[107] No siempre sucede así; cf. nota nº 101; mi libro *Sobre la libertad del imputado*, §§ 2, 3, 5, 6 y 7, presenta varios casos de incomprensión del principio.

[108] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 29, A y B, ps. 202 y siguiente.

[109] Cf. MANZINI, *Tratado*, t. 3, nº 344, p. 553; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. V, nº 1066, p. 204.

la relación que una persona tiene con ellas, esto es, la privación de libertad que para una persona significa la decisión estatal que le impide disponer de las cosas libremente (vender, permutar, locar, usar, etc.; por ej., embargo o secuestro).

Los distintos medios de coerción procesal afectan derechos básicos diversos, como ser:

a) el *encarcelamiento preventivo*, en sus diversas formas (conducción forzada, aprehensión, arresto, detención, prisión preventiva), afecta la *libertad física* o *ambulatoria*, esto es, el derecho "de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino" (CN, 14);

b) el *allanamiento* afecta el derecho a la *intimidad hogareña*, en tanto "el domicilio es inviolable" (CN, 18);

c) la *apertura* o *inspección de correspondencia y papeles privados* afecta *la intimidad de la correspondencia y documentación personal* (CN, 18);

d) el *embargo* y el *secuestro* afectan la *libertad de disposición de los bienes*, porque la propiedad es inviolable (CN, 17);

e) la *extracción de muestras sanguíneas* y *otras inspecciones médicas* afectan el *derecho a la integridad física* o, en ocasiones, la intimidad personal (tests psicológicos).

La *coerción*, así observada, es el *medio organizado por el Derecho para que el Estado intervenga en el ámbito de libertad de las personas* y, cuando nos referimos a la coerción procesal, aquella que se practica con el fin de *asegurar la realización del proceso de conocimiento*, para *actuar la ley sustantiva* o para *asegurar la ejecución efectiva de la sentencia*. En adelante nos referiremos sólo a la coerción procesal que se puede ejercer contra el imputado en una causa penal, y, dentro de ésta, sólo a la llamada coerción personal, que interesa a la libertad física o ambulatoria de los habitantes, pues ésta es la forma más grave que adopta hoy nuestro Derecho y el comparado para intervenir la libertad de las personas; pero los principios que para este tipo de coerción procesal son aplicables, con las particularidades del caso (diverso contenido), a todas las formas de coerción procesal.

La coerción aplicada a la libertad física o ambulatoria de un individuo es el medio coercitivo propio, aunque no exclusivo, del Derecho procesal penal, pues el Derecho procesal civil hace uso excepcional de él[110]. En cambio, la coerción aplicada a la libertad de disponer de los bienes es la medida coercitiva por excelencia del Derecho procesal civil, pero se encuentra también en el Derecho procesal penal, no sólo cuando aquí se trata de la reparación privada por el daño que ocasionó el delito, sino también en miras a la actuación de la ley penal (cauciones).

[110] Cf. CPC nacional, 217, II.

IV. Conforme al discurso que hasta aquí llega, se afirma la idea de que el procedimiento penal no puede prescindir, al menos en el estadio cultural actual, de ciertas intervenciones en el ámbito de libertad del ser humano reconocido por la ley básica, con el fin de proteger sus propias metas; y es por ello que la misma Constitución las permite, a modo de reglamentación de los propios derechos y garantías que acuerda (CN, 18 y 28). Pero también, como se adelantó, resulta imposible concebir estas intervenciones (medios de coerción) sin establecer sus límites, pues, tratándose en todo caso de derechos o garantías atribuidos a todo habitante por la ley fundamental, ni la ley puede alterarlos al reglamentar su ejercicio, ni es posible olvidar que, hasta la sentencia firme de condena, resulta contrario a la Constitución imponer una pena. Aquí nos ocuparemos, precisamente, de establecer esos límites fundamentales con relación a las medidas de coerción privativas de libertad que puede sufrir quien soporta la persecución penal durante el procedimiento, por representar el medio coercitivo menos justificable que permite y regula el Derecho procesal penal actual, debido a su gravedad y a su similitud con las penas privativas de libertad.

Para razonar como corresponde, es preciso partir del derecho a la libertad física o ambulatoria que la Constitución garantiza a todos los habitantes (CN, 14: entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino), derecho que, en principio, sólo puede ser alterado por una sentencia firme de condena que imponga al condenado una pena (CN, 18)[111].

Luego, es preciso reconocer que la misma Constitución autoriza la privación de libertad durante el procedimiento de persecución penal (CN, 18), bajo ciertas formas y en ciertos casos.

En primer lugar, la fórmula constitucional requiere, formalmente, la *orden escrita de autoridad competente* y la exigencia se enriquece cuando se observa que esa autoridad no puede ser otra, en el caso, que la llamada por la misma Constitución a decidir durante la persecución penal, los tribunales competentes del poder judicial, encargados de administrar justicia en los casos concretos que le son presentados, con exclusión de los otros poderes del Estado (CN, 5, 108 y ss., y 123).

111 Cf. Cafferata Nores, *La excarcelación*, cap. I, 2, p. 18.

La Constitución no remite, al designar a la *autoridad competente* para emitir la orden, a una ley posterior totalmente abierta, que pueda facultar a cualquier autoridad. Antes bien, *autoridad competente* se debe entender como la competente según la Constitución; por ej., el presidente de la Nación, en el caso previsto por el art. 23, CN, o los tribunales competentes en materia penal, en el caso de la persecución penal.

Si en ciertas ocasiones la ley atribuye a otras personas el poder de privar de la libertad a alguien, con fundamento en consideraciones excepcionales (relativas a la prevención delictual del caso y a la necesidad de asegurar la prueba e impedir la fuga de los partícipes), *debe* prever, necesariamente, la entrega inmediata del detenido al tribunal competente para la decisión (caso de la *aprehensión*: CPP Nación, 286 y 287; CPP Córdoba, 278 y 279; CPP Tucumán, 278 y 279; CPP Costa Rica, 272 y 273).

En segundo lugar, el encarcelamiento preventivo no depende sólo del cumplimiento de aquel requisito puramente formal[112], la orden escrita de un juez, esto es, de su mero arbitrio, sino, antes bien, de su *legalidad*, como adhesión de la orden a un reglamento legal que fija las condiciones bajo las cuales se puede privar de la libertad a una persona con fundamento en la realización de un procedimiento penal[113].

Tal reglamento menciona *taxativamente* las condiciones que permiten aplicar el encarcelamiento preventivo y es de *interpretación restrictiva*, precisamente, debido a la situación jurídica de inocencia que ampara al imputado (CPP Nación, 2; CPP Córdoba, 3; CPP Salta, 3; CPP Mendoza, 3; CPP La Rioja, 6; CPP Sgo. del Estero, 3; CPP La Pampa, 3; CPP Entre Ríos, 3; CPP Corrientes, 3; CPP Tucumán 3; CPP Costa Rica, 3).

Empero, la corrección formal de la orden y su legalidad no bastan. El contenido de la reglamentación legal, si bien variable, tampoco depende del arbitrio total del legislador, pues la protección que la libertad ambulatoria merece en la Constitución (CN, 14) y su cláusula de inocencia (CN, 18) determinan ciertos principios que presiden toda la regulación legal del encarcelamiento preventivo y su interpretación judicial. Dos son las exigencias que el derecho a la libertad ambulato-

[112] Según parece afirmarlo nuestra Corte Suprema (*Fallos CSN*, t. 275, p. 102; t. 280, p. 297, considerando 13, p. 302) para justificar la legitimidad del encarcelamiento preventivo, interpretando una cláusula de garantía individual contra actos arbitrarios del Estado en sentido obvio, sin fijar los límites del poder estatal, como si se tratara de una regla que se propone el perjuicio individual arbitrario con la sola condición de que lo aplique un juez. Compárese esta forma de pensar con la registrada a principios de siglo en *Fallos CSN*, t. 102, p. 225 y se constatará el retroceso abismal en la materia.

[113] Exigencia universal de un Estado de Derecho: cf. CARRARA, *Programa*, § 898, p. 286; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 74, II, p. 312.

ria y el principio de inocencia plantean a la posibilidad de privar de la libertad durante el procedimiento penal: una se refiere a las condiciones generales que presupuestan la medida, acentuando su carácter *excepcional*; la otra alude a la relación de *proporcionalidad* que debe existir entre la pena que se espera de una condena eventual y los medios de coerción aplicables durante el procedimiento.

a) El carácter *excepcional* del encarcelamiento preventivo emerge claramente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria, del que goza todo habitante del país (CN, 14), y la prohibición de aplicar una pena que cercene ese derecho antes de que, con fundamento en un proceso regular previo, se dicte una sentencia de condena firme que imponga esa pena. El *trato de inocente* que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena; por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria, amparado por la misma Constitución, que pertenece a todo habitante a quien no se le ha impuesto una pena por sentencia de condena firme. Según ya hemos visto, esta afirmación acota también el fundamento propio del encarcelamiento preventivo, que no puede residir en el cumplimiento de los fines retributivos, preventivo-generales o preventivo-especiales atribuidos a la pena, sino que, por el contrario, *sólo* puede fincar en la protección de los fines que procura la misma persecución penal: averiguar la verdad y actuar la ley penal. Con ello queda demostrado que la posibilidad jurídica de encarcelar preventivamente, en nuestro Derecho, queda reducida a *casos de absoluta necesidad* para proteger los fines que el mismo procedimiento persigue y, aun dentro de ellos, sólo cuando al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida no privativa de libertad, menos perjudicial para el imputado[114].

Estamos en presencia de uno de estos casos, con evidencia, cuando es posible fundar racionalmente que el imputado, con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de una condena eventual (*peligro de fuga*) u obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica (*peligro de entorpecimiento para*

[114] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 41: "cuando sea *indispensable* para asegurar el imperio del derecho, es decir, la aplicación efectiva de la ley". ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, A. III, ps. 208 y s.; LORCA NAVARRETE, *La prisión provisional en España*, I, ps. 453 y s. Modernamente, entre nosotros, PASTOR, *El encarcelamiento preventivo*, § 3, ps. 45 y siguientes.

la actividad probatoria)[115]; para evitar esos peligros es admisible encarcelar preventivamente, siempre y cuando la misma seguridad, en el caso concreto, no pueda ser alcanzada racionalmente por otro medio menos gravoso.

Sin embargo, aun verificado alguno de estos extremos, la privación de libertad del imputado resulta impensable si no se cuenta con elementos de prueba que permitan afirmar, al menos en grado de gran probabilidad, que él es autor del hecho punible atribuido o partícipe en él, esto es, sin un *juicio previo de conocimiento* que, resolviendo prematuramente la imputación deducida, culmine afirmando, cuando menos, la *gran probabilidad de la existencia de un hecho punible atribuible al imputado* o, con palabras distintas pero con sentido idéntico, la probabilidad de una condena[116].

También los casos de detención sin orden judicial (aprehensión policial o privada) demuestran esta verdad, porque exigen flagrancia o, al menos, "indicios vehementes de culpabilidad" (CPP Nación, 284; CPP Costa Rica, 271), a pesar de que el tribunal que controla necesariamente la aprehensión deba cumplir las condiciones antes referidas para confirmar la privación de la libertad.

Cualquiera que sea la crítica que merecen, los códigos argentinos han exigido a los jueces, en definitiva, que afirmen fundadamente la probabilidad de una condena para ordenar la prisión preventiva, esto es, la privación de libertad con cierto grado de estabilidad (ver nota nº 116).

[115] Cf. CARRARA, *Programa*, t. II, § 897, p. 285; BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Goldschmidt-Núñez, § 49, I, p. 139; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, ps. 41 y siguiente; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 74, II, p. 312 y § 75, A, II, *b*, p. 315; PETERS, *Strafprozeß*, § 46, 1, 2, p. 351; parcialmente MANZINI, *Tratado*, t. III, nº 345, p. 554; CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, cap. II, nº 17 y ss.; ps. 35 y ss.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, A, I, p. 208, y B, II, ps. 209 y siguientes.

[116] Ésta también es una exigencia del Estado de Derecho: ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, B, II, 1, p. 209; PETERS, *Strafprozeß*, § 47, A, II, 2, *a*, p. 355; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, A, II, 1, *a*, p. 315. El Derecho positivo argentino parte de esta exigencia (CPP Nación, 312 y 306; CPP Córdoba, 281; CPP Salta, 312 y 307; CPP Mendoza, 313 y 307; CPP La Rioja, 330 y 327; CPP Santiago del Estero, 261 y 258; CPP La Pampa, 291 y 285; CPP Entre Ríos, 307 y 302; CPP Corrientes, 308 y 303; CPP Tucumán, 281; CPP Costa Rica, 219, inc. 1), pero ha sido entendido tradicionalmente como admitiendo un período breve de detención con menores exigencias cognoscitivas (cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, § 5, nº 8, ps. 497 y ss., nº 11, II, ps. 508 y ss., y § 4, ps. 437 y ss., en especial, nº 6, ps. 449 y ss.), aunque sea discutible la diferencia que se pretende establecer entre la *sospecha* que habilita la detención y la *probabilidad* que justifica la prisión preventiva (cf. en relación a las reglas antes citadas CPP Nación, 282, 294 y 306; CPP Córdoba, 272 y 281; CPP Salta, 288, 287 y 294, I; CPP Mendoza, 288, 287 y 294, I; CPP La Rioja, 319, 320, 318 y 263; CPP Santiago del Estero, 254, 255, 253 y 192; CPP La Pampa, 268, 267 y 273; CPP Entre Ríos, 283, 282 y 289; CPP Corrientes, 285, 284 y 291; CPP Tucumán, 272 y 281; CPP Costa Rica, 268, 274 y 291, inc. 1); la legislación ha evolucionado, erróneamente, en ese sentido.

En conclusión, la decisión de encarcelar preventivamente debe fundar, por una parte, la *probabilidad de que el imputado haya cometido un hecho punible*, y, por la otra, la existencia o bien del *peligro de fuga*, o bien del *peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria*[117]. Tan sólo en esos casos se justifica la privación de libertad del imputado.

Las leyes procesales argentinas, equivocadamente, aluden al *peligro de fuga* sólo para regular diversas posibilidades que se presentan en relación a la libertad caucionada, sustitutiva del encarcelamiento preventivo, en lugar de aludir a él como uno de los fundamentos necesarios del encarcelamiento preventivo, según corresponde; por ej., se menciona el peligro de fuga para impedir la excarcelación, o para revocar la ya concedida o para obligar al fiador a comunicar los preparativos de fuga del imputado (CPP Nación, 319, 326 y 333).

En cambio, es correcto expresar, con el CPCrim. nacional (1889), que "no se decretará la detención ni la prisión preventiva del procesado, salvo que hubiese motivos fundados para presumir que tratará de eludir la acción de la justicia" (art. 596), previsión que, lamentablemente, sólo alcanza a los procedimientos por delitos de acción privada. Regula la institución como corresponde el CPP Costa Rica, 291, que contiene al *peligro de fuga* como condición independiente de la procedencia del encarcelamiento preventivo (inc. 2) y obliga a "fundar expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan" (inc. 3, oración final), uno de los cuales es, según dijimos, la "presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquél [el imputado] no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); "obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)...".

Esos fundamentos, sin embargo, representan una condición necesaria, pero *no suficiente*, del encarcelamiento preventivo. Es preciso, además, que él sea absolutamente indispensable para evitar los peligros referidos, esto es, que ellos no puedan ser evitados acudiendo a otros medios de coerción que, racionalmente, satisfagan el mismo fin con menor sacrificio de los derechos del imputado. Sólo así aparecerá claro que *la privación de la libertad debe ser, en el proceso penal, un medio de coerción de utilización excepcional.*

Nuestro Derecho procesal penal peca de escasa imaginación al respecto; empero, las *cauciones* tradicionales, juratoria, personal y real, representan, precisamente, la sustitución de la privación de la libertad por otro medio coercitivo más benigno.

En la legislación comparada suele quedar abierta la posibilidad del tribunal de sustituir el encarcelamiento preventivo por otra medida más benigna, o aparecen enunciadas otras posibilidades racionales de reemplazar el encarcelamien-

[117] Cf. BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Goldschmidt-Núñez, § 49, I, p. 139; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 74, II, 1, p. 155; PETERS, *Strafprozeß*, § 47, A, II, 2, p. 355; MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, § 1, 12, ps. 76 y siguientes.

to preventivo (OPP Alemania, § 116)[118]. El Proyecto de CPP Nación (1986), art. 209, incorporó esta tendencia legislativa. Tímidamente, esa idea penetra en la legislación procesal penal argentina (CPP Nación, 310): se transforma, sin embargo, y ya no aparece como un medio sustitutivo de la prisión, sino en formas de medidas de coerción independientes para cuando, precisamente, no procede la privación de la libertad, hecho que, sin duda, resulta criticable.

De la naturaleza excepcional del encarcelamiento preventivo emerge que él *no puede ser regulado como obligatorio*[119], tal como, en principio, sucede en la legislación argentina.

En efecto, ella procede a prescribir el encarcelamiento preventivo, al menos para los casos en que se impute un delito amenazado con pena privativa de libertad (por ej., CPCrim. nacional [1889], 366; CPP Salta, 312). Los códigos que limitan esta previsión, acudiendo al remedio de condicionarla, al exigir cierta gravedad de la pena privativa de libertad amenazada (por ej., CPP Nación, 312; CPP Córdoba, 281; CPP Mendoza, 313; CPP La Pampa, 291; CPP Corrientes, 308; CPP Entre Ríos, 307; CPP Tucumán, 281), sólo restringen la aplicabilidad del mismo principio, pero, de manera idéntica, parten de él al estructurar esta medida de coerción. La situación empeora tangiblemente cuando las leyes procesales penales recurren a prohibir la libertad caucionada, impidiendo la eficacia de los remedios que las leyes prevén para evitar o hacer cesar el encarcelamiento preventivo y reemplazarlo por una medida más benigna, no privativa de libertad: es el caso de los llamados *delitos no excarcelables*, a cuyo respecto queda previsto el encarcelamiento preventivo obligatorio durante todo el procedimiento y hasta la sentencia, no bien se juzgue que el imputado es, probablemente, partícipe en un hecho punible[120]. Aquí es evidente la intención del legislador de imponer una "pena" antes de la sentencia y a pesar de ella, pues, en caso de que el procedimiento finalice por absolución o sobreseimiento, el imputado habrá cumplido, lo mismo, una pena anticipada. Tanto es así que el art. 46 de la ley nº 18.670 previó, con todas las letras, y sin rubor, que "los imputados por delitos a que se refiere la presente ley

[118] Cf. Maier, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, §, 116,p. 86.

[119] Cf. Beling, *Derecho procesal penal*, tr. de Goldschmidt-Núñez, p. 139; Lorca Navarrete, *La prisión provisional en España*, II, p. 455, quien da cuenta de la recomendación del Consejo de Europa para excluir el encarcelamiento preventivo obligatorio como consecuencia de la recta comprensión de lo que significa el Estado de Derecho.

[120] Ha sido abundante la literatura jurídica nacional que se ha opuesto a este tipo de reglas: Instituto de Derecho Procesal, Universidad Nacional de Córdoba, *Respuesta a la consulta de la Comisión de legislación general, justicia e instrucción pública de la Honorable Cámara de Diputados sobre el Proyecto de ley de reforma al art. 346, CPP Córdoba*, VI, p. 86; Vélez Mariconde, *La coerción personal del imputado*, I, p. 95; Baquero Lazcano, *Fundamento constitucional de la libertad caucionada*, p. 1433; Zavaleta, *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, libro II, cap. 2, VII, ps. 233 y ss.; Rubianes, *La excarcelación*, nº 41, ps. 106 y ss.; Cafferata Nores, *La excarcelación*, cap. 2, ps. 24 y ss. y cap. 3, secc. 2ª, ps. 82 y ss., en especial nº 57 y 58, ps. 85 y ss.; Zaffaroni, *Inconstitucionalidad de los llamados delitos no excarcelables*, ps. 535 y s.; nuevamente Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. VII, 5, III, C, ps. 338 y ss.; Clariá Olmedo, *Tratado*, t. V, nº 1322, ps. 316 y ss.; Maier, *Sobre la libertad del imputado*, § 1, III, ps. 29 y ss., y § 2, ps. 39 y ss.; Hendler, *Inconstitucionalidad de las restricciones a la excarcelación*, p. 729.

permanecerán detenidos durante la sustanciación del proceso"; ¡y un tribunal no sólo aplicó la disposición a la letra, sino que expresó: "Que esa prohibición de la libertad caucionada no afecta ninguno de los derechos consagrados por el art. 18 de la Constitución Nacional..."![121]. El caso es aleccionador porque, precisamente, el imputado, en la sentencia, fue condenado condicionalmente, esto es, no sufrió por ella privación de la libertad[122], ¡ya la había sufrido durante el procedimiento!

Existen hoy sucedáneos de esta legislación restrictiva de la libertad personal durante el procedimiento, dada la imposibilidad actual del legislador —frente a la crítica— de declamar la prisión procesal como efecto necesario de la persecución penal en términos tan claros como el ejemplo citado: el art. 17 de la ley penal tributaria (nº 23.771) constituye, según la idea que le dio nacimiento, un ejemplo de ello[123].

b) La máxima siguiente corroborará que las condiciones estudiadas al amparo del carácter excepcional del encarcelamiento preventivo, si bien son necesarias, no resultan suficientes para justificarlo y, por lo demás, instituirá otros límites racionales a la posibilidad de privar de la libertad al imputado, por invocación, tan sólo, de la necesidad de realizar un procedimiento penal eficaz. Parece racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena. Ya a la apreciación vulgar se presenta como un contrasentido el hecho de que, por una infracción penal hipotética, el imputado sufra más durante el procedimiento que con la pena que eventualmente le corresponderá, en caso de condena, por el hecho punible que se le atribuye. Y la combinación de los diversos principios constitucionales antes nombrados, que entran en juego, arroja el mismo resultado.

[121] Cf. la sentencia y su crítica en MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, § 2, ps. 39 y siguientes.

[122] El problema pertenece hoy a la crónica televisiva cotidiana: un conocido animador político, llamado NEUSTADT, invitó a los fiscales de la Cámara Nacional de Casación Penal a una de sus audiciones que, según creo, tenía por objeto analizar el nuevo procedimiento penal; uno de los fiscales, con el asentimiento de los demás, indicó, en clara referencia a la "virtud" de la ley procesal penal anterior, sustituida por el actual CPP Nación, la posibilidad que aquella ley —según él— concedía de "tener guardado" al imputado de un delito —a quien calificaba directamente de delincuente— por un plazo de diez días, persona que, aunque las pruebas no lo incriminaran o no resultaran suficientes para ello, "lo mismo se comía por lo menos diez días", por supuesto, *merecidamente*, según la apreciación omnisciente del "jurista" que hablaba. Aunque no sea necesario aclararlo, la ley procesal penal anterior no permitía este desatino, celebrado jubilosamente por el animador del programa, ni utilizaba en ningún caso el lenguaje innovador de los "juristas" invitados.

[123] PASTOR, *Disertación sobre la libertad bajo caución en el proceso penal por delito fiscal*.

En efecto, si se parte del derecho a la libertad ambulatoria (CN, 14) y se expresa que, en principio, sólo la pena impuesta por sentencia firme (*idem*: medida de seguridad y corrección) es idónea para eliminarlo (CN, 18), aunque el *arresto* (léase: privación de libertad) sea admisible durante el procedimiento penal (CN, 18), excepcionalmente, es claro que la ley no puede regularlo de manera tal que supere la misma pena que se espera; una autorización semejante lesionaría por una vía oblicua las limitaciones impuestas por la Constitución a la misma pena, en particular por los principios de *legalidad* y *culpabilidad*, vigentes para el Derecho penal. Y, al mismo tiempo, renegaría de la naturaleza *instrumental* o del carácter *sirviente* del Derecho procesal penal, que sólo justifica su existencia como *realizador* del Derecho penal, para acordarle un fin en sí mismo, totalmente autónomo del Derecho material a realizar, por intermedio de un encarcelamiento preventivo con fines represivos propios[124].

Esto es lo que ha sucedido, en verdad, cuando la legislación procesal penal argentina, recurrentemente, acudió al sencillo expediente de prohibir la excarcelación, ya puntualmente, mencionando ciertos delitos que inmediatamente recibieron el apodo de "inexcarcelables", ya estableciendo condiciones generales negativas para la procedencia de la excarcelación, como cuando el delito resultaba una "manifestación de delincuencia asociada organizada" o por "la repercusión social del hecho"[125]. Ello significaba, invariablemente, apoyar el criterio del encarcelamiento preventivo obligatorio, del que ya parte la legislación nacional, y tornarlo irremediable hasta la finalización del proceso, cualquiera que fuese el caso particular objeto del procedimiento y sin ninguna atención a los fines concretos del encarcelamiento procesal; en ocasiones, la misma exposición de motivos de tales injertos legislativos aludía a la necesidad de anticipar los fines preventivos de la pena[126]. Por este motivo, tales reglas fueron también recurrentemente tachadas por contrarias al sentido que el encarcelamiento preventivo debía asumir según la Constitución nacional, esto es, por inconstitucionales[127].

[124] Cf. MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, § I, 1, p. 15; CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, cap. 1, 2, *c*, p. 19.

[125] CPCrim. nacional (1889), 377 y 386, texto según modificación del decr. ley 2.021/63 y art. 380, texto según modificación de la ley nº 21.306.

[126] Cf. RUBIANES, *La excarcelación*, nº 40, ps. 103 y ss., que menciona esos antecedentes, por ejemplo: esos delitos "nos ponen en presencia de una mayor peligrosidad social", o se trata de "disuadir a quienes en forma concertada alteran la paz social" o "adaptar a las nuevas exigencias de la defensa social el régimen de la excarcelación", todos propósitos que, al menos, revelan el fin intimidatorio que persigue la previsión (prevención general negativa), fin que, en definitiva, significa la posibilidad de aplicar una pena anticipadamente (preso sin condena). Cf. también, sobre estos criterios, CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, cap. 2, II, 8, ps. 25 y siguientes.

[127] Cf. nota nº 120 para la doctrina nacional. Ya se observó cómo el mismo Consejo de Europa recomendó no acudir al remedio del encarcelamiento preventivo obligatorio: ver nota nº 119.

Tan clara era la postulación de un fin distinto al permitido en estas reglas, que ellas adolecían de otro defecto constitucional: afirmaban para la legislación local la posibilidad de decidir acerca de la gravedad de los delitos por fuera de lo establecido por el Código Penal, discurriendo así sobre cuestiones de política criminal vedadas a los parlamentos locales (CN 75, inc. 12)[128].

De allí que se afirme la necesidad de que el encarcelamiento preventivo sea *proporcional* a la pena que se espera, en el sentido de que no la pueda superar en gravedad. Y esa proporcionalidad se refiere tanto a la calidad cuanto a la cantidad de la pena, en caso de ser ella divisible. Se debe, por ello, admitir que, en un Estado de Derecho, superado este límite de sacrificio de los derechos individuales, el Estado acepta el perjuicio eventual que de esta limitación podría sobrevenir para la realización regular y efectiva de la persecución penal, efecto que, por lo demás, es propio de toda limitación a su poder penal por intermedio de las garantías del individuo. Se trata tan sólo de una ponderación de valores, según la cual, en un determinado momento, triunfa el interés individual sobre el colectivo, mejor dicho, sobre el interés estatal implicado en la realización efectiva del poder penal.

Es por ello que no se concibe el encarcelamiento preventivo para los procedimientos que sólo tienen por objeto la imputación de un delito no amenazado con pena privativa de libertad (CPP Salta, 312; CPP Stgo. del Estero, 261; CPP La Rioja, 330), solución que la jurisprudencia impuso desde antaño, sin discusión, para el CPCrim. Nacional (1889), que no contiene regla alguna que impida el encarcelamiento preventivo en estos casos; y es por ello, también, que los códigos más modernos han ido más lejos, exigiendo cierta gravedad de la amenaza penal a pena privativa de libertad para condicionar el encarcelamiento preventivo (CPP Nación, 312; CPP Córdoba, 281; CPP Mendoza, 313; CPP La Pampa, 291; CPP Entre Ríos, 307; CPP Corrientes, 308; CPP Tucumán, 281; CPP Costa Rica, 291).

Por ello, también las leyes adelantadas prevén que *cese el encarcelamiento preventivo* cuando se "estimare *prima facie* que al imputado no se lo privará de su libertad en caso de condena por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aun por aplicación del art. 13 del Cód. Penal" (liberación condicional) (CPP Córdoba, 283, inc. 3; CPP Entre Ríos, 310; CPP Corrientes, 311; CPP Tucumán, 283, inc. 2; CPP Costa Rica, 294, inc. 2).

La legislación argentina acostumbra a remediar los efectos nocivos del encarcelamiento preventivo por la vía de la llamada *excarcelación*, que supone la sustitución del encarcelamiento por un régimen de libertad caucionada. Sin perjuicio de la crítica que merece la estructura legislativa que conserva el encarcelamiento

[128] Cf. BAQUERO LAZCANO, *Fundamento constitucional de la libertad caucionada*, ps. 1433 y ss.; MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, § 1, III, ps. 33 y ss.; CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, cap. 2, II, 10, *d*, p. 29.

preventivo obligatorio, aun desproporcionado, para ponerle remedio sólo a pedido del imputado (excarcelación), lo cierto es que todos los casos de excarcelación representan la aplicación del criterio de proporcionalidad entre el encarcelamiento preventivo y la pena que se espera; así, claramente, el CPP Nación, 316, II, última oración, y 317.

c) En el Derecho procesal penal moderno se ha abierto paso, incluso por mandato de la constitución política de los estados, otro límite de proporcionalidad para el encarcelamiento preventivo. La proporción ya no se refiere a la pena que se espera, sino a la duración del procedimiento penal. El hecho de que el procedimiento penal se puede prolongar en el tiempo, por dificultades propias de la administración de justicia o de la organización que un Estado dedica a esa tarea, mientras el imputado permanece privado de su libertad, ha conducido a deliberar acerca del tiempo máximo tolerable en un Estado de Derecho, para el encierro de una persona a mero título de la necesidad de perseguirla penalmente. Como consecuencia de esta ideología liberal para la regulación del poder penal del Estado, ha emergido la necesidad de fijar *límites temporales* absolutos para la duración del encarcelamiento preventivo.

En el Derecho comparado, el siglo XX puede atribuirse la paternidad de esta evolución. La actual Constitución española de 1978 (art. 17, párr. 4º), obliga a la ley a fijar el plazo máximo de duración del encarcelamiento preventivo[129]; conforme a esa disposición la ley fija en seis meses la duración máxima del encarcelamiento preventivo cuando se impute un hecho cuya pena sea igual o inferior a prisión menor, y en dieciocho meses para los demás casos; aunque se puede ordenar, por excepción, su prolongación hasta treinta meses y, en casos aún más excepcionales, hasta la mitad de la pena impuesta en la sentencia, cuando ella hubiere sido recurrida. La Constitución y la ley procesal penal italianas limitan también el encarcelamiento preventivo, a través de un sistema complejo que aquí sólo puede ser presentado en sus rasgos fundamentales. La duración del encarcelamiento preventivo depende de la combinación de dos circunstancias: por un lado, el estadio procesal de la imputación y, dentro de cada estadio, el plazo varía según el máximo de la pena amenazada por la ley penal para el delito imputado. Los plazos pueden ser suspendidos o prorrogados bajo determinadas circunstancias. También renacen cuando el procedimiento regresa a una fase anterior. De todos modos, el sistema se completa con la fijación de límites absolutos infranqueables: dos años para los delitos amenazados con reclusión cuyo máximo no exceda de seis años; y cuatro años para los demás o para los que prevén pena de pri

[129] Art. 17, párr. 4º, Constitución del 27/12/1978; Cf. Bueno Arús, *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, p. 854; Lorca Navarrete, *La prisión provisional en España*, II, p. 455.

sión perpetua (CPP Italia, 303 y ss.)[130]. La Ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania establece un único plazo máximo de seis meses para el encarcelamiento preventivo, si no ha recaído antes sentencia a pena privativa de libertad, con posibilidad de prolongar el plazo en casos excepcionales y por decisión y control posterior del máximo tribunal de casación de los estados federados o de la Corte Suprema Federal, según los casos[131]. El Código de procedimiento penal francés, pese a haber sufrido un retroceso, limita hoy a cuatro meses la detención provisional, renovables por decisión fundada, en caso de delitos correccionales, esto es, con excepción de los crímenes[132].

No se debe olvidar que, acerca del fundamento que avala la racionalidad de este límite, la duración razonable para una persecución penal integra el catálogo de los derechos humanos: *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 14, nº 3, *c*, *Convención americana sobre derechos humanos*, art. 8, nº 1, *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (Convenio europeo), art. 6, nº 1; ver también *Fallos CSN*, t. 272, p. 188; t. 297, p. 486; t. 300, p. 1102; t. 301, p. 1181: derecho a obtener un pronunciamiento definitivo, del modo más breve posible, que ponga fin a la situación de incertidumbre y restricción de la libertad que comporta el procedimiento penal. Hoy los dos primeros pactos han sido incorporados a la CN (75, inc. 22)[133].

[130] Anteriormente, la ley preveía un mes en los procedimientos de competencia del pretor; tres meses para los mandatos de detención facultativos, si la pena máxima amenazada para el delito imputado alcanzaba los cuatro años de reclusión o era menor; seis meses, si la pena máxima amenazada superaba los cuatro años de reclusión; en los mandatos de detención obligatorios, un año si se amenazaba ergástulo o reclusión inferior a veinte años y dos años si la amenaza penal superaba ese límite. Cf. BETTIOL, *Instituciones de Derecho penal y procesal penal*, ps. 225 y 236; LEONE, *Tratado de Derecho procesal penal*, p. 293; CPP Italia, 272, texto según reforma de 1955.

[131] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, §§ 121 y 122, ps. 94 y ss.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, F, I, ps. 220 y siguientes.

[132] Art. 145, *Code de procédure pénale*; cf. MERLE-VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, p. 383.

[133] Aun antes de la reforma constitucional que incorporó las convenciones sobre derechos humanos a la CN, nuestra Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse en el sonado caso "Mario Eduardo Firmenich" (*Fallos CSN*, t. 310, p. 1478), del 28/7/1987: le prestó su aval en la decisión a una privación de libertad de tres años y medio desde su detención en el Brasil o de casi tres años desde su ingreso por extradición a la República Argentina. El caso y el fallo fueron presentados ante la Comisión IDH (Caso nº 10.037 [Argentina], resuelto el 13/4/1989), organismo que resuelve cuando el imputado llevaba ya entre cuatro años y medio y cinco años de privación de libertad, conforme a los parámetros temporales antes explicados: "... la Comisión decide declarar que en el caso 10.037, materia de este informe, no ha habido una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos...".

El tiempo se perdió, lamentablemente: si el procedimiento penal y la persecución penal son tareas básicamente estatales, y cuatro años y medio de prisión provisional no son suficientes para culminar esa tarea, con el imputado encarcelado; si cuatro años y medio resultan una *razonable* reglamentación de la garantía y todavía debe proseguir la prisión provisional, se me ocurre pensar: a) que debo cuidarme de la garantía y requerir a quienes introducen estas garantías, que, por favor, no me amparen tanto o, por lo menos, que no lo hagan de ese modo; y b) que nada cambiaría, al menos en perjuicio

El Derecho positivo argentino también ha reaccionado en el mismo sentido. Primero, en forma demasiado mezquina, las leyes incorporaron preceptos relativos a la *proporcionalidad* entre encarcelamiento preventivo y pena, amenazada en abstracto por la ley penal o estimada para el caso concreto, intentando que la prisión procesal cese o pueda cesar cuando la condena eventual no pueda superar de modo alguno al encarcelamiento preventivo sufrido o se estime que, dado el caso concreto, no se privará de libertad al eventual condenado o no proseguirá la privación de la libertad.

Son ejemplo de ello los casos de cesación de la prisión preventiva, cuyas reglas fueron citadas al final de la letra anterior, y los casos de excarcelación por agotamiento en prisión preventiva de la pena máxima amenazada (CPP Nación, 317, inc. 2), por cumplimiento en prisión preventiva de la pena requerida por el ministerio público (CPP Nación, 317, inc. 3), porque el tiempo de prisión procesal sufrida permitirá, en caso de condena, acordar la liberación condicional del eventual condenado (CPP Nación, 317, inc. 5).

Empero, en verdad, estas disposiciones responden sólo a la aplicación estricta del criterio de proporcionalidad más evidente, en tanto todas ellas suponen admitir que el encarcelamiento preventivo no puede ser más gravoso para el imputado que la propia pena que fije una sentencia eventual de condena. Cuando aquí se habla de *límites temporales* para la privación de libertad procesal, se piensa, en realidad, en un criterio razonable que restrinja aún más esos plazos, fundado en la imposibilidad de aceptar que el procedimiento de persecución penal dure indefinidamente o, al menos, tanto como la pena amenazada por la ley penal. Tal criterio encuentra sólida fundamentación constitucional en las sentencias de la Corte Suprema que consignan como "incluido en la garantía de la defensa en juicio consagra-

del garantizado, si la garantía no existiera. Hoy, en cambio, nuestros jueces pueden citar, en aval de un encarcelamiento preventivo prolongado y de un procedimiento moroso, el dictamen lamentable de la Comisión IDH y de nuestra Corte Suprema —cuyas respectivas existencias, después de estas decisiones, resultan absolutamente inútiles, al punto de que se ganaría en economía y celeridad prescindiendo de estos organismos— para justificar lo injustificable. El estándar del precedente está allí, a mano, para vergüenza de todos. El informe de la Comisión sobre el caso merece ser leído: contiene exactamente la doctrina inversa de aquello que aquí se sostiene. Precisamente por esa razón, a mí sólo me parece un conjunto de equívocos con un fin político predefinido; pero en él encontrarán argumentos todos aquellos que pregonan la necesidad de que los imputados estén presos desde el comienzo de una imputación.

da 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 a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal*" (*Fallos CSN*, t. 272, p. 188; t. 298, p. 50; t. 300, p. 1102)[134].

La jurisprudencia común reaccionó tarde y tímidamente en el sentido indicado, en casos excepcionales, en los cuales la excesiva duración del procedimiento penal, sin que pueda vislumbrarse su pronta conclusión, traía aparejada una privación de libertad muy prolongada (alrededor de cinco años o más), sin remedio en los casos de excarcelación que contenía la ley procesal, fundada sólo en las necesidades de la persecución penal[135]. El fundamento real de esos fallos precursores se debe buscar en la contradicción inconciliable del encarcelamiento preventivo prolongado, prácticamente *sine die*, con un Estado de Derecho concebido según la forma cultural actual: "Sólo de esa manera puede evitarse el irritante contrasentido de que la prisión preventiva (medida de mero carácter precautorio y cautelar) pueda convertirse y tener el significado, por la prolongada e indebida demora en el trámite de la causa, del cumplimiento efectivo de una pena no impuesta por sentencia, desconociéndose en el hecho la garantía de un derecho inviolable asegurado por la Constitución Nacional" (del *leading case*, "Motta, M.", ver nota nº 135).

Para el razonamiento concreto se empleó el texto del art. 699, luego 701, del CPCrim. nacional (1889), que manda terminar las causas penales en el plazo máximo de dos años, sin computar ciertas demoras ajenas a la diligencia de los órganos que atienden la persecución penal estatal. Vencido ese plazo, la autorización para el uso de la coerción personal que concede la ley era precaria y los tribunales, aunque por excepción, hicieron uso de lo que entendieron como una facultad de cancelar esa autorización.

[134] Cf. CARRIÓ, G. R., *La Corte Suprema y las garantías constitucionales del imputado*, VI, ps. 90 y ss.; CARRIÓ, A. D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cap. XI, 2.1, ps. 442 y siguientes.

[135] El *leading case* fue, en el ámbito de aplicación del CPCrim. nacional (1889), el llamado caso "Motta, M. s/excarcelación", CCC, Sala III, 9/11/1962; luego: CCC, Sala V, 17/2/1967, "Herrero, Juan C. s/excarcelación"; CCC, Sala I, 18/6/1968, "Gandarillas, L.E.G. s/excarcelación"; 2/10/1970, "Paino, S. H. s/excarcelación"; CCC, Sala III, 22/12/1972, "Rossetti Serra, S. s/excarcelación"; CCC, Sala IV, 7/10/1975, "Mazzantini, E. J. s/eximición de prisión"; CCC, Sala V, 15/4/1966, "Virgilio, H. A. s/excarcelación"; C. Fed. C., Sala Crim. y Corr., 18/10/1966, "Todres, I. s/excarcelación"; C. Fed. C., Sala de Feria, 15/1/1974, "Martínez, J. E. s/excarcelación". Casi todos estos fallos publicados en el apéndice al § 7 de mi libro, *Sobre la libertad del imputado*, ps. 143 y siguientes.

La doctrina reaccionó aún más tardíamente[136], fundada en la misma base ideológica y en la experiencia del Derecho comparado: afirmó, en principio, que la prolongación *sine die* del encarcelamiento preventivo vulneraba la situación jurídica de inocente, en la cual la Constitución colocaba al imputado durante el procedimiento penal, y resultaba insoportable para la honesta comprensión cultural de lo que significa un Estado de Derecho, base ideológica y punto de partida de la solución; conforme a ello, prosiguió afirmando que la inexistencia de una regla positiva expresa acerca del límite temporal absoluto del encarcelamiento preventivo no era óbice para poder fijar racionalmente algún término del encarcelamiento preventivo por decisión judicial (tal como se había concluido al impedir el encarcelamiento preventivo para la imputación de delitos reprimidos con pena no privativa de libertad, a pesar de que el CPCrim. nacional (1889) no contenía excepción alguna al respecto y por aplicación del principio de proporcionalidad); ello implicaba afirmar que, ponderando los valores en juego y arribados a un cierto límite, el orden jurídico de un Estado de Derecho prefería la libertad individual al éxito de la persecución penal o, si se quiere, establecía límites al sacrificio individual de la libertad en aras de la eficacia de la persecución penal; por último, fueron tenidas en cuenta reglas positivas que, aunque indirectamente, indicaban cuál era ese plazo racional, como la del art. 701 del CPCrim. nacional (1889)[137]. Algunos códigos provinciales, los más modernos, fijan un límite absoluto para la duración del encarcelamiento preventivo: dos años (así, CPP Córdoba, 283, inc. 4, y CPP Tucumán, 283, inc. 3).

Algunos códigos procesales penales (sobre todo los antiguos) prevén un plazo de duración del procedimiento penal, que, en principio, parece jugar como límite a la potestad penal del Estado (en el sentido de obligar a cerrar la persecución cuando no se haya concluido por sentencia = sobreseimiento). Sin embargo, la exigencia de que la legislación penal sea única y federal (facultad del Congreso de la

[136] Cf. MAIER, *Límite temporal del encarcelamiento preventivo*, ps. 293 y ss., reproducido en *Sobre la libertad del imputado*, § 7, ps. 124 y ss., con la crítica de la jurisprudencia nacional citada y la reconstrucción plausible de la regla positiva vigente; PASTOR, *El encarcelamiento preventivo*, § 9, ps. 57 y siguientes.

[137] Cf. para los códigos procesales modernos, la solución del TS de Corrientes, 30/3/1982, "Jalil, Carlos s/recurso *habeas corpus*", que también encuentra pautas temporales que conducen al límite racional de la duración del encarcelamiento preventivo, interpretando sistemáticamente la ley: MAIER, *Un caso claro de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, ps. 87 y ss., con transcripción del fallo.

Nación: CN, 75, inc. 12, y cc.) y la existencia de plazos de prescripción para la persecución penal en el CP, 62 y ss., institución que en nuestro Derecho siempre fue considerada como correspondiente al Derecho material[138] —fuera del ámbito de regulación del Derecho procesal—, condujo a negar la viabilidad de esos plazos en el sentido indicado (ineficacia —inconstitucionalidad— de las leyes provinciales dictadas fuera de la competencia de los parlamentos locales; *Fallos CSN*, t. 178, p. 31, referente al antiguo CPP Entre Ríos, 936, similar al art. 701, CPCrim. nacional [1889]) y a afirmar que esos plazos eran meramente *ordenatorios* o *conminatorios*[139], en el sentido de que su fin reside en regular los deberes personales de los funcionarios de la persecución penal que intervienen en la causa.

No obstante que esta afirmación es, en principio, correcta, se ha descuidado otro efecto que pueden tener esos plazos, además del indicado, plazos que, por lo demás, tampoco sugieren con la letra de sus textos la interpretación postulada. Nos referimos a la indicación de que, a pesar de lo explicado, la regla no pierde vigencia, al menos a los fines meramente procesales, y mucho menos carece de racionalidad que el legislador procesal afirme que una persecución penal efectiva —el legislador penal, cuando regula la prescripción, se refiere al tiempo que transcurre entre la comisión del delito y la imposición de la pena, y no a la persecución penal efectiva— sólo se puede extender hasta dos años, punto de vista para nada irrazonable. Pues bien, que fuera de ese plazo de dos años de persecución penal efectiva se sostenga la imposibilidad de aplicar las medidas de coerción contra el imputado que la misma ley procesal permite, especialmente el encarcelamiento preventivo, es una consecuencia no sólo compatible con la afirmación previa, sino también necesaria para la determinación del límite racional que nos proponemos investigar. En efecto, la cancelación de las autorizaciones coercitivas que la ley brinda a los funcionarios de la persecución penal debe llegar con la extinción del plazo razonable para la terminación del procedimiento que la misma ley estipula. Ello no significa, de ningún modo, entrometerse con el alcance de la persecución penal en sentido material: la persecución podrá continuar, si no han vencido los plazos de prescripción, pero no a costa del menosprecio de la libertad individual, afirmación que implica, por ejemplo, que no se podrá prolongar el encarcelamiento preventivo por haber vencido el plazo de autorización que la misma ley procesal prevé. Por lo menos es claro que, conforme a esta idea, el legislador procesal ha fijado un límite de razonabilidad para la duración del procedimiento que regula y, con ello, para la remoción de las medidas de coerción procesales contra el imputado que autoriza. En el mismo orden de ideas, nunca hemos encontrado cuestionadas las reglas que limitan a un cierto tiempo la duración del embargo preventivo o ejecutivo sobre bienes, después del cual caduca la orden.

[138] Una manera clara de establecer plazos racionales para la finalización de la persecución penal —antes bien que para la prisión preventiva, que deben ser mucho menores— consiste en regular dos tipos de prescripciones, una general, que rige cuando aún no se ha iniciado la persecución penal (por ej., por desconocimiento sobre la comisión del delito o falta de instancia privada, cuando la ley lo exige), y otra, de plazo menor, que rige cuando ha comenzado la persecución penal. Así, el Pr. CPP Guatemala, 19 y 20.

[139] Cf. Clariá Olmedo, *Tratado*, t. IV, p. 129.

Idéntico argumento rige para los plazos de la instrucción preliminar previstos por todos los CPP llamados, entre nosotros, "modernos", para indicar la evolución que comenzó con el CPP Córdoba (1939): CPP Nación, 207; CPP Córdoba, 337; CPP Tucumán, 337; CPP Costa Rica, 199. La terminación de ese plazo, que la ley misma califica como *racional* (de otro modo no lo hubiera establecido), sin poder fundar un requerimiento para la realización del juicio (sin poder *acusar*), implica que la privación de libertad, a los efectos de la investigación preliminar, debe cesar, y que la única posibilidad de prolongarla depende de la condición de poder llevar a juicio al imputado[140].

Ello significa, en otras palabras, variar el presupuesto material del encarcelamiento preventivo: la ley ya no exige el nivel de conocimiento y seguridad sobre la imputación requerido para el llamado "procesamiento" (CPP Nación, 306), sino algo más, el nivel de conocimiento de la imputación y de seguridad acerca de poder lograr una condena en un juicio, que implica la acusación.

La legislación argentina terminó por reconocer la justicia del reclamo. La ley nº 23.050 modificó el art. 379, CPCrim. nacional (1889), al introducir el inc. 6, el cual, en la práctica, prevé un plazo máximo de duración del encarcelamiento preventivo, esto es, un límite temporal a esa medida de coerción. El plazo se regula por el art. 701 (texto anterior: art. 699), esto es, dos años, sin computar ciertas demoras ajenas a la diligencia de los órganos que tienen a su cargo la persecución penal[141].

En verdad, la regla sólo autoriza al imputado preso a reclamar la terminación del encarcelamiento preventivo sin aducir otra razón que el vencimiento del plazo máximo, con lo cual sería teóricamente posible que el imputado, por propia voluntad, continúe privado de su libertad ambulatoria, si no reclama su libertad caucionada o, reclamándola, no alcanza a cubrir la caución impuesta. Mejor hubiera sido ubicarla como causa de cesación del encarcelamiento preventivo —con lo cual los tribunales tendrían el deber de cancelar el encarcelamiento preventivo—; empero, en la práctica, producirá el mismo efecto, conforme a nuestras costumbres en la materia y, según creo, debe ser interpretada con este alcance[142].

Recientemente, la ley nacional nº 24.390, con fundamento en la potestad del Congreso de la Nación de reglamentar una cláusula de garantía constitucional (CN, 75, inc. 22: incorporación de la CADH, 7, nº 5, y del PIDCyP, 9, nº 3), estableció un sistema —complejo y cuestionable— para calcular la razonabilidad del plazo de privación de la libertad procesal. El sistema establece un plazo básico de dos años,

[140] Ver nota nº 137; a ello se refiere la decisión del TS de Corrientes, lamentablemente aislada como precedente.

[141] Cf. MAIER, *La reforma de la libertad caucionada en el Código Nacional*, ps. 109 y siguiente.

[142] MAIER, *La reforma de la libertad caucionada en el Código Nacional*, ps. 109 y siguiente.

con la posibilidad de ser prolongado por decisión judicial un año más, y con una prolongación mayor de seis meses para ambos plazos, posible sólo si ya existe una sentencia de condena, que aún no ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, el plazo es incierto, pues se debe descontar de él los períodos que demandaron en el procedimiento requerimientos defensivos, sin utilidad práctica, denunciados por el acusador oportunamente (al concederse la medida). Por lo demás, la ley establece que la prolongación del plazo más allá de los dos años concede al imputado, en caso de condena, un derecho a que se compute por un día de prisión preventiva dos de pena de prisión y uno de pena de reclusión, justamente el doble de aquello que prevé el CP, 24, genéricamente.

Esa reglamentación ya ha sido controvertida por un fallo judicial[143]. El tribunal expresa textualmente que la *razonabilidad* del plazo de la prisión preventiva es resorte exclusivo de los jueces, extraño a la actividad legislativa, con lo cual la fijación por ley de un plazo máximo para el encarcelamiento preventivo resulta contrario a los pactos y, por ende, a la Constitución nacional. Lo "extraño" del caso —si algo más hay que agregarle de extraño al argumento— es su planteo concreto: se trataba de un imputado que había sobrepasado el plazo máximo, aun prolongado, que la ley citada prevé para la prisión preventiva, con lo cual éste es otro ejemplo de cómo los jueces utilizan las garantías individuales en contra del garantizado. Me explico: si no existiera la garantía de no ser encarcelado más allá de un "plazo razonable", los jueces no hubieran podido dictar la sentencia que dictaron; hubieran debido, por imposición legal, liberar al imputado. Pero como existe la garantía, parece ser que la mejor forma de hacerla efectiva y de tratar al imputado conforme a ella es... asegurarle la prisión. Los jueces, lamentablemente, acuden en forma reiterada a este tipo de razonamiento, circunstancia que me ha hecho expresar, también en forma reiterada, que el imputado del caso, seguramente, rogaría ser "garantizado" en menor grado o, al menos, en el grado que él voluntariamente haya aceptado (declaración de inconstitucionalidad de oficio que perjudica al garantizado), en fin, que no lo ingresen al "*palladium* de la libertad", a "la Constitución nacional... arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales" —según el texto del fallo—, en definitiva, que no lo ingresen o lo dejen en la cárcel, desvergonzadamente, bajo consignas liberales[144].

Según se vio, no es éste el estado de la legislación universal en el punto, de aquella legislación que pretende, de maneras diversas, un mismo fin: el intento de expresar en reglas prácticas la necesidad que, para el Estado de Derecho, significa limitar, inclusive temporalmente, el encarcelamiento preventivo. Por el con-

[143] "Troiano, Guillermo Aníbal s/excarcelación", Sala de Feria I de la CNCC de la Capital de la República, resuelta el 10/1/1995 por los jueces TOZZINI y RIVAROLA.

[144] Dado el papel que se reconoce universalmente a los tribunales como custodios de las garantías individuales, cobra vigor en nuestro medio judicial el refrán popular: "Dios me cuide de los amigos, porque de los enemigos me cuido yo solo".

trario, la legislación universal se esfuerza hoy por fijar estos plazos, y no conozco fallo alguno de tribunales de países cuya base política es el Estado de Derecho que haya resuelto la cuestión de la manera expuesta anteriormente. No había advertido la posible razón por la cual las constituciones y los legisladores proceden de esta manera: los tribunales no fueron capaces de arribar a soluciones razonables en el punto, en siglos de vigencia del Estado de Derecho. La ley, y no los tribunales, es, en principio, la depositaria de las garantías.

d) Quizá la única manera de evitar todo abuso temporal en la duración del encarcelamiento preventivo deba reclamar de nuestra imaginación otro punto de partida. La CADH, 7, nº 5, expresa a la letra que: "Toda persona detenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso". A su turno, el PIDCyP, 14, nº 3, reza: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas...". Se trata, vale la pena decirlo nuevamente, de Derecho constitucional argentino (CN, 75, inc. 22).

Si algo quieren decir esas reglas textualmente, es indicar la necesidad de que, una vez detenido el imputado, si existe la necesidad de mantenerlo privado de su libertad, el juicio público debe sobrevenir si no de inmediato, al menos en un tiempo muy próximo, y la regla posee racionalidad evidente si se piensa que, para provocar un juicio público contra una persona, resulta necesario estimar que, con una gran probabilidad, esa persona es autor de un hecho punible o partícipe en él y, por tanto, merece ser penada, justamente el mismo fundamento material que se exige para encarcelar preventivamente (procesamiento: CPP Nación, 306 y 312). De allí se deduce claramente que el Estado no debe detener, para luego investigar si una persona es autora de un hecho punible o partícipe en él, sino que, al contrario, sólo está facultado a privar de la libertad a una persona —en caso de que tema su fuga o el entorpecimiento de la recolección de rastros— cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio casi inmediatamente.

Si así se entiende el problema, el plazo que debería estar regulado legalmente es aquel que los órganos de persecución penal tienen desde el momento de la detención hasta el comienzo del debate público que habilitará la sentencia de condena o de absolución[145]. Ese plazo

[145] Éste es el sentido de la *Speedy Trial Act* (18 USCode 3161 y ss. [1974]) dictada por el parlamento federal de los EE.UU. para reglamentar la garantía. La consecuencia grave de este plazo en la ley citada está representada por el hecho de que, si los órganos

—supuesto que la orden de prisión exige la gran probabilidad sobre la imputación penal— de ninguna manera puede ser superior a unos pocos meses. El vencimiento del plazo sin que haya comenzado el debate público debería conducir, al menos, a la liberación del imputado. Más allá de ello, en el hecho de que ambas convenciones se refieran también a quienes se imputa un delito, y exijan el juicio público sin dilaciones (PIDCyP, cit., y CADH, 14, nº 1) autoriza a añadir que resulta necesaria una reforma tal de nuestro sistema de prescripción de la persecución penal que, a partir de ciertos actos oficiales de persecución penal, el plazo de prescripción general resulte sensiblemente disminuido —obligación de juzgar— y referido a la caducidad procesal[146].

V. Aun en el caso de resultar necesaria la privación o la restricción de la libertad ambulatoria, a mero título de la realización de un proceso penal, la posición jurídica del imputado sigue siendo la de un inocente: se impone, entonces, tratarlo como un inocente, a pesar de la necesidad de privarlo de su libertad. Ello implica que toda restricción anexa a la privación de libertad, que no emerja directamente del fin reconocido al encarcelamiento preventivo o del mismo encarcelamiento (orden necesario en el establecimiento cerrado en el cual él se ejecuta), es ilegítima.

Es conveniente que las leyes de enjuiciamiento penal desarrollen, lo más minuciosamente posible, el principio estudiado en esta área específica y la cláusula general determinada inmediatamente antes[147]. En particular se debe prever:

---

de persecución penal no consiguen enjuiciar al imputado en ese plazo, éste no sólo queda en libertad sino que, en nuestro lenguaje jurídico, es posible que hasta resulte sobreseído, de tal manera que no puede ser vuelto a perseguir por la misma imputación. Se trata, según se observa, de un caso claro de *caducidad procesal*, pero de prescripción material dependiente del hecho de un acto oficial que da inicio, ciertamente, a la persecución penal (para personas no detenidas, la presentación de una acusación ante un juez, para la audiencia preliminar): cf. AUSTRIAN, *Speedy trial*; CARRIÓ, A. D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, ps. 67 y s. En general, los plazos para una persona detenida son los siguientes: 30 días después del arresto el fiscal debe haber promovido la acción penal (requerido la autorización judicial para enjuiciar al detenido) y dentro de los 70 días posteriores debe comenzar el juicio.

146 En este sentido, el Pr. CPP Guatemala antes citado (ver nota nº 138). Se trata del razonamiento inverso al que preside la interrupción de los plazos de prescripción en el CP, 67, IV, plazos que se "estiran" —y no se reducen— por la existencia de un proceso penal ("secuela del juicio").

147 Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, D, ps. 216 y ss.; MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, § 119, ps. 93 y siguiente.

a) Que el tribunal competente controle la ejecución del encarcelamiento preventivo y resuelva toda situación que pueda implicar una restricción mayor de los derechos del detenido (fuera de las regulares o rutinarias), concediéndole a él un remedio eficaz para reclamar la resolución del tribunal, ante hechos concretos que lo perjudiquen.

b) Que el imputado que sufre encarcelamiento preventivo sea alojado en establecimientos o lugares separados del alojamiento de penados.

c) Que, en la mayor medida posible, compatible con el fin del encarcelamiento preventivo y con el orden del establecimiento, le sea permitido al preso procurarse comodidades y ocupaciones por su cuenta.

d) Que el derecho a la información por los medios habituales de comunicación social (televisión, radio, periódicos, libros) sea respetado en toda su extensión, sin censura, salvo situaciones especiales y por decisión judicial, fundada en reglas específicas de la ley procesal penal.

e) Que la correspondencia epistolar y los medios de escritura estén, en principio, permitidos libremente.

f) Que se regule, en forma compatible con la dignidad humana y el interés del detenido, las visitas, el tiempo y el lugar en que ellas pueden llevarse a cabo, previendo incluso la posibilidad de visitas de contacto o íntimas, especialmente con sus familiares directos y en casos análogos.

g) Que sean previstos los medios necesarios para que el preso pueda ejercitar sus derechos civiles y políticos.

h) Que no pueda ser obligado a prestaciones especiales, como, por ejemplo, el trabajo obligatorio, salvo los servicios necesarios para mantener aseado el lugar en que cumple su encarcelamiento[148].

D. DEFENSA

1. Antecedentes, concepto y alcance

I. Según algunos, a nuestra Constitución nacional le cabe el honor de haber sido la primera que, con una fórmula terminante, aclaró sin tapujos: "Es inviolable la defensa en juicio, de la persona y de los de-

[148] Varias de estas proposiciones han sido incorporadas por el nuevo CPP Nación. 313. Ellas provienen de la propuesta del Proyecto CPP Nación (1986), considerablemente más amplio en la protección de los derechos del encarcelado preventivamente.

rechos"[149]. Es exagerado afirmar, no obstante, que la facultad de defenderse de una acusación emerja, como derecho específico, recién con nuestro texto: de alguna manera, la garantía individual presidió y preside toda la estructura reformista del enjuiciamiento penal que nace en el siglo XVIII y se plasma en el siglo siguiente.

Ya la *Declaración de derechos del Estado de Virginia* preveía, en 1776, que, en toda acusación criminal, el hombre tiene *derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación, a confrontar con los acusadores y testigos, a producir prueba en su favor y a un juicio rápido* por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable" (Sección VIII). Nuestro destacado indica con claridad los principales elementos que integran el derecho a defenderse o, si se quiere, los que tornan posible su eficiencia, adelantando, incluso, las pautas fundamentales de respeto a este derecho que nuestra Corte Suprema ha indicado (acusación, defensa, prueba y sentencia), según veremos.

La evolución posterior de la Constitución de los Estados Unidos de América confirmó ese texto: Enmienda VI: "el acusado gozará del derecho... a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación; a confrontar con los testigos contrarios; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos de descargo; y a la asistencia de abogados para su defensa"; Enmienda V: "ninguna persona... será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal"; Enmienda XIV: "... ningún Estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal...".

La cláusula que otorga a los individuos el derecho inviolable de defenderse, en nuestra Constitución, cumple la misma función que, en otras, los giros idiomáticos cargados de contenido sin expresión literal en la fórmula. Tales giros necesitan ser desarrollados a partir de la noción cultural de lo que significa el Estado de Derecho para el enjuiciamiento penal, de la eficiencia del procedimiento como limitación al uso arbitrario del poder penal por parte del Estado y como garantía del individuo. De alguna manera, el "debido procedimiento legal" (*due process of law*), citado antes en el Derecho de los EE.UU.[150], o la

[149] Cf. SECO VILLALBA, *El derecho de defensa*, p. 17; LINARES QUINTANA, *Tratado*, t. V, nº 3157, ps. 274 y siguiente.

[150] Enmiendas V y XIV, transcriptas inmediatamente antes en lo pertinente. De *lawful judgement* se hablaba ya en la famosa Carta Magna de 1215. Cf. sobre la expresión, CORWIN, *The constitution*, ps. 162 y ss. y ps. 188 y ss.; LINARES, *El "debido proceso"*, cap. II, ps. 14 y ss., especialmente nº 15, p. 54. La misma equiparación formula nuestra Corte Suprema: *Fallos CSN*, t. 236, p. 271. En el mismo sentido del texto, señalan que la cláusula del *debido proceso legal* "desempeña un papel semejante al que entre nosotros cumple el de la inviolabilidad de la defensa en juicio", CARRIÓ, G. R.–CARRIÓ, A. D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, t. I, cap. III, nº 3, ps. 49 y siguiente.

garantía de un juicio imparcial y leal (*fair trial*), del Derecho inglés, o su traducción al Derecho europeo continental previendo "oportunidades iguales" para el imputado en juicio (*Waffengleichheit*)[151], derechos consagrados por el art. 6, párr. 1º, 1ª oración, de la *Convención europea sobre derechos humanos*, equivalen a nuestro "derecho de defensa" y precisan una aclaración de su contenido y elementos, en el sentido ya indicado.

II. Conviene advertir que, aunque nosotros observemos la garantía desde el ángulo del proceso penal, ella no se refiere, exclusivamente, al poder penal del Estado. Al contrario, la fórmula es amplia y también comprende al procedimiento civil, laboral o administrativo, pues protege todo atributo de la persona (vida, libertad, patrimonio, etc.) o los derechos que pudieran corresponderle, susceptibles de ser intervenidos o menoscabados por una decisión estatal[152]. Sin embargo, de la afirmación del *derecho de defensa* en el procedimiento penal y en otro tipo de procedimiento, no son extraídas exactamente las mismas consecuencias, pues existen mayores exigencias para el enjuiciamiento penal que las requeridas para los demás. La razón de ser de esta diferencia, que nunca ha sido claramente fundada, proviene de la mayor importancia política del procedimiento penal, por la supremacía de los bienes o valores jurídicos que él pone en juego.

a) En el procedimiento penal se establece recaudos severos para verificar que el imputado ha tenido oportunidad suficiente de audiencia: él debe comparecer en persona ante el tribunal, que le intimará o comunicará con precisión el hecho imputado y le permitirá ejercer posteriormente su defensa material; aunque el imputado está facultado a abstenerse de declarar, se verifica materialmente que conoce lo que se le imputa y que se le concedió la oportunidad de ser oído. Más aún, durante el juicio —en las leyes procesales que lo regulan conforme a la Constitución— rige el *principio de inmediación*, por el que se requiere la presencia ininterrumpida del acusado durante todo el debate y hasta en la lectura de la sentencia, manera de verificar que él ha tenido oportunidad suficiente para hablar, contradecir a los testigos y peritos, probar, controlar la prueba del adversario y valorarla, indicando al tribunal la solución que propone para la sentencia.

[151] Cf. SANDERMANN, *Waffengleichheit im Strafprozeß*, ps. 11 y siguientes.

[152] Son notorios los efectos de la garantía fuera del procedimiento penal; cf. por todos, PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 18, c, 3º, ps. 112 y ss. y nº 31, ps. 269 y siguientes.

Nuestra Corte Suprema ha extendido el derecho de defensa aun a las actuaciones administrativas que ponen en juego atributos o derechos de las personas, por ejemplo: al procedimiento disciplinario o al que tiene por objeto la sanción o cesantía del agente administrativo (*Fallos CSN*, t. 247, p. 52; t. 253, p. 229; t. 257, p. 275; t. 258, p. 299).

En el procedimiento civil, en cambio, basta con que se otorgue al demandado una oportunidad razonable para ser oído, para controlar la prueba del adversario y producir la propia, y para valorar la prueba producida, argumentando sobre la decisión que reclama; pero no es necesario que el tribunal verifique, de cuerpo presente, que el demandado fue colocado en la situación de poder aprovechar, realmente, las oportunidades que se le brinda. Conforme a ello, el Derecho procesal civil admite y regula el *procedimiento en rebeldía* o *contumacial* (ejemplo: CPC nacional, 59 y ss.).

Nuestro Derecho procesal penal, en cambio, no tolera el procedimiento en rebeldía o contumacial (CPP Nación, 290; CPP Córdoba, 88; CPP Mendoza, 168; CPP Salta, 168; CPP La Rioja, 172; CPP Santiago del Estero, 111 y 114; CPP La Pampa, 155; CPP Jujuy, 124 a 127; CPP Corrientes, 78; CPP Entre Ríos, 78; CPP Santa Fe, 80, CPP Tucumán, 88; CPP Costa Rica, 53), que no puede arribar a una sentencia de mérito en ausencia del imputado[153]. Claro es que, en los códigos que regulan un procedimiento sin vigencia del principio de inmediación, como el CPCrim. nacional (1889) o el CPP Santa Fe, la vigencia de estas reglas es más teórica que práctica.

b) Relativo también a la *defensa material*, no se extrae tampoco las mismas consecuencias de la cláusula que impide obligar a otro a *declarar contra sí mismo* (CN, 18), que sólo rige en toda su extensión para el procedimiento penal. En él no se conoce el régimen de la absolución de posiciones, vigente para el procedimiento civil, con sus consecuencias, la confesión ficta por falta de respuesta (ausencia o negativa a contestar). Sin embargo, la CN, 18, no discrimina, es decir, no refiere el contenido de la garantía sólo al procedimiento penal; en cambio, las constituciones provinciales prohíben obligar a declarar contra sí mismo únicamente en una causa penal (Chaco, 17, párr. III; Río Negro, 8, párr. II; Chubut, 27). Una aproximación mayor al problema en G, 2.

c) En torno a la *defensa técnica*, ella sólo es obligatoria en el procedimiento penal (CPP Nación, 104 y 107; CPP Córdoba, 121; CPP Santiago del Estero, 67 y 70; CPP Salta, 99 y 102; CPP Mendoza, 99 y 102; CPP La Rioja, 100 y 103; CPP La Pampa, 91 y 94; CPP Jujuy, 103; CPP Corrientes, 105 y 108; CPP Entre Ríos, 106 y 109; CPP Santa Fe, 84 y 90, CPP Tucumán, 121, CPP Costa Rica, 83), tomando a su cargo el Estado la designación de oficio de un defensor, cuando el imputado no puede o no quiere elegirlo.

No significa lo mismo la exigencia, en el procedimiento civil, de que los actos procesales de parte, verdaderamente importantes, en los que se postulen o discutan derechos o pretensiones (por ej., demanda, contestación, informes finales, recursos) deban contar con asistencia técnica (CPC nacional, 56 y 57). Dicha exigencia no parece provenir, fundamentalmente, de la necesidad de garantizar la

[153] En el Derecho comparado, se tolera y regula muy limitadamente el procedimiento contumacial (faltas o delitos leves y rebeldía con posterioridad a la declaración sobre el hecho, durante el debate), previéndose, sin embargo, efectos también limitados para la sentencia de condena que impone una pena o una medida de seguridad en esas condiciones; cf., como ejemplo, OPP Alemania, §§ 232, 277 y ss. El segundo supuesto de permisión del debate en ausencia del imputado —después de su declaración sobre el hecho en el debate— ha desaparecido en la OPP: derogación de los §§ 277 a 284. (MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, ps. 203, 248 y siguientes).

defensa técnica, sino, antes bien, de la necesidad de asegurar la normal sustanciación del proceso y el orden en el planteo de las cuestiones, conforme a la ley procesal.

En verdad, según después examinaremos, la Constitución nacional se ha referido al enjuiciamiento penal de manera muy especial, recibiendo culturalmente todo el sedimento de la reforma procesal penal debida a los siglos XVIII y XIX y, con ella, una forma de proceder muy concreta, como única manera de garantizar una defensa eficaz de la vida, la libertad y el honor de los ciudadanos. Al proponer el *juicio por jurados* (CN, 24, 75, inc. 12, y 118), no sólo se ha referido a la composición de los tribunales penales (organización judicial), sino que ha querido expresar que el juicio penal debe ser público, oral, continuo y con vigencia del principio de inmediación. Muchas constituciones provinciales han acentuado esas exigencias (Chubut, 32, párr. III; Río Negro, 134). No podía ser de otra manera, pues, realmente, este tipo de enjuiciamiento penal es una exigencia republicana, mejor dicho, del Estado de Derecho.

III. Si el derecho de defensa resulta garantizado en cualquier juicio, y no tan sólo en el penal, según hemos visto, conviene aclarar que, en el procedimiento penal, tampoco se limita a la protección del imputado, sino que también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él. Nos referimos, fundamentalmente, al actor civil, al mismo imputado como demandado civil y al tercero civilmente demandado.

Para observarlo así no parece necesario aclarar que, en el procedimiento civil, la garantía no sólo alcanza al demandado, sino también al actor[154]. En efecto, se trata del derecho de defender un interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario, nos oponemos a esa pretensión, requiriendo que ella no prospere. Por lo tanto, cuando en el proceso penal se introduce la cuestión civil que emerge del delito (acción reparatoria), le asiste tanto al actor, cuanto al demandado, el derecho de defenderse y todas las facultades que él implica.

Pero esta garantía es, como las demás, garantía frente al poder del Estado y, como ellas, representa, propiamente, una limitación del poder estatal. De allí que se equivoca quien extiende el funcionamiento de la garantía al órgano estatal en cuyas manos se coloca el poder de

[154] Cf. por todos PALACIO, *Derecho procesal civil*, nº 18, A, *c*, 3º, ps. 112 y siguientes.

persecución penal[155]. La ley procesal puede otorgar facultades al ministerio público, colocándolo en un pie de igualdad con el imputado, o, incluso, como sucede en realidad, por encima de él, pues ejerce el poder de persecución penal del Estado y goza de todas las facultades que ello implica (por ej., el de dirigir la policía); pero ello no significa regular su defensa y otorgarle oportunidades para ejercer ese derecho, sino, simplemente, darle armas para cumplir su función. Cuando, por error judicial, se le niega alguna de las atribuciones que posee (por ej., informar después de la recepción de la prueba en el debate), la sentencia se podrá anular, si él la recurre (casación), pero nunca bajo el fundamento de que se "violó la defensa" del ministerio público, sino bajo el más racional de que no se ha cumplido el procedimiento que la ley prevé para arribar a ella, omitiéndose un acto previsto (siempre una nulidad relativa, sujeta a ciertas condiciones, que no invalida por sí la decisión). Es por ello que el ministerio público vería impedida su concurrencia ante la Corte Suprema, como tribunal de casación constitucional, bajo la invocación de que a él no se le ha respetado la "garantía" de su defensa. Decidir otra cosa sería malinterpretar gravemente el sentido de las garantías individuales como limitadoras del poder del Estado, pretendiendo que el mismo Estado, en el ejercicio de su poder público, recibe amparo de estas cláusulas.

En verdad, se trata de un eufemismo —aquí sólo utilizado para tornar gráfica la exposición— afirmar que el ministerio público es colocado por la ley en posición similar a la del imputado, acordándole sus mismos derechos, o, antes bien, por encima de él. La situación es, precisamente, la inversa: a partir de los poderes que le otorga la ley penal al ministerio público para cumplir su función de perseguir penalmente (CP, 71), se construye la posición del imputado, adjudicándole, en lo posible, derechos suficientes para poder resistir esa persecución; ello, en virtud de que la defensa es inviolable.

Un ejemplo de la interpretación errónea —más aún, sofística— es perceptible en la sentencia de la CSN, "Jofré, Hilda N. y otra"[156], del 24/3/1994, que anula una absolución sobre la base de un recurso del ministerio público, que reclama por haberse conculcado en el procedimiento *su* derecho de defensa.

En el caso, el tribunal arribó a la solución por exclusión de medios de prueba introducidos por el fiscal, que consideró ilegítimos para ser valorados en la sen-

[155] Cf. Rubianes, *Manual*, nº 27, p. 86.

[156] Publicado en "Doctrina Judicial", periódico del 14/9/1994.

tencia en virtud de estar alcanzados por prohibiciones probatorias específicas: confesión extrajudicial que condujo al hallazgo de los elementos de prueba. La CSN consideró que la exclusión de estos elementos de la valoración del tribunal para la sentencia, lesionaba la garantía de constitucional del debido proceso... a favor del Estado y, por ello, casó la sentencia.

Esta manera de argumentar y de interpretar las garantías individuales, en contra del individuo y a favor del Estado, persecutor penal, que se repite peligrosamente en nuestra jurisprudencia, incluida la de tribunales superiores, conduce a pensar que la única garantía consiste en eliminar el recurso del ministerio público, acusador estatal que, conforme a ello, sólo tendrá una oportunidad para perseguir y lograr la condena del acusado (*ne bis in idem* en sentido estricto), frente al tribunal de juicio[157].

Presenta dudas la solución del mismo problema cuando quien persigue penalmente no es un órgano público sino un particular, sujeto de derecho privado que no ostenta el poder penal del Estado. Nos referimos al que nuestras leyes llaman querellante.

Nos parece que el caso del querellante por un delito de acción privada no debería ofrecer dudas. A pesar de que él, en cierta manera, pretende y defiende un interés público, la pena estatal, la ley penal ha limitado ese interés a la concurrencia del interés privado en perseguirlo y, para ello, ha legitimado a ciertas personas privadas como únicas habilitadas a perseguir penalmente en esos casos, dotándolas del poder de persecución penal, pero no de un poder público (CP, 73 y ss.). Parece evidente, entonces, que esas personas defienden un interés privado legítimo, con prescindencia de que la ejecución de la pena eventual sea pública, y, por ende, están amparadas por la garantía que les otorga el derecho a la defensa. Tan privado es ese interés que pueden renunciarlo (CP, 59, inc. 4), con efecto extintivo para la persecución penal, y que, aunque no ejecuten privadamente la pena, pueden influir decisivamente en ella (perdón del ofendido con efecto extintivo para la pena: CP, 69).

En cambio, el caso no es el mismo y ofrece serias dudas cuando se trata del querellante por un delito de acción pública (conjunto o adhesivo). Repárese en que la ley penal no lo legitima como persecutor

[157] En el caso "Todres" (*Fallos CSN*, t. 280, p. 297), resuelto el 18/8/1971, la CSN revocó la libertad concedida por excarcelación al imputado, en sentencia de la CCC, sobre la base ¡de la garantía del imputado a ser tratado como inocente y a gozar de la libertad durante el procedimiento penal! Cf. CARRIÓ, A. D., *La libertad durante el proceso penal y la Constitución nacional*, V. 4, ps. 42 y ss. Ver B, 1, III, donde, a raíz de otra garantía, utilizada incorrectamente por los tribunales para casar sentencias favorables al acusado, se expresa la misma observación.

penal privado, pues las acciones penales "deberán iniciarse (ejercerse) de oficio" (CP, 71), y tan sólo algunos códigos de procedimientos, de dudosa constitucionalidad por el reconocimiento de esa calidad a una persona privada sin reservas, le conceden al ofendido —o a algunos sustitutos— la posibilidad de ser titular del ejercicio de la acción oficial (por ej., CPP Nación, 82)[158]. No es del caso discutir aquí ampliamente el arduo problema jurídico y político-criminal que representa esta cuestión; pero lo cierto es que la naturaleza pública de la persecución penal y su consecuencia, la falta de reconocimiento a cualquier sujeto de derecho privado de la calidad de titular de ella —salvo los casos de excepción que la misma ley prevé: acciones penales privadas—, permite reconocer que este tipo de querellante, a lo sumo mero auxiliar del órgano público de persecución penal por adhesión, no interviene por un interés propio y autónomo, según la ley[159]. Es precisamente por ello que la Corte Suprema, por regla, ha rechazado el amparo constitucional reclamado por el querellante para la obtención de una condena criminal (*Fallos CSN*, t. 259, p. 388; t. 262, p. 144; t. 265, p. 92), explicando que su inclusión en los procesos motivados por delito de acción pública es cuestión de las leyes de procedimiento y no compromete principio constitucional alguno, tampoco el derecho de defensa, ni habilita el recurso extraordinario (*Fallos CSN*, t. 188, p. 178; t. 219, p. 317).

La Corte Suprema, sin embargo, ha admitido por excepción la vía (*Fallos CSN*, t. 97, p. 491). El caso ya citado (*Fallos CSN*, t. 262, p. 144) no constituye una excepción sino una ratificación de la regla, porque, aunque el argumento no aparezca como inteligible, se apoya en la doctrina de la "*gravedad institucional*", que, según la misma Corte, excede el interés de las partes. De manera general, la Corte Suprema ha reconocido que "la facultad reconocida por la ley a los particulares de hacerse parte querellante en los delitos de acción pública, no es un derecho de propiedad en el sentido de la ley civil, sino una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo" (*Fallos CSN*, t. 299, p. 177), en obvia alusión al rechazo de su calidad de titular de la acción penal pública y del interés legal que ella supone. Sobre las medidas de seguridad y corrección: *Fallos CSN*, t. 259, p. 401.

[158] Cf. Núñez, *Derecho penal argentino*, t. II, § VIII, II, p. 130.

[159] Sostener lo contrario sería otorgar competencia legislativa en esta materia a los parlamentos y leyes locales, cuando se trata de poderes expresamente delegados por las provincias al Congreso de la Nación (CN, 75, inc. 12); no se trata aquí de la regulación de un acto del procedimiento o de la institución y organización de los órganos públicos que intervienen en él, sino de la titularidad de la persecución penal o, si se quiere, de la *legitimación* sustancial, como perseutor penal, materia sobre la que siempre disponen las leyes de fondo: cf. Núñez, *Derecho penal argentino*, ps. 127 y siguientes.

Se podría explorar si la influencia que la sentencia penal proyecta sobre la reparación civil (CC, 1101 y ss.) otorga al querellante, como ofendido o titular del derecho a la reparación, algún argumento para reclamar la protección constitucional del derecho de defensa (nunca en referencia única a la condena penal). La Corte Suprema lo ha negado (*Fallos CSN*, t. 259, p. 388; t. 265, p. 92), a nuestro juicio con razón, pues, como predica confusamente el argumento que utiliza, admitiéndose el ejercicio de la acción reparatoria en el procedimiento penal, esa es la vía indicada —aunque limitada al interés privado reconocido y no extensible a la sanción penal— para hacer valer un derecho autónomo, reconocido por la ley y, por tanto, amparado por el derecho de defensa.

De todos modos, la exposición que sigue sólo tendrá en cuenta al imputado como titular del derecho de defensa y amparado por la garantía. Este es el tema propio y principal del Derecho procesal penal.

IV. Desde este punto de vista, el *derecho de defensa* del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe; con cierto simplismo, que en este tema no es recomendable sino tan solo para lograr una aproximación a él, esas actividades pueden sintetizarse en: la facultad de *ser oído*, la de *controlar la prueba de cargo* que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de *probar* los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de *valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable* según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal[160].

El derecho a intervenir en el procedimiento no ha sido, en general, cuestionado, pero, sobre todo en el ámbito de aplicación del código federal (1889), han surgido inconvenientes para determinar con precisión el momento inicial, a partir del cual el imputado puede intervenir en el procedimiento o, dicho de otra manera, el momento a partir del cual el imputado goza de su derecho a defenderse. Los códigos argentinos modernos (CPP Córdoba [1970], 70; CPP Mendoza, 68; CPP Entre Ríos, 69; CPP Corrientes, 70), interpretando racionalmente la Constitución, aclaran suficientemente que "los derechos que la ley acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, la persona que fuere... indicada

[160] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, 1, *a* y *c*, ps. 204 y 205.

como tal en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra". Siguen aproximadamente esta formulación los nuevos CPP Nación, 72; CPP Córdoba, 80 y CPP Tucumán, 80. En realidad, todas las garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en el que una persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades competentes para la persecución penal, pues desde ese momento peligra su seguridad individual en relación a la aplicación del poder penal estatal; puede, entonces, desde ese momento, ejercer todas las facultades tendientes a posibilitar la resistencia a ese poder penal[161]. La interpretación mayoritaria del CPCrim. nacional (1889), negaba al imputado el derecho a intervenir en el procedimiento, espontáneamente, y el de ejercer las facultades que la ley le concede, antes de que el juez de instrucción lo considere sospechoso (CPCrim. nacional [1889], 236, párr. 1) y disponga que comparezca a prestar declaración indagatoria, decisión para la cual ni siquiera existe un punto fijo que obligue al juez a emitirla durante el procedimiento preliminar[162]. Tal determinación, que parte de un error conceptual enorme acerca de lo que significa históricamente el procedimiento penal actual, ha confundido a muchos, que incluso piensan que la posición del imputado puede ser distinta, mejor o peor, según el código de que se trate, cuando los derechos y garantías fundamentales de la persona emanan directamente de la Constitución[163]. La confusión se ha manifestado, incluso, en algunos códigos modernos (CPP Santiago del Estero, 38; CPP La Rioja, 65; CPP La Pampa, 63; de la misma manera: CPP Costa Rica, 45), que sólo contienen los actos iniciales de la instrucción, creyendo que así agotan todas las posibilidades de que una persona sea indicada como partícipe en un hecho punible. Es aceptable que una constitución o un código provinciales otorguen al imputado mayores derechos y garantías que los que la Constitución nacional le concede (aun cuando es difícil de imaginar en el ámbito del derecho de defensa), pero resulta imposible que ellos desmejoren la posición mínima que aquélla le garantiza al imputado en el procedimiento de persecución penal. Tan vigorosa —como errónea— ha sido la posición jurisprudencial que combatimos, que hoy, con el cambio de legislación procesal penal en el sentido que estimamos correcto, la práctica común de los tribunales de la capital de la República muestra vacilaciones provenientes de aquella interpretación errónea, como si la praxis anterior se impusiera, sin reflexión, a la letra misma de la ley (la rutina triunfa sobre la razón).

Acerca del momento final de operatividad de la garantía también se han presentado problemas: ¿finaliza la protección con la sentencia firme que concluye el

[161] Cf. MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, § 8, ps. 155 y ss., con cita de la jurisprudencia que, aplicando el CPCrim. nacional (1889), pretende lo contrario. Cf. para el Derecho comparado, BAUMANN, *Grundbegriffe*, cap. 3, IV, p. 118 y VI, p. 124, quien, además de defender la posición correcta, informa sobre idénticos problemas en el Derecho alemán, procedentes, como siempre, de la pretensión de las autoridades propias de la persecución penal por evitar, al menos por un cierto tiempo, que operen las garantías y derechos que amparan al imputado.

[162] Cf. el fallo plenario "Grossman, M.", 7/2/1969 (*Fallos plenarios CCC CF*, Ed. Secretaría de Justicia, Buenos Aires, 1984, III, p. 11).

[163] Ver, por ejemplo, ALMEYRA, *Situación y declaración del imputado*, p. 7.

proceso de conocimiento, u opera ella también durante el procedimiento de ejecución de la pena o de la medida de seguridad y corrección? La posición correcta contesta afirmativamente la última parte de la pregunta y, por ende, negativamente la primera. Adviértase que, aun con particularidades específicas, la pena o la medida de seguridad y corrección, manifestaciones prácticas del poder penal del Estado, siguen sometidas a reglas jurídicas durante su ejecución y, en consecuencia, a diferentes limitaciones de ese poder; la aplicación de reglas jurídicas, incluso constitucionales es, así, clara y, por consiguiente, se justifica la necesidad de conceder al condenado intervención en el procedimiento de ejecución y reconocer, ampliamente, su derecho de defensa en él. Piénsese, por ejemplo, en las transformaciones que puede sufrir la pena privativa de libertad (libertad condicional, CP, 13 y ss.; unificación de penas, CP, 58; la medida regulada en el CP, 52; y la propia medida de seguridad y corrección del art. 34, inc. 1, CP)[164].

Empero, a más de la *defensa material*, la particularidad del procedimiento penal reside en la *obligatoriedad de la defensa técnica*[165]. Nuestro Derecho procesal penal unánimemente, ha integrado la defensa del imputado tornando necesario, por regla, que él sea asistido jurídicamente. Ello se logra sin desconocer el derecho esencial del imputado de elegir un jurista que lo asesore y defienda (facultad de elección) desde el primer momento del procedimiento seguido en su contra[166]. No obstante, para el caso de que el imputado no pueda designar su

[164] Cualesquiera que sean las deficiencias legislativas en este ámbito y las trastabilladas que ha dado la jurisprudencia, quizás como consecuencia de los defectos señalados, el principio que afirmamos ha sido reconocido repetidamente. Cf. la *regla general* en los códigos modernos: CPP Nación, 491; CPP Córdoba, 502; CPP Salta, 532; CPP Mendoza, 541; CPP La Rioja, 526; CPP Santiago del Estero, 448; CPP La Pampa, 462; CPP Entre Ríos, 509; CPP Corrientes, 527; CPP Jujuy, 481; CPP Tucumán, 502; CPP Costa Rica, 502; *derivaciones* en CPP Nación, 495, 504, 505, 508 y 514; CPP Córdoba, 504, 511, 514, 515, 518, 520 y 525; CPP Salta, 534, 544, 547, 549 y 554; CPP Mendoza, 545, 553, 556, 558 y 563; CPP La Rioja, 527, 538, 541, 543 y 548; CPP Santiago del Estero, 446, 465, 467 y 472; CPP La Pampa, 464, 475, 478, 480 y 485; CPP Corrientes, 529, 540, 543, 545 y 550; CPP Entre Ríos, 511, 521, 524, 526 y 531; CPP Jujuy, 483; CPP Tucumán, 504, 511, 514, 515, 518, 520 y 525; CPP Costa Rica, 504, 513, 515 y 522. Prevén la obligatoriedad de la defensa técnica del condenado los nuevos CPP Córdoba, 502 y CPP Tucumán, 502. Véase también *Fallos CSN*, t. 212, p. 380.

[165] Conceptúase como defensa técnica la asistencia jurídica que un jurista graduado brinda al imputado y su intervención, casi siempre autónoma, durante el procedimiento, procurando a favor del imputado. Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. VIII, § II, 3, p. 380.

[166] Conforme NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 105, nº 1, p. 95. La afirmación emerge clara de la regla que concede al imputado el "derecho a hacerse defender por abogados de la matrícula de su confianza" (CPP Nación, 104; CPP Córdoba, 118; CPP Mendoza, 99; CPP Salta, 99; CPP La Rioja, 100; CPP Santiago del Estero, 67; CPP La Pampa, 91, I; CPP Corrientes, 105; CPP Entre Ríos, 106; CPP Jujuy, 103, I; CPP Tucumán, 118; CPP Costa Rica, 80) y de la —antes estudiada— que afirma categóricamente que "los derechos que la ley acuerda al imputado podrá hacerlos valer... la persona... indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra".

defensor, por su falta de recursos o por cualquier otra razón, el Estado acude en su auxilio, permitiéndole designar al defensor oficial[167]. Más aún, aunque el imputado no designe ningún defensor, el tribunal nombra directamente al defensor oficial llegado el momento en el cual el debido respeto a la inviolabilidad de la defensa no tolera la ausencia de un defensor al lado del imputado, "en la primera oportunidad, pero en todo caso antes de la declaración del imputado"[168]. La única excepción está representada por el derecho a defenderse por sí mismo, derecho que todos los códigos procesales penales autorizan, aun cuando no de manera absoluta: "Siempre que no perjudique la eficacia —debió decir: eficiencia— de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso"[169].

En principio, se considera idóneo para ejercer la función del defensor a los abogados egresados de una Universidad argentina autorizada a expedir ese título o de una Universidad o Escuela Superior de Derecho extranjera, cuyo título es reconocido o ha sido habilitado según las leyes de nuestro país. Los códigos o las leyes provinciales y la ley nacional exigen, por lo común, la matriculación del abogado en el ámbito de la organización judicial ante la cual ejercerá el cargo de defensor (poder de policía profesional)[170].

Sin embargo, ésta no puede ser la única condición —necesaria pero no suficiente—, pues el título de abogado no garantiza siempre la eficiencia de la defen-

[167] Cf. los artículos de los códigos modernos citados en la nota anterior. De allí que, cuando se estudia al ministerio público con criterio amplio, se incluye en él a la defensa oficial, cuerpo de abogados del Estado que acude en auxilio del imputado para hacer posible, en todos los casos, la asistencia jurídica y la defensa técnica (en algunas organizaciones judiciales se lo denomina, impropiamente, asesor de pobres).

Es posible organizar de otra manera la defensa oficial, acudiendo a las organizaciones colegiadas de abogados y al deber de ejercer la defensa técnica en aquellos casos en los que corresponde designar defensor de oficio. Sobre los sistemas de defensa oficial o pública, cf. GUARIGLIA, *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*; GARITA VILCHEZ, *La defensa pública en América Latina*, investigación jurídico-empírica sobre la base de seis países hispanoamericanos; BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, p. 156.

[168] CPP Nación, 107 y 197; CPP Córdoba, 305; CPP Mendoza, 102 y 209; CPP Salta, 102 y 208; CPP La Rioja, 105; CPP Santiago del Estero, 70, I; CPP La Pampa, 94 y 188; CPP Corrientes, 108 y 205; CPP Entre Ríos, 109 y 205; CPP Jujuy, 103; CPP Tucumán, 305; CPP Costa Rica, 189.

[169] CPP Nación, 104; CPP Córdoba, 118, I; CPP Mendoza, 99; CPP Salta, 99, CPP La Rioja, 100; CPP Santiago del Estero, 67; CPP La Pampa, 91, I; CPP Jujuy, 103; CPP Corrientes, 105; CPP Entre Ríos, 106; CPP Tucumán, 118, I; CPP Costa Rica, 80.

[170] Cf., no obstante, el decreto nº 2.293/92 del PEN, del 2/12/1992, que extiende la habilitación para ejercer una profesión respaldada por un título con validez nacional a todo el territorio de la República con una única inscripción en el colegio, registro o asociación de su domicilio.

sa técnica y el tribunal, en situaciones de excepción, puede excluir fundadamente a un abogado del ejercicio de la función de defensor: piénsese, por ejemplo, en un abogado detenido (condenado o en prisión preventiva), circunstancia que, de hecho, obstaculizaría la eficiencia de la defensa y el procedimiento mismo. Conforme a ello, el derecho a designar defensor y el de defenderse técnicamente por sí mismo nunca son absolutos[171].

Previsiones tan exhaustivas y detalladas sobre la *necesidad de la defensa técnica*, al punto de considerarla un *servicio público imprescindible*[172], que se presta aun contra la voluntad del imputado, sólo pueden indicar que el Derecho procesal penal, de alguna manera muy particular, no considera al imputado suficientemente capaz para resistir la persecución penal —estatal, pero también la privada— por sí solo, salvo casos excepcionales; esto es, admite que no posee la plena capacidad para estar o intervenir en el procedimiento penal por sí mismo, con excepción del caso en el que se permite su autodefensa técnica. El defensor viene, así, a *completar* o *complementar la capacidad del imputado* para estar en juicio penal y esa es la auténtica función que él cumple[173]. Se comprenderá mejor esta misión y la relativa capacidad del imputado para estar en un juicio penal, si se observa que, salvo excepciones, *ambos poseen facultades autónomas*, esto es, independientes, que no se inhiben entre sí o mutuamente por el ejercicio concreto de ellas en un sentido determinado: por ejemplo, si el imputado decide confesar el hecho punible como propio y el defensor lo niega, o el defensor acepta que el imputado ejecutó el hecho punible, incorporando la circunstancia de que se defendió de una agresión de la víctima, y el imputado niega haber participado en el hecho punible.

Sólo por excepción se rompe esta autonomía de actuación: así en los recursos contra decisiones jurisdiccionales, pues el imputado puede renunciar válidamente a los recursos interpuestos por el defensor en su favor (CPP Nación, 443, I; CPP Córdoba, 454, II; CPP Mendoza, 491, I; CPP Salta, 484, I; CPP La Rioja, 482, I; CPP Santiago del Estero, 395; CPP La Pampa, 415, II; CPP Corrientes, 479, II; CPP Entre Ríos, 464, II; CPP Tucumán, 454, II; CPP Costa Rica, 457, II).

Desde el punto de vista aquí estudiado el Derecho procesal penal se diferencia nítidamente de los demás derechos procesales, especialmente del Derecho proce-

171 Según parece, en contra NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 105, nº 3.

172 Cf. NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 105, nº 2, p. 96, quien cita la opinión de los jueces de la Corte Suprema nacional, doctores ORGAZ y VILLEGAS BASAVILBASO, en la sentencia publicada en *JA*, t. 1959-I, p. 252, del 22/10/1958.

173 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. VIII, § III, ps. 391 y siguientes.

sal civil (ver *supra*, II, *c*), en el alcance que prevé para la realización del principio de la defensa en juicio. Se podría decir que la cláusula constitucional que torna inviolable la defensa en juicio recibe, en materia procesal penal, una interpretación diferente, extensiva y de mayor aptitud garantizadora —casi paternalista, auxiliada por el mismo Estado que persigue penalmente al imputado—, que la considerada necesaria por el Derecho procesal civil.

2. Derecho a ser oído (contradicción)

a) Concepto

La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, también, la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad y corrección), o para inhibir la persecución penal. Tanto es así que algunas constituciones incluyen directamente en su texto el *derecho a ser oído* como base de desarrollo de lo que nosotros conocemos como derecho a defenderse[174].

Empero, como toda garantía constitucional, las escasas palabras que la formulan poseen un contenido mucho más profundo que el estrictamente semántico que sugieren los términos de la frase. De nada valdría que se escuchara al imputado si no se prevé, al desarrollar el contenido real de la garantía, ciertos presupuestos y ciertas consecuencias para el ejercicio de este derecho, en miras a su propia eficiencia, con la consecuencia de otorgarle, así, un significado mucho más preciso y valioso para el principio estudiado que el mero hecho de permitirle (facultad) vertir palabras en el procedimiento a través del cual se lo persigue penalmente. El problema, de esta manera, se complica bastante, pues la ley reglamentaria (CN, 28), para el caso, la ley de enjuiciamiento penal, debe prever, necesariamente, actividades previas y consecuencias posteriores en relación al ejercicio de esta facultad, a fin de que ella se pueda constituir en el núcleo del derecho de defensa en juicio. El desarrollo de estas necesidades formales es lo que se conoce como *principio de contradicción*[175].

[174] Cf. por ejemplo, Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de la República Federal de Alemania, art. 103, I.

[175] Algunos lo mencionan como *principio de bilateralidad*, pero el nombre sugiere más un aspecto externo del problema, que aquí se estudiará separadamente: la necesidad de dotar al imputado con facultades equivalentes al acusador, o, al menos, con facultades que le permitan resistir con eficiencia la persecución de que es objeto. En el proceso civil se pretende una equiparación total y de allí proviene el nombre. Cf. al respecto, PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 31, *a*, p. 269; BERTOLINO, *El debido proceso y los principios de imparcialidad y bilateralidad en el ámbito procesal penal*, IV.

b) Imputación necesaria

En primer lugar, para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como *imputación*[176].

El núcleo de esa imputación es, según ya se ha observado, una hipótesis fáctica —acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico— atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible. La *imputación* correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o a reducirla. Pero, para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación *clara, precisa y circunstanciada* de un *hecho concreto*, singular, de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento —que se supone real— con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionen su materialidad concreta; el lenguaje se debe utilizar como descriptivo de un acontecimiento concreto ya ocurrido, ubicable en el tiempo y en el espacio, y no para mentar categorías conceptuales. De otro modo, quien es oído no podrá ensayar una defensa eficiente, pues no podrá negar ni afirmar elementos concretos, sino, a lo sumo, le será posible afirmar o negar calidades o calificativos (no soy homicida, no soy malo, soy bueno, etc.); tanto es así, que ni una confesión sería teoréticamente posible, si por ella se entiende la afirmación de todos los elementos

[176] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, § IV, 6, ps. 215 y siguientes.

fácticos de un comportamiento punible, pues la afirmación incondicionada de una imputación que no repose sobre la descripción de un comportamiento concreto se asimilaría a un allanamiento y no a una confesión.

Es por ello que los principales actos de imputación que conoce la persecución penal requieren la "relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho" (o fórmula equivalente), a la par de la identificación del imputado a quien se le atribuye: CPP Nación, 188, inc. 2, y 347, II; CPP Córdoba, 341, inc. 2, y 355; CPP Mendoza, 198, inc. 2, y 362; CPP La Rioja, 373, inc. 2; CPP Salta, 197, inc. 2, y 358; CPP Santiago del Estero, 240, inc. 2; CPP La Pampa, 180 y 316, últ. párr.; CPP Corrientes, 195, inc. 2, y 357, inc. 2°; CPP Entre Ríos, 195, inc. 2, y 351, inc. 2; CPP Tucumán, 341, inc. 2, y 355; CPP Costa Rica, 170, inc. 2, y 341.

La imputación, por lo demás, no debe comprometer al tribunal que juzga, esto es, no debe partir de él: para conservar su imparcialidad y evitar toda sospecha de parcialidad, todo compromiso con la hipótesis acusatoria que conforma el objeto del procedimiento. Ésta es la máxima fundamental del *principio acusatorio*, expresada en los aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore*, aforismos que, en el procedimiento penal, sobre todo en la persecución de delitos de acción pública, sólo tienen un significado puramente formal, para posibilitar la defensa del imputado y la imparcialidad del tribunal, a contrario de lo que sucede de ordinario en el procedimiento civil, dado el dominio de la autonomía de la voluntad de las partes (principio dispositivo).

En el procedimiento civil, ordinariamente (porque también él conoce acciones *ex officio* o públicas, a la manera del Derecho penal: nulidades matrimoniales absolutas, insania, etc.), el *principio acusatorio* no sólo es un instrumento para la realización efectiva de una garantía, sino, antes bien, el fiel reflejo del principio de autonomía de la voluntad que impera en la regulación material (*dispositivo*, traducido a lenguaje formal). El Estado no reacciona ante una infracción a la ley por sí mismo, *de oficio*, como lo hace regularmente frente a la infracción de la ley penal, sino que presta su servicio de administración de justicia cuando es requerido por una persona, de Derecho privado o público, que le plantea un caso concreto de la vida social con significado jurídico según el Derecho privado, pidiéndole su solución, y siempre en la medida del interés del actor y de la persona que, eventualmente, lo enfrente (las manifestaciones de voluntad de las partes sobre el derecho material en debate vinculan al juez: renuncia, transacción, allanamiento).

Todo lo contrario sucede en el procedimiento penal, especialmente en el que tiene por objeto la decisión acerca de un delito de acción pública. Aquí el Estado debe perseguir de oficio (CP, 71; *principios de oficiosidad y legalidad*). De allí su obligación de requerir la administración de justicia (persecución penal pública) que se agrega a la de prestar el servicio de administrar justicia. El *procedimiento inquisitivo*, del que deriva la regla, puso a cargo de un único órgano estas actividades, pues comprendió simplemente el complejo como un único deber del Esta-

do consistente en la persecución de los delitos. El Derecho penal liberal, que le sucedió, aun conservando la máxima de la persecución penal pública, distinguió las funciones de requerir y decidir, como instrumento formal para lograr una realización eficiente del derecho del imputado a defenderse, adjudicando cada una de ellas a dos órganos estatales distintos, el ministerio público y el tribunal. Con ello logró, según se verá, fijar con precisión el objeto de la decisión (*objeto procesal*), extrayéndolo de la potestad del tribunal, quien de este modo ve limitadas sus facultades de decisión en la sentencia, condición que torna cierto el ámbito y los elementos de la situación de la vida (comportamiento atribuido) de la que ha de defenderse el imputado, y pretende evitar toda sorpresa y, por tanto, la indefensión.

La legislación argentina, sin embargo, no fue demasiado consecuente con el principio que emerge de estos aforismos. Bajo la influencia española creó un juez de instrucción que asume de oficio el objeto procesal (CPCrim. nacional [1889], 179, inc. 4, y 182), y comienza así la persecución penal. Los códigos modernos, a partir del CPP Córdoba (1939), corrigieron parcialmente el defecto[177], exigiendo que el juez de instrucción conozca sólo a requerimiento del ministerio público o de la policía (CPP Córdoba [1970], 204; CPP Mendoza, 206, I; CPP Salta, 205, I; CPP La Pampa, 187, I; CPP Corrientes, 203; CPP Entre Ríos 203, I; CPP Costa Rica, 187)[178]. En el procedimiento principal (plenario o juicio) el defecto se corrige, algo tarde en nuestra opinión, pues él sólo procede *per accusationem* del ministerio público y sólo tiene por objeto el hecho descripto en esa acusación, sobre el cual recaerá la decisión del tribunal[179].

Los nuevos códigos de las provincias de Córdoba y de Tucumán no plantean, en gran medida, el problema, pues prescinden del juez de

[177] En el CPP Nación puede darse el caso de que el juez de instrucción remita al fiscal actuaciones para que formule requerimiento, y éste no lo haga porque considere, por ejemplo, que la acción denunciada no se subsume bajo ningún tipo penal; para este caso no existe solución legislativa expresa por lo que la CNCP, Sala II, causa nº 7, "Ávila, Blanca Noemí s/rec. de casación e inconstitucionalidad", resuelta el 2/7/1995, decidió que para estos supuestos, el juez que no compartiera la postura del ministerio público —al no requerir—, debía elevar las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que decida. Se ha creado, entonces, por vía de la jurisprudencia, una nueva forma de iniciación del procedimiento penal.

[178] La tradición, no obstante, persiste, pues varios códigos modernos prefirieron conservar la iniciación del procedimiento *per inquisitionem* del propio tribunal (CPP Santiago del Estero, 128, inc. 3; CPP Santa Fe, 174, I).

[179] El CPP Nación, 348, II, coloca la decisión acerca de si se requiere la remisión a juicio (acusación) o se dicta el sobreseimiento, en caso de discrepancia entre la solicitud de sobreseer del fiscal y la opinión del juez de instrucción, en manos de un tribunal colegiado, a contrario de aquello que prescribía la legislación argentina tradicional (sobreseimiento por "acuerdo de fiscales": coincidencia entre el fiscal del caso y su superior jerárquico).

instrucción como investigador judicial. Para los escasos supuestos en los cuales la investigación preparatoria es practicada por un juez (persecución penal de imputados a quienes ampara un privilegio constitucional), ambos códigos (341, inc. 2) exigen para su intervención, el requerimiento del ministerio público; comprenden así el principio acusatorio formal de manera ortodoxa.

El nuevo CPP Nación no ha dado pasos importantes en esta materia: ha mantenido, por principio, la investigación preliminar del procedimiento penal por delito de acción pública en manos del juez de instrucción (194) y, además, incluye reglas confusas —cuando no contradictorias— acerca de la vigencia del principio acusatorio formal en este momento del procedimiento (180, 181, 182, 186, 188 y 195). El problema principal —no único— consiste en saber si el juez de instrucción puede iniciar por voluntad propia la investigación y la persecución penal, a pesar de un requerimiento negativo del ministerio público, o si —solución contraria— la falta de requerimiento positivo del ministerio público le impide comenzar con la persecución penal[180]. Probablemente esta discusión de filigrana sea incomprensible fuera de la práctica cotidiana de nuestros tribunales, y hasta pueda mover a risa a un experto extranjero que entre en contacto con el debate. Lo único importante de él, desde el punto de vista político-criminal, es la verificación de que nuestro Derecho insiste tozudamente en la existencia de dos inquisidores, al mantener al *juez de instrucción* (viejo inquisidor del *ancien régime*) al lado del ministerio público (nuevo acusador estatal), con consecuencias graves: excesiva complejidad del procedimiento, que provoca problemas como el narrado inmediatamente antes, y falta de garantías procesales, en tanto el juez que autoriza medidas coercitivas es el mismo que investiga o persigue penalmente, en todo caso juez de la necesidad de la medida para la eficiencia de la persecución penal y juez de su legitimidad jurídica, una confusión inadmisible de papeles, siempre operante en el

[180] Este tema ha desatado la más increíble tormenta interpretativa al comienzo de la vigencia del CPP Nación: cf. D'Albora, *CPP Nación anotado*, art. 180, p. 183; Bovino, *El control del pedido de desestimación del fiscal (El caso Ávila)*. La CNCP se ha pronunciado sobre el tema, por aplicación análogica de la situación prevista en el art. 348: el juez de instrucción disconforme con el requerimiento fiscal que desestima la denuncia, consulta a la Cámara de Apelación, organismo que, o bien acepta el requerimiento fiscal y archiva el procedimiento, o bien manda requerir la instrucción formal (perseguir penalmente) a un fiscal reemplazante ("Ávila, Blanca Noemí s/rec. de casación e inconstitucionalidad", CNCP, Sala II, sentencia del 2/7/1993).

sentido de una merma en el control necesario acerca del resguardo de las garantías procesales.

Otro aspecto de la infracción al principio acusatorio lo constituye la doctrina de la *divisibilidad objetiva* e *indivisibilidad subjetiva* de la acción penal pública, plasmada en la regla de que ella se extiende de derecho a todos los partícipes del hecho punible introducido como objeto del procedimiento[181]. Tal doctrina, fundada en la finalidad prevista por la ley para las tareas del juez de instrucción (individualizar a los autores y partícipes: CPP Nación, 193, inc. 3; CPP Mendoza, 204, inc. 3; CPP Salta, 203, inc. 3; CPP La Rioja, 207; CPP Santiago del Estero, 143; CPP La Pampa, 185, inc. 3; CPP Corrientes, 201, inc.3; CPP Entre Ríos, 200, inc. 3; CPP Costa Rica, 185, inc. 3), permite que el juez de instrucción, directamente y sin excitación extraña, persiga penalmente a cualquier persona que considere partícipe del hecho central puesto en su conocimiento, *per inquisitionem*, esto es, con abstracción del requerimiento del ministerio público (o policial, según nuestro sistema). El juez de instrucción se apodera así, *de oficio*, de parte del objeto procesal: a) la infracción, y consiguientemente la imputación, consiste en un comportamiento humano y sólo analíticamente puede fraccionarse en el hecho punible y la participación de ciertas personas en él; b) como consecuencia, afirmar la participación de una persona es afirmar ciertos hechos que fundan su ingreso en la hipótesis delictual (modo y tiempo de auxilio o cooperación con el autor, modo de determinar al autor, modo y tiempo de ejecución del hecho, etc.); c) parte del objeto procesal penal —cuestión introducida— es el individuo en sí mismo. Esos rasgos inquisitivos de nuestro procedimiento penal no son en absoluto necesarios, afirmación que se demuestra por el hecho de que, en el procedimiento principal (plenario o juicio), la acusación del ministerio público limita tanto objetiva como subjetivamente el fallo del tribunal, haciendo trizas la doctrina que describe a la acción penal como objetivamente divisible y subjetivamente indivisible.

Nos parece que el error conceptual proviene de una reflexión práctica mucho más sencilla. Se ha creído que, al colocar la investigación preliminar (instrucción) en las manos de un tribunal —el juez de instrucción— se garantiza mejor la legalidad del procedimiento preparatorio de la acusación o, en su caso, determinante de la clausura de la persecución penal (sobreseimiento), cuando la realidad histórica demuestra que esta decisión política, en su origen (*Code d'Instruction Criminelle* francés de 1808) se vincula con un deliberado compromiso al que debieron ceder las ideas reformistas en la Francia de comienzos del siglo XIX, ante el regreso práctico de la ideología inquisitorial: para conservar el juicio que fundaba la sentencia libre de influencias inquisitivas en lo posible, se permitió un procedimiento preliminar marcadamente inquisitivo, presidido por un inquisidor, el juez de instrucción.

El verdadero compromiso consistió en aceptar el sistema de persecución penal pública —el Estado persigue penalmente de oficio—, máxima fundamental del procedimiento inquisitivo. A partir de esa realidad, si se quiere conservar el principio acusatorio en lo meramente formal, el procedimiento se debe instrumentar de otra manera. En primer lugar, es preciso reconocer que el órgano estatal a cuyo cargo está la persecución penal —el ministerio público—, ante la noticia de un

[181] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *La querella en los delitos de acción de ejercicio privado*, V, *a*, p. 621.

hecho punible tiene la necesidad de inquirir para conocer esa hipótesis y así poder acusar a los responsables ante un tribunal o, de otro modo, clausurar la persecución penal. Sentada esta premisa es necesario concederle a ese órgano la tarea propia de la investigación preliminar, bajo el control de un tribunal que sólo intervenga como límite de las facultades de investigación del ministerio público, para resguardar los derechos individuales del imputado en todos aquellos aspectos que puedan afectarlos (medidas de coerción, actos definitivos e irreproducibles) y ante el cual el imputado pueda hacer valer sus derechos. Por último, si la investigación preparatoria funda una acusación, el ministerio público deberá verificarla ante un tribunal, en un juicio público, tribunal que sólo puede guiarse, para fundar su sentencia, por lo sucedido en ese juicio. Así se conserva el procedimiento acusatorio en lo formal, a pesar de tomar partido por la persecución penal pública, y se confiere a cada órgano del Estado la tarea que le es propia, según su función. Ingenuamente se ha creído que, convirtiendo a un juez en órgano de la persecución penal —inquisidor— se garantiza mejor la situación del imputado. La realidad muestra que la función ha hecho al órgano, y el juez de instrucción, cuyo destino debería ser el de controlar al ministerio público en su labor investigativa, se ha convertido en un inquisidor, con la desventaja para el imputado de que, según la ley, carece prácticamente de control inmediato por parte de otro órgano.

La *acusación* del ministerio público es el acto procesal que ejemplifica con más claridad la exigencia que tratamos. Ella debe contener, además de la identificación del acusado (a quien se persigue penalmente), "una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho..." que se le atribuye (CPP Nación, 347, II; CPP Córdoba, 355; CPP Mendoza, 362; CPP La Rioja, 373, inc. 2; CPP Salta, 358; CPP Santiago del Estero, 240, inc. 2; CPP La Pampa, 316, últ. párr.; CPP Corrientes, 357; CPP Entre Ríos, 351, inc. 2; CPP Santa Fe, 373, inc. 2; CPP Tucumán, 355; CPP Costa Rica, 341, I). El defecto de la acusación —que no fue propuesta conforme a esta regla— conduce a la ineficacia del acto, pues lesiona el derecho del imputado a una defensa eficiente, garantizado constitucionalmente; precisamente por ello, la ineficacia es absoluta, en el sentido de que una acusación defectuosa, desde el punto de vista indicado, no puede ser el presupuesto válido del juicio y la sentencia, a su vez, defectuosos, cuando siguen a una acusación ineficaz.

La secuencia se comprenderá mejor cuando se advierta que se trata de un procedimiento integrado por diferentes actos (procesales) llevados a cabo por personas —de Derecho privado o público—, de los cuales los fundamentales se vinculan por un nexo de validez, apareciendo unos actos como presupuesto necesario de los que le siguen, y así sucesivamente, hasta llegar a la sentencia; así, una acusación correcta es el presupuesto de un debate válido y éste, a su vez, de una sentencia válida. Se expresa que la ineficacia es absoluta porque no

puede ser subsanada por hechos posteriores (falta de denuncia del defecto en el momento oportuno, consentimiento del acto por el interesado en oponerse a él o cuando, pese al defecto, el acto cumplió el fin formal previsto) y, por ende, puede ser declarada de oficio por el tribunal que preside el procedimiento, ya declarando inadmisible el acto cuando pretende ingresar al procedimiento, ya privándolo de su eficacia (y, eventualmente, a sus consecuentes) cuando ingresó a él (nulidad).

Los códigos modernos, cualquiera que sea nuestra discrepancia teórica con su concepción de la nulidad y los medios para declararla que ellos prevén, establecen con claridad la ineficacia absoluta de las acusaciones defectuosas: en el mismo precepto que contiene las exigencias de la acusación, prevén la ineficacia (nulidad) de las defectuosas (ver los artículos citados en el texto inmediatamente antes); y la ineficacia es absoluta, declarable de oficio por el tribunal en cualquier estado y grado del procedimiento (no subsanable), porque implica "violación de normas constitucionales" (CPP Nación, 168, II; CPP Córdoba, 186, II; CPP Mendoza, 173, II; CPP Salta, 173, II; CPP La Rioja, 173; CPP Santiago del Estero, 117; CPP La Pampa, 160, II; CPP Corrientes, 171, II; CPP Entre Ríos, 171; CPP Jujuy, 136, II; CPP Santa Fe, 164, II; CPP Tucumán, 186, II; CPP Costa Rica, 146, II)[182].

Si una acusación viciada provoca un debate, ella torna ineficaz todo el debate y la sentencia emanada de él; el vicio ofrece un motivo absoluto de casación, en los códigos modernos, porque no depende de la protesta previa y puede ser advertido de oficio para tornar ineficaz la sentencia por el mismo tribunal de juicio, en el momento de dictarla, y por el tribunal de casación al decidir (aunque el recurso verse sobre otro motivo), siempre que la nulidad del debate y la decisión favorezcan al imputado, a cuyo favor se establece la garantía[183].

c) Conocimiento de la imputación

Nadie puede defenderse de algo que no conoce. Es por ello que el próximo paso, a fin de garantizar el derecho del imputado a ser oído, consiste en ponerlo en conocimiento de la imputación correctamente deducida; darle a conocer al imputado aquello que se le atribuye se conoce técnicamente bajo el nombre de *intimación*[184]. En verdad, no tendría ningún sentido expresar el derecho a ser oído, ni regular pormenorizadamente la necesidad de una imputación correcta para darle vida, si no se previera el deber de comunicar al perseguido la imputación que a él se le dirige[185].

[182] Cf. con cita de jurisprudencia, NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 358, nº 4, p. 309.

[183] Cf. nota nº 189.

[184] Sobre el nombre vulgarmente conocido como *notificación de la demanda* en el proceso civil, según sus formalidades, cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, 7, J, nota nº 53, p. 221.

[185] CARRARA, *Programa*, t. 2, § 832, p. 201.

Como se trata de hacer conocer la imputación, el acto por el cual se la intima debe reunir las mismas calidades que advirtiéramos para aquélla; debe consistir, así, en la noticia *íntegra, clara, precisa y circunstanciada* del *hecho concreto* que se atribuye al imputado[186]. No se cumple esta condición de validez si sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da noticia del *nomen iuris* del hecho punible imputado, o se recurre, para cumplir la condición, a conceptos o abstracciones que no describen concretamente la acción u omisión atribuida, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la definen como un comportamiento singular de la vida del imputado (por ej., se apoderó de una cosa mueble ajena); de la misma manera, no se observa la exigencia (íntegra o completa) si resultan omitidas circunstancias o elementos que caracterizan jurídicamente a la imputación[187].

Como el derecho a ser oído no sólo se posee en miras a la sentencia definitiva, sino también respecto de decisiones interlocutorias que pueden perjudicar al imputado, las leyes procesales obligan a cumplir formalmente el acto de intimación en diferentes oportunidades desde el comienzo del procedimiento.

En el *procedimiento preliminar* o *instrucción* (sumario), la exigencia se cumple cada vez que se recibe declaración al imputado (CPP Nación, 298, I; CPP Córdoba, 261, I; CPP Mendoza, 298, I; CPP Salta, 298, I; CPP La Rioja, 267, I; CPP Santiago del Estero, 196, I; CPP La Pampa, 277, I; CPP Corrientes, 295, I; CPP Entre Ríos, 293, I; CPP Jujuy, 217; CPP Santa Fe, 318, I; CPP Tucumán, 261, I; CPP Costa Rica, 278, I)[188].

Los códigos que, en ciertos casos, colocan en manos del ministerio público la investigación preliminar (*citación directa* o *instrucción sumaria*) ponen también a cargo del fiscal el cumplimiento de la intimación (CPP Nación, 196; CPP Córdoba, 261, I; CPP Tucumán, 261, I; CPP Costa Rica, 404, II).

[186] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, § IV, 7, III, ps. 222 y siguientes.

[187] Cf. NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 296, nº 1, ps. 265 y siguientes.

[188] Un caso contrario y, por ello, paradigmático, estaba constituido por el CPCrim. nacional (1889) pues, hasta su reforma, en el año 1981 (ley nº 22.383), representaba una hiriente excepción a esta regla, contrariando el derecho constitucional a la defensa: su texto original preveía un interrogatorio inquisitivo (art. 241), todavía existente, con noticia acerca de la imputación una vez "concluida la declaración indagatoria" (art. 255); ello resulta todavía más extraño al principio constitucional, si se piensa que el juez de instrucción, en el CPCrim. nacional (1889), procede de oficio (art. 179, inc. 4), tomando a su cargo la formulación de la imputación (art. 182), esto es, la determinación de los hechos y circunstancias atribuibles al imputado, situación que aún persiste en el Derecho positivo vigente.

En el *procedimiento intermedio* (atípico) que poseen los códigos modernos, la forma que se utiliza para intimar la acusación, a fin de posibilitar su control por parte del defensor (interponer excepciones u oponerse a la elevación a juicio), es la notificación formal (CPP Nación, 349; CPP Córdoba, 357; CPP Mendoza, 365; CPP Salta, 361; CPP La Rioja, 376; CPP La Pampa, 318; CPP Corrientes, 358; CPP Entre Ríos, 353; CPP Santiago del Estero, 243; CPP Tucumán, 356; CPP Costa Rica, 342); es criticable que el control sólo represente una oportunidad de ejercitar la defensa técnica (notificación sólo al defensor) y no incluya, también, la defensa material: la notificación de la acusación al propio imputado debería ser obligatoria en este momento. Cuando se autoriza la citación directa (procedimiento preparatorio a cargo del ministerio público), por vía de excepción, y se prescinde del procedimiento intermedio, la acusación se notifica con el decreto de citación a juicio, primer acto del procedimiento definitivo que culmina en la sentencia (CPP Mendoza, 382, III; CPP Costa Rica, 349, III); pero la notificación, que también se debe hacer al imputado, no persigue los mismos fines, pues no se autoriza la oposición a ella, para instar la clausura de la persecución penal (sobreseimiento).

Durante el *juicio* (*procedimiento principal* o *definitivo*) son llevadas a cabo las intimaciones principales, y, por cierto, en el debate, pues el derecho a ser oído tiene esta vez como meta directa la obtención de la sentencia que define el procedimiento. A tal fin se ordena la lectura de la acusación y, en su caso, del auto de remisión a juicio, en el acto de apertura del debate (CPP Nación, 374; CPP Córdoba, 382; CPP Mendoza, 406; CPP Salta, 402; CPP La Rioja, 405; CPP Santiago del Estero, 322; CPP La Pampa, 343; CPP Corrientes, 400; CPP Entre Ríos, 380; CPP Jujuy, 370; CPP Tucumán, 382; CPP Costa Rica, 370), y se procede de la misma manera que durante la instrucción al recibirle declaración al acusado (CPP Nación, 378; CPP Córdoba, 385; CPP Mendoza, 410; CPP Salta, 406; CPP La Rioja, 409; CPP Santiago del Estero, 326; CPP La Pampa, 347; CPP Corrientes, 403; CPP Entre Ríos, 384; CPP Jujuy, 374; CPP Tucumán, 385; CPP Costa Rica, 373). Por lo demás, al final del debate, después de la recepción de la prueba, el imputado y su defensor escuchan directamente las conclusiones finales del acusador y tienen oportunidad de responder a ellas (CPP Nación, 393; CPP Córdoba, 402; CPP Mendoza, 426; CPP Salta, 422; CPP Santiago del Estero, 342; CPP La Pampa, 362; CPP Corrientes, 419; CPP Entre Ríos, 400; CPP Jujuy, 390; CPP Tucumán, 402; CPP Costa Rica, 389). Si durante el debate se produce la ampliación de la acusación, no sólo se escucha en la audiencia el requerimiento del ministerio público, quedando por ello notificados todos los intervinientes (entre ellos, el imputado y su defensor), sino que, además, está prevista la nueva intimación, debiendo el presidente del tribunal informar detalladamente al imputado sobre el hecho que se le atribuye (CPP Nación, 381; CPP Córdoba, 388; CPP Mendoza, 413; CPP Salta, 409; CPP La Rioja, 412; CPP Santiago del Estero, 329, equivocadamente no prevé ni la intimación ni la audiencia posterior del acusado; CPP La Pampa, 350; CPP Corrientes, 406; CPP Entre Ríos, 387; CPP Tucumán, 388; CPP Costa Rica, 376).

Los *juicios especiales* prevén también la intimación del requerimiento acusatorio: en el *juicio correccional* (simplificado) procede, según vimos, la notificación del escrito de acusación, juntamente con el decreto de citación a juicio, pero, además, el acto de apertura del debate prevé la información oral al imputado "sobre el hecho que se le atribuye y las pruebas que se aducen en su contra". (CPP Nación, 407; CPP Mendoza, 445; CPP Salta, 437; CPP La Pampa, 376; CPP Chaco, 391; CPP Jujuy, 408; CPP Costa Rica, 418); en el *juicio por delito de acción privada* se remite al querellado copia de la querella desde el primer acto del procedimiento, al

ser convocado a la audiencia de conciliación (CPP Córdoba, 432; CPP Corrientes, 454; CPP Tucumán, 432; CPP Costa Rica, 436); los demás códigos modernos, equivocadamente, no reconocen expresamente esta buena práctica), pero, además, tramitan el debate según las reglas del juicio común (lectura de la acusación —querella— e información al querellado sobre el hecho que se le atribuye antes de la indagatoria: CPP Nación, 430; CPP Córdoba, 439; CPP Mendoza, 467; CPP Salta, 463; CPP La Rioja, 460; CPP Santiago del Estero, 373; CPP La Pampa, 399; CPP Corrientes, 461; CPP Entre Ríos, 432; CPP Tucumán, 439; CPP Costa Rica, 443).

De la misma manera que la falta de una imputación precisa y circunstanciada, la falta de intimación o la inobservancia en ella de las reglas estudiadas conduce a la privación del derecho a ser oído y, con ello, de la facultad de influir eficientemente, por esa vía, en la decisión respectiva; por ello, también a la ineficacia absoluta de la resolución judicial en relación a la cual se concede el derecho de audiencia, siempre que perjudique al imputado; se lesiona, según vimos (*supra*, II), el derecho constitucional a la defensa, del cual el derecho a ser oído, para influir en la decisión, constituye parte integrante.

El defecto al intimar la acusación durante el debate, extensivo a la ampliación de la acusación que puede producirse en su transcurso, constituye un motivo absoluto de casación, al punto de que vicia todo el debate y la sentencia emanada de él, y de que el vicio puede ser advertido y declarada la ineficacia de oficio por el tribunal de juicio, en la misma sentencia, o por el tribunal de casación en la suya (si conoce por otro motivo), pero siempre utilizando la regla en favor y no en disfavor del acusado[189], y el recurso no requiere, para su procedencia, la protesta previa de interponer la casación (*supra*, b).

d) Audiencia

El derecho a ser oído alcanza su expresión real en la *audiencia* del imputado ante el tribunal. Precisamente, las formas antes estudiadas constituyen presupuestos básicos para que el imputado, al concederle el tribunal la palabra, se encuentre en condiciones óptimas para rechazar la imputación que se le dirige o, incluso si la admite, para incorporar otras circunstancias que la neutralicen o aminoren, según la ley penal. La audiencia del imputado no sólo se debe procurar en relación a la sentencia final sino también, según dijimos, en orden a las decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado

[189] Es un defecto muy común de nuestros tribunales el utilizar las autorizaciones para declarar de oficio la ineficacia de un acto, fundada en la inobservancia de una garantía constitucional establecida a favor del imputado, pese a que el contenido material del acto lo favorece. Así, por ejemplo, si el resultado del debate (o de la deliberación) es una absolución, la sentencia, pese al defecto, no se debe anular en virtud de la falta de audiencia para el acusado.

durante el procedimiento. Es por ello que la facultad del imputado de pronunciarse frente al tribunal sobre la imputación que se le dirige, no sólo es necesaria durante el juicio que ofrece el fundamento de la sentencia definitiva (CPP Nación, 378, 380, 381, II, y 393, VII; CPP Córdoba, 385, 387, 388, II, y 402, IX; CPP Mendoza, 410, 412, 413, II, y 426, VI; CPP Salta, 406, 408, 409, II, y 422, VI; CPP La Rioja, 409, 411, 412 y 425, VI; CPP Santiago del Estero, 326, 328 y 342, VI [omite la ampliación de la declaración del imputado después de ampliada la acusación]; CPP La Pampa, 347, 349, 350, II y 362, VII; CPP Corrientes, 403, 405, 406, II y 419, VII; CPP Entre Ríos, 384, 386, 387, II y 400, VII; CPP Jujuy, 374, 376 y 390, VII; CPP Santa Fe, 464, 466, 471 y 473, VII [omite la ampliación de la declaración del imputado después de ampliada la acusación]; CPP Tucumán, 385, 387, 388, II, y 402, VII; CPP Costa Rica, 373, 375, 376, II, y 389, VII), incluso en el caso de que el acusador amplíe su acusación, sino también durante el procedimiento preparatorio o preliminar (instrucción), como previa a la decisión sobre su mérito, que autoriza diversas medidas de coerción que pueden recaer sobre el imputado y es presupuesto de la acusación. También cuando se coloca en manos del ministerio público el procedimiento preparatorio el deber de escuchar al imputado es uno de los presupuestos formales de la acusación (CPP Costa Rica, 413). Por lo demás, aparte de estas oportunidades, en las que la concesión de la audiencia significa un presupuesto de validez de actos posteriores (la sentencia, el procesamiento o auto de mérito instructorio), el imputado está facultado a requerir que lo escuchen en cualquier momento del procedimiento (CPP Nación, 279, 303 y 380; CPP Córdoba, 270 y 387; CPP Mendoza, 284, 304, 412; CPP Salta, 284, 304, 408; CPP La Rioja, 273, 317, 411; CPP Santiago del Estero, 202, 252, 328; CPP La Pampa, 264, 282, 349; CPP Corrientes, 281, 300, 405; CPP Entre Ríos, 279, 299, 386; CPP Jujuy, 231, 376; CPP Santa Fe 299, 324, 466; CPP Tucumán, 270 y 387; CPP Costa Rica, 264, 283 y 375), bajo las únicas condiciones de referirse a la imputación y no utilizar su facultad para perturbar o demorar el procedimiento.

Para que las manifestaciones del imputado representen la realización práctica del *derecho a ser oído*, como parte integrante del derecho a la defensa, la Constitución nacional ha prohibido toda forma de coerción que elimine la voluntad del imputado o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o quiere expresar. Ésta es la verdadera ubicación sistemática de la regla que prevé que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" y suprime para siempre "toda especie de tormento" (CN, 18): constituye al imputado, co-

mo órgano eventual de información o transmisión de conocimiento, en un *sujeto incoercible* del procedimiento, cuya libertad de decisión en este sentido debe ser respetada[190].

Las leyes de procedimiento, como reglamentación práctica de la norma constitucional, han declarado que "En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión" (CPP Nación, 296; CPP Córdoba, 259; CPP Mendoza, 296; CPP Salta, 296; CPP La Rioja, 270 [texto similar]; CPP Santiago del Estero, 198 [*ibidem*]; CPP La Pampa, 275; CPP Corrientes, 293; CPP Entre Ríos, 291; CPP Santa Fe, 319; CPP Tucumán, 259; CPP Costa Rica, 276). El mismo fin persiguen las reglas que impiden aprovechar el interrogatorio ininterrumpido del imputado, su fatiga o falta de serenidad (CPP Nación, 299, III; CPP Córdoba, 262, IV; CPP Mendoza, 299; CPP Salta, 299; CPP La Rioja, 269; CPP La Pampa, 278; CPP Santiago del Estero, 199; CPP Corrientes, 296; CPP Entre Ríos, 294; CPP Santa Fe, 321, II; CPP Tucumán, 262, III; CPP Costa Rica, 279, IV), o impiden que las preguntas sean instadas perentoriamente (CPP Nación, 299, II; CPP Córdoba, 263; CPP Mendoza, 300; CPP Salta, 300; CPP La Rioja, 269; CPP La Pampa, 278, II; CPP Santiago del Estero, 199; CPP Corrientes, 297; CPP Entre Ríos, 295; CPP Santa Fe, 321, I; CPP Tucumán, 263; CPP Costa Rica, 280). La correcta hermenéutica de estas cláusulas siempre consideró incluidos, como medios prohibidos para obtener una declaración veraz del imputado o una correcta valoración de sus manifestaciones, a los "sueros de la verdad" y a los "detectores de mentiras" o a cualquier otro medio artificial que elimine o coarte la libertad de expresión —por ej., hipnosis—[191].

Se ha entendido también, con razón, que el consentimiento del imputado no juega ningún papel como excluyente de estos vicios, principio generalmente aceptado en el Derecho europeo continental[192]. Ello resulta indiscutible para la tortura y los medios de coerción tradicionales, pero el empleo de medios científicos o técnicos, utilizados en la vida común para otros fines, indudablemente legítimos, y que no ponen en juego la dignidad de la persona humana, por lo que constituyen acciones permitidas si las consiente quien las sufre, ha venido a problematizar el caso. Y el caso necesita ser problematizado, pues, en ocasiones, el imputado —que pretende también poner de relieve la verdad para fundar su inocencia, y tiene tanto derecho a ello como el acusador para perseguir penalmente o el tribunal para dictar una sentencia justa— puede no hallar otro medio de evidencia cognocitiva, que el someterse a una prueba científica para verificar, de alguna manera, que no miente, o que su versión no está influenciada por su voluntad, orientada en sentido defensivo, o, también, para conocer lo sucedido, cuando él no lo recuerda. Piénsese, por ejemplo, en el imputado, única persona

[190] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 190, p. 260 y nº 362 y ss. ps. 497 y ss., pero la regla no se relaciona con el *in dubio pro reo* (exigir del imputado prueba de descargo).

[191] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, p. 499; NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 294, nº 2, p. 264; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, nº 137, M, 2º, ps. 543 y siguientes.

[192] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, § 136a, p. 109.

conocida como presente en el momento del hecho, quien —quizás debido a ello (*shock* producido por la brutalidad de la acción)— no puede recordar aquello que sucedió. La cuestión reside en saber si, con su consentimiento, el tribunal puede autorizar una técnica específica —con base científica— para conocer, en primer lugar, si miente, y, en segundo lugar, para eliminar su voluntad y lograr que su recuerdo subconciente aflore ("detector de mentiras", hipnosis, "suero de la verdad"); otro caso: el imputado, única persona que presenció el suicidio de la víctima y que conoce, por revelación, los motivos de esa decisión, se encuentra en la situación de que nadie le cree y, por ende, le atribuyen la muerte del suicida como homicidio suyo, ¿puede pedir ser interrogado utilizando un "detector de mentiras" y autorizarse su uso? Dentro de este contexto, a la opinión dominante, que rechaza todo efecto del consentimiento, pueden señalársele varios equívocos e interrogantes:

1) Hay una diferencia (cultural) cierta entre la aplicación de medios coercitivos sin base científica y la aplicación de técnicas que, por fuera del enjuiciamiento penal, representan medios y formas de comportamiento de uso ordinario y permitido, con el consentimiento de aquél sobre quien recaen, para alcanzar fines valiosos social y jurídicamente; más gráficamente: la tortura es una acción prohibida con prescindencia del consentimiento de quien la sufre (CP, 144 *ter*); la hipnosis se utiliza a diario, con consentimiento del paciente, como técnica auxiliar de ciertos tratamientos, es decir, de ordinario está permitida.

2) Tanto es así, que, cuando se trata de averiguar hechos internos de la persona (psíquicos) —por ej., la imputabilidad o su grado—, se recurre a estos medios y a tests que, sin duda, significan engaños o preguntas capciosas, pues el objeto de las preguntas, a veces ingenuo, no coincide ni supone el fin perseguido por el interrogador técnico, y su significado es desconocido para el imputado; las peritaciones psiquiátricas son un reflejo de este comportamiento y son, de ordinario, valoradas por los jueces, por supuesto, en relación a su propio fin y no a una confesión, aun cuando, en ocasiones, contienen una confesión (de valoración prohibida).

3) Supongamos ahora que el imputado, sometido a tortura, en lugar de confesar el hecho, proporciona la evidencia de la cual se desprende su inocencia: parece más que claro que debería valorarse su declaración y también los elementos de prueba a su favor que de ella surgieron; de la misma manera, ¿por qué no se habrá de poder valorar una declaración favorable al imputado, obtenida con el uso de un "detector de mentiras", de la hipnosis o de un "suero de la verdad"?, cualquiera que sea la idea que se tiene sobre la licitud del acto; la razón de ser de esta determinación obvia es también clara: los derechos y garantías son establecidos siempre como seguridades del imputado frente al poder del Estado —no a la inversa— y, por ello, operan sólo cuando lo perjudican, no *para* perjudicarlo.

Con estas aclaraciones, parece madura la solución del problema: constituye una exageración prohibir de plano la aplicación de ciertas técnicas, si ellas poseen, en verdad, base científica y ordinariamente son permitidas en el tráfico social (adecuación social), para obtener información, cuando el imputado libremente lo consiente, persiguiendo un fin valioso (demostrar su inocencia), que no podría o sólo dificultosamente podría obtener por otros medios[193]; para que el

[193] Sobre la inconveniencia del empleo de estas técnicas en nuestros países, cf. Binder, *Introducción al Derecho procesal penal*, p. 193.

consentimiento sea libre —no sea obligado a declarar contra sí mismo— debe estar precedido de una amplia información sobre el hecho que se le imputa y sobre los derechos que posee, emergentes de la cláusula constitucional (abstenerse de declarar, no permitir el uso de ciertos medios que coartan su voluntad)[194]; la información debe ser brindada por un juez, en presencia del defensor, quien podrá asistir técnicamente al imputado con sus propios consejos y el consentimiento se asentará por escrito; por consiguiente, se deberá tratar de un acto sujeto a autorización judicial y la autorización se deberá expedir por resolución fundada, sólo cuando aparezcan indudables los motivos de excepción que lo permiten, invocados por el imputado; de todos modos, los elementos de prueba que emerjan de una declaración del imputado con utilización de medios que coartan o eliminan su voluntad, sólo serán admisibles para valorar y fundar una decisión, siempre que lo beneficien, nunca cuando lo perjudiquen, pues para que una información proporcionada por el propio imputado opere en su contra, la voluntad que preside su manifestación debe ser libre, desprovista de toda influencia coactiva (CN, 18); por consiguiente, la resolución jurisdiccional perjudicial para el imputado que se apoye decisivamente en su manifestación, obtenida con o mediante estos medios, contiene un vicio que la invalida (nulidad o casación) y que no puede ser convalidado (en juego una garantía constitucional); durante el juicio convendría que, en principio, el juez que autoriza estos medios y escucha la declaración no integre el tribunal de debate, que dictará la sentencia, y la versión, para ser introducida al debate, debería contar con un nuevo consentimiento del imputado, asistido técnicamente y decidido libremente; convendría estudiar detenidamente las analogías entre este acto y una peritación para acercarse mejor a su naturaleza y así poder plantear su mejor regulación práctica[195].

Para asegurar que la declaración del imputado represente su toma de posición frente a la imputación exenta también de *errores* que vicien su voluntad, de la misma manera que la coacción, las leyes procesales establecen que las preguntas serán siempre claras y precisas, sin que por ningún concepto puedan hacérsele de un modo capcioso o sugestivo (CPP Nación, 299, II; CPP Córdoba, 263; CPP Mendoza, 300; CPP Salta, 300; CPP La Rioja, 269, I; CPP Santiago del Estero, 199, I; CPP La Pampa, 278, II; CPP Corrientes, 297; CPP Entre Ríos, 295; CPP Jujuy, 220 a 223; CPP Santa Fe, 321, I; CPP Tucumán, 263; CPP Costa Rica, 280).

Pregunta *capciosa* es aquella que, so pretexto de indagar sobre un hecho o circunstancia aparentemente sin consecuencias, incluso ingenuo, esconde la afirma-

[194] Cf. el voto del ministro PETRACCHI de la CSN —*obiter dictum*— acerca de la eventual regulación del consentimiento en el reglamento de los allanamientos de morada, caso idéntico al que tratamos; caso "Fiorentino", en "Doctrina Penal", 1985, considerando 8º, ps. 111 y siguientes.

[195] Sobre este punto de vista, información en MELLOR, *La tortura*, cap. XIV, ps. 303 y ss., quien, aunque con alguna confusión relativa a las cuestiones concretas que le interesan, advierte la problemática aquí planteada. Resulta interesante la advertencia de no crear por esta vía nuevas ordalías o juicios de Dios, reemplazándolos por la fe absoluta en el saber científico.

ción o negación de un hecho o circunstancia decisivos, como cuando —exagerando el ejemplo— se le pregunta al imputado si el cuchillo con el que mató a la víctima, que se le exhibe para su reconocimiento, es un puñal o una daga: su contestación, en cualquiera de los dos sentidos, encierra la aceptación de que mató a la víctima con ese cuchillo. El adjetivo *capcioso* alude a la utilización de un ardid para engañar o al simple engaño por aprovechamiento de las circunstancias. Pregunta *sugestiva* es aquella que insinúa la contestación, de ordinario describiendo el hecho o circunstancia cuya afirmación (o negación) se pretende; todas las preguntas que sólo admiten una contestación por sí o por no son sugestivas.

Completa el sistema la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar, que todos los códigos adjudican al imputado, sin que su silencio se pueda interpretar como elemento de prueba en su contra (CPP Nación, 298, I; CPP Córdoba, 261, I; CPP Mendoza, 298; CPP Salta, 298; CPP La Rioja, 267; CPP Santiago del Estero, 196; CPP La Pampa, 277; CPP Corrientes, 295; CPP Entre Ríos, 293; CPP Jujuy, 217; CPP Santa Fe, 319; CPP Tucumán, 261, I; CPP Costa Rica, 278, I).

No resulta suficientemente explicado por los procesalistas civiles el hecho de que, rigiendo la regla "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" genéricamente, sin excepciones y para todo procedimiento judicial, la *absolución de posiciones*, declaración de la parte, sea regulada por todos los códigos procesales civiles y comerciales como obligatoria, sin discusión, bajo el apercibimiento de que la falta de contestación puede generar la confesión del hecho preguntado (CPC nacional, 417). Menos se puede entender esta reglamentación, si se observa que todas las preguntas de una absolución de posiciones son, necesariamente, sugestivas (CPC nacional, 411 y 413).

La falta de audiencia para el imputado o la inobservancia en ella de las reglas estudiadas conducen a la ineficacia absoluta de la resolución judicial en relación a la cual se concede el derecho de audiencia, cuando ella perjudica al imputado; ambos comportamientos lesionan el derecho a ser oído, como elemento fundamental del derecho de defensa (ver 1, IV, y 2).

Por ello, la falta de audiencia durante el debate constituye un motivo absoluto de casación; vicia todo el debate y la sentencia emanada de él, cuando perjudica al imputado, y puede declararse de oficio, sin requerir la protesta previa como requisito de procedencia del recurso de casación.

Es necesario, sin embargo, evitar equívocos: al debate y la sentencia no se extienden los vicios de la falta de audiencia o de la declaración anterior del imputado, que debió concederse o fue concedida en relación a otra decisión. Por ejemplo: la falta de audiencia durante la instrucción o los vicios de la declaración instructoria, ejercicio del derecho a ser oído en relación a la decisión de mérito que autoriza medidas coercitivas (procesamiento o calificación de los hechos o prisión preventiva), no se extienden al debate y a la sentencia, si en el debate se observaron las reglas que rigen la facultad concedida por la ley al imputado. Sin embargo, la declaración viciada no puede ser incorporada al debate, ni, por supuesto, valorada después de él para fundar la decisión (sentencia) en perjuicio del imputado.

e) Correlación entre la imputación y el fallo

La reglamentación rigurosa del derecho a ser oído, que hemos estudiado, no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia *sólo* se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído; ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia (*ne est iudex ultra petita*). La regla se expresa como el *principio de correlación entre la acusación y la sentencia*[196]; su categoría constitucional ha sido reconocida por la Corte Suprema nacional (*Fallos CSN*, t 242, p. 227; t. 246. p. 357; t. 302, p. 328; t. 30, p. 482; t. 298 p. 104; t. 298, p. 308; t. 302, p. 791; t. 284, p. 54).

La regla fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que se corresponde con el hecho descripto en la acusación —eventualmente: el auto de apertura del juicio o procedimiento principal— con todas sus circunstancias y elementos, tanto materiales como normativos, físicos y psíquicos. Empero, la regla que así formulada pareciera tan sencilla de aplicar, mediante un simple procedimiento de comparación de la acusación —eventualmente: el auto de apertura del juicio o procedimiento principal— con el fallo, plantea problemas serios en los casos concretos, cuando ella reclama aplicación. Resulta necesario, pues, intentar el acceso a los principales problemas para reformular la regla cada vez con mayor precisión, en el sentido de su adaptación a las grandes familias de casos imaginables.

La base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una *sorpresa* para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado. Y esta pauta hermenéutica decide en los casos concretos[197], cada vez que uno de ellos, por su riqueza infinita de elementos que, por definición, posee, ofrece dudas en relación a la garantía, al punto de que algunos han creído que la variedad de los casos concretos no permite sino esta generalización de la regla[198].

[196] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, § IV, 10, p. 233.

[197] *Fallos CSN*, t. 284, p. 54; t. 298, p. 104; t. 298, p. 304.

[198] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, § IV, 10, III, p. 242.

La Corte Suprema nacional, en sus sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no sólo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino, también, las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esta circunstancia[199].

La regla no se extiende, como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación (*iura novit curia*)[200]. Lo que interesa, entonces, es el acontecimiento histórico imputado, como situación de vida ya sucedida (acción u omisión), que se pone a cargo de alguien como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar porque su misión es, precisamente, decidir sobre él. Sin embargo, aunque de ordinario la regla sólo pretende que el fallo no aprecie un hecho distinto al acusado, ni valore circunstancias no introducidas por la acusación, una variación brusca de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa en algunos casos. El cambio brusco del punto de vista jurídico bajo el cual se examina un hecho como, por ejemplo, el que se produce de una contravención a un delito grave, o de un delito contra el patrimonio a un delito contra la administración pública, puede, en ocasiones, provocar indefensión, por lo inimaginable de la situación que se produce desde el ángulo de observación de la defensa técnica. La regla que impone a la acusación la necesidad de calificar jurídicamente el hecho imputado cumple, sin duda, el papel de orientar la actividad defensiva; y, a pesar de que se permita, en general, que la sentencia se aparte del significado jurídico preciso que pretende la acusación, la regla no tolera, sin lesión del principio que es su punto de partida, una interpretación irrazonable en contra del imputado[201].

Un ejemplo puede llamar la atención sobre este punto de vista. El doctor Marcelo SANCINETTI, en su cátedra de Derecho penal, ofreció a los alumnos, para resolver, el caso siguiente, descripto sintéticamente: para propaganda de sus lápices finos, de mayor calidad y precio que todos aquellos competidores en el mercado, *A*

[199] *Fallos CSN*, t. 247, p. 202; t. 276, p. 364; t. 302, p. 482.

[200] *Fallos CSN*, t. 247, p. 202; t. 276, p. 364; t. 302, p. 328, t. 302, p. 482, t. 295, p. 54; t. 300, p. 678.

[201] Quizá éste sea uno de los puntos en los que se muestra la fecundidad del concepto que, por *objeto del proceso*, no sólo incorpora al acontecimiento histórico que en él se trata, sino también a la pretensión jurídica como tal, es decir, al punto de vista jurídico general bajo el cual procede una consecuencia jurídica: Cf. BAUMANN, *Grundbegriffe*, cap. 5, I, ps. 114 y siguientes.

contrató con la Facultad de Arquitectura la donación de lápices para las prácticas de los estudiantes, a manera de propaganda. El contrato se cumplió por un tiempo, pero, debido a la situación económica, *A* comenzó en un determinado momento a entregar, bajo la misma marca, lápices de menor calidad, similares a los de la competencia, que compraba a las firmas productoras y después los revestía con los caracteres propios. La pregunta pretendía tratar diferentes problemas relativos al fraude, y así se orientaron la mayoría de los alumnos; sin embargo, uno de ellos resolvió el caso de modo diverso: excluyó la posibilidad de un fraude (*a la expectativa*) por carencia de disposición patrimonial de la víctima, pero afirmó una infracción a las leyes que rigen la identificación de mercadería, punto de vista que, con prescindencia de su acierto o desacierto, sorprendió a todos, que no esperaban una solución semejante. El caso me vino en consulta, precisamente, por la regla de garantía que exige que la sentencia sea un correlato de la acusación.

Los códigos modernos contienen en una regla expresa al *iura novit curia*, presupuesto que indica que atienden al principio de correlación, y en el último párrafo desean afirmarlo, pero acudiendo a una solución absurda: si del debate emerge un hecho diverso al enunciado en la acusación, el tribunal de juicio remite el proceso al ministerio público o al juez nuevamente (CPP Nación, 401; CPP Córdoba [1970], 414; CPP Mendoza, 434; CPP Salta, 430; CPP Santiago del Estero, 347 [sólo contiene el *iura novit curia*]; CPP La Pampa, 370; CPP Corrientes, 427; CPP Entre Ríos, 408; CPP Jujuy, 395; CPP Costa Rica, 397), al parecer, sin dictar sentencia (al menos ésa es la interpretación de Ricardo C. Núñez[202]). El nuevo CPP Córdoba, 389, intenta corregir el absurdo sin negar el fenómeno: arriba a una solución formal que permite la defensa —reapertura del debate, ampliación de la acusación y posibilidad de resistir una nueva imputación—, pero con grave menosprecio de la *imparcialidad* del tribunal de juicio, que es quien indica al acusador la necesidad de una nueva acusación que lo coloque en situación de decidir; no obstante, si el acusador discrepa con el tribunal, y no amplía la acusación, el llamado "hecho diverso" queda totalmente cancelado para la decisión del tribunal. Peor es la solución del CPP Tucumán, 389, según el cual el tribunal de juicio obliga al fiscal a ampliar la acusación y, con ello, el objeto a decidir según su propio criterio.

Precisamente por lo expuesto es que la OPP de la República Federal de Alemania (§ 265) niega, aparentemente, el *iura novit curia*; en verdad, respeta esa regla, pues permite fallar acudiendo a una calificación jurídica distinta a la de la acusación o a la del auto de apertura del procedimiento principal, pero le otorga su exacto valor, que no puede arrasar con el principio de defensa, al obligar al tribunal de juicio a prevenir al imputado y su defensor acerca de la posible modificación de la calificación jurídica, dándoles suficiente posibilidad para preparar la defensa[203].

[202] *CPP Córdoba anotado*, art. 414, nº 4, p. 395.

[203] Cf. Maier, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, § 265, ps. 251 y ss.; el parágrafo tiene hoy una modificación instrumental (párrafo final agregado para debates en ausencia del imputado) que no reforma la regla: Cf. Gómez Colomer, *El proceso penal alemán*, § 265, p. 366.

Con la advertencia antes formulada se puede ingresar al estudio particularizado que presentan algunas conexiones de la ley penal, las que, a pesar del aforismo *iura novit curia*, deben ser estudiadas porque, en definitiva, es la ley penal la que proporciona los criterios para conocer si una circunstancia fáctica o elemento de otro tipo tiene importancia para el fallo o carece de importancia para él.

Los delitos agravados y privilegiados son los primeros que merecen atención. En principio, el hecho punible básico está comprendido tanto en el delito agravado como en el privilegiado (por ej., homicidio agravado, CP, 80, o las diversas clases de homicidios privilegiados, CP, 81, inc. 1, *a*, e inc. 2), por lo que la acusación por cualquiera de estos últimos permitiría concluir, en la sentencia, imputando el hecho punible básico, al menos con la prevención anticipada de advertir a quien se defiende de la posible variación del punto de vista jurídico en su perjuicio (acusación por infanticidio y sentencia por homicidio simple). Sin embargo, ello sólo es posible cuando el hecho punible básico (homicidio) está completamente incluido en los agravados o privilegiados (homicidio agravado o infanticidio), esto es, cuando las agravantes o los privilegios sólo agregan circunstancias a la norma básica (prohibición de matar). No ocurre lo mismo, en cambio, cuando las figuras son *secantes* esto es, cuando los elementos de una no están íntegramente incluidos en la otra, lo que regularmente sucede con normas complejas que prohíben comportamientos de ordinario permitidos (por ej., el acceso carnal) en circunstancias muy especiales, o como en el caso de la llamada violación por inmadurez sexual y el estupro (CP, 119, inc. 1, y 120), según el Derecho penal argentino.

Cualquiera que fuese el tipo básico[204], lo cierto es que la llamada *violación ficta*, de una menor de 12 años, sólo tiene de común con el *estupro*, en el Derecho positivo argentino, el acceso carnal y, con ciertas prevenciones, la minoridad de la víctima traducida en inexperiencia sexual. Pero ocurre que, si se acusa por violación no se puede pasar sin más al estupro, porque la circunstancia de que la víctima sea *honesta*, importante para el último de los delitos mencionados, no era necesaria para el primero, por lo cual, de ordinario, no estará contenido en la acusación. De la misma manera, si se acusa por estupro, la acusación contendrá la circunstancia de que la víctima es menor de 15 años —y es deshonesta—, pero no estará incluida en ella la determinación de que es menor de 12 años, única importante para la llamada violación ficta, razón por la cual una sentencia que, sin más,

[204] Sobre la problemática penal, cf. SANCINETTI, *Estupro y estupro impropio ("violación")*, ps. 335 y siguientes.

condene por violación lo que fue acusado por estupro provocará indefensión, a menos que se trate de un simple error material de subsunción en la acusación.

Otro caso específico puede hallarse en las prohibiciones alternativas, que incluyen comportamientos numéricamente indiferentes (de la misma manera: en los mandatos alternativos): aquellas que vedan varios comportamientos diversos, cuya consumación delictual sólo requiere que uno de ellos se perpetre y, al mismo tiempo, cuya consumación conjunta (varios comportamientos) no multiplica los hechos punibles. Es un buen ejemplo la figura descripta por el CP, 224, *espionaje* (mejor aún en el texto de la llamada ley nº 21.338, vigente antes de ahora, clarísimo para el ejemplo): los diferentes comportamientos que allí se describen consuman individualmente —cualquiera de ellos— la infracción y, a la vez, si todos se llevaran a cabo conjuntamente no multiplicarían la infracción en el sentido del concurso material de hechos punibles (CP, 55). Desde nuestro punto de vista, la regla procesal que estudiamos, sin embargo, no habilita la condena por otro comportamiento alternativo, si él no ha sido objeto de la acusación; diríamos, con cierta licencia de vocabulario, que la imputación no es, desde este punto de vista, *fungible*. Y, no obstante, la sentencia produce, al parecer, cosa juzgada material sobre todos ellos, pues, condenado o absuelto el acusado respecto del comportamiento atribuido, no parece posible un nuevo juicio por *espionaje* sobre la base de que se ha llevado a cabo, en la misma ocasión (esto es, en el mismo contexto histórico), otro comportamiento alternativo que haya consumado la infracción, según regla de principio que estudiaremos en este mismo capítulo (*ne bis in idem*)[205].

Supóngase que *A* confeccionó un plano y tomó fotografías de un establecimiento militar vedado al público y, para ello, se introdujo a él clandestinamente o por engaño, en el sentido del CP, 224 (texto actual o ley nº 21.338). La acusación, sin embargo, sólo describe el hecho de haber levantado el plano, no así el de haber fotografiado el establecimiento militar o el de haberse introducido a él en la forma y con el fin previstos en la prohibición. La sentencia no podría condenar por circunstancias no incluidas en la acusación (fotografiar o introducirse en un establecimiento militar). Supóngase ahora que, en el debate, no se verifica que *A* confeccionó un plano del establecimiento militar y, en cambio, se comprueba que tomó fotografías del establecimiento o se introdujo en él (según qué texto se prefiera): necesariamente se deberá dictar una sentencia absolutoria porque el hecho acusado no es cierto; la condena por tomar fotografías del establecimiento o por haberse introducido a él clandestinamente o por engaño es improcedente, por-

[205] Cf. *infra*, E.

que esos comportamientos no fueron objeto de la acusación; y, sin embargo, no procede tampoco una nueva persecución penal por estos últimos comportamientos, ya que el procedimiento que culminó en la absolución "agotó" toda posibilidad de persecución penal por el acontecimiento histórico unitario plasmado en la acusación (*ne bis in idem*), a pesar del error registrado en el procedimiento. Se observa también, en el ejemplo, la solución diferente que implica la teoría del "hecho diverso", estudiada anteriormente.

La ley nº 23.737 (comportamientos reprimidos en relación a la tenencia y tráfico de estupefacientes) ofrece ejemplos similares. Su art. 14, que prohíbe la tenencia de estupefacientes, es básico respecto de aquellas prohibiciones relativas al tráfico y, por ello, funciona según lo aclaramos en el párrafo anterior.

El concurso de agravantes en un mismo nivel (por ej., la alevosía y el ensañamiento en el homicidio, CP, 80, inc. 2) es también un buen ejemplo de alternatividad.

Un próximo grupo de casos contempla la llamada *relación subsidiaria*, expresa o tácita, conexión que se caracteriza porque unas infracciones son residuales respecto de otras. De ordinario, la acusación por el hecho punible más grave contendrá la imputación de la infracción residual (por ej., el robo con fractura, CP, 167, inc. 3, comprenderá la violación de domicilio, CP, 150), de manera tal que, si fracasa la imputación principal, se podrá condenar por la subsidiaria o residual. Empero, tratándose en la ocasión de la figura procesal que resguarda la incolumnidad del derecho de defensa, puede ocurrir de otra manera, no bien la figura subsidiaria contenga elementos que la acusación no ha descripto convenientemente (por ej., la acusación por estafa, CP, 172, no contiene la circunstancia de que el librador de un cheque sin fondos fue interpelado fehacientemente y no abonó la libranza dentro de las 24 horas, CP, 302, inc. 1).

Un caso similar está constituido por las *infracciones progresivas* (por ej., las lesiones en sus diversos grados y el homicidio), equiparables también a la progresión existente entre los delitos básicos, los agravados y los privilegiados, resolviéndose los casos polémicos con los criterios antes expuestos. De estos criterios también participan la consumación y la tentativa, la autoría y las diversas clases de participación delictiva.

En verdad, los casos antes tratados se refieren a las relaciones de la ley penal que provoca el llamado *concurso de leyes* o *concurso aparente*[206]. Lo importante para el principio estudiado, propio del Dere-

[206] Cf. Soler, *Derecho penal argentino*, t. 2, § 46, ps. 173 y ss.; Núñez, *Derecho penal argentino*, t. I, tít. I, VI, ps. 225 y siguiente; Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, ps. 557 y ss.; Gavier, *Aplicación de la ley penal y concurso aparente de leyes*.

cho procesal, es comprender que, a pesar de la vigencia de la regla *iura novit curia*, la sentencia, para no provocar indefensión, no puede exceder el marco de las circunstancias fácticas efectivamente descriptas por la acusación (eventualmente, el auto de apertura del juicio) para ser corroboradas durante el debate; y, más allá de ello, advertir que en estos casos, regularmente, jugará un papel esencial el principio *ne bis in idem*, de manera que si la acusación fracasa u obtiene cierto resultado no será posible perseguir penalmente con posterioridad, introduciendo las circunstancias faltantes en la primera persecución.

Es por ello que el mejor remedio para estos —y otros casos— es acudir a la *acusación alternativa* o *subsidiaria*: ella supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas. Una acusación construida de esa forma permite la contestación defensiva, la prueba y la decisión; se observa claramente cómo ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa.

Las leyes argentinas no conocen —no describen en sus preceptos— la posibilidad de acusaciones subsidiarias o alternativas. Sin embargo, tampoco la prohíben, ni nada en la ley se opone a que el acusador proceda de esta manera, forma recomendable en estos casos conflictivos o, incluso, en aquéllos en los cuales el acusador no puede asegurar el éxito de su tesis principal y su fracaso no determina, necesariamente, la imposibilidad de una condena por el mismo acontecimiento histórico. La práctica ha impuesto esta forma de acusar en las ofensas progresivas contra el honor (calumnia e injuria, CP, 109 y 110).

Es claro que la recomendación anterior y la figura propuesta no sólo rigen para los casos de concurso de leyes penales. Sucede a menudo que fracasa la imputación por el hecho de que el autor se apoderó de una cosa ajena (hurto, CP, 162) y ello no excluye la posibilidad de una condena por el hecho de guardar, esconder, comprar, vender o recibir en prenda o en cambio las cosas sustraídas (*favorecimiento real*, CP, 277, inc. 3, y 278). No puede decirse que estas figuras sean necesariamente subsidiarias (el mismo problema entre la falsificación y el uso del documento falso, CP, 292 y 296), pues sólo cuando se trata del mismo autor (comportamiento ulterior) funcionan de esa manera en el terreno práctico, pero el problema procesal es idéntico: la acusación subsidiaria o alternativa solucionará problemas graves a la sentencia que, a pesar de poder verificar que el imputado tie-

ne una cosa sustraída, dolosamente, no puede verificar que él fue quien se apoderó de la cosa.

El texto actual del CP, 277, inc. 3, y 278, el favorecimiento real requiere el "fin de lucro", elemento subjetivo específico del tipo. Cuando se acusa por hurto y, en la descripción, se incluye el hecho de que el acusado tiene —por recepción, ocultación, etc.— la cosa hurtada, resulta un exceso condenar por encubrimiento, en infracción a la regla estudiada, sin que la circunstancia del "fin de lucro" haya sido objeto de imputación, intimación, contradicción y prueba.

La imputación dolosa y la culposa, aunque se refieren a un mismo resultado (por ej., homicidio) no son *fungibles*, como si fueran infracciones progresivas, según algunos parecen creer. No puede pasarse, sin más, de la infracción dolosa a la culposa, pues significan la descripción de hechos distintos, por más que el resultado sea idéntico: el dolo supone la voluntad de realización del resultado y la acción consumativa de él, circunstancia subjetiva que debe ser objeto de la acusación para poder ser reconstruida; la culpa, por el contrario, no reside en esa voluntad, sino en la infracción a un deber de cuidado —otro hecho distinto, por ejemplo: el exceso de velocidad o la inobservancia de una regla de tránsito—, que constituye la imprudencia y que provoca el resultado. Si la acusación por un delito doloso quiere contener, eventualmente, la posibilidad de la condena por el delito culposo correlativo, deberá también contener, subsidiariamente, esta última imputación, con descripción detallada del hecho que constituye la inobservancia al deber de cuidado.

Algo similar ocurre cuando, al lado del delito de acción, se pretende la condena por el mismo delito, pero por una omisión: será necesario describir detalladamente la situación de vida en la que se hallaba el agente, de la cual emerge el deber de garante del bien jurídico tutelado y el de evitar el resultado (por ej., el contrato o el acto administrativo que erigió en salvavidas al bañero que no se arrojó al agua para evitar la muerte del bañista), al lado de la omisión y del resultado.

Por último, para comprender el correcto funcionamiento de la regla que enuncia la correlación entre la acusación y la sentencia, se torna ahora necesario aclarar que el tribunal puede, en la sentencia y de oficio, introducir circunstancias que eliminan o aminoran la imputación, esto es, que benefician al imputado. Es posible, así, que la sentencia incorpore, de oficio, si resultara del debate, una causa de justificación, o una de inculpabilidad, o una excusa absolutoria e, incluso, alguna que aminore la culpabilidad (la emoción violenta en el homicidio y lesiones, CP, 81, inc. 1, *a*, y 93; en general, la disminución de la capacidad de comprender el hecho o dirigir las acciones) o, pro-

veniendo de una justificante, transforme la reacción por el hecho (exceso, CP, 35). Incluso es posible para la sentencia disminuir del tipo básico al privilegiado, o del agravado al básico o al privilegiado, o, en las infracciones progresivas, de la mayor a la menor, afirmando de oficio la circunstancia que aminora la reacción penal, pero ello únicamente, según ya observamos, cuando la figura más grave contiene íntegramente a la menos grave o se le agrega a ella sólo la circunstancia que aminora la reacción penal. En cambio, cuando, pese a proteger un mismo interés jurídico, las figuras son secantes, de manera tal que el fracaso de la más grave no conduce necesariamente a la más leve —violación por estupro— o no recaería necesariamente condena de no afirmarse la circunstancia que conduce a la más leve —aborto en lugar de parricidio— el paso de una a otra, introduciendo de oficio la circunstancia que conduce a ella, lesiona el derecho de defensa, pues, si se observa bien, la condena por la infracción más leve, agregando circunstancias al hecho acusado que no han sido objeto de defensa y prueba, encubre la necesidad de una absolución.

La acusación describe: *A* tuvo acceso carnal con una niña menor de 12 años (CP, 119, inc. 1). Se verifica que la niña tenía 13 años o, cuando menos, que *A* creyó que tenía esa edad (error). Condenar por estupro (CP, 120), agregando la circunstancia de la mayor edad y la honestidad de la víctima, sobre las cuales el acusado no ha contestado, ni han sido objeto del debate, evita una absolución, porque la acusación no se ha verificado (víctima menor de 12 años), bajo el manto piadoso de ser benevolente con el imputado.

Nótese, en cambio, cómo varía la situación si se pasa del hecho descripto como infracción al art. 119, al hecho descripto como infracción al art. 127, CP, porque el acceso carnal comprende al abuso deshonesto, se trate de la relación típica de especialidad (agravado-básico) o de una infracción progresiva. Más claro es aún el siguiente ejemplo: se acusa a *A* por haber agredido con un arma a *B*, provocándole lesiones que condujeron a su muerte (CP, 79); si, de oficio, el tribunal de juicio incorpora una causa que interrumpió el nexo entre la acción de *A* y la consecuencia de muerte (desviación relevante del curso causal), la condena por lesiones (CP, 89 y cc.) no ocasiona ningún daño al derecho de defensa.

De todos modos, siempre es recomendable para el acusador cuidar de describir circunstanciadamente el hecho, y cuando duda acudir al remedio de la acusación subsidiaria o alternativa.

Los errores de subsunción o puramente jurídicos en el encuadramiento del comportamiento atribuido no dañan la defensa ni limitan la decisión, mientras ésta se mantenga dentro de la acción u omisión descriptas y sus circunstancias, por más que sea recomendable, según lo advertimos, un aviso a la defensa sobre la posible variación del punto de vista jurídico que presidió la imputación. Es por ello que, por ejemplo, se puede fallar como concurso real (CP, 55) lo que para la acusación significó un concurso ideal (CP, 54) o un concurso aparente (de leyes), siempre que la discrepancia sea meramente jurídica,

es decir, la sentencia no agregue una circunstancia (temporal, espacial o de modo) no contenida en la acusación.

El concurso material de hechos punibles (CP, 55) agrega, en la práctica, un caso llamativamente persistente, que, sin embargo, sólo tangencialmente se puede considerar incluido en esta problemática. Ya por error en la descripción de lo que se imputa o porque, realmente, el acusador no ha podido definir circunstanciadamente los diversos hechos punibles homogéneos o similares que atribuye, por defecto probatorio, se interponen acusaciones indefinidas, en las cuales lo único cierto es la atribución de varios comportamientos homogéneos o, al menos, similares, en un período temporal. La sentencia no puede superar esta indefinición, por lo que le será lícito verificar el concurso material de hechos punibles, pero nunca condenar por más de dos de ellos o, en su caso, por uno más de los definidos circunstanciadamente. Es lícito también considerar que se trató de un concurso continuado de hechos punibles, si el debate da pie para ello, porque la figura penal considera único —para la reacción penal— aquello que, en la realidad, se presentó como múltiple (temporal o espacialmente)[207], y, de tal manera, se beneficia al imputado.

f) Probar y controlar la prueba

Tradicionalmente, se ha incluido en el principio de *contradicción* el derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario[208]. Ello no es incorrecto, pues, sobre todo el control de la prueba del adversario, representa una manifestación del contradictorio, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus consecuencias, es una manifestación imprescindible de la posibilidad de oponerse a la persecución penal. Sin embargo, esas facultades se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador, máxima que también integra la garantía de la defensa, que estudiaremos en el punto siguiente.

3. Igualdad de posiciones[209]

a) El poder del Estado

El Estado, por medio de órganos públicos preestablecidos, es quien, por regla, persigue penalmente, según nuestro sistema (CP,

[207] Cf. Gómez Méndez, *El delito continuado*, cap. III, 2, ps. 28 y siguientes.

[208] Así, *Fallos CSN*, t. 216, p. 58; t. 208, p. 255; t. 209, p. 518; t. 237, p. 193; t. 240, p. 160; t. 242, p. 112; t. 280, p. 167; t. 254, p. 301; t. 298, p. 308; sin embargo, los tribunales han tolerado, ordinariamente, que los fallos condenatorios se funden en prueba no controlada por el imputado y su defensor: cf. por ejemplo, *Fallos CSN*, t. 182, p. 502.

[209] Cf. Sandermann, *Waffengleichheit im Strafprozeß*, dedica su tesis al estudio de estos problemas, con información acerca del Derecho continental europeo, sobre todo

71). Igualar el poder de la organización estatal, puesta al servicio de la persecución penal, resulta imposible; ministerio público y policía ejercen el poder penal del Estado y, por ello —por su pesada tarea: deber de prevenir y averiguar los hechos punibles—, disponen de medios que, salvo excepciones históricas, meramente prácticas, debidas al ejemplo escasamente edificante de organizaciones delictivas privadas, son, jurídicamente, imposibles de equiparar. Ello se traduce, ya en la persecución penal concreta e individual, en una desigualdad real entre quien acusa y quien soporta la persecución penal. Se trata así de un ideal —quizá utópico pero plausible— el intentar acercarse en la mayor medida posible al *proceso de partes*, dotando al imputado —aun de manera parcial— de facultades equivalentes a las de los órganos de persecución del Estado y del auxilio procesal necesario para que pueda resistir la persecución penal, con posibilidades parejas a las del acusador: en ello reside la pretensión de equiparar las posibilidades del imputado respecto de aquellas que poseen los órganos de persecución penal del Estado en el proceso penal.

Desde el punto de vista material, sin embargo, el ministerio público (en general, el acusador) debe vencer un escollo jurídico, muchas veces invencible: para obtener una condena, tiene que lograr la convicción del tribunal acerca de todos los elementos de una imputación delictiva y punible (*in dubio pro reo*).

Dado que la instrucción (procedimiento preparatorio y preliminar) es el período procesal cuya tarea principal consiste en averiguar los rastros —elementos de prueba— que existen acerca de un hecho punible que se afirmó como sucedido, con el fin de lograr la decisión acerca de si se promueve el juicio penal —acusación— o si se clausura la persecución penal —sobreseimiento—, resulta que, en él, los órganos de persecución penal del Estado prevalecen sobre el imputado, sin perjuicio del resguardo de las garantías individuales que amparan a este último, las cuales suponen un mínimo de derechos correspondientes a él —y a su defensor—, sin los cuales no se podría afirmar con seriedad el funcionamiento de un Estado de Derecho. El procedimiento de construcción de la verdad procesal es, durante la instrucción preliminar, un procedimiento básicamente autoritario, cualquiera que sea la autoridad que lo preside o dirige (juez de instrucción o fiscal): no sólo es una autoridad estatal la que reconstruye

acerca del funcionamiento del postulado en el marco de la *Convención europea sobre derechos humanos* y los órganos predispuestos para aplicarla.

el proceso histórico que conforma su objeto, en principio sin ingreso al procedimiento de los diversos intereses y puntos de vista inmiscuidos en el caso (sin debate), sino que, además, el procedimiento así cumplido obedece al fin principal de recolectar información para lograr la decisión del Estado acerca del enjuiciamiento de una persona.

En los orígenes del llamado *sistema mixto* —o *sistema inquisitivo reformado*— de enjuiciamiento penal, la instrucción preparatoria mantenía todas las características de la encuesta inquisitiva: en el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, base de este sistema, ella era secreta y sin intervención defensiva. Sólo a partir de la ley Constans (1897), fueron introducidas reformas que la liberalizaron, con ingreso en ella del imputado y de su defensor y posibilidad, con restricciones, de ejercer la defensa.

El CPCrim. nacional (1889), texto original del art. 180, de fuertes rasgos inquisitivos, que aún perduran, preveía el secreto de la instrucción. Ese Código, aunque reformado, todavía persiste con rasgos similares: secreto inicial de las actuaciones prolongado, renovable por períodos sucesivos a voluntad del juez de instrucción (art. 180), incomunicación prolongada del imputado, dispuesta incluso por la policía (arts. 256 y ss.), etcétera.

Los códigos argentinos modernos fueron receptores del Derecho europeo continental que emergió de la gran reforma del siglo XIX, tal como se desarrolló hasta los primeros años del siglo XX. Como esa legislación, aquellos códigos prevén una instrucción en la que predominan los órganos públicos que averiguan el hecho sobre el imputado, pero regulan con criterio, en general, las garantías mínimas que lo amparan frente al poder estatal ejercido en forma arbitraria: el secreto para el imputado y su defensor es sólo una excepción y la incomunicación, cuando existe, sólo puede durar breve tiempo.

Concluida la instrucción, en cambio, aparece en toda su magnitud el ideal de otorgar posibilidades parejas al acusado respecto de su acusador. El *juicio* o *procedimiento principal* es, idealmente, el momento o período procesal en el cual el acusador y el acusado se enfrentan, a la manera del proceso de partes, en presencia de un equilibrio procesal manifiesto. Tanto es así que las facultades que son otorgadas a uno y otro son paralelas o, si se quiere, las otorgadas a uno resultan ser reflejo de las concedidas al otro: la acusación provoca la contestación del acusado; ambos pueden probar los extremos que invocan y controlar la prueba del contrario; ambos valoran la prueba recibida para indicar al tribunal el sentido en el que debe ejercer su poder de decisión. En su conformación ideal este procedimiento construye la verdad procesal por enfrentamiento de los diversos intereses y puntos de vista acerca del suceso histórico que constituye su objeto, mediante un debate en el cual se produce ese enfrentamiento, cuya síntesis está representada por la decisión (sentencia) de un tribunal tan imparcial como sea posible.

Sin embargo, si observamos todas estas facultades desde la sentencia, esto es, desde las posibilidades de cada uno, acusador y acusado, de obtener una senten-

cia favorable, abstractamente, se debe decir que la situación del acusado es, al menos, más sencilla de resolver que la del acusador. Aquél cuenta con un auxiliar importantísimo, el funcionamiento pleno en la sentencia de la máxima *in dubio pro reo*, según ya lo advertimos, que le permite obtener una sentencia favorable sin molestarse por verificar verdad alguna, sólo tornando discutible la existencia de alguno de los elementos fundantes de la punibilidad del hecho, mientras que el acusador carga con la pesada tarea, para obtener una sentencia condenatoria, de lograr la certeza acerca de todos aquellos extremos. Tal situación equipara, quizá, el predominio del ministerio público durante la instrucción.

La interacción entre Derecho material y Derecho procesal penal atempera o extrema este conflicto: piénsese, por ejemplo, las diferentes consecuencias que emergen al exigir, para considerar culpable a un autor, la conciencia actual o potencial de la antijuricidad del hecho (error de prohibición o sobre la antijuricidad)[210]; un ejemplo similar se puede buscar en la definición de las prohibiciones o de los mandatos, unas veces repletos de exigencias objetivas y subjetivas, otras conformándose con mínimas exigencias (delitos formales, punición de actos preparatorios, etc.); incluso en una misma prohibición suelen luchar ambos extremos[211].

Este modelo de juicio o procedimiento principal, descripto teóricamente por sus rasgos básicos, ha sido, sin embargo, cuestionado cuando se confronta su regulación específica, pues, en el modelo europeo-continental, que nosotros hemos recibido y desarrollado, el tribunal cuenta con múltiples autorizaciones para dominarlo e intervenir en él de oficio, comportándose como un interesado más en la decisión del caso, circunstancia que desequilibra la balanza precaria acusador-acusado: al decolorar los papeles procesales que cumplen la acusación y la defensa, el equilibrio que se intenta lograr se torna precario. En verdad, el juicio que nosotros conocemos instituye como protagonista principal al tribunal. De otra manera se observa el Derecho anglo-sajón, según el cual el tribunal de jurados se comporta como un árbitro, que ve y escucha, pero no interviene, y el juez sintetiza su papel dirigiendo el debate entre acusador y acusado[212].

En los recursos, período meramente eventual del procedimiento, que sólo se lleva a cabo cuando alguno de los afectados por la decisión la considera injusta y, por ello, intenta eliminarla, revocarla o modificarla, la situación es de completa igualdad, idéntica a la del proceso de partes; incluso rige, casi sin limitaciones, el *principio dispositivo*, propio de este tipo de procedimiento.

Actualmente se cuestiona, por influencia del Derecho anglo-sajón y de la cláusula que instituye al recurso contra la sentencia como una garantía para el conde-

[210] Cf. Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, § 5, 5, *b*, p. 87.

[211] Cf. Carrera, *Defraudación por infidelidad o abuso*, § 2, VII, ps. 62 y ss., en especial *c*, ps. 80 y siguientes.

[212] Un anásis comparativo del juicio en el CPP Nación y en el procedimiento penal federal de los EE.UU. en Bovino, *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*; Carrió, A. D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, cap. III, 3.1, ps. 60 y siguientes.

nado (doble conforme), derivada de la regulación de los derechos humanos (PIDCyP, 14, nº 5; CADH, 8, nº 2, *h*), la facultad del Estado, ejercida por intermedio de su fiscal, de recurrir la sentencia (infracción al *ne bis in idem*, ver este parágrafo, H).

Cambia también la situación si, en lugar de hablar acerca del procedimiento para perseguir delitos de acción pública, como hasta ahora lo hemos hecho, nos referimos a la persecución de los delitos de acción privada, siempre teniendo en cuenta que los delitos perseguibles por acción privada representan una excepción mínima en el Derecho penal argentino. Aquí la asimilación al proceso igualitario de partes es más profunda; tanto es así que en los códigos modernos, en los cuales se resuelve bien la regulación procesal que provocan estos delitos, no existe ni existió nunca el período de instrucción, tradicional en los delitos de acción pública y, prácticamente, todo el procedimiento se resume en el juicio o procedimiento principal, de neto corte acusatorio.

Sin embargo, se debe advertir la posición favorable que ostenta el imputado, en primer lugar, por el funcionamiento de la máxima *in dubio pro reo*, ya observada, y, en segundo lugar, porque el tribunal, de oficio, puede incorporar a su fallo circunstancias eximentes no invocadas por el acusado —mientras no ocurre lo mismo con circunstancias imputativas no incorporadas por el acusador: falta de correlación entre la acusación y la sentencia—, hecho que no permite —tan siquiera— tratar a estos procedimientos como acusatorios puros, sino —tan sólo— como asimilados a ese tipo de enjuiciamiento penal.

b) La posición de los órganos de persecución penal del Estado

Quizás el primer indicio sobre la tendencia del sistema a igualar las posibilidades entre el ministerio público y el imputado, resida en la misma concepción del ministerio público y de la policía, como órganos de persecución penal del Estado, y en los deberes que correlativamente les impone la ley procesal penal. Se ha dicho que el ministerio público no es una *parte* del procedimiento penal, en el sentido de que haga valer en él un *interés subjetivo*, propio o ajeno —del Estado—, en la actuación de la ley penal, sino, por el contrario, un órgano público cuyo interés se resume —como el de los órganos jurisdiccionales— en la correcta actuación de la ley penal; él tanto ampara al ciudadano, al incorporar la prueba de su inocencia y reclamar una decisión que lo libere de la persecución penal, como le imputa un hecho punible y demanda una consecuencia jurídica, bajo la condición procesal de que se verifique en el debate todos los extremos que condi-

cionan esa consecuencia[213]. De allí se desprende que el ministerio público no esté situado *frente* al imputado para inquirir y requerir sólo *en contra* de él, sino, todo lo contrario, para aclarar la imputación procesal que soporta y requerir también a su favor cuando corresponde; sólo con este concepto se puede comprender que el ministerio público *deba* procurar la incorporación de los elementos que sirvan para descargo del imputado, *tenga la facultad* de requerir el sobreseimiento o la absolución, si el resultado del procedimiento así lo indica, y *pueda* recurrir también a favor del imputado[214].

Con arreglo a esta concepción se ha sostenido también que la verdadera razón de la existencia del ministerio público consiste, precisamente, en procurar un juicio imparcial al imputado. Para lograrlo, resulta imprescindible desvincular al juzgador de toda afirmación imputativa, evitando que él sostenga como hipótesis aquello que después deberá examinar y decidir en un juicio; con ese punto de partida se logra, al mismo tiempo, asimilar tenuemente la persecución penal estatal a un *proceso de partes*, colocando frente al imputado, formalmente, a un contradictor.

La tesis es correcta si se advierte que el sistema de persecución penal pública de los delitos (CP, 71) ha conferido al Estado tanto el poder de juzgar, como el de perseguir (en sentido estricto), a la manera de la Inquisición, y que, necesitado el mismo sistema de asegurar la *inviolabilidad de la defensa* —a más de un juicio imparcial—, resuelve su problema por creación de dos órganos estatales distintos: los jueces, que ejercen la llamada jurisdicción, cuyas expresiones de voluntad son manifestación del poder de decisión, y los funcionarios del ministerio público, cuyas expresiones de voluntad son manifestaciones del poder requirente, en sentido propio, del poder de perseguir penalmente.

Todavía resta aclarar que, tanto el ministerio público como los tribunales son órganos del Estado que realizan la función judicial, en materia penal, que la ley positiva prevé para él, *averiguar la verdad* y, sobre esa base, *realizar el Derecho penal*; ambos cumplen, desde el punto de vista material, la misma función, que se resume en aquellos fines; pero, formalmente, la ley procesal ha concedido a los

[213] VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 251 y ss., resume su postulado afirmando que su función está presidida por un "criterio objetivo de justicia"; más allá, cf. t. I, 2ª parte, cap. III, ps. 241 y ss., y t. II, cap. II, ps. 51 y siguientes.

[214] Éste es, sin duda, el concepto que emerge de la reforma procesal penal operada en el siglo XIX; cf. por ejemplo, los §§ 160 y 296, II de la ley procesal penal alemana: MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, ps. 137 y 259.

Lo mismo sucede en la legislación argentina moderna: ello aparece claramente cuando las leyes habilitan al ministerio público para recurrir a favor del imputado (CPP Nación, 433; CPP Córdoba, 444; CPP Mendoza, 485; CPP Salta, 478; CPP La Rioja, 477; CPP Santiago del Estero, 390; CPP La Pampa, 406; CPP Entre Ríos, 455; CPP Corrientes, 470; CPP Jujuy, 432; CPP Santa Fe, 405; CPP Tucumán, 444; CPP Costa Rica, 448), pero emerge de todo el sistema (fin de la instrucción, posibilidad del ministerio público de requerir el sobreseimiento o aun la absolución, a pesar de haber acusado y provocado el juicio).

dictámenes de uno, el ministerio público, tan sólo valor *requirente* y a las resoluciones del otro, los tribunales, valor *decisorio* —dicho de manera general y manteniendo la ortodoxia del sistema—; con ello el sistema logra los fines políticos que le son impuestos en la materia: realizar el poder penal estatal en un marco que garantice el respeto por la defensa del individuo a quien aquél se aplica[215].

Las constituciones provinciales argentinas, conforme ese criterio, han colocado al ministerio público en la misma posición institucional que a los jueces, como órgano del Poder Judicial del Estado, resolviendo una cuestión antigua de manera coherente o, al menos, bastante coherente[216]: constituciones de las provincias de Buenos Aires, 180 y cc.; Río Negro, 124, III; Santa Cruz, 127. Con la misma intención, aunque aún sin desarrollo práctico, la reforma (1994) de la CN, 120, parece adherir a la teoría de los órganos estatales *extrapoder*[217].

El predominio del ministerio público, que se expuso en el punto anterior, vigente sobre todo durante el procedimiento preliminar (instrucción), pierde así gran parte de su significado, como riesgo final para el imputado.

c) La defensa técnica

Una de las formas de propender a la equiparación de posiciones entre el acusador y el acusado es, sin duda, el erigir a la *defensa técnica* en un presupuesto de la validez del procedimiento y, en fin, de la sentencia. Quien representa al ministerio público, órgano de persecución penal del Estado, es un abogado, con experiencia en Derecho penal; el acusador en los delitos de acción privada (CP, 73 y ss.) está siempre asistido por un letrado. De allí que resulte necesario que un letrado —al menos—, asista como *defensor* al imputado, cuando él no posee conocimientos jurídicos suficientes o, aun poseyéndolos, no puede ponerlos en práctica con idoneidad.

El *defensor* no es tan sólo un asistente técnico del imputado, sino, antes bien, un verdadero sujeto del procedimiento penal, que, por lo general, ejerce facultades autónomas, sin depender de la voluntad del imputado[218], y cuya actividad responde siempre a un interés par-

[215] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 251 y siguientes.

[216] Cf. Maier, *La investigación penal preparatoria*, § 4, 2, ps. 99 y ss.; Procuración General de la Suprema Corte de Justicia, *El ministerio público en la provincia de Buenos Aires*, cap. II, nº 6 y ss. y cap. III, ps. 46 y siguientes.

[217] El problema se examinará de cerca al estudiar, en el tomo dedicado a los *sujetos procesales*, al ministerio público penal.

[218] Sólo en los *recursos* contra las resoluciones jurisdiccionales, en tanto las leyes procesales prevén que el imputado puede desistir de los recursos interpuestos por el defensor, existen limitaciones parciales a la autonomía de que él goza y respecto del uso de facultades propias.

cial, la defensa del imputado[219]. Sólo dentro del sistema que no contempla el interés de las personas individuales como elemento importante para la imposición de una pena, el defensor representa un instrumento idóneo para la realización del ideal de equiparar las posibilidades entre el acusador y su acusado, en miras a una decisión judicial. ¿Qué sería, de otra manera, del imputado que no se quiere defender o del que se quiere defender de manera incorrecta cuando esa voluntad expresada no resulta de importancia para la aplicación de una pena estatal?

Las leyes procesales penales, al reglamentar la garantía de la defensa, prevén la designación de un defensor para el imputado desde el comienzo de la persecución penal, en todo caso antes de la primera declaración del imputado (CPP Nación, 107; CPP Córdoba, 118 y 305; CPP Mendoza, 99 y 209; CPP Salta, 99 y 208; CPP La Rioja, 100 y 103; CPP Santiago del Estero, 67 y 70; CPP La Pampa, 91 y 188; CPP Corrientes, 105 y 205; CPP Entre Ríos, 106 y 205; CPP Jujuy, 103; CPP Tucumán, 118 y 305; CPP Costa Rica, 80, 83, 189 y 407).

Conforme a esas reglas le corresponde al propio imputado el derecho de designar su defensor; si él no lo ejerce, o lo ejerce mal o desea defenderse por sí mismo sin reunir las calidades mínimas para el cargo o sin poder ejercerlas con idoneidad en el caso concreto, corresponde el nombramiento de un defensor de oficio.

El defensor ejerce facultades autónomas a las del imputado, a pesar de que la razón de ser de su ingreso al proceso penal reside en la necesidad de auxiliar al imputado. Es posible, y sucede frecuentemente, que el defensor no adopta la misma posición, frente a la imputación, que su defendido, pues razones técnicas aconsejan otra posición, más o menos defensiva. Siempre que no representen actos personalísimos, como, por ejemplo, la declaración del imputado, las facultades concedidas a éste se entienden también concedidas al defensor (por ej., los recursos). La excepción a la autonomía de actuación del defensor está constituida, en algunos códigos, por el carácter dispositivo de los recursos, pues, según su regulación, el defensor no puede mantener su propio recurso contra la voluntad del imputado[220] o éste puede desistir los recursos interpuestos por aquél (CPP Nación, 443; CPP Córdoba, 454, II; CPP Santiago del Estero, 392; CPP Salta, 484, I; CPP La Rioja, 482, I; CPP La Pampa, 415, I; CPP Mendoza, 491; CPP Corrientes, 479; CPP Entre Ríos, 464; CPP Tucumán, 454, II; CPP Costa Rica, 457, II).

d) Facultades defensivas

Desde un punto de vista —parcial, pero correcto— se ha definido al procedimiento judicial como un método para conocer la verdad. Es por ello que, para que se pueda hablar de igualdad de posibilidades

[219] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. VIII, § III, ps. 391 y siguientes.

[220] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, § 297, p. 260.

en relación a la decisión que pone fin al procedimiento, cuya misión —aunque parcial— es, precisamente, fijar los hechos averiguados durante el procedimiento, resulta necesario garantizar al imputado las mismas facultades, para influir sobre la reconstrucción fáctica, que las reconocidas al ministerio público, es decir, idénticas posibilidades para influir sobre la recepción y valoración de la prueba. Ello equivale a expresar: idénticas posibilidades de influir en la decisión.

Nuestra Corte Suprema, en oportunidad de controlar la supremacía constitucional (CN, 31), casó sentencias que no tenían como presupuesto procedimientos adecuados a esta exigencia de la garantía de defensa. Como en otras áreas, la jurisprudencia de la Corte Suprema, estimada en su generalidad, peca por asistemática, quizás porque se refiere a casos concretos y porque, en materia procesal penal, nunca se habló un único idioma en todo el país, ni siquiera legislativamente; sin embargo, es posible extraer de ella una serie de principios básicos, que no alcanzan para completar el sistema que se debe imponer, con arreglo al Estado de Derecho, pero que auxilian en la tarea de comprender el sentido de la garantía. El imputado tiene derecho a conocer oportunamente los elementos de prueba que contra él son utilizados (*Fallos CSN*, t. 219, p. 518), para que, de manera eficiente, pueda ofrecer y producir prueba de descargo relativa a su inocencia o que aminore la consecuencia penal (*Fallos CSN*, t. 216, p. 58; t. 237, p. 193; t. 240, p. 160; t. 243, p. 201 y 500; t. 246, p. 357; t. 247, p. 419; t. 248, p. 85; t. 259, p. 154; t. 265, p. 26; t. 276, p. 102; t. 254, p. 301; t. 298, p. 308), prueba cuya recepción el tribunal no puede rechazar arbitrariamente (*Fallos CSN*, t. 280, p. 167), ni omitir valorar su resultado en la decisión (*Fallos CSN*, t. 293, p. 574).

Para que el perseguido penalmente tenga las mismas posibilidades de influir sobre la reconstrucción histórica de la imputación que su acusador le formula, se le debe reconocer —a él y a su defensor—, al menos, las siguientes facultades:

I. *Control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia.* Esta es la principal razón de ser del debate oral y público, regulado por las leyes procesales penales modernas que reformaron el modelo inquisitivo, instituyéndolo como culminación del procedimiento y para que proporcione la base de la sentencia. Ese debate se cumple con la *presencia ininterrumpida* de todos los sujetos procesales (*inmediación*), inclusive el imputado y su defensor, y en él son incorporados los únicos elementos de prueba idóneos para fundar la sentencia, forma de proceder que asegura el control probatorio por parte de todas las personas interesadas en la decisión; a él concurren el acusador y el acusado —también su defensor— con las mismas facultades, factor principal de la equiparación de posibilidades respecto del fallo.

De ello resulta, también, que la investigación anterior (*instrucción* o *procedimiento preliminar*) y los medios de prueba que allí se realiza tienen sólo valor preparatorio, esto es, sirven para decidir acerca de

si se enjuicia al imputado (*acusación*), mas no para fundar la sentencia. Es por ello también que, cuando por peligro de pérdida del elemento probatorio por la demora o por la naturaleza del acto, se debe recibir anticipadamente al debate un medio de prueba durante la instrucción o la preparación del debate, con pretensiones de ser valorado en la sentencia (*actos definitivos e irreproducibles*), las leyes prevén, adecuadamente, la participación del imputado y su defensor en el acto (CPP Nación, 200 y 357; CPP Córdoba, 308 y 365; CPP Mendoza, 211 y 389; CPP Salta, 210 y 385; CPP Santiago del Estero, 155, 156 y 308; CPP La Pampa, 191 y 326; CPP Corrientes, 208 y 383; CPP Entre Ríos, 207 y 363; CPP Tucumán, 308 y 365; CPP Costa Rica, 191, 353 y 405)[221].

De tal manera, la participación del imputado o del defensor en el acto resulta el único medio de control efectivo del material que utilizará el tribunal al decidir.

Aquí reside también, precisamente, el principal defecto de los códigos antiguos, exponentes de una legislación anterior a la reforma que procuró conformarlos a la idea del Estado de Derecho. En nuestro CPCrim. nacional (1889) los medios de prueba cumplidos durante la instrucción preliminar, sin control defensivo y hasta en secreto (art. 180: prohibición de asistencia y conocimiento para el imputado y su defensor), son idóneos para fundar la sentencia.

Ésta es, también, la omisión principal de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, pues no basta garantizar el derecho de ofrecer y producir prueba, si él no va acompañado de la posibilidad de controlar todo el material probatorio que valorará el tribunal en la sentencia; y controlarlo quiere significar, precisamente, asistir a su recepción con facultades exploratorias y críticas. Según nos parece, la Corte Suprema, al tolerar este tipo de procedimiento como adecuado a las garantías previstas en la Constitución nacional, deja de cumplir su misión cabalmente[222].

La manifestación concreta del control probatorio durante el debate y de la equiparación de facultades entre los intervinientes está representada por la posibilidad que todos los intervinientes tienen —entre ellos el acusado y su defensor— de interrogar y pedir explicaciones a

[221] En la legislación comparada, cuando la instrucción preliminar está a cargo del ministerio público, estos actos deben ser requeridos al juez que controla esa investigación y cumplidos por él; cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, § 162, p. 139; § 169, p. 143; §§ 192 a 195, ps. 160 y siguientes.

[222] Hasta dónde el juicio oral y público es consustancial con el Estado de Derecho puede verse leyendo el art. 10, DUDH, y el art. 14, PIDCyP, que requiere ese tipo de procedimiento penal para asegurar los *derechos humanos*, entre ellos, el *juicio imparcial* con *igualdad de posibilidades* para el imputado.

todos los órganos de prueba (CPP Nación, 389; CPP Córdoba, 396; CPP Mendoza, 418; CPP Salta, 418; CPP La Rioja, 421; CPP Santiago del Estero, 338; CPP La Pampa, 358; CPP Jujuy, 385; CPP Corrientes, 413; CPP Entre Ríos, 396; CPP Santa Fe, 469; CPP Tucumán, 396; CPP Costa Rica, 383).

La legislación antigua no prohíbe, durante el plenario escrito, el control probatorio; más aún, quiere facilitarlo, ya que ordena citar a todos los intervinientes para cualquier diligencia de prueba (CPCrim. nacional [1889], 482). Pero la diferencia es profunda: la presencia del imputado y de su defensor durante la recepción de la prueba no es necesaria, sino tan sólo posible; en verdad, según el sistema de notificación que rige —por nota: CPCrim. nacional (1889), 467, párr. II—, el tribunal no cita a los intervinientes para las audiencias, tan sólo designa la audiencia y a los interesados les incumbe la carga de enterarse de ella por lectura del dispositivo en el cuaderno de prueba (¡piénsese, además, en el defensor negligente, y en el imputado privado de libertad!). Sin embargo, la falla más grave consiste en que, además de estos medios de prueba, sobre los cuales es al menos posible el control, si se opera diligentemente, funcionan otros, tan idóneos como éstos para fundar la sentencia, recibidos sin control alguno y hasta en secreto.

II. *Producción de prueba de descargo*. Esta facultad, considerada imprescindible por nuestra Corte Suprema como manifestación del derecho de defensa (*Fallos CSN*, citados inmediatamente antes), está consagrada por nuestras leyes procesales penales de diferentes maneras. Los códigos modernos establecen la facultad —correspondiente a cada uno de los intervinientes— de ofrecer prueba para ser recibida en el debate, durante el plazo de citación a juicio (CPP Nación, 355; CPP Córdoba, 363; CPP Mendoza, 382; CPP Salta, 382; CPP La Rioja, 385; CPP Santiago del Estero, 305; CPP La Pampa, 323; CPP Corrientes, 379; CPP Entre Ríos, 360; CPP Tucumán, 363; CPP Costa Rica, 351), facultad que genera como consecuencia el deber del tribunal de ordenar su recepción durante la audiencia del debate, salvo cuando la prueba ofrecida sea *evidentemente impertinente* (no referida al objeto procesal concreto) o *superabundante* (excesiva para demostrar el extremo que se pretende) (CPP Nación, 356; CPP Córdoba, 364; CPP Mendoza, 388; CPP Salta, 384; CPP La Rioja, 387; CPP Santiago del Estero, 307; CPP La Pampa, 324 y 325; CPP Corrientes, 382; CPP Entre Ríos, 361 y 362; CPP Tucumán, 364; CPP Costa Rica, 352). La inobservancia por el tribunal de esta regla, oportunamente advertida (protesta), permite, eventualmente, recurrir la sentencia por la vía de la casación (falta de fundamentación por prueba omitida), con lo cual se lleva a cabo otro de los principios que, como derivado del que se explica, señala nuestra Corte Suprema (sentencia nula por omisión de prueba de descargo idónea ofrecida).

Durante la instrucción preparatoria, la regla también rige, aunque con limitaciones (CPP Nación, 199; CPP Córdoba, 335 y 344; CPP Mendoza, 210; CPP Salta, 209; CPP La Rioja, 212; CPP La Pampa, 190; CPP Corrientes, 207; CPP Entre Ríos, 206; CPP Jujuy, 189; CPP Santa Fe, 202; CPP Tucumán, 335 y 344; CPP Costa Rica, 196), pues el rechazo de la prueba ofrecida por el imputado o su defensor —o por cualquiera de los demás intervinientes— no provoca consecuencia procesal alguna, aunque sea injustificada: se trata de un mero permiso.

Sin embargo, cuando se trata de la declaración del imputado, como mínima garantía de contradicción antes de decidir sobre el presupuesto necesario del encarcelamiento preventivo (auto de prisión preventiva, procesamiento o auto de calificación legal de los hechos), la ley obliga al juez de instrucción, o al funcionario del ministerio público que recibe la declaración indagatoria, a evacuar con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere (CPP Nación, 304; CPP Córdoba, 267; CPP Mendoza, 305; CPP Salta, 305; CPP La Rioja, 274; CPP Santiago del Estero, 203; CPP La Pampa, 283; CPP Corrientes, 301; CPP Entre Ríos, 300; CPP Santa Fe, 320, II y IV; CPP Tucumán, 267; CPP Costa Rica, 284).

III. *Valoración de la prueba.* Recibida la prueba, resta sólo valorarla. Para el acusador y el imputado ello significa la posibilidad de indicarle al tribunal el sentido que debe tener su decisión, desde el punto de vista fáctico. En el cumplimiento de esta labor se puede advertir, también, el paralelismo entre las facultades acordadas al acusador y al acusado. En el debate oral, terminada la recepción de la prueba, se concede la palabra al acusador y al defensor del imputado y, en último término, al mismo acusado (CPP Nación, 393; CPP Córdoba, 402; CPP Mendoza, 426; CPP Salta, 422; CPP La Rioja, 425; CPP Santiago del Estero, 342; CPP La Pampa, 362; CPP Corrientes, 419; CPP Entre Ríos, 400; CPP Jujuy, 390; CPP Santa Fe, 473; CPP Tucumán, 402; CPP Costa Rica, 389).

IV. *Valoración jurídica.* Por último, la equiparación de facultades, en relación a las posibilidades de influir en el resultado de la sentencia, no se refiere sólo al capítulo de la sentencia que intenta reconstruir el comportamiento atribuido, sino, también, al aspecto jurídico del fallo, es decir, a la valoración jurídica del comportamiento que el debate reconstruye. Es por ello que, al finalizar el debate, la discusión final entre los intervinientes incluye, no sólo la valoración de la prueba, sino también el significado jurídico del comportamiento que, eventualmente, se considere verificado, e incluso la determinación de la pena. Con ello, el defensor y el propio imputado tienen oportunidad de influir en todos los aspectos que abarcará el fallo —reconstrucción del hecho, valoración jurídica y pena— y, también, de contestar los argumentos y afirmaciones con los que, sobre la base de lo percibido durante el debate, concluye el acusador (*contradicción*).

En el debate oral y público, concluida la recepción de la prueba se concede la palabra a todos los intervinientes para que convenzan al tribunal acerca del resul-

tado del debate y del fallo que pretenden. El acusador habla antes que el defensor y la última palabra le corresponde al imputado, que cierra el debate; también las partes civiles tienen oportunidad para expresar sus conclusiones (ver reglas citadas inmediatamente antes).

V. *Otras disposiciones.* Existen una serie de disposiciones formales tendientes a facilitar la defensa, traducidas en facultades acordadas al imputado y a su defensor, o en presupuestos de ciertos actos para su eficacia procesal, cuyo principio rector es, también, asegurar las posibilidades del imputado de influir en la decisión. Ellas están relacionadas con la prueba del hecho imputado y con las circunstancias eventualmente introducidas para contrarrestar la imputación.

Entre ellas, las más características e importantes son las disposiciones relativas a los *actos definitivos e irreproducibles.* Se menciona de esa manera a los medios de prueba que, recibidos con anterioridad al debate, podrán ser introducidos a él durante su transcurso, por su lectura, pues su resultado se protocoliza. Se trata, así, de un verdadero *anticipo de la recepción de prueba* que influirá en la decisión. Por ello, precisamente, las leyes procesales penales modernas consagran la facultad del defensor de asistir a esos actos, facilitada por la necesidad del instructor de notificar la fecha y el lugar de su realización, como condición de su eficacia (CPP Nación, 200, 201 y 357; CPP Córdoba, 308, 309 y 365; CPP Mendoza, 211, 212 y 389; CPP Salta, 210, 211 y 385; CPP Santiago del Estero, 155, 156 y 308; CPP La Pampa, 191, 192 y 326; CPP Corrientes, 208, 209 y 383; CPP Entre Ríos, 207, 208 y 363; CPP Tucumán, 308, 309 y 365; CPP Costa Rica, 191, 192 y 353).

Entre los códigos modernos, la excepción está representada por el CPP La Rioja, 213, cuya regla sólo establece una facultad para el juez de instrucción, quien puede permitir la asistencia del defensor, de la que se desprende también la facultad contraria; el CPP Jujuy no regula estos actos específicamente.

No es necesario —ni posible aquí— un detalle pormenorizado de las demás facultades acordadas al imputado y a su defensor, con el fin de equiparar las posibilidades del acusador. Baste decir, por una parte, que la inobservancia de las reglas que prevén la intervención, asistencia y representación del imputado apareja —conminada expresamente— la ineficacia absoluta del acto (CPP Nación, 167, inc. 3; CPP Córdoba, 185, inc. 3; CPP Mendoza,172, inc. 3; CPP Salta,172, inc. 3; CPP La Rioja, 176, inc. 3; CPP Santiago del Estero, 116, inc. 3; CPP La Pampa, 159, 30; CPP Corrientes, 170, inc. 3; CPP Entre Ríos, 170, inc. 3; CPP Jujuy, 135, inc. 3; CPP Santa Fe, 162, inc. 3; CPP Tucumán, 185, inc. 3; CPP Costa Rica, 145, inc. 3); por la otra, se debe advertir que la

Durante la instrucción preparatoria, la regla también rige, aunque con limitaciones (CPP Nación, 199; CPP Córdoba, 335 y 344; CPP Mendoza, 210; CPP Salta, 209; CPP La Rioja, 212; CPP La Pampa, 190; CPP Corrientes, 207; CPP Entre Ríos, 206; CPP Jujuy, 189; CPP Santa Fe, 202; CPP Tucumán, 335 y 344; CPP Costa Rica, 196), pues el rechazo de la prueba ofrecida por el imputado o su defensor —o por cualquiera de los demás intervinientes— no provoca consecuencia procesal alguna, aunque sea injustificada: se trata de un mero permiso.

Sin embargo, cuando se trata de la declaración del imputado, como mínima garantía de contradicción antes de decidir sobre el presupuesto necesario del encarcelamiento preventivo (auto de prisión preventiva, procesamiento o auto de calificación legal de los hechos), la ley obliga al juez de instrucción, o al funcionario del ministerio público que recibe la declaración indagatoria, a evacuar con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere (CPP Nación, 304; CPP Córdoba, 267; CPP Mendoza, 305; CPP Salta, 305; CPP La Rioja, 274; CPP Santiago del Estero, 203; CPP La Pampa, 283; CPP Corrientes, 301; CPP Entre Ríos, 300; CPP Santa Fe, 320, II y IV; CPP Tucumán, 267; CPP Costa Rica, 284).

III. *Valoración de la prueba*. Recibida la prueba, resta sólo valorarla. Para el acusador y el imputado ello significa la posibilidad de indicarle al tribunal el sentido que debe tener su decisión, desde el punto de vista fáctico. En el cumplimiento de esta labor se puede advertir, también, el paralelismo entre las facultades acordadas al acusador y al acusado. En el debate oral, terminada la recepción de la prueba, se concede la palabra al acusador y al defensor del imputado y, en último término, al mismo acusado (CPP Nación, 393; CPP Córdoba, 402; CPP Mendoza, 426; CPP Salta, 422; CPP La Rioja, 425; CPP Santiago del Estero, 342; CPP La Pampa, 362; CPP Corrientes, 419; CPP Entre Ríos, 400; CPP Jujuy, 390; CPP Santa Fe, 473; CPP Tucumán, 402; CPP Costa Rica, 389).

IV. *Valoración jurídica*. Por último, la equiparación de facultades, en relación a las posibilidades de influir en el resultado de la sentencia, no se refiere sólo al capítulo de la sentencia que intenta reconstruir el comportamiento atribuido, sino, también, al aspecto jurídico del fallo, es decir, a la valoración jurídica del comportamiento que el debate reconstruye. Es por ello que, al finalizar el debate, la discusión final entre los intervinientes incluye, no sólo la valoración de la prueba, sino también el significado jurídico del comportamiento que, eventualmente, se considere verificado, e incluso la determinación de la pena. Con ello, el defensor y el propio imputado tienen oportunidad de influir en todos los aspectos que abarcará el fallo —reconstrucción del hecho, valoración jurídica y pena— y, también, de contestar los argumentos y afirmaciones con los que, sobre la base de lo percibido durante el debate, concluye el acusador (*contradicción*).

En el debate oral y público, concluida la recepción de la prueba se concede la palabra a todos los intervinientes para que convenzan al tribunal acerca del resul-

tado del debate y del fallo que pretenden. El acusador habla antes que el defensor y la última palabra le corresponde al imputado, que cierra el debate; también las partes civiles tienen oportunidad para expresar sus conclusiones (ver reglas citadas inmediatamente antes).

V. *Otras disposiciones*. Existen una serie de disposiciones formales tendientes a facilitar la defensa, traducidas en facultades acordadas al imputado y a su defensor, o en presupuestos de ciertos actos para su eficacia procesal, cuyo principio rector es, también, asegurar las posibilidades del imputado de influir en la decisión. Ellas están relacionadas con la prueba del hecho imputado y con las circunstancias eventualmente introducidas para contrarrestar la imputación.

Entre ellas, las más características e importantes son las disposiciones relativas a los *actos definitivos e irreproducibles*. Se menciona de esa manera a los medios de prueba que, recibidos con anterioridad al debate, podrán ser introducidos a él durante su transcurso, por su lectura, pues su resultado se protocoliza. Se trata, así, de un verdadero *anticipo de la recepción de prueba* que influirá en la decisión. Por ello, precisamente, las leyes procesales penales modernas consagran la facultad del defensor de asistir a esos actos, facilitada por la necesidad del instructor de notificar la fecha y el lugar de su realización, como condición de su eficacia (CPP Nación, 200, 201 y 357; CPP Córdoba, 308, 309 y 365; CPP Mendoza, 211, 212 y 389; CPP Salta, 210, 211 y 385; CPP Santiago del Estero, 155, 156 y 308; CPP La Pampa, 191, 192 y 326; CPP Corrientes, 208, 209 y 383; CPP Entre Ríos, 207, 208 y 363; CPP Tucumán, 308, 309 y 365; CPP Costa Rica, 191, 192 y 353).

Entre los códigos modernos, la excepción está representada por el CPP La Rioja, 213, cuya regla sólo establece una facultad para el juez de instrucción, quien puede permitir la asistencia del defensor, de la que se desprende también la facultad contraria; el CPP Jujuy no regula estos actos específicamente.

No es necesario —ni posible aquí— un detalle pormenorizado de las demás facultades acordadas al imputado y a su defensor, con el fin de equiparar las posibilidades del acusador. Baste decir, por una parte, que la inobservancia de las reglas que prevén la intervención, asistencia y representación del imputado apareja —conminada expresamente— la ineficacia absoluta del acto (CPP Nación, 167, inc. 3; CPP Córdoba, 185, inc. 3; CPP Mendoza,172, inc. 3; CPP Salta,172, inc. 3; CPP La Rioja, 176, inc. 3; CPP Santiago del Estero, 116, inc. 3; CPP La Pampa, 159, 30; CPP Corrientes, 170, inc. 3; CPP Entre Ríos, 170, inc. 3; CPP Jujuy, 135, inc. 3; CPP Santa Fe, 162, inc. 3; CPP Tucumán, 185, inc. 3; CPP Costa Rica, 145, inc. 3); por la otra, se debe advertir que la

instrucción, desde su inclusión como procedimiento secreto para el imputado y su defensor, ha evolucionado constantemente, también en el curso del siglo XIX, admitiendo la actividad defensiva, aun cuando con limitaciones. Los códigos modernos argentinos han seguido de cerca esa evolución (CPP Nación, 202; CPP Córdoba, 310; CPP Mendoza, 213; CPP Salta, 212; CPP La Pampa, 193; CPP Corrientes, 210; CPP Entre Ríos, 209; CPP Tucumán, 310; CPP Costa Rica, 193).

4. Otras derivaciones

a) Inadmisibilidad de la "reformatio in peius"

Nuestra Corte Suprema ha afirmado, reiteradamente, que la prohibición de la *reformatio in peius* es también una garantía constitucional, cuya inobservancia "afecta al debido proceso y lesiona el derecho de defensa del acusado"[223]. La *reformatio in peius* vive en el ámbito de los recursos contra las resoluciones jurisdiccionales y, básicamente, significa prohibir al tribunal que revisa la decisión, por la interposición de un recurso, la modificación de la resolución en perjuicio del imputado, cuando ella sólo fue recurrida por él o por otra persona, autorizada por la ley, en su favor[224]. El axioma afirmado por la Corte Suprema se refiere a la sentencia y a los recursos interpuestos contra ella, pues aquélla es el objeto propio del recurso extraordinario ante ella. El vínculo entre la llamada prohibición y la inviolabilidad de la defensa ha sido concebido por la Corte Suprema a partir de la *sorpresa* que provoca un fallo más adverso que el recurrido, cuando el acusador no recurrió, y la jurisdicción del tribunal del recurso sólo fue excitada por el imputado o por otra persona a su favor, pues, de esa manera, el fallo perjudicial "habría sido dictado sin jurisdicción y, además, afectaría de manera ilegítima la situación obtenida por el procesado merced a la sentencia —consentida por el ministerio público— de la instancia anterior y lesionaría, de ese modo, la garantía del art. 18 de la Constitución nacional"[225].

Las puntualizaciones que se puede obtener de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en relación al tema son las siguientes: la falta de recurso acusato-

[223] *Fallos CSN*, t. 234, ps. 270 y 372; t. 231, ps. 190, 198 y 497; t. 241, p. 154; t. 244, p. 198; t. 246, p. 121; t. 248, p. 612; t. 254, p. 353; t. 255, p. 79; t. 258, ps. 73 y 220; t. 268, p. 45; t. 274, p. 283; t. 295, p. 778.

[224] Ayán, *La prohibición de la reformatio in peius*, ps. 161 y ss., para quien el principio es una emanación del efecto devolutivo de algunos recursos.

[225] *Fallos CSN*, t. 247, p. 447; t. 274, p. 283.

rio inhibe al tribunal de alzada para modificar la sentencia en perjuicio del acusado, sea condenando, cuando fue absuelto por la sentencia recurrida, sea agravando la pena por ella impuesta, en el múltiple sentido de aumentar la misma pena decidida, variar su forma de ejecución, reemplazarla por otra de calidad más grave o agregar otras penas, accesorias o principales, que no contenía el fallo recurrido (*Fallos CSN*, t. 241, p. 54; t. 237, p. 190; t. 247, p. 447; t. 248, p. 612; t. 258, p. 73 y 220; t. 268, p. 45; t. 274, p. 283); equivale a la falta del recurso acusatorio el hecho de que el superior jerárquico del funcionario del ministerio público que interpuso el recurso no lo mantenga ante el tribunal *ad quem*, encargado de revisar la sentencia (*Fallos CSN*, t. 234, p. 270; t. 237, p. 190), o solicite la confirmación del fallo recurrido por el inferior (*Fallos CSN*, t. 237, p. 497; t. 244, p. 198) o desista del recurso interpuesto (*Fallos CSN*, t. 237, p. 198; t. 255, p. 79).

En cambio, no constituye un agravio para la garantía: la mera confirmación de la condena por el tribunal de alzada, sin agravar la pena impuesta, aunque varíe el significado jurídico del comportamiento atribuido en ella al acusado (*Fallos CSN*, t. 239, p. 484; t. 242, p. 234) o aunque el acusador haya adherido a los fundamentos y solución del caso del recurso interpuesto por el defensor, que pretendía la absolución (*Fallos CSN*, t. 239, p. 484); la pena más grave que la impuesta en la sentencia recurrida, aplicada por el tribunal de alzada, si recurrió y mantuvo el recurso el ministerio público, aunque ella supere también la pena pretendida en ese recurso (basta, entonces, con la existencia y prosecución del recurso acusatorio: *Fallos CSN*, t. 246, p. 121; t. 251, p. 17 y 65; t. 255, p. 353; t. 66, p. 188), o la condena del tribunal de alzada frente a un fallo absolutorio del tribunal *a quo* en esas mismas condiciones (*Fallos CSN*, t. 250, p. 572).

Dos casos especiales ilustran mejor el criterio de la Corte Suprema sobre el tema. La adhesión a un recurso, comprendida como la facultad que conceden algunas leyes formales de recurrir, aun vencido el plazo regular de impugnación, cuando otro interviniente interpuso el recurso, equivale al recurso interpuesto dentro del plazo originario (*Fallos CSN*, t. 255, p. 349), de modo tal que, el acusador, que se adhiere al recurso defensivo requiriendo la condena —frente a la absolución— o una pena más grave —frente a una condena que considera benigna— abre la posibilidad del tribunal de alzada de reformar la sentencia en perjuicio del imputado. Por lo demás, la mayor gravedad de la pena debe medirse conforme al caso concreto, pues, revocar la unificación de condenas, empeorando así la situación jurídica del único recurrente, implica *reformatio in peius* y descalifica el fallo (*Fallos CSN*, t. 295, p. 778).

No obstante lo afirmado por la Corte Suprema, cuya misión es, precisamente, conservar la supremacía constitucional (CN, 31), parece que la prohibición de la *reformatio in peius* es una regla que sólo indirectamente se vincula con el principio de defensa. En verdad, si se limita las atribuciones del tribunal que decide el recurso al "conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la decisión a los cuales se refieren los agravios" (CPP Nación, 445; CPP Córdoba, 456; CPP Mendoza, 493; CPP Salta, 486; CPP La Rioja, 484; CPP Santiago del Estero, 391; CPP La Pampa, 417; CPP Corrientes, 481; CPP Entre Ríos, 466; CPP Jujuy, 433; CPP Santa Fe, 414; CPP Tucumán, 456; CPP Costa Rica, 459), de modo tal que la manifestación de voluntad con-

creta del impugnante acerca de los motivos por los que el fallo resulta injusto constituye la frontera de la competencia (de la potestad) del tribunal, es porque se piensa que, en materia de recursos, rige en toda su extensión y con todas sus consecuencias el *principio acusatorio*, esto es, un principio análogo al que, en materia procesal civil, se conoce con el nombre de *dispositivo*, como derivado de la *autonomía de la voluntad*, que rige las relaciones jurídicas derivadas del Derecho privado, ordinariamente[226].

Este último principio, que se puede definir según su explicación política (en Derecho privado *el interés es la medida de las acciones*), impide a los órganos estatales competentes para administrar justicia avocarse a la solución de problemas jurídicos que no le hayan sido planteados por quienes, según la ley, tienen un interés legítimo para reclamar su intervención o, planteados concretamente por el interesado, extenderse más allá del caso expuesto y de la solución que se pretende[227]. El principio, sintéticamente, ha prohijado los siguientes aforismos: *nemo iudex sine actore*; *ne procedat iudex ex officio*; *sententia debet esse conformis libello*; *ne eat iudex extra et ultra petita partium*.

Sin embargo, conforme a la regla que indica que las acciones penales (públicas) se ejercerán de oficio (CP, 71), al menos el proceso penal para la persecución de delitos de acción pública es extraño al principio acusatorio y al dispositivo. Si en él se distingue a las funciones de perseguir y decidir, colocándolas en manos de órganos estatales diferentes, el ministerio público y los tribunales, no es para realizar el principio acusatorio desde el punto de vista material, sino para posibilitar, al mismo tiempo, un juez imparcial y un contradictor formal para el imputado (principio de defensa). Por ello se dice que en el proceso penal por delito de acción pública sólo rige un *acusatorio formal*, pues es el mismo Estado el que, obligatoriamente (legalidad), persigue penalmente (*ex officio*) no bien adquiere la noticia de la perpetración de un hecho punible; de allí también que, con la sola limitación del *thema decidendum*, derivada del principio de defensa (contradictorio), el tribunal penal pueda fallar *extra* y *ultra petita*, según opinión mayoritaria.

¿Por qué, entonces, rige, como en el proceso civil, la limitación de la *reformatio in peius*?; ¿por qué vuelve a regir, como en el proceso civil, el principio dispositivo en los recursos? Nadie ignora que el procedimiento penal que emerge de la reforma europeo-continental del siglo XIX es un híbrido, que, a un mismo tiempo, pretende dar cabida al postulado inquisitivo básico (persecución penal estatal, de oficio) y a la regla principal del principio acusatorio (contradicción). Parece que, en aras de la seguridad jurídica, la base inquisitiva se satisface al obtenerse la primera decisión judicial de mérito sobre la imputación (sentencia de condena o absolución), perdiendo terreno, hasta desaparecer casi totalmente durante el procedimiento, meramente eventual, de su impugnación. Al contrario, adquiere valor allí, súbitamente, el principio dispositivo: si nadie impugna la sentencia ella

[226] Cf. Clariá Olmedo, *Tratado*, t. V, nº 1385, p. 444.

[227] Cf. Satta, *Manual*, vol. I, nº 91, p. 165; Alsina, *Tratado*, I, cap. I, nº 3, p. 30 y cap. IX, nº 7, p. 551; Palacio, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 30, ps. 259 y siguientes.

queda firme y satisface, plenamente, la necesidad del procedimiento judicial previo a la decisión de la causa y a la imposición de una pena. Del mismo modo, la existencia eventual de un recurso sólo provoca, en principio, el nuevo examen del caso sólo en relación al agravio (error o injusticia) expuesto en él y, de la misma manera, limita el conocimiento del tribunal *ad quem*. Como se concibe la cosa juzgada parcial, el fallo recurrido queda firme en todo aquello que no constituye materia del agravio expuesto en el recurso. Así se logra la seguridad jurídica del recurrente, quien conoce que, a salvo la facultad de otros intervinientes para recurrir, su recurso fijará el *thema decidendum* y no atribuirá al tribunal del recurso una posibilidad cognoscitiva más amplia que la puesta por él en juego.

De allí a la máxima de la prohibición de *reformatio in peius* sólo hay un paso[228]. La seguridad jurídica del recurrente recibe, con ella, un nuevo apoyo: él sabe que, por su recurso (esto es: si no recurre otro interviniente en su contra), lo peor que puede sucederle consiste en la confirmación del fallo. Precisamente, el fundamento político que se exhibe para sostener la regla confirma su razón de ser: de otra manera, recursos perfectamente fundados no se interpondrían —aceptándose sentencias injustas— por temor a la agravación de las consecuencias[229].

El acusatorio —aun el meramente formal que impera en el proceso penal— es, empero, un principio emparentado, según observamos, con el de defensa: para concebir un contradictor es preciso sostener una organización procesal y un procedimiento semejante, al menos formalmente, al proceso acusatorio. En la materia que ahora examinamos se puede decir, sin temor al yerro, que, si alguien no *dice* que la sentencia es injusta y por qué es injusta (recurre expresando sus motivos), al imputado y su defensa les resulta imposible *contradecir* (defenderse del recurso, oponiéndose al resultado pretendido), razón por la cual el fallo sería *sorpresivo*, *extra* o *ultra petita*, y el tribunal *ad quem* conocería de oficio, sin excitación extraña a él[230]. De allí que la Corte Suprema pueda decir, con cierta razón, que la prohibición de *reformatio in peius* tiene sustento constitucional, como derivado de la *inviolabilidad de la defensa* (CN, 18).

La Corte Suprema, empero, no ha sido consecuente al extremo con esta afirmación: se aparta de ella y del significado textual del principio, cuando permite

228 Obsérvese como AYÁN, *La prohibición de la reformatio in peius*, p. 169, sostenía este principio sin regla expresa (en el CPP Córdoba [1939]), derivándola del precepto (art. 476) que limitaba el conocimiento del tribunal del recurso a los puntos de la decisión a los cuales se refieren los agravios.

229 Cf. AYÁN, *Recursos en materia penal*, p. 167, citando a ALCALÁ-ZAMORA y con una metáfora que, a la par de elegante, es precisa: "... el recurrente, al ir por lana, saldría trasquilado..." (p. 166).

230 Así resuelve las cosas el CPC de la Nación, 265 y 266, al reglamentar los principios mencionados.

que el tribunal del recurso agrave la consecuencia penal respecto de lo pretendido por el recurso acusatorio interpuesto; razona: toda vez que existe un recurso acusatorio, el tribunal asume plena jurisdicción, aun para superar la pretensión punitiva expresada en ese recurso (*ultra petita*: *Fallos CSN*, t. 246, p. 121; t. 251, p. 17 y 65; t. 255, p. 353; t. 266, p. 188 y t. 250, p. 572).

Resulta necesario recordar que la garantía expuesta, como todas ellas, sólo juega en favor del imputado, pues los recursos interpuestos por el acusador "permitirán modificar o revocar la decisión aun a favor del imputado" (CPP Nación, 445, II; CPP Córdoba, 456, II; CPP Mendoza, 413; CPP Salta, 486; CPP La Rioja, 484; CPP La Pampa, 417; CPP Corrientes, 471, CPP Entre Ríos, 466; CPP Santa Fe, 414; CPP Tucumán, 456, II; CPP Costa Rica, 459, II). La razón de ser de la regla es sencilla: el proceso penal no es un *proceso de partes*, ni en él juega la autonomía de la voluntad de ellas o el principio dispositivo, a la manera de como ocurre en el procedimiento civil; el imputado no puede disponer íntegramente de su condena, ni aun en vía recursiva, motivo por el cual el Derecho procesal penal aprovecha todas las oportunidades posibles para intentar la corrección de vicios o errores que puedan afectar al imputado[231].

b) Inadmisibilidad del juicio contra ausentes

La *prohibición*, en materia penal, del *procedimiento contumacial* (ver 1, II, *a*) responde también al principio de defensa. En nuestro Derecho, salvo en materia contravencional, la regla es absoluta, a diferencia de otras legislaciones procesales penales, que conciben excepciones a esta regla en cierta medida (delitos leves) o a partir de un determinado acto procesal (rebeldía durante el debate, depués de contestar el acusado la imputación); en esos casos se concede contra la condena un recurso de revisión menos formalizado o facilitado respecto del ordinario[232].

La razón de ser de la prohibición es clara: el procedimiento penal no se satisface, como el civil, por la importancia de las consecuencias

[231] De allí que el ministerio público pueda recurrir a favor del imputado y el *efecto extensivo* de los recursos (CPP Nación, 433 y 441; CPP Córdoba, 444 y 452; CPP Mendoza, 485 y 486; CPP Salta, 478 y 479; CPP La Rioja, 477 y 478; CPP Santiago del Estero, 390 y 393; CPP La Pampa, 406 y 413; CPP Corrientes, 470 y 477; CPP Entre Ríos, 455 y 463; CPP Jujuy, 432 y 434; CPP Santa Fe, 405 y 410; CPP Tucumán, 444 y 452; CPP Costa Rica, 448 y 455).

[232] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, § 232, p. 203 y §§ 276 y ss., ps. 246 y siguientes.

que de él derivan, con sólo conceder una posibilidad cierta de defenderse, sin controlar de hecho que quien se defiende pueda, realmente, ejercer esa defensa; al contrario, necesita verificar, de cuerpo presente, que el imputado sea idóneo para intervenir en el procedimiento (capacidad) y esté en condiciones para ejercer las facultades que, al efecto, le concede la ley procesal penal.

De la misma manera se debe apreciar la *necesidad de la defensa técnica* (ver 1, II, *c*).

c) Incoercibilidad del imputado como órgano de prueba

Aunque con diferentes consecuencias —razón por la cual estudiaremos la regla separadamente (ver G, 2)—, también se vincula al principio de defensa la *prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo* (CN, 18).

En verdad, en estos casos se trata más de condiciones negativas para la validez de ciertos actos que de una prohibición, en el sentido de la ley procesal. Por supuesto, la importancia de algunas formas de obligar a declarar contra sí mismo ha justificado que la cultura humana erija, sobre el mismo fundamento material de estas reglas, verdaderas normas de deber que prohíben, bajo amenaza penal, esos actos (CP, 144 *bis*, 144 *ter* y 149 *bis*, II).

La inadmisibilidad de emplear ciertas formas de coerción, para privar al imputado de su libertad de decisión como informante (trasmisor de conocimientos) en su propio caso reside, por último, en la pretensión de evitar que una declaración coacta del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra[233].

E. INADMISIBILIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE (*ne bis in idem*)[234]

1. Antecedentes, concepto y alcance

I. La importancia moderna del principio y toda su elaboración jurídica reside en su significado como garantía de seguridad indivi-

[233] Cf. *Fallos CSN*, t. 303, p. 1938.

[234] Universalmente, el principio se enuncia por el aforismo en latín que consta en el título, con la partícula negativa *ne*: Cf. MANZINI, *Tratado*, t. IV, nº 464, p. 524; LATAGLIATA, *Contribución al estudio de la reincidencia*, cap. I, ps. 29 y 32; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 106, III, 1, p. 444; PETERS, *Strafprozeß*, § 53, II, 1, *c*, p. 435; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 50, B, I, p. 291; BAUMANN, *Derecho procesal penal*, cap. 5, II, 3, p. 286; o, lo que es lo mismo, *bis de eadem re ne sit actio* (no haya dos veces acción acerca del mismo objc-

dual, propio de un Derecho penal liberal, de un Estado de Derecho, a pesar de que no parece que el principio fuera desconocido en la antigüedad[235].

En efecto, la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica dispone: "Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro". La Enmienda había sido precedida por cláusulas semejantes de las constituciones de los Estados confederados que, con la misma limitación, relativa a consecuencias penales graves (Louisiana, vida o graves efectos para la libertad física), o de manera general (California, "nadie puede ser puesto dos veces en peligro por una misma infracción") consagraban la garantía[236].

Su significado como garantía individual ha sido reconocido internacionalmente. Con arreglo a la *Declaración universal de derechos humanos*, la misma Asamblea General concluyó el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, según cuyo art. 14, nº 7: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

En el ámbito americano, la *Convención americana de derechos humanos* (*Pacto de San José de Costa Rica*) dispone en su art. 8, nº 4, con una cláusula tan limitativa (cosa juzgada) cuanto drástica (imposibilidad del recurso de revisión en contra del absuelto): "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

Todas estas declaraciones pasaron a formar parte del Derecho interno de la República Argentina (leyes nº 23.313 y 23.054), hoy, incluso, como reglas de jerarquía constitucional (CN, 75, inc. 22).

Nuestra Constitución nacional no previó originariamente en forma expresa esta garantía. Sin embargo, con arreglo a su art. 33, según el cual la enunciación no es limitativa, se la ha reconocido como una de las *garantías no enumeradas*, pero que surgen del sistema republicano y del Estado de Derecho[237].

---

to: MANZINI, *Trataдo*; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*). Sin embargo, en la ciencia jurídica argentina siempre se lo conoció por *non bis in idem*, variando la partícula negativa: cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, parte 1ª, ps. 311 y ss.; DE LA RÚA, *Non bis in idem*; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, p. 247; *Fallos CSN*, t. 248, p. 232.

Es correcto el adverbio negativo bajo la forma *ne*, pues él se usa en textos imperativos o jurídicos (*Diccionario latín-español*, p. 317), es decir, en lenguaje *prescriptivo*.

235 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 46, nota nº 30: *ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret* (Paul., 1, 14, Dig.).

236 Cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, § 1, p. 312. Desaparecidas las penas corporales, hoy la Enmienda V se interpreta en el sentido de un nuevo riesgo de privación de la libertad: cf. CORWIN, *La Constitución de los EE. UU. y su significado actual*, p. 481.

237 *Fallos CSN*, t. 248, p. 232, dictamen del Procurador General, p. 235; t. 298, p. 736, dictamen del Procurador General, ps. 745 y 746; t. 300, p. 1273; t. 302, p. 210.

La Corte Suprema de la Nación ha sido reacia a reconocer esta garantía: lo prueba el caso mencionado en la nota (*Fallos CSN*, t. 248, p. 232), donde, a pesar de la burda violación del principio que representa y del excelente dictamen de su Procurador General en el sentido correcto, que pide remediar esa lesión, negó amparo a un caso claro de *doble enjuiciamiento* y *doble condenación* por los mismos hechos. Lo mismo ocurre en el caso de *Fallos CSN*, t. 250, p. 724, esta vez con apoyo del mismo Procurador General, que ni siquiera advierte la cuestión.

Sin embargo, no parece que la Corte Suprema de la Nación desconozca la garantía como emanada del sistema republicano de gobierno y del Estado de Derecho que funda nuestra Constitución nacional, sino, antes bien, que, no encontrándola enumerada, como sucede con otras, le cuesta desarrollarla y la malinterpreta, cuando se coloca frente a un caso concreto cuya solución deriva del desarrollo de este principio. Tanto es así que, aun con interpretaciones incorrectas, ha mencionado la regla como emanada del derecho de defensa o del de igualdad ante la ley, protegidos por la Constitución nacional (*Fallos CSN*, t. 248, p. 232; t. 250, p. 724), o ha resuelto un caso por falta de identidad subjetiva, sin mencionar la garantía (*Fallos CSN*, t. 264, p. 302), y que el Procurador General, al dictaminar impecablemente en el caso de *Fallos CSN*, t. 298, p. 736 (ver, en especial, ps. 745 y s.), le adjudica a la Corte, quizás con audacia, una elaboración precisa de la garantía, que sigue de cerca su desarrollo doctrinario y el de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos de América acerca del *double jeopardy* (enmienda V), sobre la base de fallos que cita: carácter de *garantía no enumerada* en el orden federal, cuya forma básica resulta de la *intangibilidad de la cosa juzgada a favor del imputado* ("... que nadie sea castigado más de una vez por el mismo hecho..."), expresión restringida cuyo ámbito amplió la Corte "afirmando que ella vedaba no sólo la nueva aplicación de una pena por un mismo hecho, sino también la reiterada exposición al riesgo de que ello ocurriera a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo había sido por el mismo hecho". Se puede citar también, como aval de esta posición, el reconocimiento que la Corte Suprema de la Nación ha practicado, en múltiples ocasiones, del principio de la *cosa juzgada* en materia civil, aunque admitiendo que él reside más en la inviolabilidad de la propiedad, que en una garantía de seguridad individual vinculada a la materia penal.

Las constituciones provinciales, en cambio, disponen sobre la materia con fórmulas variadas.

Córdoba (anterior a la última reforma, 1987), 7; La Rioja, 27: "Nadie puede ser perseguido judicialmente más de una vez por el mismo delito, ni bajo pretexto alguno podrán suscitarse de nuevo pleitos fenecidos por sentencia ejecutoriada". Textos casi idénticos consagran Catamarca, 35 (elimina "por sentencia ejecutoriada" y finaliza la frase en "fenecidos"); Santiago del Estero, 19 y Tucumán (antes de la reforma de 1990), 26 (con ligeras variantes, agregando la excepción de la revisión). Resulta interesante contraponer el texto de Santiago del Estero con el de Tucumán, pues, mientras en el primero la excepción se refiere sólo a la "*revisión favorable al reo* en materia criminal y de acuerdo con la ley procesal...", en el segundo la excepción sólo toma en cuenta "el caso de revisión", sin adición alguna, según lo cual sería legítimo interpretar que comprende la *revisión en contra del imputado*, si la ley procesal la autoriza.

Buenos Aires, 25; Salta, 28: "... ni será encausada dos veces por un mismo delito"; Mendoza, 26: "nadie puede ser... encausado dos veces por un mismo hecho"; San Juan, 17: "... no se le encausará dos veces por el mismo delito".

Entre Ríos, 28: "No podrán reabrirse procesos fenecidos, salvo en materia criminal, cuando la revisión sea favorable al reo y el caso esté autorizado por la ley".

Entre las nuevas constituciones provinciales, se impuso la fórmula del CPP Córdoba (1939): "... ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho" (Córdoba [1987], 39). "Nadie puede ser perseguido judicialmente más de una vez por el mismo delito, ni bajo pretexto alguno podrán suscitarse nuevos pleitos fenecidos por sentencia ejecutoriada, salvo el caso de revisión" (Tucumán [1990], 26).

Pese al silencio constitucional, el Derecho nacional tampoco ha sido extraño a la garantía. El CPCrim. nacional (1889), 7, la expresó con los siguientes términos: "Nadie puede ser procesado ni castigado sino una sola vez por la misma infracción".

De la misma manera, los códigos de procedimiento penal modernos aludieron al principio bajo el título expreso de *garantía constitucional*.

CPP Córdoba, 1: "... ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias" (de la misma manera, CPP Corrientes, 1; CPP Tucumán, 1; CPP Costa Rica); CPP Entre Ríos, 1, y CPP Nación, 1, suprimen la frase aclaratoria.

CPP Salta, 1: "... ni encausado más de una vez por el mismo hecho" (de la misma manera, CPP Mendoza, 1).

CPP La Rioja, 2: "... ni procesado o castigado más de una vez por la misma infracción"; CPP La Pampa, 1: "... ni procesado ni penado más de una vez por el mismo hecho".

Una fórmula interesante presentaban los códigos antiguos de Entre Ríos, 2, y Santa Fe, 8, hoy reemplazados, al aclarar, que "nadie será juzgado más de una vez por el mismo delito aunque se ofrezcan pruebas nuevas de culpabilidad o se pretenda demostrar que el hecho u omisión merezca pena mayor"; con ella se evita, directamente, la posibilidad de revisión en contra del imputado o condenado.

El CPP Córdoba, 1, y el CPP Tucumán, 1, agregan a la enunciación de la garantía otra aclaración: "Esta última prohibición no comprende los casos en que no se hubiere iniciado el proceso anterior o se hubiere suspendido en razón de un obstáculo formal el ejercicio de la acción" poniendo, así, fin a la discusión surgida en torno a los efectos de la resolución por la que se desestima una denuncia o la que dispone el archivo de las actuaciones ante obstáculos formales que impiden la persecución penal, como, por ejemplo, el privilegio de algunos de no ser perseguidos mientras dure su gestión (CN, 69 y 70) o la necesidad de instancia privada (CP, 72).

II. Si prescindimos de filigranas semánticas, observaremos que se alude al principio mediante dos fórmulas de diversa extensión. Una de ellas, la de alcance más restringido, se refiere sólo a la reacción penal material, a la consecuencia de la perpetración de un hecho punible, llámese condena, pena o castigo. La fórmula de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, art. 103, III, apunta claramente a esta limitación: "Nadie puede ser penado varias veces por el mismo hecho..."[238].

[238] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, p. 303 y § 362, p. 307.

Esa forma de regular la garantía, por su alcance y por oposición al más amplio que supone la segunda, podemos denominarla como de *sentido meramente material*. La consecuencia más importante que de ella se deriva es la carencia de reparos jurídicos para admitir la revisión de una sentencia firme, aun en contra del imputado absuelto o del condenado por un hecho punible menos grave o a una pena más leve que la correspondiente y, en general, la ausencia de reparos jurídicos para concebir el recurso del acusador contra la sentencia. En efecto, lo único que ella garantiza, especialmente cuando se refiere a la pena o al castigo, es que una persona no sufra la reacción penal más de una vez; podría, entonces, válidamente, perseguírsela otra vez para condenarla, cuando fue absuelto, o para imponerle una pena superior a la que resultó del primer procedimiento (en este último caso, siempre que se anule la primera condena) y, en ello, claramente, reside el recurso de revisión de la sentencia firme, en contra del imputado o condenado, establecido, por ejemplo, por la ley procesal de la República Federal de Alemania, en consonancia con su regla constitucional[239].

La segunda fórmula, de alcance más vasto, impide la *múltiple persecución penal*; se extiende, por ello, como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esa razón, tiene también *sentido procesal* y cubre el *riesgo* de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite. En general, todas las reglas que establecen el principio en la legislación argentina poseen este alcance: "... ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho..." (CPP Córdoba, Entre Ríos, Corrientes, nacional, Tucumán; ver *supra*). El principal efecto de la regla así concebida consiste en impedir absolutamente toda posibilidad de establecer el recurso de revisión en contra del imputado absuelto o del condenado por un delito más leve; en conjunción con el *derecho al recurso* del condenado determina, también, la abrogación de la facultad —común entre nosotros: sistema *bilateral* de recursos— del acusador de recurrir la sentencia, al menos en alguna instancia (§ 6, H). Por lo demás, es claro que la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisible tanto el regreso sobre una per-

[239] Cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, p. 313; MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, p. 303 y § 362, p. 307; polémica establecida en la sección Debates de "Doctrina Penal", entre BAUMANN, *Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes*, y MAIER, *Conclusiones básicas*, acerca, precisamente, del alcance del principio.

secución penal ya agotada, en el sentido del aforismo *res iudicata pro veritate habetur* —vigente también para otros procedimientos, aunque con otro alcance y fundamento—, como la persecución penal simultánea ante distintas autoridades, y no tan solo por razones meramente formales relativas a cuestiones de competencia.

Existen fórmulas intermedias, como la de la *Convención americana sobre derechos humanos* (ver *supra*), que concede sólo al imputado absuelto la garantía de no ser sometido nuevamente a juicio.

En la doctrina nacional toda la discusión y la crítica ha girado en torno de la correcta formulación semántica del principio, pues nadie ha ignorado ni pretendido para él otro alcance que el más amplio aquí expuesto[240]. La utilización por las distintas constituciones y leyes procesales de nombres diferentes para aludir al destinatario del principio ("perseguido penalmente", "perseguido judicialmente", "procesado", "encausado"), nombres que, a su vez, poseen un significado técnico variable, según los diversos códigos y sus interpretaciones, o que, usualmente, son usados por la ley de manera vulgar, sin alusión técnica alguna, y la aparición en las leyes de palabras también diferentes para indicar el objeto de la garantía ("mismo delito", "mismo hecho"), ha dado pie a la discusión.

En efecto, las palabras "procesado" y "perseguido judicialmente" —y, en menor grado, "encausado"— aluden a cierto progreso de la persecución penal, a un estadio procesal más o menos determinado, de manera que, según el significado que se les otorgue en la ley procesal respectiva, podrían fundar la interpretación de que el principio sólo ampara al imputado cuya persecución penal ha alcanzado cierta importancia procesal. Ello ocurre, claramente, con la voz "procesado", la cual, según definición expresa de los códigos modernos, se emplea para designar al imputado que ya ha sido indagado y sobre quien recae una resolución judicial (auto de procesamiento) que lo considera probable autor de un hecho punible o partícipe en él, abriendo las puertas para la utilización de medidas de coerción personal graves (encarcelamiento preventivo). Aplicado este significado a la fórmula, por referencia directa, la conclusión es obvia: el imputado perseguido penalmente, que no ha sido "procesado", queda fuera del amparo de la garantía.

240 Cf. Núñez, *Non bis in idem*, §§ 3 y 4, ps. 314 y ss.; Clariá Olmedo, *Tratado*, t. I, nº 181, p. 248; de la Rúa, *Non bis in idem*, II, 3, ps. 309 y siguientes.

Esta indicación no constituye sólo una especulación académica. Con arreglo a la interpretación sentada en el fallo plenario "Grossman, M." (*Fallos plenarios CCC*, III, ps. 11 y ss.), de aplicación tan extendida —para el CPCrim. nacional (1889)—, como errónea, por los tribunales nacionales[241], el *imputado no procesado* carecía de la facultad de defenderse e intervenir plenamente en el procedimiento, al menos de utilizar todos los medios que la ley concede para su defensa, entre ellos, las excepciones, y entre éstas, las de "cosa juzgada" y "*litis pendentia*" (CPCrim. nacional [1889], 443, incs. 4 y 6), medios que, precisamente, la ley otorga para hacer valer el principio estudiado. Vale la pena aclarar que, según la interpretación corriente de ese Código, "procesado" es la persona que el juez de instrucción considera sospechosa como autora de un hecho punible o partícipe en él y por esa razón dispone su declaración indagatoria. Precisamente, el CPCrim. nacional (1889), 7, utiliza la voz "procesado" para referirse al destinatario del principio.

Por otra parte, la palabra "delito", utilizada en ocasiones para designar el objeto de la garantía, tiene un significado anfibológico. Usualmente, sobre todo en la doctrina penal, se utiliza para designar la figura abstracta que define la ley penal (delito de homicidio, de homicidio agravado, de hurto, de robo, etc.), y no para aludir al hecho de la vida o comportamiento concreto que es objeto del procedimiento. De tal manera, se puede reproducir aquí la discusión acerca de si lo que se impide es perseguir nuevamente el hecho "tal cual está calificado", permitiéndose perseguir *ex novo* el mismo hecho bajo otra calificación jurídica (por ej., lo que fue absuelto como estafa, perseguirlo nuevamente como libramiento de cheque sin provisión de fondos), o la materia de la garantía la constituye el "mismo hecho" como acontecimiento histórico, sin importar la subsunción legal que se efectúe en el procedimiento concreto[242].

Atinadamente, según ya se observó, la doctrina nacional ha hecho caso omiso de las diversas palabras utilizadas para definir el principio, considerando que la ley argentina pretende proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe en él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del *riesgo* de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida, única interpretación compatible si se quiere garantizar, sin hipocresías, un verdade-

[241] Cf. MAIER, *Sobre la libertad del imputado*, § 8, ps. 155 y siguientes.

[242] Cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, p. 315; DE LA RÚA, *Non bis in idem*, p. 316, reproduce un fallo judicial referente a este aspecto de la cuestión (p. 312). El mismo problema, oculto tras una argumentación y solución erróneas, en *Fallos CSN*, t. 250, p. 724.

ro Estado de Derecho y si se quiere evitar sinrazones en la aplicación práctica del principio. En efecto, carece de sentido no permitir la aplicación del principio desde un comienzo de la persecución penal, para permitirlo posteriormente, y echaría por tierra la garantía el reducir el amparo a la inaplicabilidad de un determinado precepto penal. Las leyes procesales penales, por lo demás, han dado razón a este punto de vista, que representa el mayor alcance del principio, pues desconocen el recurso de revisión en contra del imputado y regulan siempre las excepciones de *cosa juzgada* y *litis pendentia*, oponibles desde el comienzo del procedimiento.

De todos modos, existen fórmulas en el Derecho interno que demuestran con exceso este punto de vista. Ver *supra* las constituciones y códigos que se refieren a la intangibilidad de la cosa juzgada, o a la única posibilidad de revisar la sentencia firme a favor del condenado o, por fin, que aclaran la imposibilidad de acudir al pretexto de la calificación diferente. Ver, además, el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, decidido por la Asamblea General de las Naciones Unidas (*supra*).

Por estas razones se ha concordado en que la fórmula correcta debe *impedir la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho*. Va de suyo que ella no inhibe el recurso de revisión, por condena injusta, a favor del reo: las garantías sólo juegan en favor, no en contra, de quien sufre el poder penal del Estado, y revisar la condena para lograr la absolución o una sanción más benigna no significa perseguirlo penalmente, sino, por el contrario, concederle otra oportunidad para fundar su inocencia o, al menos, la aplicación errónea del poder penal.

"La idea fundamental... es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos 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"[243].

Con arreglo a esta idea no se conoce en el Derecho anglo-sajón la posibilidad del recurso del fiscal contra un veredicto que le es desfavorable, pues se entiende que significa un "intento repetido" para condenar a un individuo[244].

[243] Cita de la Corte Suprema EE.UU., *Quirin*, 1942, US vol. 317, ps. 43 y s., en *Fallos CSN*, t. 298, p. 736, dictamen del Procurador General, p. 745.

[244] Green v. U.S., 1957, U.S. vol. 355, ps. 184 y ss. ("... es uno de los principios elementales de nuestro Derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por

2. ¿Cuándo existe persecución penal múltiple?

a) Requisitos generales

Aclarado el alcance del principio, parece sencillo responder a esta pregunta. Sin embargo, los casos concretos que suceden y las hipótesis fácticas posibles (infinitas, según se comporta la vida real frente a los conceptos cerrados que pretenden regularla) han colocado varias veces en crisis esta pregunta.

Los juristas, a fin de responder analíticamente a los problemas que el principio plantea, han requerido la conjunción de tres identidades distintas para dar solución abstracta a la infinidad de casos posibles. Ellas son, mencionadas en latín: *eadem persona* (identidad de la persona perseguida), *eadem res* (identidad del objeto de la persecución) y *eadem causa petendi* (identidad de la causa de la persecución)[245]. A ellas nos referiremos a continuación.

Empero, conviene aclarar antes que, al menos para el ámbito de la persecución penal, la tercera identidad es discutible como tal, y parece sintetizarse mejor su concepto explicando que aquí sólo se trata de exponer ciertas excepciones racionales al funcionamiento del principio, a pesar de la existencia conjunta de las dos identidades anteriores. Tales excepciones, según veremos, las establece la propia ley, directamente, al reglamentar el principio, o emergen de la interpretación sistemática del orden jurídico. Son, por así decirlo, casos en los cuales, fácticamente, existe una persecución penal múltiple de una misma persona y por el mismo hecho, permitida jurídicamente.

b) Identidad personal

El principio representa una garantía de seguridad individual. Por lo tanto, sólo ampara a la persona que, perseguida penalmente, haya o no recaído sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, vuelve a ser perseguida en otro procedimiento penal, que tiene como objeto la imputación del mismo hecho.

---

medio de una apelación aun cuando la absolución pueda aparecer como errónea"); North Carolina v. Pearce, 1969, U.S. v. 595, ps. 711 y ss.; Smalis v. Pennsylvania, 1986, U.S. v. 476, ps. 140 y ss.; sobre el Derecho inglés: ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 73, A, III, 3, nº 14, ps. 478 y siguiente.

[245] Cf. MANZINI, *Tratado*, t. IV, nº 464, ps. 525 y ss.; NÚÑEZ, *Non bis in idem*, § 5, ps. 317 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 182 y ss., ps. 250 y ss.; DE LA RÚA, *Non bis in idem*, ps. 317 y ss.; sentencias del TSJ Córdoba, en BARBERÁ DE RISSO, *Doctrina Penal del TSJ Córdoba*, vol. II, ps. 145 y siguientes.

La *identidad de la persona perseguida penalmente* en varios procesos es, pues, una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar una persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra a un mismo tiempo. Debe tratarse, entonces, del mismo imputado en una y otra persecución penal, comprendiéndose como imputado, según lo definen los códigos modernos, la persona que es indicada como autora del hecho o partícipe en él ante cualquiera de las autoridades establecidas por la ley para la persecución penal[246]. Sin embargo, existen personas que no pueden ser imputadas —perseguidas penalmente—, por gozar de un privilegio en razón de la función que desempeñan (CN, 53, 59, 60, 69, 70 y 115), sin antes ser separadas del cargo por el procedimiento, la decisión y la autoridad correspondientes, razón por la cual el funcionamiento del principio no sólo está supeditado a que sean indicadas ante una autoridad procesal como autoras de un hecho punible o partícipes en él, sino también a la decisión que torna viable la persecución penal dirigida en su contra.

Ésta es la ubicación propia del célebre caso "María Estela Martínez de Perón" (*Fallos CSN*, t. 298, p. 736), decidido erróneamente por la Cámara y la Corte Suprema sobre la base de discutir la intangibilidad de la cosa juzgada, factible de ser revisada, por la Corte Suprema, cuando aparece como producto de un concierto fraudulento, o es el resultado de un prevaricato o, incluso, se obtiene careciendo de la atribución de juzgar (falta de jurisdicción), precisamente por el impedimento de un privilegio constitucional (exceso de poder).

En realidad, la señora presidenta de la Nación no había sido perseguida penalmente, pues, según reglas de Derecho (en ese momento, CN, 45, 51 y 52), su persecución penal no era viable; así soluciona el caso, correctamente en líneas generales (no es correcta la definición del sujeto a quien la garantía protege: el imputado), el dictamen del Procurador General, primera parte (*Fallos CSN*, t. 298, II, ps. 744 y ss.).

Toda la confusión surgió por concebir el CPCrim. nacional (1889) el llamado *sobreseimiento absoluto*, con pretensión de validez *erga omnes*, esto es, sin referencia a persona o personas determinadas. La sinrazón de afirmar que una decisión judicial se pronuncia sin relación con la conducta de una persona determinada ha sido examinada por nosotros como un caso de exceso en las atribuciones del poder judicial, al menos en nuestro sistema (ver nota nº 248). Se supone que la solución del caso real citado no discute que el privilegio sólo tiene fundamento en la función que desempeña la persona que lo ostenta —por tanto, cesa al finalizar esa función por cualquier causa— ni coloca en tela de juicio la potestad de los ór-

246 CPP Nación, 72; CPP Mendoza, 68; CPP Salta, 67; CPP La Rioja, 65; CPP Santiago del Estero, 38; CPP La Pampa, 63; CPP Corrientes, 70; CPP Entre Ríos, 69; CPP Santa Fe, 68; CPP Costa Rica, 45.

ganos judiciales que asumieron la persecución penal (*de facto*), resultado de una rebelión.

La doctrina trata el caso de quien es sometido a un enjuiciamiento previo para remover un privilegio como carente de *identidad de causa* (permiso de múltiple enjuiciamiento), porque, con cierta razón, observa que existe una persecución múltiple de la misma persona: la primera, por los órganos constitucionales competentes para decidir sobre el desafuero, y la segunda, el enjuiciamiento penal propiamente dicho[247]. Empero, la primera no es, en estricto sentido jurídico, una auténtica persecución penal: el principio no prohíbe la persecución múltiple de una persona, por un mismo hecho, relativo a consecuencias jurídicas diversas, sino la pretensión múltiple de una condena penal. La solución, sin embargo, es idéntica.

Conforme a ello, los métodos para identificar al imputado (nominal, antropométrico, dactiloscópico, etc.) mandan en la solución: se debe tratar de la misma persona física (o jurídica, cuando se permite su persecución penal). La garantía no se extiende a otra persona, que no ha sido perseguida penalmente, cualquiera que sea la solución del caso. Por ello, la condena, la absolución o el sobreseimiento de un imputado no amparan a otro, aunque el fundamento sobre la base del cual se arribó a una solución determinada sea común (por ejemplo, la falta de comprobación del hecho imputado o de adecuación típica del verificado) o se trate de un caso de participación criminal conjunta; ni siquiera aprovechan a un imputado las declaraciones —*obiter dictum*— que, referidas a él, en general o individualmente (por ejemplo, no hubo partícipes en el hecho o fulano no intervino en él), son efectuadas en el proceso que se sigue a otro imputado[248]. Ello indica que, como garantía personal, el principio rige *individualmente* y no

[247] Cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, p. 325.

[248] Ninguna resolución judicial en materia penal posee fuerza vinculante para otra posterior en otro proceso, salvo el caso del *ne bis in idem*, esto es, que se refiera al mismo imputado, sobre el cual recae la resolución, y al mismo hecho. Por ello, es errónea la disposición que concibe el llamado *sobreseimiento absoluto* (CPCrim. nacional [1889], 436, I). Peor aún resultan la jurisprudencia y la doctrina que otorgan a la desestimación de la denuncia o querella (CPCrim. nacional [1889], 200), porque los hechos en que ellas están fundadas no constituyen delito (*Fallos CCC*, t. 1, nº 162 y 163, ps. 177 y s.; CCC, Sala I, 3/4/1968), fuerza vinculante para una persecución penal posterior. La opinión de ODERIGO, *Derecho procesal penal*, ps. 405 y 435, según la cual la desestimación de la querella o denuncia posee mayor poder vinculante, en virtud de su extensión *erga omnes*, que el sobreseimiento, pues éste reconoce un caso en el que rige sólo individualmente (CPCrim. nacional [1889], 434, inc. 3), y éste, a su vez, mayor fuerza que la absolución, pues ella sólo decide con relación a una persona determinada, constituye un verdadero despropósito: de ella resulta que, mientras más avanza el procedimiento y, como consecuencia, mayor es el conocimiento del órgano de decisión, menor es su efecto.

posee *efecto extensivo*[249]; ello porque la garantía torna inviable una persecución penal ya ejercida, concluida o en ejercicio, evitando los intentos repetidos para condenar a un mismo individuo, pero carece de eficacia para transformar en lícito lo que es antijurídico y punible[250].

Conforme a ello, es correcto, por ejemplo, que el autor de un hecho punible sea absuelto, porque no se pudo verificar con certeza el hecho o alguna de las circunstancias o elementos que tornan punible su comportamiento, y que, en otro proceso posterior, se condene a un cómplice, demostrando allí que el hecho principal del autor existió y él era culpable. No se podrá regresar sobre el autor, pero la condena del cómplice (o del coautor, o del instigador), es decir, de otra persona no amparada por la garantía, se ajusta a Derecho.

Si se piensa bien, las objeciones valorativas a esta solución, que a veces emergen en un primer examen ligero del problema, fundadas en el antagonismo entre las dos sentencias, carecen de razón de ser.

c) Identidad objetiva

I. Empero, según se advirtió y como se comprende sin esfuerzo, la mera identidad personal no es suficiente. Para que la regla funcione y produzca su efecto impidiente característico la *imputación* tiene que ser *idéntica*, y la imputación es idéntica cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona (*identidad de objeto = eadem res*).

Sin embargo, no resulta siempre sencillo resolver este extremo. La regla genérica que gobierna el principio prescinde, en principio, de toda valoración jurídica del hecho. Se trata de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado, en una y otra ocasión, el *nomen iuris* empleado para calificar la imputación o designar el hecho. Se mira al *hecho* co-

---

En verdad, los tribunales no tienen por misión, en nuestro sistema, decidir *erga omnes*, si algo existe o no ha sucedido, o si lo que sucedió constituye un delito o, por el contrario, carece de esos atributos, todo como si se tratara de un hecho de la naturaleza que ha ocurrido en el mundo: ello implicaría también, en un sentido diverso al común, resolver abstractamente. Los tribunales deciden sobre comportamientos humanos imputables a personas y, en el caso del Derecho penal, generalmente, sólo imputables a personas físicas determinadas. Precisamente ante esta problemática debe comparecer también la discusión del caso de *Fallos CSN*, t. 298, p. 736.

Suponemos que no se extenderá el antiguo error a la interpretación de los efectos de las reglas del nuevo CPP Nación, 180, III, y 195, II. El sobreseimiento, en cambio, siempre se refiere, en el nuevo texto, a un imputado determinado (CPP Nación, 335).

[249] Cf. DE LA RÚA, *Non bis in idem*, II, 5, B, *a*, p. 317; *Fallos CSN*, t. 264, p. 301.

[250] *Fallos CSN*, t. 298, p. 736, dictamen del Procurador General, p. 745.

mo *acontecimiento real*, que sucede en un lugar y en un momento o período determinados, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior.

Ya hemos visto que no se trata, entre nosotros, de impedir que se persiga por el *mismo delito*, pues no sólo resulta posible perseguir otra vez por el mismo delito —como concepto—, cuando se trata de comportamientos históricamente diversos (por ejemplo, al condenado por hurto, si comete otro hurto), sino que, además, nuestro Derecho positivo, aun en los casos en que utiliza esa expresión (por ej., CPCrim. nacional [1889], 7), no alude al impedimento de perseguir nuevamente el hecho, *tal cual está calificado*, según la antigua discusión francesa; se refiere al delito concreto, como hecho histórico, cualquiera que sea su denominación jurídica.

Así, supuesto de que se trata del mismo hecho, lo que se persiguió como estafa (CP, 172), no se puede volver a perseguir bajo el pretexto de que se trata de un libramiento de cheque sin provisión de fondos o en cuenta cerrada (CP, 302), o viceversa[251]; lo que se persiguió como hurto (CP, 162) no puede perseguirse otra vez como apropiación de cosa perdida (CP, 175, inc. 1), o viceversa; a quien se lo persiguió como autor no se lo puede volver a perseguir como cómplice; lo que se persiguió como un hecho punible consumado no soporta una nueva persecución como tentativa; quien fue condenado por lesiones (CP, 89 y ss.) no puede ser perseguido posteriormente por homicidio (CP, 79), a raíz de la misma hipótesis de hecho, con el pretexto de que el fallecimiento de la víctima acaeció después de la condena y es el resultado de las lesiones.

Ello no es admisible, ni aun bajo el pretexto de un error fáctico o jurídico, salvo el caso excepcional del recurso de revisión *a favor* del condenado, caso que, por su misma naturaleza, no representa un nuevo riesgo, sino, por el contrario, otra garantía que se le brinda al reo. La razón es simple: en el procedimiento relativo a la primera imputación se podía averiguar correctamente todas las circunstancias y elementos del comportamiento atribuido, hasta agotarlo, y su tribunal poseía todas las atribuciones para valorar jurídicamente el hecho según correspondía; precisamente, cuando la situación jurídica se presenta de distinta manera, porque el primer procedimiento, según una regla de Derecho, no puede agotar la imputación originaria, estamos frente a uno de los casos de excepción (*eadem causa petendi*), que habilita una nueva persecución penal (ver *d*).

Así, si en un proceso por estafa (CP, 172), el engaño se produjo a través de un documento atribuido como falso, el nuevo proceso que pretende atribuir al mismo imputado su falsificación o el uso de ese documento falso (CP, 292 y 296), in-

[251] En contra, *Fallos CSN*, t. 250, p. 724.

fringe la regla estudiada; en general, se comportan así todos los casos en que se presenta un concurso ideal (CP, 54) o meramente aparente de delitos en los cuales existe el mismo problema, casos que deben ser decididos de la misma manera, salvo que se presente la excepción advertida inmediatamente antes[252].

Para nada cuenta el hecho de que en el primer procedimiento no se agotara el conocimiento posible. La identidad se refiere al comportamiento y, eventualmente, a su resultado, como acontecimiento histórico. Basta, entonces, que ese acontecimiento sea el mismo históricamente, en el proceso anterior y en el posterior, aunque las circunstancias imputadas o conocidas en el segundo sean más o distintas de las conocidas en el primero.

El hecho de que, por falta de elementos de prueba (ausencia de la víctima, desconocida), se haya resuelto como apropiación de cosa perdida (CP, 175, inc. 1) aquello que después, al presentarse el tenedor de la cosa, se conoce que era un hurto (CP, 162), no habilita una persecución penal posterior. "San Martín cruzó los Andes" y "San Martín cruzó los Andes en mula" son sentencias que predican, indudablemente, sobre el mismo acontecimiento histórico, aunque también es evidente que la segunda sentencia afirma más que la primera.

Cuando hablamos de un acontecimiento real, por tanto, no nos referimos, necesariamente, a un hecho verificado, sino tan solo atribuido como existente, concreto e históricamente sucedido, esto es, *hipotéticamente* afirmado como real. Dos objetos procesales son idénticos, y no permiten persecuciones penales distintas simultáneas o sucesivas, cuando la imputación consiste en la misma acción u omisión concreta aun cuando sólo afirmadas hipotéticamente como ciertas.

Si ante el tribunal *X* y el tribunal *Z* se atribuye a *A* haber matado a *B*, las imputaciones son idénticas, con prescindencia de las verificaciones fácticas. Ambos procesos pueden estar en trámite y, por ende, desconocerse la verdad acerca de cada imputación o, aun sentenciados, pueden arrojar resultados diversos y, sin

[252] Cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, § 7, p. 320. Teóricamente, el concurso aparente, si ha sido bien resuelto, imposibilita de hecho una nueva persecución penal, porque en estos casos no resultan aplicables todas las figuras penales posibles, sino que una excluye a las demás. Sin embargo, se pueden presentar hipotéticamente casos, en los cuales se pretenda una persecución posterior para aplicar la regla que se dejó de lado en el primer procedimiento, desconociendo el concurso aparente o sin desconocerlo, pero pretendiendo que la regla tenida en cuenta en la nueva persecución prevalece sobre la que presidió la persecución anterior. Por ejemplo: supuesta la misma hipótesis fáctica —el juez que no decide un caso—, la condena por abuso de autoridad (CP, 248, *in fine*), o por denegación o retardo de justicia (CP, 273) agota toda posibilidad persecutoria, cualquiera que sea la corrección del juicio. Los casos, así, son similares a aquellos en los que se aplicó una norma penal incorrecta en la sentencia firme, error jurídico que no puede ser subsanado por una persecución penal posterior.

embargo, se debe afirmar que hay —o hubo— persecución penal múltiple por un mismo hecho. El objeto procesal siempre consiste en una *hipótesis*, esto es, en una afirmación no verificada (hipotética) sobre el acaecimiento en el mundo real de un determinado comportamiento; la identidad permanece, incluso, si en el primer proceso la acción no se comprueba como cierta y, por ende, se absuelve o sobresee, pues, desde el punto de vista del Derecho procesal penal, el proceso posterior, en el que se vuelve a pretender la comprobación de la misma imputación, tiene el mismo objeto que el anterior[253].

Se debe tratar, así, de la misma acción u omisión, imputada dos o más veces. Se explica, acertadamente, que ello sucede cuando permanece la misma *idea básica* tras la múltiple imputación, una fórmula sintética y sencilla para resolver casos posibles conflictivos[254]. Ella hace referencia a un único comportamiento básico como objeto de cognición y decisión en varios procesos, aunque en alguno de ellos se prediquen más elementos o circunstancias de ese comportamiento central, que en el otro.

El fracaso de una condena por violación (CP, 119, inc. 3) debido a que no logró probarse la *fuerza o intimidación* para el acceso carnal, no autoriza a perseguir de nuevo por el mismo acceso carnal, sosteniendo ahora que la víctima era una *mujer honesta y menor de quince años*, circunstancias no acusadas en el primer proceso y, por ende, no tomadas en cuenta en él para lograr una condena por estupro (CP, 120). El caso revela, incidentalmente, la razón por la cual deben ser permitidas las *acusaciones alternativas*, que prevén de antemano la posibilidad de que fracase alguna de las imputaciones o la imputación principal (por ej., hurto [CP, 162] y encubrimiento real [CP, 277, inc. 3]).

Lo mismo ocurre cuando el Derecho penal sanciona comportamientos ejecutados tanto con dolo, como con culpa (por ej., el homicidio doloso o culposo); en estos casos, cualquiera que fuere la imputación, consume a la restante, en el sentido de que no es posible perseguir penalmente otra vez, bajo la excusa de que el comportamiento, históricamente único, se imputa ahora bajo una forma subjetiva distinta. Por ejemplo: quien es juzgado por homicidio doloso (CP, 79) no puede ser posteriormente enjuiciado por homicidio imprudente (CP, 84), cualquiera que sea, incluso, el signo de la sentencia final (condena o absolución), y viceversa. La solución no reside en el hecho de que imputar un delito doloso sea lo mismo que atribuir un delito culposo (ver D, 2, *e*), sino, por el contrario, en advertir que se somete a

[253] Cf. BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, § 26, p. 80, y § 28, p. 85.

[254] Cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, p. 320; BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, § 28, p. 85.

una misma persona a un doble riesgo de persecución penal en relación a un mismo acontecimiento histórico básico: en el caso, provocar la muerte de una persona. La imputación alternativa es, también aquí, la solución para respetar la defensa del imputado sin someterlo a más de una persecución penal.

Tal identidad básica subsiste aunque existan entre ambas imputaciones diferencias temporales, espaciales, de modo o en el mismo objeto del hecho atribuido, que no alcancen para destruirla como afirmación de un acontecimiento histórico unitario.

Siguiendo a BELING[255], la identidad permanece, por ejemplo, si el objeto del apoderamiento ilegítimo son $ 10 o $ 20, si la víctima, en lugar de *A* fue *B*, si las heridas se causaron con un cuchillo o con otro elemento, si el hecho se cometió en otro lugar cercano o en otro tiempo aproximado, con tal de que las diferencias no indiquen, indudablemente, que se trata de una imputación distinta, cuyo objeto es un acontecimiento histórico diverso del anterior. Regularmente resulta sencillo, según los demás elementos del proceso, incluso la prueba aportada o indicada, conocer si se trata de la misma imputación o de una diversa, en el sentido expresado.

II. La aclaración de que, para la aplicación de esta regla, no ingresan en consideración las valoraciones jurídicas, sólo posee un significado negativo e inicial: sirve para explicar, fundamentalmente, que una valoración jurídica diversa del mismo comportamiento concreto, como realidad histórica hipotética, no habilita una nueva persecución penal, pues, supuesta la identidad personal, se trata de la misma imputación. Más allá de ello, se debe admitir que resulta difícil, en los casos conflictivos, reconocer cuándo existe un único hecho o se está en presencia de imputaciones con objeto diverso. La dificultad estriba en que no poseemos un concepto *natural* de "hecho", acción u omisión, que permita trazar con precisión, empíricamente, la frontera entre un hecho y otro, de manera tal que se pueda decidir, sin acudir a otras reglas, cuándo estamos en presencia de una única imputación o nos enfrentamos con varias imputaciones.

No es extraño que así suceda: el concepto *hecho punible* o su similar, más utilizado cuando se trata del proceso penal, *imputación penal*, no es determinable sólo fácticamente, sino, por el contrario, también valorativamente, a través de definiciones normativas, para el caso, específicamente jurídicas. Aquello en lo que consiste un *genocidio*, o un

255 BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, § 28, p. 85; NÚÑEZ, *Non bis in idem*, p. 320.

homicidio, o una *apropiación indebida*, o una *administración fraudulenta* o un *abandono de persona*, como acción u omisión concreta del mundo físico, sólo encuentra su definición en el mundo de los conceptos normativos. Lo único posible de extraer del mundo físico es, quizá, la localización y separación de *un* movimiento del cuerpo humano, y ello sólo a partir de ciertos convencionalismos que operan sobre nosotros casi inconscientemente. En ocasiones, además, de un único movimiento corporal pueden derivar varias imputaciones (o acciones punibles), mientras que, en otras, no es raro encontrar una imputación única, consistente en varios movimientos corporales y, más allá aún, en varios comportamientos humanos. Por lo demás, la existencia jurídica de la omisión —de modo obvio— depende exclusivamente de una creación normativa, pues en el mundo físico, precisamente, nada sucede, en el sentido de que no existe una acción humana y, menos aún, una acción a la que se le pueda atribuir determinadas consecuencias.

Si *A* quiere matar a *B* y *C* y, para ello, deja caer veneno sobre la jarra de bebida que ellos ingerirán después, aun en el caso supuesto de que, convencionalmente, expliquemos que se trató de un único movimiento corporal, tendremos dificultades evidentes para expresar, también en el lenguaje vulgar, que existió un único homicidio.

En cambio, asestar varias puñaladas a una misma persona, provocándole heridas diversas o, incluso, matándola por acumulación de heridas o por una de ellas que resultó mortal, se valora, prosiguiendo con el significado vulgar, como un único hecho de lesionar a otro o de matarlo.

Estos casos son aún más claros, desde el punto de vista ahora abordado, cuando el mismo concepto de lo que se considera punible parte de una pluralidad de comportamientos, incluso extendidos en el tiempo. Estos conceptos no son extraños en el lenguaje vulgar: de la palabra *bosque* puede predicarse que son varios árboles; cuántos son necesarios para considerar a un conjunto de árboles como bosque y la exacta comparación con otro bosque será más difícil de precisar. En el mundo jurídico también existen muchos conceptos como éste; incluso existen otros en los cuales una multiplicidad de acciones u omisiones adquieren, conjuntamente, cierto significado característico: piénsese en lo que significa *ley*, *contrato* o, también, *proceso penal*. El ámbito de lo antijurídico conoce también conceptos como esos: el *ejercicio ilegítimo del arte de curar* no consiste en una acción aislada de prescribir o aplicar procedimientos terapéuticos, sino, por el contrario, en la realización *habitual* de esas acciones, lo que supone reiteración y prolongación temporal (CP, 208, inc. 1)[256]; la misma omisión, como fundante de un hecho pu-

[256] Según la interpretación de SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 4, p. 585, que consideramos correcta. Sin embargo, la interpretación del tipo penal contenido en el CP, 208, inc. 1, ha llevado a algunos autores a sostener que el elemento *habitualidad* no implica el fenómeno objetivo de la repetición sino, antes bien, una "disposición interior

nible, requiere, en ocasiones, cierta persistencia o permanencia temporal (*incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*: ley nº 13.944, 1 y 2).

Con la omisión, como fundante de un comportamiento antijurídico, se establece con claridad la diferencia e irreductibilidad de lo físico a lo normativo. Omitir una acción representa renunciar a introducir la acción humana como factor de cambio o de conservación del mundo físico: dejar que las cosas sucedan o se ordenen según los demás factores mandan; por ej., dejar de aplicar un tratamiento revivificante a una persona que sufre un *shock* cardíaco, con paralización de la función del corazón, es renunciar a intentar que el proceso natural (la muerte), que desencadenan otros factores, se revierta. En el mundo físico nada sucede que sea atribuible causalmente a quien omite; si el hecho consistente en no obrar frente a la emergencia es imputable jurídicamente, sólo se entiende por el deber de obrar que una norma impone, como acción esperada para evitar que el mundo físico se transforme en cierto sentido o para lograr que se transforme en el sentido querido por el orden jurídico (en ocasiones, solamente, para intentar evitar el mero peligro). Entonces, la extensión de lo que significa *un hecho único*, en el ámbito de la omisión, es, claramente, determinable sólo con referencia a la norma que define la pasividad como un comportamiento antijurídico. Se puede prever que el obligado, en cierta situación de vida, deba emprender varias acciones para evitar un resultado, contribuir a provocarlo, aventar o crear la situación de peligro de que aquéllo suceda y, de hecho, la obligación no consiste en un único movimiento corporal o comportamiento físico, sino en varios. En ocasiones, según hemos visto, el deber de obrar consiste en un comportamiento continuado o con cierta prolongación temporal.

De todo ello emerge que el punto de vista jurídico posee importancia fundamental para conocer, positivamente, cuándo estamos en presencia de *un hecho único* y cuándo en presencia de *hechos diversos*; ello significa resolver el problema de definir cuándo existe una imputación única y cuándo una imputación plural. En un segundo momento, después de aclarar que bajo el pretexto de una valoración jurídica distinta no es posible promover una nueva persecución penal a raíz de la misma imputación concreta, ni aun con variaciones fácticas, el examen debe vincularse con las reglas del Derecho penal, para establecer si se trata de *un mismo hecho* o de *hechos diversos*.

El Derecho penal o, mejor dicho, la ley penal, proporciona, entre nosotros, parámetros definidos para decidir la cuestión. En principio,

---

de actuar así repetidamente"; cf., en ese sentido, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, t. III, ps. 367 y ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 331. Esta forma de interpretar la figura —extensivamente y hasta analógicamente— debería comparecer frente al concurso de delitos para explicarse mejor; y, conforme a la decisión que se adopte, también ante el *ne bis in idem*. No obstante esta objeción —que no ha de ser debatida aquí—, lo cierto es que cualquier delito puede ser cometido mediante una pluralidad de acciones u omisiones, circunstancia que resulta particularmente clara en ciertos supuestos complejos como, por ejemplo, una defraudación.

las reglas sobre *concurso de delitos* gobiernan la solución. El *concurso real o material* de hechos punibles, que, a la letra, supone la imputación de *hechos independientes* (CP, 55), significa, desde el punto de vista que ahora observamos, la posibilidad de una persecución penal múltiple, esto es, la clave para establecer que, si se presenta la necesidad comparativa entre dos imputaciones cuyos objetos —hechos punibles— concurren materialmente, debe desecharse la aplicación de la regla estudiada, pues se trata, precisamente, de hechos diversos, o, si se quiere, no se trata de un mismo hecho (*eadem res*)[257]. Por el contrario, el *concurso ideal o formal* de hechos punibles determina cuándo estamos en presencia de una imputación única o idéntica, si se trata de establecer comparaciones, y, por ende, en caso de una persecución plural con este objeto, aunque bajo distintos títulos delictivos, ambos aplicables, cuándo opera el principio estudiado, con la salvedad de las excepciones sobre las cuales advertiremos después (ver *d*)[258]. El caso genérico del *concurso de leyes* o *concurso aparente*, con todas sus subespecies, es idéntico al del concurso ideal, desde nuestro ángulo de observación, pues se trata también de una imputación única —quizás con mayor claridad—, que desde el punto de vista jurídico-penal admite más de un encuadramiento jurídico y, sin embargo, a diferencia del anterior, sólo uno es operable[259]. El llamado *delito continuado*, *continuación delictiva* o *concurso continuado* de hechos punibles merece también el mismo tratamiento, pues, a pesar de que

257 Cf. NÚÑEZ, *El hecho penal en la Constitución Nacional y en el Código*; *Derecho penal argentino*, t. II, § IX, ps. 203 y ss.; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 2, § 62, ps. 361 y ss.; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, cap. XXXVIII, ps. 540 y ss.; con bibliografía comparada, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, cap. XIX, ps. 343 y ss.; CASTILLO GONZÁLEZ, *El concurso de los delitos*; NINO, *El concurso en el Derecho penal*, para una teoría sobre el *concurso real* o *material* de hechos; entre la bibliografía alemana, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, ps. 664 y ss., con abundantes referencias bibliográficas. Recuérdese que la ley penal sólo establece aquí que se trata de *hechos independientes*, sin definir con precisión este nombre y calificativo, en contraposición al *hecho que cayere bajo más de una sanción penal*, que define al *concurso ideal* (CP, 54 y 55).

258 Cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 2, § 60, ps. 308 y ss.; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, § 62, ps. 361 y ss.; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, ps. 554 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ps. 343 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, ps. 656 y ss.; NÚÑEZ, *Concurso ideal de delitos*, ps. 261 y ss.; *El "hecho único" como base del concurso ideal*, ps. 211 y ss.; ÁVILA, *Algunas ideas sobre el problema del concurso ideal*; CASTILLO GONZÁLEZ, *El concurso de los delitos*; NINO, *El concurso en el Derecho penal*.

259 Cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 2, § 46, ps. 173 y ss.; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. I, tít. I, VI, ps. 225 y s.; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, ps. 557 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, ps. 670 y ss.; GAVIER, *Aplicación de la ley penal y concurso de leyes*.

se reconoce integrado por varios comportamientos o hechos diversos, separables fáctica y jurídicamente, la teoría del delito establece como *ficción* su unidad imputativa por razones políticas[260]; se verá posteriormente cómo, por razones prácticas de la organización judicial, la zona de esta figura es la que presenta mayor posibilidad de casos concretos de excepción (ver *d*). Se puede decir, entonces, que a los efectos de individualizar el objeto procesal, un delito o hecho punible equivale a un objeto procesal (y varios hechos punibles equivalen a varios objetos procesales) y, si agregamos la identidad personal, antes estudiada, diremos que un objeto procesal, distinguible de otro, es un hecho punible concreto —aunque hipotético— imputado a una persona determinada; de esta manera, la pluralidad de actos u omisiones no quiebra la unidad del objeto procesal, ni lo multiplica, mientras el Derecho penal establezca su unidad imputativa, y la pluralidad de personas quiebra esa unidad, a pesar de que —al menos para la doctrina mayoritaria— el Derecho penal considere accesorios los diferentes aportes a un hecho punible único (participación criminal).

Si el acudir a una única acción física para matar a varias personas —por ej., verter veneno en una jarra de líquido del que beberán varios invitados o colocar una bomba en el lugar de reunión de las víctimas— constituye jurídicamente una única acción o acciones diversas, según los resultados producidos, y, por ende, si es sólo admisible una persecución penal única o es tolerable la idea de varias persecuciones, es cuestión que sólo se resuelve con los parámetros anunciados. Imagínese, por ejemplo, que *A*, el homicida que introdujo el veneno en la jarra de líquido, entierra los cadáveres en diferentes lugares, de modo tal que, al aparecer el primer cadáver, se lo enjuicia e, incluso, condena, y, con posterioridad, van apareciendo los demás cadáveres; he aquí planteado el caso según la problemática que nos interesa: ¿se puede volver a perseguir a *A*, enjuiciado por el homicidio de *B* (primer cadáver), cuando aparece el cadáver de *C* posteriormente?, y así sucesivamente.

Si, acudiendo a la solución que creo correcta (la vida como bien jurídico personalísimo, descripción típica del homicidio indudablemente dirigida por el resultado, ausencia en nuestra ley de imputación única para varios resultados de muerte y, por último, sentido vulgar de la expresión), se resuelve que el caso tolera una imputación plural, porque se trata de un concurso real (CP, 55), lo interesante será plantear el mismo supuesto genérico en casos desarrollados sobre la base de otros bienes jurídicos u otros títulos delictivos (honor, propiedad, salud pública, fe pública, cheque sin fondos, etc.). La solución no parece ser la misma, por ejemplo, para el caso de multiplicidad de víctimas de un hurto: *A* se apodera del automóvil de *B*, donde existen cosas de *C* y de *D*, o *A* ingresa a una entidad fi-

260 Cf. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, ps. 541 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, ps. 347 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, nº 1217 y ss.; GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito continuado*.

nanciera, arma en mano, amenazando a clientes y cajeros para que depositen el dinero y sus cosas en una bolsa con la cual huye; si *A* es perseguido, por ejemplo, por el hurto del vehículo o el robo del dinero del banco, no es posible una persecución penal posterior cuando se descubra que, en el automóvil, habían cosas de *C* y de *D*, o que despojó de dinero, a más de a la entidad financiera, a clientes de ella, pues se trata de un único hecho, a pesar de la multiplicidad de víctimas.

Un caso académico de concurso ideal (CP, 54) es el de la violación en un lugar público, de manera tal que el hecho, además de atacar la libertad sexual (CP, 119, inc. 3), lesiona el pudor público (exhibiciones obscenas: CP, 119); el caso sólo admite una única persecución penal y, si sólo se advirtió uno de sus sentidos, aunque influya un error (por ej., condenó por exhibiciones obscenas, por desconocer la fuerza empleada para vencer la resistencia de la víctima), pero nada se oponía, abstractamente (reglas jurídicas), al conocimiento total del hecho y a su valoración completa, esa persecución se ha cumplido y no puede repetirse bajo pretexto de una nueva valoración. Este caso, al depender uno de los delitos posibles de una *instancia privada* (CP, 72), nos servirá también para estudiar las excepciones a la regla que admite sólo una única persecución penal[261].

En el delito continuado, los problemas se resuelven a similitud de aquellos casos en los que se conoce posteriormente circunstancias distintas a la hipótesis que configura el objeto procesal a pesar de lo cual se conserva la *idea básica*, la unidad de imputación; por ejemplo: no eran $ 5 sino $ 10 los hurtados, o la víctima del hurto no era sólo *B*, sino también *C*. Para el concurso continuado, los diferentes actos, en sí típicos y punibles individualmente, son considerados como una única imputación, porque se trata de "hechos dependientes", es decir, que no cumplen la condición de independencia entre sí, que caracteriza al concurso real (CP, 55). Si, por ejemplo, *A* ha sido condenado por los actos 1 al 5, que integran un delito continuado, el descubrimiento, posterior a la sentencia, de los actos 6 a 10, que también lo integran, no permite volver —nuevo proceso— sobre la misma imputación, incluso en el caso de que algunos de los actos descubiertos con posterioridad hubieran permitido agravar la condena. Piénsese en el célebre ejemplo del collar de perlas que es hurtado apoderándose de las perlas de una en una (10 perlas), mediante actos distintos y separados, y en la fuerza ejercida para apoderarse de la última (nº 10); conforme al esquema anterior, se transformaría el significado de todo el hecho, de hurto (CP, 162) en robo (CP, 164), por operar una circunstancia agravante. La persecución penal por un delito continuado agota todas las acciones u omisiones que lo integran, aun cuando no hayan sido conocidas ni debatidas durante el procedimiento.

Como se observa, la cuestión acerca de la unidad o pluralidad se vincula estrechamente con la descripción típica de los hechos punibles, la interpretación de los tipos penales de la parte especial del Derecho penal y la relación en la que se encuentran los tipos entre sí. Se plantea, así, una problemática parecida e íntimamente conectada a la que ya tuvimos oportunidad de observar, desde otro ángulo (correla-

[261] Sobre los casos de múltiple encuadramiento jurídico y el principio *ne bis in idem*, cf. el ejemplo clásico de BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, § 28, p. 84.

ción entre la acusación y la sentencia; D, 2, *e*), a propósito del derecho a la defensa, pero con distintos alcances y soluciones, conforme al diferente interés básico que presenta el planteo. Como ya lo observamos, existen hechos punibles que suponen, desde su definición, una multiplicidad de acciones (por ej., CP, 208, inc. 1), de modo tal que el comportamiento plural no destruye la unidad imputativa, sino que, al contrario, es requisito de su consideración como punible. En otros casos, el número y la variedad de las acciones u omisiones es indiferente para destruir la unidad imputativa, pues tanto se cometen con un único comportamiento como con varios; son característicos de este supuesto los delitos cuyo concepto se define con varias hipótesis alternativas (por ej., CP, 201 y 224; ley nº 23.737, 5): tanto da que sólo una de ellas se concrete, cuanto que se emprendan varias de ellas[262], sin perjuicio de su importancia para la medición de la pena. Análogos son los casos en los que resulta indiferente la multiplicación del sujeto pasivo sobre el que recae el delito o del resultado.

A produce en el país estupefacientes (ley nº 23.737, 5, *b*), los transporta desde el interior hacia Buenos Aires (*ibidem*, *c*), donde los guarda y almacena (*ibidem*, *c*), para luego comercializarlos (*ibidem*, *c*) y entregarlos a diversas personas, en diferentes oportunidades (*ibidem*, *e*); se trata de una unidad delictiva, a pesar de que cada acción emprendida es en sí delictiva, y merece una única persecución penal.

A, padre de *B*, menor de 18 años, deja de prestarle hoy los medios indispensables para su subsistencia; continúa después el mismo comportamiento por un tiempo prolongado (ley nº 13.944, 1); se trata también de una unidad delictiva, cualquiera que sea el momento en el que interrumpa su comportamiento delictivo.

A hurta un portafolios que contiene cosas de *B* y de *C*.

Un caso particular de esta clase lo constituyen las circunstancias calificantes alternativas (por ej., CP, 80 y 210 *bis*): tanto da que se consume una de ellas como varias, pues la imputación no varía y sigue siendo única; la constatación de varias circunstancias, como en el caso anterior, sólo influirá en la determinación de la pena, pero no destruye la unidad delictiva.

Si *A* mata a su cónyuge (CP, 80, inc. 1) con veneno (CP, 80, inc. 2), sólo es posible una persecución única, conforme a la unidad delictiva.

Sucede lo mismo si *A* participa en una asociación destinada a cometer delitos que pongan en peligro la vigencia de la Constitución nacional, integrada por diez

[262] Núñez, *Non bis in idem*, § 7, p. 321. Él utiliza el ejemplo del droguero que, disimulando el carácter nocivo de una sustancia, le da destino en oportunidades diferentes (CP, 201).

individuos (CP, 210 *bis*, *a*), con organización militar (CP, 210 *bis*, *b*) y estructura celular (CP, 210 *bis*, *c*), que dispone de armas de guerra (CP, 210 *bis*, *d*) y opera en varias provincias (CP, 210 *bis*, *e*).

Situaciones similares aparecen con el delito continuado, según ya lo observamos, las infracciones progresivas y los casos de subsidiariedad que conforman un concurso de leyes o aparente.

Las diferentes lesiones corporales (CP, 89 y ss.) que terminan con un resultado mortal (CP, 79) no pueden, bajo ningún pretexto, perseguirse como si fueran imputaciones autónomas, si conforman un hecho único. El robo con fractura (CP, 167, inc. 3) comprende la violación de domicilio (CP, 150) y, por tanto, no es admisible su persecución separada y múltiple. El infanticidio (CP, 81, inc. 2) es, a la vez, un homicidio (CP, 79) y agravado (CP, 80, inc. 1), pero la persecución de un comportamiento concreto que pudiera participar de estos caracteres, el debate sobre él y su solución, sólo es tolerable una única vez, cualquiera que fuese el resultado propuesto en el fallo. De la misma idea participan la falsedad documental (CP, 292 y ss.) y el uso del documento falso (CP, 296).

Lo importante de observar en estas hipótesis, en las que se sostiene la unidad delictiva y, por tanto, la posibilidad de una sola persecución penal es que, cualquiera que sea la deficiencia de esa persecución penal, ella agota todo el contenido imputativo posible del suceso histórico hipotético, en relación a la persona determinada, a la cual se le atribuye el hecho, pues ese asunto, como tema de debate y de decisión, sólo tolera una y sólo una persecución penal. Si trabajamos con los múltipes ejemplos citados y suponemos que en la primera persecución no fueron observadas, por falta de conocimiento o por error, algunas circunstancias que, incluso, hubieran podido variar la significación penal del hecho o tan sólo la pena, concluiremos en que no es posible conocer de nuevo esas circunstancias o tomar en cuenta esos elementos en otro proceso penal; sólo será posible, mientras la primera persecución no se haya decidido definitivamente y las reglas del procedimiento lo permitan, incorporar esos elementos al procedimiento único, para que se resuelva sobre ellos en la sentencia.

Así, el hecho de que ciertos actos u omisiones que integraban un delito continuado hayan quedado fuera del debate o de la decisión, incluso en el caso de que alguno de ellos hubiera permitido variar el sentido jurídico del hecho, por ej., agravándolo, no autoriza a plantear de nuevo la persecución penal por esos hechos[263].

[263] Cf. AA.VV., *Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke-Schröder)*, 18ª ed., §§ 52 y ss., *Vorbemerkungen*, nº 68 y ss., p. 612 (escrita por Walter Stree); Núñez, *Non bis in idem*, § 7, p. 322.

El conocimiento de una hipótesis alternativa del mismo comportamiento (por ej., el almacenamiento o el transporte de estupefacientes) frente a quien fue juzgado por la comercialización de esas mismas substancias, impide renovar la persecución penal.

La decisión acerca del robo con fractura consume la imputación por violación de domicilio, cualquiera que sea la decisión a su respecto; más aún, la consume a pesar de no haberse advertido la fractura, si se trata del mismo comportamiento concreto atribuido.

La sentencia sobre las lesiones corporales inferidas a una víctima impide atribuirle el homicidio al autor cuando, con posterioridad a la decisión, sucede la muerte de la víctima, provocada por esas lesiones.

III. Se ha dicho que la sentencia judicial firme cumple, sin embargo, la función de interrumpir el nexo que conduce a la unidad delictiva y, por consiguiente, a la unidad de imputación en aquellos hechos punibles constituidos por varios comportamientos prolongados temporalmente. Así, si después de la condena el hechicero o el curandero continúan ejerciendo el arte de curar sin autorización (CP, 208, inc. 1), la persecución penal por los hechos posteriores no sufrirá interferencias de parte del principio estudiado; si quien no atendió sus deberes de asistencia familiar (ley nº 13.944) continúa con ese comportamiento después de la condena, podrá ser objeto de una nueva persecución penal, enteramente válida y correcta[264]. La regla, expresada desde el punto de vista de los hechos que comprende una decisión judicial, se enuncia afirmando que la condena (firme) por un delito permanente o continuado comprende todos los comportamientos que suceden hasta su notificación y que están relacionados con el mismo hecho punible, sin importar si el tribunal los conoció, los tomó en cuenta o fueron objeto del debate[265]. Desde el punto de vista procesal, el principio *ne bis in idem* funda el sentido negativo de esa regla con la simple advertencia de que los actos futuros no pudieron estar abarcados por el juicio o la decisión; al no existir posibilidad alguna de que el tribunal los conozca y juzgue, los actos posteriores, continúen el mismo comportamiento delictivo o signifiquen un hecho punible distinto del anterior, permiten un nuevo enjuiciamiento. Claro es que aquí nada se expresa sobre el significado jurídico-ma-

264 Cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, § 7, p. 322; AA.VV., *Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke-Schröder)*, 18ª ed., §§ 52 y ss., *Vorbemerkungen*, nº 68 y ss., p. 612 (escrita por Walter STREE).

265 La regla en STREE [*Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke-Schröder)*, nº 69]; MAURACH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., t. parcial 2, § 54, III, B, 3, ps. 382 y ss.; GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht*, § 33, E, II, *b*, 4, p. 291.

terial (penal) de los hechos, ni se afirma regla alguna de Derecho penal material acerca de la interrupción de la continuidad o permanencia delictiva[266]. Sólo se advierte, como tendremos oportunidad de observar más claramente al encarar las excepciones al principio, que todo lo que se pudo perseguir como una unidad y agotar como tal durante el procedimiento y la decisión judicial, sin importar si ello sucedió así en el procedimiento concreto, queda comprendido en el efecto de clausura que posee la regla *ne bis in idem* y, por tanto, no puede formar parte del objeto de otra persecución y de otro fallo[267]; los hechos posteriores al procedimiento y su decisión, por consiguiente, no están abarcados, cualquiera que sea la solución jurídico-material acerca de la posibilidad de que prosiga la continuación o permanencia delictiva. Si el *criterio procesal* —para denominarlo de algún modo— que aquí se utiliza es correcto, también la absolución y el sobreseimiento material, como absolución anticipada, deben seguir la misma regla, esto es, son equivalentes a la condena, en relación a la problemática desarrollada; por tanto, cabe hablar de la sentencia judicial, sin excepción[268]. A pesar de los peligros que encierra, la solución consulta el sentido de garantía procesal de la regla y armoniza con lo que se afirma para casos menos problemáticos desde el punto de vista del Derecho penal material y procesal.

Son evidentes los peligros que encierra la solución y, sin embargo, según estimamos valorativamente, no son superiores a los que provoca la misma regla en casos que no poseen las características señaladas. En tren de proporcionar algunos ejemplos, supongamos los siguientes casos: condena después de la cual se descubren otros hechos integrantes de la unidad delictiva, que, por sus circunstancias, hubieran permitido operar a una agravante; absolución por carecer de suficiente evidencia sobre los hechos incluidos en la acusación y en la decisión de apertura del juicio, después de la cual aparecen otros hechos, anteriores a la decisión e integrantes de la misma unidad delictiva, fácilmente comprobables, que hubieran posibilitado una condena.

[266] Ésta es la otra vertiente de la solución indicada, que, sin reparar demasiado en el principio procesal que estudiamos, prefiere fundar su decisión explicando que, de todos modos, la sentencia judicial interrumpe la continuación o permanencia delictiva; cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, § 7, p. 322, coincidiendo con la solución del problema en el derecho material; *Derecho penal argentino*, t. I, § V, tít. III, VI, p. 257, solución que, sin embargo, no parece repetir para el delito continuado, t. II, § IX, III, ps. 260 y ss., cf. allí las diversas opiniones sobre esta problemática.

[267] Cf. GÓMEZ MÉNDEZ, *El delito continuado*, VI, 3, ps. 90 y s., con la misma solución, para el delito continuado, aunque incluyendo el motivo de derecho material: interrupción de la continuación por la sentencia de condena.

[268] Cf. GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht*, § 33, E, II, *b*, 4, p. 292.

Valorativamente, estos ejemplos no parecen ser distintos del de la muerte sucedida con posterioridad a la condena por lesiones y determinable como consecuencia de ellas; o al caso en el cual los elementos de prueba que hubieran permitido una condena se obtienen después de la absolución por carencia de la prueba suficiente para fundar un fallo adverso al imputado.

Al lado de estos casos, valorativamente conflictivos, han operado también otros motivos. Se piensa, por ejemplo, que la afirmación de la posibilidad de un delito continuado, integrado por varios comportamientos en sí punibles unitariamente, obedeció al hecho de no castigar exageradamente la repetición de comportamientos que, valorativamente, se podía considerar como una unidad (similitud de la acción ejecutiva, mismo bien jurídico afectado, dolo unitario o reducible a unidad), al solo efecto de la reacción penal; tal ficción, *pro reo*, no merece un tratamiento procesal también *pro reo*, acudiendo dos veces en su ayuda, pudiendo, en consecuencia, limitarse el efecto de clausura a los actos comprendidos estrictamente en el objeto procesal puesto en conocimiento del tribunal y a decidir por él, hecho que efectivamente sucedería de no consagrarse la ficción del delito continuado para hechos que, materialmente, son perfectamente escindibles y punibles particularmente.

Más allá de ello, respecto de los hechos posteriores a una sentencia, se pensó que, aun cuando fueren prolongación de un delito permanente o continuado, la decisión judicial no podía autorizar a continuar la obra delictiva, esta vez sin amenaza penal, porque el fallo había agotado el juzgamiento de un hecho único.

La solución preponderante en nuestra jurisprudencia y doctrina, con antecedentes en el Derecho extranjero, pasa por afirmar, dogmáticamente, que la sentencia "constituye una causa jurisdiccional de interrupción de la permanencia (o continuidad) delictiva"[269], esto es, por la decisión, escasamente fundada, producida a nivel del Derecho penal sustantivo, que acude en auxilio del problema de Derecho procesal. Esta solución, sin embargo, presenta problemas bastante serios en el mismo nivel en el que se afirma. Los problemas de fundamentación son evidentes: una vez admitido el delito permanente o el continuo, sobre la base de cier-

[269] Cf. *Fallos plenarios CCC*, vol. III, 15/9/1981, p. 165, "Pitchon, A. P.", (fundamento de la mayoría, votos de los jueces García Torres y García Berro); Núñez, *Non bis in idem*, § 7, p. 322; *Derecho penal argentino*, t. I, § V, tít. III, VI, p. 257; Carrera-Cafferata Nores, *Prescripción de la acción penal, aspecto procesal e interrupción del delito permanente*, p. 293; Manzini, *Tratado*, t. IV, ps. 529 y s., para quien tanto interrumpe la sentencia judicial, como la misma promoción de la persecución penal, tratándose de delitos permanentes; Leone, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. III, parte III, nº 20, ps. 372 y ss., menciona la sentencia de condena como interruptiva en los delitos permanentes; ambos autores italianos opinan que, en el delito continuado, las acciones son divisibles y punibles individualmente, razón por la cual el efecto de clausura de la cosa juzgada sólo se extiende al hecho o hechos objeto del proceso y la sentencia (Manzini, *Tratado*, t. III, nº 495, ps. 443 y ss.; Leone, *Tratado*, nº 10, ps. 358 y ss., para quien, incluso, la sola promoción de la persecución penal, conocida por el agente, cumple el papel de "interrumpir la persistencia del designio criminoso inicial", como si se tratara de un concurso material de hechos punibles o siguiendo sus mismas reglas, según la tesis de la Corte de Casación italiana.

tas circunstancias, aparece esta "causa interruptiva", que para nada se vincula a aquellos requisitos, a la manera de elemento negativo de la continuidad o permanencia típica (siempre que no exista sentencia [o condena] judicial). La "causa interruptiva" no se afirma sobre ninguna base legal, sino tan solo en el "horror" que produce admitir la solución contraria, una especie de "crédito" para continuar la ejecución del delito después de la sentencia judicial, sin amenaza penal alguna, argumento de efecto que cumple con creces su función, por la irracionalidad del resultado, pero que no explica la solución, sino que sólo pone de manifiesto el problema. Se disfraza este "horror", en ocasiones, aludiendo a la vigencia permanente de la norma penal, burlada por el resultado irracional[270]. Quizás la única explicación coherente, en este nivel, a la luz de la definición del delito continuado, sea la apelación a la renovación de la voluntad delictiva, esto es, a la destrucción por la sentencia de la unidad requerida para el dolo[271]. Sin embargo, la explicación sólo sirve, en principio, para la sentencia de condena y se extiende, a lo sumo, a algunas absolutorias. De hecho, en la mayoría de los casos la solución coincidirá con la realidad y merecerá aplicación, pero ella no puede afirmarse como general, pues para nada consulta a la sentencia como causa jurídica interruptiva, sino como hecho de la vida que —quizás en la mayoría de las ocasiones— provoca una interrupción *real* en la voluntad del autor; es posible imaginar casos, al menos hipotéticamente, en los que la vida real transcurra de otro modo, sobre todo en las omisiones. Posiblemente por ello muchos reducen la afirmación interruptiva a la sentencia de condena o, al menos, piensan preferentemente en ella. Con todo, aquí no terminan las tribulaciones para esta tesis, sino que, además, ella comparece ante los casos concretos imaginables, con algunas dificultades. Supongamos que se priva de libertad a una persona (CP, 141); un cómplice es descubierto y juzgado, a pesar de que el hecho continúa consumándose, y a que, incluso, persiste el aporte del enjuiciado; con posterioridad a la sentencia, el cómplice continúa con su aporte al hecho, todos son descubiertos después, cesa la consumación delictiva y los partícipes son perseguidos penalmente, nuestro cómplice, por segunda vez. Si se mantiene la regla de la *accesoriedad* de la participación frente al hecho principal del autor, resulta también irracional que nuestro cómplice sea condenado dos veces por un *hecho único*, que provoca sólo una condena para el autor y sus socios, como corresponde.

También desde el campo procesal provienen otras soluciones. Se argumenta, de diferentes maneras[272], que, en estos casos, se trata de observar el objeto proce-

270 Cf. Carrera-Cafferata Nores, *Prescripción de la acción penal, aspecto procesal e interrupción del delito permanente*, p. 294, opinión que recoge el voto del juez García Torres, en el fallo plenario citado, p. 168.

271 Cf. Manzini, *Tratado*, t. III, nº 495, I, ps. 443 y s., quien ejemplifica con el adulterio y el concubinato que prosiguen con posterioridad a la condena; esa opinión funda el voto del juez García Berro, en el fallo plenario citado, ps. 175 y siguiente.

272 El efecto (negativo) de clausura propio de la cosa juzgada sólo alcanzaría a aquello que, en el caso concreto, el tribunal pudo, jurídicamente, juzgar en su fallo o a aquello que estaba alcanzado por el deber genérico del tribunal de averiguar (cf. Henkel, *Strafverfahrensrecht*, § 106, III, 3, ps. 446 y ss.); para la solución de los casos es preciso partir del núcleo fáctico significativo del objeto procesal (cf. Peters, *Strafprozeß*, § 53,

sal concreto que puede decidir el tribunal o, dicho de otra manera, se propone reducir la fuerza de clausura de la cosa juzgada al objeto de la sentencia. Jurídicamente, el objeto de la sentencia queda reducido al hecho o a los hechos descriptos en la acusación o, en su caso, en el auto que la admite, abriendo el juicio penal (D, 2, *e*). La tesis produce una verdadera decoloración política de la garantía; extendida de manera general, como corresponde, produciría el efecto inadmisible, para ella, de permitir una nueva persecución penal por aquellas circunstancias o aquellos hechos no contenidos en la acusación, a pesar de representar una *idea básica unitaria*, según lo expusimos anteriormente. Por ello, son también inadmisibles las ideas que expusieron algunos de los jueces del fallo plenario citado, que, conforme al procedimiento particular que establecía el CPCrim. nacional (1889), pretendieron reducir la clausura producida por el fallo firme a los hechos y circunstancias intimados al imputado en su declaración sobre el hecho[275]. Es imposible utilizar un acto previsto *pro reo* (su declaración), para llevar a cabo su defensa material, con el fin de reducir las garantías del imputado en el proceso penal.

Con todo ello, únicamente es posible sostener la idea principal del texto: sólo los actos posteriores al fallo firme, o a su notificación —futuros para aquél—, no ingresan en la clausura que provoca el principio *ne bis in idem*, pues ni siquiera de manera hipotética pudieron estar abarcados por él. Sólo esos actos pueden provocar una nueva persecución penal y una nueva decisión, y restará decidir, en caso de dos condenas, de qué manera se puede obtener la sentencia única o la pena única (CP, 56 a 58)[274].

Esta solución parece darse coces con aquella que postula el efecto de clausura del principio *ne bis in idem* para los resultados producidos con posterioridad a la sentencia (caso de los delitos progresivos): por ejemplo, la muerte de la víctima a consecuencia de las lesiones por las que recayó condena. Se olvida, sin embargo, que los actos parciales que integran un delito continuado, también uno permanente, son punibles individualmente, por contener todos ellos o todos los momentos consumativos, la totalidad de los elementos que tornan punible a un hecho; no sucede lo mismo con un nuevo resultado (la muerte), cuya acción ya fue juzgada, aun erróneamente, con anterioridad (la que provocó las lesiones corporales que desembocaron en la muerte). Supóngase, ahora, que quien provocó lesiones por dosis de envenenamiento es condenado por esas lesiones y, después de

II, 3, ps. 437 y ss.), de modo tal que la condena o absolución por homicidio culposo cierra la posibilidad de perseguir penalmente por homicidio doloso, pues matar a otro constituirá un complejo fáctico único y, por tanto, irreproducible; disparar contra otro y matarlo, en cambio, representarían significados totalmente diversos, por lo que la condena por abuso de arma de fuego no impediría la persecución penal por homicidio, si se descubriera después que el disparo dio en una persona y causó su muerte; en el delito continuado y en el permanente, la opinión de PETERS concluye de manera similar a la de HENKEL: está permitido perseguir penalmente los actos parciales que no fueron objeto de la primera sentencia y, en su caso, unificar los fallos y la pena (p. 447).

[273] Cf. voto del juez ALMEYRA, p. 180.

[274] Cf. ZAFFARONI, *El sistema de la pena total en el Código Penal argentino*, ps. 487 y ss., aunque no se ocupa de estos casos.

la condena, conociendo que una dosis más es suficiente para provocar la muerte de la víctima, la administra: resulta allí admisible su nueva persecución penal por homicidio, que concurre materialmente con las lesiones (CP, 55, hechos independientes). En cambio, si todas las dosis fueron administradas y se lo condenó por lesiones, el sólo hecho de que la muerte acaezca con posterioridad a la sentencia no habilita un nuevo juzgamiento (*ne bis in idem*), con independencia de si el procedimiento puso de relieve todas las dosis o tan sólo algunas.

El tribunal que juzga en segunda oportunidad no está vinculado por la sentencia anterior respecto de los actos que él juzga: tanto cuando examina actos anteriores a la sentencia que trató los hechos como una continuidad delictiva, como cuando contempla comportamientos posteriores a ella, puede valorar los hechos que observa como independientes (CP, 55; concurso real) en sus decisiones. Puede, así, condenar por esos hechos, en el sentido expresado, o rechazar la *litis pendentia* o la *cosa juzgada*, y viceversa.

Las reglas sentadas rigen, correspondientemente, para el caso de que el problema se presente ya no en procesos sucesivos, sino en procesos que tramitan simultáneamente; por ello, ellas rigen para resolver la *litis pendentia*.

d) Límites para la aplicación del principio

A pesar de que exista identidad personal y de objeto en dos o más procesos distintos, es decir, que se persiga a una misma persona más de una vez por el mismo hecho, puede ocurrir que el principio estudiado rechace su propia aplicación. La doctrina examina los casos que provocan este resultado excepcional como otra identidad, de *causa* o de la *pretensión punitiva* (*eadem causa petendi*); nuclea así, bajo un nombre equívoco, quizás aplicable sólo a uno de los supuestos, diversas situaciones en las que la múltiple persecución penal es tolerada por el orden jurídico[275]. Se dice, genéricamente, que esta "identidad" se refiere a la *jurisdicción* de los jueces, en el sentido de que ambos examinan el hecho imputado con idénticos poderes jurídico-penales (competencia material), pero, a poco andar, se observa que el concepto no explica, en verdad, el contenido de lo que se quiere decir.

En verdad, aquí no se trata de una "identidad", ni tan siquiera de una comparación, como en las exigencias anteriores, sino, antes bien,

[275] MANZINI, *Tratado*, t. IV, nº 464, 1, p. 525; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 185, p. 252; DE LA RÚA, *Non bis in idem*, 5, B, *c*, p. 320; NÚÑEZ, *Non bis in idem*, § 8, p. 323, quien advierte la equivocidad de la rúbrica.

de delinear ciertos límites racionales al funcionamiento del principio, en el sentido de permitir la múltiple persecución penal de una misma persona por un mismo hecho, cuando la primera persecución, o una de ellas, no haya podido arribar a una decisión de mérito o no haya podido examinar la imputación (el "mismo hecho"), objeto de ambos procesos, desde todos los puntos de vista jurídico-penales que merece, debido a obstáculos jurídicos. Se entiende que no se trata del caso en el cual el tribunal o el acusador, por error, no agotaron aquello que pudieron agotar, según reglas jurídicas, sino del caso inverso, precisamente: una regla jurídica impide agotar el caso porque inhibe la sentencia de mérito o bien porque impide "unificar procesalmente la pretensión punitiva"[276].

La cuestión, en sí difícil de comprender, quedará mejor introducida con dos casos. Supóngase que, después de un procedimiento completo, la sentencia de condena es casada (anulada) porque el tribunal que juzgó era incompetente (falta de competencia material o territorial) o porque no podía proceder, en razón de existir algún obstáculo para la persecución penal (falta de instancia en los casos que la requieren [CP, 72 a 75] o privilegio constitucional de imperseguibilidad [CN, 53, 59, 60, 69, 70 y 115]). Solucionado el obstáculo y recomenzada la persecución en un nuevo proceso (llevada a cabo nuevamente la persecución ante el tribunal competente, o una vez producida la instancia o el desafuero del titular del privilegio), nadie puede negar que se vuelve a perseguir a la misma persona por el mismo hecho.

Supóngase ahora que *A*, en la situación prevista por el art. 129, CP (exhibiciones obscenas), viola a *B* (CP, 119), quien no insta el procedimiento. Pretendemos presentar así un caso de concurso ideal (CP, 54) entre un delito de acción pública (CP, 71) y otro para cuya persecución se requiere instancia (CP, 72); lo mismo sucedería si un concurso de ese tipo se estableciera, según parte de la doctrina (ver nota al pie nº 282), entre un delito de acción pública, la falsa denuncia (CP, 245), y otro de acción privada, la calumnia (CP, 109), cuya persecución el ofendido no ejerce (CP, 75). El juez sólo podría conocer el hecho y fallarlo desde el punto de vista del delito de acción pública; por el contrario, no podría conocerlo y valorarlo como delito de instancia o de acción privada. ¿Qué ocurriría si, con posterioridad a la sentencia, la víctima del delito de violación insta la persecución contra *A* o el ofendido por el delito de calumnia persigue penalmente a *A*? Parece claro que se repite la persecución de *A* por el mismo hecho.

La aclaración más sencilla para estos supuestos —que, pese a conformar un caso genérico, no provienen de un núcleo común o no obedecen a una razón sencillamente explicable de modo unitario— consiste en comenzar admitiendo que no se trata de establecer una identidad, por comparación, sino de reconocer *excepciones* a la aplicación

[276] Frase de NÚÑEZ, *Non bis in idem*, p. 324.

de la regla, cuando están presentes las identidades (*eadem persona - eadem res*) requeridas por ella. Significa lo mismo afirmar que estos casos constituyen un permiso excepcional del orden jurídico, para perseguir más de una vez a una misma persona y por un mismo hecho.

Esas excepciones se indican de manera directa por una regla referida al principio, como sucede en el CPCrim. nacional (1889), 7, que aclara la falta de incidencia del juzgamiento de contravenciones por la autoridad administrativa sobre la persecución penal posterior de delitos, aunque se trate de un mismo hecho imputado a la misma persona[277], en el CPP Córdoba, 1, en el CPP Tucumán, 1, y en el CPP Costa Rica, 1, donde expresamente se aclara que la prohibición de la persecución penal múltiple no comprende los casos en los que el proceso anterior se haya suspendido en razón de un obstáculo formal al ejercicio de la acción. Pero otras excepciones surgen también de una interpretación sistemática del orden jurídico, específicamente de la ley procesal penal, que no concede a todas las decisiones judiciales el mismo valor, sino que, antes bien, individualiza convenientemente el efecto de cada uno de los modos de finalización del procedimiento, según la clase de resolución, la materia a la que se refiere o, incluso, los límites jurídicos internos de la propia resolución. Como se puede observar, el estudio y aclaración de los diferentes casos en los cuales, según interpretación sistemática de la ley procesal, la existencia de una persecución penal no inhibe a otra, que versa sobre el mismo hecho imputado a la misma persona, es el verdadero objeto de esta sección.

Un primer aspecto de la solución reúne a aquellas decisiones que, por su clase o por su contenido, excluyen el efecto negativo del principio, a pesar de que nadie puede dudar de que ha existido una persecución penal, a las que ellas, de alguna manera, le ponen fin. Se trata de las decisiones que, según la terminología procesal, afirman su fuerza de cosa juzgada formal, pero rechazan la fuerza de cosa juzgada material. Todas ellas, una vez firmes, llevan implícito el efecto de impedir el planteo del caso de la misma manera en que fue planteado, pero no inhiben una nueva persecución, materialmente idéntica, no bien se corrijan los defectos u obstáculos que impedían la primera. Así, la *desestimación* del acto que promueve la persecución penal —denuncia, querella o prevención policial—, por cualquier razón —in-

[277] Se incluye, también, el juzgamiento disciplinario por autoridades judiciales y no se incluye, según correspondería, el caso inverso.

competencia, obstáculo jurídico para perseguir penalmente—, no inhibe la nueva persecución sobre la base del mismo acontecimiento histórico y contra la misma persona; tan solo impide un planteo idéntico, sin que se haya solucionado el inconveniente que inhibía la primera persecución[278]. Lo mismo sucede con aquellas resoluciones que, según la propia ley, sólo cierran formalmente la persecución penal, ya por advertir que no existen elementos de prueba suficientes para acusar y requerir así el enjuiciamiento del imputado (aunque, por falta de certeza sobre su inocencia, no puedan pronunciar su absolución anticipada) —el caso del llamado *sobreseimiento provisional* (CPCrim. nacional [1889], 435 y 436, párr. II) y de instituciones análogas de las leyes modernas (*prórroga extraordinaria de la instrucción*; CPP Córdoba (1970), 342; CPP Mendoza, 348; CPP Salta, 344; CPP La Rioja, 383; CPP Corrientes, 341; CPP Entre Ríos, 339)—, ya por señalar algún obstáculo que impide la persecución penal (falta de competencia del tribunal ante el cual se intentó, falta de instancia, cuando ella es requerida para la formación de causa [CP, 72], o falta de persecución privada por quien está legitimado para perseguir penalmente, cuando, según la ley penal, corresponde ese tipo de persecución [CP, 73 y ss.], por ejemplo) y, por lo tanto, determina la imposibilidad de dictar la sentencia de mérito sobre el comportamiento atribuido.

La jurisprudencia porteña (CCC, Sala II, "Tesone, E.", 31/5/1983; CNPen.Ec., Sala III, "Mazur, R.", 16/10/1980) señaló, con llamativa insistencia, que la desestimación de la denuncia o de la querella posee el efecto negativo de la cosa juzgada —en el sentido de la cosa juzgada material, no meramente formal —y, además, que ese efecto de clausura funciona *erga omnes*, es decir, respecto del hecho descripto, de manera absoluta, sin referencia a una persona determinada, de modo tal que impide toda nueva persecución por el mismo hecho contra cualquier persona, haya sido o no haya sido imputada en la denuncia o querella desestimada porque el hecho denunciado no constituye un delito (CPCrim. nacional [1889], 200). El efecto increíble que se le adosa a una decisión —superior al alcance del principio estudiado: no resulta necesaria la identidad personal— que se dicta *in limine*, esto es, al comienzo del procedimiento y sin comprobación alguna sobre el acontecimiento histórico descripto en la denuncia o en la querella, basándose sólo en sus palabras, condujo, seguramente, a que la desestimación tenga el carácter de *rara avis* en la práctica de nuestros tribunales.

Las razones de este punto de vista erróneo no son dadas a conocer en los fallos, que, por lo demás, desconocen en absoluto el principio que estudiamos. Antes bien, hay que buscarlas, por una parte, en la propia doctrina porteña sobre su

278 Cf. Clariá Olmedo, *Tratado*, t. IV, nº 1069, p. 377; D'Álbora, *CPP Nación anotado*, art. 180, p. 183.

Código antiguo, que llega hasta afirmar la sinrazón de que la desestimación, como resolución judicial, es más fuerte que el sobreseimiento y éste, a su vez, que la sentencia absolutoria, precisamente porque esta última se dicta siempre con referencia al comportamiento de una persona determinada, mientras que aquélla se expide, como decisión absoluta, sobre un acontecimiento, y por ello, alcanza a cualquier persona a quien ese acontecimiento pueda serle atribuido[279]. Por la otra parte, esta forma de pensar, tan alejada de nuestra teoría y práctica constitucionales acerca de lo que se entiende como labor del poder judicial, está alimentada por el mismo Código antiguo que concibió un "sobreseimiento absoluto", cuyo efecto negativo parece extenderse, impropiamente, a cualquier persona (CPCrim. nacional [1889], 436).

La solución es errónea desde dos puntos de vista. El primero se vincula con el valor propio de la desestimación de una denuncia, una querella o un sumario de prevención policial: lo único que un juez aclara allí, aun para el caso en el cual el acontecimiento descripto carece de alguno de los elementos que lo caracterizan como delito, es la imposibilidad de proceder, esto es, de admitir la persecución penal, porque la *notitia criminis*, aun *in incertam personam*, carece de algún elemento que la torna viable o contiene algún otro que la torna inviable; resulta claro que es imposible repetir el acto promotor de la misma manera (cosa juzgada formal), pero, no bien se subsane el vicio que lo aqueja, es posible proceder y perseguir penalmente. El segundo punto de vista se vincula al verdadero límite de las decisiones judiciales: ellas no deciden, en abstracto, sobre el valor jurídico de un acontecimiento, sino que siempre resuelven acerca de comportamientos humanos, que, por ello, son atribuibles a una persona. A ello se refiere el principio estudiado: una vez valorado jurídicamente el comportamiento de alguien (la acción o la omisión atribuida a una persona determinada) para imponer la consecuencia jurídica que de ese comportamiento se puede derivar, no es posible volver sobre la misma imputación.

Por lo tanto, la posibilidad de la sentencia de mérito o ella, si existe, es la que domina el principio; cualquier otra decisión que, precisamente, aclare la imposibilidad de dictar una sentencia de mérito sobre el comportamiento atribuido, aun después de haber tramitado un procedimiento completo, permite una persecución posterior por el mismo hecho y contra la misma persona, a pesar de que resulta innegable que el imputado será perseguido nuevamente, en virtud de una imputación idéntica.

El sobreseimiento material, sobreseimiento definitivo o sentencia de sobreseimiento (CPP Nación, 335; CPP Córdoba, 349; CPP Mendoza, 343; CPP Salta, 339; CPP Santiago del Estero, 289; CPP La Rioja, 357; CPP La Pampa, 304; CPP Corrientes, 335; CPP Entre Ríos, 334; CPP Santa Fe, 356; CPP Tucumán, 349; CPP Costa Rica, 319) es, al menos desde el punto de vista penal, una sentencia absolutoria anticipada, de modo tal que se trata de una sentencia de mérito, según definición de la propia ley.

[279] Cf. Oderigo, *Derecho procesal penal*, ps. 405 y 435.

No es, en cambio, una sentencia penal el fallo que dicta el Senado sobre el juicio político (CN, 60) o cualquiera de las Cámaras del Congreso sobre el desafuero de un legislador (CN, 70), incluso por definición de la propia regla constitucional, de manera tal que la relación entre esos procedimientos y el penal que lo sigue no puede ser "un caso típico de ausencia de identidad" de *causa petendi*, a pesar de la similitud y la validez didáctica del ejemplo, según lo postula Ricardo C. Núñez[280].

Sin embargo, existen casos en los que, a pesar de ser posible y debida una sentencia de mérito, ella, por ciertos obstáculos que impone la misma ley, no puede agotar el tratamiento jurídico-penal del hecho o unificar procesalmente la pretensión punitiva que emerge de ese hecho. Cuando concurren formalmente (CP, 54) dos infracciones a la ley penal, perseguibles de distinto modo (acción privada y acción pública), y una de ellas no se puede juzgar por un obstáculo jurídico no superado (falta de persecución de quien está legitimado para ello) o no se puede juzgar por el mismo procedimiento (distinto procedimiento para los delitos de acción pública y los de acción privada, y prohibición de la ley procesal de acumular estas acciones en un único procedimiento), la sentencia final sólo puede apreciar jurídicamente el hecho atribuido de modo parcial y la limitación proviene de la propia ley. De tal manera, el agotamiento de la pretensión punitiva emergente de un mismo hecho no se puede realizar, como en el caso normal, en una única persecución penal, pues el tribunal que trata alguna de estas imputaciones en una sentencia de mérito no posee la facultad, común en los demás casos, de "examinar el objeto material del proceso desde todos los ángulos legales posibles"[281].

Se debe reconocer, entonces, para estos casos —ya en sí excepcionales por disposición legal— una verdadera excepción al principio de la única persecución penal y admitir que un mismo hecho funde dos —o más— persecuciones penales separadas contra una misma persona. En el ámbito del Derecho penal material, la existencia eventual de dos sentencias condenatorias, en casos como los aquí explicados, se debe solucionar por la vía que indica el CP, 58: la unificación de sentencias[282].

[280] Cf. Núñez, *Non bis in idem*, § 8, p. 325; ver nuestra solución en 4, *b*.

[281] Cf. Núñez, *Non bis in idem*, § 8, p. 324.

[282] Nuestros autores de Derecho penal no han comprendido estos casos en la segunda disposición del art. 58 —"o cuando se hubieran dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas"—: limitan la aplicabilidad del precepto al caso del concurso real (CP, 55) y excluyen, tácitamente, toda otra posibilidad (concurso continua-

La imposibilidad normativa de agotar todos los significados jurídico-penales de un mismo hecho no sólo puede derivar de la distinta

do, permanencia delictiva, o el que ahora nos ocupa, concurso ideal, CP, 54): cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, § XII, tít. V, cap. III, II, *b*, ps. 515 y ss.; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, § 62, VI, ps. 367 y ss.; ZAFFARONI, *El sistema de la pena total en el Código Penal argentino*. Los penalistas, sin embargo, se han preocupado, con exclusividad, del problema típico de Derecho penal material que identifica el sistema elegido por la ley para componer una pena única en los casos de concurso (absorción, acumulación, acumulación limitada, aspersión) y, desde esa atalaya, han mirado a las cuestiones que plantean varias sentencias penales vigentes a un mismo tiempo; erróneamente, a nuestro juicio, han supuesto que ello sólo puede suceder cuando los hechos punibles que tratan las condenas son distintos (caso normal), resolviendo el problema de la diversa naturaleza de la unificación según que el hecho punible sea anterior o posterior a la primera sentencia (inobservancia de las reglas del concurso real [CP, 55] por motivos procesales o reincidencia), y han dejado de lado la consideración de otros casos posibles, quizás porque, inconscientemente, han supuesto su imposibilidad, en virtud del *ne bis in idem*.

Si la razón de ser de la regla del CP, 58, es, en gran medida, el problema que, a la aplicación de las reglas concursales del Derecho penal, le plantea el proceso penal y sus propias reglas, frente a la necesidad de una *pena total* (ZAFFARONI, *El sistema de la pena total en el Código Penal argentino*, p. 492), no observamos cuál será la razón de excluir los casos que tratamos, aunque se trate en ellos de un concurso ideal y del principio de *absorción* (CP, 54); el caso es aquí idéntico: obstáculos procesales —imposibilidad de proceder, competencia diversificada según infracciones, distinto procedimiento— impiden aplicar en un único procedimiento y por un mismo juez la condenación única que requiere la ley penal. Si los motivos que fundaron la regla del art. 58, CP, en oportunidad de su sanción, fijaron su atención, exclusivamente, en cuestiones jurisdiccionales (SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 2, p. 367), al punto de requerirse la opinión decisiva de un procesalista de nota en aquellos tiempos, Tomás JOFRÉ (ZAFFARONI, *El sistema de la pena total en el Código Penal argentino*, p. 505), se debe concluir en la exigencia de que "*siempre haya una pena total y un único juez de ella, aun cuando los delitos hayan sido juzgados con anterioridad por otros tribunales...*", según postula ZAFFARONI (p. 491) sólo acercándose a la solución, pues excluye, sin explicación, el concurso ideal (CP, 54). Falta de jurisdicción o de competencia, en un sentido amplio, significa la imposibilidad del juez de la primer sentencia para extender su conocimiento y su fallo a aspectos jurídicos que le están vedados por la existencia de un obstáculo procesal, la falta de instancia o de persecución penal por la persona legitimada, la falta de competencia en sentido estricto o la necesidad de seguir un procedimiento especial, incompatible con el que se sigue por la otra infracción; en definitiva, todo se traduce en una carencia de facultades para agotar todos los aspectos penales que el caso tiene o sugiere.

La ley positiva no impide esta interpretación, pues, cuando observa el caso de que "se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas", permite extender la interpretación incluso al art. 54, CP: *violación a dichas reglas* se debe entender como inobservancia de las reglas de la pena total o única, de las reglas previstas para componer la pena en cualquier caso de concurso, y no tan sólo en los casos de concurso real (CP, 55); tampoco la regla del art. 57 está referida, únicamente, al concurso real, como se pretende. Es cierto que el caso común será, ordinariamente, el del concurso real, según lo supone la misma ley, pero ella se puede y se debe extender a otros supuestos en los que no resulta jurídicamente posible unificar procesalmente la persecución penal; de todos modos, la misma ley se debió extender, en el texto y sin demasiada claridad, a supuestos de hechos diversos, que no conforman un concurso real, y para estas hipótesis se ha admitido una interpretación sistemática de la última frase del art. 55.

clase y forma de la persecución. La competencia de los tribunales, imposible de unificar por conexión, puede conducir al juzgamiento de

La cuestión se ha planteado al examinar el caso de las imputaciones falsas de un delito de acción pública ante la autoridad competente para recibir denuncias penales. Concurren a solucionarlo dos normas prohibitivas: la que sanciona la acción de imputar falsamente a otra persona un delito de acción pública que no ha cometido (CP, 109) y la que pune la acción de denunciar falsamente, ante la autoridad competente, un delito (CP, 245). Se ha cuestionado que una acción como la del ejemplo constituya un concurso ideal; los que niegan que se trata de un único hecho, atrapado por dos disposiciones penales, arriban, consecuentemente, a fundar un concurso aparente de leyes por especialidad, prefiriendo unos la calumnia (CP, 109) como desplazante de la falsa denuncia (CP, 245) —así: plenario "Jorge Bulog", *Fallos plenarios CCC*, t. I, ps. 140 y ss., opinión en mayoría; GAVIER, *El delito de falsa denuncia*, ps. 322 y ss.; SANDRO, *Relación jurídica existente entre calumnia y falsa denuncia*, V, p. 265— y otros la falsa denuncia como desplazante de la calumnia —así: NÚÑEZ, *Calumnia y denuncia falsa*, V, p. 483; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. 2, nº 602, ps. 565 y ss.; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Comentario*, p. 925—. Esta solución, que rechaza el concurso ideal (CP, 54), en cualquiera de sus dos variantes, resulta, a mi juicio, enormemente influida por la idea que los autores tienen sobre el instituto jurídico que ahora estudiamos (claramente en NÚÑEZ, *Calumnia y denuncia falsa*, III, ps. 477 y ss., y V, p. 483), demasiado simple conforme a nuestra apreciación. Los resultados prácticos de esta solución son reconocidamente arbitrarios y francamente decepcionantes: quien sostiene que la calumnia consume a la falsa denuncia debe admitir que el delito contra la administración de justicia, que comete quien denuncia un hecho falso, imputándoselo a una persona determinada, quede impune, cuando la víctima no ejerce la acción penal por el delito de calumnia y la prosigue hasta lograr una condena firme, esto es, en la gran mayoría de los casos, con lo que también se produce el desconcierto de supeditar, prácticamente, un delito de acción pública, referido a un bien jurídico colectivo y, específicamente, a la protección de la propia administración pública contra las acciones de los particulares, a una acción privada; quien sostiene la solución inversa admite que la víctima de la imputación contra su honor está desprotegida en este caso, pues no puede perseguir por calumnia, con la consecuencia accesoria de que, en un caso en el cual el autor con su acción transgrede dos prohibiciones, resulta sólo punible por la menor de ellas (con la consecuencia accesoria, incluso, de que no pueda obtener una reparación natural rápida: la *retractación*).

Estas consecuencias y un nuevo examen jurídico de la cuestión, desde el punto de vista del Derecho material, con abstracción de sus consecuencias procesales (*ne bis in idem*), que aquí no es del caso desarrollar, me convencen acerca de que el caso planteado es un ejemplo de hecho único subsumible, en el caso concreto, bajo dos prohibiciones (CP, 54: concurso ideal). La opinión, a mi juicio, está bien expuesta, sintéticamente, por el voto en minoría del plenario "Bulog, Jorge", que preside el voto del doctor Mario A. ODERIGO, ps. 144 y s. (cf., también, FONTÁN BALESTRA, *El delito de falsa denuncia*, t. III, ps. 19 y ss.).

Si ésa es la solución que corresponde en el Derecho material, no veo inconveniente alguno, conforme a la tesis que aquí se expone, para permitir dos persecuciones penales diferentes sobre un mismo hecho: en caso de múltiple condenación, corresponderá la unificación de las condenas y de la pena única según el sistema previsto para el caso por el CP, 54. En verdad, ninguno de los dos tribunales o el único tribunal, si así lo dispone la ley de competencia, pudo extender la observación jurídica del hecho a su significado total o, si se quiere, pudo unificar procesalmente ambas pretensiones.

No faltan quienes resuelven el caso como concurso real (CP, 55: SOLER, *Derecho penal argentino*, ed. 1968, t. 3, p. 254, y t. V, p. 128; voto de VERA OCAMPO en el plenario "Bulog, Jorge"), con lo cual desaparece el problema procesal que emerge del principio es-

un mismo hecho —y de una misma persona— por tribunales diferentes. La solución debe ser idéntica.

Supóngase que *A* estafa a *B* comprándole algo con moneda falsa, de curso legal en la República (CP, 172 y 282). Si el hecho se desarrolla íntegramente en un territorio que no provoca la jurisdicción federal, concurren, a la vez, dos prohibiciones sobre un mismo hecho[283], una de competencia de los tribunales locales (la estafa a un particular) y otra de competencia de los tribunales federales por razón de la materia (poner en circulación moneda falsa).

Lo mismo sucedería entre la falsificación o el uso de un documento falso (CP, 292, 293 y 296), que provoca por su emisor o por su contenido la competencia federal, utilizado para estafar a un particular (CP, 172)[284].

Es posible pensar, también, en los actos múltiples que integran un delito continuado, perpetrados en lugares distintos, pertenecientes a la competencia territorial de organizaciones judiciales diversas y juzgados separadamente en cada una de ellas.

3. Remedios

La ley procesal establece las formas de invocar el principio cuando él es conculcado por la actividad procesal. Si se intenta perseguir nuevamente a quien ya fue absuelto o condenado por el mismo hecho punible en otro procedimiento, tal inobservancia debe denunciarse por la vía de una excepción, ordinariamente denominada "de *cosa juzgada*" (ver CPCrim. nacional [1889], 443, inc. 4, y CPP Santa Fe, 360, inc. 3; sin mención del nombre, pero en el mismo sentido: CPP Nación, 339, inc. 2; CPP Córdoba, 17, inc. 2; CPP Mendoza, 351, inc. 2; CPP Salta, 348, inc. 2; CPP La Rioja, 362, inc. 4; CPP Santiago del Estero, 295, inc. 2; CPP La Pampa, 308, inc. 2; CPP Corrientes, 345, inc. 2; CPP Entre Ríos, 342, inc. 2; CPP Tucumán, 17, inc. 2; CPP Costa Rica, 329, inc. 2). En cambio, si se intenta perseguir a alguien que ya está siendo perseguido por el mismo hecho existe *litis pendentia* y también una excepción para invocarla (ver CPCrim. nacional [1889], 443, inc. 6; CPP Santa Fe 360, inc. 4; los demás códigos, según la cita anterior). La *litis pendentia* planteará ordinariamente una cuestión

---

tudiado. Empero, aun suponiendo que, por la solución del Derecho material, se pueda excluir nuestro problema en este caso, quedarán otros, quizás más claros, que lo planteen: supóngase el hecho de quien viola a alguien (CP, 119) en sitio público o en sitio privado, expuesto a la observación involuntaria de terceros (CP, 129) caso que nadie dudaría en sostener como concurso ideal (CP, 54) y que presenta el mismo problema, pues concurren a solucionarlo dos prohibiciones, una dependiente de instancia privada y otra de acción pública incondicionada.

283 Cf. WELZEL, *Derecho penal alemán*, § 30, p. 317.

284 WELZEL, *Derecho penal alemán*, § 30, p. 318.

de competencia, pues uno solo, entre los varios tribunales u órganos que tramitan la persecución penal, es el que proseguirá el procedimiento.

Si *A* mata a *B* por envenenamiento, proporcionándole el veneno por dosis durante el transcurso de un viaje entre Córdoba y Buenos Aires, produciéndose la muerte en la ciudad de Buenos Aires, es posible que varias organizaciones judiciales concurran: las de las provincias de Córdoba, Santa Fe y Buenos Aires según el lugar en el cual se desarrolló la acción (proporcionar el veneno); la de la capital de la República, según el lugar en el que acaeció el resultado. Planteada la múltiple persecución penal, una sola deberá juzgar, según el criterio que se utilice, lugar de la acción o lugar del resultado[285].

El vicio de la segunda persecución irregular es asumible de oficio, por tratarse de una regla de garantía constitucional a favor del imputado; no es, por ello, convalidable por el mero transcurso del tiempo, ni por la falta de voluntad, tácita o expresa, del amparado —imputado o condenado— para invocarlo. De tal manera, puede hacerlo valer el tribunal, de oficio, en cualquiera de las decisiones que le toque dictar durante el procedimiento, aun cuando no haya sido invocado, y así generar la solución correspondiente; se puede advertir, incluso, durante la ejecución de la sentencia, y generar un incidente para remediarlo[286].

4. Recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio y múltiple persecución

I. La posibilidad de que el acusador recurra la sentencia de los tribunales de juicio, ¿significa un *bis in idem*? En el Derecho procesal penal europeo-continental, de cuño inquisitivo originario —y, por tanto, también en nuestro Derecho—, ya la pregunta en sí significa poco menos que una extravagancia. En efecto, los principales códigos europeos, que siempre constituyen referentes para nuestro Derecho procesal penal y su desarrollo, conciben al recurso contra la sentencia, fundamentalmente al recurso de casación, de modo "bilateral": se trata de remedios contra las resoluciones judiciales consideradas injustas por y para alguno de los protagonistas del procedimiento, le-

[285] La Corte Suprema ha fluctuado entre ambas teorías, aplicando la denominada *teoría de la ubicuidad*, que considera competente al tribunal que mejor pueda atender a la defensa del imputado y a la averiguación de la verdad, según razones prácticas (*Fallos CSN*, t. 298, p. 396; t. 298, p. 721; t. 299, p. 23; t. 300, p. 886; t. 301, p. 728; t. 302, p. 515; t. 302, p. 1315; t. 302, p. 1519, entre otros).

[286] Cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, § 9, p. 326.

gitimados para intervenir en él y a quienes la resolución alcanza, bajo la condición básica de que la resolución les provoque un "agravio", esto es, decida en contra de sus intereses expresados en el procedimiento, concediéndoles algo menos de aquello que pretenden.

Esa concepción "bilateral" de los recursos es aún más clara en presencia de la sentencia definitiva: Ley de Enjuiciamiento Criminal (España), 847 y 854; OPP (RFA), 296, 312 y 333; CPP Italia, 568, III, 593, nº 1, 607 y 608; CPP Portugal, 401, nº 1, a y b; CPP Costa Rica, 472 y 475; CPP Nación, 457, 458 y 460; CPP Córdoba, 469, 470 y 471; CPP Tucumán, 469, 470 y 471.

Frente a una sentencia emanada de un juicio público, tanto el acusador como el acusado, tienen, en general, la facultad de impugnarla, cuando ella en su dispositivo[287] perjudica el interés de quien recurre o el interés de aquél en nombre de quien se recurre[288]: todo depende de aquello que decida la sentencia, de su signo —absolución o condena— y, en el último de los casos, de la consecuencia jurídica que impone la decisión.

II. Otra es la inteligencia del problema en el Derecho anglo-sajón. Allí, en general, una interpretación más estricta de la prohibición de la múltiple persecución penal —*ne bis in idem*—, principio formulado como la prohibición de someter al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal (*double jeopardy*), auxiliada por la inteligencia que reciben otros principios básicos del procedimiento penal, el juicio público ante jurados y la concepción del recurso del imputado contra la condena como una garantía procesal penal, impide conceder al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena, oportunidad sintetizada en el juicio ante el jurado. Tal circunstancia implica, básicamente, negación al acusador del recurso para obtener un nuevo juicio, por "injusto" que pueda ser presentado, en "apelación", el veredicto final del primero.

[287] No pretendemos, ahora, debatir acerca de la parte de la decisión judicial de la cual debe emerger el "agravio"; universalmente triunfa la tesis que, de manera general, indica a la parte dispositiva, a la decisión en sentido estricto, como lugar de radicación del perjuicio que la sentencia judicial provoca: cf. AYÁN, *Recursos en materia penal*, cap. III, A, 2, ps. 87 y ss.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 51, B, II, 2, *c*, ps. 366 y siguiente.

[288] Tampoco interesan aquí ciertas desviaciones parciales de esta regla, en homenaje a otros principios, como el de *objetividad* de actuación del ministerio público, que permite a los fiscales, por ej., recurrir "a favor del imputado", es decir, por un "agravio" ajeno.

E. Persecución penal múltiple

Según explicaremos (§ 7, C), el jurado representa, políticamente, una condición básica para la utilización de la coerción estatal, sobre todo en materia penal, debido a que la pena estatal significa, a su vez, la autorización más vigorosa para la utilización de la fuerza por parte del Estado, en perjuicio de un habitante sometido a su soberanía, la injerencia más grave en sus derechos básicos como persona. El jurado funciona así, políticamente, a la manera de clave para que los funcionarios estatales (jueces profesionales) utilicen la pena estatal en la solución de un conflicto social: la absolución del jurado impide la utilización de esta herramienta, cualquiera que sea la valoración del veredicto (justo o injusto frente a la ley); la condena del jurado abre paso para que los jueces profesionales y permanentes, en una instancia posterior, fijen la consecuencia jurídica eventual a sufrir por el condenado. La necesidad del *juicio por jurados* (CN, 24, 75, inc. 12, y 118) se puede resumir, entonces, en la condición que su autorización final determina para la aplicación de una pena estatal: a manera de compuerta, abre o cierra la posibilidad de aplicar una pena. Conforme a esta inteligencia política de la institución, el *juicio por jurados* es, jurídicamente, una garantía procesal y un derecho para el imputado, en materia penal (excepción hecha de infracciones penales muy leves: contravenciones).

Debido a que ésta es la forma básica que nuestro constituyente pensó para el enjuiciamiento penal, el Derecho de los EE.UU., de donde la exigencia procede, es un buen ejemplo para decidir el problema aquí planteado. Allí el fiscal sólo tiene una oportunidad de lograr la condena, en el juicio público ante el jurado; si, durante el juicio, el caso resulta sobreseído, porque, al presentar el fiscal su caso, el juez resuelve que ningún jurado razonable podría condenar con la evidencia presentada y disuelve al jurado, o, a su terminación, el jurado declara inculpable al imputado, el caso termina definitivamente. Cualquiera que sea el grado de acierto o desacierto, o de "justicia" de estas decisiones (*acquittal*), el acusador no posee remedio alguno contra ellas: se trata de la decisión estatal —judicial— sobre el caso y de la única persecución penal admitida (prohibición del *double jeopardy*)[289]. El derecho de "apelar" el fallo condenatorio, en procura de un nuevo juicio, fundado en la descalificación del veredicto, precisamente por los errores graves ocurridos durante el juicio o reflejados en el veredicto, sólo le corresponde a quien es declarado culpable y, por tanto, en riesgo máximo de asumir una consecuencia jurídico-penal, único que, además, puede generar una nueva (doble) persecución penal. Sin duda, el recurso contra el fallo de culpabilidad resulta concebido, en

[289] Green v. U.S., 1957, U.S. vol. 355, ps. 184 y ss. ("... es uno de los principios elementales de nuestro Derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación aun cuando la absolución pueda aparecer como errónea"); North Carolina v. Pearce, 1969, U.S. vol. 395, ps. 711 y ss.; Smalis v. Pennsylvania, 1986, U.S. vol. 476, ps. 140 y ss. Cf. CARRIÓ, A. D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, cap. III, 3.1, p. 62.

En algún Estado federado se conoce una variación de esta concepción: existen tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes que llevan a cabo y sentencian el juicio en primera instancia, que puede ser seguido, sólo por recurso del condenado, por un juicio ante el jurado, al que que únicamente él tiene derecho, recurso que no puede ser utilizado por el fiscal, según lo ha aclarado convenientemente la jurisprudencia suprema en los EE.UU. (Ludwig v. Massachusetts, 1976, U.S. vol. 427, ps. 618 y ss.).

este sistema, como una garantía procesal[290]. El fiscal, en cambio, como el imputado, cuando ha existido una declaración de culpabilidad firme, puede recurrir la consecuencia jurídico-penal determinada en un procedimiento posterior al veredicto, regularmente en una audiencia para la determinación de la pena (sistema de "cesura" entre el debate sobre la culpabilidad y el debate sobre la pena[291]) y su decisión (sentencia penal).

III. Ésta es, a mi juicio, la solución correcta del problema planteado, desde varios puntos de vista (§ 6, H). En primer lugar, el principio *ne bis in idem*, correctamente interpretado por su solución más estricta para la persecución penal, debería conducir, por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia, pueda evitar la decisión del tribunal de juicio mediante un recurso contra ella, que provoca una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, con lo cual somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y, eventualmente, a un nuevo juicio.

Pero, además, a esa conclusión se debe arribar en conjunción con el sistema de garantías procesales previsto por nuestra Constitución nacional para quien soporta una persecución penal. Si se repara en que el juicio público ante un tribunal que, como mínimo, se debe integrar con la participación de ciudadanos, es una de esas garantías (CN, 24)[292], y, más allá de ello, en que con la incorporación del PIDCyP, 14, nº 5, y de la CADH, 8, nº 2, *h*, al texto de la Constitución nacional (CN, 75, inc. 22) el recurso contra la condena se ha transformado también en una garantía procesal (§ 6, H) para el condenado por un tribunal de juicio, no parece existir otra forma de interpretar estas garantías[293], al menos desde el punto de vista práctico y político. Repárese en que, si se permite al ministerio público buscar renovadamente la condena con un recurso, al menos ello conduce, necesariamente, a que, si la consigue en última instancia o en un nuevo

[290] Idéntica concepción en el Derecho inglés: cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 73, III, 4, ps. 478 y siguiente.

[291] U.S. v. DiFrancesco, 1980, U.S. vol. 449, ps. 117 y ss.; Pennsylvania v. Goldhammer, 1985, U.S. vol. 474, ps. 28 y siguientes.

[292] NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, §§ 48 y 49, ps. 451 y s., y 476, respectivamente.

[293] El "derecho al recurso" contra la condena de los tribunales de juicio, en procura, incluso, de un nuevo juicio, consiste, básicamente, en someter a la condena penal y a su consecuencia jurídica a la prueba matemática de la "doble conforme", según lo ha explicado con acierto FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 1, p. 17.

juicio, todavía se debe ofrecer al condenado —por primera vez o por primera vez respecto de esa condena— un recurso para atacarla ante un tribunal superior. Se advertirá que ello resulta prácticamente imposible desde el punto de vista de la organización judicial y que la solución conduce, en verdad, a un infinito recursivo y procesal, pues siempre es posible pensar en el sistema de recurso "bilateral", que el acusador logrará la condena ansiada ante el último tribunal y contra ella todavía resulta necesario garantizar un recurso al imputado a quien esa condena afecta. Con alguna perspicacia, se advertirá también, más allá de ello, cómo queda a la vista la múltiple persecución penal provocada por el Estado, el sometimiento múltiple al riesgo de una consecuencia jurídico-penal. El único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente, pues el riesgo múltiple queda eliminado si, además, la segunda sentencia de condena eventual no puede superar la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*[294]).

Hemos advertido varias veces acerca de la utilización de las garantías "en contra del imputado" que realizan a diario nuestros tribunales de justicia. En buena medida este riesgo de interpretación desviada se produce por la posibilidad del recurso del acusador, que logra la anulación de una sentencia favorable al imputado o consentida por él, sobre la base de las mismas garantías que lo amparan.

Ese riesgo se eleva aún más cuando se sostiene que el acusador está amparado por estas garantías. Precisamente, el hecho de que esas garantías sólo estén previstas en razón de quien sufre la persecución penal —al menos ello es claro para la garantía del recurso contra la condena— autoriza a extender la interpretación arriba indicada al mismo acusador privado, quien también carecerá de recurso contra la sentencia: su única oportunidad de arribar a una condena contra el imputado es el juicio público originario.

Tampoco puede existir duda en afirmar que nuestro sistema constitucional de enjuiciamiento penal deriva, al menos parcialmente, de la comprensión que, al respecto, ofrecen las instituciones jurídicas de principio de los EE.UU. (juicio por jurados).

IV. En el § 6, H, hemos propuesto, para compaginar adecuadamente todas estas reglas de principio, sintéticamente:

a) considerar suficiente, para cumplir la garantía de conceder un recurso al condenado por los tribunales de juicio, a nuestro recurso de casación, básicamente idéntico al "derecho de apelación" para el condenado del Derecho estadounidense, si se lo reforma adecuadamente;

294 Cf. AYÁN, *Recursos en materia penal*, cap. V, 12, ps. 166 y ss. (ver § 6, D, 4, *a*).

b) estas reformas deben tender, en primer lugar, a garantizar el acceso al recurso sin trabas formales excesivas para su procedencia, que pueden ser superadas mediante el auxilio judicial para el recurso interpuesto tempestivamente[295];

c) corresponde también, en segundo lugar, ampliar el objeto del recurso por admisión de motivos que no son tradicionales para él en nuestra legislación: incorporación de todos los motivos del recurso de revisión, posibilidad de demostrar que, por acción o por omisión, la sentencia contiene un grueso error de apreciación de los hechos (*iudicium rescindens*[296]);

d) ello implica aceptar, además, que el procedimiento en casación admite la incorporación de prueba pertinente a la verificación del motivo, algo que ya pertenece al recurso, bien interpretado[297];

[295] Hasta aquí me acompaña la decisión de la Comisión IDH, Informe 24/92, sobre varios casos tratados con relación a la legislación costarricense, básicamente idéntica a la nuestra: "el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de la defensa y el debido proceso". La Corte IDH, sin embargo, reclamada por una opinión consultiva del gobierno de Costa Rica, con el texto de un proyecto de ley que pretendía cumplir con la exigencia impuesta por la Comisión, no resolvió el tema, precisamente porque formaba parte de casos litigiosos pendientes en los que, eventualmente, debía intervenir (OC-12/91 del 6/12/1991), ni resolverá más esos casos, pues el proyecto costarricense, que deroga toda limitación al recurso de casación del imputado contra la condena penal y estatuye un tribunal de casación para condenas de menor importancia, se convirtió en ley y cumplió la exigencia de la Comisión (previamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica había declarado inconstitucional esas limitaciones *erga omnes*).

Nos acompaña también, actualmente, nuestra Corte Suprema nacional, en "Giroldi, David y otro s/recurso de casación —Causa 32/93— (recurso de hecho)", caso C.342, XXVI, sentencia del 7/4/1995, que atendió a esa jurisprudencia internacional y, en consecuencia, aclaró la contrariedad constitucional de las llamadas "limitaciones objetivas" —por la gravedad del agravio— a la facultad del imputado de recurrir las sentencias condenatorias por la vía de la casación, considerada adecuada para cubrir la garantía.

[296] Con ello, el recurso de casación se aproximaría a la "apelación" del Derecho anglo-sajón —también a la casación española— en tanto, si bien trata fundamentalmente motivos jurídicos —especialmente pone en crisis la conducta del tribunal durante el procedimiento y en la obtención del veredicto frente a las reglas del procedimiento—, contiene también la posibilidad de demostrar que el veredicto contiene gruesas fallas que lo alejan de la realidad del acontecimiento juzgado. Para acceder a este pensamiento, que, sin duda, altera el sistema tradicional de concebir la casación, es útil pensar en nuestro sistema actual, en especial en el recurso de revisión, que, precisamente, pretende atender estos casos una vez que la sentencia quedó firme: no existe argumento racional alguno que impida anticiparlo, mediante la inclusión de sus motivos en la casación, pues, si algunos de esos motivos son verificables (*iudicium rescindens*) nada justifica postergar su tratamiento para después de que la sentencia quede firme.

[297] Cf. DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 34, p. 126; hoy, nuevamente y más extenso, en *La casación penal*, nº 18, ps. 69 y ss.; y MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, p. 282, § 337, p. 287, y § 351, p. 297, donde se halla la bibliografía alemana al respecto, toda coincidente con el principio enunciado.

e) ello implica también comprender que el sentido del recurso, salvo absolución directa por el tribunal de casación en los casos de excepción en que ello resulta permitido (casación material que conduce a la absolución), consiste en el derecho del condenado a tornar plausible el error del juicio o la sentencia —prueba ahora a su cargo[298]— para intentar lograr un nuevo juicio sin fallas;

f) por último, el acusador no estará facultado a intentar recursos contra la sentencia absolutoria o de condena, circunstancia que permitirá reducir los casos que arriban a los tribunales de casación *racionalmente* —sin utilizar el recurso odioso (jurídicamente apreciado) de la limitación de la impugnación de condenas por parte del imputado— y la condena originaria será, incluso, el límite máximo de la consecuencia jurídica que se puede establecer en un nuevo juicio y una nueva condena (prohibición de la *reformatio in peius*), provocados sólo por recurso del condenado o de su defensor.

V. La respuesta a la pregunta inicial es, a mi juicio, clara. La concepción del recurso del imputado contra la condena como una de las garantías procesales en su persecución penal, según lo proponen las convenciones internacionales sobre derechos humanos, es incompatible con la concesión al acusador de un recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio —sistema "bilateral" de recursos—; al menos en algún momento es preciso romper esa cadena de "bilateralidad", para conceder un recurso único al condenado contra la sentencia condenatoria. Lo es, además, jurídicamente, porque implica la renovación de la persecución penal fracasada, esto es, en estricto sentido, someter al imputado —absuelto o condenado a una consecuencia jurídica menor a la pretendida— a un nuevo (doble) riesgo en relación a la aplicación de la ley penal. Debido a ello, el recurso acusato-

[298] Frente a la sentencia y a su presunción de acierto, no rige más aquí, en relación a la verificación de los motivos del recurso para rescindir el fallo, el *in dubio pro reo*. Antes bien, es el imputado recurrente o aquel que recurre en su nombre, quien debe tornar plausible el motivo: se trata de proporcionar un juicio de probabilidad suficiente acerca de que, precisamente por la realidad del motivo, la concesión de un nuevo juicio variaría la decisión, al menos el fallo de culpabilidad y punibilidad —excluida quizás la determinación concreta de la pena—, de modo favorable para el imputado. Ciertamente, ésta es tarea del recurrente. Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 55, C, II, ps. 407 y s.: "serias dudas sobre la corrección de la sentencia en relación a los hechos determinados". Por supuesto, el *in dubio pro reo* renace si el *iudicium rescindens* consigue su propósito, esto es, ya no en relación al motivo que precipita la duda sobre la corrección de la sentencia, sino al hecho, objeto material del procedimiento, razón por la cual él permanece en el fondo de la apreciación, como principio de referencia; por ej., si se logra demostrar que el juicio prescindió de una información esencial, un testimonio, conocido después del debate, o que uno de los testigos que determinan la condena cometió falso testimonio, enseguida se preguntará acerca de si la inclusión del elemento omitido o la exclusión del aceptado y decisivo para la solución pueden crear la hipótesis de falta de certeza que habilita la absolución.

rio contra la sentencia de los tribunales de juicio representa un *bis in idem* y nuestra legislación, que lo autoriza, constituye una lesión al principio del Estado de Derecho que prohíbe la persecución penal múltiple[299]. Este principio, como cualquiera que emerja del Estado de Derecho, no depende, para su observancia y respeto, de argumentos formales relativos, por ejemplo, a la conclusión procesal del procedimiento o al momento en que la sentencia adquiere calidad de cosa juzgada; antes bien, es dependiente de argumentos materiales que cierren la puerta a un segundo intento estatal de lograr una condena determinada: cuando el Estado, por intermedio de sus órganos de persecución penal, conduce a una persona a soportar un juicio público sobre la imputación que le dirige frente al tribunal competente para juzgarla, ésa es la única oportunidad que tiene para lograr la autorización que permite someter a esa persona a una consecuencia jurídico-penal (el único título que justifica la aplicación de una pena o de una medida de seguridad y corrección penal) y carece de otra oportunidad, que siempre implica una renovación de la persecución, un nuevo riesgo de condena. Precisamente, lo que la prohibición de perseguir más de una vez significa no se agota en impedir dos o más condenas contra una persona para un solo hecho punible, sino, además, se extiende a la necesidad de evitar que una persona sufra, por un mismo hecho punible, más de una persecución penal, más de un riesgo de ser condenado[300]. El principio prefiere hasta la burla del transgresor, que, por ejemplo, confiesa públicamente su crimen con posterioridad a su absolución, al riesgo de un ejercicio excesivo y arbitrario —para él— del poder penal estatal, en homenaje a la seguridad jurídica de las personas.

[299] Cuando critiqué la legislación alemana, que autoriza el recurso de revisión del ministerio público en perjuicio del absuelto o condenado (*Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten*) no sospeché nunca que los argumentos que esgrimía eran extensibles a cualquier recurso contra la sentencia.

Repárese en que nuestra legislación procesal más moderna, a saber, los nuevos códigos de Córdoba y Tucumán, insisten con el sistema "bilateral" del recurso contra la sentencia y en que los autores que han tratado el tema del "derecho al recurso del condenado" afirman esta necesidad como reclamo de justicia (cf. SAGÜÉS, *La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, III, p. 160) no advierten el problema o dudan frente a él [BIDART CAMPOS, *La doble instancia en el proceso penal (la Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, nº 7, p. 879].

[300] Cf. NÚÑEZ, *Non bis in idem*, §§ 3 y 4, ps. 314 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 181, p. 248; DE LA RÚA, *Non bis in idem*, II, 3, ps. 309 y ss.; ver E, 1, II.

5. Reincidencia y múltiple persecución

Según sabemos, el principio que limita a una única oportunidad la persecución penal de una persona, a raíz de un hecho punible, extiende su eficacia al fallo sobre la culpabilidad y a la misma reacción penal —pena o medida de seguridad—, de modo tal que "nadie puede ser penado más de una vez por el mismo hecho"[301]. Sin embargo, el problema no termina con esta conclusión obvia, sino que, antes bien, comienza allí. Se trata ahora de saber si es posible que la recaída en el delito (*reincidencia*) se pueda computar como una agravante, esto es, si quien delinque después de haber sido condenado por una sentencia firme (*reincidencia ficta*) o de haber sufrido una pena (*reincidencia verdadera* o *real*), puede ser sancionado más severamente o sufrir una pena agravada respecto de la ordinaria, cuando es condenado por un delito posterior a la condena o a la pena sufrida. La posición que veda esa posibilidad, despojada de los argumentos de Derecho penal material que se refieren tanto al punto de partida para la comprensión del Derecho penal (Derecho penal de acto o de autor-principio de culpabilidad), como al fin de la pena (prevención general y especial), acude también al principio *ne bis in idem* para explicar la agravación de pena por reincidencia como una inobservancia de su contenido fundamental: el *plus* penal deriva de tomar en cuenta nuevamente el delito ya juzgado o penado y así agregarle al delito posterior una pena superior, sólo en virtud del delito anterior.

El efecto penal de la reincidencia en el CP, 50 y ss., ha quedado totalmente atenuado después de la reforma de la ley nº 23.057, al punto de que, según mi opinión, se prepara su abolición total. Del criterio original, que adoptaba el sistema de la *reincidencia ficta*, que definía al reincidente como aquél que delinquía después de haber sido condenado, por sentencia firme, a pena privativa de libertad, se pasó al sistema de la *reincidencia verdadera o real*, que exige el cumplimiento, total o parcial, de una pena privativa de libertad; la agravación por reincidencia de los delitos posteriores (CP, 51) quedó suprimida. Sólo resta, así, la medida accesoria del CP, 52 (reclusión por tiempo indeterminado), para los multirreincidentes —hoy prácticamente abolida por la variación al sistema de la reincidencia verdadera o real— y el efecto accesorio del CP, 14, que prohíbe otorgar la libertad condicional (remisión parcial y condicionada de la pena privativa de libertad) a los reincidentes.

El debate sobre el punto ha sido reabierto, entre nosotros, por dos sentencias (CCC, Sala VI, "Varela, L. R., s/libertad condicional", 27/12/1985; CCC, Sala II, "Reyes Medina, M. s/libertad condicional",

301 *Ley Fundamental*, República Federal de Alemania, art. 103, III.

3/6/1986), que se refieren, precisamente, al único efecto práctico que conserva la reincidencia en nuestro CP: la prohibición de conceder la libertad condicional a los reincidentes (CP, 14). Sin embargo, una más que escasa y veloz investigación del punto demuestra que el problema no es de planteo reciente; al contrario, su historia proviene, al menos, del siglo XIX; ya entonces, al lado de otros argumentos de Derecho penal material, se sostenía su colisión con el principio *ne bis in idem*[302].

La primera sentencia citada, especialmente en el voto del juez ZAFFARONI, rechaza la vigencia del art. 14, CP, que prohíbe la concesión de la libertad condicional a reincidentes, precisamente porque, al significar esa imposibilidad absoluta una agravación de la pena del hecho punible cometido posteriormente o, si se quiere, de la ejecución de la pena que por él se merece, deja de lado un principio constitucional básico del orden jurídico penal, el *ne bis in idem*, en tanto toma en cuenta nuevamente el delito ya juzgado.

La segunda sentencia contesta a ese argumento histórico, en verdad, con un único argumento, escasamente fundado: la libertad anticipada (CP, 13) es un *beneficio* para el reo, que se puede conceder, pero que, de la misma manera, puede ser negada, según las circunstancias, y la reincidencia funciona, en el caso, como

[302] Entre nosotros, ya Carlos TEJEDOR, *Curso de Derecho criminal*, 2ª ed., nº 150, p. 102, advertía sobre el cuestionamiento de la agravación por la reincidencia, en virtud del principio básico *ne bis in idem*; CARRARA, *El estado de la doctrina sobre la reincidencia*, en *Opúsculos*, vol. II, XIV, p. 97, señala la opinión de CARMIGNANI, entre otros, que "consideran injusto el aumento de pena al reo *reincidente*, por la simple consideración de que, ya habiendo saldado éste su primera deuda con la sociedad, sería injusto regresar sobre esa partida, ya saldada por él, *haciéndolo por dos veces responsable de un mismo delito*" (último destacado nuestro); LATAGLIATA, *Contribución al estudio de la reincidencia*, cap. I, 3, ps. 29, 32 y ss., en especial, nota nº 36, p. 34, donde cita también a CARMIGNANI; CARMIGNANI, *Teoría delle leggi della sicurezza sociale*, t. III, ps. 231 y ss. ("Esta razón política [se refiere al agravamiento de la pena para quien reincide] tiene en contra suyo una razón de justicia, porque ella tiende a despreciar el principio, el cual prescribe, que expiada la pena no se puede, ni directa ni indirectamente, tomar en cuenta el delito por el cual fue impuesta"); ambos dan cuenta del mismo problema en Alemania, a través de GESTERDING (*Der Rückfall*), citado también por PESSINA (*Elementos de Derecho penal*, 2ª ed., p. 530): "si en la repetición de éste [del delito] se recuerda el primer hecho para agravar la pena, el delito ya castigado sería penado una segunda vez, y el Estado evocaría una pretensión ya satisfecha y extinguida con el pago", y en Francia, a través de CARNOT (*Comentaire sur le Code penal*, art. 56, nº 2, t. 1, p. 162); cf. también, DELL' ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, ps. 19 y ss., con bibliografía extensa y antigua; PRUGLIA, *Della recidiva*, II, § 2, ps. 707 y ss.; PESSINA, *Elementi di diritto penale*, § 141 y ss., ps. 357 y ss., que sintetiza muy bien las opiniones del siglo XIX, y cuando ubica a la reincidencia históricamente (§ 140, ps. 356 y ss.), permite conjeturar que el problema ya se insinuaba en la doctrina de los prácticos italianos, específicamente en Julio CLARO, quien ya entonces se defendía exponiendo que los dos hurtos anteriores no debían computarse como nuevo castigo de ellos, sino como circunstancia agravante del tercero (hablando del problema de la pena de horca de los *fures famosi*: ladrones que llegaban a tercer hurto).

condición resolutoria de la posibilidad de concederlo. Esta sentencia, sin embargo, desconoce tanto la antigüedad del planteo como su seriedad, y parece no haber meditado suficientemente sobre la garantía de seguridad individual que representa el *ne bis in idem*; con la pequeña excepción del argumento que hemos traducido, dedica casi todo su texto a señalar, encendidamente y como expresión política de los jueces que la votan, el peligro para la protección de la sociedad, la alteración de la paz interior y la aceleración de los factores criminógenos que significan las tendencias "despenalizadoras" o los actos de supuesta liberalidad para con el delincuente, incluso de orden legislativo, empleando un lenguaje que creíamos superado y que recuerda a la --entre nosotros— célebre doctrina política de la "seguridad nacional".

En verdad, es más sencillo demostrar normativamente que la agravación de pena por reincidencia lesiona el principio *ne bis in idem*, que probar, empíricamente, que la exclusión de los efectos jurídicos de la reincidencia —en especial la imposibilidad de conceder la libertad anticipada— provoque la ruptura de la paz interior y signifique un factor criminógeno, según corresponde a los principales argumentos que utilizan ambas sentencias.

Una sentencia posterior puso, para ese momento, un final a la discusión de los tribunales porteños al descartar, como la última sentencia citada, la posibilidad de una violación del principio *ne bis in idem* a través de la agravación de la pena —o de la forma de su cumplimiento— por la reincidencia[303]. También aquí es el juez ZAFFARONI el que encabeza la postura minoritaria con, entre otras, estas palabras: "... toda consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado en sentencia firme. No tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación o del cumplimiento de la pena, porque, en definitiva, cualquier matiz de estos obedece al hecho básico de un primer delito, sin el cual no pueden concebirse... Cualquier rigor que en la pena del segundo delito no corresponda a ese delito, no es más que una consecuencia del primer delito que ya fue juzgado".

La solución del problema no es sencilla. Hay que reconocer que el argumento de la lesión al *ne bis in idem* no carece de sentido, pues agravar la pena que corresponde a un delito, tomando en consideración la condena por un hecho punible anterior e, incluso, la pena ya cumplida por quien lo perpetró, parece significar, aun indirectamente, reprimir de nuevo un hecho ya juzgado. La teoría, si se es consecuente, no sólo alcanza a las penas específicamente agravadas por disposición legal, sino que también debería operar dentro de la medición de la pena, aun de la no agravada, en el sentido de que, para individualizar la pena concreta conveniente al caso, no se podría utilizar el pasado delictivo del autor[304]. El único patrón de medida de la

[303] CCC en pleno. "Guzmán, Miguel A.", Pl. nº 39 *bis*, 8/8/1989.

[304] Cf. en este mismo sentido, MAGARIÑOS, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*. V, ps. 80 y siguiente.

pena sería, entonces, el grado de la culpabilidad por el hecho concretamente juzgado. Se observa, así, cómo, desde otro punto de vista, la cuestión se presenta según la antigua disputa entre *Derecho penal de acto* y *Derecho penal de autor* (culpabilidad por el hecho o culpabilidad de carácter).

El problema no se soluciona, como lo pretende CARRARA[305], indicando que se trata de un aumento de pena (agravación del delito posterior) y no de un aumento de imputación, pues en este segundo caso se volvería a tomar en cuenta un delito ya juzgado. En realidad, esto sólo representa un juego de palabras porque el principio que estudiamos considera ilegítimo tanto culpar de nuevo a una misma persona por un hecho ya juzgado, cuanto imponerle de nuevo una pena. Empero, el insigne maestro nos ha conducido, quizás, a una solución aceptable, señalándonos, antes bien que la solución misma, el camino para encontrarla.

Sin arriesgar una solución definitiva, porque tamaño problema merece una meditación más profunda y una dedicación monográfica, paréceme que la anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del *ne bis in idem*, suena tanto a una exageración, conforme al buen sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico[306]. En realidad, aquello que se toma en cuenta para que esta agravante genérica incida sobre la escala penal o tan solo sobre la forma de cumplir la pena, no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho —que "etiqueta" al autor— de la condena o la pena sufrida. El hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar, ni se pena nuevamente, sino que la condena o la pena sufrida determina una clase especial de autores, igual a la que establecemos cuando decimos "funcionarios públicos", "militares", "jueces", etc., y agravamos, por esa calidad, la pena de algún delito (por ej., CP, 144 *bis*, inc. 1). Dogmáticamente, se trataría, así, de uno de los llamados *delitos especiales impropios*, porque la calidad de autor no funda la prohibición penal, sino que sólo la agrava. La agravación por reincidencia no sería más que una agravante para autores o partícipes especiales, en los delitos para los cuales procede, que sólo

[305] *Ibidem* nota nº 302: Pena verificada como insuficiente para ese autor, lo que aunque al gran maestro le incomode, significa tomar en cuenta, como fin de la pena, argumentos de prevención especial.

[306] En sentido similar, *Fallos CSN*, t. 248, p. 232.

por comodidad el legislador ha expresado de manera genérica; de la misma manera podría haberla expresado en cada uno de los tipos básicos que comprende[307].

Pero en esta solución, si es correcta, va involucrada también la crítica, aunque ya no según el punto de vista que ahora discutimos. El lugar preciso para la crítica de la reincidencia es el *principio de culpabilidad*, comprendido como responsabilidad por lo hecho, propio del Derecho penal material, entendido como Derecho penal de acto. Se nota claramente, según la tesis sostenida, que no se reprime más gravemente porque se ha perpetrado una infracción más grave, o por un conocimiento superior sobre la antijuridicidad del hecho (mayor reproche como consecuencia de una mayor intensidad delictiva), sino únicamente porque se responde a un autor específico, a alguien que de antemano se "etiqueta" genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado discrimina a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, y lo trata de manera diferente al resto de las personas, al colgarle la etiqueta de delincuente. La racionalidad de esta estructura no corresponde que sea discutida aquí; sin embargo, permítaseme confesar que siempre he creído en un Derecho penal de acto y me parece injusto, según lo explicado, fundar un Derecho de autor, del cual los efectos de la reincidencia resultan un ejemplo claro[308].

[307] Fue Alberto M. Binder, colaborador, colega y auxiliar docente del Departamento de Derecho Penal (Facultad de Derecho, UBA), quien sugirió la explicación aquí desarrollada.

[308] Una tercera sentencia de la CCC, Sala V, "Gersternborn, D. E.", 8/4/1986, voto de la mayoría, ubica bien el problema —siguiendo a Lataglíata, *Contribución al estudio de la reincidencia*—, dentro del reproche de culpabilidad, pero extrae consecuencias incorrectas. Para ella, el juicio múltiple sobre un mismo hecho y una misma persona, que implica el principio *ne bis in idem*, se debe producir a nivel de la estructura típica de la acción o la omisión, sin interesar una nueva valoración del mismo hecho ya juzgado, que motivó la aplicación de una pena anterior para agravar el reproche de culpabilidad o, simplemente, la pena de otro delito posterior. La opinión admite, así, en el caso, la posibilidad de un juzgamiento múltiple, pero no le interesa, en tanto sólo afecta la culpabilidad o la pena. Además de que esta afirmación carece de fundamento racional que la apoye, la opinión no advierte que ha variado radicalmente el juicio de culpabilidad: del reproche por lo que el autor ha hecho al reproche de la personalidad del autor, aspecto que constituye el núcleo problemático verdadero de todo cuestionamiento sobre la reincidencia.

El voto en minoría de esta sentencia —de idéntica solución a la de sus colegas: constitucionalidad de la restricción para otorgar la libertad condicional a los reincidentes

Conforme a lo aclarado, las opiniones judiciales citadas no me convencen. Unas resuelven la cuestión fuera de su ámbito específico: acuden a una teoría seria, pero exagerada en su aplicación al caso, en lugar de discutir el efecto pernicioso que provoca la reincidencia con un desarrollo relativo al Derecho penal de acto. Otras son todavía más deficientes, no sólo porque representan una expresión política infundamentada acerca del poder penal del Estado (a pesar de que critican el uso de este tipo de argumentos por los jueces), sino, antes bien, porque su único argumento reside en una solución meramente semántica: llaman "beneficio" a lo que, de todos modos, es una forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad, y de allí extraen la consecuencia de que ese "beneficio" se puede negar a voluntad (¿de quién?), según las circunstancias del caso sin tomar a su cargo el hecho de que el CP, 14, rechaza *de manera absoluta* este "beneficio" para una clase especial de personas —los reincidentes— a quienes no discriminan en virtud del hecho por el cual sufren la pena, sino, tan solo, por haber delinquido anteriormente. Ciertas preguntas subsisten: ¿es racional negar este "beneficio" a quien, después de haber sido condenado y sufrido pena por un delito grave (homicidio), comete un delito más leve (un hurtillo) o un delito culposo, con demostración empírica de que progresó relativamente, en su acatamiento a las normas jurídicas?

La CSJN pretendió dar un fundamento a la agravación penal por la reincidencia y, en consecuencia, aportar un intento de solución al problema de la validez de la agravación por reincidencia: concluyó que el art. 14, CP, no vulnera el principio del *ne bis in idem* ni la garantía constitucional de la igualdad (CN, 16)[309]. En ese precedente, la Corte fundó su decisión sobre la base de considerar que el hecho de la *reincidencia real* "pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito"[310].

No deseo, en este contexto, ingresar a la discusión acerca del alcance o significado del *principio de culpabilidad*, que yo entiendo en el sentido de *culpabilidad por el hecho* emprendido, pues tampoco deseo tornar dependiente de este concep-

(CP, 14) – funda el dispositivo en lo exagerado del planteo —colisión del CP, 14, con el principio *ne bis in idem*—, para lo cual afirma la *presunción de validez* de las leyes sancionadas y promulgadas por las autoridades competentes, mientras no se opongan abiertamente a una regla constitucional, conforme a la doctrina conocida de nuestra Corte Suprema.

309 *Fallos CSN*, t. 311, p. 1451.

310 *Ibidem*, considerando 7º; en igual sentido, cf. García, *Reincidencia y punibilidad. Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, ps. 126 y siguientes.

to el problema de la validez o invalidez de la agravación por reincidencia, "para no caer en sutilezas..."[311]. Se trata, en verdad, de conocer cuál es el objeto legítimo sobre el cual se funda el juicio de culpabilidad (objeto legítimo del reproche) y, en este sentido, la CN, 19 (*principio de reserva*), sólo permite reprochar ciertas acciones o la omisión de una acción, esto es, comportamientos, y tan solo cierta clase de comportamientos[312]. Éste es el concepto de *Derecho penal de acto* que gobierna el merecimiento de una pena en un Estado de Derecho y en nuestra propia Constitución. Dado que este principio, cuya raíz constitucional me parece indiscutible[313], prohíbe al Estado sancionar penalmente a un individuo por la conducción de su vida (llamada culpabilidad de autor), por sus creencias o por sus características personales, toda agravación de la pena fundada en esa clase de circunstancias resulta claramente ilegítima. Los efectos de la reincidencia representan, entonces, un ejemplo de Derecho penal de autor.

Respecto de la cuestión discutida —la negación del "beneficio" de la libertad condicional— valdría la pena preguntarse: ¿qué se pensaría si se negara ese beneficio a los negros o a los blancos, a los hombres o a las mujeres, a los ricos o a los probres, a los extranjeros, a los que profesan un culto determinado, a los obreros, a los estudiantes, etcétera?

Y esta pregunta plantea, quizá, el problema general de la agravación de la pena por circunstancias personales con mayor vigor. Se trata de saber qué circunstancias personales son racionalmente admisibles para agravar la pena, conforme al principio que emana de la necesidad de un Derecho penal de acto. En este sentido, se admite sin demasiada discusión que la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge agrava el homicidio (CP, 80, inc. 1) y hasta que la calidad de funcionario público funda la prohibición (delitos especiales propios de funcionario), inexistente para personas que no reúnan esa característica especial; pero se discutiría airadamente que se discriminara según otros parámetros (raza, religión, credo político, género, etc. [CN, 16]) y, entre ellos, precisamente, el haber sido autor reconocido por sentencia de un delito anterior, o el haber cumplido antes una pena (reincidencia: llamada culpabilidad de autor o por la elección en la conducción de la vida).

Empero, la circunstancia que resulta más violenta, en el caso, es la creación práctica de un Código penal paralelo para los reincidentes con penas o condiciones distintas para su ejecución —agravadas— respecto de los no reincidentes; éste es el lugar al cual conduce la agravación genérica por reincidencia.

311 Ver voto del juez ZAFFARONI en el fallo plenario "Guzmán", citado en el texto.

312 Quedan exentas las acciones privadas.

313 Cf., entre nosotros, MAGARIÑOS, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, ps. 77 y ss.; también, aunque de modo indirecto, SAMPAY, *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*.

Sobre las críticas al fundamento de la reincidencia por la mayor culpabilidad del autor sobre la base del principio del Derecho penal de acto, cf. HAFFKE, *Reincidencia y medición de la pena*, ps. 179 y ss.; también, y en especial, voto del juez Mario MAGARIÑOS en la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal nº 23 de la Capital Federal, *in re*: "Moya Peralta, Jaime E. s/tentativa de robo", causa nº 15, del 28/7/1994.

Este tipo de argumentación, como también la sostenida por Armin KAUFMANN[314], tiende a adecuar la agravación por la condición de reincidente con el *principio de culpabilidad*, a fundar la mayor severidad de la pena o de su ejecución en el reproche que corresponde efectuar a la decisión del autor de volver a cometer un delito —cuando ha sufrido, con anterioridad, una pena—.

F. PUBLICIDAD Y ORALIDAD DEL JUICIO PENAL

1. Ubicación del problema

Ni la jurisprudencia constitucional ni la doctrina jurídica argentina han afirmado alguna vez, como principio emanado de nuestra Constitución nacional, la necesidad de que el juicio o procedimiento, que brinda el fundamento para la sentencia penal, deba ser público y se deba desarrollar oralmente, con todas las consecuencias que ello implica. Se advirtió, sin extraer todas las consecuencias necesarias, que la publicidad emanaba de la forma republicana de gobierno (CN, 1)[315], se trabajó y luchó por establecer el juicio público y oral[316], con conocimiento cabal de todos los principios de actuación que él implica, hasta quienes lo negaron se vieron presionados, en los hechos, a reconocer la publicidad de las audiencias como una exigencia, a pesar de que el método que establecieron para el juzgamiento desvirtuaba el sentido de la máxima[317], y se observó que la legislación pro-

[314] Cf. *Teoría de las normas*, ps. 283 y s., donde sostiene que el volverse reincidente constituye un ilícito reprochable pues junto a las normas que subyacen a los tipos de la parte especial está, según la concepción de KAUFMANN, otra norma que prohíbe al autor reincidir. Entonces concluye: "Lo ilícito consiste aquí en haber adquirido un rasgo de carácter, en el acostumbramiento a ser determinado por impulsos contrarios al valor. Para evitar esto, el orden jurídico establece una norma: 'No debes dejar arraigar en tí la tendencia a cometer delitos'... Se trata entonces de dos contrariedades al deber, de la lesión de dos normas distintas" y, por lo tanto, existen "... 'dos reproches de culpabilidad', es decir, el reproche de no haber cumplido dos deberes a pesar de la capacidad de hacerlo...".

[315] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, § III, 3, p. 195; BAUMANN, *Derecho procesal penal*, cap. 2, 9, ps. 107 y ss.; NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, p. 451.

[316] El máximo luchador, Alfredo VÉLEZ MARICONDE, desde sus *Bases de un nuevo proceso penal. El proyecto de Mario Antelo*, nº 9, ps. 98 y siguientes.

[317] Obsérvese la regla del CPCrim. nacional (1889), 479, que exige que "las actuaciones de pruebas se practicarán en *audiencia pública*, salvo cuando la publicidad sea incompatible con las buenas costumbres, en cuyo caso el juez deberá declararlo así por medio de auto, y ordenar la reserva conveniente".

cesal penal entonces predominante en nuestro país —y en América Latina— estaba "fundamentalmente divorciada de los principios democráticos y liberales que consagra la Constitución nacional"[318]; pero nunca se afirmó, con claridad, que todas las reglas derivadas de la publicidad y la oralidad de los debates constituían un mandato constitucional para el legislador común, que él debía poner en práctica al disciplinar las leyes de enjuiciamiento penal respectivas[319]. Al contrario, el país toleró más de un siglo la inconsecuencia de una legislación —el CPCrim. nacional (1889)— que, bajo el pretexto ridículo de que el Congreso nacional había rechazado el proyecto que introducía el tribunal de jurados —y el enjuiciamiento penal respectivo, oral y público— (en verdad, no lo había tratado) y expresado así (¿por omisión?) su preferencia por los tribunales técnicos, integrados por jueces profesionales (juristas designados por el Estado) y permanentes[320], se permitió dar la espalda a un siglo de evolución cultural y conservar formas antiguas del enjuiciamiento penal, respecto del tipo de organización política plasmada en nuestra Constitución nacional que determinó ese desarrollo. Empero, todo no terminó en el ámbito legislativo, pues nuestros tribunales —con escasísimas excepciones[321]—, incluida nuestra Corte constitucional, acataron sin reservas esa forma de enjuiciamiento sin siquiera sospechar su divorcio con los mandatos constitucionales y, más aún, gran parte de nuestra doctrina procesal penal, quizá por imperio de aquellas circunstancias, se dedicó a defender y exponer esas formas y fundó sus afirmaciones en ellas[322].

Ya la *Declaración de derechos de Virginia* (12/6/1776), Sección 8, advierte "aun en todos los procesos criminales o de pena capital un hombre tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de su acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a aducir pruebas en su favor, y a un *juicio rápido por un jurado impar-*

[318] VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 1ª parte, cap. I, ps. 17 y siguiente.

[319] Obras recientes hacen hincapié en este aspecto. Cf. CAVALLERO-HENDLER, *Justicia y participación*, cap. III, 2, p. 45, y BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, p. 93.

[320] CPCrim. nacional (1889), *Exposición de Motivos*.

[321] Conozco el fallo del juez de sentencia Luis CEVASCO, que se refiere más a la integración del tribunal por jurados que a la forma del procedimiento, pero, indudablemente, involucra a la publicidad y oralidad como principio, pues un jurado no delibera sobre la base de un legajo de actas (caso "Antonio Rilo", Juzgado Nacional Letra "X", causa nº 1.456, del 3/9/1991, publicado en "No Hay Derecho", 1991, nº 5, ps. 14 y s.), con comentario de PASTOR, *Aciertos e hipocresías de una sentencia trascendente*.

[322] Su principal defensor: ODERIGO, *El lenguaje del proceso: Tinta versus saliva*.

cial de doce hombres de su vecindad...", cláusula que, según se verá, sólo es posible de cumplir a través de un juicio oral, público y contradictorio.

Recogiendo esa evolución las declaraciones y pactos sobre derechos humanos prescribieron: *Declaración americana sobre derechos del hombre*: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y *pública...*" (art. 6); *Declaración universal de derechos humanos*: "Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en *juicio público* en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa" (art. 11); *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (Convenio europeo): "Toda persona tiene derecho a que su *causa sea vista* equitativa *y públicamente* en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser hecha pública, pero el *acceso a la sala de audiencia* podrá ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o una parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan, o en la medida juzgada estrictamente necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia" (art. 6); *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser *oída públicamente* y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores" (art. 14, nº 1); "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... d) *A hallarse presente* en el proceso..." (art. 14, nº 3); *Convención americana sobre derechos humanos*, llamada *Pacto de San José de Costa Rica*: ver todo el art. 8 y, en especial, su nº 5: "El proceso penal debe ser *público*, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

Sólo la ceguera y la falta de imaginación de los juristas, teóricos o prácticos, y de los hombres políticos, que se dedicaron al Derecho penal, en sentido amplio, pudieron lograr que hasta casi terminado el siglo XX nuestro país conservara, para las organizaciones judiciales de mayor población (por ej., Buenos Aires y Santa Fe), por tanto, de mayor caudal de casos, un sistema de enjuiciamiento penal reñido con el Estado republicano que consagra nuestra Constitución nacional, que elige el secreto, la falta de participación del imputado en los actos del procedimiento, la imposibilidad de la asistencia del público

a las audiencias y la escritura como modo de transmisión del conocimiento válido para fundar la sentencia, en lugar de la publicidad del juicio, la intervención del imputado en él y el modo oral y directo con el que los órganos de prueba transmiten a los jueces del tribunal de fallo su información. La resistencia al cambio tuvo motivos políticos que, curiosa y lamentablemente, aún persisten, pese al notable cambio sufrido por la sociedad argentina[325].

Conviene, sin embargo, destacar cuál ha sido el foco de la resistencia al cambio y cuál el de la reacción ya operada. Como en tantas otras áreas, fue el centro político del país, la capital de la República, el que sostuvo el régimen antiguo, su Universidad y sus tribunales los que brindaron apoyo académico y sentido práctico, respondiendo totalmente a esa influencia política, pues, en sentido cultural y científico, la cuestión no resiste la menor polémica en el ámbito universal. A la provincia de Córdoba y a su Universidad les cabe el honor de haber encabezado la reacción, con su Código Procesal Penal, sancionado en el año 1939 y proyectado íntegramente en la Facultad de Derecho de su Universidad, merced al encargo de un gobierno progresista[324].

La ley nacional del 30/9/1871 (promulgada el 6/10/1871) pretendió cumplir, para la justicia federal, las cláusulas constitucionales que prevén el juicio por jurados (CN, 24, 75, inc. 12, y 118), encargando al Poder Ejecutivo nacional el nombramiento de dos personas que proyectaron los instrumentos legislativos necesarios. Los doctores Victorino DE LA PLAZA y Florentino GONZÁLEZ elevaron dos proyectos el 23/4/1873, uno dedicado a la organización de los tribunales de jurados y el otro referido al Código de procedimientos en los negocios criminales para los tribunales nacionales. Como no podía ser de otra manera, se estableció el juicio oral y público; todo lo proyectado reconocía la influencia directa de la legislación de los EE.UU. de América. Éste fue el primer intento de incorporar a nuestra legislación un modo de proceder, en materia penal, conforme a nuestra ley fundamental. Ambos proyectos fracasaron, porque el Congreso de la Nación, que los había encargado, los ignoró[325].

Hubieron, en la provincia de Córdoba, tres proyectos progresistas: MARTÍNEZ PAZ (1918), RODRÍGUEZ DE LA TORRE (1922) y ROTHE (1924), que tampoco merecieron

[323] Se puede leer el encendido discurso de Eduardo Augusto GARCÍA, *Juicio oral*, t. 1, ps. 13 y ss., y t. 2 (prólogo), ps. 11 y ss., quien pretendió, sin éxito, impulsar la reforma desde la Universidad Nacional de La Plata.

[324] Cf. en la *edición oficial* del CPP Córdoba, 1941, los mensajes del Poder Ejecutivo al designar la Comisión (19/1/1937) y al presentar el Proyecto de la Legislación provincial (15/12/1937), como así también la nota de los autores del Proyecto al Poder Ejecutivo, presentando su obra (27/11/1937).

[325] Cf. GONZÁLEZ-DE LA PLAZA, *Juicio por jurados*.

sanción legislativa, pero la base de la transformación fue el Proyecto del diputado nacional demócrata-progresista por la provincia de Santa Fe, doctor Mario ANTELO (1935), proyecto que reconocía influencia italiana y sobre cuya estructura se asienta la reforma cordobesa[326].

El esfuerzo aislado de Tomás JOFRÉ, CPP Buenos Aires y San Luis, 1915, para introducir la publicidad y oralidad del juicio penal, como opción para el imputado por delitos graves, ya había fracasado en la práctica.

El 19/1/1937, el Poder Ejecutivo de la provincia de Córdoba, que presidía el doctor Amadeo SABATTINI, encargó a tres profesores universitarios la redacción de un proyecto de CPP. Únicamente dos de ellos trabajaron, los doctores Sebastián SOLER y Alfredo VÉLEZ MARICONDE (el doctor PEÑA se excusó), y presentaron su proyecto el 27/11/1937, en el cual colaboró parcialmente el —también profesor de la Universidad cordobesa— doctor Ricardo C. Núñez. La legislatura cordobesa, después de estudiarlo y debatirlo íntegramente, sancionó, el 22/8/1939, el CPP Córdoba, promulgado el 28/8/1939 por el mismo gobierno (ley nº 3.831) y vigente en esa provincia desde el 28/2/1940. Por primera vez en la República Argentina se realizaban prácticamente las virtudes del enjuiciamiento penal republicano: publicidad del juicio, oralidad e inmediación, libre convicción en la valoración probatoria[327].

La legislación cordobesa se expandió rápidamente por varias provincias. Santiago del Estero (1941), San Luis (1947), La Rioja (1950), Jujuy (1950), Mendoza (1950), Catamarca (1959), Salta (1961), San Juan (1961 no entró en vigencia), La Pampa (1964), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971) y Chaco (1971). Su expansión nacional culminó, prácticamente, en 1972, coincidiendo con su reemplazo, en la provincia que lo prohijó, por otro código, prácticamente idéntico, que sólo recogía las escasas reformas aconsejadas por la experiencia de treinta años de práctica, proyecto del mismo Alfredo VÉLEZ MARICONDE. El CPP Córdoba fue la base indiscutida de todos los proyectos nacionales que se sucedieron, de los cuales el más logrado fue el que elaboró el propio doctor Alfredo VÉLEZ MARICONDE, por encargo del Poder Ejecutivo nacional, en el año 1960. La tendencia reformista se reavivó con la recuperación de las instituciones democráticas en 1983. Las provincias del Neuquén, Río Negro y Chubut sancionaron nuevos códigos procesales penales, y, por último, el Congreso de la Nación, sancionó el 21/8/1991 la ley nº 23.984 (promulgada por el Poder Ejecutivo el 4/9/1991) que tomó como base el modelo del CPP Córdoba (1939-1970), e introdujo, finalmente, la oralidad y la publicidad en el proceso penal federal. El Congreso nacional dejó de lado el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo en 1987, que recibía los principios fundamentales del modelo cordobés, más la experiencia de medio siglo en su funcionamiento y las tendencias modernas del Derecho procesal penal comparado. Paradójicamente, la Nación se decide por el modelo originario de Córdoba, justo en el momento en que él comienza a ser abandonado[328]; nuevamente, aunque respecto de banderas

326 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Bases de un nuevo proceso penal. El proyecto de Mario Antelo.*

327 Cf. FINZI, *Código de procedimiento penal de la provincia de Córdoba*, "Prefacio", ps. XIV y siguientes.

328 Cf. GUARIGLIA, *¿De qué reforma me hablan?* y PASTOR, *Código Levene: ¿Nacerá viejo y caduco?*

distintas, es la provincia de Córdoba, ahora con la compañía de la provincia de Tucumán, la que inicia el camino de reforma en la legislación procesal, y la ciudad de Buenos Aires lá que se pone a la cabeza del conservadorismo[329].

El prestigio del CPP Córdoba (1939-1970) traspasó nuestras fronteras, pues fue ungido como el modelo para la transformación latinoamericana por uno de los más grandes eruditos de lengua hispana, el profesor Nicetо Alcalá Zamora y Castillo, y, conforme a ello, rigió la transformación judicial, en materia penal, de la República de Costa Rica (1975)[330]. Él influye ahora la transformación de la administración de justicia penal en varias de las repúblicas centroamericanas, con las modificaciones racionales que le impone la política criminal de la actualidad (CPP Guatemala y Pr. CPP El Salvador). Existe un CPP modelo para Iberoamérica[331], similar al Proyecto argentino de 1986, que el Congreso nacional no sancionó.

Publicidad y *oralidad* representan banderas que presiden la transformación del procedimiento inquisitivo durante el siglo XIX en Europa continental[332]. Esas banderas resumían el proyecto político del *Iluminismo* en materia procesal penal y presidían, junto a otras —supresión de los métodos crueles para la investigación de la verdad, convicción íntima para valorar las pruebas, libertad de defensa, colaboración popular en la administración de justicia—, emanadas de la afirmación del respeto a la dignidad humana, la reacción contra la *Inquisición*[333].

[329] Sobre la reforma procesal en la provincia de Córdoba, cf. Rodríguez, *Detrás de la oralidad*, y Cafferata Nores, *Introducción al nuevo Código procesal penal de la provincia de Córdoba*. El gobierno de la provincia de Mendoza ha enviado a la legislatura un proyecto de CPP que recepta las tendencias modernas del Derecho procesal penal (investigación a cargo del ministerio público, participación de la víctima, control judicial de la ejecución penal, etc.). En el mismo camino reformista se ubica el Anteproyecto de CPP de la prov. de Santa Fe. Cf. *Debates sobre el Proyecto de Código procesal penal*.

[330] V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Bogotá, junio de 1970), según la palabra del ilustre procesalista español, el mejor de América y uno de los mejores del mundo, refiriéndose al código cordobés (cf. de la Rúa, *El proceso penal en la obra de Alfredo Vélez Mariconde*, § 12, 2, ps. 190 y s.). Cf. también Maier, *La reforma del procedimiento penal en Costa Rica*, ps. 103 y siguientes.

[331] Luego de un largo proceso de elaboración, el CPP modelo para Iberoamérica fue presentado por los profesores Jaime Bernal de Cuéllar, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover y Julio B. J. Maier, el 25/5/1988. Cf. *CPP Modelo para Iberoamérica*. Cf., también, las ponencias presentadas en el congreso internacional realizado para analizar el Código tipo en Italia, en el año 1991, en *Un Codice Tipo di Procedura Penale per l'America Latina*.

[332] Cf. Feuerbach, *Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, principal motor científico del cambio en Alemania, quien, precisamente, tituló uno de sus principales libros al respecto, según se puede leer, *Observaciones sobre la publicidad y oralidad de la administración de justicia*.

[333] Ver § 5, E.

Con todo, esas máximas no representan cabalmente el núcleo político de la transformación, sino tan sólo sus formas exteriores más visibles. De la administración de justicia por delegación del soberano, cuyos actos necesariamente debían constar en protocolos para tornar posible el examen y el control de la solución por quien ejercía el poder soberano, se pasó al tribunal independiente, en el cual residía el poder de juzgar del Estado, integrado, incluso, por ciudadanos, cuya labor consistía, precisamente, en escuchar inmediatamente a todos quienes informaban en el procedimiento sobre lo sucedido, para que el tribunal conociera, en la forma más perfecta posible, la verdad; del secreto de las actuaciones, aun para el imputado, antes bien un objeto de la investigación que un sujeto de derechos, se arribó a la publicidad de los actos mediante los cuales se administraba justicia y a la participación del imputado, en igualdad de condiciones con el acusador, en el debate público que constituía el núcleo del procedimiento.

2. Nuestro verdadero sistema

Expresar, como afirmó el doctor Manuel OBARRIO en su *Nota explicativa* del proyecto, convertido después en el CPCrim. nacional (1889), que el Congreso de la Nación era libre para elegir el sistema de enjuiciamiento penal que creyera más conveniente y oportuno, es, al menos, pecar por ingenuo, frente a la lectura de nuestra Constitución nacional, y desconocer todo el proceso histórico-ideológico del cual es hija la ley que presidió nuestra organización nacional[354]. Se trató, en verdad, de conservar el sistema colonial de enjuiciamiento penal hasta donde fuera posible, sin tomar en cuenta —tan siquiera— la transformación que la misma España llevaba a cabo (Ley de enjuiciamiento criminal de 1882). Es posible afirmar que nuestra Constitución, como es propio de una ley política fundamental, no reglamentó íntegramente el sistema de enjuiciamiento penal o, en todo caso, que dejó un espacio cierto para la decisión política del Congreso de la Nación; pero al lado de esa sentencia, inmediatamente y como

[354] No parece ser ése el caso. Decir, el 15/7/1882, "He tenido a la vista las legislaciones más adelantadas en la materia y he consultado las obras de los tratadistas que tienen conquistada la mayor reputación entre los hombres de ciencia", en relación al proyecto que se presentaba, después de que todas las legislaciones europeas habían transformado su sistema de enjuiciamiento penal, es ocultar la verdad, salvo ignorancia total del problema, más aún cuando pasaron siete años más para la sanción del Código y el error pudo ser corregido.

aclaración, se debe consignar detalladamente, para ser sinceros, cuál era el espacio de libertad de que gozaba el legislador común o, dicho de otro modo, se debe determinar con precisión el marco de la libertad parlamentaria[335].

Ni la historia política de las fuentes de nuestra Constitución ni las reglas que ella contiene permiten ignorar el sistema fundamental de enjuiciamiento penal que ella impuso. Precisamente, quizás lo único imposible de desconocer, al menos como regla general, es que, según esa evolución, el fundamento de una sentencia sólo puede provenir de un debate público e inmediato, ante el tribunal encargado de decidir, integrado, incluso, por ciudadanos. Es posible sostener que dentro del ámbito de libertad para el legislador común, él pudo elegir, como lo hizo, un sistema de persecución penal estatal, por regla general (CP, 71), o, al contrario, entregar la persecución penal a la víctima o a sus parientes próximos (persecución penal privada), o, si lo prefería, a cualquier ciudadano (persecución penal popular). Pero de las limitaciones que la Constitución establece para la persecución penal (CN, 18), de su filiación republicana (CN, 1 y 33) y, en especial, de su mandato evidente a favor del *juicio por jurados* (CN, 24, 75, inc. 12, y 118) emerge con claridad la necesidad de que la ley establezca, como base del enjuiciamiento penal, el denominado *juicio oral y público.*

El primer capítulo de la Constitución nacional, particularmente su catálogo de garantías y seguridades individuales, nos revela con evidencia su filiación política; hija del movimiento constitucionalista decimonónico, que, en materia procesal penal, transformó la Inquisición; regresó al enjuiciamiento oral y público, con presencia de los jueces de fallo y de todos los legitimados a intervenir en el conflicto, en especial el imputado y su defensor, colocados en pie de igualdad con el acusador, resulta imposible afirmar que ella tolere un procedimiento escrito, sin publicidad y el desarrollo de actos destinados a fundar la sentencia en ausencia del imputado y su defensor y hasta de los jueces encargados de dictar el fallo. Dicho de otra manera: para la Constitución la construcción de la verdad procesal, fundante de la sentencia, debe ser un debate público entre los representantes de los intereses en pugna, con sus distintos puntos de vista acerca de la verdad; esa verdad no podía provenir, en cambio, de una inquisición o encuesta estatal.

[335] Cf. BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, ps. 93 y siguientes.

Por lo demás, si no se quiere vaciar de contenido la afirmación republicana en el ámbito de la administración de justicia, habrá que coincidir en que ella exige, por una parte, la posibilidad de control popular sobre la tarea de los jueces, sobre los actos que van a fundar la decisión final y sobre la sentencia misma (publicidad del debate), y, por la otra, la participación de ciudadanos —jueces no profesionales— en los tribunales que administran justicia (juicio de o con jurados [escabinos]).

Frente al mandato de establecer el *juicio por jurados* no puede caber la menor duda acerca de que nuestra Constitución tornó imperativo para nuestro país un procedimiento penal cuyo eje principal era la culminación en un juicio *oral, público, contradictorio y continuo*, como base de la sentencia penal. En efecto, no otra cosa que un mandato significa ordenar al Congreso de la Nación que promueva "la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados" (CN, 24 y 75, inc. 12) y prever, por fin, que "todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en el país esta institución..." (CN, 118); y el establecimiento del juicio por jurados genera espontáneamente el debate oral, público, contradictorio y continuo, pues no se conoce, histórica y culturalmente, un juicio con jurados sin audiencia oral y continua, sin la presencia ininterrumpida del acusador, del acusado y del tribunal.

Expresar que la omisión del Congreso de la Nación de tratar el proyecto inicial (1873) para establecer el juicio con debate oral y público, con jurados, representaba la orden de regular un procedimiento penal escrito, secreto en gran parte de su desarrollo, sin debate oral y público, para un tribunal técnico (un juez profesional con posibilidad de apelación ante un tribunal colegiado, constituido también por jueces profesionales), que en la práctica —como no puede ser de otra manera—, delega todas o casi todas sus funciones en empleados subalternos[336], es falsificar la letra de la Constitución y, antes bien, su propio proyecto ideológico-político, según el cual, sin atisbo de duda, había que adoptar un sistema de enjuiciamiento penal acorde con lo que

[336] Sobre la práctica de la delegación de la actividad jurisdiccional en empleados inferiores en nuestros tribunales, cf. BINDER, *Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, y *Del código mentira al servicio judicial: algo más sobre la delegación de funciones*.

significó la revolución liberal-burguesa del siglo XIX en Europa continental y transformar todas las leyes de procedimiento penal sobre la base de restablecer el juicio republicano, oral y público, con participación inmediata del acusador, del acusado y de los jueces encargados de dictar el fallo.

Por lo demás, el Derecho público provincial argentino contiene ejemplos claros de esta interpretación, al proclamar, con todas las palabras, esta forma de enjuiciamiento, pauta nada despreciable para resolver nuestro conflicto político, que no es tal en el orden universal.

Disponen la oralidad y la publicidad del juicio en materia penal o, más directamente, que el juicio penal sea oral, público, contradictorio y continuo las constituciones de las provincias de Chubut, 32 (prueba pública, juicio oral de instancia única), Formosa, 125 (juicio oral, público y contradictorio), Misiones, 19 (juicio oral, público, continuo y contradictorio), Río Negro, 8 y 134 (publicidad y oralidad del juicio), Santa Cruz, 19 (publicidad y oralidad del proceso penal), San Luis, 26 y 109 (publicidad de la prueba y juicio oral, público, contradictorio y continuo para delitos graves), Santa Fe, 9, párr. final (la ley propende a instituir el juicio oral y público en materia penal), Santiago del Estero, 23 (la legislatura promoverá la reforma de la ley procesal sobre la base del juicio oral para los delitos de acción pública).

Estatuyen la publicidad del procedimiento o de la prueba, obligan a que el imputado esté presente en su juicio y a que la audiencia sea pública, las constituciones de Mendoza, 146; Neuquén, 160, párr. II, y 166, párr. II (que incorpora al final de su texto toda la *Declaración universal de derechos humanos*, en especial sus arts. 10 y 11, antes citados); San Juan, 18 y 120; Tucumán, 27; Catamarca, 209; Córdoba, 41; Corrientes, 31 y 151; Entre Ríos, 28; Jujuy, 35; y La Rioja, 25 y 26.

Al juicio por jurados, de manera general, se refieren las Constituciones de Córdoba, 162; Jujuy, 35 y San Juan, 120; algunas otras lo estatuyen como obligatorio para los delitos de prensa.

Todo ello sin tener en cuenta que, cuando las constituciones regularon un procedimiento para el enjuiciamiento de ciertos funcionarios (juicio político o *jury* de enjuiciamiento), convocaron a un juicio oral, público, contradictorio y continuo, como base de la decisión del tribunal que juzga.

3. Consecuencias

Es conocido por todos lo que implica la exigencia de un juicio penal oral, público, contradictorio y continuo[337]. La interdependencia de todas las reglas que regulan la publicidad de los actos del debate, la intervención personal en él de todos los sujetos que participan en

[337] VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª parte, cap. X, ps. 417 y ss., y t. II, cap. V, § 3, ps. 186 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. VI, nº 1554 y 1555, ps. 231 y siguientes.

el procedimiento. La oralidad y continuidad de sus actos, su concentración en una audiencia, la obligación de que la sentencia se funde en los actos del debate y de que sea dictada por los jueces que participaron en él, nos hizo afirmar, a modo de síntesis, que todo este período procesal está gobernado por la máxima formal que pretende establecer una *unidad entre el debate y la sentencia*[338]. Sin embargo, se ha reconocido jerarquía de principio a ciertas reglas que presiden el debate y la sentencia, que es su resultado.

I. La regla obliga a que el debate se lleve a cabo con la presencia ininterrumpida de quienes participan en el procedimiento: el imputado y su defensor, el acusador (ministerio público o querellante, según el caso) y los jueces que dictarán la sentencia. Sólo se puede computar como excepción la autorización para que el acusado sea representado por un apoderado o por su defensor cuando se le atribuye un delito leve. No representa una excepción la custodia del imputado en una sala próxima cuando, por su comportamiento, resulta necesario expulsarlo de la sala de audiencia o cuando se niega a presenciar el debate (salvo los actos de carácter personal en cuyo caso es conducido a la sala), pues es imposible obligar al imputado a estar presente en el debate contra su voluntad, o tolerar que con su comportamiento impida su desarrollo normal (en cierta manera, una forma de expresar su voluntad de no asistir al debate). Tampoco constituye una excepción la posibilidad de que el querellante (acusador privado o adhesivo) intervenga por medio de un mandatario, pues el apoderamiento está previsto como regla general para todo el procedimiento (el mandatario debe estar presente en ese caso). Los reemplazos de representantes del ministerio público o del defensor no alteran la regla. Por fin, los jueces llamados a dictar la sentencia deben estar siempre presentes, según se aclarará posteriormente.

No sería posible proceder de este modo, con la presencia de todos los intervinientes durante la sustanciación del procedimiento y la realización de los actos procesales si el debate no fuera *oral, concentrado y continuo*.

II. La *oralidad* de los actos reconoce excepciones naturales: aquellos medios de prueba originariamente escritos (documentos e infor-

[338] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. I, nº 2, C, *f*, ps. 67 y ss.; BAUMANN, *Derecho procesal penal*, cap. 2, nº 7, ps. 101 y siguientes.

mes), que se leen o exhiben en la audiencia, y aquellos que, sin participar de esta característica, pues, regularmente, se desarrollan en forma oral, constan en un acta que se permite incorporar al debate por su lectura. Estas últimas autorizaciones deben ser excepcionales, para cuando existe acuerdo entre el tribunal y todos los intervinientes a fin de incorporar un acto protocolizado durante la instrucción, para los dictámenes periciales, sin perjuicio de la declaración oral de los peritos durante el debate, para las declaraciones que, por imposibilidad de ser recibidas en la audiencia (por impedimento del órgano de prueba), son llevadas a cabo fuera de ella y para los actos definitivos e irreproducibles, llevados a cabo con anterioridad al debate, los cuales, por esa misma razón son realizados bajo control de los intervinientes.

Las leyes procesales penales de la tendencia política autodenominada "moderna", en nuestro país, no han respetado totalmente el carácter excepcional de este permiso (CPP Nación, 391 y 392; CPP Córdoba, 397 y 398; CPP Tucumán, 397 y 398; CPP Costa Rica, 381 y 385) y han permitido, por tal razón, una interpretación extensiva por parte de los jueces, que socavan los fines que fundan este método de juzgamiento[339]. Ello no sólo resulta discutible desde el punto de vista del debido resguardo de la garantía del justiciable (derecho del imputado a confrontar la prueba de cargo), sino que, además, debió ser observado en relación a la *publicidad democrática*, en el sentido de que los asistentes al juicio también poseen el derecho de enterarse originariamente de la información que incorporan a él las personas ofrecidas para verificar un hecho. Allí se observa, precisamente, el doble efecto de estas cláusulas que rigen la forma de proceder de la administración de justicia: garantía del justiciable y procedimiento legítimo de los órganos públicos que aplican su poder de coacción en un Estado de Derecho, según mecanismos de control ciudadano[340].

III. La *concentración* de todos los actos del debate en una audiencia *continua*, sólo posible de interrumpir para atender al descanso diario o para que los intervinientes puedan atender sus necesidades fisiológicas, reconoce también excepciones. Diversas causas de suspensión (impedimento o enfermedad de alguno de los sujetos procesales, am-

[339] El uso abusivo de las pruebas de la instrucción ha viciado el funcionamiento del sistema. En muchas oportunidades los jueces del tribunal oral, que de acuerdo con el sistema procesal y de organización de los tribunales, participan de la preparación del debate y han leído las constancias de la instrucción, tienen su decisión tomada antes de comenzar el "juicio" que, de esta manera, se convierte en un trámite formal sin demasiada importancia. Sobre las deformaciones de la práctica del sistema oral en Córdoba, base del sistema adoptado por la justicia nacional, cf. Rodríguez, *Detrás de la oralidad*, ps. 137 y siguientes.

[340] Nino, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ps. 446, 447 y 450.

pliación de la acusación, acto fuera de la audiencia, incomparecencia de órganos de prueba) permiten seccionar la audiencia del debate, por tiempo limitado, cuando la necesidad lo impone, ya por efecto de la imposibilidad de asistir de alguno de los intervinientes u órganos de prueba, ya para preparar convenientemente la defensa si sucede algún acontecimiento inesperado. Empero, la autorización, según dijimos, es limitada, pues su plazo máximo está establecido (diez días, ordinariamente), razón por la cual la audiencia se debe reanudar, obligatoriamente, al día siguiente del término de la autorización; si el plazo vence y la audiencia no se reanuda al día siguiente, el debate se debe llevar a cabo de nuevo, íntegramente.

La concentración y la continuidad alcanzan, también, a la sentencia, pues ella se debe dictar inmediatamente después del debate. Cerrado el debate, los jueces que integran el tribunal y que presenciaron la audiencia pasan a deliberar y regresan a la sala para leer la sentencia. La posibilidad que otorgan las leyes de enjuiciamiento para que, en casos excepcionales, el tribunal sólo lea el dispositivo inmediatamente después de deliberar y votar, y exteriorice los fundamentos, consignados ya por escrito en una audiencia posterior a breve plazo, no constituye una excepción a la regla, pues la deliberación contiene los fundamentos del fallo y la autorización sólo obedece a la dificultad de consignarlos por escrito en casos complejos o cuando, por lo avanzado de la hora resulte imposible esa tarea[341].

[341] ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, § 61; POMATA, *Sistemas de comunicación. Sistema de conservación*; LÓPEZ REY Y ARROJO, *Proyecto de Código para Bolivia*, p. 40, a quienes rebate bien VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, nota nº 13 —al pie—, p. 432, pensaron que la regla que autorizaba a documentar y leer los fundamentos en una audiencia posterior a aquella en la cual se lee el dispositivo, representaba una inconsecuencia lógica: ¡cómo habría de dictarse el fallo y después pensarse sus fundamentos! El error consiste en no apreciar que los verdaderos fundamentos del fallo son fruto de la deliberación y votación de los jueces y que ellos, naturalmente, se llevan a cabo en forma oral. Redactar por escrito los fundamentos de la sentencia —verter por escrito la deliberación y la votación oral— es tarea que requiere algún tiempo, más aún en casos complejos: la autorización sólo atiende a esta necesidad.

Ricardo LEVENE (h) participaba de aquella idea. Por ello, el CPP La Pampa, 369, II, proyectado por él, contiene, en principio, otra solución: se rompe la concentración y continuidad del debate y la sentencia, acuérdase un plazo a los jueces (cinco días) para que dicten la sentencia y la lean en audiencia pública (también CPP La Rioja, 435, II). Cf. la fina observación de CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. VI, nº 1603, p. 325, acerca de que la letra de esos textos traicionó la intención del legislador, pues lo único que se difiere es la redacción escrita y el pronunciamiento, y no la deliberación y votación: un buen ejem-

IV. Estas reglas de principio carecerían de todo sentido si el fundamento de la sentencia no procediera únicamente de los actos válidamente incorporados al debate (*base de la sentencia*) y si no se dispusiera que los únicos jueces autorizados a dictar el fallo son los que lo presenciaron íntegramente (*identidad física del juzgador*). En efecto, se dispone la inmediación, concentración y continuidad del debate para posibilitar que intervengan en la solución del conflicto todos aquellos que poseen un interés legítimo en ella, con el fin de que controlen y usen los actos que darán fundamento a esa solución; de tal modo, esas reglas no se justificarían si la base de la sentencia estuviera proporcionada por otros actos, extraños al debate cumplido de esa forma. Idénticamente, esa forma de cumplirlo aparecería como una sinrazón si se autorizara a fallar a otros jueces que no presenciaron el debate. De allí que la única instancia sobre los hechos constituya una regla propia de este sistema y que, de autorizarse un recurso amplio contra la sentencia (apelación), que permita volver a examinar la conclusión fáctica del fallo, sea regla de principio la renovación del debate sobre los puntos que motivan el recurso. De allí, también, que no se pueda continuar el debate en ausencia de un juez, caso en el cual se suspende la audiencia, y que se deba renovar el debate cuando uno o varios de los jueces que integran el tribunal de fallo se incapacitan, al punto de no poder continuar, o fallecen[342].

---

plo de que para reformar una solución legal impuesta no basta con tocar una sola regla, sino que es necesario revisar el funcionamiento armónico de todas las demás que integran un Código y que se relacionan con aquélla.

La quiebra de la concentración y la continuidad representa un apartamiento grave de esta forma de proceder. Universalmente se procede continuamente para evitar que los jueces sufran influencias extrañas al debate que puedan incidir en la sentencia; además, tal quiebra del principio afecta la publicidad del juicio, pues el público no manifiesta interés por los procedimientos discontinuos. Por esa razón y porque tiene cierta razón de ser que, tanto los intervinientes como el público, se enteren de los fundamentos del dispositivo en el mismo momento en el que lo escuchan, hemos preferido el método de un juez relator que exteriorice verbalmente los motivos de la sentencia en la misma audiencia inmediata en la cual se lee el dispositivo —o sea, que relate el resultado de la deliberación y votación—, sin perjuicio de presentar el documento escrito en el que conste toda la sentencia en otra audiencia (ver CPP Modelo Iberoamérica, 524, II).

342 Para evitar esa posibilidad, en caso de debates prolongados y complejos, se puede designar un número superior de jueces que aquél que conforma la constitución legal del tribunal, que presencian el debate como suplentes, reemplazando a los titulares cuando padecen de un impedimento absoluto. Cf. la solución en el *Derecho alemán*, § 192, II, Ley de organización judicial, en MAIER, *La Ordenanza procesal penal*, vol. II, § 226, p. 198.

V. La *publicidad* popular del debate como imperativo del sistema republicano —o democrático— de gobierno (CN, 1), depende de las mismas reglas interrelacionadas. Es ridículo pensar seriamente que el público asistirá a un proceso por actos discontinuos y vertidos en actas escritas o llevados a cabo directamente por escrito, conociendo de antemano, incluso, que no sólo esos actos, sino también todos aquellos que el público no tuvo oportunidad de presenciar, ni derecho de asistir a ellos (los incorporados a la instrucción), pueden contribuir a fundar la sentencia. Por ello, el proceso protocolizado, llevado a cabo discontinuamente, va unido históricamente al *secreto* de las actuaciones —al menos parcial— que integran el procedimiento. La única manera conocida de abrir el procedimiento penal a la apreciación popular y, con ello, al control del público en general es, sin duda, llevarlo a cabo en una o varias audiencias continuas hasta su terminación, concentrando sus actos y cumpliéndolos oralmente; también históricamente esta forma de proceder estuvo unida al control popular y al sistema republicano de organización del poder social.

No debe extrañar, entonces, que se vincule a la exigencia de publicidad del procedimiento para la administración de justicia con el gobierno republicano o democrático, según lo entienden también nuestras constituciones provinciales, como ya se ha visto. En verdad, el proceso oral y público ha prohijado siempre la participación popular —de quienes eran reconocidos como sujetos de derechos políticos— en el ámbito de la administración de justicia, por integrar los tribunales de justicia con ciudadanos que no pertenecían al aparato burocrático del poder político y por hacer posible, diáfanamente, la asistencia del público a los debates y, de esta manera, permitir el control popular del juzgamiento.

Al contrario, el procedimiento por actas escritas discontinuas es culturalmente sinónimo de una investigación secreta —al menos para el público— y llevada a cabo por funcionarios estatales —inquisidores—, representantes del poder central, interesado en la represión de los comportamientos que se apartan del modelo social impuesto. Es también, a la vez, la forma idónea que se adoptó para el control del procedimiento y del fallo por el o los funcionarios estatales depositarios de la soberanía y de la función de juzgar como atributo de ella, circunstancia que supone una organización judicial de tipo vertical, sin independencia de sus miembros, y la delegación de la tarea de juzgar en funcionarios subalternos que responden sobre el buen cumplimiento de su función con la presentación del procedimiento protocolizado.

Es claro que la publicidad popular del procedimiento también supone algunas excepciones. Aparte de que ahora los juicios ya no son desarrollados en la plaza pública, sin restricciones para el ingreso, sino en locales cerrados (salas de justicia) que posibilitan sólo una asistencia restringida por el tamaño del local, cuando está en juego el pudor de alguna persona o las buenas costumbres, el debate y la decisión sobre un menor o un secreto o acto cuya difusión pública provocaría un perjuicio, agregado al que ya produjo el delito, es posible ordenar que el debate se lleve a cabo, total o parcialmente, a puertas cerradas.

VI. El sistema que se utiliza para valorar la prueba está íntimamente conectado con el tipo de procedimiento que se adopta.

Propio del procedimiento por actas discontinuas es la valoración de esa investigación, según el método que ha dado en llamarse *prueba legal, tasada* o *tarifada*, conforme al cual la ley procesal indica el valor de convicción de los elementos de prueba mediante reglas, de manera tal que la decisión se transforma en una operación jurídica que constata o deja de constatar las condiciones bajo las cuales alguien debe aceptar una acción como existente o inexistente. Ese método no es, por el contrario, propio del juicio público y oral, regido por la convicción real que los medios de prueba concretos, recibidos en la audiencia del debate, producen en el juzgador, sin regla alguna que determine el juicio valorativo; sólo varía el sistema utilizado, según que quien juzga deba dar cuenta de los motivos de su convicción (expresión de fundamentos de la sentencia = *libre convicción por sana crítica racional*) o se pronuncie por la solución sin exteriorizar sus motivos (*íntima convicción*, propia del tribunal de jurados clásico).

La sana crítica racional supone el control de los fundamentos de la sentencia, en el sentido de que ella debe aparecer como una operación racional, motivada en elementos de prueba legítimos; la convicción del juez se debe justificar con argumentos encadenados racionalmente, con respecto a los principios lógicos del pensamiento humano (identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente) y a las leyes de la psicología y las de la experiencia común, y provenientes de elementos de prueba legítimamente incorporados al procedimiento e idóneos para ser valorados en el fallo[345].

Por ende, una sentencia no avalada por una motivación respetuosa de estas reglas es descalificable como tal (casación), pues le "falta o es contradictoria su mo-

[345] Cf. DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 49 y ss., ps. 149 y siguientes.

tivación" (CPP Nación, 404, inc. 2, y 456, inc. 2; CPP Córdoba, 413, inc. 4, y 468, inc. 2; CPP Tucumán, 413, inc. 4, y 468, inc. 2; CPP Costa Rica, 400, inc. 4, y 471, inc. 2).

Todos los códigos de nuestro país que incorporan el juicio público y oral admiten estas reglas de principio y hacen de ellas la base esencial de su regulación, siguiendo los modelos universales (ver, para constatarlo, los capítulos o títulos de los códigos modernos referidos al juicio).

G. LÍMITES FORMALES PARA LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD

1. Concepto

Según ya hemos expresado, el procedimiento penal actual, en la versión que, proveniente de la reforma procesal penal del siglo XIX en Europa continental, llegó a nosotros por recepción, reside en un compromiso que pretende mantener las bases de la Inquisición (persecución penal estatal y averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento), modificadas por una serie de límites referidos a la dignidad del ser humano que impiden llevar a cabo el procedimiento aplicando formas crueles y contrarias al respeto por el hombre individual, típicas de la Inquisición.

No existe un ejemplo más directo de este compromiso que los límites referidos a la actividad probatoria. Proveniente del régimen inquisitivo, la averiguación de la verdad histórica es una de las metas a las que está destinado el procedimiento penal, incomprensible culturalmente sin referencia a ese sistema; tanto es así que ella fue propuesta como uno de los fines de la función judicial del Estado en materia penal[344], al punto de erigirse —con ciertas limitaciones— en facultad o deber de los jueces (*investigación judicial autónoma*)[345]. Las

[344] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, ps. 97, y 122 y ss.; Ávalos, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. V, IV, nº 2, ps. 247 y ss., considera el descubrimiento de la verdad como un principio que emana de la Constitución nacional: no es el caso aquí de ocuparme de esa opinión, que considero exagerada, según la formulación general que presenta el autor; basta advertir, para ello, que desaparecido el principio *in dubio pro reo* esta equiparación entre justicia y verdad pierde, al menos, su carácter de garantía individual, y que una formulación genérica como la del autor nos conduciría a afirmar que, irremediablemente, quien comete un ilícito penal culpablemente, debe necesariamente sufrir la pena.

[345] Cf. Clariá Olmedo, *Tratado*, t. I, nº 354, p. 484. La exageración de esta facultad ha conducido a decolorar el juicio público, la labor que cumplen los intervinientes en él

reglas de principio que ahora estudiaremos son las que cumplen la misión de estabilizar el sistema: evitar que la meta de averiguar la verdad lo desequilibre, al ser cumplida aun a costa del ser humano individual y de cierto ámbito de privacidad que le garantiza el Estado de Derecho.

La síntesis del funcionamiento de esta colisión de principios es obvia si se sigue la explicación general: la averiguación de la verdad, como base para la administración de justicia penal, constituye una meta general del procedimiento, pero ella cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto del Estado de Derecho. Según se advierte, se trata de convertir un principio absoluto en uno relativo, pues reconoce principios superiores que, en ocasiones, hasta lo anulan, v. gr., cuando, en el caso, entran en conflicto o colisionan con aquél. Intentaremos, a continuación, fijar esos límites.

2. El imputado como órgano de prueba

Cabe esperar que la persona a quien se persigue penalmente sea una de aquéllas que más conoce sobre el acontecimiento que se investiga, objeto del procedimiento. En el procedimiento penal, se trata siempre de la imputación de un comportamiento humano, propio del imputado, acerca del cual nadie mejor que él conoce si la afirmación es cierta o incierta. Por lo demás, si la imputación es cierta, al menos parcialmente, él es el mejor medio de información con que se cuenta, y, si es errónea, nadie mejor que él para desbaratarla.

Y, sin embargo, no es posible *obligarlo a brindar información* sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y

y, en general, el sistema del debate entre intereses contrapuestos como camino de búsqueda de la verdad procesal: a la par de ello, esta exageración ha contribuido a borrar ciertas características de la tarea del tribunal judicial, imprescindibles para sostener su *imparcialidad* (falta de interés en la decisión del caso) y su arribo a la decisión con la menor cantidad de prejuicios; por lo demás, esa exageración se vincula con el desprecio absoluto por el valor material de la voluntad de los protagonistas del caso. Tal exageración se vincula con un punto de partida ingenuo: los jueces, funcionarios estatales para administrar justicia, por alguna razón oculta, que desconocemos, son las personas más aptas, más idóneas y más objetivas (¡más justas!) para decidir el caso, al punto de que sus intervenciones materiales, al ofrecer o incorporar prueba *de oficio*, interrogar a los órganos de prueba o decidir cuestiones previas incidentalmente no revelan parcialidad alguna, ni siquiera cuando en la sentencia valoran esos elementos a favor de una u otra de las partes en conflicto.

sin coacción[346]. Ello es lo que expresa, muy claramente, la garantía que reza: "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" (CN, 18) (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

Ya la *Declaración de Virginia* (12/6/1876) mandaba que "nadie podrá ser obligado a dar testimonio contra sí mismo" (Sección 8).

Los pactos internacionales sobre derechos humanos han reconocido esta garantía. En particular, el *Pacto de San José de Costa Rica* (*Convención americana sobre derechos humanos*), art. 8, nº 2, *g*: "g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable"; el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 14, nº 3: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho... a las siguientes garantías mínimas:... g) no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable". Se debe también agregar la anatematización internacional de la tortura y los malos tratos, objeto de una convención específica, que también descalifica esos métodos de investigación. Todas estas convenciones no sólo fueron ratificadas por nuestro país sino que, además, hoy han sido incorporadas a la Constitución nacional (75, inc. 22), con ocasión de su reforma reciente (1994).

Las constituciones provinciales ratifican este principio: limitan su operatividad, casi siempre, al ámbito penal o al procedimiento penal, y la extendien, regularmente, al cónyuge y a ciertos parientes próximos: Catamarca, 29; Córdoba, 40; Corrientes, 11; Chaco, 17, III; Chubut, 27; Formosa, 17; Jujuy, 23; La Rioja, 26, II; Mendoza, 26; Neuquén, 35; Río Negro, 8, II; Salta, 28; San Juan, 17; Santa Cruz, 22; San Luis, 26; Santiago del Estero, 19.

En nuestro Derecho constitucional, la garantía, prevista en una cláusula amplísima y sin limitaciones, comienza su historia ya en el año 1813, en el *Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica-Literaria*, art. 201: "Ningún ciudadano será obligado a declarar contra sí propio o confesar un crimen, ni se lo notificará para que diga en juicio lo que llanamente no conteste"[347]. En ese mismo año, el *Proyecto de Constitución de carácter federal para las Provincias Unidas de América del Sud*, atribuido al diputado artiguista Felipe Santiago CARDOZO y a las instrucciones de la Banda Oriental, cuyos diputados no se incorporaron a la Asamblea del año XIII, porque sus diplomas fueron rechazados, decía (art. 48): "Nadie será compelido en un caso criminal a delatarse a sí mismo". El texto actual de la Constitución Nacional proviene directamente del *Proyecto de Constitución* de ALBERDI (1852), art. 19 —"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"—, que acogió a la letra la *Constitución de la Confederación Argentina* (1/5/1853), art. 18, y pasó sin modificación (salvo de puntuación gramatical) a la *Constitución de la Nación Argentina* (23/9/1860). La reforma de 1994 mantuvo intacto el texto de esta regla. La Constitución de la República de Costa Rica prevé el principio (art. 36): "*Declaraciones en materia penal.* En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consaguinidad o afinidad".

[346] Cf. ESTRADA, *Derecho constitucional*, 2ª ed., t. I, p. 153.

[347] Cf. SAMPAY, *Las constituciones de la Argentina*, XI, ps. 177 y siguientes.

No han existido dudas acerca de las consecuencias de esta garantía para el imputado, dentro del procedimiento penal:

I. *Facultad* del imputado de *abstenerse de declarar* (CPP Nación, 296 y 298; CPP Córdoba, 259 y 261; CPP Mendoza, 296 y 298; CPP Santiago del Estero, 196; CPP La Rioja, 267; CPP Salta, 296 y 298; CPP La Pampa, 275 y 277; CPP Corrientes, 293 y 295; CPP Entre Ríos, 291 y 293; CPP Santa Fe, 319; CPP Tucumán, 259 y 261; CPP Costa Rica, 276 y 278).

II. *Voluntariedad* de la declaración del imputado, que no puede ser eliminada o menoscabada por medio alguno que la excluya (administración de psicofármacos ["sueros de la verdad"] o hipnosis). Los instrumentos que registran reacciones inconscientes o reflejos condicionados ("detectores de mentiras" o polígrafos) integran normalmente el catálogo de los métodos prohibidos para el interrogatorio: sin embargo, ellos no suprimen la voluntariedad del acto sino que afectan la libertad de decidir aquello que se informa.

III. *Libertad* de decisión del imputado durante su declaración que no puede ser coartada por ningún acto o situación de coacción, física o moral (tortura o tormento, amenaza, juramento, cansancio, pérdida de la serenidad, cargos o reconvenciones, respuestas instadas perentoriamente tendientes a obtener alguna confesión), por la promesa ilegítima de una ventaja o por el engaño (preguntas capciosas o sugestivas), salvo que la coacción esté prevista específicamente en la ley (por ej., privación de libertad preventiva, CN, 18) y tal ley sea válida constitucionalmente (CPP Nación, 296 y 299; CPP Córdoba, 259, 262, párr. IV, y 263; CPP Mendoza, 296, 299, párr. IV, y 300; CPP Santiago del Estero, 198 y 199; CPP La Rioja, 269 y 270; CPP Salta, 296, 299, párr. IV, y 300; CPP La Pampa, 275 y 278; CPP Corrientes, 293, 296 y 297; CPP Entre Ríos, 291, 294 y 295; CPP Jujuy, 220 a 224; CPP Santa Fe, 319, párrs. II y III y 321; CPP Tucumán, 259, 262, párr. III, y 263; CPP Costa Rica, 276, 279, párr. IV, y 280[548]).

Sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si a la vez respeta

[548] La OPP de la RFA, § 136a, reglamenta minuciosamente los *métodos prohibidos del interrogatorio*.

las demás reglas de garantía que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación[349]). Observado el fenómeno desde el punto de vista negativo se debe concluir en que la declaración del imputado prestada sin atender a estas reglas no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique y sólo es aprovechable en tanto lo beneficie. La consecuencia expresada no depende de la voluntad del imputado, ni de su protesta ante el vicio, pues, por tratarse de una garantía constitucional y de un defecto relativo a la participación del imputado en el procedimiento (CPP Nación, 167, inc. 3, y 168, II; CPP Córdoba, 185, inc. 3, y 186, II; CPP Mendoza, 173; CPP Santiago del Estero, 117; CPP La Rioja, 173 y 176; CPP Salta, 173; CPP La Pampa, 160; CPP Corrientes, 171; CPP Entre Ríos, 171; CPP Jujuy, 136; CPP Santa Fe, 164; CPP Tucumán, 185, inc. 3, y 186, II; CPP Costa Rica, 145, III, y 146, II) debe ser advertida, aun de oficio; se trata, por ello, de motivos absolutos de casación de la sentencia (vicio no convalidable), que, por otra parte, aparecen en toda su plenitud con su pronunciamiento, pues, o bien contribuyen a fundar la sentencia de condena, o bien resaltan la indefensión personal (oportunidad para que el imputado sea oído).

Si, a pesar del vicio (por ej., coacción para que declare), el acto, objetivamente, favorece al imputado (por ej., confiesa haber matado a la víctima, pero aclara que su comportamiento obedeció a una reacción frente a la agresión, proporcionando los elementos de prueba necesarios para reconstruir ese hecho: testigos) y, como consecuencia, la decisión es favorable a él (absolución) la valoración en ese sentido es inobjetable, cualquiera que sea la consecuencia jurídica aplicable a quien utilizó el medio prohibido para obligarlo a declarar o para que lo haga en un sentido determinado. En verdad, sólo basta la decisión favorable, pues ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador. Análogamente se debe decidir cuando, precisamente

[349] No se debe confundir esta afirmación con la posibilidad de valorar en la sentencia una confesión no prestada durante el debate, pero incorporada en él por la lectura de la declaración prestada durante la instrucción. Acerca de este problema, que no pretendo tratar en este momento, sólo diré que el acta de una declaración anterior del imputado, que se incorpora al debate por su lectura en virtud de la contradicción con la declaración que presta el imputado durante el debate, sólo sirve al objetivo de exigirle explicaciones y, en su caso, de valorar en la sentencia la declaración prestada en el debate, nunca para ser citada, directamente, como fundamento de la condena. Otra virtud de la validez de la declaración prestada durante la instrucción está representada por la cadena de elementos de prueba válidos que se hallaron en virtud de esa declaración, correcta jurídicamente.

por el defecto, el juez no valora el acto perjudicial en la decisión, siempre que el imputado haya tenido, prácticamente, la oportunidad de ser oído —por ej., durante el debate—, que presupone el derecho de abstenerse, la voluntad de declarar y la libertad de decisión durante el acto[350].

La discusión ha girado alrededor de las formas prácticas que posibilitan cerciorarse acerca del resguardo de las exigencias mencionadas o, con otras palabras, que prevén la mejor manera para asegurar el funcionamiento efectivo de la garantía. Se trata de temas recurrentes entre nosotros: ¿puede la policía tomar declaración al imputado?, y, si puede llevar a cabo ese acto, ¿con qué exigencias y presupuestos?; en su caso, ¿qué valor tiene o cómo debe ser valorada esa declaración si es desfavorable para el imputado (eventual confesión)?; y, si fuera otro el caso, ¿se puede introducir esa declaración al procedimiento a través del testimonio de los policías que intervinieron? La historia zigzagueante de las respuestas a estos interrogantes fue objeto de un áspero debate, que aún perdura, en la provincia de Córdoba, cuyo tribunal de casación afirmó o negó las preguntas cíclicamente, tomando así posición sobre la necesidad de extremar los recaudos formales para garantizar la libertad de decisión del imputado durante su declaración[351]. La Corte Suprema de la Nación también ha vacilado; a pesar de que, conforme a los arts. 316 y 321 del CPCrim. nacional (1889), sólo reconocía valor de *confesión* a la prestada ante una autoridad judicial (*Fallos CSN*, t. 168, p. 52; t. 185, p. 75), pero permitía la incorporación al procedimiento de la prestada ante las autoridades

[350] La frase pretende aclarar el equívoco en que incurren normalmente los jueces cuando retroceden a períodos ya cumplidos del procedimiento, so pretexto de la invalidez de algún acto, en especial, cuando deciden que la declaración indagatoria de la instrucción, por lesionar las reglas antes citadas, no puede ser valorada. Allí los jueces del debate, por citar un ejemplo, deben dictar sentencia sin valorar la declaración inválida, si, como es natural, le han dado oportunidad al imputado de declarar durante el debate.

[351] Las bases de esa discusión en NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 190, nota nº 7, ps. 167 y ss.; art. 245, nota nº 2, ps. 215 y ss., y art. 390, nota nº 5, ps. 350 y ss., principal sostenedor como autor y como juez de la tesis que no admite la facultad policial de recibir declaración al imputado, ni tolera que ella se incorpore al debate, bien por su lectura, bien a través del testimonio de los agentes policiales que instruyeron el caso; cf. también sus propios artículos sobre el tema, que allí cita y, en especial, la jurisprudencia del tribunal de casación cordobés que menciona exhaustivamente. La polémica tuvo también fuero académico: el Instituto de Derecho Procesal Penal, que por ese entonces dirigía Alfredo VÉLEZ MARICONDE, programó una reunión sobre *Asistencia del defensor a la declaración indagatoria* (11/6/1965), cuyo relator fue Fernando DE LA RÚA: allí se confrontaron ambas tesis, incluso de la mano de la jurisprudencia contradictoria ("Cuadernos de los Institutos", Córdoba [Arg.], 1963, nº 75, ps. 169 y ss.). No es aventurado pensar que el CPP Córdoba (1970), 190, inc. 8, orientó la solución legislativa en el sentido de facultar a la policía a recibir la declaración del imputado, como resultado político de aquella polémica: Alfredo VÉLEZ MARICONDE, proyectista del CPP Córdoba (1939), y uno de los principales intervinientes en esa polémica, fue también quien proyectó las reformas de 1970, y, sin embargo, como lo demuestra NÚÑEZ, en la obra aquí citada, la reforma tampoco terminó esa polémica, ni la aminoró.

policiales y su valoración como indicio o presunción (*Fallos CSN*, cits., y t. 210, p. 671; t. 211, p. 1400; t. 213, p. 417); a ello se sumaba el apego de la Corte por trabajar sobre la base regulativa del CPCrim. nacional (1889) —¡en materia de garantías constitucionales!—, realidad que provocaba una adhesión al formalismo del sistema de prueba legal: detrás de una confesión, judicial, policial o, incluso, privada, no existe más que el reconocimiento del hecho y de la participación del imputado en él, razón por la cual no existe diferencia alguna cuando se la trata como tal o como indicio o presunción; en todo caso se la utiliza para fundar una condena. Nunca una variación del nombre con el cual se conoce a un instituto puede significar una variación de su contenido; a la inversa, institutos que ostentan el mismo nombre pueden mentar, en contextos diversos, distintas realidades.

Sin embargo, honesto es reconocer que, en la historia moderna de la jurisprudencia argentina, en la causa "Francomano Alberto Daniel s/inf. ley 2.840; recurso de hecho", la Corte Suprema dictó una sentencia trascendente el 19 de noviembre de 1987, cuyo efecto docente debió ser similar al célebre caso de la Corte Suprema de los EE.UU., "Miranda v. Arizona", citado expresamente en la sentencia de nuestra Corte[352]. Allí nuestra Corte expresó que la confesión de la acusada ante funcionarios policiales, no verificada posteriormente en el procedimiento judicial por las vías que según él corresponde, carece de todo valor probatorio, inclusive a título de un indicio, conforme a la CN, 18, pues de él deriva la necesidad de asegurar por medios prácticos el derecho a no autoincriminarse. El voto de dos de los jueces de la Corte, Enrique S. PETRACCHI y Jorge A. BACQUÉ, va aún más allá, pues indica —*obiter dictum* o al efecto docente— la necesidad de la presencia del defensor en la declaración del imputado o, al menos, la prueba fehaciente por parte de la acusación de la voluntad libre del imputado de prestarla según su contenido, en ausencia del defensor, cuando esos extremos han sido negados durante el juicio por el imputado.

Para nosotros, desde el punto de vista práctico, la exigencia decisiva para asegurar que el acto de la declaración del imputado se lleva a cabo según las condiciones estudiadas, reside en la presencia del defensor y en la posibilidad de que él pueda conferenciar previamente con su defendido[353], al menos antes de la declaración sobre el hecho. Ello ocurrirá así, ordinariamente, cuando el imputado se halle en libertad, razón por la cual la ley debe prestar atención especial al caso contrario, para exigir un tratamiento análogo.

Se discute también acerca de la utilización de ciertos medios científicos (psicofármacos, "sueros de la verdad", hipnosis, "detector de mentiras"), medios que anulan la voluntad o, al menos, la libertad de decisión (ver *supra*, D, 2, *d*). Luis Ji-

[352] Cf. el fallo en "Doctrina Penal", 1988, ps. 128 y ss., con nota de HENDLER, *La declaración del inculpado y un famoso precedente de los tribunales estadounidenses*, ps. 123 y ss., donde también puede observarse el contenido y las consecuencias del famoso fallo "Miranda". Cf. CARRIÓ, A. D., *Otra vez el tema de las confesiones policiales: ¿llegó Miranda a nuestro país?*

[353] El CPP Córdoba, 258, y el CPP Tucumán, 258, erigen a la presencia del defensor en la declaración del imputado en condición necesaria para la validez del acto: mejor el CPP Tucumán, que claramente observa que esa declaración "carecerá de eficacia probatoria" en contra del imputado, al remitir a la regla de exclusión (art. 194); el CPP Nación, 197, I, prevé la entrevista previa a la declaración entre defensor y defendido.

MÉNEZ DE ASÚA[354] ha presentado el problema con su característica erudición; referida su exposición, sobre todo, al *narcoanálisis*, pero comprensiva, también, de otros medios análogos, se destaca en su obra todas las meditaciones y discusiones que el problema suscitó, inclusive de la mano de los escasos ejemplos prácticos de aplicación judicial, debatidos públicamente, entre ellos, el caso que sucedió en nuestro país ("Saldívar, Lisandro", Buenos Aires, 1949) y que provocó pronunciamientos públicos. La gran mayoría de los dictámenes de médicos y juristas es de opinión contraria a la aplicación de estos métodos en el proceso penal, sobre todo cuando se trata de la investigación del hecho y de su autor o partícipe en él, por vía de la revelación del imputado o de testigos (narcoanálisis en contraposición a narcodiagnóstico). Ejemplo de ello, entre nosotros, el propio JIMÉNEZ DE ASÚA[355], el más reciente trabajo de Jorge Raúl POVIÑA[356] y las reacciones que provocó el caso antes citado[357]. Torna aun más interesante el problema el hecho de que esta opinión general se extiende también al caso de que el imputado *consienta* la aplicación del método libremente y, más allá aún, al caso en el cual él mismo pide su aplicación (así en nuestro caso "Saldívar"), precisamente para demostrar su inocencia en supuestos excepcionales, en los cuales toda la prueba posible apunta hacia él y no hay otro modo de desvirtuarla.

Empero, como apunta bien JIMÉNEZ DE ASÚA, las opiniones vertidas sobre el tema, si bien valiosas, ordinariamente no han argumentado eficientemente, por cierta confusión de categorías, proveniente de no clasificar correctamente los diferentes casos de aplicación de estos métodos. Un ejemplo grueso de ello está representado por la advertencia de que el rechazo se produce, unas veces por ineficacia del método, desde el punto de vista de la ciencia empírica (biológica y psicológica) y, otras, porque el método mismo, aun suponiéndolo eficaz, implica ejercicio de la coacción, inadmisible en el procedimiento penal (lesión a la dignidad humana), o, en ocasiones, por ambos argumentos a la vez. Un ejemplo más sofisticado de la confusión, pero igualmente importante, es aquel que, erróneamente, trata el problema en forma genérica, identificando los casos en los cuales el método se utiliza para la *diagnosis* del perito (por ej., hipnosis o narcodiagnosis para indagar sobre una posible alteración mental que demuestre la inimputabilidad o una grave disminución de la capacidad de culpabilidad) con aquellos en los cuales sólo se trata de que el imputado transmita lo que conoce (hipnosis o narcoanálisis para la declaración judicial); allí se confunde al imputado como órgano de prueba y como objeto probatorio, o, dicho de otra manera, se confunde al sujeto (procesal) de derechos y facultades con el imputado como objeto de investigación. Desde este punto de vista, cuando se problematiza acerca de la relevancia que adquiere el método para el principio jurídico que estudiamos, lo primero que debemos colocar a un costado es la efectividad del método para lograr el fin propuesto, tarea propia del experto científico, pues es claro que, si el método es calificado como ineficaz para afirmar, con algún grado de certeza, la verdad

354 *Tratado de Derecho penal*, t. IV, nº 1462 y ss., ps. 693 y siguientes.

355 *Tratado de Derecho penal*, t. IV, p. 715.

356 *Las confesiones penales avoluntarias e involuntarias ante el Derecho constitucional*.

357 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, ps. 707 y ss.; POVIÑA, *Las confesiones penales avoluntarias e involuntarias ante el Derecho constitucional*, p. 672.

de una proposición, el medio de prueba es inútil y, por tanto, inadmisible. De tal manera, suponiendo, como presupuesto, que estos métodos sean eficaces o, por lo menos, que futuros descubrimientos o nuevas técnicas científicas los tornen eficaces —a ellos o a otros métodos[358]—, la primera cuestión consiste en deslindar su uso para diagnosticar (admitido, como en la práctica científica usual), de su utilización como forma de obtener del imputado —análogamente, de cualquier órgano de prueba— una versión sobre lo sucedido o sobre aquello que conoce. En un ordenamiento jurídico liberal como el nuestro, presidido por el principio estudiado, no parece existir la menor duda para afirmar que, en principio, todos éstos son *medios prohibidos para el interrogatorio* de cualquier órgano de prueba, inclusive el imputado. La única pregunta posible reside en si, *con el consentimiento* de la persona a quien se aplica, es admisible, en consideración al principio, permitir su aplicación.

Aquí JIMÉNEZ DE ASÚA, quien rechaza su aplicación aun en esta hipótesis, no ha sido consecuente. Si, como lo postula, dejamos de lado prejuicios (mala práctica) y "maliciosas interpretaciones" y "procedemos con absoluta lealtad", observaremos que el principio protege a la persona en tanto proporciona datos que operan *en su contra* en el procedimiento. De tal manera, aun aplicado el método de manera inadmisible (por ej., sin su consentimiento), si el resultado es un dato que lo favorece (por ej., quien sufre amnesia indica dos testigos que saben que no ha tomado parte en el hecho), el elemento de prueba que de allí surge no sólo puede, sino que debe ser valorado para su beneficio. De otra forma no sólo se atentaría contra la letra del principio —*contra sí mismo*—, sino que, antes bien, se haría caso omiso de su razón de ser: las garantías no pueden ser utilizadas en perjuicio del imputado. Bruscamente, cuando se trata de analizar el caso del uso consentido del narcoanálisis por quien sufre su aplicación, *en su beneficio*[359], el autor citado varía el sentido de su exposición, argumentando ahora alrededor de la ineficacia del método para obtener respuestas seguras, desde el punto de vista científico, y de las manipulaciones prácticas a las que podría dar lugar su aplicación. Ello resulta raro en él que, con mayor conocimiento del que dispongo, ha defendido estos métodos como efectivos desde el punto de vista médico.

El meollo del problema fue bien resuelto por el socialista español, que él parafrasea para rechazar su opinión (el abogado exiliado Miguel PEYDRO), quien, con razón, aprobó la legitimidad del uso "cuando con fines nobles y por métodos perfectamente correctos y controlados con honestidad se trata de hacer un bien...", como "cuando se trata de impedir la condena del inocente, la comisión de irreparables errores judiciales...". He aquí situado el único punto que interesa debatir: suponiendo la eficacia del método para alcanzar la verdad, si el imputado pide su aplicación expresamente, como único modo de defenderse de una imputación cuyos signos exteriores no puede contrarrestar de otro modo, ¿se aprobará esta manera de proceder o será rechazada? Supóngase un amnésico encontrado al lado de un cadáver, objeto claro de un homicidio. El mismo JIMÉNEZ DE ASÚA relata un ca-

[358] Ej.: en la época que esta discusión se suscitó no se conocía el método genético para determinar la ascendencia o descendencia de una persona con una probabilidad que, jurídicamente, representa la certeza; hoy, en cambio, esos métodos son conocidos y determinantes de la investigación sobre la filiación natural.

[359] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, ps. 714 y siguientes.

so de revisión de una sentencia condenatoria debido a la aplicación de uno de estos métodos al interrogatorio de la condenada[360].

El punto de conflicto, entonces, se ubica, precisamente, en el *consentimiento* del imputado —quizás en su pedido expreso— para utilizar un método con base científica, ordinariamente permitido y utilizado por la práctica científica para lograr fines valiosos. Nuestra solución, sintéticamente expuesta, admite la utilización de estos métodos, siempre que lo requiera el propio imputado, con información suficiente sobre sus derechos y asistencia técnica previa obligatoria (deliberación con su defensor), y que el método sea autorizado científicamente y ordinariamente utilizado en el tráfico social (permitido), en casos extremos, en los cuales resulte prácticamente imposible obtener la información por otro medio; el acto, sujeto a autorización judicial, debe perseguir como único fin tornar viable la defensa del imputado (la demostración de su inocencia o de una circunstancia favorable a él), que se frustraría de evitarse la aplicación de esa técnica, y, por ello, sólo consiente como resultado una valoración única *a favor del imputado*, prescindiendo de la que le sea desfavorable. Todo ello implica una regulación procesal minuciosa y complicada, sobre todo para impedir que la información desfavorable llegue al juez que debe valorar el acto en una decisión e influya psicológicamente en él. Por eso postulamos, como en el caso de la apertura de correspondencia o en su similar de la interceptación de comunicaciones, la valoración previa del juez que autorizó la medida, quien decidirá acerca de si la información obtenida ingresa al procedimiento o se prescinde de ella (en este caso, consignando sólo que no se obtuvo resultado alguno) y no intervendrá más en el procedimiento o no integrará el tribunal llamado a decidir sobre el caso. De todos modos, como se trata de la utilización de métodos técnicos o científicos y, por ende, de la interpretación de sus resultados, el acto se debe calificar como una peritación y no reúne las características de la declaración del imputado (falta de conciencia, de voluntad o utilización de su inconsciente)[361]. Mejor aún se regularía la incorporación de los resultados de la peritación al procedimiento si, obtenidos esos resultados, son presentados al imputado y su defensor, quienes deciden acerca de su incorporación y, en caso de decisión negativa, el perito consignara que no fueron obtenidos resultados valiosos, sin alusión a la decisión defensiva.

Cabe advertir que el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (ahora incorporado a la CN, 75, inc. 22), art. 7, no prohíbe recurrir a estos medios si se cuenta con el consentimiento libre del interesado: "... nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos". La regla cobra importancia porque su contenido principal se refiere a la prohibición de la tortura y los tratos crueles o degradantes.

Las dudas sobre la aplicabilidad de la regla de garantía que prohíbe la coacción para obligar a declarar contra sí mismo aparecen, pre-

360 Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, p. 705.

361 Un resumen de la discusión del problema en la dogmática alemana —tradicionalmente adversa a la incorporación del método, aún con consentimiento del imputado— en Frister, *Der Lügendetektor - Zulässiger Sachbeweis oder unzulässige Vernehmungsmethode?*, nº 2, ps. 303 y siguientes.

cisamente, fuera del procedimiento penal, cuando se trata de extender su operatividad a situaciones que no implican la persecución penal ya promovida o el peligro de verse perseguido penalmente. Las dudas han surgido, cuando, por ejemplo, se trata de la declaración de una parte en un procedimiento distinto del penal —civil, comercial, laboral, contencioso-administrativo—, de la declaración de alguien que no ha sido imputado, que es preguntado en un procedimiento penal o distinto del penal sobre un aspecto que compromete su posible persecución penal, o, también, cuando, sin correr el riesgo referente a una persecución penal, sí lo corre respecto de otro interés que se ve perjudicado o se puede ver perjudicado[362].

La Corte Suprema siempre ha dicho que "la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo sólo rige en materia penal" (*Fallos CSN*, t. 238, p. 416; t. 240, p. 416; t. 253, p. 493; t. 259, p. 287). El principio sentado, sin embargo, no significa aclarar que sólo rige en el procedimiento penal —aunque, teniendo a la vista los hechos de los casos resueltos, ésta parece una deducción correcta—, ni aclara todos los casos posibles: de nuestra enunciación anterior se desprende que una persona, llamada a declarar en un procedimiento distinto del penal, obligada o no obligada a decir verdad, puede autoincriminarse o, al menos, dar pie, con sus afirmaciones, a una persecución penal; por lo demás, en el mismo procedimiento penal, una persona que no ha sido imputada, llamada, por ejemplo, a declarar como testigo o a informar como perito, puede también arriesgar su propia persecución penal. Obsérvese la solución de nuestra Corte Suprema, en *Fallos CSN*, t. 227, p. 63, que declara incompatible con la máxima de la defensa en juicio el hecho de recibirle declaración testimonial al imputado.

Piénsese, por ejemplo, en un testigo que, para decir verdad acerca de lo que se le pregunta debe confesar un adulterio —cuando el adulterio era un delito penal—,

[362] Los autores no parecen intuir las clases diferentes de casos generales que interesan a la regla o están vinculados con ella. Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 190, p. 260, quien admite la limitación a la "materia penal", pero indica que "no rige solamente con respecto al imputado, aun cuando aquí tenga su mayor campo de aplicación; se extiende a cualquier persona que sea llamada a declarar en materia penal, como en determinados casos podrían ser los testigos o peritos". PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. IV, nº 452, p. 507, nota nº 41, toma a su cargo el problema al referirse a la absolución de posiciones en el procedimiento civil, repitiendo la doctrina de la Corte Suprema que más adelante citamos, pero limita exageradamente el principio al dar la razón de ella: "... pues dicha garantía sólo tiende a proteger al imputado en el proceso penal"; por ello, nada imagina cuando, más adelante, examina la posibilidad de abstenerse de declarar en otros órganos de prueba (nº 473, *b*, p. 594). Han advertido claramente las distintas clases de casos en relación a la garantía, aun excluidas la figura del imputado y el hecho del procedimiento penal, los autores de Derecho penal, al tratar el delito de falso testimonio: Cf. SPOLANSKY, *Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad*; SPINKA, *La exención de declarar contra sí mismo y la capacidad para ser testigo*. Por lo demás, éste no parece ser un problema particular de nuestro Derecho, pues se discute en otros órdenes jurídicos sobre el alcance del principio; como ejemplo, cf. DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, p. 1.

ya sea llamado en un procedimiento civil (por ej., divorcio por adulterio), o en un procedimiento penal (el testigo, amante de la esposa de la víctima, preguntado por lo que sucedió en la casa del matrimonio).

El caso común de la llamada *absolución de posiciones* o *prueba de confesión* en un proceso civil, conflictivo aparentemente con este principio, en tanto se tiene por confeso de las posiciones presentadas a quien no las absolvió, por incomparecencia o por abstenerse de responder, ha sido mal entendido y mal clasificado en este contexto. En verdad, la *absolución de posiciones* representa una audiencia obligatoria para las partes de un proceso de Derecho privado (en el que son discutidos intereses regidos por el principio de la autonomía de la voluntad y, por tanto, disponibles para las partes), con fines de autocomposición del pleito; el acto sirve al fin de designar aquellos hechos verdaderamente controvertidos y aquellos que no lo son y que, por tanto, deben quedar fuera de la discusión, salvo irracionalidad o prueba en contrario. Entendido así, el acto pierde el carácter de medio de prueba, y se comprende la obligación de concurrir y absolver cada posición como carga impuesta a quien demanda o a quien es demandado. Así se comprende también por qué esa regulación no es compatible con el proceso penal, y menos aún referida al imputado (como, textualmente, lo decía el CPCrim. nacional [1889], 470), pues los intereses que ventilados en ese proceso no son, regularmente, disponibles (el imputado no puede autocondenarse o determinar su propio castigo por aceptación, total o parcial, de la imputación).

Según se ha podido observar, nadie discute que el ámbito principal de operatividad del principio es el procedimiento penal y, específicamente, la declaración del imputado en él. De allí que se designe al imputado —aunque, si se observa bien, incorrectamente— como sujeto incoercible del proceso penal[363]. Sin embargo, se ha visto también, conforme a la multiplicidad de situaciones posibles, que una correcta inteligencia del principio no puede limitar su aplicación al ámbito de un procedimiento penal ya promovido, ni a la situación procesal de haber sido indicado en él como partícipe en el hecho punible objeto del procedimiento.

363 Cf. Clariá Olmedo, *Tratado*, t. I, nº 502 y ss., ps. 497 y ss. En verdad, sobre el imputado se puede ejercer, legítimamente, las medidas de coerción que permiten la ley y la Constitución (art. 18) —v. gr., las privativas de libertad—, pero ninguna de esas medidas puede tener como finalidad el obligarlo a declarar, ni, por tanto, se puede utilizar con ese sentido (cf. de la Rúa, *Proceso y justicia*, § 17, VI, 2, ps. 265 y siguiente). De allí que la incomunicación, que admiten las leyes procesales, no se pueda fundar en la necesidad de obtener una versión verídica por parte del imputado; cf. al respecto, Constitución de Neuquén, art. 35, cuyo texto expresa a la letra esta idea. Cf. la opinión de Obligado, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., 1973, ps. 473 y s., quien, al parecer, admite a la *originalidad* de la versión que proporciona el imputado como uno de los fines de la incomunicación. Claro es que, llegados a este punto —la incomunicación no puede servir para obtener información verídica del imputado— la pregunta política se transforma: ¿tiene sentido permitir la incomunicación?

Se debe aclarar, por fin, que la garantía sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona[364], actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada, en principio, al examen. Las limitaciones de la fuerza a emplear, para tornar posible el examen, emergen de otros principios (prohibición de poner en peligro la vida o la salud) o de la misma naturaleza del acto (imposibilidad de obtener un texto escrito del imputado con fines de cotejo en una peritación, sin su participación voluntaria).

3. Supresión de los tormentos

La *tortura* o el *tormento* fueron, durante el reinado de la Inquisición, métodos habituales y legítimos de indagación y prueba en el procedimiento penal[365]. Nuestra Constitución, siempre respetuosa de su origen ideológico-político[366], declara que "quedan abolidos para siempre... toda especie de tormento" (art. 18). Con ello ha querido eliminar absolutamente, de manera específica, este método de investigación, otrora aplicado no sólo al imputado sino también a otros órganos de prueba —incluso a niños[367]—, que consiste en coaccionar psíquicamente a una persona, mediante la amenaza de sufrimientos físicos o su sufrimiento efectivo, para que revele lo que supuestamente conoce. La tortura o el tormento no fueron exclusivamente métodos auxiliares para la investigación de la verdad, sino también penas y formas generales de vencer la voluntad de una persona para lograr

364 *Fallos CSN*, t. 255, p. 18, con cita de la jurisprudencia y doctrina de los EE.UU. de América, en el mismo sentido.

365 Cf. TARRÍO-HUARTE PETITE, *Torturas, detenciones y apremios ilegales*, cap. I, 4, ps. 15 y ss.; DE LA RÚA, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, I y II, ps. 225 y siguientes.

366 Cf. por todos los iluministas, BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVI, "Della Tortura", en *Opere*, ps. 62 y ss. (versión castellana de Tomás y Valiente, *De los delitos y de las penas*, XII, "De la tortura", p. 95).

367 El acto tercero de *Fuente Ovejuna*, de LOPE DE VEGA, a partir de la escena X, constituye un buen ejemplo de la época; ver, en ps. 165 y ss., el tormento aplicado a niños y a mujeres.

que ella abjurara o se retractara de aquello que había expresado y en lo que creía, por ciencia o por conciencia.

Las leyes inquisitivas reglamentaban la tortura minuciosamente, desde el nivel de conocimiento que debía alcanzarse sobre el hecho (*semiplena prueba*) para autorizarla, pasando por las diversas formas y grados del tormento, hasta concluir con la ratificación voluntaria de la confesión bajo tormento, ahora sin coacción, casi siempre 24 horas después de sometido a tortura. Regularmente, el primer grado consistía sólo en la amenaza de sufrir tormentos y se lo llevaba a cabo mediante la exhibición de los *instrumentos* (aparatos de tortura) que se emplearían[368].

En lo que nos interesa primordialmente, la tortura o el tormento no son más que una de las formas de coacción para obligar a una persona a declarar contra sí misma. Por ello, se confunde con la garantía antes estudiada; empero, se debe tener en cuenta que tampoco es posible aplicar tormentos para, simplemente, obligar a declarar, aunque el contenido de la declaración no perjudique a quien transmite su conocimiento. Es así que no se puede atormentar a otra persona —sea ella imputado, perito o testigo— para que transmita un conocimiento que le es favorable o indiferente para su situación; si se abstiene de declarar o no responde a alguna pregunta, a lo sumo se hará acreedor a las sanciones procesales o penales, de las cuales está excluido, por supuesto, el imputado o quien se pueda perjudicar a sí mismo con la declaración.

La legislación internacional anatematiza la tortura. Existe una *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, hoy incorporada al texto constitucional (art. 75, inc. 22). Su art. 1 contiene una definición amplia de tortura, conforme a la cual están comprendidos no sólo los sufrimientos físicos, sino también los mentales, y variados fines: "con el fin de obtener de ella [la persona torturada] o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación..."; tal definición se entiende "sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".

Más allá de esta convención, todas las declaraciones o pactos internacionales sobre derechos humanos han anatematizado la tortura: *Declaración universal de derechos humanos*, art. 6; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 7; *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, art. 25, sólo "durante la privación de su libertad"; *Convención americana sobre derechos humanos*, llamada

[368] Cf. magníficamente recordado por la obra teatral de Bertolt BRECHT, *Leben des Galilei*, las escenas 12 y 13, ps. 108 y ss., quien escenifica cómo GALILEO abjuró de sus afirmaciones con el primer grado, esto es, al mostrársele los instrumentos.

también *Pacto de San José de Costa Rica*, art. 5, nº 2; *Convenio (Europeo) para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales*, art. 3. Todas estas reglas expresan hoy Derecho interno de primera magnitud, por su incorporación —salvo el caso del Convenio Europeo— al texto de la CN (75, inc. 22).

En el Derecho argentino, la abolición de la tortura comienza con la ley constitucional sobre *prohibición de usar tormentos* de la Asamblea del año XIII (*El Redactor de la Asamblea*, nº 9, del 29/5/1813): "La Asamblea general ordena la prohibición del detestable uso de los tormentos, adoptados por una tirana legislación para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes; en cuya virtud serán inutilizados en la Plaza Mayor, antes del feliz día 25 de mayo, los instrumentos destinados a este efecto". El texto constitucional proviene directamente del *Proyecto de Constitución* de ALBERDI (1852), art. 19: "El tormento y los castigos horribles son abolidos para siempre y en todas circunstancias". La *Constitución de la Confederación Argentina* (1/5/1853) redujo la fórmula a la actual (art. 18), que adoptó la *Constitución de la Nación Argentina* (23/9/1860) en el mismo artículo, suprimiendo de la frase "las ejecuciones a lanza o cuchillo" y adelantando la cópula "y".

La aplicación de tormentos o la tortura constituye hoy, para nuestra ley penal, uno de los delitos más severamente penados (CP, 144 tercero y 144 cuarto), que incluye los sufrimientos psíquicos graves (CP, 144 tercero, inc. 3) y que admite la forma culposa (CP, 144 quinto).

En conclusión:

I. No sólo representan tortura o utilización de tormentos los apremios de cualquier forma o con cualquier instrumento, incluso por omisión (por ejemplo: omitir suministrar un calmante que evita el dolor), que provocan en la víctima un sufrimiento físico, sino también los métodos que acuden al sufrimiento psíquico grave, para obtener su fin (*Convención contra la tortura*, art. 1 y CP, 144, tercero, inc. 3); y no sólo lo es aquélla aplicada sobre la persona de su destinatario directo, sino, además, la que recae sobre un tercero, con el fin de surtir efectos sobre otra persona (por ej., violar a un cónyuge para que el otro confiese).

II. Históricamente, el tormento o la tortura representaban la clásica acción de coaccionar a alguien para obtener su confesión o información sobre el hecho, en el procedimiento penal. Sin embargo, la tortura también se utilizó ordinariamente para castigo de reos o para obtener de herejes la retractación de sus hechos, ideas u opiniones. Actualmente, la inclusión en el concepto de tortura de otros fines distintos al de obtener información para la persecución penal no se discute (*Convención contra la tortura*, art. 1), pero su estudio no corresponde al objeto de este libro.

III. La utilización de este medio para averiguar la verdad en el procedimiento vicia el acto y la información que conforma su contenido

de un modo insubsanable, de manera tal que no es posible la convalidación y, por tanto, no se puede fundar decisión alguna, contraria al imputado, en un acto incorporado al procedimiento con ese defecto; por ello, constituye un motivo absoluto de casación.

Es, en cambio, correcta la utilización a favor del imputado de un acto con ese defecto (por ej., la absolución, por no ser antijurídica la acción de matar que confesó el imputado bajo tormento, agregando que había sido objeto de una agresión por parte de la víctima y citando a los testigos que observaron el hecho), sin perjuicio de la eventual persecución penal de quien participó en el tormento.

IV. La utilización de tormentos o la tortura no es tan solo el componente de una acción que la califica como inválida para cumplir el fin propuesto para obtener la consecuencia jurídica que se persigue o a la cual el acto está destinado (nulidad), sino, además y por sí misma, constituye una acción prohibida y punible, factible de cometerse por omisión y prevista en su forma culposa (CP, arts. 144 tercero y siguientes).

En la jurisprudencia argentina, sobre todo en su historia moderna, el fallo de la Corte Suprema en los autos "Montenegro, Luciano Bernardino, s/robo con armas", dictado el 10 de diciembre de 1981[369], representa un hito sobre la cuestión al decidir la absoluta imposibilidad de valorar una confesión bajo tortura. Asombra, sin embargo, que hayamos debido esperar casi un siglo y medio esta doctrina jurisprudencial[370]. Se critica del fallo, sin embargo, que no haya ingresado al estudio de las consecuencias ulteriores debidas al conocimiento obtenido en la confesión bajo tortura[371].

[369] Ver su texto en "Doctrina Penal", 1983, ps. 301 y ss., con nota de D'Alessio, *El primer fallo de la Corte sobre la tortura*, ps. 295 y ss.; cf., también, de la Rúa, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, ps. 225 y siguientes.

[370] D'Alessio explica la demora sobre la base de dos problemas combinados: la Corte se ha negado, conforme a la naturaleza del recurso ante ella, a ingresar a cuestiones de hecho y a la prueba en casación, y, también, a sentar doctrina en cuestiones relativas a la interpretación de la ley procesal; nunca se había contado con un fallo absurdo, inclusive desde el punto de vista cultural, que afirmara como cierto y probado el tormento aplicado brutalmente al imputado para lograr su confesión y, pese a ello, valorado esa confesión y el remanente de ella, el hallazgo de la cosa sustraída, como elementos fundantes de una condena, circunstancias todas contenidas en la sentencia del tribunal de mérito que soportó el recurso ante la Corte. Cf. D'Alessio, *El primer fallo de la Corte sobre la tortura*.

[371] de la Rúa, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, a quien refuta D'Alessio por entender que no era necesario para la conclusión a la que llegó la Corte (nulidad de la sentencia) y sólo hubiera representado un *obiter dictum*. Tiene razón de la Rúa: según el mismo comentario de D'Alessio, el fallo de mérito condena sobre la base de la valoración de la confesión y del secuestro, en el domicilio del imputado, de la cosa sustraí-

4. Protección del domicilio, las comunicaciones y los papeles privados

a) Antecedentes

Otra de las trabas que soporta la averiguación libre de la verdad histórica, en virtud de limitaciones constitucionales expresas, deriva del *derecho a la intimidad*, reconocido desde la revolución liberal como otro de los bastiones de la dignidad humana. Ante él retrocede, al menos relativamente, la investigación de la verdad como meta del procedimiento. Nuestra Constitución, en el punto, reza: "El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación" (art. 18).

La fuente histórica remota del principio constitucional parece provenir de la *Constitución de los Estados Unidos* de América, (17/9/1787)[372], Enmienda IV: "El derecho del pueblo de estar seguro en sus personas, casas, papeles y efectos contra inquisiciones, o apoderamientos injustos, no se violará; y no se darán órdenes sino en causas probables sostenidas por un juramento, y señalando particularmente el lugar que haya de inquirirse; y los efectos que deban tomarse". Este texto tiene su antecedente inmediato en la *Declaración de derechos de Virginia* (12/6/1776), sección 10: "Que los mandamientos generales por los que se ordene a un oficial o delegado al registro de hogares sospechosos sin pruebas de haberse cometido un hecho, o prender a alguna persona o personas sin consignar los nombres, o cuyo delito no esté descripto particularmente y sostenido con pruebas, son gravosos y opresores y no deben ser concedidos". Se advertirá *infra*, que estos textos, en especial el de la *Constitución de los Estados Unidos*, reaparecen, con pequeñas modificaciones, en la propuesta artiguista para la Asamblea del Año XIII.

En el Derecho patrio, la garantía se conoce desde el comienzo de nuestra vida independiente. Aparece por primera vez especificada en el *Decreto de seguridad individual*, art. 4, incluido en el *Estatuto provisional* de 1811: "La casa de un ciudadano es un sagrado, cuya violación es un crimen; sólo en el caso de resistirse el reo, refugiado a la convocación del juez, podrá allanarse: su allanamiento se hará

---

da; si el recurso, como parece, abarcaba tanto la queja por la confesión inválida, como la queja por el secuestro obtenido sobre la base de esa confesión, es absolutamente claro que la Corte debió pronunciarse sobre ambos aspectos y rechazar también la valoración del secuestro obtenido como consecuencia de una confesión lograda por medio de tormentos (*fruit of the poisonous tree*). Tanto es así que la nueva sentencia de mérito, una vez casada la anterior, debió ocuparse de fundar la *exclusión* de ambos elementos de prueba (D'Alessio, p. 298), para concluir en absolución.

372 Fue traducida para la (Primera) Junta Provisoria de Gobierno y la traducción, como algunas supresiones y notas, atribuidas a Mariano Moreno, porque el documento está escrito de puño y letra por él, o a Alexander Mackinnon, comerciante inglés e informante del *Foreign Office*, por encargo de aquél: Cf. Sampay, *Las constituciones de la Argentina*, p. 89. Este es el texto que nosotros citamos.

con la moderación debida, y personalmente por el juez de la causa. Si algún motivo urgente impide su asistencia, dará al delegado una orden por escrito, y con la especificación que contiene el antecedente artículo; dando copia de ello al aprendido, y al dueño de la casa si la pide". El *Proyecto de Constitución de carácter federal para las Provincias Unidas de América del Sud*[373] rezaba, en su art. 48: "El derecho del Pueblo para (a) ser asegurado en sus personas, casas, papeles y efectos, libre de pesquizas, y sorpresas, no podrá ser violado; y ninguna orden de arresto se expedirá, sino con causa probable y apoyada por Juramento, o afirmación, y describiendo particularmente el lugar que há de ser pesquizado, y las personas que se hán de sorpr(h)ender". Este es el texto directamente influido por la *Declaración de Derechos de Virginia* y por la *Constitución de los Estados Unidos*, citados *supra*. El *Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica-Literaria* (año 1813) protegía tanto la correspondencia epistolar (art. 197), los papeles y efectos privados (art. 200) y el domicilio (art. 205). El *Estatuto provisional* dado por la Junta de Observación (5/5/1815) repite, para declarar inviolable el domicilio (art. XV, del Cap. I, Secc. 7ª), la fórmula del *Estatuto provisional* de 1811; además, su art. XI valora también los papeles privados y establece un procedimiento de garantía para su secuestro y pesquisa. La misma garantía se repite en el *Estatuto provisional* de la Junta de Observación que aprobó el Congreso de Tucumán el 22/11/1816, rechazado por el Director Supremo (Secc. 4ª, Cap. 3º, arts. 19 a 22; Secc. 7ª, Cap. 1º, arts. 5 y 9). La *Constitución de las Provincias Unidas de Sud América* (22/4/1819) repite el texto garantizador del domicilio antes transcripto (arts. CXIX y CXX) y, en cuanto a los papeles privados y la correspondencia, arriba a textos bien próximos a los actuales: "CXV. Todo ciudadano debe estar seguro contra las requisiciones arbitrarias y apoderamiento injusto de sus papeles y correspondencia. La ley determinará en qué casos y con qué justificación pueda procederse a ocuparlos". Estas disposiciones, a su vez, reaparecen, ya definitivamente, en la *Constitución de 1826* (24/12/1826), sancionada por el Congreso General Constituyente (1824/1827), arts. 166, 172 y 173. El *Proyecto de Constitución* de ALBERDI (1852) resume: "La casa de todo hombre es inviolable. Son inviolables la correspondencia epistolar, el secreto de los papeles privados y los libros de comercio". El texto actual proviene de la *Constitución de la Confederación Argentina* (1/5/1853), art. 18, que no sufrió modificación en la Convención Constituyente de 1860 (surgida del Pacto de San José de Flores —11/11/1859— que determinó la anexión de Buenos Aires a la Confederación Argentina), al sancionar la *Constitución de la Nación Argentina*. La reforma de 1994 no contiene novedades al respecto, pues la ley de necesidad de la reforma no contenía este artículo como objeto de ella.

b) Alcance

Ya desde el texto constitucional se advierte que este interés jurídico —la intimidad hogareña, la comunicación con otras personas y los papeles propios— no resulta protegido contra la inquisición propia

[373] Cf. SAMPAY, *Las constituciones de la Argentina*, ps. 107 y ss.; atribuido a Felipe Santiago CARDOZO y a las instrucciones recibidas como diputado a la Asamblea del año XIII por la Banda Oriental, diputado artiguista que no llegó a incorporarse a la Asamblea, pues los diplomas de los representantes orientales fueron rechazados.

del procedimiento penal, en la misma medida que los intereses tutelados por las máximas anteriores. Aunque constituye un axioma constitucional no reconocer derechos y garantías absolutos (CN, 28), para compatibilizarlos con aquellos que pertenecen a los demás miembros de la comunidad jurídica, individualmente o en su conjunto, fuerza es reconocer que aquí se trata de uno de los derechos o de una de las garantías que el mismo texto constitucional concedente concibe con limitaciones —"conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" (CN, 14)—, pues prevé de antemano que "una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación"[374]. Al menos como principio, no se concibe que lícitamente, una persona sea torturada o sea coaccionada para que declare contra ella misma, pero está permitido entrometerse en la vida privada de una persona, allanando su domicilio, secuestrando su correspondencia epistolar o sus papeles privados, o interceptando sus comunicaciones, siempre que se respete las condiciones y exigencias que para ello prevé la ley común.

La pregunta es ahora: ¿cuál es el ámbito de libertad política del legislador común? o, con otras palabras, ¿podrá él, válidamente, someter el allanamiento de morada o la ocupación de comunicaciones epistolares y papeles privados a cualquier condición o, si se quiere, a ninguna condición? La misma Constitución (art. 28) responde: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Conforme a ello, siguiendo el texto de la Constitución, la ley común debe reglamentar la garantía, y, para ello, establecer: quién es la autoridad competente para ordenar el allanamiento o la ocupación, en qué casos y con qué justificativos puede hacerlo y, además, la forma según la cual debe desarrollarse el acto, de manera de conservar la garantía como tal, es decir, comprendiéndola como seguridad para el individuo y regulándola racionalmente para que no pierda ese sentido[375].

No es difícil contestar a estos interrogantes de manera racional, tal que se pueda concluir en que la garantía no es alterada por las leyes

[374] Cf. González, *Manual*, nº 90 y 91, ps. 110 y siguiente.

[375] Cf. la opinión *obiter dictum*, del ministro de la Corte Suprema, doctor Petracchi, en el caso "Fiorentino, Diego Enrique" (27/11/1984, texto en "Doctrina Penal", 1985, ps. 112 y s.), que valora las posibilidades del legislador común para reglamentar la garantía.

que la reglamentan. La garantía no se altera si se responde a la pregunta sobre la autoridad competente para emitir la orden de allanamiento u ocupación, colocando esta facultad en manos de los jueces, pues ellos son los custodios de todas las garantías ciudadanas, según la misma Constitución lo determina (arts. 5, 18, 31, 116 y cc.); son ellos los encargados de decidir sobre la persecución penal (juicio previo-juez natural: art. 18) y, entre otras decisiones que les corresponden, se halla la que autoriza estas injerencias excepcionales en la intimidad de las personas. Extraordinariamente, en caso de peligro en la demora (necesidad), se puede aceptar que otros funcionarios allanen, intercepten las comunicaciones o secuestren papeles privados sin la orden de un juez, mientras dure la emergencia, pero la medida deberá ser sometida, en un plazo breve, a la autorización judicial; si ella no se presta, no sólo quedará sin efecto la medida, sino que, además, carecerán de valor probatorio los resultados obtenidos.

Las autorizaciones excepcionales a otros funcionarios sólo proceden en función de la necesidad y del peligro que implica, para las personas o para el aseguramiento de elementos de prueba, la demora en ejecutar el acto. Es por ello que, por ejemplo, se puede autorizar que otros funcionarios ordenen la interceptación de la correspondencia provisionalmente, siempre en casos de necesidad, pero la apertura de los sobres y la incorporación de los papeles al procedimiento, ya asegurado su secuestro, es tarea que sólo corresponde a los jueces.[1]

Tales autorizaciones excepcionales pueden ser concedidas por cláusula general, referida al estado de necesidad y al peligro en la demora o, como acostumbran los códigos argentinos, determinando los casos concretos en que ella procede.

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. En este sentido, parece necesario comprobar la existencia de una persecución penal concreta (cuyo objeto concreto esté definido: hecho punible investigado), un cierto grado de conocimiento sobre él, la probabilidad de que nos hallemos frente a un hecho punible, y la necesidad de la medida para impedir su resultado, su aprovechamiento o las consecuencias ulteriores, o para asegurar elementos de prueba sobre la infracción, la persona del autor o del partícipe en él. Es como consecuencia de ello que la decisión de emitir la orden debe ser fundada (en el sentido de establecer el hecho punible probable que se trata de prevenir o verificar) y que la orden misma debe determinar concretamente su finalidad de modo preciso, constando en ella, por ejemplo, el lugar que debe ser allanado, los papeles o las cosas a secuestrar, las comunicaciones a interceptar, etcétera.

Nuestra Constitución nada expresa sobre las formas de llevar a cabo la medida ordenada. Pero de sus antecedentes cabe concluir que la injerencia se satisface con el logro del fin determinado en el mandamiento, de la manera más moderada posible, esto es, sin infligir a quien la soporta otros daños accesorios y evitables. Siempre ha sido una medida de esta moderación —y no sólo entre nosotros, sino universalmente[376]—, por ejemplo, evitar los allanamientos nocturnos, sólo posibles cuando son autorizados expresamente o en situaciones de necesidad.

La ley reglamentaria a que se refiere la Constitución es, ordinariamente, la que regula el procedimiento penal, pues ella es la que, interesada por el caso penal concreto y por la forma de averiguarlo, instrumenta los medios de prueba y las formas coactivas auxiliares para hacerlos efectivos (allanamiento, secuestro, interceptación de la correspondencia o de las comunicaciones). Por lo tanto, al corresponder la legislación procesal a los parlamentos locales —según la doctrina predominante—, la reglamentación de la garantía también es de carácter federal, en el sentido de que cada provincia —y la Nación para los casos de competencia federal— establecerá, autónomamente, pero con cuidado de no alterar la garantía concedida, la autoridad competente, la justificación necesaria y la forma de ingresar, legítimamente, al ámbito privado que se resguarda.

Todos los códigos de procedimiento reglamentan la garantía. Respecto del registro de un lugar o del allanamiento de una morada exigen la decisión del juez, que autoriza el acto y su orden escrita cuando faculta a otro funcionario para llevar a cabo el acto (CPP Nación, 224; CPP Córdoba, 203; CPP Mendoza, 228; CPP Salta, 228; CPP, La Rioja, 249 y 252; CPP Santiago del Estero, 169; CPP La Pampa, 208; CPP Corrientes, 224; CPP Entre Ríos, 224; CPP Santa Fe, 218; CPP Tucumán, 203; CPP Costa Rica, 209); exigen, con razón, que la decisión sea fundada, expresamente, CPP Nación, 224; CPP Córdoba, 203; CPP La Rioja, 252; CPP Chaco, 210; CPP Tucumán, 203; Costa Rica, 209; pero de la recta inteligencia de la garantía y de los motivos expresos que autorizan el registro (motivos suficientes o fundados para presumir que en el lugar determinado existen cosas pertenecientes al delito o se oculta el imputado) se desprende la misma exigencia para las otras leyes. Todos los códigos enumeran, también, los casos de necesidad, en los cuales, por excepción, se puede prescindir de la orden judicial escrita (CPP Nación, 227; CPP Córdoba, 206; CPP Mendoza, 31; CPP Salta, 231; CPP La Rioja, 253; CPP Santiago

[376] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, § 104, vol. II, p. 67; CPP Nación, 225; CPP Córdoba, 204, CPP Santiago del Estero, 170; CPP La Rioja, 250; CPP Mendoza, 229; CPP Salta, 229; CPP La Pampa, 209; CPP Entre Ríos, 225; CPP Corrientes, 226; CPP Jujuy, 292; CPP Santa Fe, 219; CPP Tucumán, 204; CPP Costa Rica, 210.

del Estero, 172; CPP Jujuy, 177; CPP La Pampa, 211; CPP Corrientes, 228; CPP Entre Ríos, 227; CPP Santa Fe, 221; CPP Tucumán, 206; CPP Costa Rica, 212). Completan la reglamentación disposiciones relativas a la forma y al tiempo de cumplimiento del acto.

Exigencias similares (autorización judicial, orden escrita para el funcionario delegado) rigen para el secuestro de papeles privados y para la interceptación de la correspondencia epistolar o telegráfica (CPP Nación, 234 y 235; CPP Córdoba, 214 y 215; CPP Mendoza, 235 y 238; CPP Salta, 235 y 238; CPP La Rioja, 256 y 259; CPP Santiago del Estero, 176 y 179; CPP La Pampa 215 y 218; CPP Corrientes, 232 y 235; CPP Entre Ríos, 231 y234; CPP Jujuy, 287 y 283; CPP Santa Fe, 228 y 232; CPP Tucumán, 214 y 215; CPP Costa Rica, 219 y 220).

El CP, 151, prohíbe que los funcionarios públicos —o agentes de la autoridad— allanen un domicilio "sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina" (ley penal en blanco, para cuya integración es preciso recurrir a la reglamentación procesal) y amenaza con pena la lesión de esta norma.

Sin embargo, la ley procesal penal no es la única que tiene necesidad de reglamentar la garantía. Los casos referidos a la persecución penal, aunque son los más importantes y los que con más frecuencia que se enfrentan con ella, no son los únicos en que se procede al allanamiento de una morada, a la interceptación de la correspondencia dirigida a una persona o al secuestro de sus papeles. También el procedimiento civil y comercial presenta casos de esta índole. Incluso hay leyes en las cuales, a contrario de lo que sucede en materia procesal penal y civil, la facultad de injerencia no depende de la decisión judicial fundada[377]. Surge así la pregunta acerca de si las exigencias estudiadas como válidas y razonables, a manera de reglamentación de la garantía en el procedimiento penal, en especial, la autorización por decisión judicial fundada y por orden escrita, con determinado contenido, en caso de delegación, constituyen necesidades mínimas indispensables para su afirmación general, que no pueden ser desconocidas por las leyes que reglamentan su ejercicio (CN, 28), so pena de alterarla, cualquiera que sea el tipo de asunto en el que se presente el problema. La respuesta afirmativa es, para nosotros, clara, según lo ya expresado. Y, sin embargo, nuestra Corte Suprema es de otra opinión: "Aunque en rigor no resulta exigencia del art. 18 que la orden de allanamiento emane de los jueces..."[378]. La doctrina expre-

[377] Por ejemplo, con limitaciones, Ley de abastecimiento nº 20.680, art. 12, *b*, para el allanamiento.

[378] CSN, 27/11/84, "Fiorentino, Diego Enrique" (27/11/1984, texto en "Doctrina Penal", 1985, ps. 102 y ss.), opinión de la mayoría expresada en el considerando 5º, ps. 107 y siguientes.

sada por nuestro máximo tribunal es peligrosa en extremo, pues, en definitiva, desnaturaliza el sistema de división de poderes y, con ello, la función que cumplen los tribunales del Poder Judicial como depositarios de la custodia del cumplimiento de las garantías individuales —fundamentalmente de aquellas sometidas a una autorización para tolerar la injerencia estatal[379]— puestas juego en un caso concreto.

c) El valor del consentimiento

Ha tenido —otra vez— importancia decisiva, en la aplicación práctica de la garantía, la discusión acerca del papel que juega el *consentimiento* del agredido por la medida. La discusión, como se puede intuir, gira en torno de la pregunta acerca de si el consentimiento del agredido permite prescindir de las formalidades que la ley exige (decisión fundada de un juez, orden escrita, horario, etc.) o, por el contrario, carece de ese efecto legitimante para la inobservancia de las reglas reglamentarias. De *lege lata* resulta curiosa la discusión, pues nuestras leyes procesales se han referido al consentimiento del agredido por el allanamiento sólo para otorgarle efecto autorizante del horario nocturno, ordinariamente excluido para practicar esa medida; no otorgan al consentimiento otro valor, por lo que resulta sencillo formular la regla de que el consentimiento carece de valor para prescindir de las formalidades previstas por la ley reglamentaria, salvo el efecto de excepción mencionado.

La ley penal parece jugar también un papel que afirma esta regla. En efecto, cuando prohíbe la violación de domicilio (CP, 150) concede al consentimiento —ex-

[379] Así resulta, desde los albores de nuestra integración nacional, de los textos constitucionales que fueron antecedente y sirvieron como fuente de nuestra Constitución nacional: *Constitución de los Estados Unidos* (ver nota nº 372), Enmienda IV y *Declaración de derechos de Virginia*, secc. 10; *Decreto de seguridad individual*, art. 4 y *Estatuto provisional de 1811*; *Proyecto de Constitución federal para las Provincias Unidas de América del Sud*, art. 48; *Estatuto provisional de 1815*, dado por la Junta de Observación, art. XV, cap. I, secc. 7ª; *Estatuto provisional* aprobado por el Congreso de Tucumán el 22/11/1816, secc. 4ª, cap. 3º, arts. 19 a 22 y secc. 7ª, cap. 1º, arts. 5 y 9; *Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica* (1919), arts. CXIX y CXX; *Constitución de 1826*, arts. 166, 172 y 173 (ver referencias en el texto, *c*, I).

Por lo demás, cuando la CN, 18, menciona "autoridad competente" —por ejemplo, para autorizar el arresto por una orden escrita— no se refiere, precisamente, a la autoridad que designe la ley en el futuro, sino, antes bien, a la autoridad competente según la misma Constitución —por ejemplo, el presidente de la Nación para el caso previsto en el art. 23, CN, o los jueces en el caso del procedimiento penal—, o, dicho de otra manera, a la autoridad competente que designe la ley dentro del marco de competencias de (en consonancia con) la Constitución nacional.

preso o presunto— valor primordial para eliminar la prohibición, mientras que, cuando a continuación (CP, 151) prohíbe el allanamiento de una autoridad pública, contrario a la ley reglamentaria, no repite la fórmula y calla por completo sobre el consentimiento y su efecto de excluir la prohibición. Si se repara en la relación entre ambas figuras, y en el texto del art. 151, parece correcta la conclusión de que el legislador penal entendió que no era él, precisamente, quien debía "reglamentar la garantía", determinando las formalidades y los casos en los cuales está permitido allanar un domicilio; sólo acudió en tutela del derecho a la intimidad, respetando las formas establecidas por las leyes que lo reglamentan, cuando se trata de la injerencia permitida que lo afecta.

Empero, la práctica ha demostrado que éste es el punto "neurálgico" del tema, porque de la decisión que se adopte sobre él depende, en gran medida, que la garantía signifique una protección efectiva de la intimidad individual, frente a la arbitrariedad de los órganos estatales comprometidos con la persecución penal, o que, por el contrario, resulte relativamente sencillo ingresar al ámbito privado de los individuos y ocultar la injerencia arbitraria. En teoría, la pregunta parece un contrasentido, pues el afectado libera con su consentimiento, el ámbito privado que la ley intenta proteger (domicilio, papeles privados, comunicaciones); así demuestra su falta de interés y permite su trascendencia pública (esto es, define él mismo el ámbito de su privacidad particular). La garantía se agotaría, así, propiamente, en un derecho: la *facultad de exclusión* de las personas que el portador, voluntariamente, indique. Este derecho, que existe (de allí que el CP, 150, al definir la violación de domicilio de particulares lo tenga en cuenta para determinar la prohibición sobre la base del consentimiento), y que implica el poder del individuo para establecer el alcance de su ámbito privado (quiénes ingresan a mi casa, escuchan mis conversaciones, leen mis cartas, etc.), tiene sentido, como límite, frente a personas que no ejercen el poder estatal, pero parece insuficiente, en la vida práctica, frente a órganos dotados de la fuerza que supone el poder estatal. En efecto, la sola presencia de la fuerza pública implica, en la vida real, coacción suficiente para producir un consentimiento viciado o, al menos, otorgado con error acerca de la facultad del requirente, y, por lo demás, a la misma fuerza pública le es posible emplear mecanismos sutiles de coacción, que no se verán reflejados al juzgar el acto, o que serán fáciles de ocultar al documentarlo o para el caso de intentar su reconstrucción judicial.

Es por todo ello que la Constitución contiene, al lado del derecho a la intimidad, como posibilidad de exclusión de terceros de ciertos ámbitos privados, una garantía frente al poder estatal, que reside en prohibir la injerencia de los órganos del Estado, por regla general, y

sólo permitirla en los casos y bajo la observancia estricta de las formalidades que la ley prevé al reglamentar racionalmente la garantía. Esto es lo que surge de la cláusula que, enfáticamente, declara *inviolable el domicilio, la correspondencia y los papeles privados*, tolerando que la ley, sin desnaturalizar su sentido de garantía individual, establezca los casos en los cuales se puede proceder a su allanamiento y ocupación, las exigencias para la justificación de la injerencia y las formalidades bajo las cuales se debe proceder. En cumplimiento de esta última misión la ley exige, razonablemente, según ya hemos visto, una decisión judicial fundada y, además, la orden escrita de contenido determinado cuando se delega la ejecución, a excepción de los casos de necesidad que ella misma establece. De esta manera, la ley aclara que el consentimiento carece de valor legitimante, que no es cuestión de pedirle permiso al interesado para eludir la decisión y la orden judicial, sino, por el contrario, de recabar previamente la autorización de un juez, como regla, antes de visitar o molestar a los particulares.

Recientes movimientos en la jurisprudencia han acotado el tema. La CCCF de Buenos Aires[380] expresó, por una de sus salas, que "el allanamiento que menciona el texto constitucional, significa entrar por la fuerza a una casa ajena o contra la voluntad de su dueño. Por consiguiente, si existe voluntad de permitir el ingreso, no hay allanamiento ni necesidad de orden que lo disponga. El consentimiento del interesado y el allanamiento serían entonces las dos caras de una misma moneda: el ingreso a una morada ajena, que puede realizarse o por la voluntad del titular o contra ella (allanamiento)". Sin embargo, el fallo completó la idea, muy claramente, al "exigir que el consentimiento válido para excluir la hipótesis del allanamiento debe ser prestado de modo expreso (no hay confesiones criminales tácitas) por la persona que tenga derecho a excluir a un tercero del domicilio y que, además, puede verse perjudicado por el registro que realice el órgano de prevención".

En la misma época, el mismo tribunal, por otra de sus salas[381], aclaró: "Esas mismas ideas han inspirado (se refiere, precisamente, al consentimiento) a mi juicio el sistema que adopta nuestro Código de procedimientos en materia penal. Para entrar a un domicilio privado el consentimiento *sólo sirve al juez*, habilitándolo a disponer, en la ocasión del art. 404, que una requisa se realice fuera de las horas diurnas, aun cuando no concurran las demás circunstancias del art. 430"; sin duda, la opinión contraria a la anterior.

380 Sala I, 10/8/1984, "Monticelli de Prozillo, Teresa B.", en "Doctrina Penal", 1985, ps. 76 y ss., citas de los considerandos IV y VI, voto del juez GIL LAVEDRA, ps. 78 y siguiente.

381 Sala II, 24/10/1984, "Barboza, Carlos A. s/hurto", en "Doctrina Penal", 1985, ps. 93 y ss., cita del considerando II, *in fine*, voto del juez D'ALESSIO.

Un mes y medio después la Corte Suprema dictó sentencia en el ya célebre caso "Fiorentino"[382]. El voto mayoritario quitó casi todo su valor al consentimiento, aun sin expresarlo con claridad: negó efecto a la autorización de una persona aprehendida o detenida por una comisión policial, más aún cuando de las circunstancias del caso se desprende "la inexperiencia del imputado en trances de ese tipo" (esto es, el error o la duda sobre la facultad de exclusión), y a la suerte de *consentimiento presunto* que admiten los jueces ante la frase burocrática que informa acerca de que el interesado "no opuso reparos", pues, frente a la agresión policial, la resistencia "constituye una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas". El voto minoritario del juez PETRACCHI es más directo; considera ajustada a la garantía la reglamentación del allanamiento que contiene el CPCrim. nacional (1889) y, así, expresa: "... no parece que el Código de procedimientos en materia penal para los tribunales nacionales faculte a prescindir de tal orden escrita de allanamiento, fuera de los casos de estado de necesidad contemplados en el art. 189 de ese cuerpo legal, y que otorgue al consentimiento un alcance mayor que el previsto en el art. 403, inc. 4, o sea, el asignarle valor a los fines de que el allanamiento *debidamente autorizado* se realice de noche, cuando ello por regla está prohibido".

Estos fallos, cuyo discurso regresa al tono principista y a la indagación histórico-ideológica que debe presidir la interpretación de nuestra Constitución (según el resultado al que arriban: exclusión del elemento de prueba obtenido ilegítimamente) para no falsificarla, tuvieron repercusión inmediata en la jurisprudencia común[383], sobre todo, por supuesto, el de la Corte Suprema. Sin embargo, la mayoría de sus afirmaciones son, al menos parcialmente, *obiter dictum*, pues la base fáctica sobre la cual se decidía, salvo "Barboza" (CCCF de Buenos Aires, Sala II), no soportaba la idea que refleja el *consentimiento*: se trató de casos de ausencia de consentimiento, en los cuales los titulares del derecho de exclusión habían omitido toda expresión de su voluntad, soportando los efectos de una injerencia ilegítima de la autoridad policial, sin orden judicial, o, al menos, habían sido forzados a soportar esa injerencia. El llamado *consentimiento tácito* (en verdad, *consentimiento presunto*) supone, en verdad, la ausencia de una voluntad real del afectado, que permita conocer su decisión; él es, en verdad, una *ficción*, construida sobre la base de la imposibilidad de recurrir, en el momento en el cual existe la necesidad de obrar, a la voluntad real de quien debe decidir, y de la determinación razonable de lo que hubiera decidido el afectado, conforme a un comportamiento social adecuado[384]. Es por ello que los casos aquí tratados resultan ridículos si se los encasilla como ejemplos de consentimiento presunto —interpretando así la frase burocrática "... no opuso reparo alguno"—, pues se trata de casos en los cuales, por estar allí el afectado, la apelación a la ficción deviene imposible; son, en realidad, casos de ausencia de consentimiento o de permiso, sin posibilidad de recurrir a la figura del consentimiento presunto (aquello que hubiera hecho el afectado en la ocasión, según el comportamiento social adecuado, teniendo en cuen-

[382] CSN, 27/11/1984, "Fiorentino, Diego Enrique", en "Doctrina Penal", 1985, ps. 102 y ss., con el dictamen del Procurador General de la Nación.

[383] Cf. MAIER, *Inviolabilidad del domicilio*, § 5, p. 75.

[384] Cf. STRATENWERTH, *Strafrecht*, 2ª ed., nº 395 y ss., ps. 131 y siguientes.

ta las circunstancias del caso). Es, en cambio, un caso propio de consentimiento presunto, la autorización para allanar sin orden judicial del CPP Nación, 227, inc. 2: denuncia de que personas se introducen a una casa para asaltarla o cometer algún delito.

Las mismas razones alcanzan para postular, de *lege ferenda*, que el consentimiento (expreso) no debe habilitar para prescindir de la orden judicial, salvo los casos de necesidad previstos en la misma ley (pedido de auxilio, en verdad un caso de consentimiento expreso, y persecución inminente del prófugo). No se observa la necesidad —si es que no se aspira a convalidar por vía oblicua allanamientos ilegítimos— de prever efectos autorizantes para el consentimiento, pues los casos de urgencia no precisan, según la misma reglamentación, de la orden judicial previa; en los demás casos, molestarse a requerir la orden significa concluir en un mínimo sacrificio, sin consecuencias perniciosas para la persecución penal, en aras de la garantía individual. Piénsese, también, en la cláusula general de autorización que proviene del *estado de necesidad* (CP, 34, inc. 3).

Es por ello que no participamos, como política adecuada, de lo afirmado, *obiter dictum*, por el voto minoritario del juez PETRACCHI en el fallo de la Corte Suprema "Fiorentino": "Pero, al determinar el intérprete las condiciones mínimas que se desprenden de la propia cláusula constitucional, se hallará que el consentimiento revestido de suficientes garantías de autenticidad no es incompatible por definición con el amparo de la inviolabilidad de la morada". Agrega luego: "Es decir, que el legislador nacional o provincial está autorizado, de *lege ferenda*, a dar efectos al consentimiento en esta materia, siendo misión de la jurisprudencia constitucional establecer los requisitos y alcances que debe reunir a los fines de no sobrepasar los límites impuestos por el art. 18" (considerando 8º).

Menos aún compartimos la opinión de la CCCF, Sala I, en "Monticelli de Prozillo": "Lo dicho conduce, según entiendo, a exigir que el consentimiento válido para excluir la hipótesis del allanamiento debe ser prestado de modo expreso (no hay confesiones criminales tácitas) por la persona que tenga derecho a excluir a un tercero del domicilio y que, además, puede verse perjudicado por el registro que realice el órgano de prevención" (voto del juez GIL LAVEDRA, VI); "es obvio que el consentimiento del interesado para que el funcionario policial penetre en su domicilio debe ser prestado voluntariamente y estar exento de cualquier clase de coacción" (voto del juez TORLASCO, II).

Quizá la inutilidad de otorgar efectos al consentimiento, y el peligro que de esa decisión se desprende, se vean reflejados parcialmente por la frase del juez D'ALESSIO, al votar en "Barboza": "Una vez más, normas llenas de sentido y arraigadas en la inteligente preocupación por hacer realidad la vigencia de las garantías constitucionales fueron quedando sepultadas con la rutinaria repetición de usos y costumbres burocráticos que, en la materia que trato, se han traducido en la consagración de la frase '... quien no opuso reparos', como infalible sanalotodo de los vicios en que pueda incurrirse al realizar el allanamiento".

Aquello que se debe evitar es el intento de eliminar el control judicial sobre la procedencia del allanamiento, escondido tras la acep-

tación del consentimiento para autorizar la injerencia. El control se debe realizar también frente a los allanamientos urgentes o necesarios, permitidos sin orden judicial. El juez debe decidir sobre su legitimidad, y para ello se debe colocar en el lugar y en el momento en los cuales obró el funcionario que ordenó o autorizó el procedimiento. Múltiples allanamientos que hoy se llevan a cabo carecerían de sentido, como aquellos fundados sólo en "informaciones confidenciales" o en denuncias anónimas (delaciones), condiciones bajo las cuales un juez no puede autorizar el ingreso a un domicilio. Si el allanamiento ejecutado sin orden judicial es reputado inadmisible por el juicio posterior, pierden toda virtualidad probatoria los resultados que con él se haya obtenido.

Se debe señalar, sin embargo, que la tesis que considera al consentimiento del afectado —más aún, de personas distintas: cónyuge, familiares próximos— como "remedio" frente al incumplimiento de las formalidades prescriptas por la ley procesal, tiñe toda la jurisprudencia de la CSN posterior a "Fiorentino", no obstante que en varios de dichos fallos se intente limitar el concepto, para aplicar la cláusula de exclusión, fundamentalmente, en los casos de coacción[385]. Ese razonamiento llegó a su punto culminante en un fallo en el que la CSN, fiel a su tendencia actual de desconocer los derechos individuales cuando coliden con intereses estatales[386], concede eficacia probatoria al secuestro y al mismo testimonio de un funcionario policial que, sin orden judicial y sin darse a conocer como tal, ingresó a una sede consular acompañado de una persona conocida del titular del consulado que había sido previamente detenida e incomunicada[387]. El cónsul hizo entrega, en el domicilio consular, de una determinada cantidad de sustancias controladas (de tenencia y comercialización prohibidas según la ley nº 20.771), a pedido de la persona por él conocida y en presencia del funcionario policial encubierto bajo la apariencia de ser amigo de su conocido. La CSN advierte la irregularidad del ingre-

[385] Cf. un resumen parcial de esa jurisprudencia en BORINSKY, *Constitución Nacional, allanamiento de domicilio y conformidad del afectado.*

[386] Cf. BACQUÉ, *Corte Suprema de Justicia de la Nación: cambio de jurisprudencia en materia de derechos individuales.*

[387] "Rivas Graña, Ricardo E.", sentencia del 11/12/1990 (publicada también en *LL*, t. 1991-B, ps. 190 y ss.): "Fernández, Víctor H.", en "Doctrina Penal", 1992, ps. 133 y ss., con nota de SANDRO, *Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal*, ps. 125 y ss., cuya lectura es recomendable.

so policial al domicilio consular, pues el caso no representaba ninguna de las excepciones previstas en la ley procesal y, también, la violación del procedimiento previsto en la Convención de Viena sobre relaciones consulares, 31 (ratificada por la ley nº 17.081). Inmediatamente después, pasa a analizar el valor del "consentimiento" —en verdad, para el caso, ausencia de oposición— prestado por el titular del derecho de exclusión (el cónsul): por un pase de magia descarta la existencia de engaño o fraude desplegado por la policía para ingresar en la sede consular, a pesar de admitir que existió un procedimiento policial encubierto (policía que se hace pasar por amigo de un conocido del cónsul, que ya se encontraba detenido, esto es, coacto), argumento que avala la conclusión de que el "consentimiento" del allanado (¿?) no estaba viciado. Agrega a ello la falta de actividad del funcionario policial (¿?), dado que los estupefacientes fueron entregados "voluntariamente" (¿?) por el cónsul. Según esta particular visión de la realidad, el hecho de que la policía "excarcele" a un detenido, "comunique" con otras personas a un incomunicado, lo conduzca hacia una sede consular, le imponga pedir la sustancia prohibida a quien la tenía, ingrese a la sede consular bajo el título de amigo sin dar a conocer el motivo de la visita ni su calidad de funcionario de la persecución penal, observe el acontecimiento para testimoniar después sobre él, secuestre la sustancia y hasta conduzca al cónsul fuera del domicilio y lo detenga, representa "inactividad" policial. En realidad, en todo el fallo campea la inversión conocida de las reglas del Estado de Derecho: la eficiencia de la persecución penal y de la actuación del Derecho penal en un caso particular prevalece sobre el sistema de garantías individuales, circunstancia que retorna el debate a la situación política que se planteó en el siglo XVIII, ya decidida por nuestro constituyente en forma clara y en sentido inverso.

No es éste el lugar —ni es necesario— para el análisis pormenorizado del universo de problemas que plantea el fallo (incluida la eventual responsabilidad de los funcionarios policiales —¿CP, 221?—), que debería abarcar, necesariamente, un estudio de la compatibilidad de las *prácticas policiales de provocación* (*Lockspitzelpraxis*, en la RFA; *undercover agents*, en los EE.UU.) con el sistema de garantías tradicional del Estado de Derecho[388]. Tampoco es posible —quizás por falta de es-

[388] Cf. una crítica pormenorizada en Lüderssen, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, ps. 349 y ss. También Dencker, *Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung*, ps. 238 y ss. Entre nosotros y referente al fallo, cf. Sandro, *Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal*, § 3, II, ps. 130 y siguientes.

pacio— enumerar todas las irregularidades respecto del Estado de Derecho soportadas y, ahora sí, *consentidas* por acción y omisión en este fallo. Baste con señalar que las mismas críticas dirigidas, en forma general, contra el consentimiento del afectado como modo de subsanar la injerencia policial ilegítima son automáticamente aplicables —con mayor claridad aun— en el caso, a esta versión agigantada del *consentimiento presunto*. La garantía constitucional consagra un ámbito de privacidad protegido, fundamentalmente, contra injerencias estatales irrazonables o arbitrarias. La reglamentación procesal de la garantía —y sólo ella— es la encargada de delimitar los casos en los cuales la protección cede frente al desarrollo de la persecución penal y las formas según las cuales la injerencia es tolerable. El "consentimiento" del afectado, ignorante de que le está franqueando la puerta de su morada al Estado (persecutor penal), no juega —ni puede jugar—, al menos en esta situación, papel alguno[389].

Asombra ver cómo estos problemas son planteados en el Derecho argentino, sobre todo si se tiene en cuenta que nuestros jueces, cuando se trata de la queja de una persona individual, son absolutamente remisos a apartarse de las reglas de Derecho positivo de dudosa constitucionalidad o claramente contrarias a la Constitución[390]. En el ca-

[389] Una crítica similar dirigida a la regulación del problema en la OPP de la RFA (§§ 110a y ss.) en FRISTER, *Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG*, ps. 151 y ss. Las recientes reformas introducidas a la ley nº 23.737 (ley nº 24.424 del 7/12/1994) que adoptan la figura del agente encubierto, en forma por demás cuestionable —no existe regulación alguna de su actividad, y se incorpora una excusa absolutoria amplísima, por lo cual el agente encubierto es libre para cometer un enorme catálogo de delitos—, crearán, sin duda, nuevos y graves problemas. Ello se debe a que —más allá de los reparos éticos que estas formas de investigación puedan merecer— el legislador argentino no ha tenido cuidado alguno por analizar la compatibilidad de las normas sancionadas con las reglas contenidas en el CPP Nación, tal como resulta evidente, por ejemplo, en el tema ahora estudiado. Distinta es la situación —aunque tampoco exenta de problemas— en la OPP de la RFA, en donde se exige la conformidad del juez del procedimiento preliminar para el ingreso "encubierto" a viviendas privadas (OPP, §§ 110b y 110c) y, sin embargo, aun de esta manera, la regla permisiva es criticable frente al Estado de Derecho.

[390] Por ejemplo, cuando se ha planteado que quien juzga no puede ser el mismo juez que investigue el acontecimiento, regla universal básica para apreciar la imparcialidad del tribunal juzgador, los jueces, a pesar de reconocer el estado universal de la cuestión, se han negado a aplicar remedios sencillos, que corrijan la regla sin derogarla (interpretándola a favor de la garantía), bajo el único argumento de que, lamentablemente, el Derecho procesal penal positivo manda en sentido contrario (interpretación errónea). Algo parecido sucede con el imperativo del juicio por jurados y sucedió, durante más de cien años, con la necesidad de un juicio público y oral.

so, el Derecho procesal penal positivo resulta irreprochable para el mantenimiento del Estado de Derecho, pues sólo concede al consentimiento del afectado un lugar minúsculo: ese consentimiento permite dejar de lado el horario diurno no especificado en la orden judicial de allanamiento; de tal manera, el consentimiento expreso y, mucho más, el presunto, según el texto de la ley procesal, no juegan papel alguno permisivo del allanamiento por la autoridad de investigación que no posee una orden judicial en forma. Son, según se observa, los jueces, sin autorización alguna del Derecho positivo, quienes, para cohonestar procedimientos policiales irregulares, han planteado la teoría del consentimiento y, más allá, la del llamado consentimiento tácito (falta de oposición ante la fuerza pública). Al menos, aun decolorando la garantía constitucional debieron haber pensado que cuando la ley concede más que la propia garantía —esto es, la Constitución admitiría el consentimiento como justificador de un allanamiento sin orden, pero la ley, en favor del amparado, no lo admite— ella no es inválida[391]. Este desconocimiento de la garantía a manos del interés estatal por la persecución de los delitos y por la averiguación de la verdad como meta del procedimiento penal, según lo expresa el único argumento serio, pero equivocado, del fallo de la CSN, no es casual: si se une esta solución con la citada en este mismo parágrafo (D, 1, III, nota nº 157) se obtendrá como resultado la consolidación de una regresión jurisprudencial en el tema de las garantías individuales que, a contrario de lo sucedido en la década anterior, institucionaliza una ética según la cual el Estado *debe* aprovechar del comportamiento ilícito de sus propios agentes para lograr eficiencia en la persecución penal[392].

[391] En este sentido, el voto del ministro de la CSN, Dr. PETRACCHI, en "Fiorentino", en "Doctrina Penal", 1985, ps. 112 y s. El argumento interpretativo de la ley procesal penal positiva es claro: la ley hace referencia al consentimiento —expreso— para convalidar allanamientos, debidamente autorizados por un juez, que se realizan de noche, cuando en ese horario, por regla, el acto está prohibido. ¿Para qué habrá mencionado la ley el consentimiento en estos casos, si él, en verdad, es una fórmula de justificación de todo allanamiento, aun sin orden judicial? Por lo demás, como el ministro PETRACCHI expresa, la ley sólo faculta a prescindir de la orden en los casos de necesidad excepcionales que ella misma indica, ninguno de los cuales se vincula al consentimiento del afectado por la medida.

[392] Con ligeras modificaciones de redacción, la conclusión es de SANDRO, *Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal*, § 4, p. 132.

d) La correspondencia y las comunicaciones

Los mismos principios expresados para la garantía del domicilio (allanamiento) rigen también, sin limitaciones, para las comunicaciones y los papeles privados. Las leyes requieren, también para estas injerencias, la autorización judicial, según hemos visto. Las mismas leyes permiten, algunas veces, que por razones de urgencia se proceda sin orden, por ejemplo, a interceptar y secuestrar la correspondencia o los papeles privados. Empero, la incorporación de esos elementos al procedimiento, una vez superado el peligro de demora, depende del juicio del tribunal. Una vez secuestrados la correspondencia o los papeles privados, sólo el juez se entera de su contenido y, mediante una nueva resolución judicial, puede exponerlos a la publicidad del procedimiento cuando sean útiles para la averiguación de su objeto (CPP Nación, 235; CPP Córdoba, 215; CPP Tucumán, 215; CPP Costa Rica, 220).

El *consentimiento expreso*, en el sentido de la incorporación de la correspondencia al procedimiento por el imputado o su defensor, habilitá, aquí, su valoración como elemento de prueba.

Una interpretación progresiva de la Constitución es perfectamente admisible y razonable (CN, 33). Ella es necesaria para superar la dificultad técnica que presenta la referencia a la "correspondencia epistolar". Los medios técnicos que revolucionan hoy las comunicaciones (inalámbricas, por teléfono, por teletipo, por radio, por facsímil, etc.) quedan así comprendidos en el derecho a la intimidad y en la garantía estudiada. Conforme a ello, cualquier tipo de comunicaciones goza de las mismas garantías que la correspondencia epistolar y la injerencia relativa a alguno de esos medios, en principio inadmisible, sólo se puede practicar válidamente según las condiciones previstas para la ocupación de la correspondencia epistolar. Así está previsto en todas las legislaciones: CPP Nación, 236; CPP Córdoba, 216; CPP Tucumán, 216; CPP Costa Rica, 221.

Curiosa es la facultad, concedida al juez, de impedir la comunicación. Como el procedimiento penal representa siempre conocimiento de aquello que ha sucedido, la autorización para impedir la comunicación sólo se puede comprender en conexión con el estado de necesidad que representa impedir la consumación, la prolongación de esa consumación en caso de delito permanente, o el agotamiento del delito y, más allá de ello, pero fuera del procedimiento, para impedir la consumación de cualquier otro delito que no represente el objeto del procedimiento, siempre que el daño inferido en este caso a quien intenta comunicarse sea ponderado menor que el bien jurídico que se pretende salvar (CP, 34, inc. 3). Salvo el caso muy limitado de la incomunicación, supuesta como legítima, y dentro de sus mismos límites, sería imposible interpretar la regla en el sentido de que la auto-

rización para impedir la comunicación puede no estar vinculada a propósito concreto alguno.

Por lo demás, las leyes procesales penales contienen, ordinariamente, preceptos que declaran inadmisible, de manera absoluta, la interceptación de las comunicaciones escritas u orales entre el imputado y su defensor o el secuestro de los escritos que las contienen (CPP Nación, 237; CPP Córdoba, 212; CPP Santiago del Estero, 182; CPP La Rioja, 261; CPP Mendoza, 241; CPP Salta, 241; CPP La Pampa, 221; CPP Corrientes, 238; CPP Entre Ríos, 237; CPP Jujuy, 285; CPP Santa Fe, 235; CPP Tucumán, 212; CPP Costa Rica, 222), y hasta incluyen allí comunicaciones o documentos a los cuales se extiende el derecho o el deber de abstenerse de declarar testimonialmente[393]. Los códigos argentinos limitan incorrectamente esta prohibición a las comunicaciones escritas. Bien interpretados, incluso por aplicación analógica *in bonam partem*, la regla se debe formular en el sentido del texto anterior.

La interdicción relativa al defensor se vincula más al derecho a la defensa, que a la garantía del ámbito privado. Las demás tienen relación con el ámbito privado, pero su razón de ser mira más directamente a la protección de la confianza familiar, de empleo o profesional (deber o facultad de guardar secreto).

5. Las llamadas "prohibiciones probatorias"

Las restricciones impuestas a la actividad probatoria, estudiadas bajo este número, perderían su sentido si la inobservancia de esos preceptos, o de los que no admiten la injerencia sino bajo ciertas formas y autorizaciones, no provocara la inadmisibilidad de incorporar al procedimiento los elementos de prueba —desfavorables para el imputado— obtenidos ilegítimamente o, si ya fueron incorporados, la expulsión de su seno. El tema, que entre nosotros ha comenzado a analizarse recientemente[394], se conoce también, en el Derecho continental europeo, bajo el epígrafe de *prohibiciones de valoración probatoria*[395] y, en el derecho anglo-sajón, bajo el rubro de *exclusionary*

393 OPP Alemania Federal, § 97; cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, § 97, ps. 57 y siguientes.

394 Cf. DE LA RÚA, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*; *Algo más sobre prohibiciones de valoración probatoria*; CAFFERATA NORES, *Los frutos del árbol envenenado*; GUARIGLIA, *Las prohibiciones probatorias*.

395 Cf. DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, ps. 1 a 12; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 24, D, ps. 155 y siguientes.

rule (regla de exclusión), *supression doctrine* (doctrina de la supresión), con su extensión al *fruit of the poisonous tree* (fruto del árbol venenoso)[396], por el efecto principal que provoca: la decisión judicial contraria al interés del portador de la garantía no puede ser fundada en elementos de prueba obtenidos mediante su inobservancia o con violación de las formas previstas en resguardo de la garantía. Conviene aclarar, sin embargo, que la cuestión, al menos en el Derecho europeo-continental, no se reduce a la custodia de las garantías individuales, aunque la comprende, sino que abarca también el resguardo de las formas probatorias en general previstas por la ley. De todas maneras, la doctrina adquiere importancia superlativa para la efectiva imposición de las garantías ciudadanas.

Ernst BELING fue quien comenzó el estudio científico de estos problemas, bajo el rubro de "prohibiciones probatorias" (*Beweisverbote*)[397]. El título que adopta no es, a nuestro juicio, feliz, pues no se trata aquí de determinar deberes de los funcionarios —aunque pudieran existir— y sanciones para ellos por infracción a esos deberes, esto es, de *normas de deber*, sino del análisis de los elementos de prueba idóneos o admisibles para fundar una resolución judicial y, por ende, de estudiar cuáles son las *facultades* jurídicas de quienes operan el procedimiento y cuáles sus límites, materia propia de las *reglas* que hemos llamado *potestativas*. La confusión de la rúbrica deviene, precisamente, de las garantías constitucionales, pues casi siempre se liga a ellas, al lado de la regulación de las facultades de los órganos estatales que actúan en el procedimiento, una regla de deber, ordinariamente una prohibición, como sucede con la *tortura* y el *allanamiento ilegítimo*. De todos modos, el uso idiomático común conduce muchas veces a expresar la negación de una facultad como prohibición, defecto en el cual nosotros también incurrimos reiteradamente en este libro. pues, incluso, referida a esta negación a un órgano del Estado, es correcto, bajo cierto punto de vista, advertir que la negación de una facultad de hacer implica prohibición de hacer, conforme a la regla básica del Estado de Derecho.

Empero, todos los títulos anticipados han adquirido, por el momento, carta de ciudadanía para expresar, en el Derecho procesal penal, un núcleo de problemas muy conexo a la vigencia real de las garantías constitucionales, referidos a los límites de la adquisición del conocimiento necesario para decidir acerca del objeto del procedimiento, el hecho punible imputado, esto es, se vincula a esos nombres siempre con los límites de la actividad probatoria en el proceso penal. Algunos de ellos ponen el acento en el comienzo de esa actividad (prohibiciones al ofrecimiento o a la recepción de la prueba = *Beweiserhebungsverbote*), otros se refieren principalmente al momento final de esa actividad, cuando la prueba rinde sus

[396] Cf. CORWIN, *The constitution*, ps. 362 y ss.; síntesis del desarrollo de la Corte Suprema estadounidense en GUARIGLIA, *Las prohibiciones probatorias*, III, ps. 18 y siguientes.

[397] BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*.

frutos, es valorada (prohibiciones sobre la valoración probatoria = *Beweisverwertungsverbote*), otros prefieren generalizar (prohibiciones probatorias = *Beweisverbote*; así, BELING) y, por fin, algunas designaciones tienen en miras el efecto específico que se desea atribuir a la inobservancia de las reglas que establecen los límites de esa actividad (*exclusionary rule, supression doctrine* o *fruit of the poisonous tree*).

El problema general de las limitaciones (prohibiciones) probatorias, sin embargo, no ha sido desconocido como tal por la doctrina argentina más caracterizada[398]. Ella, siguiendo a Eugenio FLORIÁN[399], comienza por afirmar el *principio de libertad de la prueba*, para distinguir, por la regla base del sistema, la prueba en materia penal de la prueba en los procedimientos relativos al Derecho privado (posición discutible). Así, enuncia: *en el proceso penal todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio de prueba*, las excepciones al principio están constituidas por las *limitaciones o prohibiciones absolutas*, referidas al objeto de la prueba, o tema sobre el que versa la prueba, y por las *limitaciones o prohibiciones relativas*, que impiden la verificación de un objeto de prueba por ciertos medios de prueba, o restringen la posibilidad de probarlo a determinados medios de prueba. En la primera excepción (*prohibición absoluta*), se trata de objetos de prueba (hechos, circunstancias, calidades personales, relaciones, etc.) que la ley no permite que sean verificados, razón por la cual resulta jurídicamente imposible su demostración en un procedimiento judicial; son, en verdad, hechos, calidades, relaciones, que, por algún motivo político, el Derecho elimina del procedimiento y la argumentación judicial y, más allá aún, de cualquier efecto jurídico que pudieran producir. Ejemplos de ello son la inadmisibilidad de la prueba de la verdad de la imputación injuriosa, como regla (salvo los casos específicos en los cuales la ley permite esa prueba; CP, 111), y, la imposibilidad de indagar acerca de la filiación adulterina (CC, 341 [derogado por la ley nº 23.264]) o de la maternidad extramatrimonial de una mujer casada (CC, 326 [derogado por la ley nº 23.264], y ley nº 14.367, 3)[400]. La segunda excepción, en cambio, no se refiere al obje-

[398] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 331 y 332, ps. 448 y ss., y t. V, nº 1179, ps. 19 y s., y nº 1186, ps. 32 y ss.; CAFFERATA NORES, *La prueba*, nº 12, ps. 24 y ss.; ambos influenciados por la forma de tratar el tema, según Eugenio FLORIÁN, en la cátedra de Derecho procesal penal de la Universidad de Córdoba, desde las lecciones de Alfredo VÉLEZ MARICONDE, quien sólo aludió al tema mínimamente en su libro *Derecho procesal penal*, t. II, p. 198.

[399] Cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. I, § 9, ps. 146 y ss., y § 12, ps. 223 y ss.; *Elementos de Derecho procesal penal*, § 70, ps. 314 y siguientes.

[400] Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba*, nº 12, *b*, 2, p. 25.

to de la prueba, que, precisamente, es susceptible de ser verificado, sino a los medios de prueba que la ley admite para demostrarlo; en algunos casos la ley indica qué medio o medios de prueba son los únicos admisibles para verificar un hecho, circunstancia o calidad (por ej., prueba del matrimonio por el acta de celebración o su testimonio, CC, 197; prueba del nacimiento por certificado del registro público, CC, 80, como regla); en otros, la ley priva de efectos probatorios a determinados medios de prueba, en particular para la prueba de los contratos, CC, 1184 y 1185[401] o en general (por ej., prohibición de valorar el testimonio de ciertos parientes y el cónyuge en contra del imputado, CPCrim. nacional [1889], 278 y siguientes).

Precisamente, con esta última categoría se vinculan las limitaciones probatorias de origen constitucional, esto es, cuya fuente reside en la protección que se otorga a las personas en un Estado de Derecho, por razón de su propia dignidad (derechos humanos). Es este aspecto del problema el que no ha merecido, de parte de la doctrina jurídica argentina, una elaboración conceptual analítica, producto de una investigación profunda[402], a pesar de que sus primeros pasos han comenzado, según se advirtió; la confesión extrajudicial y la coacta, su valor probatorio, el allanamiento sin orden judicial y el valor de los elementos de prueba incorporados por él han dado pie a la problematización inicial[403].

Ha sido la doctrina judicial la que, a costa de numerosos traspiés, consiguió ocuparse del tema en algunos casos concretos puestos bajo su conocimiento y dejó expuestas ciertas líneas que ahora examinaremos. Sin embargo, no se debe confundir ni exagerar el valor de la construcción judicial que pondremos de manifiesto: se trata, en todo caso, de una línea jurisprudencial más que escasa, que consta en fallos elegidos, pioneros en la defensa de estas garantías; en numerosas oportunidades se menospreció la garantía, bien por intermedio de fallos de instancias ordinarias que, aun con eufemismos y larvadamen-

401 Cf. CAFFERATA NORES, *La prueba*, nº 12, c, 3, c. ps. 28 y ss. Aquí se excluye, para la prueba de ciertos contratos, a los medios de prueba no mencionados por las previsiones, determinando los únicos admitidos.

402 Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 332, p. 450, advierte el problema.

403 Según se observará en adelante, ha sido la actividad judicial, en los casos concretos, la que produjo la reacción: TSJ Córdoba, 25/4/1958, "Montiel", Boletín Judicial de Córdoba, II, p. 480; 28/8/1958, "López", Boletín Judicial de Córdoba, II, p. 731; Cám. Fed. Rosario, "Monzón, Carlos", en *JA*, t. 1981-III, p. 100; Fallos CSN, t. 303 (vol. 2), p. 1938; t. 304 (vol. 1), p. 279, ver notas nº 369, 378, 380, 381, 382 y 387.

te, acordaron valor a elementos de prueba obtenidos ilegítimamente[404], o que, frente a indicios claros de violación de la garantía, pusieron a cargo del titular de ella la prueba fehaciente de esa inobservancia por parte del órgano del Estado, bien por fallos de instancias extraordinarias que acudieron a formalismos para eludir el problema[405].

No parecen problemáticos los casos en los cuales la sentencia judicial desfavorable para el titular de la garantía tiene fundamento directo en un acto reñido con ella, que incorpora un elemento de prueba decisivo, por ejemplo, la sentencia condenatoria fundada en una confesión bajo tormento. En estos casos resulta clarísimo que el elemento de prueba obtenido en forma ilegítima es invalorable en una decisión judicial, salvo cuando favorezca al titular de la garantía. De otro modo no tendría sentido la garantía, que quedaría a merced de la voluntad omnímoda del funcionario que practica el acto. Pues una cosa es sostener que ese funcionario será eventualmente punible, si lleva a cabo un hecho de esa especie (tortura, apremios ilegales, allanamiento ilegítimo, etc.), y otra distinta es fijar la atención en el destinatario de la garantía y en su razón de ser, al proscribir métodos para alcanzar la verdad, que la ley no tolera en la investigación de un hecho punible; la primera afirmación no excluye la segunda, ni resulta suficiente para asegurar la vigencia de la garantía.

Sin embargo, increíblemente, éste es el tema que se debate en los fallos que acordaron valor a confesiones bajo tormento o prestadas ante las autoridades po-

404 Por ejemplo, la doctrina judicial mayoritaria que, negando valor de "confesión" a la declaración del imputado detenido ante la policía (contraria a la ley), afirma el valor de "indicio" de ese medio de prueba (sin duda: un eufemismo), incluso cuando existen indicios —palabra que ahora se utiliza propiamente, según su valor semántico— de coacción (Cf. *Fallos CSN*, t. 303 [vol. 2], p. 1938, "Montenegro", donde la CCC adoptó este criterio, descalificado por la Corte Suprema); o el ingreso de esa confesión a través del testimonio del agente policial que provocó esa declaración, criticado por el TSC en los fallos mencionados en la nota anterior; o la equiparación del célebre "no opuso reparos" a la autorización expresa del titular del derecho de exclusión (incluso cuestionado como efectivo) para allanar sin orden judicial (cf. "Barboza, Carlos A. s/hurto", en "Doctrina Penal", 1985, ps. 93 y ss.).

405 La Corte Suprema de la Nación "escudándose en que lo atinente a la validez de un allanamiento remite a una cuestión de hecho, prueba y derecho procesal", rehusó considerar el tema (*Fallos CSN*, t. 177, p. 390; t. 275, p. 454; t. 277, p. 467; t. 301, p. 676; t. 303, p. 1593; t. 304, p. 105, entre otros), llegándose incluso a convalidar supuestos más que discutibles (*Fallos CSN*, t. 301, p. 676), y dando lugar a una firme y atinada crítica de la doctrina (Cf. Bidart Campos, *ED*, 98-284 y ejemplar del 15/2/1984, p. 3; Carrió, A. D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cap. VI, 2, ps. 199 y ss.; CCCFed., voto del juez Gil Lavedra, en "Monticelli de Prozillo", en "Doctrina Penal", 1985, p. 82).

liciales, no habilitadas para recibir la declaración del imputado, sospechosas de haber sido obtenidas por coacción (ver nota al pie nº 405).

Son equiparables a estos casos aquellos en los cuales los elementos de prueba que fundan la decisión judicial, desfavorable al titular de la garantía, si bien no son obtenidos directamente por un medio prohibido, resultan inmediatamente vinculados con él, como, por ejemplo, el secuestro que procede de un allanamiento y registro ilegítimos. La razón es clara: el allanamiento es solamente una autorización coercitiva para poder llevar a cabo el registro de un domicilio y, eventualmente, el secuestro de cosas que se hallan en esa morada; por ello, todas las condiciones que habilitan el ingreso a un domicilio —condiciones del registro— deben ser consideradas como extendidas al acto final que se pretende con él, la inspección y el secuestro. Otro tanto sucede, casi siempre, con la declaración irregular del imputado. Cualquier otro dato emergente (por ej., de una declaración coacta del imputado, que permita la incorporación posterior de elementos de prueba desfavorables para él) no debe ser valorado en su contra para concluir en una decisión judicial que lo perjudique[406].

A esta problemática se han referido los fallos judiciales pioneros. Constituye su antecedente remoto el fallo de la Corte Suprema que se registra en *Fallos CSN*, t. 46, p. 36, que fulmina la incorporación al juicio penal de ciertos papeles privados, "pues ellos no pueden servir de base al procedimiento ni de fundamento al juicio: ... porque siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificado 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". Aunque se trate de un fallo aislado y remoto (1891), cuya línea de pensamiento no fue seguida posteriormente, que incluso se refiere a la anatematización del resultado de un acto directamente reñido con la garantía constitucional, algunos fallos recientes han retomado ese antecedente, y el fundamento que lo inspira, para excluir resultados probatorios que provienen de un acto inadmisible, en el sentido indicado.

El ilustrado fallo "Monticelli de Prozillo", ya citado, no sólo lo menciona como antecedente, sino que, al acudir a la racionalización de la garantía en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, indica los fundamentos esenciales para descartar como valorables productos probatorios, desfavorables al imputado, que provienen mediata, pero necesariamente, de la violación de una garantía constitucional: *ético*, pues la administración de justicia no puede aprovechar o ser beneficiaria de un acto que el mismo Estado, por su ley,

[406] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 24, D, IV, ps. 164 y s., aunque la solución del problema está sumamente discutida en la República Federal de Alemania y la doctrina no es pacífica. Cf. por todos, DENCKER, *Verwertungsverbot im Strafprozeß*, ps. 76 y siguientes.

declara ilegítimo, y *utilitario, docente* o *ejemplarizador*, por razones disuasivas, para desalentar a los órganos de persecución penal en el empleo de prácticas ilegítimas[407].

Ver, también, los demás fallos mencionados en la nota nº 404. Nuevamente advierto que frente a estos fallos pioneros existen también fallos de la CSN que suprimen, prácticamente, la garantía (ver, por ej., el comentado bajo la letra c, "Rivas Graña").

El problema se aclara si se observa que los casos verdaderamente discutidos contienen dos componentes: un acto regular por el cual se incorpora un elemento de prueba decisivo, desfavorable para el titular de la garantía, y otro anterior, irregular, que afecta la garantía y torna posible, por su resultado (el conocimiento adquirido mediante él), la práctica del siguiente. Allí reside la cuestión, en la pregunta acerca de si el acto regular, con fuente en uno anterior viciado, puede ser valorado en perjuicio del imputado. Y la contestación a esa pregunta debe ser, ordinariamente, una negación. Ello es así porque la regularidad formal de un acto sólo constituye, en el procedimiento, un indicio de la legitimidad de la incorporación al proceso de su contenido material; si, como se presupone en estos casos, el acto regular no hubiera existido sin la inobservancia anterior de una regla esencial para la incorporación válida de un elemento de prueba (conocimiento) al proceso, el conocimiento adquirido mediatamente, a través del acto aparentemente regular, esto es como *fruto —directo y necesario— de lo irregular o prohibido* (*fruit of the poisonous tree*), también queda vedado[408]. El método que se aplica es el de la *supresión mental hipotética*, se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato.

No siempre es posible arribar a este resultado cuando se constata la irregularidad formal de algún acto, vinculado a otro que incorpora un elemento de prueba decisivo, desfavorable para el titular de la ga-

[407] Al parecer, la jurisprudencia que desarrolló este tema en el Derecho de los EE.UU. ha recibido el aval de la investigación empírica, que ha comprobado una influencia beneficiosa de la *regla de exclusión* o de la *doctrina de la supresión* en la labor que cumplen los órganos de persecución penal del Estado. Cf. WALKER, *Sense and Nonsense About Crime*, 2ª ed., cap. 7, p. 123.

[408] Cf. DE LA RÚA, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, VIII, ps. 249 y siguiente. En la jurisprudencia argentina, introduce esta doctrina el fallo "Rayford", *Fallos CSN*, t. 308, p. 733: Sobre este fallo, emanado directamente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU., cf. CARRIÓ, A. D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ª ed., ps. 169 y siguientes.

rantía. Si suprimida la irregularidad, es razonable pensar que, de haberse obrado correctamente, se hubiera arribado también al conocimiento que se cuestiona, el elemento de prueba obtenido se puede valorar, incluso en disfavor del titular de la garantía[409]. Se debe operar a conciencia de que el método de la supresión mental hipotética consiste, como su propio nombre lo indica, en una *hipótesis*, esto es, en imaginar aquello que hubiera sucedido, razonablemente, si descartamos mentalmente algo que realmente sucedió; por lo tanto, no consiste en la descripción de una realidad —que ya operó de determinada manera—, sino, por el contrario, en una ficción, en la predicción racional de lo que hubiera ocurrido —y que no ocurrirá jamás—, si uno de los elementos reales hubiera faltado. El buen sentido común y las reglas de experiencia son, por ello, esenciales; también lo es el principio de que la duda favorece al reo (*in dubio pro reo*).

Esta ficción ha fundado una de las excepciones principales relativas a la doctrina del fruto del árbol envenenado[410], al menos la que mayor cantidad de casos de excepción puede abarcar y la más sencilla de falsificar conforme al sentido de la garantía, en su aplicación práctica, para intentar su aniquilación[411]. "Se corre el riesgo de establecer una suerte de *in dubio pro prueba* que permita la admisión de elementos que, de otro modo, hubieran sido seguramente rechazados por ser contrarios a las garantías protegidas por la regla de exclusión"[412]. Ello me conduce a afirmar que el uso de esta ficción tolera sólo casos excepcionalísimos, muy sencillos, en los cuales la exclusión del elemento de prueba aparezca, sin duda alguna, como absurdo.

[409] Cf. DE LA RÚA, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, VIII, p. 250.

[410] La Corte Suprema de los EE.UU. conoce el argumento de excepción como la doctrina del "descubrimiento inevitable" (*inevitable discovery*): "Conforme a ella, una prueba obtenida por medios prohibidos puede ser admitida y valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta, en el caso concreto, por medios lícitos" (GUARIGLIA, *Las prohibiciones probatorias*, p. 21). Nótese que la doctrina que funda la excepción no sólo reduce, en la práctica, la aplicación del principio, sino que, además, deja de lado uno de los argumentos especulativos que lo fundó: el argumento ético relativo a que el Estado no puede aprovecharse de un acto ilícito producido por los órganos dependientes de él, establecidos para cumplirlo, pero, además, reduce también sensiblemente el otro argumento, *preventivo* o *docente*.

[411] La excepción de la "fuente independiente" (*independent source*) (GUARIGLIA, *Las prohibiciones probatorias*, ps. 20 y s.), que formuló la Corte Suprema estadounidense, no tiene esa importancia teórica, porque, en verdad, descubierta una fuente independiente de conocimiento lícita, que conduce a la obtención del elemento de prueba obtenido en sí por vía también lícita, la doctrina del fruto del árbol envenenado no funciona, aunque exista, además, una fuente ilícita.

[412] GUARIGLIA, *Las prohibiciones probatorias*, p. 21.

Por ejemplo, si un policía, que registra un domicilio munido de la orden judicial para allanarlo, acude, algo apurado, a la coacción contra el imputado para conocer rápidamente el lugar donde se halla la cosa a secuestrar —que en realidad estaba en un lugar absolutamente visible a simple vista—, con el fin de evitarse un registro penoso, arribando al secuestro de la cosa por esa vía, cuando, de manera evidente, hubiera logrado lo mismo procediendo correctamente: el elemento de prueba así obtenido es valorable, aun en contra del titular de la garantía (nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo). Supóngase que la cosa secuestrada en el ejemplo es el arma, guardada sobre la mesa de luz, en la habitación del imputado, y, más allá aún, que luego se verifica dónde fue comprada por el reo y, pericialmente, que de ella partieron los disparos mortales para la víctima (los proyectiles extraídos del cuerpo de la víctima fueron disparados con ese revólver).

Ello se pierde de vista cuando se procura reducir la finalidad de la regla de exclusión a desalentar actividades policiales irregulares (fin *preventivo*), y se admite la prueba ilícitamente recolectada cuando el funcionario policial creyó —erróneamente— obrar conforme a derecho (la llamada "excepción de buena fe" [*good faith exception*]), válida para juzgar al funcionario policial como inculpable o como inocente, por el error, pero que nada dice desde el punto de vista del protegido por la garantía, pues ella, aun por error, fue conculcada; o cuando se pretende escindir, dentro de las formas judiciales, entre reglas que afectan directamente un derecho del imputado —cuya vulneración conduce a una prohibición de valoración de la prueba irregular— y meras "disposiciones de orden" ("teoría del ámbito de derechos" de la Corte Suprema alemana [*Rechtskreistheorie*]), cuya violación no acarrea consecuencia procesal alguna[413].

La razón de ser de esta regla de exclusión parece evidente: desde que se reformó el procedimiento inquisitivo y se aceptó políticamente, que a pesar de que el procedimiento penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad objetiva sobre un suceso histórico, él constituye un método regulado —no libre— para arribar a ese fin, con lo que fueron excluidas, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad, debido a principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre, el *fin* de arribar a la verdad histórica para lograr la correcta actuación de la ley penal, aun en perjuicio del imputado, *no justifica la utilización de medios prohibidos* de investigación. La justificación de los métodos para arribar a la verdad depende de la observancia de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente el conocimiento al proceso, de manera tal que no todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según los disciplina la ley procesal. Por ello se pudo decir que las formas judiciales no son, solamente, una *categoría formal*, sino que, en tanto sirven directamente a la protección de la dignidad

[415] Críticamente, SYDOW, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, ps. 44 y ss.; STRUENSEE, *La prueba prohibida*, ps. 109 y siguientes.

humana, se comportan como una *categoría material*, supraordinándose a la meta que, para el procedimiento penal, constituye la corrección material de la decisión judicial (sentencia)[414]. La razón ética —el Estado no se puede aprovechar de lo que él mismo ha prohibido— y la utilitaria o correctiva —desalentar la utilización de métodos ilegales de investigación, fulminándolos como ineficaces procesalmente—, que postulan los tribunales para justificar la regla de exclusión, según se observó anteriormente, sólo representan consecuencias beneficiosas de este modo de proceder.

La jurisprudencia reciente de la CSN, lejos de consolidar la vigencia de la regla, implica un violento retroceso en la materia. Particularmente absurdo, en este aspecto, es el fallo "Rivas Graña" o "Fernández", ya comentado, en especial su *obiter dictum* del considerando 14: "A este respecto, ha de recordarse que los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto [¿?] 'la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios' (Caso 'Tibolt, José', 'Fallos', 254-320, consid. 13). Asimismo, tampoco es posible olvidar que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado 'el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio', ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (C.S. de E.U., 'Stone v. Powell', 428 U.S. 465, 1976, en p. 488, y la cita de D. H. Oaks en nota 30, p. 491). De manera, pues, que el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales"[415]. Se observa claramente que, desde el punto de vista político, este *obiter dictum* implica la inversión de la garantía: primero la averiguación de la verdad, como valor principal, y después, si queda algún espacio, protección de la seguridad individual, en último término; o, dicho de otra manera, en relación al rango, la protección de la seguridad individual, tarea reconocida por teoría política a los jueces, se supedita al hecho de que esta protección no colida con el sagrado "deber [de ellos mismos] de resguardar la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios" y "el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél [debió decir 'él'] no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia", sentencia en la cual esta última, la justicia, no abarca los intereses individuales ni la dignidad personal, sino tan sólo la razón de Estado. Ello significa, además, suprimir de un plumazo el efecto de la regla de exclusión que se extiende a los elementos probatorios derivados en forma mediata de la prueba ilícita o prohibida, y reducir enormemente, por lo tanto, las consecuencias prácticas de la regla[416]. A partir de esta decisión, se debe parafrasear una crítica de la literatura alemana —aunque dirigida a otro problema—: ya que no basta (por invalidez) con torturar al imputado hasta que confiese, simplemente hay

[414] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, B, II, p. 3.

[415] Cf. "Doctrina Penal", 1992, p. 159.

[416] Un análisis de este aspecto del fallo en CARRIÓ, A. D., *Ingreso domiciliario consentido, agente encubierto y regla de exclusión de prueba ilegal*.

que continuar con la tortura hasta que mencione testigos del hecho, [illegible] de escondió el botín[417]. Ello es lo que propone, elípticamente, el reciente fallo de la CSN.

Se debe, entonces, afirmar finalmente que a la verdad sólo se debe arribar por los medios y en la forma que la ley permite; que, de haberse incorporado al procedimiento un elemento de prueba mediante un acto irregular o mediante un acto regular, cuya posibilidad de realización provenga necesaria y directamente del conocimiento adquirido por un acto irregular, él es invalorable para fundar una decisión judicial, en perjuicio del imputado.

Ello justifica que los constitucionalistas cordobeses hayan incorporado una norma expresa que contiene la regla de exclusión y su extensión a la nueva Constitución de la provincia, art. 41, seguramente sabedores de la falsificación a la que conducen, de una o de otra manera, los fallos judiciales que no parten del sentido político e histórico general que provee de contenido a toda la Constitución. El nuevo CPP Córdoba (1991), 194, repite, bajo el título "*Exclusiones probatorias*" la misma regla en el Derecho procesal penal positivo de esa provincia: se recomienda su inclusión en todos los códigos.

H. POSIBILIDAD DE IMPUGNAR LA SENTENCIA DE CONDENA[418]

1. El recurso como medio de control funcional

I. Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales, en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso transformada en otra de sentido contrario, modificada o reformada,

417 Sarstedt, cit. por Sydow, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, p. 76.

418 El punto es totalmente nuevo en el Libro. No lo digo para advertir al lector, sino, antes bien, como agradecimiento a quienes lo hicieron posible. El problema, como tal, había sido anticipado en la primera edición (§ 7, D, ps. 510 y ss.), pero las ideas aquí contenidas surgieron, en principio, del Seminario de Derecho penal y procesal penal del Departamento de Derecho penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. A raíz de un fallo del tribunal de casación nacional, se ocupó de su exposición y crítica el alumno Marcelo Ferrante, cuyo trabajo, recientemente publicado, será aquí citado varias veces. Todos debatimos sus ideas. De ellas, del debate y de la posterior discusión que prosiguió y prosigue en torno al significado de los recursos, incluida allí la transmisión de conocimientos sobre este significado en el Derecho de los EE.UU., fundamentalmente a través de Alberto Bovino, doy cuenta en este punto al exponer, sintéticamente, la idea que hoy me parece correcta para quien sigue como dogma político el Estado de Derecho.

o, incluso, eliminada, fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad. De esta característica participaban, también, los recursos contra la sentencia, entre ellos, fundamentalmente, la apelación; de allí, incluso, que se admitiera el reexamen *de oficio* del caso, sin recurso alguno, control obligatorio de la decisión para el tribunal inferior[419].

Es razonable que así sucediera, en consonancia con la organización política imperante. Todos los poderes de la soberanía política residían en quien ejercía el poder político central en forma exclusiva: el monarca o el Papa. Conforme a ello, los jueces o inquisidores eran sólo *delegados* del monarca absoluto, quienes estaban obligados a seguir sus reglas y a *devolver* la jurisdicción delegada, por escalones (organización judicial vertical), a aquel que se las había delegado y que la detentaba originariamente, en definitiva, al monarca, la cúspide del poder político. De allí el significado del hoy llamado *efecto devolutivo* de los recursos, característica básica de estos remedios —devolución de la jurisdicción a un tribunal superior en grado—, cuando se excluyen algunos medios de impugnación que pueden ser calificados como no ortodoxos[420].

Por otra parte, toda la organización y estructura del procedimiento respondía a esta necesidad: de allí que resultara imprescindible documentarlo en actas escritas y que, consecuentemente, el fallo tuviera su única base de convicción en esos protocolos; ésa es la única manera de que el tribunal *a quo* y el *ad quem* decidan sobre un mismo objeto (*par conditio*[421]); en otras palabras, de que el caso sea reexaminado desde la misma atalaya o desde la misma base de conocimiento o fuente de información que fundó la decisión[422].

[419] El sistema pasó a las colonias hispanoamericanas a través del Derecho de España, introducido por la conquista y colonización, y pergeñó en estas latitudes no sólo un sistema alambicado de recursos contra la decisión, sino, también, la obligación de someter de oficio el reexamen del caso ante un tribunal superior, por parte de tribunales inferiores, la llamada *consulta*, que aún perdura en varias de las organizaciones judiciales hispanoamericanas. Por ej., la ley nacional n° 23.098 (*habeas corpus*) mantiene este "recurso de oficio" para las decisiones del juez de primera instancia que rechaza la vía o declara su incompetencia, aunque lo hace en beneficio del amparado, para evitar la demora que provoca esta decisión dilatoria. Ver § 5, D, 3, VII; § 5, D, 4, *a*; § 5, D, 5, II; en especial, § 5, D, 6, VI; § 5, D, 7, III; y § 5, H, 1, *b*, VI.

[420] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. V, p. 443, quien enuncia esta característica como una de las dos (la otra: suspensión del efecto de cosa juzgada) que permite distinguir los verdaderos *recursos* de otras impugnaciones procesales.

[421] FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 5, I, p. 43; § 5, III, A, p. 49, y C, p. 52.

[422] Cuando el fallo surge de un debate oral, los únicos que conocen el procedimiento y su contenido son los jueces que lo han presenciado; de allí que una regla de principio de esta forma de proceder sea, precisamente, aquella que impide decidir a otros jueces que no presenciaron el debate. Si en esta forma de procedimiento se admite la

Remedios como la apelación ante órganos superiores a aquél que emitía la decisión, participaban de esta característica principal: medio por el cual quienes intervenían en el procedimiento, imputado, procurador del rey, actor civil, etc., colaboraban en el control de la correcta aplicación de las reglas de administración de la justicia, ejercido por la autoridad que delegaba esa tarea sobre quien la recibía por delegación. En el sistema judicial conformado sobre la base de la *jurisdicción delegada*, tal comprensión del fenómeno es característica, hasta el punto de que, según lo advertimos, para las infracciones graves no era tan siquiera necesaria la queja de alguien sobre la injusticia de la decisión, sino que, antes bien, el control era obligatorio y procedía *de oficio*.

En la Ordenanza criminal francesa de 1670, la teoría de la *justice retenue* consistía, precisamente, en admitir que toda decisión judicial provenía del rey y residía en él, quien la delegaba en sus oficiales, pero la conservaba en origen y en plenitud. La teoría fundó la posibilidad de dirigirse ante el Consejo del rey para rogarle que casara la sentencia —*pouvoir en cassation*— o al rey mismo para que librara una *lettre de grace*; la misma apelación revestía esta característica principal (§ 5, 6, III).

Por supuesto, en este sistema la posibilidad de impugnar la sentencia pertenece tanto a quien debe sufrir la condena, como también a los órganos públicos encargados de la persecución penal.

II. El sistema así concebido llegó hasta nuestros días. En la administración de justicia penal sobre todo, subsistente el sistema de persecución penal estatal, los recursos no significan —en especial, el recurso contra la sentencia definitiva—, al menos en primer lugar, una garantía procesal a favor del imputado o del condenado, sino, antes bien, un medio de control por tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado, comprendidos en ella no sólo la forma del enjuiciamiento y su solución, sino, también, en ocasiones, la fundamentación de las decisiones y la valoración que esos tribunales inferiores hacen del material incorporado al procedimiento. Tres circunstancias conducen a esta apreciación

---

tacha de injusticia de la resolución ello involucra, naturalmente, un nuevo debate —total o parcial, según la extensión del agravio: posibilidad de cosa juzgada parcial— ante jueces también presentes —salvo el caso del recurso *horizontal* (ver § 7, D. II)— y una nueva decisión, que responderá a ese nuevo debate, razón por la cual no existe *reexamen* del caso, sino, antes bien, una nueva primera instancia. Ello justifica, precisamente, la *única instancia de mérito* sostenida para las leyes procesales cuyo núcleo es el debate público, y la limitación de los agravios posibles contra la sentencia a la aplicación de reglas jurídicas (casación) y no a los hechos probados, para decirlo sencillamente.

básica: la organización judicial vertical, precisamente para posibilitar este control; los recursos, en especial el recurso contra la sentencia, establecidos en forma de facultad bilateral, tanto para el acusado como para el acusador, de modo que tanto uno como otro pueden expresar sus agravios contra la decisión, y que el último de ellos queda habilitado por esta vía para arribar a la condena *in extremis*, esto es, ante el tribunal de última instancia, sin que en ese caso el condenado pueda expresar su disconformidad con la condena —la *primera condena*— y lograr una reparación de su agravio ante ella; y, por último, la exclusión del *jurado de enjuiciamiento*, previsto constitucionalmente como una garantía procesal (CN, 24, 75, inc. 12, y 118), reemplazado por tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes, funcionarios estatales, hecho que, según veremos, termina de decolorar el significado de garantía que debe poseer un recurso políticamente, en un Estado de Derecho.

2. El recurso como garantía procesal

I. Dos convenciones sobre derechos humanos, ratificadas por la República Argentina en 1984 y hoy incorporadas a su Constitución política, por la reforma de 1994 (CN, 75, inc. 22), vinieron a modificar esa historia, entre nosotros.

La *Convención americana sobre derechos humanos* (*Pacto de San José de Costa Rica*) dispone (art. 8, nº 2, *h*) que una persona juzgada tiene en el procedimiento penal, entre otros derechos, el "*Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior*". La regla alude, en principio, porque se refiere al inculpado por un delito, al fallo condenatorio. Más concretamente, el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (art. 14, nº 5) establece: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

Las dos convenciones, interpretadas conjuntamente —según corresponde, porque ambas están vigentes y porque, según se observará, ambas prescriben lo mismo, a pesar de la diferencia del texto—, están llamadas a modificar, al menos en el área de los recursos contra la sentencia —al cual nos referiremos en adelante— la base político-criminal del concepto de recurso en nuestro Derecho procesal penal. Quiero anticipar el sentido de esa transformación, para explicarlo posteriormente:

a) El recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, que tiene dere-

cho a que su sentencia sea revisada por un tribunal [illegible]
mismo tiempo, perder por completo su carácter de medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre sus inferiores (*justice retenue*).

b) El recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado penalmente; deberá perder, así, su carácter bilateral —el de ser facultad de todos los participantes— para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la *doble conformidad* con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal; ello equivale a decir que sólo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y sólo lo es por el condenado: la absolución —salvo el caso de aplicación de una medida de seguridad y corrección— y la condena no recurrida a favor del imputado quedan firmes por su solo pronunciamiento y cualquier persecución penal posterior debe ser considerada un *bis in idem*.

c) El recurso de casación se debe transformar: dejarán de regir las limitaciones impuestas al condenado para recurrir la sentencia según su gravedad —como ya sucedió, por efecto directo de la vigencia de las convenciones, por ej., en los CPP Costa Rica, CPP Guatemala, CPP Córdoba y CPP Tucumán— y se ampliará el ámbito de revisión del fallo hasta admitir la máxima posibilidad de crítica que permite el carácter público y oral del debate que sostiene necesariamente —da fundamento formal y material— a la sentencia.

II. Conviene, para la correcta comprensión del problema, avanzar por pasos, esto es, plantear primero las cuestiones más generales que suscita la cláusula de las convenciones y dejar para el próximo punto la contraposición entre la cláusula y el Derecho positivo legislado, federal o local. Además, dentro de las cuestiones generales, conviene, también, intentar reducir el problema: comenzar por las que permiten respuestas más sencillas y dejar para el final las determinaciones más complicadas o aquellas que, cuando menos, conducen a una solución que, por romper con una tradición histórica sobre "nuestra" concepción de aquello que significa el recurso contra las decisiones judiciales, serán más difíciles de comprender e, incluso, más difíciles de aceptar.

No existe discusión acerca de que las cláusulas de las convenciones que obligan a nuestro país conceden un "derecho al recurso"[423]. Ése no es precisamente el problema, o sólo es la parte de problema cuya solución resulta obvia.

Según el grado de la dificultad, al comenzar por lo más sencillo, se formula inmediatamente después la pregunta acerca de a quién ampara la cláusula, en ocasiones indicada tras la pregunta, en realidad más comprensiva, acerca de la rama o ramas jurídicas cuya aplicación judicial compromete la cláusula o, dicho de otra manera, a qué tipo de procedimientos judiciales abarca o se aplica. A pesar de que el texto de la CADH adolece de defectos indudables de redacción, que lo tornan confuso a primera lectura, no puede existir duda alguna acerca de que toda la regla pretende regular las garantías de quien es perseguido penalmente, esto es, se refiere a los procedimientos penales y, específicamente, al recurso contra la sentencia de la persona que, a raíz de la decisión del caso, debe sufrir una consecuencia jurídico-penal[424]. Si ese texto planteaba alguna duda, la lectura conjunta de la cláusula de la convención universal (Pacto Internacional de la ONU), a nuestro juicio idéntico al de la convención regional, en tanto regulador de garantías penales, disipa esa posibilidad por completo: se trata del *derecho del condenado penalmente* —de la persona declarada culpable— *a recurrir el fallo condenatorio o la pena impuesta ante un tribunal superior*[425], derecho a cuyo objeto (del recurso) nosotros agregamos, por analogía, el derecho de aquel que no es declarado culpable y hasta es absuelto (por ej., por incapacidad, en el momento del hecho, de ser culpable: *inimputabilidad*) y, sin embargo, sufrirá tam-

[423] Cf. BIDART CAMPOS, *La doble instancia en el proceso penal (la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, nº 7, p. 879; y SAGÜÉS, *La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, III, p. 160.

[424] Advierten las dificultades del texto y solucionan el problema según la opinión antes indicada: BIDART CAMPOS, *ibidem*, y SAGÜÉS, *ibidem*, quien advierte el problema, no se interesa demasiado por él, pero parece resolver la cuestión en otro sentido, ampliando el significado de la "garantía", que regiría incluso para el fiscal (¿?).

[425] Cf. Reglas de Mallorca, 35ª: se trata de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal*, concluidas por la Comisión de expertos reunida en Palma de Mallorca durante los años 1990, 1991 y 1992.

bién, según la sentencia, la apl
de seguridad y corrección)[426].

La CADH no se propuso, ni se puede proponer, como opina confusamente Sagüés y duda Bidart Campos[427], conceder un recurso al Estado —esto es, a su representante o al órgano estatal competente para la persecución penal pública— para recurrir sentencias —dictadas por los órganos, también estatales, encargados de administrar justicia— que, desde su óptica, considera injustas, en pos de la condena, cuando el imputado ha sido absuelto, o de una condena más grave, cuando ha sido condenado levemente, según la apreciación del Estado persecutor penal. Me parece claro que, al menos en el parágrafo, la Convención regional no se propone —ni se puede proponer— "defender" al Estado, sino, por el contrario, conceder una garantía a quien sufre la coacción estatal. La Convención —como nuestra Constitución cuando define los derechos y garantías de los habitantes— se refiere, precisamente, a las garantías procesales frente a la acción y a la fuerza aplicada por el Estado. Interpretar estas garantías en perjuicio del garantizado, como naturalmente lo hacen nuestros tribunales en múltiples fallos, incluida nuestra Corte Suprema[428], representa una verdadera hipocresía. No queremos anticiparnos; luego veremos que, además de esta calificación, la interpretación es absolutamente incorrecta.

Pero las palabras de Sagüés, esbozadas como argumento fundante de esta tesis absurda, no tienen desperdicio: "Además, si de lo que se trata es de arribar a fallos justos, tanto se perjudica a la justicia en una sentencia de primera instancia por una condena arbitraria, como por una absolución o sobreseimiento improcedentes". Sagüés, conforme se verá con mayor intensidad al tratar el punto crucial de este problema —negación de todo recurso contra la sentencia al ministerio público—, no reconoce el significado político-histórico del Derecho penal y desconoce el mecanismo mediante el cual se lo realiza, aspecto que, según creo, lo conduce primariamente a su error. Si advirtiera, al menos, que el sistema penal —salvo escasas excepciones— constituye todo una obra estatal contra una persona, en pos

426 Dejamos sin respuesta el problema del recurso frente a la aplicación de la coac
ción estatal sin sentencia: el caso, por ej., del recurso frente a la prisión preventiva. Al
gunas constituciones contienen reglas al respecto, como la de Italia, que obliga a con
ceder recurso de casación frente a cualquier privación de libertad. Más allá de ello, la
CADH, 7, nº 6, y el PIDCyP, 9, nº 4, prevén un recurso contra la orden de detención
prisión preventiva, que, en nuestro sistema, podría sostenerse como necesario frent
a las resoluciones del juez de instrucción, verdadero persecutor penal estatal. Nuestro
códigos de procedimientos establecen recursos semejantes; empero, si el fiscal recu
rriera la falta de mérito podría lograr, por vía de la impugnación, una medida de coe
ción sin recurso posterior del afectado.

427 Ver nota anterior. Aun cuando Bidart Campos resuelve bien el problema, pe
con argumentos sólo textuales o exegéticos y, por ello, aparentes o, cuando menos, s
categoría de principio.

428 Cf. últimamente, la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Jofré, Hilda N
otra", del 24/3/1994 ("Doctrina Judicial", *LL*, Buenos Aires, diario del 14/9/1994, ps. 4
y ss.), que casa una sentencia absolutoria por violación a la garantía de la "defensa
juicio" del recurrente, el fiscal, y la "garantía constitucional del debido proceso" qu
él también le corresponde.

de aplicarle la fuerza pública, cuyo monopolio reside en el Estado, desembocaría en la conclusión de que el movimiento de la Ilustración, que pergeñó nuestro actual Estado de Derecho, pretendió reaccionar contra la desprotección del ser humano frente a la fuerza estatal —aun la fundada en el principio de la mayoría (democracia)—, para lo cual, si bien aceptó, en definitiva, el poder penal del Estado como mecanismo de ejercicio inevitable en la organización política estatal, organización que también respetó en su base, lo rodeó de límites y garantías individuales para evitar su abuso y aplicación arbitraria al individuo: eso, y no otra cosa, representan los "derechos humanos", en una concepción totalmente tradicional —diría, incluso, conservadora— del Estado de Derecho en materia penal. Si ello fuera comprendido, el adjetivo "justo" y el sustantivo "justicia", frente a la pena estatal —mecanismo que representa la violencia, el empleo de la fuerza como modo de solución del caso y no, precisamente, del conflicto social real representado en el delito penal, que queda latente— no debieran ser utilizados como sanalotodo de cualquier argumento. Si se razonara de esta manera no se tardaría en advertir que la "garantía" de las convenciones establece un derecho al recurso sólo para el condenado —y no para otras personas, menos aún para órganos estatales— y, en todo caso, si se concediera un recurso al acusador, la condena lograda por él ante un tribunal superior debería permitir todavía un recurso del condenado.

He ejemplificado con las palabras de SAGÜÉS, a quien aprecio en lo personal, pero creo que todo el constitucionalismo argentino debe comparecer ante fracasos como éste: aquello que políticamente significa la creación de la doctrina del "poder *de facto*" está representado en nuestra materia por la decoloración de las seguridades individuales que implica la doctrina, hoy natural, de que esas garantías también pertenecen al Estado en ejercicio de su poder monopólico sobre la fuerza o, dicho de otra manera, a sus órganos competentes, en los cuales reside ese monopolio[429]. Se verá en los próximos puntos cómo esa opinión conduce, también, a la anulación de esta garantía y a la decoloración de otra, ya estudiada.

Si al Estado no le corresponde el "derecho de recurrir el fallo", como garantía de principio, resulta claro que tampoco le corresponde, al menos para los delitos que requieren persecución penal oficial, al acusador privado admitido en el procedimiento. Para apreciar correctamente esta afirmación, primero se debe comprender el papel del acusador privado —de la víctima— en estos delitos[430]. De la misma manera se colocaría en crisis el recurso del acusador en los delitos de acción penal privada. Éste, sin embargo, no es ahora el problema principal.

Por consiguiente, la garantía ampara, en principio, a toda persona contra la cual el Estado decide aplicar una consecuencia jurídico-penal; dicho con una fórmula más sencilla: ampara, en principio, al condenado penalmente o, de manera extensiva, a quien, a pesar de ser absuelto, sufrirá, a raíz de la decisión, una medida de seguridad y corrección.

[429] Cf. CARRIÓ, A. D., *La libertad durante el proceso penal y la Constitución nacional*, ps. 41 y siguiente.

[430] Cf. MAIER, *El ofendido por el delito en el Derecho positivo argentino*.

La pregunta acerca de cómo se regula la acción civil en el procedimiento penal, si respecto de ella puede, libremente, concederse un recurso al actor o al demandado, no resulta involucrada en esta discusión y se debe responder, en principio, conforme a criterios generales, esto es, libres de toda vinculación principista, constitucional o de legislación supraordenada. La legislación común puede hacerlo, para el procedimiento civil, conforme al sistema que crea conveniente, mientras respete la idea de las condiciones que supone un procedimiento judicial constitucional. En materia penal, si se incluye la cuestión civil en el procedimiento, tal decisión se verá limitada, según veremos, por la forma fundamental de enjuiciamiento penal que exigen la Constitución y las convenciones a las cuales ahora nos referimos: básicamente, juicio público, y, por ende, oral y continuo, con la presencia ininterrumpida del imputado, de su defensor y de los jueces que deciden, como único fundamento de una condena (§ 6, F), procedimiento que, además, supone un tribunal integrado con *jurados* (§ 7, C).

III. Esta garantía procesal, bien explicada, debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena contra una persona, se necesita una *doble conformidad judicial*, si el condenado la requiere. Esta condición procesal, impuesta a la aplicación de una pena estatal —con otras palabras: al desarrollo del poder penal del Estado—, ha sido perfectamente descripta, por analogía con la prueba de exactitud de una operación matemática, como la exigencia del principio de "*la doble conforme*"[451]. El "derecho al recurso" se transformaría, así, en la facultad del condenado de poner en marcha, con su voluntad, la instancia de revisión —el procedimiento para verificar la doble conformidad— que, en caso de coincidir total o parcialmente con el tribunal de juicio, daría fundamento regular a la condena —dos veces el mismo resultado = gran probabilidad de acierto en la solución— y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originaria.

Para apreciar correctamente la exigencia se debe comprender también que, supuesta la ausencia de recurso acusatorio, la segunda sentencia, en vía recursi-

[451] Descripción feliz de FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 1, p. 17, quien cita como responsable del acierto a CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*, t. I, ps. 277 y s. El principio no es propio del Derecho penal y, menos aún, del Derecho penal garantista; en Italia, se lo reconoce con origen en el derecho *estatutario* y se advierte, más allá, la exigencia de la *triple sentencia conforme*, procedente del derecho judicial germano anterior a la revolución liberal: cf. CALAMANDREI, *La casación civil*, t. I, 1, ps. 264 y ss.; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Derecho procesal penal*, cap. XX, 5, p. 263; pero ambos autores suponen un sistema bilateral de recursos, en el cual, frente a una sentencia, a cada parte le corresponde el derecho a recurrir cuando la decisión contiene para ella un agravio concreto. Trasplantado el principio a la materia penal y a un Derecho penal garantista, conforme a la cláusula de las convenciones, se debería formular como el principio de la *doble condena conforme* y aclarar, en todo caso, que sólo el imputado puede —tiene la facultad de— actuarlo.

va, no puede infligir al condenado una consecuencia jurídica más grave que la primera; su límite máximo está constituido por la conformidad con la sentencia de condena originaria (prohibición de la *reformatio in peius*[432]).

IV. Aquí, sin embargo, no termina la reflexión. Si se quiere ser consecuente con el "derecho al recurso" contra la condena, que, según se observa, conduce a la prueba de la "doble conforme", habrá que coincidir en que, bajo absoluto respeto de otras reglas de principio sobre el procedimiento de administración de justicia penal, en especial la exigencia del juicio oral y público, y, más allá, decidido por un tribunal con jurados, la existencia del recurso acusatorio contra la sentencia, si bien no es lógicamente imposible, resulta de reglamentación legal ilusoria en la práctica y, naturalmente, contraria o resistente a la garantía.

Comencemos, según nos hemos propuesto, por aquello que resulta más sencillo de explicar, sin llamar en nuestro auxilio a preconcepto alguno sobre el "debido proceso penal", esto es, dejando de lado toda otra máxima básica del procedimiento penal. Conceder recurso al acusador, en especial, al acusador público, contra la sentencia que no concede aquello que él pretendía de ella significa sin duda una nueva instancia que, en caso de transformar la absolución originaria en una condena, como lo pretende el acusador, será, sin duda, una condena "de primera instancia", es decir, la primera condena que, en el procedimiento, soporta el recientemente condenado[433]. Contra esa condena, no hay duda, entra en funcionamiento su "derecho al recurso", su posibilidad de reclamar la prueba de la "doble conforme". Ello no sólo implica una *tercera instancia*, ante un tribunal "más" superior aún, sino, antes bien, algo parecido a un *regressus in infinitum*, pues, con la concepción "bilateral" del recurso, siempre es posible que el acusador, v. gr., el fiscal, consiga una condena ante el tribunal de última instancia —por ej., la Corte Suprema, cuando ejerce competencia positiva y sentencia— y contra esa "primera condena" siempre se deberá respetar el "derecho al recurso", a desencadenar la prueba

[432] Cf. AYÁN, *Recursos en materia penal*, cap. V, 12, ps. 166 y s. (ver § 6, D, 4, *a*).

[433] De manera idéntica sucederá si el fiscal recurre una sentencia condenatoria, leve en su opinión, para transformarla en otra más grave y logra éxito, pues, respecto de esa condena concreta lograda, ella es la *primera condena* (supóngase la transformación de una imputación culposa en una dolosa y la diferencia enorme de la consecuencia jurídica). No he querido complicar el texto al examinar este caso particular, pues el caso de la transformación de la absolución en condena resulta más claro o menos conflictivo, esto es, más paradigmático.

de la "doble conforme", del condenado. Esta derivación, impensada para los constitucionalistas argentinos aquí citados, que emerge del mero texto de la Convención que señala la garantía y sobre la que no quiero agregar ahora consecuencias posteriores, por innecesarias para la reflexión gruesa, señala desde ya la imposibilidad práctica de atribuir un recurso contra la sentencia fundada en un juicio público al acusador y, por otra parte, indica con claridad la verdadera "medida" de la garantía[434].

En verdad, pertenece a la historia cultural del juicio por jurados el hecho de que el Estado no posea un recurso contra la sentencia del tribunal de juicio, el tribunal propio de la acusación, esto es, el hecho de que el fiscal tenga una sola posibilidad de colocar en riesgo al acusado en relación a una condena penal —*ne bis in idem*; prohibición del *double jeopardy*— y que su única oportunidad se concrete en el juicio ante el tribunal de jurados, quien, como hemos advertido (§ 7, C), cumple básicamente la función política de habilitar —o cercenar, en caso contrario— la utilización del remedio de la pena estatal a los funcionarios estatales permanentes de la administración de justicia. El "derecho al recurso" contra esa sentencia —dentro de límites concretos, por razones que más adelante explicaremos— sólo le corresponde al condenado, en explícita alusión al carácter de garantía que representa el recurso contra la condena en el Derecho moderno, tributario del Estado de Derecho.

Así se entiende todo el problema aquí planteado en el Derecho de los EE.UU., que, para el caso, es un buen ejemplo, pues nuestra Constitución ha mirado en él para señalar la forma básica del enjuiciamiento penal que pretende ver desarrollada por la ley dictada por el legislador común (CN, 24, 75, inc. 12, y 118). El fiscal conoce que, aceptado que su acusación provoque un juicio contra el imputado, él constituye la única oportunidad de lograr una condena, convenciendo al jurado; si fracasa —aun por motivos "injustos"— no tiene otra posibilidad de lograr una condena, no puede someter al acusado, después de la absolución del jurado o del sobreseimiento en juicio, sobre la base de la misma imputación, a un riesgo múltiple de un fallo condenatorio y de sufrir una pena (*double jeopardy*)[435]. El

[434] Conviene, en este punto, recordar nuevamente las palabras de SAGÜÉS, transcriptas en III, y ponerlas nuevamente en crisis, esto es, compararlas con el texto argumental al que hemos arribado. En todo caso se coincidirá en que la "bilateralidad" se debe romper en algún momento y que, si se concede recurso al ministerio público contra la sentencia que le es adversa, la única forma de hacer efectiva la garantía consiste en privarlo de algún recurso que se le concede al imputado.

[435] Green v. U.S., 1957, U.S. vol. 355, ps. 184 y ss. ("... es uno de los principios elementales de nuestro Derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación aun cuando la absolución pueda aparecer como errónea");

acusado, en cambio, posee, contra una eventual condena —declaración de culpabilidad— un "derecho de apelación" (no confundir esta traducción sintética con el contenido del recurso, que se aclarará posteriormente), esto es, una facultad para demostrar la injusticia formal o material del fallo y así lograr un nuevo juicio[436]. Sólo en algún Estado federado se conoce una variación de esta concepción: existen tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes que llevan a cabo y sentencian el juicio en primera instancia, que puede ser seguido, sólo por recurso del condenado, por un juicio ante el jurado, al que que únicamente él tiene derecho, recurso que no puede ser utilizado por el fiscal, según lo ha aclarado convenientemente la jurisprudencia suprema de los Estados Unidos[437].

Cualquiera que comprenda la base del enjuiciamiento frente a un jurado, entenderá aquello que acabamos de informar; en especial lo entenderá quien comprenda la razón de ser política de este tipo de enjuiciamiento; vale la pena repetir: políticamente, el jurado representa la necesidad de que, frente a la posibilidad de poner en marcha el poder de coacción más vigoroso y violento que el Estado de Derecho se concede a sí mismo (represéntese que puede llegar a autorizar a terminar con la vida de una persona), exista una autorización para su uso por parte de un núcleo representativo de ciudadanos a los funcionarios estatales que aplicarán la fuerza conforme a la ley, autorización que, negada, impide el uso de esa fuerza o la transforma en ilegítima. Se trata, así, de otro de los obstáculos que debe superar la aplicación de una pena estatal para su legitimación.

Con cuánta mayor confianza podemos llegar a la conclusión arriba indicada, si, además de intentar razonar con consecuencia la cláusula del Derecho internacional que estudiamos, en sí misma, ponemos en juego junto a ella otras garantías como la del *juicio público* —incluso por jurados (§§ 6, F, y 7, C)—, única base de una condena, y una interpretación ortodoxa, si se quiere restrictiva a favor del inculpado, según corresponde por principio general (CPP Nación, 2), del principio *ne bis in idem* (§ 6, E). Estas garantías procesales, también contenidas en nuestra ley fundamental y en las convenciones internacionales sobre derechos humanos, señalan, para nuestra reflexión, dos elementos básicos:

a) En primer lugar, el derecho a impugnar la condena representa, para el condenado, fundamentalmente, el derecho a intentar que se

---

North Carolina v. Pearce, 1969, U.S. vol. 395, ps. 711 y ss.; Smalis v. Pennsylvania, 1986, U.S. vol. 476, ps. 140 y ss. El fiscal sólo puede recurrir la pena concreta, establecida por el juez o jueces permanentes, después del veredicto de culpabilidad (condena) del jurado, en el juicio o audiencia especial posterior, que sólo trata sobre la determinación de la pena (U.S. v. DiFrancesco, 1980, U.S. vol. 449, ps. 117 y ss.; Pennsylvania v. Goldhammer, 1985, U.S. vol. 474, ps. 28 y ss.). Cf., además, CARRIÓ, A. D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, cap. III, 3.1, p. 62.

[436] Básicamente la situación es idéntica en el sistema inglés: cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 73, III, 4, ps. 478 y siguiente.

[437] Ludwig v. Massachusetts, 1976, U.S. vol. 427, ps. 618 y siguientes.

le conceda un nuevo juicio, si demuestra irregularidades en el primero tocantes a aquello que se comprende como un "juicio justo" (*fair trial*), que desemboque en una correcta aplicación de la ley penal, nuevo juicio que tiene como límite la prohibición de la *reformatio in peius*.

b) Ese nuevo juicio —en nuestro caso, la nueva sentencia— no puede ser provocada por el acusador, en especial, por el ministerio público, porque representaría someter al acusado a un nuevo riesgo de condena, a una nueva persecución penal[438].

3. La legislación procesal penal y sus inconsecuencias

a) El problema del recurso idóneo para hacer valer la garantía

I. En este aspecto parcial del problema son observables lamentables incomprensiones del sistema de realización del Derecho penal, que conducen, incluso, a poner en riesgo axiomas del Derecho procesal penal en un Estado de Derecho. Ello es aún más lamentable y peligroso, si estudiamos el desarrollo histórico de nuestra legislación al respecto —sentencia que se extiende con facilidad a todo el ámbito hispanoamericano— y advertimos el esfuerzo mayúsculo que nos ha costado, en relación al Derecho comparado, alcanzar algunos puntos de avance en la materia, hoy irrenunciables. El vigor de esta afirmación reside en que esos avances, remarcables y bienvenidos, resultan aún insuficientes: ni siquiera nos colocan en la situación de poder afirmar que realizamos lo requerido por nuestra Constitución política, a pesar de que ella y sus reglas al respecto no representan, en verdad, posiciones político-criminales de actualidad, cuestionables por su escasa representatividad histórico-cultural, pues provienen de la ideología de un Estado de Derecho clásico, de origen decimonónico.

Quizás limitados por nuestra cultura "burocrática", los dos constitucionalistas que se han ocupado del punto, Bidart Campos y Sagüés, confunden el "derecho al

[438] La idea, según observo ahora, ya residía en mi polémica contra el recurso de revisión en disfavor del imputado, que conciben algunas legislaciones europeas, para el caso, la OPP de la RFA, sólo que se limitó a un ámbito ya reconocido por nuestra propia ley positiva y por la de otros países; esa concepción, tradicionalmente admitida en ese ámbito, y mis propias limitaciones me impidieron ver tras ella con imaginación y audacia: cf. mi *Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten*.

recurso" del condenado con la necesidad de conceder un recurso de apelación, según su comprensión natural entre nosotros[439]. El examen crítico de esta posición, apenas desarrollada por los autores citados, permitirá preparar el terreno para ocuparnos de la solución que creo correcta.

Resulta inconfundible el peso que ha tenido tradicionalmente una organización judicial vertical y, especialmente en ciertos ámbitos judiciales y académicos —como el que corresponde a la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores—, un procedimiento burocrático, por registros, heredado de la cultura inquisitiva española, al punto de que, hoy parcialmente modificado, sigue pesando como esquema cultural y jurídico-político de referencia para pensar problemas. En otro lugar, que nos pareció más correcto sistemáticamente (§ 7, D), hemos abordado el problema de la "segunda instancia" en materia penal. Aquí basta decir que BINDING[440], hace ya casi cien años, explicaba la imposibilidad de concebir esta "segunda instancia", según el sistema de enjuiciamiento penal que, básicamente, imponía el Estado de De-

[439] BIDART CAMPOS, *La doble instancia en el proceso penal (la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, ps. 877 y ss., si bien no ha desarrollado expresamente el punto, en todo su discurso indica, sin argumentación, la sinonimia del derecho al recurso (su acierto) con el derecho a la apelación, en el sentido cultural con el cual nosotros lo comprendemos, a la "doble instancia" en materia penal y, concluye (nº 15, p. 882) con la afirmación —que no toma a su cargo todas las implicaciones del problema—: "Y entendemos que la nórma del Pacto que habilita el recurso ante un tribunal superior enfoca una *vía de apelación amplia*, sobre los hechos y el derecho, en la que quepa renovar el tratamiento integral de la decisión inferior impugnada recursivamente" (destacado nuestro).

SAGÜÉS, *La instancia judicial penal plural en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, IV, ps. 161 y ss., y VI, ps. 164 y ss., adhiere, en principio, a la opinión arriba transcripta, que él también cita, aunque de manera negativa, al discurrir acerca de que los recursos extraordinarios, que limitan demasiado el examen, no alcanzan para cumplir el Pacto que examina. Sin embargo, su opinión resulta tan o más trágica para ciertas instituciones del procedimiento penal de un Estado de Derecho, pues campea en ella, también, el "*derecho a la* (por lo menos) *doble instancia* (sin perjuicio, asimismo, [de] que el legislador local habilite más de dos: es una regulación de mínima, y no de máxima)" (p. 157: destacado del autor) y la confusión extrema acerca de que "esa pluralidad motiva que *el expediente* sea considerado por distintas personas y desde perspectivas jurídicas variadas, circunstancias que permite[n] tanto corregir los errores de un juez individual, como aportar diversas consideraciones que enriquecen la sentencia y evitan, al mismo tiempo, las arbitrariedades de un solo juez" (p. 158: ahora el destacado es nuestro). Los párrafos transcriptos no dejan lugar a dudas sobre el sistema históricamente anacrónico de administración de justicia penal en el cual se ubica para argumentar. Ello se demuestra, incluso, con el texto de las mismas convenciones: *juicio público en presencia del acusado*.

[440] BINDING, *Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts*, citado y traducido por CASTILLO GONZÁLEZ, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*.

recho. Si se tiene presente la necesidad de un juicio público como fundamento obligado de la sentencia —con sus consecuencias características: oralidad del debate, presencia ininterrumpida de todos sus protagonistas, en especial de los jueces que dictarán sentencia, únicos habilitados para emitir el fallo—, entonces cualquier posibilidad de nuevo examen amplio por un tribunal que no estuvo presente en él pasa por un nuevo juicio, cuya decisión se fundará en los actos ocurridos en él y no en el juicio llevado a cabo anteriormente. Con prescindencia de las desventajas de un nuevo juicio —que le dieron pie a BINDING para afirmar que autorizar la apelación es preferir al tribunal peor informado sobre el mejor informado, en razón de la distancia temporal hacia los hechos de los debates respectivos—, lo cierto es que este nuevo juicio, concebido de esa manera, no representa un reexamen del anterior o de su resultado, sino, por el contrario, una *segunda "primera instancia"*[441], cuyo resultado (sentencia) —acertado o desacertado— depende, exclusivamente, de su propio debate, que le sirve de base. Conforme a ello es posible pensar, incluso, que ambas decisiones pueden ser acertadas o desacertadas, juicio para el cual cada una de las sentencias comparece ante su propio debate y que, al menos sobre los hechos, sólo puede pronunciar un observador presente en cada uno de los debates.

También en los casos de apelación parcial —cosa juzgada parcial— resulta cierto el argumento, pues el objeto parcial que se discute no se decidirá por lo visto y oído en el primer juicio, sino, precisamente, por lo visto y oído en el segundo juicio que se provoca y significa así, sobre ese objeto, un nuevo juzgamiento en primera instancia.

Con prescindencia ahora de que a este segundo juicio y sentencia —una nueva primera instancia— se le adjudique alguna ventaja frente al primero —por ej., en el caso del tribunal unipersonal, en la primera "primera instancia", el tribunal plural en la segunda "primera instancia"[442]—, queda claro:

a) La imposibilidad de considerar al segundo juicio una "segunda instancia", en el sentido de un reexamen del material del primer jui-

[441] La expresión, con referencia a los juristas alemanes, también utilizada por ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Derecho procesal penal*, cap. XX, 22, p. 287, pero con desconocimiento o, al menos, prescindencia del fenómeno que se produce al contraponer procedimiento por encuesta registrada y procedimiento por debate oral y público. Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 52, E, III, p. 377.

[442] Con lo cual no se explica por qué no se previó, directamente, un tribunal colegiado originariamente: cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 236.

cio y, conforme a su resultado, la sentencia, pues el segundo tribunal no decide sobre el mismo objeto —según sucede en el procedimiento por actas, una de cuyas razones de ser está constituida, precisamente, por el hecho de lograr la posibilidad del reexamén del asunto (*par conditio* entre el *a quo* y el *ad quem*: las actas sobre la base de las cuales falla el primer y el segundo tribunal son las mismas[443])—, sino, todo lo contrario, sobre su propia base de sustentación, el nuevo juicio.

b) Que un juez ausente en el primer juicio es inidóneo para criticar aquello que el tribunal ha determinado como sucedido y que esta característica negativa comprende a los jueces de un "tribunal superior" —esto es, de un tribunal no horizontal, integrado por jueces que presenciaron el debate—, competentes para decidir el caso sobre la base de un recurso.

II. Las afirmaciones que preceden justifican, según mi comprensión, varias determinaciones dependientes:

a) El "derecho al recurso" del condenado, que prevén las convenciones internacionales, significa, básicamente, el "derecho a lograr un nuevo juicio", cuando mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable (regla de la *doble conforme*), y, por ende, no se sostiene frente al recurso.

b) Para hacer efectivo este derecho es preciso instrumentar un recurso —sin nombrarlo por ahora— que permita reexaminar la corrección de los actos del procedimiento seguidos para lograr la sentencia y el cumplimiento de sus formalidades, la percepción que el tribunal sentenciante ha tenido del contenido de esos actos para advertir toda gruesa falla que, por acción o por omisión, haya sucedido en el deba-

[443] Cf. FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 5, I, p. 43; § 5, III, A, ps. 48 y s., y C, p. 52. Claro es que esta aparente ventaja relativa, que permitió antaño decidir la situación a los doctos (facultades de Derecho), consultados para ello, significa, en buen romance, que cualquier juez ante el cual se coloquen las actas, haya oído al acusado, a los testigos, a los peritos, haya recibido la prueba, o no lo haya hecho, es hábil para pronunciar sentencia, incluso con total prescindencia de la bondad de las actas y de su mayor o menor reflejo de la realidad, algo contradicho por las cláusulas de garantía con las cuales el Estado de Derecho pretendió revertir la posición política del procedimiento penal.

te, y, por último, toda falla en la aplicación del Derecho que funda la decisión; ello echa por tierra la afirmación de la imposiblidad de producir prueba, por ej., en el recurso de casación.

c) El recurso y, eventualmente, el nuevo juicio constituyen un derecho del condenado, que no corresponde al acusador y que no puede conducir a consecuencias jurídicas más graves para el condenado que el primer juicio, y cuyo límite máximo es la confirmación de la sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*), único "riesgo" que corre el condenado (*ne bis in idem*: persecución penal única).

Por supuesto, el derecho directo a un nuevo juicio para el condenado —cuando lo pida: *apelación*, en el sentido tradicional— solucionaría correctamente el problema para la regla de principio que estudiamos. Desde el punto de vista político, sin embargo, él aparece excesivo —y no sólo respecto del procedimiento judicial, sino, también, de la organización judicial necesaria para ello— si el acusado no demuestra, previamente, fallas tales en el juicio originario —procedimiento y sentencia— que impidan considerarlo como idóneo para fundar una condena y superar la prueba de la "doble conforme".

Participo de la idea de que el *recurso de casación* —para aprovechar una institución existente y tradicional en el Derecho procesal de cuño europeo-continental— satisface, en principio, la necesidad básica del recurso del condenado contra la condena, siempre que sean introducidas a él ciertas correcciones que, dicho de manera general, apuntan a "ordinarizarlo" y a ampliar su objeto. En primer lugar, la idea básica que pretende satisfacer el recurso de casación en su formulación actual se corresponde con la idea central de conceder un recurso al condenado contra la sentencia de los tribunales de juicio: según su comprensión tradicional, él torna posible que el tribunal de casación, "superior" respecto del tribunal sentenciante —del juicio—, examine si la sentencia emana de un "juicio justo", conforme a la ley (casación formal), y si ella arroja un resultado que satisface los principios que gobiernan la interpretación y aplicación de la ley penal (casación material)[444].

[444] Cfme. Mora Mora-Madriz-Villalobos Torrens-Houed Vega-Bonilla Menéndez, *La única instancia en el procedimiento penal costarricense*, p. 203; Minvielle, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal*, p. 104. Ésta fue, precisamente, la opinión de la Comisión IDH en el Informe 24/92 sobre varios casos tratados con relación a la legislación costarricense, básicamente idéntica a la nuestra: "el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que

Pero ello no basta. El temor de sentencias de condena injustas con relación a los hechos determinados por la sentencia del juicio originario impone una ampliación del objeto del recurso que, si bien lo extrae de su contexto tradicional, parece necesario para responder a la cláusula de garantía. Ello no implica, necesariamente, un quebrantamiento del principio de la única instancia para la determinación de los hechos —o, al menos, un quebrantamiento total de este principio— y, mucho menos, como algunos lo pretenden, un quebrantamiento de los principios que gobiernan el juicio oral y público, en el sentido de registrar todo el debate para que, en caso de un recurso, jueces que no lo han presenciado dicten, con base en los registros y no en la percepción del debate, una nueva sentencia.

Por de pronto, estimo que, agregarle al recurso de casación los motivos que habilitan el recurso de *revisión*, autorizado en forma atemporal contra la sentencia de condena, no sólo es legítimo, sino, además, político-criminalmente conveniente, pues no hay necesidad de esperar a que la sentencia quede firme para intentar su modificación o revocación por motivos graves que la inhabilitan desde el punto de vista principal de la reconstrucción fáctica. De tal manera, si el imputado puede demostrar que los hechos fijados son inconciliables con otra sentencia penal, o que la sentencia se funda en testimonios o documentos falsos, o que ella ha sido pronunciada mediando prevaricación o cohecho o, en fin, que ha sobrevenido un nuevo hecho o se conocen nuevos elementos de prueba que tornan evidente el error de la decisión, puede aspirar a que la sentencia proveniente del juicio público originario no obtenga la *conformidad* del tribunal de casación y, por ende, provoque un nuevo juicio.

Analógica a esta ampliación del objeto del recurso de casación, resulta ser la falsa percepción, por parte del tribunal de mérito, de los elementos —medios de prueba— incorporados al debate. No se trata de que el tribunal de casación valore nuevamente la prueba del debate, que no ha presenciado, actividad que le está prohibida, sino, antes bien, de que el imputado demuestre —no sólo argumentalmente—, a

---

permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso". La Corte IDH, sin embargo, reclamada por una opinión consultiva del gobierno de Costa Rica, no resolvió el tema, precisamente porque formaba parte de casos litigiosos pendientes en los que, eventualmente, debía intervenir (OC-12/91 del 6/12/1991).

través del recurso, que el sentido con el cual es utilizado un elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, esto es, existe una falsa percepción acerca del conocimiento que incorpora, como, por ejemplo, cuando un documento no expresa aquello que para la sentencia informa, un perito o un testigo no dice aquello que la sentencia aprecia (por ej., no reconoció al acusado y la sentencia parte de la afirmación opuesta)[445].

Se observa ya que es el condenado el que ataca la condena y, por ende, es él, también, quien soporta la carga de verificar estos extremos, de tornar plausible los errores gruesos del fallo respecto de la reconstrucción histórica, de la manera según la cual soporta idéntica carga en el recurso de revisión[446]. Para que lo pueda hacer es necesario admitir, a contrario de la teoría tradicional entre nosotros, que el trámite del recurso de casación permite, dentro de ciertos límites, la incorporación de prueba en audiencia, de modo tal que el tribunal pueda apreciar la seriedad del motivo (*iudicium rescindens*). Ello, aunque no resulta prohibido como actividad para el tribunal de casación, informa acerca de la reforma necesaria del procedimiento del recurso.

Ya hace años observamos, con cita de la mejor doctrina nacional y del Derecho comparado[447], la posibilidad y la necesidad teórica de permitir la prueba en el procedimiento de la casación, aun concebido el recurso en su forma tradicional. Se trataba de demostrar que, cuando aquello que se ataca mediante el remedio son los vicios formales de un acto y ellos no emergen directamente o son contradichos por el acta del debate —por ej., el acta consigna que el debate se llevó a cabo públicamente y, en la realidad, el tribunal prohibió el ingreso del público; o la lectura de la sentencia se produjo con posterioridad al término del plazo máximo previsto para ello—, era posible demostrar la infracción formal a través de la

[445] Respecto de la prueba documental ha sido reconocida la *par conditio* entre el tribunal de juicio y el tribunal de casación para valorarla y, por ello, se ha auspiciado, al menos en este ámbito, la necesidad de ampliar el objeto del recurso: cf. FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 5, 3, C, p. 52 y s., que señala antecedentes valiosos.

[446] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 55, C, II, p. 407. Ésta, sin embargo, es una carga de todo recurrente en cualquier impugnación.

[447] Cf. DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 34, p. 126; hoy, nuevamente y más extenso, en *La casación penal*, nº 18, ps. 69 y ss.; y MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, p. 282, § 337, p. 287 y § 351, p. 297, donde se halla la bibliografía alemana al respecto, toda coincidente con el principio enunciado.

Según esta comprensión, el CPP modelo Iberoamérica, 350, contiene una regla específica sobre el punto: a él siguieron el CPP Guatemala, 428, y el Pr. CPP El Salvador, 456, que adoptaron la misma solución.

incorporación de medios de prueba en el procedimiento de casación. El hecho de que, regularmente, los vicios de procedimiento, según el impugnante, tengan su reflejo en el acta del debate —porque no cabe esperar que el secretario judicial que la labra sea un falsario—, no inhibe la necesidad, en algún caso, de verificar la conducta concreta del tribunal contraria a la ley, esto es, los "hechos del proceso", que de ello se trata en la casación formal.

III. La naturaleza particular del "recurso extraordinario" o "recurso extraordinario de apelación" ante la Corte Suprema de la Nación (ley nº 48, 14; CPC, 256 y ss.), en sí un recurso de casación sobre Derecho federal (interpretación suprema de la Constitución nacional y de las leyes federales), ha servido de argumento para afirmar que este recurso satisface la exigencia garantista de las convenciones internacionales, hoy incluso incorporadas a nuestra Constitución. La misma Corte Suprema lo ha indicado así, al afirmar que el "derecho al recurso" se halla "satisfecho por la existencia del recurso extraordinario ante la Corte", sin argumentación alguna[448]. El tribunal de casación penal nacional, Sala I, ha prestado auxilio a esta decisión, al afirmar exactamente lo mismo, pero con fundamentos: el recurso extraordinario satisfaría la exigencia en tanto por su intermedio la Corte Suprema asegura la vigencia de todas las garantías penales y procesales penales contenidas en la Convención, en especial la máxima del debido proceso y de la defensa en juicio[449].

La doctrina no ha aceptado este criterio, a mi juicio con razón. Los constitucionalistas la han rechazado con remisión al argumento del objeto limitado del recurso extraordinario y el acceso excepcional a la vía (juicio de admisibilidad), conforme al carácter institucional del recurso y del tribunal que lo decide[450]. Por el

[448] *Fallos CSN*, t. 311, ps. 274 y ss., caso "Luciano Adolfo Jáuregui s/ recurso extraordinario". Una vez terminado este manuscrito, la CSN dictó sentencia en el caso C. 342. XXVI, "Recurso de hecho: Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación, causa nº 32/93", el 7/4/1995, fundando la "invalidez constitucional del art. 459, inc. 2, del CPP Nación" y anulando, por esa razón, la sentencia del tribunal de casación (también citada aquí). Para explicar la decisión, opuesta contradictoriamente a "Jáuregui", antes citado, expresó, en primer lugar, que la actual regulación del recurso extraordinario ante la Corte no satisface la garantía de la CADH, pues la incorporación del art. 280, CPC Nación, concede a la Corte un poder discrecional para abrir el recurso o para evitarlo, cuando reconozca la cuestión federal como insustancial o intrascendente; hizo mérito, en segundo lugar, de la nueva organización judicial que supone la creación de un tribunal de casación en materia penal; y, en tercer lugar, debido a la incorporación de las convenciones sobre derechos humanos a la CN, tomó nota de las decisiones de la jurisprudencia —caso Costa Rica— de los órganos de protección americanos de derechos humanos, para cumplir, en la órbita que le es propia, sus recomendaciones y decisiones, y así evitar la eventual responsabilidad internacional del país.

[449] CNCP, causa 32/93, "Giroldi, Horacio Daniel y otro s/ recurso de casación", fallo publicado en *JA*, diario nº 5885, Buenos Aires, 15/6/1994, ps. 14 y siguientes. En este caso, precisamente, la CSN casó la decisión y revocó la doctrina de "Jáuregui" (ver nota anterior).

[450] Bidart Campos, *La doble instancia en el proceso penal (la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, nº 15, p. 882; Sagüés, *La instancia judicial penal plural en la Constitución argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, IV y

lado del Derecho penal, en cambio, el debate ha sido más rico: han entrado en consideración mayor cantidad de argumentos, si bien es cierto que el debate penal ha tenido como centro o, al menos, como base de sustentación, el problema que representa la limitación para el imputado de recurrir en casación las condenas que la ley considera leves (CPP Nación, 459), problema al cual nos referiremos posteriormente[451]. Con prescindencia de esta cuestión, quiero rescatar uno de los argumentos empleados, a mi juicio fundamental para decidirla, sin, por ello, restar valor a los otros, más referidos al problema que presenta la ley procesal penal y sus limitaciones: se trata de la observación de que, con la reforma legislativa que, para el recurso extraordinario, implican los arts. 280 y 285 del CPC Nación, al menos teóricamente, el recurso supone que su apertura depende de la voluntad de la propia Corte, que puede rechazarlo, sin fundamento alguno, si considera que el agravio federal es insuficiente o mínimo, o que la cuestión federal es insustancial o intrascendente[452]. Con ello el recurso regresa a su fuente política originaria en nuestro sistema: el tribunal, la Corte Suprema nacional, está allí para hacer valer la supremacía de la Constitución federal, de las leyes federales dictadas en su consecuencia y de los tratados con potencias extranjeras, y el recurso de la ley nº 48, 14, pretende, en primer lugar; servir a este fin, más que auxiliar a un interés particular; en todo caso se sirve de un interés particular para lograr el fin institucional al cual está destinado.

Con ello, según creo, la cuestión queda resuelta. Se trata, sin duda, de que el recurso extraordinario ante la Corte Suprema es excepcional, tanto respecto de las cuestiones que ingresan a su objeto característico, como respecto del acceso a la vía, pero se trata, además y antes bien, de que el tribunal que lo decide y la vía no están pensados, en principio, para conceder una garantía al condenado en el sentido indicado en los puntos anteriores, aunque su objeto pueda coincidir parcialmente con este fin en casos particulares. Tanto es así que la CNCP, pese a que su doctrina general reconoce como idóneo el recurso extraordinario ante la Corte Suprema para satisfacer la garantía de las convenciones citadas, ha debido de-

---

V, ps. 161 y ss., autor que efectúa un interesante estudio histórico-argumental sobre el objeto del recurso extraordinario en relación a los errores que puede contener una sentencia, en constante variación (aparición de la doctrina de la *sentencia arbitraria* o de la *gravedad institucional* y sus diferentes aplicaciones por la Corte Suprema, según su propio criterio), que lo conduce a concluir en que, según su utilización actual, constituiría tan sólo una respuesta *formal* a la obligación contenida en la Convención Americana, sin satisfacer su exigencia.

451 Cf. GARAY, *Límites del recurso de casación penal por el monto de la pena: convalidación judicial y objeción constitucional*; FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*.

452 GARAY, *Límites del recurso de casación penal por el monto de la pena: convalidación judicial y objeción constitucional*, p. 540. Tal facultad pretende imitar al *writ of certiorari*, que cumple la misma función en el Derecho de los EE.UU., para la Corte Suprema de ese país: cf. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los EE.UU.*, § 13, ps. 111 y siguientes.

Éste es hoy el principal argumento de la CSN ("Giroldi", ver nota nº 448) para admitir que la garantía se cubre con el recurso de casación y, por ello, descalificar las limitaciones de recurrir en casación algunas sentencias.

cidir que, cuando el motivo del recurso ante ella interpuesto torna insusceptible el recurso extraordinario —por tratarse de una cuestión de Derecho común—, no es posible rechazar el acceso a la casación de conformidad con las limitaciones impuestas por la ley (CPP Nación, 459), pues, de otra manera, "el tema quedaría sin revisión por juez o tribunal superior como lo exige el art. 8º, inc. 2º, apartado h), del Pacto de San José de Costa Rica"[453]. Menos aún responde nuestro recurso extraordinario a la garantía prevista por las convenciones, si, como ya lo hemos afirmado, él debe considerar, además, cuestiones que, tradicionalmente, han sido excluidas de él por representar "cuestiones procesales", de Derecho local, o "cuestiones de hecho", tocantes a la reconstrucción histórica del suceso que es objeto del procedimiento penal. Y todavía menos es imaginable que, conforme a ello, se pueda "abrir a prueba" el recurso ante la Corte Suprema. De otra forma se presentaría el problema si, ante la obligación internacional que supone la ratificación de las convenciones citadas, la Corte Suprema, en ejercicio de facultades pretorianas, decide, para cumplir con esa obligación, ampliar, en el sentido indicado, su propio recurso.

IV. El remedio correcto, conforme a la garantía estudiada, nos coloca frente a otro problema —si bien excepcional, teóricamente posible— que tiene a la Corte Suprema como protagonista. En los casos de jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte Suprema (CN, 117), como resulta natural, no existe un "tribunal superior" a ella misma, que pueda satisfacer la garantía exigida por las convenciones. Allí la Corte Suprema deberá, de manera pretoriana, en caso de condena y de un recurso interpuesto contra ella, solucionar el inconveniente, y así decidir en contra de su jurisprudencia reiterada acerca de que contra sus resoluciones no existe recurso alguno. Se nos ocurre que la mejor solución será acudir a un tribunal formado, con la misma integración que la Corte Suprema, por los *conjueces* de ese tribunal, en sí designados para los casos de inhibición o recusación[454].

b) El problema de la admisibilidad del recurso

Se ha atacado también al recurso de casación como remedio idóneo para cumplir con la cláusula de garantía estudiada, desde la perspectiva meramente formal, bien por la necesidad de restringir el acceso al recurso que han sentido los tribunales de casación, al conceder excesivo rigor a las formas exigidas por la ley para su interposición, característica que aparece como inherente al recurso mismo[455], bien por ciertas limitaciones para su interposición en relación a la importancia de la pena impuesta o del agravio sufrido, que nuestras leyes contienen desde antaño.

[453] CNCP, Sala I, "Ferreyra, Roberto C. s/rec. de queja", nº 255, resuelta el 12/10/1994.

[454] De proceder el recurso, éste, en sí mismo, sería uno de esos casos, pues los jueces que intervinieron en el tribunal de juicio están inhabilitados para integrar el tribunal que conoce sobre el recurso.

[455] Cf. DAHS-DAHS, *Die Revision im Strafprozeß*, p. 3.

I. Por supuesto, pertenece también a estas modificaciones del recurso, para tornarlo compatible con la garantía, eliminar la excesiva formalización que los tribunales de casación exigen para el planteo del recurso, de manera tal de "ordinarizarlo" en relación a las exigencias que lo tornan procedente[456]. Una reforma correcta de esa reglamentación debería permitir al tribunal de casación, antes de declarar improcedente el recurso por razones meramente formales, advertir al recurrente acerca de las deficiencias del planteo, para que lo complete convenientemente antes de decidir sobre su procedencia. Ello supone que el recurso ha sido ofrecido dentro del tiempo hábil para evitar que la condena quede firme y provocar el conocimiento del tribunal, y, además, que, apreciados liminarmente sus motivos, ellos permitan, de ser explicados convenientemente, acceder a la vía recursiva.

La misma Comisión IDH, en su Informe 24/92, ha acentuado, precisamente, que el recurso de casación, desprovisto de formalismos exagerados que impidan al recurrente acceder al recurso fácilmente, resulta idóneo para cumplir la exigencia del art. 8, nº 2, *h*, de la CADH[457].

II. El segundo problema, relativo a aquello que, entre nosotros, ha dado en llamarse "limitaciones objetivas" al recurso de casación es, sin duda, más arduo y urgente, porque la ley, directamente, ha desconocido la garantía —a pesar de que, en algunos casos, ha sido dictada con posterioridad a la ratificación por la República Argentina de las convenciones internacionales—, al impedir, de manera absoluta, el recurso del condenado contra aquellas sentencias que condenan a una pena conceptuada como leve[458], sentencias que, de esa manera, quedan firmes cuando las pronuncia el tribunal de juicio.

[456] La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica expresó por primera vez esta necesidad, en los términos que después reprodujo el Informe de la Comisión IDH (ver nota nº 444): votos nº 282-90, 719-90 y 1731-91.

[457] Ver su texto en nota al pie nº 444.

[458] CPP Nación, 459: en el juicio correccional, cuyo tribunal es unipersonal (juez correccional), no son recurribles las condenas de seis meses de prisión, un año de inhabilitación o cien mil australes ($ 10) de multa, o inferiores a esas penas; en el juicio criminal, cuyo tribunal es colegiado (tres jueces), no son recurribles las condenas de tres años de prisión, doscientos mil australes ($ 20) de multa o cinco años de inhabilitación, o que fijan una pena inferior a esas. Sobre la dificultosa interpretación de esas limitaciones y los errores que cometen los tribunales al interpretarlas —de paso: sobre la irracionalidad de la discriminación en relación a la "igualdad ante la ley"— cf. SANCINETTI, *La interpretación menos irrazonable del art. 459 del CPP Nación*, ps. 55 y siguientes.

Según la opinión hasta aquí expuesta, tales limitaciones, confesadamente fundadas en razones de economía y de sobrecarga de trabajo del tribunal[459], en tanto impiden al condenado y a su defensor recurrir la sentencia condenatoria, resultan contrarias a la garantía prevista en las convenciones internacionales estudiadas y ahora, por ende, a nuestra propia Constitución nacional, que las incorpora a su texto.

El debate acerca de este problema, anterior incluso a la reforma de nuestra Constitución nacional (texto actual: CN, 75, inc. 22), presenta aristas interesantes.

a) Por de pronto, nuestro debate nacional aparece condicionado por el debate internacional sobre el punto, en especial, por dictámenes de organismos internacionales de protección de los derechos humanos, referidos a textos legales similares a los que constituyen nuestra legislación interna. En efecto, el *leading case* Costa Rica, cuya legislación procesal penal procede del modelo cordobés histórico (CPP Córdoba [1939]), contenía reglas similares a las actualmente vigentes en nuestra legislación nacional, que limitaban la posibilidad del imputado de recurrir en casación los fallos de los tribunales de juicio, en casos de condenas consideradas leves por la ley. El informe de la Comisión IDH referido a varios casos planteados sobre la base de la legislación costarricence, cuyo contenido esencial consta en la nota nº 444, considera idónco al recurso de casación para cumplir la función de garantía exigida por la Convención Americana, pero reclama cierta ordinarización de las formalidades para su interposición, con él fin de permitir un acceso sencillo a la vía que, dicho de manera general, debe servir a la posibilidad de que el tribunal de casación examine "la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso". Los dictámenes, además, establecen la necesidad del recurso, aun en los casos excluidos de él por la ley criticada, de manera de asegurar al condenado el "derecho al recurso" ante un tribunal superior, como lo manda la Convención. En virtud de los dictámenes de la Comisión, ya la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica —con poderes jurídicos superiores a los de nuestra Corte Suprema, pues sus fallos tienen virtud derogatoria de la ley— tomó la iniciativa y derogó esas limitaciones (CPP Costa Rica, 474, incs. 1 y 2)[460]. La ley nº 7.337 (de la República de Costa Rica), del 5/5/1993, modificó el texto de esas reglas: suprimió las limitaciones[461]. Más allá de ello, la organización judicial costarricense se corrigió, al crearse un Tribunal Superior de Casación Penal, cuya competencia, precisamente, toma a su cargo la tarea antes

[459] Ver Exposición de motivos CPP Nación, *Casación*: "por razones de economía y orden práctico".

[460] Corte Suprema, Sala Constitucional, voto nº 719/90: "Se declara parcialmente con lugar, la acción de inconstitucionalidad y en consecuencia se anulan y se tienen por no puestas las limitaciones al derecho de recurrir en casación a favor del imputado contra la sentencia penal por delito, establecidas por el art. 474, incisos 1 y 2 del Código de Procedimientos Penales".

[461] Ahora: "El imputado podrá interponer el recurso contra: 1) Toda sentencia condenatoria por delito. 2) La sentencia de sobreseimiento o absolutoria que le imponga una medida curativa de seguridad por tiempo indeterminado...".

vedada por la ley a la Sala Penal de la Corte Suprema de Costa Rica, tribunal de casación originario para asuntos penales[462]. El caso Costa Rica es, así, importante para nosotros, pues la organización judicial, sin ser idéntica, admite la comparación, a los efectos de analizar este problema; el procedimiento judicial y los recursos establecidos, inclusive para el control de constitucionalidad, son, o bien idénticos, o bien similares; muy probablemente, entonces, el resultado de una opinión o de una contienda ante los organismos internacionales de protección a los derechos humanos arroje para la República Argentina, para nuestro CPP Nación, 459, incs. 1 y 2, el mismo resultado: el recurso de casación basta, siempre que el acceso a él se simplifique; las limitaciones para el condenado que pesan sobre su derecho a recurrir la sentencia de condena son inadmisibles para la Convención[463].

Conviene afirmar que, hasta donde yo sé, el debate doctrinario está dividido en Costa Rica: hay quienes postulan la suficiencia del recurso de casación para cumplir con el pacto internacional, de la manera indicada[464]; hay, también, quien aboga por un recurso de más amplio objeto, sobre la base de evitar, al extremo posible, errores judiciales y porque el sentimiento jurídico del hombre común refiere la garantía de una administración de justicia correcta más a este tipo de recurso (apelación), que a un recurso limitado (casación)[465].

b) A raíz de la cláusula de las convenciones, los nuevos CPP Córdoba, 472, y CPP Tucumán, 472, sancionados en la misma época que el CPP Nación, base de nuestra polémica actual, ya no contienen esas limitaciones para interponer el recurso de casación: permiten al imputado recurrir en casación, en todos los casos, la sentencia de condena y aun la de absolución (sobreseimiento) que impone una medida de seguridad y corrección (incs. 1 y 2). Ambos códigos, sin embargo, mantienen la "bilateralidad" del recurso, que también le corresponde al acusador —sin limitación alguna— en caso de sentencias absolutorias o que no conceden la condena que ellos pretendieron, con lo cual, tarde o temprano, se verán enfrentados nuevamente con el problema, al menos en la hipótesis de que el tribunal de casación revoque una sentencia absolutoria y condene sin reenvío a nuevo jui-

[462] En Costa Rica, la Corte Suprema es, en esencia, un tribunal de casación, compuesto por salas para diversas materias que conforman las diferentes secciones, sin perjuicio de la competencia respecto de resoluciones que debe tomar la Corte en pleno. A esa conformación originaria, se le agregó, modernamente, una sala especial, la Sala Constitucional, con un sentido aproximado al movimiento universal que estableció tribunales constitucionales. La Sala penal de la Corte es el tribunal competente originariamente para decidir el recurso de casación, idéntico al vigente entre nosotros; a él se agregó ahora el tribunal mencionado en el texto, que, para traducirlo a nuestra terminología, tiene la misma categoría que un tribunal de juicio de integración plural —competencia criminal— (Cámara), pero cumple la función de tramitar y decidir los recursos de casación en casos de condena o agravio menor.

[463] Éste es otro de los argumentos definitorios que utiliza la CSN, en el caso "Giroldi", para variar su jurisprudencia orginaria en "Jáuregui" (ver nota nº 448).

[464] Cf. Mora Mora-Madriz-Villalobos Torrens-Houed Vega-Bonilla Menéndez, *La única instancia en el procedimiento penal costarricense*, p. 205.

[465] Cf. Castillo González, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, ps. 39 y ss. (la opinión y su comentario en § 7, D, II).

cio[466]. Además, la cantidad de recursos de casación —incluidos los acusatorios— provocará, prácticamente, una sobrecarga insoportable de los tribunales de casación —si no se acude al remedio fácil de rechazarlos indiscriminadamente con argumentos formales extremos—, a menos que la organización judicial prevea una ampliación considerable e inconveniente del número de sus jueces.

Frente a ellos, el CPP Nación, 459, incs. 1 y 2, conserva esas limitaciones para el recurso de casación del condenado en juicio, y las conserva en grado extremo, pues los límites están referidos a condenas que sólo la ley puede considerar "leves" —pueden alcanzar hasta tres años de prisión de cumplimiento efectivo—, bajo el único argumento (exposición de motivos) de la economía de recursos judiciales y de razones prácticas no aclaradas.

c) Nuestro tribunal de casación nacional se ha visto ya enfrentado al problema[467]. Por ahora, la síntesis de sus decisiones se centra en una regla y en una excepción: el recurso extraordinario ante la Corte Suprema es el remedio procesal que permite cumplir con la cláusula de las convenciones[468], conforme a la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación vigente hasta ese entonces[469], razón por la cual la ley procesal penal local, al menos la nacional (CPP Nación, 459), puede, por regla general, fijar limitaciones a la posibilidad del imputado de recurrir la sentencia por la vía de la casación[470]; salvo el caso de que el recurso involucre cuestiones de interpretación y aplicación del Derecho común,

[466] Vista la reforma desde esta perspectiva, ella implica también un retroceso, pues el ministerio público puede recurrir cualquier sentencia en contra del imputado absuelto o condenado, mientras que, en la situación criticada, ciertas absoluciones y condenas no eran recurribles por quien perseguía penalmente. El avance que significó conceder siempre recurso al imputado contra la sentencia condenatoria, empalidece frente a este retroceso y plantea nuevos cuestionamientos.

[467] La Corte Suprema de la Provincia de Mendoza ha declarado repetidamente que las limitaciones al derecho de recurrir la sentencias por los imputados son contrarias a la Constitución provincial y nacional; cf. ÁBALOS, *Derecho procesal penal*, t. III, ps. 486 y ss.

[468] CNCP, Sala I, causa n° 32/95, "Giroldi, Horacio Daniel y otro", en *JA*, Buenos Aires, diario del 15/6/1994, ps. 14 y siguientes (ver nota n° 449).

[469] *Fallos CSN* (caso "Jáuregui, Luciano Adolfo"), t. 511, ps. 274 y ss. (ver nota n° 448).

[470] La afirmación y la argumentación para arribar a ella no es sencilla ni lineal. Se trata, si se quiere, de una argumentación "curialesca" o "forense" en la cual se reproduce, con lujo de detalles, la cuestión de la procedencia del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema, de la mano de la determinación de la decisión recurrible por ese recurso (impugnabilidad objetiva). A mi juicio, con la inclusión de este problema sólo se ha conseguido, por una parte, empañar la discusión principista que plantean las convenciones y, por la otra, demostrar de manera cabal el elevado grado de abstracción y tecnicismo forense que plantea la procedencia del recurso extraordinario ante la Corte Suprema, que un organismo o tribunal internacional sólo interpretaría en el sentido ya afirmado en el texto: el recurso extraordinario federal es una herramienta recursiva excepcional al extremo y parcialmente discrecional para nuestra Corte Suprema, que no persigue como fin, al menos en primer lugar, conceder una garantía para el condenado tendiente a obtener la "doble conforme", sino, antes bien, procura un control institucional sobre la interpretación y aplicación del Derecho federal.

"insusceptibles de habilitar la competencia extraordinaria de la Corte" Suprema, caso en el cual "cabe hacer excepción al criterio sentado... [el recurso extraordinario ante la Corte Suprema satisface la garantía] y declarar inaplicable en este supuesto particular la limitación del citado art. 459, inc. 2, del ordenamiento ritual, desde que, en caso contrario, el tema quedaría sin revisión por juez o tribunal superior como lo exige el art. 8, inc. 2, apartado h, del Pacto de San José de Costa Rica"[471].

d) La doctrina jurídica ha rechazado esta interpretación de las convenciones en el punto. Buena parte de ella —los constitucionalistas— reclama un recurso amplio para cuestiones tanto de hecho como de derecho, de manera tal que ni siquiera coinciden con la posibilidad del recurso de casación y, menos aún, seguramente, con sus limitaciones; quienes conocen mejor la economía de los códigos que pretenden cumplir con la exigencia constitucional del juicio público postulan, cuando menos, la invalidez de las reglas que limitan el recurso de casación para condenas que sólo la ley estima leves. En las advertencias de estos últimos autores, el lector hallará argumentos principistas interesantes para arribar a la solu-

---

Sintéticamente —hasta el punto que permite la filigrana forense utilizada—, la discusión se puede resumir así: los fallos "Strada" (*Fallos CSN*, t. 308, p. 490) y "Di Mascio" (*Fallos CSN*, t. 311, p. 2478) han establecido para los tribunales de casación provinciales (máximo organismo judicial de cada provincia), la necesidad de tratar los recursos que pongan en tela de juicio la inteligencia y aplicación del Derecho federal (Constitución y leyes federales) —máxima de la *intermediación*—, con una interpetación que se aparta de la *Judiciary Act* del Derecho estadounidense, fuente de nuestra ley nº 48, 14, que regía su interpretación tradicional; por consiguiente, cuando se trata de una *cuestión federal* que integra el objeto del recurso extraordinario ante la Corte Suprema, ninguna limitación del recurso ante esos tribunales, que pudieran contener las leyes provinciales, es válida; no sucedería así, en cambio, en el ámbito de la justicia federal o nacional, en el cual la ley del Congreso de la Nación fija la competencia por apelación de la Corte Suprema y de los demás tribunales inferiores de la Nación (CN, 117) y puede, por tanto, reservar la materia, total o parcialmente, sólo a la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial local o dar vida a la máxima de *intermediación*, al permitir el control previo por otro tribunal (aquí las opiniones se dividen, pues, para la CNCP ese control no le fue derivado por la ley en ciertos casos, en razón, precisamente, de las limitaciones de la ley procesal, mientras que la doctrina considera plausible, por interpretación extensiva de la ley nº 4.055 —cámaras federales de apelación y cámaras de apelación de la capital—, lo contrario). En la economía de interpretación de la CNCP, la conclusión es obvia: el CPP Nación, 459, incs. 1 y 2, al fijar limitaciones al derecho de recurrir la sentencia condenatoria del imputado, ha dejado en esos casos sólo a la Corte Suprema el control emergente de las convenciones internacionales, mediante el recurso extraordinario, remedio que, según su misma interpretación, satisface la cláusula de garantía. Cf. GARAY, *Límites del recurso de casación penal por el monto de la pena: convalidación judicial y objeción constitucional*, c, ps. 545 y ss., quien también se muestra perplejo ante la aparición de este problema en la discusión y nos advierte acerca de las dos opiniones divergentes —para él un conflicto normativo—, cuyas soluciones contrarias aparecen como igualmente fundadas; FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 3, ps. 19 y siguientes.

471 CNCP, Sala I, "Ferreyra, Roberto C. s/rec. de queja", causa nº 255, reg. nº 316, resuelta el 12/10/1994, considerando 6º.

ción racional: el recurso extraordinario ante la Corte Suprema, tal como emer
en nuestro Derecho y se practica en el foro, no es el remedio adecuado para sat
facer la garantía del derecho al recurso del condenado, debido a que se trata
una institución que, parcialmente, persigue fines diversos –por ello mismo,
acceso excepcional, tanto jurídico como empírico– y relativamente discreciona
para el tribunal supremo federal que lo maneja; las razones de economía y prag
ticidad, aludidas para limitar en ciertos casos –condenas menores– el recurso d
casación, son sólo "excusas" sin explicación suficiente y no resisten el menor aná
lisis valorativo frente a los valores con los cuales se enfrentan, la condena pena
y la pena; la *igualdad ante la ley* (CN, 16) se halla efectivamente afectada por la ne
gación del recurso contra condenas "menores", pues, incluso prescindiendo de la
discriminación irracional que plantea la misma ley –incs. 1 y 2–, la sola discrimi-
nación entre condenas "mayores" y "menores" resulta arbitraria respecto de la
variable de importancia en el caso, el vicio, error o injusticia de la sentencia[472].

e) Seguramente el debate sobre el punto no ha finalizado, ni finalizará aquí.
La incorporación de las convenciones internacionales al texto de nuestra Consti-
tución nacional resulta un indicio seguro de esta afirmación, a la par de que la
propia Corte Suprema no ha valorado suficientemente el tema en un recurso que
lo tenga por objeto central.

La afirmación era correcta. Después de concluido este manuscrito, la CSN dic-
tó sentencia en el caso "Giroldi"[473] y adoptó, sobre el punto, la mejor doctrina.
Con ello parece haber concluido la disputa en torno a las limitaciones del recur-
so de casación del imputado que le impiden impugnar ciertas sentencias. Sin em-
bargo, quedan subsistentes varios puntos genéricos respecto de la suficiencia del
recurso de casación para satisfacer la garantía y algunos interrogantes específicos
respecto de la facultad de recurrir del ministerio público, órgano estatal habilita-
do en general a recurrir en casación: por una parte están allí, vigentes, las limita-
ciones para recurrir del fiscal (CPP Nación, 458), aspecto que no debería provocar
un problema, de no ser por la recurrente decisión de nuestros tribunales de utili-
zar las garantías en contra del condenado y a favor del Estado[474], y, por la otra,
nos preguntamos si se reconocerá el derecho del imputado a recurrir cuando el
acusador obtenga la condena en casación, por recurso planteado contra una abso-
lución o una condena menor.

4. Conclusión

Frente a todos los problemas que entran en consideración para darle contenido a la garantía del "derecho al recurso" del condenado

[472] Cf., con ejemplos, SANCINETTI, *La interpretación menos irrazonable del art. 459 del CPP Nación*, § 2, ps. 58 y ss.; FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 4, ps. 30 y ss., y, con relación al aspecto valorativo entre los fines de la limitación y la condena penal, GARAY, *Límites del recurso de casación penal por el monto de la pena: convalidación judicial y objeción constitucional*, b, ps. 541 y siguientes.

[473] *Leading case* de la CNCP recurrido: ver notas nº 448 y 449.

[474] El problema ya ha sido resuelto correctamente por la Corte Suprema de Mendoza: cf. ÁBALOS, *Derecho procesal penal*, t. III, ps. 490 y siguientes.

a raíz de una sentencia emanada de un juicio público, la reforma del estatuto procesal debe partir de las siguientes bases:

I. Contra la sentencia de los tribunales de juicio, la ley no debe conceder recurso al acusador: allí termina la posibilidad del acusador de obtener una condena y ella, en caso de que resulte del juicio, constituye el límite máximo de la reacción penal estatal. Ello permitirá, en primer lugar, estructurar el recurso como una garantía procesal del condenado, según lo manda el texto de las convenciones examinadas, y, en segundo lugar, permitirá ajustar el texto de la ley a la correcta observancia material de dos principios caros para el enjuiciamiento penal, la prohibición de la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) y la prohibición de la *reformatio in peius*. Por lo demás, ésta es la única manera de acoger los argumentos políticos que fundan la reducción del recurso contra la sentencia, la economía de medios y la razón práctica frente a recursos judiciales limitados, esto es, la única manera de efectuar una discriminación racional sin atacar sustancialmente la garantía de la "igualdad ante la ley".

II. Contra la sentencia de condena o contra la decisión que impone una medida de seguridad y corrección se debe conceder al imputado un recurso accesible, desprovisto de rigorismos formales absolutos que provoquen su rechazo *in limine*, sin posibilidad alguna de corrección y auxilio del tribunal que lo juzga para ello. El recurso de casación es idóneo como remedio, con una ampliación significativa de su objeto, consistente en la incorporación de todos los motivos que autorizan la revisión, la posibilidad de incorporar hechos nuevos o elementos de prueba nuevos, conocidos después de la audiencia del debate e, incluso, la de demostrar la falsa percepción sustancial por parte del tribunal decisor de aquellos elementos valorados en la sentencia, que tornen írrito el fallo. Consecuentemente, se debe admitir la posibilidad de incorporar prueba en la audiencia del recurso, que demuestre los extremos citados o la conducta procesal contraria a la ley que observó el tribunal del juicio (*iudicium rescindens*). Todo ello significa, en verdad, conceder al imputado la oportunidad de demostrar que resulta necesario un nuevo juicio.

III. Las limitaciones al recurso del imputado contra la condena o contra la decisión que le impone una medida de seguridad y corrección, fundadas en el aforismo *minima non curat praetor*, o sobre argumentos relativos a la economía de recursos o en simples razones prácticas, son ilegítimas frente a la cláusula de las convenciones y al carácter de "garantía" que esa regla le atribuye al "derecho al recurso".

Parágrafo Séptimo

Los fundamentos constitucionales
del Derecho procesal penal argentino
(Principios relativos a la organización judicial)

§7

BIBLIOGRAFÍA:

ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, nº 17 a 25. ALSINA, Hugo, *La justicia federal*. BERGALLI, Roberto, *Estado democrático y cuestión judicial*. BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed. BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, nº IV, V, VI, X, XI y XXIV, a. CARBAJAL PALACIO, N., *El juicio por jurado*. CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho criminal*, tr. de Soler-Gavier-Núñez, t. 2, §§ 913 y ss. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*. CAVALLERO, Ricardo-HENDLER, Edmundo, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. II, nº 394 y ss.; *Competencia penal en la República Argentina*. D'ÁLBORA, Francisco, *La justicia federal*. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, cap. XIX. GORANSKY, Mirna D., *Un juicio sin jurados*. JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 2ª ed, Primera Parte, I. LOIÁCONO, Virgilio, *Los jueces naturales y el ámbito temporal de la nueva ley de competencia*. NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho constitucional*, cap. II, F. PETERS, Karl, *Strafprozeß*, 2ª ed., §§ 17 a 20. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., §§ 9 y 14, A, II. SAGÜÉS, Néstor P., *El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución nacional*. SAMPAY, Arturo E., *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)*. SCHIFFRIN, Leopoldo, *El "forum delicti commissi" como exigencia del art. 102 de la Constitución nacional*. SORIANO, Román, *El nuevo jurado español*. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª parte, cap. II y t. II, 3ª parte, cap. III, § III.

A. INTRODUCCIÓN

En el parágrafo anterior se esbozó el procedimiento penal que, según líneas políticas de principio y conforme a una ideología determinada, diseña la Constitución nacional. Se trata ahora de expresar, con el mismo estilo, los escasos —pero importantes— principios que, en relación con la organización judicial que debe llevar a cabo el procedimiento, prevé la misma Constitución.

Según ya observamos (§ 6, A), la distinción que divide a ambos parágrafos no es fundamental y, en cierta manera, es arbitraria. Ella responde más a la tradición de seccionar al Derecho procesal penal, doctrinaria y legislativamente, en Derecho del procedimiento (o procesal penal propiamente dicho) y Derecho de la organización judicial (§ 2, A), que a razones profundas de política jurídica o de comprensión y aplicación de las reglas. Conforme a ello, se podrá observar que la *independencia* de juicio de los integrantes de los tribunales de justicia y las reglas que garantizan la integración de esos tribunales con *jueces*

imparciales no son máximas que, en primer lugar, se dirijan a garantizar a los miembros del Poder Judicial, o a quienes integran un tribunal, una determinada posición personal, como en ocasiones son pensadas y expuestas algunas reglas que apoyan estos ideales, sino antes bien, a la manera de los principios que gobiernan el procedimiento, normas de garantía para el justiciable. El mismo sentido expresa la elección de tribunales de enjuiciamiento integrados por jurados o el mandato de instrumentar un recurso contra la sentencia ante un tribunal superior.

Se podría decir, en cambio, que la *federalización de la organización judicial* es un principio político que sólo se vincula a la organización misma y ninguna relación presenta con la seguridad jurídica del justiciable; ello es así, si se pretende una objetividad extrema que excluya la máxima de su contexto histórico y social, para colocarla en un terreno universal, según se pudo hacer con los demás principios expuestos. El principio, sin embargo, alude, desde su mismo título, a un problema local, a una sociedad cuya unión nacional responde, en menor o mayor medida, al respeto de ciertas autonomías locales, una de ellas, la aplicación local de la ley común. No bien se mira el principio bajo este prisma, se observa que la interpretación y la aplicación de la ley común por los tribunales provinciales constituye un poder reservado por las provincias al tiempo de formar la unión nacional (CN, 121 y 75, inc. 12) y ello, principalmente, por razones de seguridad para sus habitantes; del célebre privilegio impuesto por la Carta Magna anglo-sajona, *ser juzgado por los jueces y por la ley del lugar* (*forum domicilii*) (cap. XXIV) nuestra Constitución conservó la administración de justicia local (autonomía de las organizaciones judiciales provinciales) como base de su organización judicial, pero erigió al lugar del hecho en pilar fundamental de la competencia territorial (CN, 118: *forum delicti commissi*), y cedió a la Nación (el Estado federal) la determinación del poder penal material del Estado (la ley penal: CN, 75, inc. 12), con la excepción del Derecho contravencional. En materia judicial, el Estado federal conservó también el control de la supremacía constitucional y la aplicación del Derecho federal propiamente dicho, en aquellas materias delegadas enteramente por las provincias al gobierno federal; el Derecho común sólo en los territorios propios (CN, 75, inc. 30).

Ello a salvo, corresponde comenzar el análisis de las cláusulas constitucionales que determinan los rasgos principales de nuestra organización judicial.

B. IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES

1. La imparcialidad como elemento de la definición del "juez"

La palabra "*juez*" no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de "*imparcial*"[1]. De otro modo: el adjetivo "*imparcial*" integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto "*juez*", cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo —permanente o accidental— requiere.

Tan importante resulta el calificativo para describir la esencia del concepto de juez, o de su función, que las diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos, hoy texto constitucional entre nosotros, lo han exigido al conceder al imputado el derecho a un juicio justo ante un tribunal *imparcial*: DUDH, 10; DADH, 26, II; CADH, 8, nº 1; PIDCyP, 14, nº 1; CPDH y LF, 6, nº 1.

Ello indica que la descripción de aquello que significa el calificativo determina, básicamente, el concepto de juez, mirado desde su función. Y, sin embargo, tampoco la determinación del significado de este adjetivo es, de por sí, sencilla y depende de su contexto cultural y político, tanto de reglas relativas al procedimiento que se adopta y su norte, como de reglas referentes a la organización judicial[2]. El sustantivo *imparcial* refiere, directamente, por su origen etimológico (*in - partial*), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno. Por otra parte, el concepto refiere, semánticamente, a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe de-

[1] La prueba más concreta de ello la proporciona el mismo diccionario de significados de la lengua castellana, pues la afirmación inversa también es absolutamente correcta: el adverbio *imparcial*, en su significado más directo, va unido indisolublemente a la acción de juzgar, y su utilización como adjetivo al sustantivo que menciona a quien realiza la acción de juzgar (juez, árbitro); al mismo tiempo, el sustantivo imparcialidad denota la falta de prejuicios en la acción de juzgar. Cf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 21ª edición, t. II, p. 1144.

[2] Un ejemplo desde el primer ángulo de observación (el procedimiento), básicamente, en la investigación de Derecho comparado de CARRIÓ, A. D., sobre *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, que, al contraponer el modelo "oficialista" (argentino) con el "individualista" (EE.UU.), muestra, desde el atalaya de la *neutralidad* del juzgador, las diferencias ciertamente importantes de ambos sistemas (ver nota nº 4).

Un ejemplo que privilegia el segundo punto de vista (las reglas de la organización judicial que rigen al juez), básicamente, en ALVARADO VELLOSO, *El juez. Sus deberes y facultades*, en especial, nº 1.1.1.2., ps. 18 y s. y 1.2.1.2.2., ps. 81 y siguientes.

cidir. Pero el juez —a quien las reglas del proceder lo empujan fuertemente a lograr determinados fines, incluso en forma de deberes establecidos para cumplir correctamente su función, como, por ejemplo, el de conocer por las suyas la verdad de un acontecimiento histórico (investigar *ex officio*, "ofrecer" él mismo medios de prueba para averiguar la verdad, interrogar a los órganos de prueba)—, parte de una posición que no favorece la *imparcialidad*, sino que, antes bien, la imposibilita en origen, pues la ley lo obliga a adoptar la posición de parte en el procedimiento, a tener interés propio en la decisión, a abandonar su posición neutral frente al acontecimiento desde algún punto de vista (la "verdad histórica objetiva", base de su decisión, o no condenar a un inocente o no condenarlo más allá de su merecimiento y necesidad, pese a la torpeza de su actividad defensiva). Incluso se puede decir que, frente a la solución dilemática —relativa— que hoy gobierna nuestro orden jurídico en materia de decisión judicial (condena o absolución), coincida o no coincida el juez que lleva a cabo esta actividad —extraña en sí a su concepto y función— con los intereses de los protagonistas del asunto, siempre favorecerá con su acción el interés básico de alguna de las "partes" o intervinientes en el procedimiento. Por otra parte, quien integra un tribunal de justicia —solo o acompañado— no es otra cosa que una persona, que un ciudadano, idéntico en sus atributos fundamentales a sus demás congéneres, juzgados por él, todos convivientes en un mismo tiempo, como integrantes de una misma agrupación social y política, y, por lo tanto, bajo los mismos valores ético-culturales que presiden y gobiernan esa asociación. Con abstracción de ciertas calificaciones especiales (conocimientos adquiridos, ejercicio profesional, edad, capacidad para ejercer derechos políticos, etc.), que debe poseer o de las cuales debe carecer quien juzga (de ordinario no pueden ser jurados los funcionarios públicos, los abogados o los sacerdotes de una religión), esas calificaciones no mellan el juicio básico antes expresado de que juzgadores y juzgados, quienes deciden y quienes soportan esas decisiones, son sólo personas, seres humanos cuyo principio básico de dignidad está representado por la *igualdad ante la ley* (CN, 16)[3]. Todos, juzgadores y juzgados, viven en una misma época político-cultural y, por ello, están regidos básicamente por una concepción común

[3] Y por la necesidad de que ese principio se explique por el requisito de *oportunidades parejas*, si no iguales, de todos frente a ella.

sobre los valores vigentes y sobre la vida política, por afanes y esperanzas similares, por reglas de conducta —al menos las jurídicas— idénticas: por lo tanto, asumen frente a la vida prejuicios similares, provenientes de la realidad histórica en la cual viven conjuntamente, y nada especial los legitima como *imparciales* frente al asunto, a decir verdad, nada los legitima para juzgar a sus semejantes, que no sea el intento de evitar la violencia de unos contra otros frente a la aparición de un conflicto social, poder característico del Estado moderno (monopolio de la fuerza)[4].

Ello indica, desde un comienzo, que el calificativo "imparcial", aplicado a la definición de un juez, o la nota de imparcialidad, aplicada a la definición de su tarea, cuando no se los trata como un ideal, sino como un intento de aproximación a él en la vida práctica, no puede representar un absoluto, sino, antes bien, menta una serie de previsiones, siempre contingentes históricamente, por ende, relativas a un tiempo histórico y a un sistema determinados, cuyo contenido se vincula al intento de aproximarse a aquel ideal o de evitar desviarse de él. Hoy esa serie de previsiones, que alguien ha definido sintéticamente con la palabra *neutralidad*[5], pueden ser esquematizadas en nuestro Derecho orgánico, esto es, con abstracción de las reglas del procedimiento, por referencia a tres máximas fundamentales, que pretenden lograr en ese ámbito la ansiada aproximación al

[4] De allí la trascendencia de la sentencia *Nollite iudicare* (¡No juzguéis!), atribuida a CRISTO, y la demostración de que la palabra *justicia*, como toda obra humana, es tan solo una utopía, una bella utopía, esto es, un ideal que preside la actividad de los jueces, pero que no soporta la petulancia con la que nosotros, los juristas, y, en especial, la misma práctica judicial, se refiere a ella, rodeándola de calificativos altisonantes (*sagrada, digna*, se comparece ante *el altar de la justicia*, frase que identifica tribunales con justicia, de allí que el altar sea el tribunal [cf. el poema "A un juez", reproducido por ALVARADO VELLOSO, *El juez. Sus deberes y facultades*, nota nº 24, ps. 11 y s.]), que, en el contexto que rodea su utilización por fallos judiciales, resultan regularmente vacíos y a veces encubren verdaderos intentos de justificación de lo injustificable. Bastaría con que se concibiera el término *justicia* o, mejor expresado, *tarea judicial* o *administración de justicia*, como un *servicio público* que tuviera como nota distintiva la *imparcialidad*, siempre relativa, referida a las personas que integran el tribunal.

[5] Cf. CARRIÓ, A.D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, cap. II, nº 3, ps. 22 y ss., y nº 6, p. 30, cap. III, nº 3.2, ps. 63 y ss., cap. IV, nº 2.3, ps. 129 y ss.: el autor hace de esta característica una nota determinante para la explicación y separación de dos modelos comparados de procedimiento penal, el "oficialista" y el "individualista", lenguaje que también innova para indicar aquello que, tradicionalmente, conocemos —por partir del modelo europeo-continental— como mayor o menor aproximación a las formas inquisitivas o acusatorias del procedimiento.

ideal de la *imparcialidad del juzgador*: la independencia de los jueces de todo poder estatal que pueda influir en la consideración del caso, la llamada imparcialidad frente al caso, determinada por la relación del juzgador con el caso mismo —según su objeto, comprendida la actividad previa de los jueces referida al caso, y los protagonistas del conflicto—, mejor caracterizada como motivos de *temor* o *sospecha de parcialidad del juez*, que persigue el fin de posibilitar su exclusión de la tarea de juzgar un caso concreto, cuando él afecta su posición imparcial, y el mencionado como principio del *juez natural* o *legal*, que pretende evitar toda manipulación de los poderes del Estado para asignar un caso a un tribunal determinado, de modo de elegir los jueces que lo considerarán *ad hoc*. Estos principios, propios de un Estado de Derecho, exigen la determinación de una serie de reglas de realización complementarias, que nos proponemos estudiar a continuación.

He allí explicado el "principio del principio", aquello que para mí constituye la esencia del concepto de juez en un Estado de Derecho, que las reglas básicas y las que gobiernan su aplicación intentarán realizar con mayor o menor éxito, conforme a los mecanismos que pongan en funcionamiento para ello, principio que, según alguna vez ya expresé, "a mi me parece de primera magnitud, con suficientes merecimientos para estar ubicado entre los principios que impiden la manipulación arbitraria del poder penal y básico para explicar el verdadero significado de la independencia judicial y del principio del juez natural"[6].

Con todo, no por conocidas y reiteradas valen menos un par de aclaraciones. La nota de *imparcialidad* o de *neutralidad*, que caracteriza al concepto "juez", no es un elemento inmanente a cualquier organización judicial, sino un predicado que necesita ser construido, para lo cual operan tanto las reglas referidas a esa organización como las reglas del procedimiento; este punto se dedicará específicamente a las nombradas en primer término. Por otra parte, es preciso no confundir el atributo y su portador: no se trata aquí de reglas "de los jueces" (privilegios), comprendidos en esa corporación una serie de personas con determinados atributos, sino, por el contrario, de reglas de garantía "del justiciable", necesitadas quizás de apoyo institucional y, por ello, clasificadas aquí —más o menos arbitrariamente— por su

[6] *Prólogo* al libro de Binder, *Introducción al Derecho procesal penal*, ps. 17 y siguiente.

referencia a la organización judicial, pero sin perder de vista su naturaleza de garantía individual de un Estado de Derecho. En tanto garantías del justiciable, esas reglas gozan de todas las características que hemos adosado a la categoría: otra vez resulta imprescindible alertar contra su utilización y aplicación en contra del imputado[7].

2. La independencia judicial

I. Regularmente, se expresa que la *independencia* es una característica que corresponde al *poder judicial* como tal, frente a los demás poderes del Estado, poderes que, según la teoría política liberal, comparten el ejercicio de la soberanía[8]. Ello resulta natural porque la macrovisión del sistema político y la teoría liberal que lo preside fijan su atención en la independencia de los tres poderes entre los que se distribuye la soberanía, en la competencia u objeto propio de cada uno de ellos y en la coordinación del ejercicio de esa competencia propia, descripta genéricamente, para eliminar los conflictos entre ellos o prever su modo de solución. Desde este punto de vista, las reglas que prevén la *estabilidad de los jueces permanentes* (CN, 110), la *compensación* por sus tareas, *insusceptible de ser disminuida* (CN, 110), la *prohibición para el presidente* (Poder Ejecutivo nacional) *de ejercer funciones judiciales* (CN,109) y el deber general de los jueces de ajustar sus decisiones a la ley del Congreso, son sólo aspectos de la independencia y límites de la función judicial, como atributo del Poder Judicial del Estado.

Una buena manera de garantizar la independencia judicial, desde el punto de vista del poder judicial en su conjunto, no contemplada por nuestra ley suprema, es determinar constitucionalmente el porcentaje de las rentas de la Nación (presupuesto) que corresponde a ese poder, como mínimo (cf., por ej., Constitución de la República de Costa Rica, art. 177, párr. II: seis por ciento) y asegurar la autonomía de esas rentas.

II. Pero esta macrovisión del problema olvida que, por su composición y organización, el poder judicial es colegiado y la función judicial es ejercida por tribunales integrados por jueces diversos que, en

[7] Un ejemplo: el imputado absuelto por un juez "parcial" no puede ver desmejorada su posición —casada la sentencia y remitido a un nuevo juicio— por la utilización de la regla.

[8] Cf. González, *Manual*, nº 184, ps. 195 y ss., nº 306 y ss., ps. 310 y ss., nº 585 y ss., ps. 574 y ss.; Soriano, *El nuevo jurado español*, 3, ps. 23 y siguientes.

cada caso, pronuncian la decisión de autoridad del poder respectivo, jueces que, incluso, pueden no formar parte de la organización permanente (*jurados*). En efecto, la cantidad de casos que el poder judicial debe resolver con una decisión de autoridad emanada de sus miembros propios, los jueces, y la necesidad de que ellos resuelvan el caso sólo según los criterios de la ley, evitando, en lo posible, la influencia de factores políticos coyunturales, que operan sobre el caso, impone que, a diferencia del ejecutivo, unipersonal en principio, y, en todo caso, organizado verticalmente, según el principio de jerarquía, el poder judicial se exprese por intermedio de una serie de oficios (los tribunales o cortes de justicia), integrados por una pluralidad de personas (los jueces), quienes no pueden depender del principio de obediencia jerárquica, para garantizar al justiciable la sumisión a la ley y al caso concreto. Se trata, así, de una *organización horizontal*, en la que *cada juez es soberano al decidir el caso* conforme a la ley, esto es, él es el poder judicial del caso concreto. Y ello es así, aunque se faculte a alguien para recurrir la decisión de un tribunal y se permita, de este modo, que otro tribunal reexamine el caso, desde algún punto de vista, y este tribunal elimine, revoque o reforme la decisión anterior (por considerarla errónea), pues las instancias recursivas y los tribunales creados para llevarlas a cabo no deben ser, al menos de manera principal, expresión de una organización jerárquica, sino, por el contrario, manifestación de la necesidad de evitar errores judiciales para garantía del justiciable[9].

[9] Cf. *Convención americana sobre derechos humanos* (*Pacto de San José de Costa Rica*), art. 8, nº 2, *h*, bajo el título de *garantías judiciales*. Se confunde, casi siempre, la necesidad política del recurso, garantía de seguridad del fallo, con la organización exclusivamente administrativa de los tribunales y la posición que ellos ocupan en ese esquema. Obsérvese que, aparentemente, también incurre en ese error la Convención citada ("... recurrir del fallo ante un *juez o tribunal superior*"), con esa interpretación francamente ininteligible en el punto, desde el aspecto que ella pretende regular. Supóngase que un Estado, cuyo tribunal de mérito competente está integrado por varios juristas e, incluso, por un número suficiente de jurados o escabinos responsables, determina que una sola persona (juez) revise el fallo, con facultades para anularlo, revocarlo y reformarlo; tal "dictador judicial", que decide, en definitiva, unipersonalmente, no garantiza la exclusión del error, el capricho y el voluntarismo judicial, sino todo lo contrario, por más que se coloque al "dictador judicial" en un escalón "superior", jerárquicamente. Asistimos hoy al caso inverso: se ha ampliado la cantidad de jueces integrantes de la CSN y, sin embargo, la opinión pública generalizada, incluso según encuestas, advierte, casi unánimemente, la sumisión de los fallos de la CSN a los intereses del poder ejecutivo en los casos concretos que le toca decidir al tribunal y no recuerda otra integración histórica tan dependiente como la actual de esos intereses.

Las organizaciones judiciales verticales son propias de los sistemas políticos autoritarios, características, por ej., de las monarquías absolutas y de su régimen procesal penal, la Inquisición. Desde el punto de vista de la decisión judicial —no siempre de la organización administrativa de los tribunales—, la organización horizontal se corresponde con el régimen republicano, aristocrático o democrático, histórico o actual (ver Grecia, Roma [§ 5, C], Derecho germano antiguo [§ 5, B]). En las repúblicas modernas, representativas y democráticas, o en las monarquías constitucionales (Estado de Derecho), la soberanía popular se manifiesta por la intervención de jueces accidentales, representantes populares en el tribunal de juicio (jurados o escabinos), y por la seguridad de que ellos fallan sin conexión con el poder político del Estado y evitan, en lo posible, toda su influencia.

Se entiende, entonces, por qué la regla que prevé la independencia o autonomía del criterio judicial debe ser formulada respecto de cada uno de los jueces que integra el poder judicial permanente o accidentalmente, por intermedio de los cuales ese poder se pronuncia, y con referencia a todo poder del Estado, no tan sólo al poder ejecutivo o administrativo y al poder legislativo, sino también al mismo poder judicial: "El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes de los poderes del Estado, sólo sometidos a la ley"[10].

Los recursos nacieron en organizaciones judiciales autoritarias, precisamente para que el soberano (el monarca), que delegaba su jurisdicción en los casos concretos, pudiera controlar, por ese medio, cómo sus representantes utilizaban el poder delegado (Inquisición); esto es, aparecieron cuando las organizaciones judiciales horizontales (juzgaban asambleas populares o representaciones populares, depositarias de la soberanía) se convierten en organizaciones verticales (jerárquicas). Pero en un Estado republicano y democrático la existencia del recurso contra decisiones judiciales no puede significar lo mismo; se trata aquí, como pretende incoherentemente el *Pacto de San José de Costa Rica*, de una garantía sobre la certeza del fallo. Es por ello que, universalmente, los tribunales de instancia están integrados por un número mayor de jueces que aquellos que juzgaron en primera instancia o tienen sólo por misión examinar la certeza jurídica del fallo (casación); sobre todo cuando se trabaja con jueces unipersonales es común permitir la apelación ante un tribunal colegiado, que puede revisar, incluso, el acierto fáctico del fallo (reconstrucción histórica de los elementos históricos del caso), y también es común que un tribunal de juristas revise el procedimiento seguido y la sentencia desde el punto de vista jurídico (corte de casación).

En verdad, la única manera de entender la regla de la Convención citada resulta de negar su sentido administrativo (jerarquía) y de afirmar su sentido de garantía individual: *superior*, en ese contexto, sólo significa "con poder para reexaminar total o limitadamente el caso y revocar, reformar o eliminar el fallo anterior".

[10] Texto del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (1986), art. 2, elevado al poder legislativo para su tratamiento en mayo de 1987. Observa claramente todo este problema, al que alude como independencia *externa* (del poder judicial) e *interna* (de los jueces), BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial*, V, B, ps. 98 y ss., incluso para extraer consecuencias en la organización judicial (cogobierno del poder judicial).

Es en este sentido que las convenciones universales sobre derechos humanos —hoy incorporadas a nuestra Constitución nacional, 75, inc. 22— otorgan a toda persona el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial: *Declaración universal de derechos humanos*, art. 10; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 14, nº 1; *Convención americana sobre derechos humanos* (*Pacto de San José de Costa Rica*), art. 8, nº 1; *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (Convención europea), art. 6, nº 1.

Ése es el mismo sentido con el que la *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, art. 97, bajo el título de Independencia de los jueces, y la *Ley Orgánica Judicial* de ese país, § 1, rezan, respectivamente: "Los jueces son independientes y están sólo sometidos a la ley"; "El Poder Judicial es ejercido por tribunales independientes, sólo sometidos a la ley".

La *Constitución de la Nación Argentina*, art. 109, prohíbe al poder ejecutivo "ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". De su texto se desprende también que el Congreso de la Nación (poder legislativo) carece de atribuciones judiciales (art. 75), como no sean aquellas propias del *juicio político* (para destituir autoridades constitucionales [CN, 53, 59 y 60]), difícilmente ubicables como atribuciones judiciales, y que el poder judicial (art. 108 y ss.) es el único autorizado para juzgar los conflictos sociales concretos y para solucionarlos, aplicando la ley. Precisamente es el Congreso el que, en el orden nacional, crea los tribunales de justicia y dicta su ley general de competencia (CN, 75, incs. 20, 30 y 32, y 108), fijando sus atribuciones, que, por ello mismo, no pueden ser usurpadas por el propio Congreso. La Constitución no prevé ninguna regla que prohíba a los mismos tribunales de justicia funcionar jerárquicamente, mediante un sistema de instrucciones, generales o particulares, de órganos superiores hacia los inferiores, pero del principio que impide sacar a los habitantes, para juzgarlos, de los jueces designados por la ley (de competencia) antes del hecho de la causa (CN, 18: juez natural) surge claramente la ilegitimidad de ese sistema: sólo los tribunales establecidos por la ley y competentes para juzgar el caso concreto, según las leyes de competencia y procedimiento anteriores al hecho juzgado, por intermedio de los jueces que los integran conforme a la ley, se pueden pronunciar sobre el caso, libremente y sin estar sometidos a la autoridad de otra persona, juez o tribunal. Esta es otra de las razones que impide regular la función judicial por medio de la llamada "jurisprudencia obligatoria", como lo disponen los arts. 10 y 11 de la ley de organización judicial vigente en el orden nacional (ley nº 24.050; ver § 2, D, 2, *b*)[11].

Ello implica que cada juez, cuando juzga y decide un caso concreto, es libre —*independiente* de todo poder, inclusive del judicial— para

[11] DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 159, ps. 532 y ss., después de una serie de equívocos y argumentos aparentes para demostrar que los *fallos plenarios* de las cámaras nacionales de apelación no significan usurpar facultades legislativas, no delegables en tribunales de justicia, observa que "su establecimiento configura una regulación del ejercicio del poder jurisdiccional: el plenario reduce el ámbito de interpretación en que normalmente actúa el juez". A este nuevo argumento aparente, sólo cabe responder: ¿es ello posible según nuestra Constitución? ¿o es la misma Constitución la que regula, de la manera descripta en el texto, el ejercicio del poder jurisdiccional y el ámbito de interpretación del juez?

tomar su decisión y sólo se le exige que su fallo se conforme con aplicar el Derecho vigente, esto es, que se someta a la ley. Salvo la ley que rige el caso, se prohíbe así que determine su decisión por órdenes de cualquier tipo y proveniencia. En ello —y no en otra cosa— reside la *independencia judicial*.

Cómo se consigue que se someta a la ley, es otro problema. La ley penal castiga al juez que dictare —dolosamente— resoluciones contrarias a la ley o fundadas en hechos falsos (CP, 269); nuestra Corte Suprema ha abierto el recurso extraordinario (inconstitucionalidad), por *arbitrariedad*, para descalificar sentencias que no son "derivación razonada del Derecho vigente"[12]; todos los recursos de casación conocidos controlan que no exista, en el juzgamiento del caso, una violación de la ley que lo rige, tanto de la ley que organiza el procedimiento para arribar a su solución, como de aquella que funda la solución; la revisión del procedimiento, a favor del condenado, procura impedir que los errores judiciales, fundados en una falsa apreciación de los hechos, sean irrevisables y autoriza hasta la revocación y reforma de sentencias firmes. Empero, ha sido menester —salvo la revisión— reconocer una decisión judicial última y definitiva: sin ella, el Derecho no reconocería ningún fin práctico (§ 1, B, 2, *d*).

III. Precisamente, para que los jueces sean realmente independientes de todo poder del Estado, inclusive del mismo poder judicial, es que los *permanentes*, funcionarios estatales, gozan de *estabilidad* en sus empleos, en principio, a perpetuidad —salvo que cumplan o hayan cumplido los 75 años de edad, momento en el cual cesan en sus funciones si no se renueva el nombramiento que ahora dura, solamente, un período de cinco años (CN, 99, inc. 4, III)— y se retribuye sus servicios con una *compensación salarial* que determina el Congreso de la Nación, por ley, *imposible de ser disminuida* posteriormente, mientras permanezcan en sus funciones (CN, 110). Empero, la estabilidad y la retribución irreducible no son privilegios que obedecen a un *fuero personal*, prerrogativas prohibidas por la ley suprema (CN, 16), sino, antes bien, necesidades que surgen cuando se pretende garantizarle a la persona juzgada, que *su* juez obedecerá, al decidir su caso, a criterios políticos permanentes, determinados por la ley que establece los deberes y facultades de todos, y no a criterios circunstanciales o del momento, o a órdenes e imposiciones de quienes ejercen los poderes del Estado.

Desde este punto de vista resulta sumamente discutible que los jueces integrantes del poder judicial, individualmente considerados, sean titulares del derecho a que su remuneración mantenga cierto nivel adquisitivo, por comparación con sueldos anteriores o con el nivel de vida de otras personas; de allí también

[12] *Fallos CSN*: t. 262, p. 459; t. 268, p. 278 y 113; t. 295, p. 538, entre otros.

que resulte absolutamente discutible que ellos estén legitimados para reclamar como derecho subjetivo, ante los estrados judiciales, una actualización en la remuneración, correspondiente a la pérdida de nivel adquisitivo del sueldo y proveniente de factores económicos generales, que afectan la vida de todos los habitantes del país. Menos aún parece procedente la vía del amparo. Sin embargo, nuestra Corte Suprema afirmó estas tres posibilidades en la causa B. 478, "Bonorino Peró, A., y otros c/Estado nacional s/amparo" (*ED*, 1986, t. 116, ps. 321 y ss.; ver también t. 119, ps. 193 y ss.), fallada el 15/11/1985, amparando a los jueces quejosos y recomponiendo su remuneración sobre la base de un índice que procura establecer la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

No es razonable estimar que esa cláusula constitucional (CN, 110) tiene por misión excluir a los jueces de las peripecias y avatares —favorables o desfavorables— que sufre el país, en este caso, del empobrecimiento económico y del envilecimiento, por inflación, de su moneda. Para extremar el ejemplo, sería irrazonable que, en circunstancias de guerra, debiera garantizárseles a los jueces, por el hecho de ser tales, una remuneración suficiente para poder comprar cosas extranjeras, que podían comprar anteriormente con su salario, y que, por la guerra, o bien no son fabricadas en el país, o bien su precio es superior. Es mezquino atribuir a nuestra asamblea constitucional una preocupación tal que haga pasar la vigencia del Estado de Derecho y, especialmente, la independencia judicial, por los índices económicos del Instituto Nacional de Estadística y Censos, de manera que estos números se conviertan en el barómetro de la mayor o menor aproximación al sistema republicano. ¿Qué diremos si, por ejemplo, esos índices congeniaran mejor, empíricamente, durante la vigencia del Estado autoritario anterior al juicio de amparo base de esta nota? Y así debió ser, puesto que los jueces de aquella época no utilizaron este remedio, a pesar de que, en la mayoría de los casos, eran las mismas personas que acudieron a esta vía. En beneficio de ellos se puede decir, con fundamento, que la existencia de un parlamento y la vigencia de la Constitución ampara hoy su opinión de todo riesgo, mientras que, en aquel sistema, el miedo por mantener su cargo, e, incluso, por su integridad física, era real.

En verdad, la Constitución nacional prescribió que el Congreso de la Nación fije, por ley formal, las remuneraciones de los jueces, prohibiendo que esos salarios se *graven* con un tributo, impuesto o forma de reducción similar (CN, 110), según reza la opinión de Joaquín V. González, citada en el fallo de la Corte Suprema (fin del cons. 6º). Ello quiere decir que la materia de la prohibición es toda acción que, bajo cualquier nombre o pretexto, lleve a cabo el gobierno nacional para disminuir el sueldo de los jueces, con propósitos de cercenar su independencia. La simple omisión de fijar una nueva remuneración, en principio, no daña a la independencia judicial, sobre todo cuando la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno general, que perjudica por igual a todos los habitantes del país. De este argumento se desprende, también, que es imposible que los jueces fijen sus propios sueldos por intermedio de un amparo, pues la atribución de fijar los sueldos de los jueces corresponde, en el orden federal, al Congreso de la Nación. A lo sumo, la opinión ridícula de que el sueldo de los jueces está referido a un patrón estable, a una moneda estable, o a la cantidad de cosas que se pueden adquirir con el sueldo, que permite un amparo por esta razón, debió haber concluido con una decisión que, en todo caso, obligara al Congreso a efectuar la corrección.

De la misma manera, el sistema de nombramiento y remoción de los jueces permanentes pretende responder a esa idea. En nuestro

país, los jueces permanentes no son representantes populares, pues la voluntad popular, expresada a través de la elección, no interviene en el nombramiento. El sistema de nombramiento, en el orden nacional, respondía, antes bien, al equilibrio entre los poderes que conforman la soberanía, pues residía en un acto conjunto del poder ejecutivo, que propone (el presidente de la Nación), y del poder legislativo, que, a través del Senado (representantes de las provincias), presta su acuerdo para la designación (CN 86, inc. 5). La reforma de la Constitución de 1994 conservó ese sistema sólo para los jueces de la Corte Suprema (CN, 99, inc. 4, I). En cambio, ella determinó que los jueces de tribunales inferiores serán sugeridos en terna —vinculante— por un *Consejo de la Magistratura* a crearse, y nombrados por el presidente de la Nación, con el acuerdo del Senado (CN, arts. 114 y 99, inc. 4, II). Con ambos sistemas se pretende, en conjunción con la permanencia y estabilidad de los jueces en sus cargos, garantizar la independencia de criterio en el sentido expresado, y el pluralismo político e ideológico de quienes integran, permanentemente, el cuerpo profesional del poder judicial; ello porque, al no ser designados todos sus integrantes a un mismo tiempo, las distintas fuerzas políticas imperantes en cada caso garantizan la formación de un cuerpo cuyos integrantes no sólo responden a distintas relaciones del poder político, sino, antes bien, dominado más por la idea de *profesionalidad*, que por su pertenencia a una u otra razón política. Tanto es así, que la ley que rige la función de los jueces prohíbe, por *incompatible*, "toda actividad política" (decr. ley 1.285/58, 9).

Las provincias, en sus constituciones, ofrecen sistemas similares: en ocasiones es el poder legislativo quien nombra al juez, a proposición, incluso por ternas, del poder ejecutivo (Córdoba, texto anterior a la reforma); en otras (Chaco), hasta se prevé un Consejo (de la Judicatura), integrado por los tres poderes. Pero las diferencias circunstanciales de las formas que son utilizadas para la designación de los jueces profesionales, no varían el significado y el valor político que pretenden esas formas, antes señalados.

Las formas de selección y designación de los jueces permanentes, por medio de los otros dos poderes del Estado, exclusivamente, no son reputadas, hoy en día, suficientemente garantizadoras de la independencia externa del poder judicial e interna de los jueces que lo componen (lenguaje de BERGALLI, nota nº 10). Se aboga por la creación de un *consejo de la judicatura*, con participación de los mismos jueces, electos por sus pares, y de los demás poderes del Estado, incluso de los propios abogados, por tratarse de un cuerpo profesional, consejo que tendría a su cargo no sólo las tareas de selección y designación de los jueces, sino, también, la disciplina del servicio y la remoción de los jueces que desempeñan mal sus fun-

ciones[13]. Ello es, precisamente, lo que propone la reforma de la CN, en sus arts. 114 y 115. Permítaseme expresar mi pesimismo con relación a una mejora del sistema: en verdad, creo que sin participación ciudadana en los tribunales de justicia y sin una tradición, no escrita pero estable, relativa a la independencia de criterio de los jueces cuando deciden, cualquier método de selección sólo será, metafóricamente, pura ilusión.

Tampoco hoy se sostiene como postulado —ficto— la necesidad del "apoliticismo" de los jueces en un Estado democrático, carcaza protectora que, en múltiples ocasiones, esconde la aquiescencia con una "idea" política definida acerca de la función judicial. Al contrario, la transparencia que provoca la expresión de las ideas políticas que, en verdad, tienen los jueces, y el encauzamiento de esas ideas en un proceso interno democrático, desarrollan un valor propio de esas sociedades, el pluralismo ideológico, en el ámbito interno de la organización judicial[14].

Es por esta última razón, aunque también para evitar el excesivo corporativismo, que no se descarta la *elección* popular de los jueces, ni, incluso, la *temporalidad* del cargo, esto es, la quiebra del nombramiento a perpetuidad y, en consecuencia, la designación por tiempo limitado[15].

La *estabilidad* de los jueces permanentes y profesionales en sus empleos se asegura al establecer que sólo serán removidos cuando desempeñen mal sus funciones o cuando cometan un delito al ejercerla o con ocasión de su ejercicio, y al prever una forma de enjuiciamiento especial para la comprobación de estas circunstancias, cuyo tribunal sólo puede destituir al acusado, en caso de condena. En el orden nacional se prevé hoy, después de la reforma de la CN en 1994, y sólo para los jueces integrantes de la Corte Suprema, el llamado "*juicio político*", que resuelve provocar la Cámara de Diputados, quien asume el papel de acusador, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes, mientras el Senado se constituye como tribunal de enjuiciamiento, que decide con idéntica mayoría (CN, 53, 59 y 60). Nuestra ley fundamental agrega una inhabilitación especial perpetua, como pena: "incapaz para ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación". La reforma constitucional ha previsto, para los otros jueces de la Nación, un *jurado de enjuiciamiento* integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal, en el marco del llamado Consejo de la Magistratura

[13] Cf. BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial*, V, C y E, ps. 102 y siguientes.

[14] Cf. BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial*, V, D, ps. 111 y siguientes.

[15] Cf. BAUMANN, *Derecho procesal penal*, cap. 5, 2, ps. 155 y s.; también BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial*, V, p. 118. La reforma constitucional de 1994 transformó en temporario el nombramiento de los jueces a partir de los 75 años de edad (CN, 99, III).

(CN, 115, I); la ley del Congreso determinará la integración del jurado y el procedimiento a seguir en estos casos; las razones del enjuiciamiento permanecen idénticas, el fallo del jurado es irrecurrible y tiene los mismos efectos expuestos con anterioridad, salvo la inhabilitación para ejercer cargos públicos.

La nueva reglamentación constitucional prevé (CN, 115, III) un plazo de caducidad (180 días a contar desde la decisión de apertura del procedimiento), transcurrido el cual, si no se ha dictado el fallo, corresponde archivar el procedimiento, con el efecto cancelatorio de la cosa juzgada. Se conoce también, en el ámbito provincial, el sistema de *acción popular* (acusa cualquier ciudadano) y la formación de un tribunal colegiado con representación de todos los poderes del Estado e, incluso, del estamento profesional (*jury de enjuiciamiento*).

Consecuente con este sistema especial de remoción es el privilegio que impide perseguir penalmente a los jueces antes de su remoción. Tal privilegio tampoco está concebido como un *fuero personal*, prohibido por la ley suprema (CN, 16), sino como una necesidad propia de la función, que no puede ser entorpecida maliciosamente con denuncias o acusaciones infundadas. El privilegio tampoco significa *inmunidad*, pues la pérdida del cargo, por cualquier razón —no sólo por remoción—, habilita la persecución penal y coloca al juez en la misma posición que a cualquier habitante (CN, 60 y 115).

La estabilidad, según la reforma de la CN (99, inc. 4, III), dura hasta los 75 años de edad, momento en el cual se requiere, para proseguir en el cargo la renovación del nombramiento, que ahora sólo dura cinco años.

IV. Se ha dicho que la práctica viciada, extendida entre nosotros, que se conoce con el nombre de delegación de funciones, afecta y desnaturaliza la exigencia de la independencia de criterio del juez para decidir el caso[16]. Repárese que el defecto coloca en crisis, también, la garantía de imparcialidad, incontrolable para los diversos sujetos del procedimiento, pues "la función" no se "delega" ni siquiera en una persona determinada sino de manera impersonal, en alguien que, en la ocasión, asume el lugar del juez innominadamente y usurpa su función sin constancia alguna[17].

[16] Esta práctica consiste, sobre todo en los sistemas de procedimiento por registro o en los períodos del procedimiento en los cuales la ley impone esta forma de proceder, en la intervención de un auxiliar del tribunal, en lugar del juez, para la realización de aquellos actos que, según la ley, corresponde que sean llevados a cabo por aquél. Acerca de ello, cf. BINDER, *Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, ps. 569 y siguientes.

[17] Va de suyo que la constancia tornaría automáticamente inválido el acto (por ej., CPP Nación, 167, incs. 1 y 2, con normas idénticas en los demás códigos). El hecho, por

3. Imparcialidad frente al caso

I. No sólo por ser independiente de los poderes del Estado el juez reúne todas las condiciones que garantizan su ecuanimidad al decidir el caso. La independencia es una condición necesaria para garantizar la ecuanimidad, pero no es la única, ni es, por ello, suficiente. Otra de esas condiciones necesarias es colocar frente al caso, ejerciendo la función de juzgar, a una persona que garantice la mayor *objetividad* posible al enfrentarlo. A esa situación del juez, en relación al caso que le toca juzgar, se la denomina, propiamente, *imparcialidad*.

La imparcialidad no se logra, como la independencia judicial, positivamente, rodeando al juez de ciertas garantías que impidan, abstractamente, interferencias de los poderes políticos, incluso del propio poder judicial, a la hora de decidir, sino —por así expresarlo— negativamente, excluyendo del caso al juez que no garantiza suficientemente la objetividad de su criterio frente a él. Por lo tanto, tampoco se trata aquí de criterios generales que regulan la función de juzgar o su relación con los poderes del Estado, sino, por el contrario, de la relación específica de la persona física encargada de juzgar con el caso concreto sometido a su juicio.

Las reglas sobre imparcialidad se refieren, por ello, a la posición del juez frente al caso concreto que, en principio, debe juzgar, e intentan impedir que sobre él pese el *temor de parcialidad*. La herramienta que el Derecho utiliza en estos casos reside en la exclusión del juez sospechado de parcialidad y su reemplazo por otra persona, sin relación con el caso y, por ello, presuntamente imparcial frente a él. Las reglas y el remedio alcanzan, incluso, a quienes accidentalmente están llamados a ejercer la función de juzgar (jueces no permanentes o no pertenecientes al estamento profesional), y no tan sólo a los jueces permanentes o profesionales.

La garantía del *juez imparcial* se encuentra en la base del movimiento reformador liberal del siglo XVIII y de las declaraciones y tratados sobre derechos humanos: *Declaración de derechos de Virginia*, Sección 8: "... juicio rápido por un *jurado*

lo demás, parece, en principio, típico penalmente en diversos sentidos (CP, 246, inc. 3, 248, 249 y 293) tanto para el juez que ordena, aun genéricamente, este modo de proceder y suscribe el acta, como para el funcionario que lo sustituye. El estudio acerca de la justificación penal de la conducta o de su carencia de adecuación típica (asentimiento de todas las partes de un proceso o adecuación social del hecho) sólo procede en un caso concreto y su estudio supera los límites de este libro. De todos modos, los jueces no han admitido estas soluciones, en general, para otros casos, razón por la cual, si son coherentes, tampoco la admitirán para el suyo propio.

imparcial..."; *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, art. 26: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma *imparcial* y *pública...*"; *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (Convenio europeo), art. 6: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista *equitativa* y públicamente en un plazo razonable, por un *tribunal independiente e imparcial...*"; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, art. 14, nº 1: "Toda persona tendrá derecho a ser oída... por un juez o *tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley...*"; *Convención americana sobre derechos humanos* (*Pacto de San José de Costa Rica*), art. 8, nº 1: "Toda persona tiene derecho a ser oída... por un juez o *tribunal competente e imparcial...*" (destacado nuestro).

II. Nuestro Derecho procesal penal, como sucede universalmente, excluye al juez del cual se sospecha parcialidad, capítulo que se conoce como *apartamiento* o *exclusión* de los magistrados que, en principio, fueron establecidos para juzgar el caso. Son denominados *motivos* de apartamiento las relaciones abstractas que la ley procesal describe como fundantes de la sospecha de parcialidad. Estos motivos, o bien están relacionados con las personas que intervienen en el procedimiento (por ej., CPP Nación, 55, incs. 2 y 3: parentesco del juez con alguno de los demás sujetos intervinientes), o bien con su objeto (por ej., CPP Córdoba, 60, inc. 1: conocer el hecho como testigo), o bien con el resultado (por ej., CPP Córdoba, 60, inc. 3: interés en el proceso).

Esos motivos fundan, para nuestra ley, el derecho de quienes intervienen en el procedimiento para *recusar* a un juez y obtener su reemplazo (CPP Nación, 58; CPP Córdoba, 66; CPP Mendoza, 54; CPP Salta, 53; CPP La Rioja, 56, I; CPP Santiago del Estero, 36; CPP La Pampa, 50; CPP Entre Ríos, 55; CPP Corrientes, 58; CPP Jujuy, 51; CPP Santa Fe, 49 y 54; CPP Tucumán, 66; CPP Costa Rica, 33); pero, al mismo tiempo, fundan el *deber del juez de denunciar la relación y apartarse de oficio* (*excusación* o *inhibición*: CPP Nación, 55; CPP Córdoba, 62; CPP Mendoza, 51; CPP Salta, 50; CPP La Rioja, 52; CPP La Pampa, 47; CPP Corrientes, 55; CPP Entre Ríos, 51; CPP Santa Fe, 51; CPP Tucumán, 62; CPP Costa Rica, 29). En general, las leyes argentinas contienen los mismos motivos para fundar el deber de apartarse y el derecho a recusar; sólo algunos códigos excluyen el deber del juez de apartarse cuando existe un pedido expreso de quienes tienen derecho a recusar, para que siga conociendo la causa (CPP Córdoba, 63; CPP Mendoza, 52; CPP Salta, 51; CPP La Rioja, 54; CPP Corrientes, 56; CPP Entre Ríos, 52; CPP Tucumán, 63).

Según se observa, los motivos de apartamiento pretenden operar de *pleno derecho*, sin importar el interés de los intervinientes o su manifestación procesal. Ello es correcto, en principio, pues la misma administración de justicia requiere, por definición, imparcialidad frente al caso, aspecto que erige a las reglas relativas a los principales

motivos que fundan la sospecha de parcialidad en *normas de orden público*. Empero, se debe reconocer, por una parte, que son aquellos interesados en el resultado del procedimiento —cuyos intereses quedarán comprometidos en la sentencia—, quienes, en primer lugar, sufren el *temor de parcialidad* que funda el apartamiento de los jueces, y, por otra parte, que ninguna regulación abstracta puede abarcar todos los motivos posibles que, en los casos futuros, pueden fundar, concretamente, la sospecha de parcialidad de un juez[18]. Es por ello que resulta razonable permitir, a quienes pueden recusar, invocar y demostrar otro motivo que funde seriamente el temor de parcialidad en el caso concreto[19]. De allí que las reglas sobre el apartamiento de los jueces no deban funcionar como *clausura* de las facultades de los intervinientes en el procedimiento (reglamento taxativo), sino en el sentido de facilitar, para esos casos, el ejercicio efectivo de la facultad de apartar a un juez (de sustanciación y prueba sencilla, y de alto índice de predecibilidad), sin perjuicio de que el interesado pueda demostrar su temor razonable por la posible parcialidad de un juez, apoyado en razones analógicas que fundan seriamente su pretensión.

Para el CPP Santa Fe, 51, de conformidad con cierta línea jurisprudencial iniciada en el ámbito de la organización judicial de la Nación, la posibilidad de excusación de los jueces es más amplia que el derecho a recusar de los interesados en la sentencia: se incluye, además de los motivos comunes, la "situación de grave violencia moral que proceda de un motivo objetivamente grave". A pesar del texto de la ley, que alude al deber de apartarse, el motivo agregado sólo puede fundar un derecho o facultad del juez, cuando, respecto del caso, él se considere imposibilitado de ejercer su función. La solución general no es correcta: la imparcialidad no es una garantía del juez sino del justiciable; de tal manera, el juez debe ejercer su función —y debe ejercerla *imparcialmente*—, salvo en los casos en que la ley le permite rehusar su labor y apartarse de ese ejercicio; en cambio, quien puede sentir *temor de parcialidad* de parte del juez, por alguna razón plausible o analógica con los motivos expresos de la ley, es el justiciable, a quien ampara la

[18] Nuevamente los elementos finitos de un concepto no logran prever las notas infinitas que presentan los hechos concretos.

[19] Cf. MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, § 24, ps. 13 y ss., con algunos ejemplos. El CPP Nación, 55, incs. 2 y 3, no contiene a la relación conyugal por su sola existencia, como motivo de recusación. Con prescindencia de ello, aun suponiendo que se pudiera llegar a su inclusión por interpretación extensiva —por ej., del inc. 11— la situación es análoga a la de las personas unidas por un vínculo de afecto permanente, sin matrimonio. Pero aún más, supongamos el caso de la amante transitoria que, sin embargo, no es amiga íntima del juez: ¿se toleraría esta relación sin fundar en ella una posibilidad de recusación? Existe una enorme variedad de ejemplos: quien fue novia anterior del juez, el adoptante y el adoptado por una adopción declarada nula, el mismo caso con el matrimonio declarado nulo, etcétera.

garantía. En todo caso, lo correcto sería que si el juez, a pesar de esforzarse por cumplir el deber de obrar imparcialmente, por alguna razón plausible, entiende que los intervinientes en el procedimiento podrían sufrir el *temor de parcialidad* por su intervención, debería denunciarlo a ellos para que lo estimen y, en su caso, lo recusen o acepten su intervención. En cambio, la solución de la que partimos, sin duda autoritaria, postula que, frente a la propia parcialidad en el caso, reconocida por el juez (reconocimiento increíble), es ese mismo juez, quien se reconoce parcial frente al caso, la persona más capacitada para juzgarla, mientras la opinión de quien resulta afectado —del "garantizado"— carece de importancia[20].

Como se dijo, nuestros tribunales han considerado regularmente que la enumeración de las causales de recusación establecidas en el CPP es taxativa, con una interpretación limitativa del alcance de esos motivos. Al menos frente a los códigos actualmente vigentes, esa interpretación no está de acuerdo con la necesidad de interpretar extensivamente, y aun aplicar analógicamente la ley procesal penal cuando confiere facultades a los intervinientes (CPP Nación, 2)[21].

En el sentido correcto, el CPP Córdoba (60, inc. 12) establece como motivo de inhibición la existencia de "otras circunstancias que, por su gravedad, afectaren su imparcialidad"; por lo demás, el CPP Córdoba, 66, abriendo aún más la reglamentación, faculta, por una vez, al imputado y a su defensor, a recusar sin causa a uno de los jueces del tribunal de juicio. El CPP Tucumán, si bien sigue a la legislación cordobesa (60, inc. 12, citado), decide, incorrectamente, que los intervinientes no pueden recusar por el motivo allí establecido (CPP Tucumán, 66), circunstancia que implica la misma confusión criticada a la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales de la capital de la República y al motivo de excusación genérico —violencia moral— previsto adicionalmente en el CPP Santa Fe.

III. Un caso especial de temor de parcialidad se presenta cuando un integrante del tribunal de juicio ha intervenido en períodos anteriores del procedimiento. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los casos "Piersack" y "De Cubber", admitió los planteos sobre parcialidad del tribunal: en el primer caso, el presidente del tribunal de juicio había formado parte del ministerio público con facultades de supervisión sobre quienes estaban encargados de las tareas de investigación, a pesar de no haber conocido el caso concretamente en el ejercicio de esa función; en el segundo, uno de los miembros del tribunal había intervenido en el caso anteriormente, como juez de instrucción.

El TEDH sostuvo que la imparcialidad de los jueces debe ser apreciada tanto subjetiva como objetivamente; en este último aspecto, señaló, en "Piersack": "todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su

20 Idea (modificada en su redacción) de BOVINO, *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código procesal penal de la Nación*, IV.

21 Acerca de ello, cf. BOVINO, *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código procesal penal de la Nación*.

imparcialidad debe abstenerse de conocer en el caso, ya que lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática... se considera que, cuando un tribunal de jurados ha sido presidido por un juez que ha previamente ejercido como cabeza de la misma sección del departamento del ministerio público de Bruselas que ha sido responsable por el tratamiento del caso acusado, la imparcialidad del tribunal 'era pasible de aparecer abierta a duda'"[22]. Desde el mismo punto de vista, señaló en "De Cubber": "por la propia dirección, prácticamente exclusiva, de la instrucción preparatoria de las acciones penales emprendidas contra el requirente, el citado magistrado se había formado ya en esta fase del proceso, según toda verosimilitud, una idea sobre la culpabilidad de aquél. En estas condiciones, es legítimo temer que, cuando comenzaron los debates, el magistrado no dispondría de una entera libertad de juicio y no ofrecería, en consecuencia, las garantías de imparcialidad necesarias... En relación a ello, también las apariencias pueden ser importantes; en palabras de la máxima inglesa citada en, por ejemplo, la sentencia Delcourt del 17 de enero de 1970... 'no sólo se debe hacer justicia: antes bien, también debe parecer que se hace justicia'"[23].

Para sintetizar con "Piersack": "En conclusión, la imparcialidad del tribunal de Oudenaarde [ciudad belga] era idónea para aparecer ante el recurrente como abierta a duda. A pesar de que el tribunal mismo [el TEDH] no tenga razón para dudar de la imparcialidad del miembro de la judicatura que condujo la investigación preliminar (ver nº 25 *supra*), reconoce, teniendo en cuenta los variados factores discutidos arriba, que su presencia en el banco provee fundamentos para cierta desconfianza justificada de parte del recurrente... La Corte hace hincapié en que una interpretación restrictiva del art. 6, nº 1 [de la Convención europea] —notablemente con referencia a la observancia del principio fundamental de la imparcialidad de los tribunales— no estaría en consonancia con el objeto y propósito de la previsión, que tiene en mente el lugar prominente que ocupa, en una sociedad democrática, el derecho a un juicio justo dentro del significado de la Convención...".

Vale la pena indicar que el TEDH ha fallado otros casos en el mismo sentido[24]. Se menciona como caso pionero "Delcourt"[25], fallo que no interesa tanto por sus hechos —el fiscal asistía a la sesión en la que el tribunal deliberaba la sentencia—,

[22] Sentencia del TEDH del 1 de octubre de 1982. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español, sentencia Nº 145/88, del 12/7/1988. Otra ha sido la interpretación de nuestros tribunales, en parte debido a que no comprenden el problema sometido a su decisión y confunden el significado del temor de parcialidad con cuestiones que hacen a la honorabilidad de los jueces. Tal confusión deriva del escaso conocimiento histórico-político del procedimiento penal actual: precisamente, del movimiento de la Ilustración quedó, como una de las conquistas fundamentales, la regla de que los jueces del debate, que sentenciaban, no hubieran conocido el caso con anterioridad, uno de los principales argumentos a favor del jurado, compuesto por jueces accidentales.

[23] Sentencia del TEDH del 26 de octubre de 1984.

[24] Cf. DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*; LOZADA, *Imparcialidad y jueces federales*, p. 70.

[25] Sentencia del TEDH del 17 de enero de 1970; país reclamado: Bélgica.

ni por su solución, pues, en principio, no se refería a la imparcialidad del tribunal (Convención europea, 6, nº 1), sino al principio de defensa y al equilibrio de facultades procesales durante el juicio, pero que, en uno de sus fundamentos expresara la idea luego parafraseada en "De Cubber" acerca de que no sólo es imprescindible hacer justicia sino, antes bien, debe también parecer que se hace justicia.

Fundado en esos antecedentes, el Tribunal Constitucional del Reino de España[26] dictó también una sentencia pionera, en la cual declaraba "inconstitucional y por tanto nulo el párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980...", que establecía la unificación de la jurisdicción instructoria y de juicio. Importante es, en el caso, remarcar que fueron dos jueces, que habían controlado la instrucción policial, según lo disponía la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LEC) para el *procedimiento de urgencia* (enjuiciamiento de delitos menos graves y flagrantes), quienes estimaron que su intervención en el plenario dañaba la garantía del *juez imparcial* y, por tanto, requirieron la declaración de inconstitucionalidad de la regla que, en definitiva, anuló el Tribunal Constitucional[27].

La Constitución española, según confesión del mismo Tribunal Constitucional, no contiene en forma expresa el derecho a ser juzgado por un *tribunal imparcial* que, sin embargo, "constituye sin duda una garantía fundamental de la administración de justicia en un Estado de Derecho..." (idéntica, en el punto, a la Constitución argentina). El mismo Tribunal Constitucional consiente que: "A asegurar esa imparcialidad tienden, precisamente, las causas de recusación y de abstención [excusación] que figuran en las leyes", con lo cual admite, a similitud de lo que sucede en el Derecho positivo argentino, que el motivo de imparcialidad estudiado en la sentencia no figura en las leyes (a la inversa, admite que, en el caso, sucede todo lo contrario: la ley manda proceder tal como está objetado).

Con referencia al temor de parcialidad expresó: "No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo". Y, sin embargo, "debe abstenerse todo juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad pues va en ello la confianza que los tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados". De allí la necesidad de evitar que el juicio plenario "pierda virtualidad o se empañe su imagen externa como puede suceder si el juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existen... Ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles

[26] Sentencia Nº 145/88, del 12/7/1988.

[27] Uno de esos jueces, Jesús Fernández Entralgo escribió, además, un artículo, *La posible inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional*, ps. 19 y ss., "con fragmentos de la cuestión de inconstitucionalidad promovida ante el Tribunal Constitucional, y admitida a trámite". Sobre la decisión del Tribunal Constitucional y sus consecuencias: Burgos Ladrón de Guevara, *Concepto del juez ordinario en el Derecho español*, ps. 619 y siguientes.

responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible".

En el Derecho positivo argentino la misma cuestión se puede plantear en términos idénticos. En el ámbito federal ella se ha diluido bastante con la sanción del CPP Nación (1991), en tanto él, por sistema, encomienda la instrucción a un tribunal unipersonal (el juez de instrucción) y dispone que el juicio sea realizado por un tribunal juzgador pluripersonal, regularmente integrado por jueces distintos de los de instrucción. Sin embargo, la misma cuestión está planteada por el texto del Código —y su absurda interpretación en materia de organización judicial—, cuando se trata del juez y del juicio correccional (CPP Nación, 27 y 405). De la misma manera, se puede plantear la cuestión, si el juez que colaboró, total o parcialmente, en la instrucción preparatoria o en el procedimiento intermedio, integra, por nombramiento posterior, el tribunal de juicio y asume la función de juzgador en el mismo caso. Por otra parte, en provincias todavía ligadas al procedimiento arcaico que rigió en el país desde la conquista española hasta casi el presente, como la de Buenos Aires, por ej., resulta aun *natural*, que el juez que pronuncia la sentencia (juez del plenario) sea el mismo que aquél que condujo la investigación preliminar[28].

Un caso particular de esta misma discusión emergió cuando la ley nº 24.121, a escaso tiempo de vigencia del nuevo CPP Nación, modificó el inc. 1 de su art. 55 (*motivos de inhibición*) que, en su texto originario, reconocía la necesidad de que el juez se inhiba y la facultad de recusarlo cuando "en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento". La disposición, aunque insuficiente, es obvia en el sistema de los llamados có-

[28] No quiero ocultar que yo mismo protagonicé, como defensor del acusado, dos casos —que no nombraré— en los cuales planteé la recusación de los jueces por estos motivos, incluso con mayores antecedentes que aquéllos que aquí constan, y proponiendo la solución sencilla para ambos casos (que el juicio plenario fuera desarrollado por otro juez con la misma competencia funcional que aquél que había guiado la instrucción, sin éxito alguno: los tribunales alabaron mi escrito y hasta coincidieron con él *de lege ferenda*, pero entendieron la cuestión de manera distinta al Tribunal Constitucional español, al afirmar que la ley permitía tamaño desatino... y que, lamentablemente, estaba vigente formalmente; a nadie se le ocurrió algo claro en el texto de mi impugnación: que lo impugnado era, precisamente, la ley, contraria a la CN.

digos modernos, incluso con una redacción bastante más amplia que todavía puede perfeccionarse: CPP Córdoba, 60, inc. 1; CPP Tucumán, 60, inc. 1[29]. Correctamente redactada, la regla debe impedir que un juez que intervino total o parcialmente, dictó o contribuyó a dictar alguna resolución en un período anterior del procedimiento, integre el tribunal formado para tramitar o decidir un período posterior; básicamente, no pueden integrar el tribunal juzgador aquellos jueces que, de alguna manera, incluso por apelación de decisiones del juez de instrucción, contribuyeron durante la instrucción preliminar; dicho sea de paso, tampoco puede integrar el tribunal que juzga un recurso aquel juez que dictó o contribuyó a dictar la decisión impugnada, ni puede integrar el tribunal que juzga el *juicio de reenvío* el juez que dictó o contribuyó a dictar la sentencia casada (anulada).

La jurisprudencia federal ha rechazado, genéricamente, estos criterios. La razón del equívoco reside, básicamente, en que los jueces confunden *honestidad personal* con *temor de parcialidad* de parte del justiciable, motivo este último real de la recusación, transformando una recusación en una imputación o reproche personal que, de existir —tal como ellos lo interpretan— justificaría el ejercicio de recursos más vigorosos que el intentar apartarlos de la decisión de un caso. Así las cosas, uno solo es el caso conocido por nosotros en el cual se admitió la inhibición del propio juez de un tribunal de juicio, pero sólo en atención a la "delicadeza personal" del juez inhibido y para evitarle "una violencia moral", caso en el cual él ya había contribuido a dictar sentencia condenatoria contra un coimputado (razón de la inhibición en el juicio separado seguido contra el otro partícipe)[30]. El hecho de que los jueces no comprenden el núcleo del problema, y sólo refieren los fundamentos de la decisión a la honestidad personal del juez recusado, emerge claramente de una sentencia del mismo tribunal antes citado, al ser recusado uno de sus jueces porque había colaborado como juez de un tribunal de apelación en la confirmación del auto de prisión preventiva, dictado durante la instrucción preliminar; la decisión de rechazo del planteo, de los mismos jueces que resolvieron la inhibición anterior, respecto ahora de la recusación del mismo juez que en el caso anterior se había inhibido, toma como argumento principal la probidad y honestidad personal del funcionario judicial recusado[31].

[29] El CPP Costa Rica, 29, inc. 1, es más defectuoso todavía, porque contempla sólo el caso de los recursos: quien contribuye a pronunciar la sentencia no puede integrar el tribunal que examina el recurso.

[30] "Stocolin, A. M. y Abraham O. N. s/302 del CP", Tribunal Oral Penal Económico integrado por los jueces CORTELEZZI —quien se inhibió—, OYUELA y LANDABURU (quienes decidieron la inhibición), resuelta el 14/12/1992.

[31] Sentencia del tribunal citado en la nota anterior, en "Sosa M. I. s/art. 302 del CP", del 23/11/1992: "... y por tal razón la Fiscalía teme por la parcialidad del doctor CORTELEZZI (aunque contradictoriamente se encarga de puntualizar que nadie podría dudar de la imparcialidad en general y mucho menos en este expediente en particular, del ci-

La única opinión judicial correcta y erudita que conocemos está consignada en el voto del juez Leopoldo SCHIFFRIN[32]. Se trataba de un caso en el cual dos de los integrantes del tribunal de juicio habían decidido previamente confirmar el auto que imponía la prisión preventiva e, incluso, rechazar la excarcelación del imputado. El voto cita los antecedentes europeos antes estudiados, describe la razón histórica que conduce a la conclusión, y concluye rechazando por inconstitucional la modificación —antes citada— que la ley nº 24.121 introdujo al CPP Nación, 55, inc. 1. Lamentablemente, su opinión quedó en minoría, pues los otros dos jueces adhirieron al error tradicional, aun a la vista de los fundamentos eruditos del voto de su colega.

Si no nos encontráramos frente a este panorama de la jurisprudencia y la legislación argentinas, convendría aquí poner un punto final al problema, pues él se encuentra en la base de aquello que se intentó reformar cuando se prescindió de la Inquisición histórica (siglo XIX). Volver sobre esta apreciación resulta tedioso; conviene, antes bien, resumir una extensa literatura sobre el punto, en su gran mayoría de autores argentinos, para que quienes se resisten a practicar el principio, puedan, al menos, ubicarse histórica y culturalmente en el mundo.

Uno de los paradigmas de la revolución liberal del siglo XIX fue dividir el poder, para tornarlo soportable. El procedimiento siguió esa misma idea, se intentó distribuir el proceso en "diversos estadios, bajo órganos diversos, que se deben controlar mutuamente"[33]. Sintéticamente, uno debía ser el órgano que investigaba preliminarmente el

tado magistrado)". La decisión define —erróneamente, pues ése no era el motivo concreto de recusación— el "prejuzgamiento" con evidente error: no se trata de que la ley lo haya obligado a decidir anteriormente en el caso, pues se nos ocurre que si esto fuera de otro modo, quien decidió sin estar designado por la ley para ello hubiera usurpado funciones, sino que se trata, como lo expresa el Tribunal Constitucional español y el TEDH, de evitar que los magistrados del juicio conozcan, previamente, la causa que deberán decidir —sólo en virtud del debate ante ellos—, y que ingresen al debate incluso con prejuicios inconcientes sobre el caso. El haber dictado, o contribuido a dictar, el procesamiento o prisión preventiva del enjuiciado constituye suficiente mérito para apartar al magistrado: a cualquiera de nosotros, incluidos los mismos jueces del caso, no nos gustaría hallarnos en esa situación si alguna vez fuéramos juzgados. Un caso idéntico, por inhibición de quien había sido juez de instrucción y ahora le tocaba juzgar, fue resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correcional Federal Nº 2, causa Nº 2, "Escalante Cortez, Pedro s/Ley 23.737", decidida el 11/3/1993 (en el mismo sentido se resolvió en las causas Nº 3, 5 y 6, todas ellas decididas en marzo de 1993).

[32] Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata, integrado por GARRO, SCHIFFRIN y REBOREDO, resuelta el 15/3/1993.

[33] Cf. la exposición sencilla de esta idea en GÖSSEL, *El defensor en el proceso penal*, ps. 16 y siguientes.

caso[34] y otro el que juzgaba; para acentuar la imparcialidad de este último frente al caso era conveniente, incluso, que ni siquiera se le suministrara una carpeta con sus antecedentes[35]. Está claro, entonces, que la función de investigar para decidir si va a realizarse un juicio contra una persona, y la de juzgar a esa persona, no puede ser cumplida por un mismo juez: así como en la estructura del Estado a los poderes ejecutivo y legislativo les está vedada la resolución de los conflictos judiciales, de la misma manera, en la estructura judicial, quien instruyó el proceso penal, total o parcialmente, no puede dirigir el juicio y dictar la sentencia.

No es necesario acudir a la evolución universal y a ejemplos extranjeros para apreciar el contenido de verdad política de estas afirmaciones. Muy por el contrario de aquello que piensan los jueces en las sentencias apuntadas —con una única excepción— el Derecho positivo argentino y la literatura nacional contienen innumerables ejemplos acerca de la vigencia de este principio entre nosotros.

a) En el único caso en el cual el poder legislativo nacional conoce una imputación concreta contra alguien, la forma de desarrollo del procedimiento representa un ejemplo claro de la división de funciones procesales. En el llamado "juicio político", la Cámara de Diputados lleva a cabo la investigación preliminar y acusa (CN, 53), y la Cámara de Senadores, cuyos integrantes no han intervenido en la instrucción del caso, juzgan a la manera de un verdadero órgano de enjuiciamiento (CN, 59).

De este ejemplo se puede extraer, además, otra enseñanza relacionada con el principio de la *imparcialidad* del tribunal, medida por la imparcialidad de sus integrantes: cuando el acusado es el presidente de la Nación, el Senado (tribunal de enjuiciamiento) es presidido por el presidente de la Corte Suprema, según disposición positiva (CN, 59), pues, de lo contrario, debería ser presidido por su titular natural, el vicepresidente de la Nación (CN, 57). La Constitución intenta evitar, así, el *temor de parcialidad* que supondría el hecho de poner a juzgar —y a presidir el enjuiciamiento— a un inferior jerárquico directo de la persona sometida a juicio y, también, a un interesado (el vicepresidente sucede al presidente si éste es destituido).

b) Este ejemplo constitucional no representa otra cosa que la aplicación de una decisión más general de la Constitución respecto de su

[34] Su función, descripta literariamente, pero en forma impecable, en JOFRÉ, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, t. II, p. 169.

[35] Cf. CARRIÓ, A. D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, ps. 60 y ss., y, en especial, ps. 63 y ss., donde la palabra *neutralidad* significa lo mismo que nosotros expresamos como *temor* o *sospecha* de parcialidad.

idea de un *juicio justo*. En tres ocasiones (CN, 24, 75, inc. 12, y 118) ella ha limitado el poder del legislador procesal al tomar como modelo el *juicio por jurados* y obligar al Congreso de la Nación a dictar una ley general sobre la materia. No es necesaria demasiada imaginación para advertir que este tipo de enjuiciamiento sólo funciona sobre la base de un tribunal neutral, cuyos integrantes no han intervenido en la preparación de la acusación que se juzga en el juicio, ni están afectados por motivo alguno que funde la sospecha de parcialidad[36].

Al menos no fue necesario esa imaginación frondosa en los albores de nuestra organización nacional (1870). Cuando el Congreso de la Nación intentó cumplir con el ideal de la Constitución, el proyecto distinguía claramente la *información preparatoria*, la *acusación* y el *juicio*, con órganos distintos para cada uno de estos momentos, pues partía de la base de "la separación de la instrucción del proceso, de la decisión de él"[37]. El respeto de este proyecto al principio del juez imparcial es tan acentuado, que no sólo permite la recusación sin causa, en materia penal, sino que, además, contiene reglas para la recusación de jueces y jurados que permiten apartarlos con sólo tornar plausible el *temor de parcialidad* (art. 264, inc. 5, y 412).

c) El mismo CPCrim. nacional (1889) revela que el principio es conocido desde antaño en el Derecho argentino. El autor del proyecto, Manuel OBARRIO, dedica en la exposición de motivos varios párrafos a explicar el principio.

La conveniencia de separar las funciones del juez que debe instruir el proceso y del que debe terminarlo por sentencia absolutoria o condenatoria, está arriba de toda discusión (ver los párrafos siguientes de la misma exposición de motivos, que ilustran sobre la razón de ser de esta comprensión del principio).

Y esa misma ley revela que no ha existido vergüenza en lesionar el principio, concientemente, cuantas veces se ha querido, sin que nuestros jueces reaccionen contra esa lesión.

d) Los mejores exponentes de nuestro Derecho procesal penal han advertido "el grave defecto de que, en algunas provincias, el instructor actúa también como juez de sentencia"[38]. Por ello, precisamente, quienes encabezaron la reforma procesal penal[39] previeron, en su

[36] Cf. CARRIÓ, A. D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, ps. 63 y siguientes.

[37] Proyecto de ley sobre el establecimiento de juicio por jurados y Código de procedimiento criminal, redactado por la Comisión nombrada el 6/10/1871, ps. 60 y siguiente.

[38] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 376.

[39] Sebastián SOLER y Alfredo VÉLEZ MARICONDE.

proyecto para la Capital Federal (51, inc. 1) un motivo de recusación y excusación, que operaba de pleno derecho la exclusión del juez de instrucción como posible integrante del tribunal de juicio: "... si en el mismo proceso... ha pronunciado o concurrido a pronunciar auto de remisión a juicio, si ha intervenido como juez de instrucción...".

Más extensamente aún se pronuncia Jorge A. CLARIÁ OLMEDO[40]:

"Esto hace que, en principio, instruir y sentenciar sean incompatibles, de donde surge la conveniencia o, mejor aún, la necesidad de evitar que esas dos actividades correspondan a una misma persona dentro de un único proceso.

Estas conclusiones traen como consecuencia la necesidad de que el magistrado interviniente en la primera etapa del proceso sea apartado del conocimiento de la segunda.

De esta manera se protege la imparcialidad del tribunal durante el juicio y la sentencia...".

Ya no vale la pena hablar más. La cita de doctrina extranjera podría ser interminable, pero, paradójicamente, muy breve en su contenido, por tratarse de una cuestión obvia o más que evidente en países civilizados. Según se observa, se trata de un problema cultural y político, antes que jurídico y, aunque cueste aceptarlo, uno de aquellos problemas que muestra el atraso cultural de nuestra administración de justicia. Las reglas jurídicas y su aplicación son, a menudo, grandes delatoras de situaciones de atraso cultural y social.

4. El juez natural

I. Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso), esto es, que se coloque frente al imputado tribunales *ad hoc*, creados *para* el caso o *para* la persona a juzgar. Es por ello que nuestra Constitución nacional *prohíbe* que alguien sea juzgado por comisiones especiales o sea sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (CN, 18).

Según vimos, las convenciones internacionales sobre derechos humanos contienen la exigencia de que el tribunal sea *establecido por la ley* y *competente según esa misma ley*: *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, 13, nº 1; *Convención (europea) para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, 6, nº 1. Como se observa, falta la indicación temporal; de ello, según nuestra interpretación, no se puede derivar que se pueda crear por ley un tribunal *ad hoc*, pues resultaría una injerencia del poder legislativo en el judicial, extraña al Esta-

[40] *Tratado*, t. II, nº 418 a 420, ps. 76 y siguientes.

do de Derecho y al sistema republicano: al menos es exigible una ley general de competencia.

Sin embargo, en el ámbito americano se ha tenido en cuenta la exigencia temporal: *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, 26, II: "Toda persona acusada de delito tiene derecho... a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes..."; *Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, 6, nº 1: "Toda persona tiene derecho a ser oída... por un juez o tribunal competente... establecido con *anterioridad* por la ley..." (destacado nuestro).

Nuestra Constitución parece que, en el punto, proviene de dos orígenes distintos: considera ilegítimos como tribunales de justicia, por una parte, las *comisiones especiales*, esto es, los tribunales *ad hoc*, creados especialmente para el caso o según la persona a juzgar, cláusula que atiende al fenómeno corriente de la tradición inquisitiva europeo-continental y a nuestra propia tradición; y, por otra parte, se preocupa por establecer la vigencia temporal de las leyes que atribuyen competencia a los tribunales, siguiendo cierta tradición anglo-sajona que, sin embargo, sólo se refiere a la competencia territonal[41].

En efecto, nuestra historia contiene casos famosos de *tribunales de excepción* o *comisiones especiales*, tanto particulares (juicio a LINIERS, a ÁLZAGA a los hermanos REINAFÉ, etc.) como permanentes (creación de una Comisión de Justicia para juzgar sumariamente las causas de robo ya pendientes y los delitos futuros de esa especie, 20/4/1812), similares a los existentes en el continente europeo, incluso después de la formación de las repúblicas y como resabio de la Inquisición (autorización a milicias para atender a la seguridad en los distritos no urbanos, en forma de competencia para juzgar sumariamente[42]); de allí la preocupación por anatematizar los tribunales de excepción, común a las leyes constitucionales europeo-continentales (ver nota nº 41).

[41] Cf. LOIÁCONO, *Los jueces naturales*, ps. 192 y ss. Él advierte bien los casos vernáculos de comisiones especiales *ad hoc* y de tribunales especiales permanentes que se sucedieron en los primeros años de la historia argentina (p. 194), pero se equivoca al creer que las comisiones especiales fueron únicamente un problema patrio. Al contrario, la Inquisición europea conoció lo que él llama *comisiones especiales permanentes*, al punto de que el derecho revolucionario del siglo XIX no se pudo desprender de ellas, en la misma Francia, hasta finales del siglo (cf. § 5, D, 6, III, y E, 2, VI y 3, III). Un buen ejemplo de la importancia europea del punto son la Ley Fundamental y la Ley de Organización Judicial de la República Federal de Alemania, textos coincidentes casi a la letra con el de la Constitución nacional argentina: *Ley Fundamental*, art. 101: "*Prohibición de los tribunales de excepción*. Los tribunales de excepción no están admitidos. Nadie puede ser sacado del juez establecido por la ley". La Ley de Organización Judicial consagra un texto idéntico (Cf. GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, § 16, p. 445).

[42] Cf. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 1ª parte, tít. 1º, cap. II, ps. 40 y ss.; 2ª parte, tít. 1º, cap. II, ps. 218 y ss., 3ª parte, tít. 1º, cap. III, ps. 470 y ss., y tít. 2º, cap. IV, ps. 547 y ss.; cf. citas de este mismo libro en el texto al cual remite la nota anterior.

Nuestra ley fundamental atendió, sin embargo, a la influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América (Enmienda VI), al preocuparse por fijar la competencia territorial, que integra el principio del juez natural, según veremos (CN, 118).

Lo verdaderamente vernáculo, respecto del punto estudiado, es la determinación del ámbito de validez temporal de las leyes generales de competencia, contenido en la segunda oración del art. 18, preocupación que, según surge de las convenciones sobre derechos humanos, es compartida en esta parte de América.

II. Conforme a ello es claro que nuestra Constitución ha intentado asegurar, como garantía para el justiciable, la imposibilidad de manipular el tribunal competente para el enjuiciamiento, de tres maneras específicas: al declarar la inadmisibilidad de las *comisiones especiales* (CN, 18); al impedir que juzguen tribunales creados con posterioridad al hecho objeto del proceso (CN, 18); y al indicar que, en todo caso, es competente para juzgar el tribunal —federal o provincial— con asiento en la provincia en la que se cometió ese hecho (y los jurados que integran el tribunal deben tener su domicilio en esa provincia = jurado de vecindad: CN, 118).

Salvo la determinación de la competencia territorial, que se integra a la Constitución en el capítulo referido a la competencia (atribuciones) de los órganos judiciales, y, por su procedencia histórica, revela un carácter independiente, lo visible es que nuestra ley fundamental pretende cerrar toda posibilidad para que los órganos de gobierno elijan o determinen el tribunal competente para el caso. Procedió, en consecuencia, de mayor a menor, impidiendo, en primer lugar, el peligro mayor y más grosero para la seguridad individual, las *comisiones especiales*, como forma abierta y transparente de determinar que un tribunal de excepción juzgue el caso, y, luego, la posibilidad de que tribunales competentes, según una ley general posterior al hecho, se avoquen al trámite y decisión de causas pendientes, anteriores al comienzo de vigencia de la ley, forma que permitía determinar, encubierta o disimuladamente, con posterioridad al hecho, el tribunal que lo juzga.

Aunque la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema no ha sido fiel a estos principios[43], se puede leer en *Fallos CSN*, t. 234, p. 482, la misma explicación anterior: "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 indi-

[43] Cf. detalle y crítica en LOIÁCONO, *Los jueces naturales*, ps. 195 y siguientes.

recta, una verdadera *comisión especial disimulada*... La primera parte de la cláusula constitucional en cuestión establece el principio de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales al margen del Poder Judicial; la segunda *refuerza* ese principio eliminando la posibilidad de que tal prohibición sea *violada indirectamente* en la forma expresada" (destacado nuestro).

III. De tal manera, se puede definir a las comisiones especiales como violaciones flagrantes de aquello que, para nuestra Constitución, es un tribunal de justicia penal, de modo que lo torne dependiente de un poder del Estado. Son comisiones especiales, entonces, los tribunales que administran justicia penal creados en la órbita del poder ejecutivo o como dependientes de él (CN, 109)[44], sea permanentemente, sea para un caso particular.

Implican también una comisión especial los tribunales federales que no son creados por ley del Congreso nacional, según la atribución exclusiva que prevé la Constitución (CN, 75, inc. 20, y 108), como, por ej., aquellos creados por voluntad del poder ejecutivo. La misma violación del marco de competencia territorial previsto en la Constitución o la colaboración de jurados de una provincia distinta a aquélla en la que se perpetró el hecho punible (CN, 118), nos colocarían ante una comisión especial.

Aunque el origen histórico demuestra, junto con la regla de la CN, 109, que el principal problema fue evitar la creación de tribunales por el poder ejecutivo, cuerpos de juzgamiento a quienes se considera claramente *comisiones especiales*, son imaginables otras formas no disimuladas de creación de un tribunal *ad hoc*, inclusive por la misma autoridad del poder judicial, como cuando la integración del tribunal depende de la orden de funcionarios determinados o cuando, siguiendo, en principio, un método aleatorio, ese método puede ser o es modificado por una decisión particular.

[44] La Constitución nacional argentina proclamada en 1949, art. 29, contenía, después de la fijación del principio en los mismos términos de nuestra Constitución histórica, la excepción a esa regla: los tribunales militares y los tribunales policiales —a nuestro juicio también fueros personales, inadmisibles según el art. 16, CN—, que dependían del poder ejecutivo; a su amparo se sancionó el *Código de Justicia Militar* (ley nº 14.029 del 4/7/1951) y el *Código de Justicia Policial* (ley nº 14.165 del 30/9/1952); el primero de ellos todavía rige, con modificaciones; el segundo fue derogado por decreto del Poder Ejecutivo nacional de fecha 4/10/1955. Los tribunales militares son, por esa razón, en general, de creación y competencia inconstitucional, según nuestro juicio (cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. II, nº 397, ps. 42 y ss.). En el Derecho administrativo se ha arribado a una conclusión idéntica respecto del carácter de jurisdiccionalidad que se atribuye a ciertos actos administrativos y a la existencia de tribunales de esa índole, dependientes del poder administrador: GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, VII-14 y ss.; LINARES, *Derecho administrativo*, § 130, p. 163.

IV. Un tribunal de excepción, sin embargo, podría ser creado en la órbita del poder judicial y por el método que la Constitución establece (ley del Congreso de la Nación). Ello sucedería si se sustrae la causa del conocimiento del tribunal competente según la ley vigente a la época del hecho punible que se imputa, para atribuírsela a otro tribunal, elegido o creado por una nueva ley. Esto es, precisamente, aquello que intenta evitar la cláusula constitucional que reza: "Ningún habitante de la Nación puede ser... sacado de los *jueces designados por la ley antes del hecho de la causa*" (CN, 18) (destacado nuestro).

La regla es clara: en principio, determina, positivamente, que el único tribunal competente para el juicio es aquél designado como tal por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento; en segundo término, cancela el *efecto retroactivo* que se pudiera pensar o que el legislador pudiera atribuirle a una ley de competencia. Las leyes de competencia, entonces, sólo *rigen para el futuro* —regla que, en sí, no necesitaría aclaración—, esto es, para hechos punibles cometidos con posterioridad a que entren en vigor, y no pueden ser aplicadas para determinar la competencia de los tribunales respecto de hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, ni, por supuesto, a causas pendientes, otorgándoseles *efecto retroactivo*[45].

En apoyo y explicación de este principio, como así también para fundar su negación, se ha traído a colación la doctrina de la *perpetuatio iurisdictionis*, fundada en textos del Derecho romano y de su desarrollo posterior[46]. Ella indica, según un texto de MARCELO, que "todo litigio debe ser terminado allí donde ha comenzado"[47]. El principio se aplicaba tanto cuando, después de radicado un litigio, variaban las circunstancias fácticas determinativas de la competencia, como cuando variaba la ley de competencia. El principio se mantuvo y desarrolló en las glosas posteriores y en el Derecho canónico[48].

Un principio tan claro no mereció, sin embargo, en épocas modernas, una interpretación uniforme. Piero CALAMANDREI negó su aplicación, expresamente, para el caso de variación de la ley de competencia ("mutaciones de derecho... en virtud de una nueva ley sobrevenida en el transcurso de un proceso..."[49]). De la mis-

[45] Esto es lo que, con acierto, se propuso explicar LOIÁCONO, *Los jueces naturales*.

[46] Cf. LOIÁCONO, *Los jueces naturales*, III, ps. 198 y siguientes.

[47] Cf. 30 Dig., *de iudiciis*, 5, 1: *ubi acceptum est semel iudicium, ibi finem accipere debet*.

[48] Cf. CHIOVENDA, *Ensayos de Derecho procesal civil*, t. 2, ps. 21 y ss.; la glosa al texto romano: *Nota quod per solam citationem perpetuatur jurisdictio quantum ad causam illam pro qua quis citatus est*, verifica que el nombre de la doctrina corresponde a su desarrollo posterior; cf. LOIÁCONO, *Los jueces naturales*, p. 198.

[49] Cf. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho procesal civil*, t. 2, p. 99.

ma manera se pronunció, en nuestro Derecho procesal civil, Hugo ALSINA: "Las leyes que reglamentan la competencia absoluta son también de orden público y pueden aplicarse a los procesos pendientes"[50].

Giuseppe CHIOVENDA es quien rescata la doctrina, según su formulación clara y textual, en forma de petición de principio: "En sí misma la nueva ley, en cuanto atributiva de competencia, se refiere sólo a los procesos futuros"[51]. Y sólo por excepción la nueva ley puede despojar al juez de la competencia adquirida, en tanto le resulte materialmente (supresión del tribunal) o jurídicamente (incapacidad para ejercer las funciones antes adquiridas) imposible ejercitarla.

Ésta es la doctrina que se ajusta a nuestro texto constitucional y que nuestra Corte Suprema se niega a reconocer, admitiendo que las nuevas leyes de competencia, *aun cuando nada expresen* sobre el punto, se aplican a los casos anteriores y a las causas pendientes[52], con total abandono de su doctrina correcta (*Fallos CSN*, t. 234, p. 482, citada).

Un caso histórico ilustra esta contradicción[53]: a Severo CHUMBITA, uno de los jefes de la fuerza militar de Felipe VARELA, se le atribuía haber participado en dos rebeliones y los crímenes conexos a ellas; la primera rebelión comprendía el período 1861-1863 y la segunda había sucedido en 1867; ínterin de ambas, el 14/9/1863, se dictan, como consecuencia de nuestra organización nacional, las leyes que definen el delito de rebelión y establecen sobre él la competencia federal (leyes nº 48 y 49; ver § 5, E, 4, II). Dijo el juez de sección de La Rioja, doctor Mardoqueo MOLINA, citando la CN, 18, y adhiriéndose a la correcta doctrina: "El delito de rebelión y los crímenes comunes durante ella, que se le imputan al procesado hasta mediados del año 1863, *no pueden caer bajo la acción de los tribunales, que aún no habían sido creados*, ni mucho menos pueden ellos castigar a sus autores por penas sancionadas para delitos que fueron definidos por leyes posteriores a los hechos de que aquél es acusado... Por estos fundamentos, definitivamente juzgando fallo y declaro que este juzgado carece de jurisdicción y es incompetente para conocer de la participación que se le imputa tomó el procesado en los movimientos revolucionarios que tuvieron lugar en esta provincia, desde el año 1861 hasta mediados de 1863 y de los delitos comunes que el acusado cometió con ocasión de ellos". Ésta es una lección sencilla, pero impecable, sobre lo que significa el *juez natural*, y también, de paso, sobre la garantía penal de la *legalidad*. En cambio, comenzando así su descolorido peregrinaje por la garantía, la Corte Suprema, al revocar el fallo, dijo: "... que estas garantías indispensables [se refiere a los "jueces naturales", antes nombrados, a las "leyes *ex post facto*" y a los "juicios por comisiones nombradas especialmente para el caso"] para la seguridad individual no sufren menoscabo cuando, a consecuencia de reformas introducidas por la ley

[50] Cf. ALSINA, *Tratado*, t. I, p. 69.

[51] CHIOVENDA, *Ensayos de Derecho procesal civil*, p. 41.

[52] *Fallos CSN*: t. 114, p. 89; t. 237, p. 394; t. 242, p. 308; t. 256, p. 440; cf. LOIÁCONO, *Los jueces naturales*, II, C, 3, p. 196, y III, p. 198.

[53] Cf. el texto del fallo del juez federal de sección y de la Corte Suprema en LOIÁCONO, *Los jueces naturales*, ps. 200 y siguiente.

en la administración de la justicia criminal, ocurre alguna alteración en las jurisdicciones establecidas, atribuyendo a nuevos tribunales permanentes cierto género de causas de que antes conocían otros que se suprimen o cuyas atribuciones restringen...".

De esta doctrina de la Corte Suprema nacional y de la que se puede considerar dominante en su seno, históricamente, resulta que la garantía se satisface con el único requisito de que la nueva ley, aplicable *ex post*, cree tribunales con carácter de *permanentes*; eso no es, con evidencia, lo que dice el texto de la Constitución. Y si la ley común puede vulnerar tan fácilmente el texto de la Constitución, que pretende también protegernos contra cambios legislativos arbitrarios de la competencia de los tribunales, la garantía, más que enérgica prohibición de las comisiones especiales, es meramente formal, pues torna posible la manipulación disimulada o encubierta, a través de la ley.

Fuerza es reconocer, sin embargo, una excepción a la aplicación de este principio, según ya advertía Giuseppe CHIOVENDA en el Derecho procesal civil y para la doctrina de la *perpetuatio iuridictionis*. Puede suceder que el tribunal competente al momento del hecho desaparezca, por ejemplo, en caso de perderse la soberanía territorial sobre determinado territorio (por ej., hechos sucedidos en las Islas Malvinas durante la ocupación argentina) o por una transformación total del sistema de administración de justicia (por ej., reciente reforma del enjuiciamiento penal que determina una organización judicial completamente nueva, con tribunales diferentes). Si el problema que crea la mutación *ex post facto* de la competencia no está provocado por el poder político arbitrariamente, con la exclusiva intención de disimular la designación de tribunales nuevos para la atención de ciertos casos o el juzgamiento de personas determinadas (por ej., quitándole competencia a los tribunales que ya la habían adquirido, para dársela a otros, sin modificar genéricamente la organización judicial existente, en la cual subsisten los tribunales que tenían competencia al momento del hecho), la nueva ley general de competencia puede atribuir competencia a los tribunales creados con posterioridad al hecho, bajo la condición de que, de ninguna manera, encubra un tribunal de excepción disimulado.

Un caso concreto, sucedido entre nosotros, puede ejemplificar la excepción[54]. La Constitución nacional de 1949, art. 29, instituía, como excepción al principio del juez natural, la justicia militar y la policial, la ley nº 14.165, Código de Justicia Policial, creó los tribunales policiales; después de la revolución de 1955 estos tribunales desaparecieron, por efecto del regreso a la Constitución de 1853/60 y la

[54] *Fallos CSN*: t. 234, p. 482, donde se reproducen los dictámenes y sentencias aun de la instancia ordinaria.

derogación de la ley nº 4.165 (decr. 276/55). Si prescindimos de las irregularidades jurídicas que creaba la situación política imperante (derogación arbitraria de una Constitución; derogación por decreto de una ley contraria a la Constitución que se declaró vigente), al sólo efecto de utilizar el caso para la docencia, él es paradigmático, pues presentaba la peculiaridad de que el tribunal del hecho (natural) ya no existía. El caso, en sí, discurría sobre la posibilidad de variar el tribunal competente, al momento del hecho los órganos de justicia policial creados en la órbita del poder ejecutivo (la Policía Federal), según la regla excepcional de autorización que poseía la Constitución de 1949, y, después de su derogación, los tribunales ordinarios de la capital de la República, existentes al momento del hecho, pero carentes de competencia, en aquel momento, para juzgar el caso.

La sentencia dictada por la CCC deja enseñanzas indudables, a pesar de que su resultado final pueda considerarse erróneo. El voto de la mayoría, encabezado por el doctor Mario A. Oderigo, constituye un compendio de lo que se debe comprender, en principio, al leer la cláusula de garantía del *juez natural*: "Como fácilmente se advierte, dicha cláusula se refiere a dos situaciones distintas: que algún habitante de la Nación sea juzgado por comisiones especiales, o que sea sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Preciso es, pues, no confundir ambas situaciones: la primera, se relaciona con el *carácter meramente accidental* del tribunal, con el hecho de que haya sido instituido especialmente para juzgar determinado caso o grupo de casos, considerados en concreto; la segunda, con los *límites de la competencia en función temporal*, es decir, con la posibilidad de que las normas sobre competencia, en materia penal, puedan aplicarse con efecto retroactivo. En cuanto a lo primero, descarto, desde luego, que la justicia del crimen de la capital pueda ser considerada como una comisión especial, dado que se trata de una institución judicial de carácter permanente, de una justicia ordinaria, en la que no pueden reconocerse ninguno de los elementos que definen a las comisiones especiales, a los tribunales extraordinarios instituidos para casos concretos y cuya vida institucional termina justamente con el cumplimiento de su cometido. En este sentido resulta de indudable pertinencia la mención que se hace en el dictamen de fs. 29, de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso registrado en el t. 114, p. 89 de la colección de Fallos de este tribunal. Contrariamente, estimo que la solución de este asunto resulta comprometida por el segundo término de la aludida cláusula constitucional, en cuanto prohíbe que los habitantes de la Nación sean sacados de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. En este orden, la norma en examen no autoriza distingo alguno fundado en la naturaleza o carácter —permanente o accidental, ordinario o extraordinario— del tribunal que deba juzgar al reo, para limitarse a establecer que no podrá serlo sino por el designado por la ley antes del hecho de la causa, vale decir, por el que era competente en el momento de cometerse el hecho que se le imputa. La justicia del crimen, la justicia nacional que el fuero criminal integra, no es una comisión especial, no es un tribunal accidental o extraordinario, designado para intervenir en determinado proceso, sino una institución judicial ordinaria, permanente y con competencia delimitada por normas de carácter general; pero no era competente para juzgar el hecho de que en estos momentos se trata, en el momento de cometerse. Estas consideraciones bastan, a mi juicio, para decidir que la derogación de la ley que creó los tribunales policiales, producida con posterioridad del hecho a juzgar, no puede alterar la solución del asunto en orden a la declaración de incompetencia formulada por el juez de instrucción" (destacado nuestro).

El mismo voto en mayoría comprendía que el caso era excepcional, por la desaparición del tribunal competente al momento del hecho: "No se me ocultan, por supuesto, las consecuencias de carácter práctico que en este caso pueden derivar del criterio que sostengo, que pueden llegar hasta la impunidad del delito, en razón de haber sido suprimido el fuero policial, que debió juzgar al reo". Precisamente, el voto en minoría (doctor MUNILLA LACASA), después de parafrasear los fallos de la Corte Suprema que reducen la garantía al caso de tribunales accidentales competentes *ex post facto*, según una ley de competencia posterior al hecho, advierte esta situación y de allí deriva (con escaso sentido argumental) su solución contraria, acordando valor a la ley de competencia posterior al hecho: "En el caso de autos hay una *imposibilidad insalvable* para que la justicia policial juzgue..." (destacado nuestro).

Salvando el hecho revolucionario y la tensión que produce en el mundo jurídico, pensado como continuidad sin solución, esto es, la abrupta ruptura, en los hechos, del orden jurídico vigente, éste es un caso típico de los que justificaban, según Giuseppe CHIOVENDA, una excepción a la teoría de la *perpetuatio iurisdictionis*. Pero su debate judicial deja enseñanzas claras no sólo desde este punto de vista, sino, principalmente, desde el más genérico relativo a la correcta interpretación de la garantía.

Una situación, si no idéntica, al menos similar, se ha producido con la reforma del procedimiento penal en el ámbito de la administración de justicia federal y de algunas provincias. Los nuevos códigos, debido a su diferencia sustancial respecto de los antiguos, no pueden funcionar con la organización judicial anterior e integran sus tribunales de manera diferente: ello ha provocado la desaparición de los tribunales anteriormente existentes y la creación de otros que responden a la instrumentación del nuevo sistema; como consecuencia, aun con la opción por el procedimiento antiguo que estableció la ley nº 24.121[55], los casos en trámite no quedaron radicados ante los mismos tribunales. Si se cumple la condición negativa de que la modificación orgánica no encubre o disimula un tribunal de excepción, el principio no resulta afectado[56].

V. Sin embargo, debido a las excepciones fijadas —ambiguas, sin duda—, los resultados de la interpretación son, en cierta medida, insatisfactorios. En síntesis, sólo fijan una condición clara para el funcionamiento de las excepciones: la desaparición, física o jurídica, del tri-

[55] La ley de implementación y organización de la justicia penal (ley nº 24.121, 12 y cc.), establece que las causas en trámite quedarán radicadas ante los tribunales en los que tramitan, salvo que, con anterioridad a la contestación del traslado de la acusación, el procesado o acusado solicite la aplicación del Código nuevo.

[56] Cf. BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, p. 141.

bunal que, según la ley vigente al momento de suceder el hecho juzgado, era competente para conocer el caso. La condición permitiría, no obstante, que a la negación del principio se arribara ya no por la decisión positiva de *crear* un tribunal *para* el caso —o para un grupo de casos o de personas—, sino por la decisión negativa de *suprimir* el tribunal competente al momento de suceder el hecho juzgado, con lo cual, a pesar de que las posibilidades de manipulación son menores, se elige al tribunal que juzgará entre los tribunales ya existentes, creados por una ley general de competencia, pero entonces incompetente.

Es aquí, precisamente en este punto, donde entran a jugar criterios valorativos que permiten afirmar si la modificación, de procedencia fáctica o jurídica, disimula o encubre la asignación del caso a un tribunal de excepción o, por el contrario, es, en ese sentido, irreprochable.

Quizá por vía de ejemplos se pueda explicar mejor el funcionamiento de la regla estudiada, esto es, por intermedio de casos en los cuales está ausente la condición principal que opera la excepción. Si un territorio nacional se convierte, por ley del Congreso de la Nación, en una nueva provincia, los hechos hipotéticamente punibles juzgados por los tribunales federales, en atención a la competencia territorial del Estado federal hasta el momento de la vigencia de la ley de provincialización del territorio, deben continuar siendo juzgados por esos tribunales; la nueva organización judicial provincial, según el principio estudiado, carece de jurisdicción respecto de ellos y sólo adquiere ese poder en relación a las imputaciones fundadas en hechos sucedidos con posterioridad a la vigencia de la ley que crea la nueva provincia o, en su caso, a la ley que crea los tribunales provinciales y establece su competencia. De idéntica manera deben ser resueltos los casos en los cuales se altera el límite territorial entre dos provincias.

VI. Por supuesto, según ya recordamos, las reglas de competencia constitucionales integran, junto a las reglas de competencia de la legislación común, la referencia de la garantía. La regla *forum delicti commissi* (CN, 118) impone ser juzgado en el territorio en el cual el hecho ha sucedido, en su caso, el territorio nacional o el de la provincia en el que fue cometido. La regla rige también para los tribunales del Estado federal, cuando ellos son competentes, y guarda relación con el domicilio de los jurados que, según esa misma disposición, deben integrar el tribunal de juicio.

Los llamados *delitos a distancia*, cuya acción y cuyo resultado suceden en dos jurisdicciones distintas, aquéllos en los cuales el hecho punible a juzgar —acción o resultado, o ambos conjuntamente— se desarrolla en varias jurisdicciones y aquéllos cuyo resultado, afectación o puesta en peligro del bien jurídico, se ubica en varias jurisdicciones, presentan, respecto de la regla de competencia constitucional, problemas que sólo son solucionables por una decisión valorativa. En es-

te sentido se ha sostenido alternativamente al menos tres soluciones distintas, el *lugar de la acción*, el *lugar del resultado* y la llamada *teoría de la ubicuidad* (que incorpora puntos de vista externos al hecho punible: el domicilio del imputado o de los protagonistas del conflicto, para la mejor defensa de sus intereses, y el domicilio de la prueba, en el sentido de la mayor proximidad de los elementos de prueba con el tribunal), y se concede prioridad al territorio en el cual, conforme al caso, están ubicados los puntos de conexión más importantes o la mayoría de ellos[57].

Lo mismo sucede con las reglas que determinan la competencia federal, en especial aquellas referidas a la competencia federal por la materia, incluidas en el rubro las derivadas de la investidura de la persona imputada.

VII. Los tribunales, en virtud de la cantidad de personas a las que atiende el servicio de justicia y, por ello, a la cantidad de casos que deben tramitar regularmente, están integrados normalmente por un número mayor de jueces que aquellos necesarios, según la ley, para componer el órgano decisor del caso, por intermedio del cual el tribunal se expide. En las organizaciones judiciales modernas, las pregunta acerca de quién o quiénes de ellos componen el órgano de decisión concreto se resuelve por las *reglas de asignación* de casos a los jueces múltiples que integran el tribunal, todos —por así decirlo— portadores de la misma competencia. El principio rector de esas reglas debe evitar la asignación por decisión individual, *para el caso*; por el contrario, debe emplear un método rutinario, que derive del azar (sorteo, pesaje de casos por variables genéricas, etc.) y garantice que la asignación no privilegia un determinado interés de los comprometidos en el caso —sin tener en cuenta datos referidos a las personas protagonistas del caso o a referencias políticas del caso mismo—, e, incluso, debe evitar la posibilidad de que alguno de los protagonistas, por dominio del método, elija al juez o a los jueces individuales que integrarán el cuerpo de decisión (*forum shopping*). Empero, en este tipo de organización, la cuestión acerca de impedir la integración de ese cuerpo de decisión con un juez elegido para el caso, por alguna razón que pueda perjudicar el interés de alguno de los intervinientes en él, se resuelve a través del apartamiento del juez por *sospecha de parcialidad* (recusación, excusación).

Nuestra organización judicial, arcaica y obsoleta, mantiene aún, dentro de un tribunal cuyos jueces participan de las mismas reglas de competencia, una distribución de asuntos por cuerpos de decisión rígidos, integrados por las mismas personas, cual si fueran tribunales diferentes o de diferente competencia —una suerte de tribunales (juzgados, cámaras, salas) dentro del mismo tribunal, todos afectados por las mismas reglas de competencia—, y procede a dividir los asuntos que deben decidir sus diversas formaciones por reglas internas, llamadas *de turno*, que se comportan de una manera similar a las reglas de competencia. Estas reglas, sin embargo, no son leyes de competencia, sino, antes bien, de distribución (asignación) de asuntos dentro de un mismo tribunal competente, y, por lo tanto, no integran el grupo de reglas de referencia del principio estudiado. Ellas deben,

[57] Ver, sintéticamente, § 6, E, 3, nota nº 285, y § 7, E, nota nº 116.

no obstante, proceder por criterios que eviten la elección interesada o individual de una determinada integración del tribunal para juzgar el caso (manipulación de los jueces que decidirán). Cuando a pesar de ellas o con ellas se verifica una manipulación de la integración del tribunal, que engendre la sospecha de parcialidad de un juez, la vía adecuada es, también, el apartamiento de esa persona y su reemplazo por otra, conforme a los mecanismos procesales correspondientes (recusación y excusación).

VIII. Se debe ahora aclarar que la cláusula de garantía no se refiere a los jueces como personas físicas, esto es, a la permanencia del juez X o Z como integrante del tribunal que juzga. De tal manera, la circunstancia de que el juez X integrara el tribunal de juicio en la época del hecho, no determina que deba necesariamente integrarlo en el momento concreto del juicio y la sentencia, cualquiera que fuere la razón de su ausencia (muerte, renuncia, licencia, etcétera).

La cláusula, por el contrario, se refiere sólo al tribunal competente según la ley vigente al momento del hecho, cualquiera que fuere su integración concreta al momento del juicio. Los jueces, designados conforme a la Constitución, reúnen siempre la capacidad formal para integrar los tribunales a los cuales están destinados. Respecto de los jueces, como personas individuales, rigen las reglas relativas a su imparcialidad (ver *supra*, 2), las cuales permiten excluirlos en caso de temor sobre su parcialidad.

Sin embargo, la regla que manda que las personas que integran el tribunal durante el debate son las únicas habilitadas para fallar el caso, determina una integración cierta del tribunal que dicta el fallo, aunque por razones diferentes, que no están vinculadas con la garantía del juez natural (*identidad física del juzgador*; ver § 6, F, 3, IV). En efecto, la única condición de validez del fallo no se refiere, precisamente, a que el tribunal esté integrado con las mismas personas físicas que lo componían a la época del hecho, sino, contrariamente, se satisface con establecer que los jueces que fallan sean los mismos que presenciaron el debate, aunque no se trate de las mismas personas que integraban el tribunal al momento del hecho.

IX. No parece que la garantía del juez natural, elevada a principio del enjuiciamiento, rija sólo para el Derecho procesal penal y la organización judicial que lo hace efectivo. La Constitución, como en otras cláusulas de garantía procesal (inviolabilidad de la defensa), no discrimina, de manera tal que el principio se debe considerar operativo para cualquier rama jurídica. La teoría de la *perpetuatio iurisdictionis*, originada en el Derecho privado, es más que un aval para esta afirmación.

Acerca de la extensión del principio al Derecho privado, ver *Fallos CSN*, t. 304, vol. 2, p. 1935, caso resuelto por la Corte Suprema por mayoría, con un debate interesante que enfrenta, otra vez, la correcta intelección del principio (votos en minoría) con su deformación inadmisible (voto de la mayoría).

C. JUICIO POR JURADOS[58]

I. Nuestra Constitución, en varios artículos (24, 75, inc. 12, y 118) establece la necesidad de que la sentencia penal sea dictada con la colaboración de jueces accidentales, no permanentes, ni profesionales, que no formen parte de la burocracia judicial, esto es, del núcleo de funcionarios estatales, profesionales y permanentes (CN, 108 y ss.), que se ocupan de la administración de justicia. Ello significa, por una parte, que la ley fundamental ha adherido a un modelo concreto de enjuiciamiento penal, que permite a los jurados, representantes populares, conocer, controlar y valorar la prueba que decide el caso, y, por la otra, como consecuencia necesaria, que estos representantes del pueblo de la República estén presentes durante el juicio (procedimiento definitivo) en el que son incorporados los elementos válidos para determinar la sentencia y se escucha a todos los intervinientes en el procedimiento, que pretenden influir sobre esa decisión[59].

En nuestro Derecho constitucional, la exigencia del juicio por jurados aparece ya, por primera vez, en 1812, Proyecto de la comisión designada para redactar la

[58] La bibliografía argentina en la materia es muy limitada: CARBAJAL PALACIO, *El juicio por jurado*; SAGÜÉS, *El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución nacional*; TORRES BAS, *El jurado popular*; MOONEY, *El juicio por jurados en el sistema constitucional argentino*; STOCK CAPELLA, *El juicio por jurados y el sistema procesal de la oralidad*; GAVIOLA, *Juicio por jurados*; HENDLER, *En defensa del jurado*. Esa comprobación asombra, pues la Constitución nacional y sus antecedentes siempre tuvieron en cuenta la institución con un énfasis muy particular. A partir del Proyecto de 1986, que preveía un tipo muy particular de jurado (jurado escabinado), el jurado volvió a merecer la atención de los juristas argentinos y de algunos extranjeros invitados a participar en el debate: VIRGOLINI, *Tribunales y sociedad: el pueblo y la justicia*; CAVALLERO-HENDLER, *Justicia y participación*; CAFFERATA NORES, *Integración de los tribunales penales: participación ciudadana*; SANDRO, *Reflexiones sobre el jurado popular*; GELSI BIDART, *Juristas y legos en la aplicación de la justicia*; PELLEGRINI GRINOVER, *La democratización de los tribunales penales: hacia una nueva justicia penal. Participación ciudadana*; GORANSKY, *Un juicio sin jurados*; BONORINO PERÓ, *La democratización de los tribunales penales mediante la participación ciudadana en el proyecto de reformas al Código de procedimientos en materia penal*; PASTOR, *Aciertos e hipocresía en una sentencia trascendente*; BIDART CAMPOS, *¿Hay omisión inconstitucional en la ausencia de juicio por jurados?*; BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, nº V, *a*, ps. 77 y ss. y nº VI, *d*, ps. 105 y siguientes.

[59] Resulta ridículo el juicio de los jurados a los cuales el fiscal y el defensor les explican el resultado de los actos de instrucción (investigación preliminar) o, en el mejor de los casos, les leen parte de las actas desarrolladas durante ese período del procedimiento. Lo advierto, no porque lo haya imaginado, pues siempre creí, por experiencia cultural, que juicio por jurados representaba también juicio en audiencia pública y oral ante los jurados, sino porque ésa fue mi experiencia personal en la República de El Salvador, país de "tradición juradista" pero de mayor vocación por la Inquisición española, según el modelo expuesto al comienzo de la nota.

Constitución, cap. XXI, art. 22: "El proceso criminal se hará por jurados y será público". La fórmula se repite, con otras palabras, en 1813, Proyecto de Constitución de la Sociedad patriótica para las Provincias Unidas del Río de la Plata en América del Sud, art. 175: "El juicio criminal se establecerá por jurados, y el poder legislativo publicará con preferencia el reglamento correspondiente bajo los principios más propios para asegurar los derechos individuales y el interés de la comunidad" (art. 173: "Las sesiones de los tribunales de justicia serán públicas; los jueces después de deliberar en secreto, publicarán los juicios que pronunciasen"). La exigencia se renueva en la Constitución de las Provincias Unidas en Sud América, 1819, CXIV: "Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces los más libres, independientes é imparciales, que sea dado á la condición de las cosas humanas. El cuerpo Legislativo cuidará de proponer y poner en planta el establecimiento del *juicio por jurados*, en cuanto lo permitan las circunstancias". La Constitución de 1826, art. 164, repite el mismo texto[60].

No cabe duda de que nuestro mandato constitucional proviene del art. III, sección 2ª, § 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América, a través del texto del art. 117 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela, 1811, que reproducimos (casi idéntico a nuestro art. 102, CN, originario, hoy art. 118): "Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Representantes por el art. 44, se terminarán por jurados luego que se establezca en Venezuela este sistema de legislación criminal, cuya actuación se hará en la misma provincia en que se hubiese cometido el delito; pero cuando el crimen sea fuera de los límites de la Confederación contra el Derecho de Gentes, determinará el Congreso por una ley particular el lugar en que haya de seguirse el juicio". A José Benjamín Gorostiaga, en su esbozo constitucional, art. 62, quien sigue este texto, se le atribuye la inserción de las reglas relativas al jurado en la Constitución nacional[61]. La ley que en 1994 estableció la necesidad de la reforma de la Constitución nacional no incluyó en su articulado las normas relativas al juicio por jurados; por consiguiente, todas las reglas relativas al jurado de la Constitución nacional han sido mantenidas: las dos últimas han modificado sólo su numeración.

Tal decisión política es incuestionable para nuestra Constitución, pues, en su aval, ella manda —desde siempre— que el Congreso de la Nación reforme la legislación hasta entonces vigente, que provenía de la Inquisición española y funcionaba sólo sobre la base de jueces permanentes, y establezca el *juicio por jurados*.

[60] Cf. Carbajal Palacio, *El juicio por jurado*, cap. IV, p. 56; Sagüés, *El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución nacional*, II, p. 906; Mooney, *El juicio por jurados en el sistema constitucional argentino*, p. 868, con otros antecedentes de la época, muy importantes, por cierto, para afirmar que nuestros constituyentes eran conscientes acerca de aquello que mandaban.

[61] Cf. Sagüés, *El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución nacional*; para la génesis histórica de la Constitución estadounidense, Schiffrin, *El "forum delicti commissi" como exigencia del art. 102 de la Constitución nacional*, III.

Frente a ello, representan una falsificación de sus principios las palabras de Manuel Obarrio, en la *Exposición de Motivos* del CPCrim. nacional (1889), en defensa de los jueces profesionales permanentes y del enjuiciamiento por actas, de las cuales sólo cito la conclusión: "En 1871 el Congreso dictó una ley ordenando el nombramiento de una comisión de dos personas para proyectar las leyes de organización del jurado y enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal. Éste es el único acto legislativo que haga referencia entre nosotros, al jurado. El proyecto fue preparado por los doctores D. Florencio González y D. Victorino de la Plaza, y presentado en abril de 1873, sin que el Congreso haya creído conveniente u oportuno tomarlo en consideración".

"Al encomendárseme la redacción del proyecto de Código de procedimientos criminales, era indudable, pues, que implícitamente se me señalaba la base del enjuiciamiento por tribunales de Derecho. De otra manera mi encargo habría carecido de razón de ser, puesto que en el proyecto de que he hecho referencia, se legisla en toda su extensión sobre los juicios criminales sometidos a los jueces y tribunales de la Nación, bajo la base del jurado".

"El trabajo, por lo tanto, que tengo el honor de presentar, responde a la organización de los tribunales de Derecho. Para prepararlo, he tenido a la vista las legislaciones más adelantadas en la materia y he consultado las obras de los tratadistas que tienen conquistada la mayor reputación entre los hombres de la ciencia, sin descuidar, como no podía hacerlo, nuestra legislación actual y las necesidades sentidas diariamente en su aplicación práctica".

Sólo vale la pena decir que el Congreso de la Nación no podía, ni pudo, ni puede hacer caso omiso de un mandato constitucional. Más allá de ello, las indicaciones legislativas y bibliográficas del Dr. Obarrio están referidas, si es cierta su afirmación, cuando menos, al siglo anterior a aquél en el que él escribía.

La decisión constitucional de establecer el juicio por jurados no es, de ninguna manera, arbitraria, sino que se corresponde a la perfección con la propia ideología política que la Constitución siguió. No existe duda de que ella es hija del Iluminismo y de la revolución política que, en Francia y los demás países europeos y americanos, se desarrolló entre los siglos XVIII y XIX (liberalismo burgués). Y está probado con suficiencia que ese movimiento político prohijaba un cambio total en la administración de justicia penal, con mirada atenta al modelo de las instituciones vigentes, por entonces, en Inglaterra, que conservaba los principios fundamentales impuestos por los sistemas de enjuiciamiento criminal de Grecia (Derecho ático) y Roma republicanas, consistente en el regreso al juicio público y al tribunal integrado por ciudadanos, accidentalmente traídos a juzgar sobre los conflictos penales que se presentaban en el seno social (ver § 5, E).

De tal manera, el ser juzgado por los propios conciudadanos es hoy antes un derecho fundamental de cada habitante, que una forma específica de distribución del poder político o de organización judicial. Cierto es que, desde el último punto de vista, al que hace referencia, preponderantemente, el art. 118, CN, el juicio de jurados compor-

ta una clara decisión política acerca de la participación de los ciudadanos en las decisiones estatales, pero es indudable, también, que la CN, 24, esto es, en el capítulo de ella referido a los derechos y las garantías de los habitantes, nos concedió uno fundamental: el juicio de aprobación o desaprobación de nuestros conciudadanos presidiría el fallo penal, esto es, abriría o cerraría las puertas para la aplicación del Derecho penal, para el ejercicio, conforme a Derecho, del poder penal estatal.

Desde este ángulo de observación la Constitución no dejó librado al legislador común el momento o la oportunidad de poner en vigencia el juicio por jurados, menos aún suprimiéndolo por siglos, sino que tan sólo le concedió —como siempre— la elección de la organización y de los mecanismos concretos por intermedio de los cuales se instrumentaría la participación ciudadana en los tribunales de juicio, según la experiencia universal y nuestras propias costumbres y posibilidades.

La Corte Suprema se negó a reconocer tanto el derecho del habitante a ser juzgado por un jurado de vecindad, como la decisión política de integrar los tribunales de juicio con ciudadanos y limitar así el poder penal del Estado; acogió la idea, formulada por algunos autores, de que se trata de una cláusula *programática, discrecional* para el legislador[62], diciendo, simplemente, que el mandato carece de plazo para su cumplimiento (*Fallos CSN*, t. 115, p. 92; t. 165, p. 258; t. 208, p. 21; t. 208, p. 225).

[62] Cf. Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, p. 687; en el mismo sentido, pero aún más decolorante para el texto constitucional ("... los constituyentes de 1853 no estaban muy convencidos de la necesidad de *establecer* realmente esa forma de juicio..." [¿?]), Bielsa, *Derecho constitucional*, p. 755; con una argumentación ilusoria, en materia de principio (*norma jurídica imperfecta*, pues no conecta su inobservancia a consecuencia jurídica alguna), Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, p. 220; sin ningún fundamento racional, más aún, con contradicciones evidentes, limitándose a la exposición de su ideología, contraria a la institución, Torres Bas, *El jurado popular*, ps. 111 y siguientes.

A propósito de la idea de Bielsa, conviene la lectura del debate sobre el punto en la Convención General Constituyente de 1853 (Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, nota nº 65, ps. 188 y s.), no exenta de innumerables antecedentes históricos constitucionales argentinos que instituían el juicio por jurados, según ya hemos visto. Ese debate y su resultado, la inclusión múltiple de la institución en nuestra Constitución, demuestra que los argumentos jurídicos contrarios a ella son sólo sofismas argumentales, en el mejor de los casos, todos los cuales fracasan ante el texto de las cláusulas constitucionales y su ubicación sistemática. Empero, la irracionalidad del argumento de Bielsa es evidente si se computa la opinión de los próceres cívicos de nuestra organización nacional y constitucional. Sarmiento (1846), quien encargó posteriormente el primer proyecto de juicio por jurados, para cumplir con la Constitución, mientras era presidente: "El jurado es el *palladium* de las libertades públicas". "Introducir el jurado es inocular un principio de vida y de existencia en el pueblo"; Bartolomé Mitre: "La

Contra esta concepción del mandato constitucional, que reduce o elimina su poder vinculante, sin razón que lo indique, a la expresión de un mero deseo, incluso tímido y débil, se levantan las voces de la mayoría de nuestros autores en la doctrina constitucional y procesal[63]. Con prescindencia de las clasificaciones jurídicas —cláusulas *operativas* por sí mismas y *programáticas* de la Constitución—, lo cierto es que la gran mayoría de los preceptos de garantía procesal —libertad e inviolabilidad de la defensa, por ejemplo— serían letra muerta si se pensara, como algunos en el caso, que el legislador ordinario sólo debe percibir una expresión de deseos del legislador constitucional y, por ende, sólo está facultado, pero no obligado, a seguir y desarrollar el principio. Se entiende por sí mismo que toda garantía procesal, sistema de enjuiciamiento y de organización judicial, designados por su nombre en una Constitución —por ejemplo, enjuiciamiento penal acusatorio, juicio público y oral—, necesita de una instrumentación normativa suficiente por parte del legislador ordinario, pero ello no empece, sino que refuerza, la obligación que pesa sobre ese legislador, de regular esas instituciones, y no otras, a su antojo[64]. La falacia de las argumentaciones que intentan reducir la

institución del jurado es un dogma para todo el pueblo libre"; Nicolás AVELLANEDA y Manuel QUINTANA: "Para honor de esta Cámara, ninguna voz se ha levantado atacando la institución del jurado, que es una de las grandes conquistas de la civilización moderna y una de las garantías más firmes sobre las que reposan las libertades públicas y privadas"; todas citas o paráfrasis de CAVALLERO-HENDLER, *Justicia y participación*, ps. 82 y siguiente.

[63] Cf. GONZÁLEZ, *Manual*, p. 203; DE VEDIA, *Constitución argentina*, ps. 115 y 553; BAS, *El Derecho federal argentino*, t. II, p. 263; GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho constitucional*, 4ª ed., p. 440; JOFRÉ, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 2ª ed., t. I, ps. 112 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. II, ps. 54 y ss., quien, sin embargo, expresa que sería un desacierto político cumplir el mandato constitucional. Recientemente, SAGÜÉS, *El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución nacional*, p. 907, señala el énfasis que coloca la Constitución nacional —por tres veces— sobre la institución, el carácter de la regla como decidido mandato —*ineludible*, no de aplicación condicional— del legislador constituyente al legislador ordinario y la naturaleza de su inobservancia como inacción inconstitucional; trae a juego, para ese juicio, la opinión de BIDART CAMPOS, *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, quien, incluso de la mano del ejemplo de los jurados, llega a admitir, no sólo la invalidez de la regla ordinaria opuesta a la constitucional, sino, también, la emisión de un mandato concreto de ejecución al órgano competente, el cual, incumplido, autorizaría a prescribir la integración jurídica del caso. Luego, cuando se le requirió opinión específica, opinó otra cosa: sobre la base de un juego de palabras difícil de entender o, mejor dicho, "fácil de entender" —en contra de su propia opinión, para quien conoce la historia y el estado legislativo de la incipiente confederación, a la época de adoptarse la Constitución nacional de 1853— instituye nuevamente al juicio por jurados como cláusula programática y decolora políticamente el mandato para la legislatura nacional; cf. BIDART CAMPOS, *¿Hay omisión inconstitucional en la ausencia del juicio por jurados?*, p. 15.: la crítica de esta opinión en GORANSKY, *Un juicio sin jurados*, p. 118.

Cf. también, las demás opiniones de juristas y de hombres públicos, durante este siglo y el anterior, que cita y reproduce MOONEY, *El juicio por jurados en el sistema constitucional argentino*, 6, ps. 865 y siguientes.

[64] Aunque algunas de las decisiones finales propuestas sean criticables, dos jueces reconocieron, en la fundamentación de sentencias relativamente actuales, la obligación del Congreso de la Nación de establecer el juicio por jurados: los fallos pertenecen

obligación del Congreso a una mera facultad se nota más si se advierte que el Congreso de la Nación no ha sólo omitido por más de cien años el cumplimiento de la obligación de establecer un juicio por jurados, según se discute —y dejado, de esta manera, "abierto" el sistema de administración de justicia o dejado a la Nación sin administración de justicia penal—, sino que, por el contrario, ha regulado la forma de administrar justicia y la organización con sistemas totalmente opuestos a la regla constitucional, sin jurados, sin juicio público, etc. De tal manera, no sólo es reprochable una omisión, sino, antes bien, una *acción* inconstitucional: la ley común ha seguido su propia política, con preferencia a la decidida por la CN[65].

II. Y, sin embargo, ¡nunca tuvimos juicio por jurados!, a pesar de las cláusulas constitucionales, por demás claras[66].

No sólo eso pasó, sino que, además, debimos soportar, en el orden federal, la conservación de la antigua tradición inquisitiva española, con un enjuiciamiento por actas y llevado a cabo por delegados de quien ejerce el poder, reducido a una encuesta oficial con magras posibilidades defensivas, aun cuando España se integró a la reforma ya en el siglo XIX, con su *Ley de enjuiciamiento criminal* de 1882, todavía vigente en general. Los argumentos jurídicos bajo los cuales este conservadorismo extremo se impuso no existen, y las escasas afirmaciones que al respecto se han hecho mueven más que a compasión y tristeza, a vergüenza, cuando pasan la primera observación[67].

---

a la Cámara en lo Penal Económico, Sala II, voto del Dr. Edmundo HENDLER (casos resueltos el 22/9/1988, el 2/6/1989 y el 30/4/1991), y al Juez de Sentencia Luis CEVASCO (caso "Antonio Rilo", Juzgado Nacional Letra "X", causa nº 1.456, del 3/9/1991, publicado en "No Hay Derecho", 1991, nº 5, ps. 14 y s.).

[65] Supuesto: el Congreso, con argumentos de oportunidad política y del todo serios, establece una monarquía, erige al presidente de la República en rey. Pregunta: ¿dirían los constitucionalistas argentinos —BIDART CAMPOS, por ej.— que se trata de una omisión inconstitucional del art. 75, inc. 32, que le impuso, históricamente con cierta calma, "Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes..."? Historia mediante, sospechamos que tanto él, como la "opinión" (jurídico-constitucional) dominante gritaría: ¡viva el rey!

[66] Se ha utilizado esta "omisión" ilegítima del legislador como argumento jurídico en contra del jurado: el mandato constitucional habría quedado definitivamente en desuso o, más vigorosamente, ha sido derogado por desuetudo: CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 305; PETRA RECABARREN, *Evaluaciones críticas en torno a la proyectada reforma procesal penal*, p. 67. ¿Cómo se conecta ahora esta desuetudo —o simplemente el "desuso"— con una constitución reformada ampliamente que, sin embargo, mantiene la garantía y los mandatos para el legislador?

[67] Recuerdo las palabras de uno de nuestros ministros de justicia sobre el "secular sistema vigente", con motivo de una reforma parcial del CPCrim. nacional (1889), que provocaron hilaridad en un distinguido visitante extranjero, y mi indignación posterior: MAIER, *Nueva reforma instrumental*, p. 335.

La síntesis de los argumentos que siempre se utilizaron en contra no sólo del jurado, sino también de un enjuiciamiento penal republicano, en la *Exposición de Motivos*

§ 7. Fundamentos constitucionales de la organización judicial

Nuestra primera época de organización nacional fue consecuente con el mandato constitucional. Por ley del Congreso de la Nación del 30/9/1871 se encargó al Poder Ejecutivo nacional la creación de una "comisión de dos personas idóneas que proyecten la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal...". Domingo Faustino SARMIENTO, entonces presidente, designó a los doctores Florentino GONZÁLEZ y Victorino DE LA PLAZA, por decreto del 16/11/1871, para cumplir esa labor. Ellos culminaron su tarea el 23/4/1873, elevando, a la vez, el *Proyecto de ley estableciendo el juicio por jurados*, que contenía cuarenta y siete artículos, y el *Proyecto de Código de procedimiento criminal*, que contenía setecientos ochenta y seis artículos. Ambos proyectos reconocen marcada tendencia anglo-sajona, según lo confiesan los propios autores en su *Informe* preliminar (*Exposición de Motivos*)[68].

El Congreso de la Nación —y, en ocasiones, alguna legislatura provincial— no trató los proyectos que él mismo había encargado, ni otros proyectos producto del esfuerzo personal de juristas y legisladores: José DOMÍNGUEZ (1883), Carlos RODRÍGUEZ LARRETA, Rafael HERRERA VEGAS, Federico IBARGUREN y Carlos Octavio BUNGE, sólo para los delitos de calumnia e injuria (1894), Julián L. AGUIRRE (1910), Tomás JOFRÉ, para la provincia de Buenos Aires (1919), Enrique DEL VALLE IBERLUCEA (1920), Juan Amadeo OYUELA, sólo para la capital de la República (1930), bloque del Partido Socialista en la Cámara de Diputados de la Nación (repetición del anterior, 1932) y Jorge ALBARRACÍN GODOY, para la provincia de Mendoza (inspirado en los trabajos de Eduardo Augusto GARCÍA, 1937)[69].

La institución del jurado ingresó, después, a un largo ostracismo del que regresó en 1986. En ese año, para cumplir el mandato constitucional, el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación los proyectos de Código Procesal Penal y de Ley Orgánica para la justicia Penal y el Ministerio Público: esta última ley incorporaba a los ciudadanos en la tarea de administrar justicia por medio del jurado escabinado[70]. Aunque ese proyecto no obtuvo sanción legislativa, por lo menos

---

del CPCrim. nacional (1889). Dando por cierto el hecho de la *incultura*, que agravia a todos, vale la pena preguntar si los "incultos" no merecen ser tratados como hombres dignos, o si la dignidad humana debe medirse según parámetros de instrucción y, en ese caso, cuál es el tipo de instrucción que merece un tratamiento digno. En todo caso, quienes esgrimen esta clase de argumentos no parecen demasiado "cultos".

[68] Cf. *Proyecto de ley sobre el establecimiento del juicio por jurados y de Código de procedimiento criminal en las causas de que conoce la justicia nacional*.

[69] Cf. MOONEY, *El juicio por jurados en el sistema constitucional argentino*, 5, p. 864; CARBAJAL PALACIO, *El juicio por jurado*, cap. IV, ps. 61 y siguientes.

[70] En la exposición de motivos se establecía que "el régimen orgánico pretende incorporar los elementos restantes para que la administración de justicia penal responda al sistema de gobierno que nuestro país adoptó por intermedio de la Constitución. En tal sentido, es inherente a toda república representativa y a toda democracia, tal como se la concibe desde el siglo anterior (XIX), la participación de los ciudadanos en la tarea de administrar justicia: prueba de ello es la forma de integrar los tribunales que imponen los arts. 24, 67, inc. 11, y 102 de la Constitución. Ello coincide, por lo demás, con un imperativo actual de nuestra propia vida institucional, declamado no sólo por el gobierno nacional, sino, también, por los principales partidos políticos: el recrear una democracia participativa, en el sentido de que los ciudadanos no sean llamados

cumplió, en el ámbito de la discusión académica y política, el papel de propulsor de un nuevo debate, que se puede observar parcialmente en la bibliografía citada en la nota nº 58. En lugar de este proyecto, fue sancionado el Código procesal penal que hoy nos rige y sus leyes complementarias, instrumentos legislativos que han excluido a los ciudadanos de la administración de justicia, sin siquiera mencionar las razones por las cuales, nuevamente, no cumplen el triple mandato constitucional[71].

Con posterioridad a ese proyecto, los diputados Julio César Corzo y Carlos Alberto Romero presentaron un proyecto de creación de una comisión para cumplir con el mandato consitucional, proyecto que no mereció tratamiento legislativo. En 1992, el diputado Antonio Hernández presentó un proyecto de ley que organiza el tribunal de jurado, al estilo anglo-sajón, que tampoco fue tratado por el Congreso. Esta historia sintética verifica que no todos creen en el argumento de la desuetudo y justifica parcialmente la opinión de Alberto Binder, a propósito de ese argumento: después de 1930, en los períodos en los cuales nuestro país se rigió por instituciones democráticas, siempre hubieron intentos legislativos para establecer el juicio por jurados[72].

Empero, la peor consecuencia del repliegue del juicio por jurados se advierte en el sistema de enjuiciamiento. Las reformas tibias que, respecto del sistema inquisitivo tradicional, importa la legislación federal que presidió por un siglo la administración de justicia en ese ámbito (CPCrim. nacional [1889]), anacrónica culturalmente, y aún hoy vigente residualmente, han promovido un atraso considerable de nuestro sistema penal y una contradicción interña ineludible, que también se debe denunciar. Pese a todos los desacuerdos de aquella legislación con la Constitución, no pudo menos que prohibir —aun cuando defectuosamente— ciertos medios de prueba típicos de la Inquisición, precisamente aquellos que eran el presupuesto de su eficacia: la tortura para obtener la confesión, los allanamientos de morada indiscriminados, etc. El resultado de la aplicación del sistema es consecuente: él sólo se ha mostrado eficiente para perseguir los hechos punibles de menor importancia o cometidos por delincuentes no habituales (primarios), generalmente adaptados a una vida social sin desviaciones de las reglas establecidas, cuyos valores comparten,

únicamente a votar para renovar las autoridades del Estado, sino, antes bien, que tengan diversas oportunidades para influir en las decisiones estatales asumiendo un papel protagónico y activo, respecto de la vida institucional del país". La historia del tratamiento legislativo de ese proyecto en Goransky, *Un juicio sin jurados*, ps. 132 y siguientes.

71 Cf. Pastor, *Código Levene: ¿nacerá viejo y caduco?*

72 Cf. Binder, *Ideas para una discusión sobre el fundamento de la reforma de la justicia criminal.*

pero fue absolutamente ineficiente en las áreas penales que más preocupan a la sociedad, sobre todo como método efectivo de prevención de los delitos no tradicionales, o para el enjuiciamiento de delincuentes habituales, avezados en la utilización de las garantías que brinda el sistema y con suficiente poder económico-social para evitar las consecuencias desagradables; por lo demás, ese régimen procesal no ha servido para imponer las garantías penales como realidad vigente para todos, en especial para aquéllos escasamente dotados social, económica e intelectualmente, a quienes, por esa misma razón, se dirige especialmente la efectividad del sistema penal impuesto.

La concepción que, políticamente, rechaza el juicio por jurados tiene, sin duda, raíces autoritarias. Históricamente, segun vimos, la participación de los ciudadanos en los tribunales de justicia es sinónimo de una administración de justicia republicana y, especialmente, del Estado de Derecho y del Estado constitucional actual[73]. Modernamente, fue el positivismo criminológico, múltiplemente acusado de grave autoritarismo cada vez que se sometió a examen crítico algún postulado particular de su teoría, quien se opuso a toda clase de participación ciudadana en los tribunales de justicia penal, con el argumento de la necesidad de una magistratura científica, coherente con su teoría penal, que transformaba al Derecho penal en una suerte de conocimiento científico-natural sobre el delincuente[74]. Abandonada esa ideología penal, que dejó algunas huellas en el Derecho penal, ha caído también el único argumento serio, aunque dependiente de una ideología determinada, para rechazar la participación de ciudadanos

[73] Cf. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Libro VI, cap. IV, y V, ps. 117 y ss., Libro XI, cap. VI, ps. 189 y ss., y cap. XVIII, p. 209; BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XIV, ps. 58 y s.; *De los delitos y de las penas*, VII, ps. 84 y 85; CARRARA, *Programa*, t. 2, ps. 139 y ss., y §§ 916 y ss., ps. 305 y ss.; SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, §§ 290 a 293, ps. 332 y ss. Ejemplo de ello es la Constitución española de 1978, art. 125. Cf. SORIANO, *El nuevo jurado español*.

[74] Cf. FERRI, *Sociología criminale*, 3ª ed., cap. IV, III, ps. 642 y ss.; entre otros párrafos traducimos: "Conocimientos científicos suficientes: éste es el principio que debe determinar la reforma fundamental de la magistratura penal, que da a la vez un golpe mortal a la institución del jurado, cuya supresión para los delitos comunes, junto a una elección mejor de los Magistrados y a más perfectas garantías de independencia, constituye la última de las reformas principales que la escuela positiva reclama desde ahora, en nombre de la razón primera y de las condiciones finales de un verdadero juicio penal". "Que para la libertad política y civil el ideal sea el verla establecida y reconocida lo más largamente y democráticamente posible, estamos de acuerdo: pero en una cuestión de ciencia, es decir, de justicia penal, no es el ideal democrático el que se precisa invocar, sino el criterio de la capacidad científica".

en la administración de justicia penal. Esa participación, sin duda, se da la mano con el postulado de que todo el poder deviene del pueblo, propio del constitucionalismo moderno (democracia)[75].

Entre nosotros se ha utilizado cualquier clase de argumentos aparentes para denostar al jurado[76]. Increíblemente, se lo ha tratado de pintar como institución contraria al régimen democrático, expresando que atenta contra el sistema representativo y contra la independencia judicial. Más allá de ello, se extrae un argumento de la *idoneidad*, como condición para ejercer un cargo público (CN, 16), sin importar hasta qué punto se tergiversa la garantía constitucional de igualdad, que a ella se refiere la regla nombrada. Leyendo esos argumentos, se tiene la impresión de que la justicia penal es un problema sectario: sólo los abogados y, de ellos, sólo los funcionarios del Estado, por alguna razón mágica, pueden ser galardonados como los "justos" en nuestra sociedad, los únicos capaces de administrar justicia[77]. ¿Qué otra sentencia se puede apartar más de nuestra realidad? Por lo demás, según se conoce, la función más clásica de los tribunales, que sólo a ellos les corresponde, la que "lo[s] hace genuinamente independiente[s] y la que lo[s] habilita para llegar a soluciones justas en los casos particulares" es "su responsabilidad de determinar la real ocurrencia de hechos particulares"[78], esto es, su facultad y, a la vez, su deber, de fijar los hechos del caso que dieron lugar al conflicto, pues rige el principio *veritas non auctoritas facit iudicium*, que invierte el principio de HOBBES para la legislación, *auctoritas non veritas facit legem*[79]. Hasta donde yo conozco, la formación de un abogado, requisito para ser juez profesional y permanente, no incluye estudios especiales acerca de la reconstrucción de la verdad, paso fundamental que ellos cumplen con el sentido común de una persona razona-

[75] En contra, NINO, *conferencia* dictada en el *Symposium* "Hacia una nueva justicia penal", en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1988, opinión sobre la cual regresaremos *infra*.

[76] Cf., por todos, VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª parte, cap. II, 1, ps. 219 y siguientes.

[77] NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, advierte, acerca del peligro de instrumentar la justicia como "una especie de casta sacerdotal", que convierte al Derecho en un instrumento esotérico y que "rompe el diálogo con el ciudadano común" (p. 452).

[78] NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, p. 449.

[79] NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ps. 449 y s., quien cita a FERRAJOLI, *Giustizia penale e democrazia. Il contesto extra-processuale*, ps. 118 y ss. Sobre la función de la verdad en el proceso judicial conviene leer FERRAJOLI, *Diritto e raggione*, cap. I.

ble, incluso porque así lo quiere la ley (sana crítica racional), esto es, de la misma manera que un ciudadano llamado accidentalmente a administrar justicia.

Precisamente, son los juristas, según ya se anticipó, quienes han desarrollado un argumento relativo a su ciencia para dejar de lado, en nuestro país, las reglas constitucionales que imponen la institución del jurado: la *desuetudo* (derogación por la costumbre) de esas reglas. Se debe advertir, en principio, que no se trata de una desuetudo popular, en el sentido de que la gente, que nunca experimentó este sistema, haya renunciado expresamente a la garantía, cuando un individuo es sometido a procedimiento penal o, genéricamente, haya instruido a sus representantes para renunciar a esta institución, eliminándola de la Constitución. En cambio, han sido los jueces profesionales, según hemos visto, los que han rechazado la institución, cuando alguien reclamó el uso de esa garantía, y los legisladores nacionales quienes incumplieron el mandato popular y de las provincias de instrumentar el juicio por jurados, que se mantuvo incólume en la Constitución nacional desde su nacimiento hasta la fecha. Según se observa, muy por el contrario, el mandato se mantuvo con toda su fuerza originaria a través de todas las reformas constitucionales, con la única excepción de la reforma de 1949, y aun después de la gran reforma constitucional de 1994, cuya ley de necesidad no autorizó la modificación de estas reglas. ¿Se podrá ahora seguir sosteniendo la *desuetudo* como argumento de derogación de la garantía constitucional para todo habitante de ser juzgado por un jurado y de la organización del *juicio por jurados* por ley nacional para toda la Nación? El argumento "científico" no merece, a mi juicio, mayor erudición crítica: se trata, como dice NINO, de "un *mero gesto* que alude vagamente a la derogación por desuetudo de ese mandato y a su incompatibilidad con la idiosincracia del país..."[80], con el cual "se deja de lado una exigencia expresa y reiterada de la Constitución, con lo que se contribuye a socavar el respeto que ella, en general, recibe como fundadora de una práctica continua": "Uno de los síntomas de la tendencia a la ajuricidad y de la dificultad para constituir en la Argentina una práctica constitucional continua, que constituya el marco estructural que otorga eficacia a las decisiones democráticas, es la *ligereza* con que ha sido tomada esta prescripción de la Constitución nacional..."[81].

[80] ¿A juicio de quién?

[81] NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, p. 476 (destacado nuestro).

Para redondear mi opinión política sobre el jurado, acudiré nuevamente a NINO, porque, según me enseñaron hace tiempo, vale la pena discutir las ideas de aquellas personas que fundan racionalmente su opinión y que uno, precisamente por su racionalidad, respeta y admira. NINO opinaba que es incierta la defensa de los jurados, sobre la base de que ellos pueden administrar justicia penal con mejores resultados que aquellos que logran los jueces profesionales (funcionarios públicos)[82]. Yo tampoco suscribiría ese argumento, criticado por NINO, para amparar la institución del jurado, pero, seguramente, no compartiría con él cierto optimismo acerca de la formación cultural, política, jurídica y ética de los jueces. Es cierto, según lo explica NINO, que las decisiones de los jurados no pueden sostenerse *a priori* como "más justas" que aquellas de los jueces profesionales, pero la afirmación inversa es tan incierta como la anterior. Los jueces profesionales no son —y no sólo entre nosotros, sino, antes bien, universalmente—, precisamente, una muestra de los más excelsos ciudadanos de una sociedad determinada. Se trata tan solo de abogados que cumplen un servicio público y no son, necesariamente, las personas más inteligentes, o más destacadas o los mejores juristas de un país (tampoco sería deseable que lo fueran). Tampoco los jurados reúnen, necesariamente, estas condiciones. Aquí, en verdad, no se trata de ello, sino que, antes bien, se trata de la necesidad política de someter a los funcionarios públicos —como lo dijimos anteriormente— a la autorización de un grupo de ciudadanos para la utilización del mayor mecanismo coactivo que concede el orden jurídico al Estado. De todos modos, el problema planteado es insustancial: en primer lugar, para nosotros no hay elemento de comparación, pues nuestros jurados —para algún observador objetivo que lea la Constitución— carecen de actividad; en segundo lugar, "mejor justicia" no alude a un parámetro objetivo, cuando se la mira por el resultado, sino, por el contrario, a una valoración al menos política del fallo, con lo cual, según la ubicación del interlocutor, un mismo fallo puede representar mejor o peor administración de justicia; en razón de ello, lo único que interesa en la discusión sobre el jurado no es, precisamente, el resultado final, sino, antes bien, la forma original del procedimiento para arribar a ese resultado, esto es, la legitimación que le confiere al fallo la participación po-

[82] *Conferencia* inédita en el *Symposium* "Hacia una nueva justicia penal", ya citada; de la misma manera en *Fundamentos de Derecho constitucional*, p. 451.

pular en la administración de justicia y la garantía individual que representa la intervención de un jurado de vecindad como autorizante o desautorizante del uso, por parte de los funcionarios detentadores del poder estatal, de la coacción penal[83].

Creo que, en razón del principio *veritas non auctoritas facit iudicium*, que funda la labor judicial —inversión del principio *auctoritas non veritas facit legem*, fundante del sentido de la legislación y de su carácter político—, NINO opinaba que tampoco se podía defender a los jurados con el argumento, en este caso confuso, del ejercicio del poder democrático por los mismos representantes del pueblo. La unión de ambas afirmaciones se produce, de la mano de sus propias palabras, al entender que el principio *veritas non actoritas facit iudicium* "implica que el consenso democrático no puede funcionar como criterio de verdad fáctica para fundamentar la legitimidad jurisdiccional"[84]; sintéticamente: el principio de la mayoría, básico para el concepto de democracia, es inidóneo para definir la máxima básica —aforismo citado— que preside la labor judicial. El jurado no traduce, por la escasa representatividad que implica la muestra del jurado moderno, al principio de la mayoría y sólo sería una forma del ejercicio de la función pública accidental u ocasional: los jurados son funcionarios públicos no permanentes. No obstante la lógica argumental del pensamiento de NINO, sigo pensando que los jurados representan tanto la participación como la responsabilidad de los ciudadanos en las tareas propias de un Estado democrático. El jurado, políticamente, no es otra cosa que la exigencia, para los funcionarios permanentes que tienen en sus manos la aplicación del poder penal del Estado, de lograr, para tornar posible la coerción estatal (la pena), máxima herramienta coactiva del Estado de Derecho, la aquiescencia de un número de ciudadanos mínimo, que simboliza, de la mejor manera posible —en nuestra sociedad de masas—, política y no estadísticamente, la opinión popular. En todo caso, el tribunal de jurados cons-

[83] Creo que, por ejemplo, un jurado no hubiera condenado nunca a un preso, hecho comparecer al tribunal, que, mientras esperaba para intervenir en el acto para el cual lo habían traído, se comió medio *sandwich* de jamón y queso que pertenecía al oficial del juzgado que cumplía el acto (¿?). Al menos para estos casos extremos sirve el jurado, para negar la autorización de condenar cuando ella resulta excesiva para el sentido común y sólo producto de una interpretación formal de las reglas jurídicas, propias de los profesionales del Derecho.

[84] *Fundamentos de Derecho constitucional*, p. 450.

tituye un posible freno político para la arbitrariedad de los funcionarios públicos permanentes —los fiscales, los jueces—, en el uso de mecanismos coactivos de gran poder destructor de la personalidad, en el sentido de consultar otra opinión, para el caso vinculante, que autorice a los funcionarios a usar, conforme a la ley penal, la pena estatal: si el jurado niega su autorización, aun en contra de la misma ley, el mecanismo de la pena estatal no puede ser utilizado[85].

Y, sin embargo, NINO era partidario del jurado, por razones que deben ser consideradas. Sintéticamente enunciadas: "tiene un enorme valor como expresión de la participación directa de la población en el acto de gobierno fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal"; por tanto, "disminuye la distancia entre la sociedad y el aparato estatal y atenúa el sentimiento de alienación del poder, o sea la percepción corriente en los ciudadanos de democracias menguadas de que el poder es ajeno a ellos"; "consolida el sentido de responsabilidad de la ciudadanía, puesto que se adoptan actitudes muy diferentes frente a las normas legales cuando se sabe que cabe la posibilidad de que se las tenga que aplicar, de ser llamado al sitial del jurado"; desmitifica el Derecho y descentraliza el poder coactivo del Estado, y así "impide que el Derecho se convierta en un instrumento esotérico que sólo puede ser interpretado por una especie de casta sacerdotal"; protege a los ciudadanos "frente a los abusos de poder, ya que implica la mayor descentralización posible en la tarea de dar la luz verde final antes de poner en movimiento el aparato coactivo del Estado"[86].

Está de más admitir que comparto los argumentos citados y sólo quiero expresar que las discordancias aparentes residen en el tono argumental más que en la afirmación de los principios políticos verdaderos.

III. Cuando se habla del juicio por jurados se menta, principalmente, aquella institución típica del Derecho anglo-sajón, que tuvo su

[85] Se ha señalado, para los EE.UU., lo dificultoso que resultaba para los fiscales obtener un veredicto condenatorio del jurado en los casos en que las valoraciones comunitarias no coincidían con las de la autoridad que sometían a pena comportamientos genéricamente valorados mayoritariamente como inocentes: MATHER, *Comments on the history of plea bargaining*, ps. 282 y s.; un ejemplo citado en el artículo: algunas infracciones de la llamada "ley seca".

[86] NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ps. 451 y s. En el mismo sentido, CAVALLERO-HENDLER, *Justicia y participación*, cap. IV, nº 5, ps. 82 y siguientes.

comienzo en la Roma republicana, durante el procedimiento acusatorio (*iudices iurati*; ver § 5, C, 2, *b*, II), y que arribó hasta nosotros a través del Derecho de las colonias inglesas de América del Norte, al independizarse del lazo colonial.

Ese jurado se integra con doce ciudadanos que votan el veredicto por unanimidad y preceden a los jueces profesionales y permanentes en su fallo, acogiendo o rechazando la acusación y utilizando para ello el sistema de *íntima convicción* en la valoración de la prueba[87]. Políticamente, en verdad, la institución significa adoptar un sistema de administración de justicia por el cual los ciudadanos, mediante su fallo (veredicto), deciden, en primer término, sobre la existencia de un comportamiento y su aprobación o desaprobación social, decisión con la cual impiden o permiten a los órganos judiciales burocráticos del Estado (los jueces profesionales y permanentes) el uso del Derecho penal, conforme a la ley y con los límites establecidos por ella, como medio de control social. En este sistema, el Derecho penal, para su realización efectiva, precisa de la autorización que le brinda el veredicto de los jurados, esto es, de la aquiescencia de los ciudadanos que participan accidentalmente en la administración de justicia penal.

Se ha pretendido describir formalmente este sistema, desde el punto de vista jurídico, explicando que los jurados se pronuncian sobre los hechos históricos, sobre la existencia o inexistencia en el mundo real del comportamiento que se imputa al acusado, para lo cual son sometidos, por los jueces profesionales, a un interrogatorio que debe dar respuesta a una o varias preguntas, según las distintas formas de proceder de las variadas leyes procesales que trabajan con el jurado, mientras que los jueces profesionales deciden sobre la aplicación del Derecho penal. La explicación es, a mi juicio, irreal, por una parte, y, por la otra, mezquina. Una separación estricta entre hechos y Derecho en la decisión judicial es imposible. Se parte siempre de preconceptos normativos que indican, al menos, cuáles son los elementos de la realidad que interesan al Derecho (selectividad histórica). Para calificar una acción como homicidio no interesa, por ejemplo, el color de la piel del agente o de la víctima, el mayor o menor tamaño del arma empleada, incluso la falta de utilización de un arma. Por lo demás, existen, en los tipos penales, mandatos o prohibiciones, elementos valorativos que no están vinculados a circunstancias fácticas, sino que constituyen elementos normativos de la acción (la cualidad jurídica de una cosa de ser total o parcialmente *ajena*, en el hurto; la *honestidad* de la víctima, en el estupro; la calidad de *administrador* o *custodio de un patrimonio ajeno*, según la ley o un acto jurídico, del autor de administración fraudulenta). La decisión judicial presenta, por ello, una verdadera interacción

[87] La descripción corresponde al sistema federal, pues existen estados confederados con una integración menor al número de doce personas, y otros en los cuales la unanimidad no es necesaria.

múltiple entre hechos y reglas, que, por sucesivas aproximaciones, logra el fallo; depende, así, tanto del conocimiento de los hechos como de las reglas. Técnicos y legos, jueces profesionales y jurados, en más o en menos, utilizan este método para decidir.

La visión que presenta la formalización jurídica sobre el trabajo de un tribunal con jurados es, así, muy parcial y mezquina. En realidad, el jurado es, políticamente, un filtro para la utilización del poder penal por parte del Estado y sus órganos: o bien presta su consentimiento para que el Estado utilice eventualmente ese poder penal, conforme a la ley, cuando afirma la acusación o declara culpable a una persona, o bien rechaza esa posibilidad negando la acusación o declarando inocente al imputado. En ambos casos, la decisión no sólo supone resolver sobre la existencia o inexistencia de ciertos hechos o de un comportamiento humano, sino, también, un juicio de aprobación o desaprobación social del comportamiento juzgado, que, al menos en el caso positivo (inocencia-aprobación), se impone a los órganos técnicos del Estado, quienes no podrán utilizar el poder penal regulado en la ley.

En su paso por el continente europeo, después de la instauración de las repúblicas democráticas y representativas, el tribunal de jurados sufrió varios cambios: no se aceptó la exigencia de la unanimidad para la decisión, fueron establecidas diversas mayorías para el fallo y hasta se crearon tribunales mixtos o combinados, integrados por jueces profesionales o permanentes y jueces accidentales o ciudadanos, quienes colaboran, conjuntamente, para obtener la decisión final. Estos últimos, denominados *tribunales de escabinos* o *jurados escabinados*, terminaron por prevalecer; representan el recurso y el regreso a una antigua institución, desarrollada en el Derecho germano común (ver § 5, B, 2 y 3)[88].

Los *escabinos* representan, en realidad, el primer paso para la oficialización de la labor de juzgar, hacia el autoritarismo judicial y la tecnificación de esa tarea. Ellos permitieron desplazar, con el tiempo, a las asambleas populares como tribunal encargado de administrar justicia. Eran designados por el rey o por su delegado (*rachimburgii*) entre las personas del lugar idóneas para administrar justicia. En un primer momento tenían a su cargo proponer la sentencia (comité de escabinos) a la asamblea, pero luego decidieron directamente.

En el Derecho moderno se los elige por las asambleas de representantes de las comunas, a razón de un número de ellos por cantidad de habitantes, por períodos concretos, entre los ciudadanos del lugar que cuentan con una edad determinada, cuidando que las listas se formen con todos los grupos de población, según edad, sexo, profesión y posición social[89].

[88] CARRARA, *Programa*, t. 2, ps. 159 y ss.; SORIANO, *El nuevo jurado español*, nº 5 y 6, ps. 81 y siguientes.

[89] Cf. GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, ps. 454 y ss., para el ejemplo en la República Federal de Alemania. En España, a partir de la Constitución de 1978 que establece, en el art. 125, que los ciudadanos "podrán participar en la administración de jus-

La Constitución nacional torna exigible alguna forma de participación ciudadana en la tarea de administrar justicia penal, al menos la más moderada que suponen los tribunales integrados por escabinos.

Así lo concibió el Proyecto de 1986 que integraba los tribunales de juicio con jueces permanentes, pertenecientes al aparato burocrático judicial del Estado, y con jurados —escabinos—, ciudadanos que debían colaborar en la función de juzgar. Se propuso un sistema original de integración del tribunal de juicio que aseguraba una mayoría "técnica" y "no burocrática" a la vez, por medio de un con juez letrado que reunía, al mismo tiempo, la condición de no permanente (ciudadano) y la de instruido en Derecho (abogado).

IV. Se ha puesto en duda que la Constitución nacional haya pretendido exigir esta forma de integración de los tribunales de justicia penal en general, es decir, también para las organizaciones judiciales autónomas (provinciales) que ella determina, según nuestro sistema federal.

De hecho, las provincias, en sus constituciones, no han previsto formas similares. Por excepción, han previsto el jurado en la medida en que el Gobierno nacional lo establezca (Córdoba, 134, texto anterior a la última reforma), sin extensión determinada (Entre Ríos, 81, inc. 24, y 147) o para los delitos cometidos por la prensa o por cualquier medio de transmisión del pensamiento (Chubut, 177; Córdoba, 38, texto anterior a la última reforma; San Juan, 6; y Misiones, 12, sólo como facultad). La nueva Constitución de la provincia de Córdoba (1987) prevé, en su art. 162, que "la ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados".

---

ticia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine", se produjo una encendida polémica entre los partidarios del jurado clásico y los del jurado escabinado. Estos últimos han formado una asociación pro-jurado que pugna por una legislación que consagre el jurado escabinado. Acerca de esta polémica, ver: SORIANO, *El nuevo jurado español*, ps. 151 y ss.; DE COCQ-LEDESMA-ALMAGRO-FAIRÉN-GIMENO-LOPEZ MUÑOZ-SERRA, *El jurado*; DAVO ESCHIVA, *El tribunal del jurado. Reflexiones acerca de su desarrollo constitucional*. A propósito de España, desde 1995 fue establecida la institución del jurado, terminando la discusión que ubicaba, esquemáticamente, a los académicos de un lado, partidarios del escabinado, y a los políticos del otro, partidarios del jurado ortodoxo. En mayo de 1995 se sancionó la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado que establece un jurado clásico compuesto por nueve miembros que intervendrá, como se señala en la Exposición de motivos, en "aquellos delitos en los que la acción típica carece de excesiva complejidad o en los que los elementos normativos integrantes son especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función judicial". De este modo, el art. 1 de la ley atribuye al conocimiento y fallo de los jurados los delitos contra la vida humana, el honor, la intimidad y el domicilio, la libertad, el medio ambiente, los delitos de omisión de socorro y los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

D. ¿Única o doble instancia?

En cumplimiento de la regla constitucional, el nuevo CPP de la provincia de Córdoba establece (art. 369): "Si el máximo de la escala penal prevista para el o los delitos contenidos en la acusación fuere de quince años de pena privativa de libertad o superior, el tribunal —a pedido del ministerio público, del querellante o del imputado—, dispondrá su integración con dos jurados en el decreto de citación a juicio". La regla que consagra un jurado escabinado con minoría de jueces accidentales no satisface, en un mínimo, el principio político del que deriva la exigencia del jurado, no sólo por lo excepcional del caso, sino también por la integración en minoría de los jurados al tribunal de juicio. La regla sólo parece cumplir un papel simbólico.

La discusión sobre este extremo no se ha producido en nuestro país, debido a que la misma organización judicial nacional, obligada directa al acatamiento de este mandato, nunca previó la participación ciudadana en los tribunales de justicia penal.

Para la opinión dominante, la regla, referida estrictamente a la organización judicial y a la composición de los tribunales, no obligaría a las autonomías locales. Para arribar a ello, es preciso entender la afirmación de que las provincias nunca transfirieron a la Nación (*poderes reservados*: CN, 121 y cc.) el desarrollo de su organización judicial, que conservaron como propio, bajo la única condición de garantizar la administración de justicia (CN, 5). Para esta opinión, también resulta sintomático que la misma Constitución haya impuesto sólo al Congreso de la Nación el deber de implantar el juicio por jurados (CN, 24 y 75, inc. 12). De tal manera, la integración de los tribunales penales con ciudadanos sería una regla de principio que operaría sólo para la organización judicial del Estado federal (nacional).

Sin embargo, esta opinión es más que discutible. Sobre la base de que ella constituye una regla de garantía (CN, 24), se puede afirmar que las organizaciones judiciales de las provincias deben respetarla, pues, en caso contrario, no garantizarían la correcta administración de justicia penal, en el sentido constitucional (CN, 5).

Además, con fundamento en esa última circunstancia y en el texto expreso del art. 75, inc. 12, CN, que dispone que la ley que establece el juicio por jurados es una de las "leyes generales para toda la Nación" (las otras: bancarrotas, naturalización y ciudadanía, falsificación de moneda y documentos públicos del Estado), se afirma que se trata de un poder (legislativo) expresamente delegado por las provincias en el Gobierno federal (competencia legislativa nacional para todo el país), que, por ello, no está incluido dentro de las facultades con-

servadas por las provincias (CN, 121)[90]. Si esa determinacion es correcta, según creo, gran parte de la problemática que plantea el proceso penal es de competencia legislativa del Congreso de la Nación, pues la organización del jurado de enjuiciamiento no se comprende sin alusión a un tipo determinado de sistema procesal (§ 6, F). Adviértase que el mismo texto constitucional expresa: "... *las leyes generales para toda la Nación... que requiera el establecimiento del juicio por jurados*". La cláusula expresa algo más que una ley de organización, determinante de la integración del jurado; se extiende a la integración básica de los tribunales y a aspectos políticos cruciales de la forma del juicio, por más que los tribunales y su administración siempre serían provinciales, salvo el caso específico de la competencia federal (CN, 116 y 117). Quizá por esta vía sea posible la ansiada unificación legislativa de los sistemas procesales penales vigentes, al amparo de una ley (nacional) marco que regule el *juicio por jurados*.

V. Es correcto afirmar que la cláusula no se reduce a imponer una forma determinada de integrar los tribunales que administran justicia penal, sino que implica toda una definición acerca del sistema de enjuiciamiento penal que prevé nuestra Constitución, adaptado a su génesis política (ver § 6, F). En tal sentido, la voz *juicio por jurados* determina, de manera clara, que los elementos que deciden la sentencia penal deben provenir de un debate público y oral, frente a los jueces que dictarán la sentencia, con la participación y presencia ininterrumpida del acusador y del acusado (también: su defensor). La cláusula, aun interpretada gramaticalmente, es evidente que contiene más elementos que la mera composición del tribunal. Desde el punto de vista histórico-cultural, ninguna duda puede caber sobre ello.

D. ¿ÚNICA O DOBLE INSTANCIA?

I. Algunas constituciones políticas actuales han tomado partido por la decisión de este dilema[91]. Cuando lo han hecho, han confundido los problemas involucrados en esta pregunta, y, por ende, no han sido claras. Generalmente, ellas pretenden resolver el dilema en el capítulo destinado a la organización del poder judicial y, por ello, contienen reglas acerca de la existencia de tribunales de segunda instancia, sobre su composición, sobre los requisitos de idoneidad exigidos a los jueces que integran estos tribunales y sobre la designación de es-

[90] Cf. Sagüés, *El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución nacional*, V, p. 908.

[91] Por ej., Constitución de Guatemala, 211, 217 y 218, Constitución de El Salvador, 172, 175, 177, 178, 184 y 187.

tos jueces que, en ocasiones, difiere de la forma de nombramiento prevista para los jueces de tribunales de primera instancia.

Como anticipé, estas constituciones, a mi juicio, han confundido el problema. Detrás de esta pregunta existen dos problemas, íntimamente unidos, pero que permiten distinguir dos ángulos de observación diferentes. El primer punto de vista se vincula con una ampliación del número de garantías procesales que ampara a la persona perseguida —en nuestro caso, penalmente—, antes bien, al condenado a sufrir una pena o una medida de seguridad y corrección. En este sentido, las convenciones internacionales sobre derechos humanos[92] concedieron al condenado un recurso contra la sentencia condenatoria y ampliaron, de esa manera, el catálogo histórico de garantías procesales referidas a la persona perseguida penalmente. Se trata, básicamente, como lo hemos explicado, de la facultad que la ley procesal debe conceder para tornar posible que la condena sea regida, cuando lo exige el imputado, por el principio de la "*doble conforme*". Desde un punto de vista general, en cambio, se trata de una decisión política —en el caso que referimos, del legislador constitucional— acerca de las mejores posibilidades de una buena administración de justicia, que ya no mira, fundamentalmente, al interés de los justiciables, sino que se refiere a la organización del Estado, de su labor judicial, para obtener decisiones más confiables y que debe procurar, sin duda, armonizar esta decisión con las características básicas del procedimiento judicial que la misma Constitución impone. La decisión político-constitucional así obtenida pretende imponerse o dar señales vinculantes para la organización de los tribunales de justicia por el legislador común.

No siempre ambos puntos de vista, debido a la confusión reinante, son compatibles. Obsérvese que las constituciones que han planeado tribunales de segunda instancia, parecen haberlos establecido no sólo para que el condenado pueda recurrir la sentencia que le impone una pena o medida de seguridad y corrección, sino, además, para que el mismo Estado pueda recurrir la sentencia contraria, que le impide someter al imputado a una pena o se lo impide en el grado y calidad que el Estado persecutor cree merecer; en este segundo caso, incluso, el problema se transforma en grave, pues, obtenida por el fiscal una sentencia condenatoria sólo en la última instancia, la inexistencia de recurso —e incluso de un tribunal superior— condiciona la vigencia del principio de la *doble conforme*: no existiría recurso del condenado contra la sentencia que, aun dictada por un tribunal de máximo grado en la organización judicial, representa la primera condena o la condena de primera instancia o, si se quiere, la primera instancia en la cual se lo condena. Por lo demás, casi todas estas constituciones no han valorado la exigencia del juicio público y oral, con sus reglas particulares, modelo que imponen para garantía del imputado, y la compatibilidad que ese sistema de procedimiento ofrece a la existencia de una segunda instancia.

Nuestra Corte Suprema, antes de la vigencia interna —hoy constitucional (CN, 75, inc. 22)— de las diversas convenciones sobre derechos humanos había expresado siempre que "la doble instancia judi-

[92] CADH, 8, nº 2, *h*, y PIDCyP, 14, nº 5; ver al respecto § 6, H.

cial no reconoce base constitucional" o que "la multiplicidad de instancias judiciales no constituye resquisito de naturaleza constitucional"[93]. Estimo que la decisión es aún hoy correcta, con la única excepción de la necesidad de garantizar al condenado la posibilidad de acceder a un nuevo juicio que confirme, revoque o modifique esa primera condena.

En verdad, la discusión histórica, en nuestro país, no pasó por la necesidad de conceder un recurso contra la sentencia, esto es, no versó sobre la disposición citada de las convenciones sobre derechos humanos, desconocidas por entonces. Salvo excepciones, siempre procedió un recurso contra la sentencia obtenida después de transcurridos todos los pasos de un proceso de conocimiento, aun en los códigos modernos, caracterizados por la única instancia sobre el mérito de la prueba y la fijación de los hechos: el de casación o, al menos, el llamado recurso extraordinario ante la Corte Suprema, previsto como reglamentación de la supremacía constitucional (CN, 31; ley nº 48, 14). El debate histórico se centró, entonces, en el par conceptual contrapuesto *única* o *doble instancia* de mérito: esto es, versó sobre la necesidad y ventajas de establecer el recurso de apelación contra la sentencia de mérito, recurso amplio cuya procedencia no se limita a la queja sobre la observancia o aplicación de reglas jurídicas por el tribunal que juzga en primera instancia, sino que comprende la impugnación sobre el mérito de la prueba por ese tribunal y la fijación de los hechos; o bien sobre la posibilidad de prescindir de ese recurso, sus desventajas —especialmente las que trae aparejadas para un tipo especial de enjuiciamiento cuyo centro es el debate oral y público—, el modo de prescindir de él y las ventajas correlativas del nuevo procedimiento en "única instancia" de mérito, que admite sólo un recurso limitado a motivos de índole jurídica, la casación (material, cuando la queja versa sobre la actuación del Derecho penal sustantivo; formal, cuando versa sobre la observancia de las reglas procesales penales que rigen el debate y la sentencia, para asegurar un juicio y fallo legítimos)[94].

[93] *Fallos CSN*: t. 101, p. 393; t. 127, p. 167; t. 137, p. 397; t. 138, p. 75; t. 162, p. 363; t. 230, p. 166; t. 247, p. 646; t. 251, p. 274; t. 253, ps. 15 y 469; t. 256, ps. 39 y 440; t. 260, p. 51, y fallos citados en ellos; recientemente causa B.434, "Beck", del 2/7/1987. Otros fallos modernos en FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 1, ps. 17 y siguientes.

[94] Sobre el debate político en nuestro país, cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 233 y ss.; en un país extranjero, Costa Rica, precisamente a raíz de la *Convención americana sobre derechos humanos*, cf. CASTILLO GONZÁLEZ, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, ps. 31 y siguientes.

Uno de los argumentos prácticos más firmes a favor de la prescindibilidad del recurso de apelación reside en el juzgamiento en primera instancia por un tribunal colegiado, al menos integrado por tres jueces, con lo cual, para la inteligencia tradicional de nuestro recurso de apelación, lo único que ha sucedido es el adelanto de la composición múltiple de nuestros tribunales de apelación habituales, al juzgamiento en única instancia: cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 236.

D. ¿Única o doble instancia?

Según se observa, la literatura jurídica y las decisiones judiciales históricas en nuestro país sólo pretenden resolver un problema político general para la administración de justicia en cuya decisión todavía no ingresa la cláusula de garantía que para el condenado representa la necesidad de facultarlo a impugnar la sentencia condenatoria.

Cuando las convenciones sobre derechos humanos pasaron a formar parte de la legislación interna (ratificación de los tratados) nuestra Corte Suprema se vio obligada a realizar una segunda precisión. Lo hizo el 15/3/1988 en el caso "Jáuregui, Luciano Adolfo"[95]: ratificó primero que "la doble instancia judicial no constituye, por sí misma, requisito de naturaleza constitucional" y aclaró después que la garantía prevista por la *Convención americana sobre derechos humanos* (8, nº 2, *h*), en ese entonces aprobada por la ley nº 23.054 y ratificada por el poder ejecutivo nacional, que establece el derecho del inculpado a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, "se halla satisfecho por la existencia del recurso extraordinario ante esta Corte".

Hoy el problema avanza, todavía, un paso más: las convenciones a las que nos referimos han sido incorporadas a la Constitución nacional, según la reforma de 1994 (CN, 75, inc. 22). De la manera cómo se resuelva el punto, en doctrina, en la jurisprudencia y eventualmente, en las próximas leyes de procedimiento, depende gran parte del desarrollo futuro de nuestro procedimiento penal. La cuestión, a mi juicio, no se presenta, para el Derecho argentino, demasiado complicada: si se parte de la base de que la Constitución deja en libertad al legislador común para decidir el problema político general de la existencia de una sola instancia o de la necesidad de una segunda instancia, porque la Constitución nada establece al respecto, el problema real consiste en establecer, cuando aparezca el primer fallo condenatorio, una *posibilidad cierta* para que el imputado lo impugne ante un tribunal imparcial y superior, que pueda reexaminar el caso con amplitud suficiente[96].

II. Si resulta claro, entonces, que la Constitución argentina nada decide sobre la organización judicial en una, dos, o más instancias de mérito, y la misma claridad se obtiene acerca de que las convenciones internacionales tampoco han decidido este punto político general, sino que sólo han establecido una garantía para el condenado —que no

[95] *Fallos CSN*, t. 311, p. 274.

[96] Este aspecto del problema es, precisamente, el que ha sido adelantado en el § 6, II.

alcanza a otros sujetos del procedimiento—, toda la discusión acerca del dilema que plantea el título de este punto se traslada de plano: desde aquél de la necesidad jurídica impuesta por una regla de principio pasa al de la conveniencia política. De otra manera: supuesto que se ha resuelto el problema de que el condenado esté facultado a recurrir el fallo ante un tribunal imparcial y superior (según lo hemos postulado en el § 6, H), la admisión o rechazo de la única instancia sobre el mérito de la prueba o, dicho de otra manera, la única instancia sobre la fijación de los hechos, es un problema político, a resolver por el legislador común. Desde este punto de vista, aquello que dircmos en adelante no se vincula al objeto de estudio de este § 7 y se puede caracterizar en él como *obiter dictum*, pero resulta importante para decidir un aspecto fundamental del procedimiento penal.

La cuestión no es pacífica en la doctrina, si por pacífica se entiende la ausencia total de discusión sobre el punto, de modo tal que la decisión, en uno u otro sentido, haya alcanzado la jerarquía de un postulado cultural, más que científico, dentro del sistema de enjuiciamiento penal.

Para abordar sintéticamente la discusión conviene, en primer lugar, formular algunas advertencias. Vigente la Inquisición, los recursos contra la sentencia, particularmente el de apelación, eran naturales para el sistema y, por ende, la discusión inexistente. El procedimiento por actas (escrito), la posibilidad de que cualquier juez falle —no sólo aquél que presenciaba el debate y la incorporación de la prueba— con fundamento en esas actas, de modo que el tribunal *a quo* y el tribunal *ad quem* decidían sobre un mismo objeto de estudio[97], la organización judicial burocrática y vertical, eran todos instrumentos de base que posibilitaban la recurribilidad amplia de las decisiones judiciales, otra de las bases del sistema[98].

El problema varía y la solución cambia de polo con el advenimiento de las nuevas repúblicas o democracias, en la era moderna, y con su sistema de enjuiciamiento público y oral, más aún cuando la administración de justicia penal se pone a cargo de tribunales integrados por ciudadanos (juicio por jurados). Se sostiene ahora la incompatibilidad del recurso de apelación con el sistema de enjuiciamiento[99], sin perjuicio de admitir la casación como control jurídico del fallo.

[97] Cf. FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 5, I, p. 43, quien denomina a esta situación *par conditio* del juez *a quo* y del *ad quem*, por remisión a Francesco CARNELUTTI.

[98] Así sucede en el CPCrim. nacional (1889), residualmente vigente, en cuyo sistema la discusión está resuelta de antemano y no vale la pena plantearlo tan siquiera *de lege ferenda*.

[99] CASTILLO GONZÁLEZ, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, cita a GOLDSCHMIDT, *Die Berufung in Strafsachen*, p. 3; y BINDING, *Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts*, 4ª ed. De este último traduce, con referencia al problema

Como este sistema de enjuiciamiento y de organización judicial es el que se corresponde con nuestro orden jurídico básico y con nuestra organización nacional, resulta absolutamente necesario partir de él para abordar la discusión. Por lo demás, ningún otro punto de partida ofrece base suficiente para el debate de la cuestión, menos aún desde el punto de vista del estado actual de la ciencia jurídica universal.

La incompatibilidad deriva, básicamente, del principio que rige esa forma de enjuiciamiento, según el cual los jueces que dictan la sentencia deben ser los mismos que presenciaron el debate, es decir, los mismos jueces que incorporaron los elementos de prueba en los cuales fundarán la decisión (*identidad física del juzgador*). Al despreciarse los registros sobre el contenido de los medios de prueba que son incorporados al debate, como fundamento de la sentencia (aunque esos registros no estén prohibidos), según sucede en el procedimiento por actas, la audiencia del debate se debería repetir, ante otros jueces, en caso de aceptarse la apelación; en ese caso, precisamente, no se trataría de un control sobre el resultado de la primera audiencia —o sobre la valoración de la prueba incorporada en ella—, sino, antes bien, de un nuevo debate y una nueva sentencia, por ende, también de otra primera y única instancia, como lo afirma BINDING. De allí en más es preciso advertir que el nuevo debate y su resultado, la sentencia, pueden ser distintos, sin representar una crítica a la labor cumplida con anterioridad: el defecto de un medio de prueba en el nuevo debate (por ejemplo, un testigo del anterior debate muerto o ausente; un testigo que no recuerda la información que transmite con la misma precisión del anterior debate) provocará, posiblemente, un resultado distinto a aquél de la primera sentencia, sin demostrar un error en la decisión anterior.

Con punto de partida en el juicio público y oral, como base del enjuiciamiento penal se argumenta, desde el punto de vista puramente político utilitario, que el segundo debate, en el mejor de los casos, no superará en riqueza al primero, pues se encontrará, temporalmente, más apartado del hecho a juzgar. Ello presenta desventajas considerables (menor imagen real de los órganos de prueba que producen la

que tratamos y a la posibilidad de corregir los errores de primera instancia en la valoración probatoria: "Un tal error es inevitable e incorregible en un proceso oral, porque, a consecuencia de los principios de inmediación de la prueba y de libre convencimiento del juez, no puede ser probado. Esto vale sobre todo en aquellos medios de prueba que consisten en declaraciones, pero parcialmente en las inspecciones judiciales. Permitir que un juez o tribunal superior revise (en apelación) la sentencia con base en las actas, *sería hacer prevalecer el juez peor informado sobre el mejor informado*. Una reproducción de toda la evacuación de pruebas, ocurrida en primera instancia ante el juez o tribunal superior, sin modificaciones es imposible. Pero permitir una nueva fase probatoria ante el juez o tribunal superior, *significa la creación de otra primera instancia, pero no la creación de una verdadera segunda instancia*. Por ello no debe encontrar lugar alguno en el proceso ni la apelación ni ningún otro medio impugnativo que pretenda controlar la determinación de los hechos, realizada por el juez" (destacado nuestro). En nuestra literatura procesal, Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª parte, cap. II, 3, ps. 233 y siguientes.

información, pérdida de elementos probatorios por la demora), imposibles de superar en gran número de casos. En el mismo sentido, se expresa que un nuevo debate, sin ventajas apreciables en relación al primero, y, al contrario, con la probabilidad de desventajas, representa un ataque notable contra la economía procesal, en especial, contra la lucha por abreviar temporalmente los procedimientos judiciales, y una carga demasiado pesada para los órganos de prueba que deban comparecer nuevamente en él para informar (aspecto que puede provocar un apartamiento general del deber —fundado en la solidaridad— que todo habitante tiene de concurrir a esclarecer la verdad en los procesos judiciales). Es claro, también, que la aceptación del recurso de apelación contra la sentencia torna sumamente compleja la organización y gestión judicial, más aún si se piensa en el juicio por jurados o en cualquier forma de participación de los ciudadanos en los tribunales de justicia.

La tesis favorable al recurso de apelación, siempre en el marco del sistema de enjuiciamiento que nos interesa, no consigue contestar firmemente estas objeciones; a lo sumo, demuestra que la incompatibilidad no es sistemática, esto es, que no representa un obstáculo absoluto, imposible de superar lógicamente dentro del sistema, sino que constituye tan sólo un cuerpo extraño, que el sistema rechaza de modo más leve, por razones políticas prácticas. Para abogar por la apelación, de manera afirmativa, se acude a los argumentos siguientes: la necesidad de evitar errores judiciales y el sentimiento jurídico del hombre común, para quien la existencia de este recurso amplio es sinónimo de aquella necesidad y, en definitiva, garantía de una administración de justicia correcta[100]. El primer argumento[101] ha sido contestado suficientemente por las razones que exponen quienes rechazan la posibilidad del recurso: él no constituye un control sobre el

[100] Castillo González, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, ps. 39 y siguientes.

[101] Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. VI, p. 757, uno de cuyos pasajes alusivos está traducido en el trabajo de Castillo González, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, p. 41; conviene tenerlo en cuenta para la discusión posterior: "... es una poderosa garantía de buena justicia. Es cierto que los jueces de segunda instancia pueden equivocarse tanto como los de primera instancia, pero también es cierto que ellos tienen menos posibilidad de extraviarse, puesto que todos los elementos del primer debate son controlados en el segundo, que todas las críticas se escuchan ante ellos y que se encuentran al mismo tiempo en presencia de la sentencia de los primeros jueces y de todos los motivos que se le oponen".

acierto del juicio pronunciado, conforme al debate ya sucedido, sino que implica un nuevo juicio, resultado de un nuevo debate, ambos de primera instancia (renovada): si excluimos el prejuicio de pensar en una integración distinta del tribunal de apelación (número de jueces) o en la mayor idoneidad de quienes lo integran, su decisión no puede representar una crítica del primer fallo ni aun en la apelación parcial, puesto que se fundará en un debate y en una información distinta; se dictará, en verdad, un nuevo fallo, resultante de su propio debate, que, en el mejor de los casos, tendrá las mismas posibilidades de acierto o de desacierto que el primer fallo y, muy probablemente, mayores posibilidades de desacierto, por la distancia temporal superior respecto del hecho a juzgar (pérdida de elementos probatorios).

Es difícil eludir la tentación de pensar, al hablar de apelación, en un tribunal superior, jerárquicamente, a aquel que dictó la primera sentencia, compuesto por un número mayor de jueces que valoran el debate y dictan el fallo, y, supuestamente, más idóneos para la tarea de juzgar. Sin embargo, se trata, en principio, sólo de un prejuicio: existe la posibilidad de una *apelación horizontal*, que corresponde al mismo tribunal que dictó la sentencia recurrida, integrado por un número idéntico de jueces, aunque varíen las personas físicas que lo componen (por ej., si dictaron sentencia tres jueces del tribunal y otros tres, del mismo tribunal, intervienen en el recurso), postulación que intenta corregir la dificultad orgánica del recurso; la mayor idoneidad de unos jueces respecto de otros es siempre muy discutible y valorable sólo en el caso concreto, con conocimiento del caso, de la identidad de los jueces y de sus antecedentes.

Si se piensa, en efecto, en una integración más amplia del tribunal de apelación, con mayor número de miembros —lo cual, de hecho, nos coloca casi siempre en el caso de una *apelación vertical*, al menos por su sentido—, comienza a plantearse la pregunta acerca de si no convendría, por las dificultades prácticas que la apelación introduce en el procedimiento y en la organización judicial, suprimir la llamada primera instancia, con su tribunal, y prever, como única instancia sobre los hechos, la establecida para la segunda instancia (procedimiento, integración del tribunal, etc.). Esto es lo que los códigos modernos argentinos han resuelto, por regla general, al establecer los tribunales colegiados de única instancia[102].

Todavía se puede pensar, para que la apelación funcione a la manera de un control sobre la sentencia de primera instancia, en realizar una única audiencia de debate, presenciada, al mismo tiempo, por los integrantes del tribunal de primera instancia y los integrantes del tribunal de segunda instancia. La objeción se-

[102] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 236, quien cita graciosamente a MEYER (*Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires*, V, p. 164), "si los jueces de grado valen más que los de primera instancia que juzguen ellos directamente las causas, y no se ofenda a la justicia poniéndola primero, y casi por vía de experimento, en poder de hombres ineptos".

ría, en principio, similar a la expuesta inmediatamente antes. Pero a ella se le agrega otra: los jueces de segunda instancia no fallarían inmediatamente después del debate oral y público, con lo cual, además de los defectos de memoria y retención de datos, podrían ser influenciados por elementos externos al debate, aspecto que, precisamente, quiere evitar el deber de deliberar y sentenciar inmediatamente después del debate, forma esencial para el juicio oral y público. Se arriesga, también, la influencia en grado extremo de la rutina burocrática inmanente a los órganos de justicia penal, según la cual, con el tiempo, es posible que, salvo casos extremos, el juez que debe fallar en primer término se convierta en un relator, único que presta toda la atención posible durante el debate y cuya decisión es, por ello, la que domina la opinión del tribunal (algo similar vivimos nosotros con el sistema de integraciones fijas de los tribunales de juicio).

La afirmación de que el sentimiento jurídico popular exige el recurso de apelación, como garantía de buena justicia, merece una comprobación empírica y no se satisface como mera afirmación especulativa o sólo fundada en la experiencia personal. Sin embargo, la verificación objetiva del dato no es tan sencilla como, en principio, parece. Ella no depende de una simple pregunta abstracta sobre la preferencia del encuestado, sino, antes bien, de la comprensión por parte de él de los fenómenos procesales en juego y de la información correcta que se le brinde acerca de aquello que se propone, concretamente, como alternativa. Por ejemplo, se le debe decir que la alternativa reside en aceptar un juez unipersonal de primera instancia con apelación ante un tribunal integrado por tres jueces, o la única instancia sobre los hechos ante un colegio sentenciador integrado por cinco jueces, con casación posterior; o expresar que la alternativa consiste, más allá, en decidir acerca del primer modelo, con jueces profesionales y permanentes, o del segundo modelo, con jurados[103].

No obstante lo dicho, parece razonable admitir que la crítica al racionalismo extremo, que gobierna la tesis contraria a la admisión de una segunda instancia sobre la determinación fáctica, muestra una desconfianza natural hacia el primer fallo. Esa desconfianza, en verdad, proviene de colocarse, fundamentalmente, en el papel de imputado —o quizás, de una parte civil— y pensar, desde allí, como un buen liberal, atemorizado por los actos de autoridad (la sentencia), siempre expuestos a errores o arbitrariedades. Empero, la misma desconfianza, aun justificada desde ese punto de vista, es irracional, porque una situación idéntica se presenta ante el fallo de "segunda ins-

[103] En el estado de Massachusetts (EE.UU.), en casos de delitos leves, juzga primero un tribunal técnico unipersonal y, si el imputado resulta condenado —y sólo por recurso del condenado— es llevado nuevamente a juicio, esta vez frente a un jurado: en ese caso, se renueva el debate íntegramente. El fallo citado aclara que no se viola el principio *ne bis in idem* porque el segundo juicio se realiza *exclusivamente* por pedido del imputado. Si el imputado resulta absuelto en el primer juicio, ante el tribunal técnico, el fiscal no está facultado para provocar el juicio ante el jurado. Cf. Ludwig v. Massachusetts (1976), U.S. vol. 427, ps. 618 y siguientes.

tancia" que justificaría el mismo temor y dudas similares. Lo difícil es reconocer y admitir, conociendo la falibilidad de las decisiones judiciales, que exista un fallo de "última instancia" y, por tanto, firme: él se debe, sin duda, al funcionamiento práctico del orden jurídico, que exige, en definitiva, una decisión de autoridad, indiscutible[104].

Existe, empero, un caso límite, que coloca el sistema de la "instancia fáctica única" en extrema tensión. Se trata de la autorización para que el tribunal del debate y del fallo esté representado por un solo juez, es decir, integrado unipersonalmente. Ejemplos universales demuestran que el caso resulta, en ocasiones, intolerable y, por ello, se admite para él la apelación ante un tribunal superior, integrado colegiadamente, aun a riesgo de subvertir el sistema, incluso desde su propia racionalidad interna, ya que los casos más graves, que juzgan colegios sentenciadores con un número de jueces elevado, no admiten el recurso de apelación, sino, tan sólo, el de casación, mientras que los más leves, juzgados por un tribunal unipersonal —o por un colegio sentenciador mínimo, de rango bajo—, permiten la apelación[105]. Ello demuestra que el verdadero problema no reside en la existencia o inexistencia del recurso de apelación, v. gr., en la puja "única instancia fáctica" *vs.* "más instancias", sino, antes bien, en la integración plural del tribunal (¡cuántos más miembros, menor posibilidad de error!) y en la idoneidad de quienes lo integran.

Se podría pensar, de admitir el tribunal unipersonal, en una suerte de *apelación horizontal* y en un debate único para ambas "instancias". La solución consistiría, básicamente, en prever que tres jueces —o más— presencien el debate, de los cuales uno solo dicte la sentencia después de él; en caso de disconformidad total o parcial con esa solución (recurso de apelación), los jueces restantes integrándose con el que propuso la primera solución o separadamente, decidirían sobre los agravios: en el caso de tres jueces, bastaría que uno de ellos apoye la solución para obtener mayoría, o que los dos la rechacen para arribar al resultado contrario[106]. Sobre los problemas de detalle que plantea esta alternativa y sobre el pro-

[104] Sobre esta circunstancia, cf. § 1, B, 2, *d*; cf. HART, *El concepto de Derecho*, VII, 3, ps. 176 y siguientes.

[105] Cf. PETERS, *Strafprozeß*, § 74, I, ps. 571 y s.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 52, B, p. 373.

[106] Este sistema es conocido entre nosotros, aunque para problemas de menor importancia que aquellos que presenta la sentencia: durante el juicio, las decisiones del presidente son reponibles ante el tribunal, cuando él se integra en forma colegiada (CPP Nación, 440; CPP Córdoba, 451; CPP Tucumán, 451; CPP Costa Rica, 454; en combinación con las reglas que autorizan al presidente, durante la preparación del debate, y durante el debate, a decidir la mayoría de las cuestiones que ocurren en el procedimiento).

cedimiento sencillo que debe presidir la queja, habría que profundizar la búsqueda de soluciones. Con este sistema se consigue que el recurso de apelación represente, verdaderamente, un control sobre la solución fáctica del primer fallo, pues se funda en el mismo soporte material, la audiencia única del debate, que todos los jueces presenciaron.

Incluso, la proposición admite el ingreso de jueces accidentales, letrados o legos. El juez del primer fallo debería ser el juez profesional y permanente, y sus acompañantes representarían la aprobación o desaprobación de la decisión por jueces honorarios, que no pertenecen al aparato burocrático del Estado.

Claro es que, arribados a este punto, se preguntará renovadamente: ¿Por qué no fallan todos de una vez y en "única instancia"? Y, si se integrara el tribunal con jueces permanentes y profesionales, se renovaría la crítica fundada en el corporativismo judicial y en la rutina burocrática, aunque esta crítica, entre nosotros, que aceptamos integraciones fijas, carezca en gran medida de sentido o, mejor dicho, se extiende también a los tribunales colegiados.

III. Quizá se entienda la escasa claridad actual de este tema, si se repara en las soluciones que hoy son propuestas: unos pretenden cierta ampliación de la casación, que implica un ingreso limitado a los hechos; otros abogan por admitir una apelación muy limitada, prácticamente, por anticipar la revisión (caso de prueba omitida, nueva prueba que no ingresó al debate o elemento de prueba falsamente percibido por el tribunal de debate conforme a la sentencia)[107]. Las soluciones, aunque no son idénticas, representan, políticamente, lo mismo: reconocimiento de la incompatibilidad de la apelación para el sistema de juicio oral y público o de sus desventajas para él, y dudas acerca de la garantía que representa el juicio en única instancia de mérito para una administración de justicia correcta, por el excesivo rigor formal de la casación, único recurso previsto en este caso.

Como consecuencia de mi nueva orientación acerca de lo que significa el recurso contra la sentencia en un sistema judicial dependiente del Estado de Derecho —que excluya su comprensión conforme a su origen inquisitivo—, fundamentalmente una garantía para el condenado que involucra la necesidad de la conformidad de dos tribunales para que él sufra una pena, opino que:

a) El recurso de casación, con modificaciones relativas a la posibilidad de incorporar prueba en casación (prueba omitida, nueva prue-

[107] Ambas soluciones, una propuesta (apelación limitada) y otra expuesta (casación ampliada), en CASTILLO GONZÁLEZ, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, III, ps. 42 y siguientes. La segunda de estas soluciones, con límites, propuesta por FERRANTE, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, § 5, III, C, ps. 52 y siguiente.

ba que no ingresó al debate o elemento de prueba falsamente percibido por el tribunal de debate conforme a la sentencia), es idóneo para controlar errores graves en la aplicación del poder penal del Estado y, como consecuencia, para responder a la exigencia de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, provocar un nuevo juicio en caso de verificarse los errores probados (§ 6, H).

b) Tal recurso, por supuesto, no soporta los límites que hoy impone, en algunos códigos, el Derecho positivo para el recurso del imputado o su defensor, fundados en la escasa entidad de la pena o del agravio.

c) No debería ser concedido este recurso al acusador sobre la cuestión penal. Él agota sus posibilidades de pretender una condena con el debate en única instancia, mecanismo que, por otra parte, acepta un concepto estricto acerca del *ne bis in idem* (§ 6, E, 4).

E. ORGANIZACIÓN JUDICIAL FEDERATIVA

I. La Constitución de la Nación Argentina (CN, 5, 75, inc. 12, 116, 117, 121 y 122) organizó su administración de justicia con dos órdenes de jurisdicciones[108]: la que ejercen los tribunales de la Nación (o federales) y la que ejercen los tribunales provinciales (o locales), aquéllos por excepción, en los casos previstos específicamente por la misma Constitución como de competencia federal (CN, 116), y éstos regularmente, por imperio de la cláusula general que reserva a las provincias todos los poderes no delegados por ellas en el Gobierno Federal (CN, 121). Por esta razón, coexisten en el país tantas organizaciones judiciales autónomas como provincias y una más, la organización judicial de la Nación o federal, para hacer frente a los casos de competencia federal. Es por ello, también, que la doctrina dominante sostiene que la competencia legislativa para dictar las leyes procesales, tanto las referidas al procedimiento, como las propias de la organización judicial, reside, en principio, en cada uno de los parlamentos provinciales, y en el Congreso de la Nación, sólo cuando organiza la justicia federal y regula los actos a cumplir ante ella y por sus órganos, para reclamar y administrar justicia. Tal distribución de competencias responde a nuestra concepción del Estado y de su sistema federal de gobierno, y, tal como está establecido, es general, pues abarca todas las materias del orden jurídico; también, por lo tanto, la administración de justicia penal.

[108] Cf. González, *Manual*, nº 599, p. 587.

No parece discutible que el modelo de organización judicial de los Estados Unidos de América y su Constitución de 1787, a través del doctor Juan Bautista ALBERDI[109], influyó decisivamente sobre nuestra organización, a pesar de que la erudición de ALBERDI le permitió citar, en aval de su tesis, otras constituciones federales, que sólo de manera general constituían ejemplos de *federaciones no puras*, como él las llamaba, presididas por la idea de una sola Nación; en particular, en materia de organización judicial, ellas no representaban nuestro modelo.

Conforme a ello, cada provincia instituye —sin intervención del gobierno federal— su propia administración de justicia (CN, 5 y 122), una de las condiciones fundamentales bajo las cuales el gobierno federal le garantiza el goce y ejercicio de su autonomía (CN, 5), bajo pena de ser intervenida por el gobierno federal cuando no asegure el servicio de justicia (CN, 6); ello significa, también, que cada provincia es competente para dictar las leyes de organización judicial, que instituyen los tribunales y demás órganos oficiales a los que les toca intervenir en la administración de justicia penal —la policía, el ministerio público, el servicio oficial de defensa—, y establece su competencia e integración, y para dictar las leyes que determinan el procedimiento a seguir ante y por esos órganos (CN, 75, inc. 12, y 121); la única limitación de esos poderes proviene de la propia Constitución nacional, pues esas leyes deben respetar el sistema representativo republicano, de acuerdo con sus principios, declaraciones y garantías (CN, 5). Dentro del territorio de cada provincia, la regla es la competencia de los órganos locales —o provinciales— de administración de justicia, pues, por carácter transitivo, se afirma, con razón (CN, 75, inc. 12, y 121), que la competencia de la justicia nacional o federal es excepcional[110].

La Nación —esto es, el gobierno o el Estado federal— también ha debido instituir su propia organización judicial, para dar respuesta a la administración de justicia en los territorios que le pertenecen o sobre los cuales ejerce absoluta potestad de gobierno, legislación y jurisdicción (Capital de la Nación y territorios nacionales), incluso dentro del territorio de las provincias (CN, 75, inc. 30), o en aquellos casos en los cuales la propia Constitución nacional le concede competencia

[109] ALBERDI, *Bases y puntos de partida*, cap. I, nº 19 y ss., ps. 102 y ss.; ver en especial, ps. 114, 116, 117, 119, 132 y ss.; cf. también, ALSINA, *La justicia federal*, nº 2, 3, 5, 6 y 7, ps. 22 y s.; D'ÁLBORA, *La justicia federal*, nº 3, p. 21.

[110] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, nº 119, ps. 159 y ss.; ALSINA, *Tratado*, cap. II, nº 2, ps. 31 y ss.; D'ÁLBORA, *La justicia federal*, nº 5, *b*, ps. 36 y siguiente.

(CN, 116). Y, como consecuencia, el Congreso, como poder legislativo del gobierno federal, es el órgano competente para dictar la ley que instituye y organiza los órganos públicos intervinientes en la administración de justicia penal (tribunales, ministerio público, policía, servicio oficial de defensa) y la ley de procedimientos penales (CN, 75, incs. 20 y 30), en el ámbito federal. En el territorio de las provincias, la competencia de los tribunales federales y de los demás órganos públicos que intervienen en el procedimiento penal es excepcional; en el territorio de la Capital de la República o en los territorios nacionales sucede lo contrario, a raíz de su competencia territorial plena.

La competencia federal ha sido caracterizada como *excepcional, expresa* y *limitativa*, o *restrictiva, privativa* e *inalterable*[111]. En verdad, todos esos caracteres designan sólo dos cualidades y rigen con ciertos condicionamientos: la intervención *excepcional* de los órganos de administración de justicia federales frente a la competencia de la organización de justicia local, en el territorio de las provincias, que constituye la regla; la *improrrogabilidad* de la competencia federal y provincial, que sólo constituye un aspecto parcial del mismo carácter que ostenta toda la competencia penal —esto es, la imposibilidad de fijar convencionalmente la competencia penal—, que, en Derecho privado, tiene su límite en la autonomía de voluntad de las partes, que rige los negocios privados.

Ciertamente, esta distribución de la competencia penal, con dos organizaciones judiciales competentes, según los casos, en territorio provincial, es compleja y difícil de instrumentar. Supone, como se observa, múltiples organizaciones judiciales cerradas, si se deja a salvo el poder de revisión extraordinario de la Corte Suprema nacional sobre la sentencia definitiva de los tribunales superiores, tanto en el ámbito provincial, como en el federal, emanado de la supremacía de la Constitución nacional (CN, 31) y del recurso extraordinario establecido para hacer valer esa supremacía, incluso en relación a la interpretación de las leyes federales (ley nº 48, 14; ley nº 4.055, 6). Sin embargo, esa distribución compleja de la competencia es hoy una tradición histórica y un principio político inderogable de nuestra organización judicial, que arraiga en la forma de gobierno, según la cual las instituciones que lograron la unión y la organización nacional comprenden al *federalismo*, incluido el federalismo judicial. Éste significa, por lo demás, que, en líneas generales, las provincias quisie-

111 Cf. Alsina, *Tratado*, cap. II, nº 2, ps. 31 y ss.; Clariá Olmedo, *Competencia penal en la República Argentina*, nº 118, ps. 158 y ss.; D'Albora, *La justicia federal*, ps. 36 y siguiente.

ron conservar —esto es, no delegaron— el poder de ser las últimas intérpretes de la ley común, a pesar de haber delegado en la Nación (Estado federal) el poder de dictar esa ley (CN, 75, inc. 12), salvo en aquellas materias (delegadas) y expresamente exceptuadas por la misma Constitución (leyes federales) y, por supuesto, en materia de interpretación de la Constitución nacional.

La razón de ser, el fundamento de la existencia de una justicia federal, al lado de la provincial, ha sido expuesta, por una parte, a partir del reconocimiento de leyes federales que dicta el Congreso sobre materias (correo, aduana, rentas de la Nación, patentes y marcas, representación exterior, comercio internacional, etc.) que las provincias delegaron en el gobierno federal, según la misma Constitución ("puntos regidos por la Constitución": CN, 116), y del reconocimiento de territorios que no pertenecen a ninguna provincia (territorios nacionales, mar territorial, competencia de altamar, etc.), y, por la otra, a partir de la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución federal (CN, 31). La existencia de leyes y territorios federales provoca la necesidad de órganos, también federales, que interpreten y actúen esas leyes, y provean a la administración de justicia en los propios territorios federales[112]. La supremacía de la Constitución nacional —y también de la competencia federal, y, por esa vía, de la interpretación de las leyes federales— sólo se puede lograr estableciendo un tribunal superior, la Corte Suprema, que la interprete y aplique en última instancia, incluso revisando las sentencias de los tribunales superiores del caso, cuando se ponga en tela de juicio la interpretación y aplicación de una regla constitucional, pero este argumento sólo respalda la existencia y competencia de la Corte Suprema, y no de toda la justicia federal[113].

II. Hasta qué punto modifica este patrón general el mandato para el Congreso de la Nación de establecer el juicio por jurados (CN, 24, 75, inc. 12, y 118), se puede leer en las páginas anteriores dedicadas al tema (C, IV).

En efecto, el mandato consiste en "... dictar las *leyes generales para toda la Nación*... que requiera el establecimiento del *juicio por jurados*" (CN 75, inc. 12). La regla no afecta la competencia judicial provincial y federal, establecida en la misma Constitución, pero supone una alteración profunda de la *competencia legislativa* en materia procesal penal que ha descripto la doctrina dominante[114]. Conforme a

[112] Cf. ALSINA, *Tratado*, nº 2, p. 22, y nº 4, ps. 24 y siguientes.

[113] Cf. BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial*, II, ps. 25 y ss.; ALSINA, *Tratado*, ps. 25 y s.; CLARIÁ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, nº 114, ps. 153 y ss.; D'ÁLBORA, *La justicia federal*, nº 1, ps. 13 y ss., confusamente al explicar la situación de la Corte Suprema y el problema de la supremacía constitucional.

[114] Cf. SAGÜÉS, *El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución nacional*, V, p. 908.

ella, las provincias *delegaron* en la Nación no sólo el poder de *organizar el jurado*, sino también el de *reglamentar el juicio penal*. De allí se deriva que la competencia legislativa provincial, en materia procesal penal, es más que escasa. Al menos se debe coincidir en que, según este postulado, la ley marco del procedimiento y de la organización judicial, en materia penal, corresponde al Congreso de la Nación, con lo cual las determinaciones políticas principales acerca del Derecho procesal penal quedan en sus manos. Las provincias sólo mantendrían atribuciones reglamentarias secundarias, pues la organización concreta de sus tribunales y, principalmente, de los demás órganos que intervienen en la administración de justicia penal, les correspondería; en materia de procedimiento —propiamente dicha— les restaría un escaso campo legislativo, prácticamente tan extenso como el que el Congreso de la Nación considere oportuno dejar fuera de su regulación para asegurar el juicio por jurados: quizás la instrucción o investigación penal preparatoria, supuesta la persecución penal pública (CP 71), algunos plazos procesales y reglamentos accesorios.

III. El *federalismo* tiene, sin duda, otro vigor en esta materia (competencia territorial), pues, supuesto el triunfo del *forum delicti commissi* (lugar del hecho) sobre el *forum domicilii* (lugar del domicilio), como criterio atributivo de competencia (sucedido hacia el final de la Edad Media, con la terminación del régimen feudal): "La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito..." (CN, 118)[115], cláusula que deriva de juzgar como un derecho individual el ser juzgado por un *jurado de vecindad*. La cláusula, pese a las dificultades que supone[116], obliga no sólo a la justicia local, sino, especialmente, a la justicia federal.

[115] Cf. SCHIFFRIN, *El "forum delicti commissi" como exigencia del art. 102 de la Constitución nacional*, ps. 531 y ss.; LOIÁCONO, *La improrrogabilidad territorial de la competencia en materia penal*, ps. 368 y siguientes.

[116] Los delitos a distancia, los delitos permanentes, continuos o de otro tipo, que permiten casos que suceden en varias jurisdicciones, en los cuales, incluso, puede diferir el *lugar de la acción* del *lugar del resultado*, plantean estos problemas y no sólo han prohijado una lucha de argumentos entre los dos últimos puntos de conexión citados (preferencia por el lugar de la acción o por el lugar del resultado), sino que han obligado a nuestra Corte Suprema, por la vía de dirimir cuestiones de competencia o de jurisdicción, a crear una teoría accesoria, pero que, en ese tipo de casos, dirime la cuestión: la llamada *teoría de la ubicuidad* (puntos de conexión: domicilio del imputado o de las partes, domicilio en el cual se puede desarrollar mejor el derecho a la defensa; domicilio de la prueba o en el cual es más sencilla la averiguación de la verdad).

Parágrafo Octavo
Principios políticos del Derecho procesal penal argentino

§8

BIBLIOGRAFÍA:

ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal*, tr. de Conrado A. Finzi, cap. 2. BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, §§ 8 y 9. CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, parte 1ª. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, nº 336 y ss. CORBI, Fabrizio, *Obbligatorietá dell ázione penale ed esigenze di razionalizzazione del proceso*. ESER, Albin, *Einführung in das Strafprozeßrecht, Studieneinheit* 5, I, III, IV y V. FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cap. I. FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. I, §§ 1, 9 y 12; *Elementos de Derecho procesal penal*, §§ 14 a 20 y 67. GÖSSEL, Karl H., *Strafverfahrensrecht*, §§ 1 y 2. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, tr. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, § 16, III. HULSMAN, Louk-BERNAT DE CELIS, Jaqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, tr. de Sergio Politoff. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, tr. de Santiago Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, t. I, § 2. PETERS, Karl, *Strafprozeß*, § 13. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., cap. 2, §§ 11 a 15. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, caps. II y V.

A. INTRODUCCIÓN

Bajo este rubro nos proponemos estudiar las máximas que, junto a las reglas constitucionales de principio, gobiernan el enjuiciamiento penal del país. Dicho de otra manera, constituyen principios del Derecho procesal penal de nuestro país que no están directamente vinculados a la ley fundamental, pero que, no obstante, por razones culturales o de sistema configuran la base de comprensión de la persecución y del enjuiciamiento penal positivos. Ellos, fundamentalmente, están referidos, por una parte, al sistema de persecución penal (*pública*, por regla con escasas excepciones) y, por la otra, al objetivo inmediato que pretende lograr la realización del procedimiento (*averiguar la verdad* acerca de una hipótesis histórica). Como todo nuestro Derecho, en general, el Derecho procesal penal es un Derecho de recepción, esto es, un Derecho cuya fuente histórico-política y normativa emana, en principio, de otros países. Esa realidad se puede comprender con claridad, si se observa el hecho de la conquista y colonización de América por pueblos europeos, y la introducción en los nuevos territorios de su cultura hegemónica, presidiendo un proceso que acabó casi totalmente con los pueblos y culturas autóctonos. Aunque esa determinación no impide alguna solución vernácula, la historia política de los pueblos europeos, asentados en estas latitudes y desplazantes de las culturas indígenas, condiciona todo el sistema jurídico. En materia penal, sobre todo en aquellas definiciones políticas que determinan la concepción del procedimiento penal, nuestra

regulación jurídica proviene del Derecho continental europeo y de la forma básica actual que adopta el procedimiento penal del movimiento reformista que se desarrolló en esos países durante el siglo XIX (ver § 5, E y G). Nuestro Derecho procesal penal presentaba, sin embargo, algunas islas de retraso cultural inconcebibles, especialmente en el procedimiento y la organización judicial de la justicia penal federal, que mantenían el vínculo con el Derecho inquisitivo de la España colonial, en franca pugna con la ideología constitucional republicana (CN, 24; como síntoma). Algunas de esas islas todavía permanecen (por ej., CPP Santa Fe y, en gran medida, CPP Buenos Aires), como permanece la cultura inquisitiva de nuestra administración de justicia penal, más allá de la modificación de ciertos ordenamientos legales[1], aun cuando, según creo con algún optimismo, ellas tienden lentamente a desaparecer.

Recuérdese que la Inquisición hizo del Derecho penal una cuestión de Estado, al expropiar a los ciudadanos su poder de perseguir penalmente al ofensor y reaccionar contra él, y colocó como piedra base de su justicia al conocimiento histórico acerca de los hechos atribuidos al transgresor. Esos pilares políticos de aquello que se comprende por administrar justicia en materia penal, no variaron durante el siglo XIX en los países de Europa continental; la transformación debida al Iluminismo y a la teoría del Estado liberal aceptó, en definitiva, esos postulados, aunque los relativizó como tales al incorporar principios supremos del orden jurídico penal, esto es, las garantías individuales, que, en materia procesal, hemos estudiado en los parágrafos anteriores y que, sin duda, representan límites para el poder penal del Estado, antes definido políticamente. De allí el nombre con el que se conoce, universalmente, el sistema: proceso penal inquisitivo reformado o procedimiento penal mixto, nombres que aluden a la génesis histórico-política del sistema y a la yuxtaposición formal propiamente dicha, respectivamente.

Los principios básicos sobre los que se apoya el sistema positivo argentino, esto es, la estatalización de la persecución penal y del procedimiento penal, en general, y la averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento, generan una tensión, perceptible a simple vista, con aquellos referidos a la protección jurídica de la seguridad individual, tensión que examinaremos en adelante, cuando expliquemos su significado y alcance. De allí que el procedimiento penal actual se debata entre dos intereses que, en principio, son contradictorios: la razón de Estado, en forma de interés público por el descubrimiento de los hechos punibles y por la actuación de la coacción estatal, y el interés individual por librarse de la persecución y de

[1] BINDER, *Justicia penal y Estado de Derecho*, IX, 2, ps. 204 y siguientes.

la pena. El procedimiento penal actual es, en realidad, un compromiso político entre ambos intereses cuya colisión está presente en las principales soluciones normativas del sistema.

Los principios que estudiaremos no provienen de reglas constitucionales, aunque histórica y culturalmente la ley fundamental los haya tenido en cuenta para establecer sus límites, esto es, para regular las garantías de los individuos frente al poder penal del Estado, que ella supone. Sin embargo, nada obsta a que el sistema penal adopte otro rumbo, promueva principios distintos, que varíen el concepto establecido para nuestro Derecho penal, o recurra a limitar los existentes, fijando excepciones para las reglas que proclama.

Nada impide, por ejemplo, el ingreso de la autonomía de la voluntad al Derecho penal, en mayor o menor medida, reemplazando, total o parcialmente, la idea del Derecho penal como poder exclusivo del Estado, que suprime la influencia efectiva en el sistema de la voluntad particular, especialmente de la voluntad de la víctima. Desde el punto de vista formal, una modificación como la expresada representaría, en Derecho procesal penal, la adopción de un sistema acusatorio para el enjuiciamiento penal.

De hecho, existen en nuestro Derecho penal actual excepciones a la regla de principio, aunque menores, pues sólo están referidas a un número de casos muy reducidos y a efectos muy limitados: nos referimos, principalmente, a los delitos que dependen, para su persecución estatal, de una instancia particular (CP, 72) y a aquellos en los que la persecución no pertenece al Estado, sino que se coloca en manos de ciertos particulares (CP, 73 y ss.).

Excepciones muy particulares, que insisten en el poder de la voluntad individual o en el consenso como modos de solucionar el conflicto social que se halla en la base de todo caso penal, sin aplicación de la fuerza estatal, existen desde su origen en el Código penal: la *retractación* en los delitos contra el honor (CP, 117) y hasta las *explicaciones satisfactorias* en un caso particular de estos delitos (CP, 112) y el *casamiento con la ofendida* en varios de los delitos contra la honestidad (CP, 132), inclusive en algunos de notable gravedad. Corrientes político-criminales actuales proponen extender geométricamente estos medios sustitutivos del poder penal estatal, con base en la voluntad individual de los protagonistas del conflicto para solucionarlo; en nuestro Derecho penal se advierte ya los primeros pasos de esta tendencia: el art. 14 de la ley penal tributaria (nº 23.771), que privilegia el *cumplimiento de la obligación tributaria* frente a la pena estatal, los arts. 16 y cc. de la ley penal de estupefacientes (nº 23.737), que, aun criticable, prefiere la *solución terapéutica* a la penal, y la novísima institución de la *suspensión del juicio a prueba* (CP, 76 *bis* y ss.), que intenta también una solución reparatoria para evitar la pena y la persecución penal.

B. LA FUNCIÓN PENAL DEL ESTADO

1. El Derecho penal como poder del Estado para el control social

Según se pudo observar en la ojeada histórica (§ 5), el Derecho penal del continente europeo sufrió una transformación cualitativa y

radical al finalizar la Edad Media: de representar, básicamente, un aspecto regulatorio de las facultades de los individuos que integran una sociedad, pasó a constituir, fundamentalmente, una función del Estado, esto es, la regulación jurídica de la reacción estatal frente a quien atenta contra el poder constituido (*crimen lesae majestatis*) y, más modernamente (movimiento liberal), frente a la violación de prohibiciones o mandatos estatales (normas de deber) con categoría penal[2]. Tal transformación fundamental se vincula con una reforma profunda de la organización social: la creación del poder político central, ausente en las sociedades primitivas, esto es, la aparición en escena del Estado nacional como forma política que enfrenta y desplaza a la organización feudal o local primitiva[3]. *Inquisición* es, en materia penal, el nombre del sistema que abre la brecha, produciendo su transformación cualitativa, la verdadera revolución política vinculada a la nueva forma de distribución del poder, el nombre que identifica a la concepción que entiende la actuación del Derecho penal como función del Estado. La transformación consiste, básicamente, en expropiar a los ciudadanos el poder de reaccionar contra el ofensor y mandar a ciertos órganos del Estado a proceder *de oficio* (*per inquisitionem*), sin esperar ni atender a la volúntad de los individuos (*per accusationem*)[4], por una parte, y en instituir a la pena y al Derecho penal, en general, como un poder del Estado —sin duda, el arma más vigorosa y fuerte— para el control formal de los habitantes[5].

[2] Cf BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias de la legitimación del Derecho penal*, I, ps. 77 y ss., quien, en breves palabras, presenta una sucinta historia del Derecho penal moderno: primero apareció la *pena*, con su función de consolidación de las instancias políticas centrales y monopolización del uso de la fuerza física, luego el *delito*, como definición de crímenes y penas, que, a la par de extender la idea de criminalidad a otras relaciones y conflictos sociales, y cumplir la función de autolimitación estatal, da nacimiento a la función legitimadora del Derecho penal, en tanto significa, por una parte, sujetar el recurso a la fuerza a reglas (legalidad) y, por la otra, extender la protección de sus reglas a otros intereses, diversos de la mera acumulación y conservación del poder político. La misma explicación, más extensa y más dedicada a la transformación del poder, en FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Tercera Conferencia, ps. 65 y siguientes.

[3] Cf. WEBER, *Economía y sociedad*, t. II, IX, § 2, p. 1056, define al Estado (moderno) por la utilización monopólica de la coacción física, esto es, de la fuerza o el poder, como medio legítimo de reacción; STRATENWERTH, *Die Zukunft*, ps. 5 y siguientes.

[4] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, B, I, p. 2, y § 12, ps. 69 y siguientes.

[5] Cf. BUSTOS RAMÍREZ, *Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas. Introducción*, ps. 21 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3ª ed., § 2, I, 1 y 2, p. 8; sobre el De-

El debate sobre la función y los fines de la pena, tanto desde el punto de vista sociológico-empírico, como desde el punto de vista filosófico-jurídico, es el que preside el discurso científico que expone y pretende dar solución al problema. De la forma política real o de la ideología expuesta dependen las soluciones diferentes que existen o se postulan, incluso en el Derecho penal formal o adjetivo (Derecho procesal penal). Por ejemplo: el principio de *oficialidad*, que lidera la persecución penal, y el de *legalidad*, que instituye el deber de perseguir penalmente toda hipótesis delictiva conocida, son consecuencia directa de la consolidación del poder político central, de la pena estatal, su correlato en el orden jurídico penal, y de las teorías retributivas sobre el fin de la pena.

El debate sobre la función y fines de la pena parece comenzar siempre, salvo excepciones, a partir de la realidad de la *pena estatal*, ora exponiendo su configuración histórico social, ora intentando justificarla, criticarla o dar nuevas soluciones sobre ella. Sin embargo, la pena, como representación más genuina y trágica de poder, se halla también en las sociedades primitivas, aun cuando, para nuestra actual representación cultural (poder del Estado de reaccionar frente a la violación de normas de organización o convivencia = pena estatal), tanto la pena como el ejercicio del poder, aparezcan en forma difusa o, quizá, oculta por el velo de nuestra propia representación moderna del fenómeno[6]; estas representaciones del poder y de la pena, en sociedades que carecen de un poder político central (*acéfalas*), que hoy titularíamos como *mecanismos informales* de control social, permiten descubrir una comunidad o grupo político, esto es, una sociedad organizada bajo ciertas normas, aunque considerada primitiva para nuestra comprensión actual de aquello que significa un grupo político como sociedad organizada.

Conviene aclarar que la subsistencia actual de ciertas formas de determinación individual del poder punitivo del Estado, donde todavía tiene cabida la autonomía de la voluntad particular, como condicionante del poder estatal, proviene de reminiscencias históricas y concesiones a una forma distinta de organización del poder, pero no mella la afirmación anterior: las llamadas —entre nosotros— acciones privadas (CP, 73 y ss.) o dependientes de una instancia particular (CP, 72) son, en primer lugar, una excepción menor a la regla general de la persecución pública (CP, 71) y, en segundo lugar, la pena continúa siendo, aun para los delitos abarcados por esas formas excepcionales de persecución, una institución estatal, que aplican y ejecutan órganos del Estado. El hecho de que, en los delitos de acción privada, el particular ofendido o su sustituto pueda renunciar al ejercicio de la acción ya iniciada (CP, 59, inc. 4, y 60) o perdonar la ejecución de la pena (CP, 69) tampoco rechaza la concepción explicada: sólo conforma una injerencia particular más vigorosa, pero siempre injerencia, en el principio de la pena estatal.

---

recho penal como función de Estado que asume la forma inquisitiva como nueva distribución del poder político, cf. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Tercera Conferencia, ps. 89 y ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 2ª ed., ps. 13 y ss.; para una visión sociológica de los conceptos de Estado y control social, cf. MELOSSI, *El Estado del control social*.

[6] Cf. PASQUINELLI, *Poder sin Estado*, ps. 39 y ss.; STRATENWERTH, *Die Zukunft*, p. 5.

Quizá la solución al *problema penal* actual consista, en alguna medida, en un regreso pronunciado a la privatización del conflicto penal[7].

2. El proceso penal como obra estatal (estatalidad u oficialidad)

I. Consecuente con la trasmisión del poder de reacción frente a la ofensa, del ciudadano a las manos del Estado (persecución penal pública), específicamente ejercido por quien detentaba el poder y sus funcionarios delegados, el procedimiento se transformó, básicamente, en una obra estatal. La Inquisición representó, en esencia, una encuesta cumplida por funcionarios para aplicar el poder penal del Estado sobre sus súbditos, cuando se verificaba un comportamiento anómalo o desviado respecto de las reglas de organización social.

Este poder máximo de control disminuyó, sin duda, con el arribo del constitucionalismo moderno y de las organizaciones republicanas, que transformaron al modelo de Estado nacional (Estado de Derecho); pero, sin embargo, el poder penal no varió el rumbo adoptado: la valoración de otros intereses, las garantías para la seguridad individual y la supresión de métodos crueles y cruentos para cumplir el fin de averiguar la verdad sólo constituyeron límites para el ejercicio del poder ya creado, que siguió presidiendo el sistema penal; de la concepción de la *pena estatal* deriva, consecuentemente, todo el sis-

[7] Ésta es, al menos, la corriente político-criminal que, desde adentro y desde afuera del Derecho penal, desde la tradición jurídico-penal o desde la crítica sociológica a esa tradición, procura desarrollarse: cf., entre los representantes tradicionales del Derecho penal, ROXIN, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke* (versión castellana: *La reparación en el sistema de los fines de la pena*); ESER, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren* (versión castellana: *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*); entre los críticos del fenómeno del Derecho penal, CHRISTIE, *Los límites del dolor*; *Los conflictos como pertenencia*; *Las imágenes del hombre en el Derecho penal moderno*; HULSMAN-BERNAT DE CELIS, *La apuesta por una teoría de la abolición del sistema penal*. Más datos en MAIER, *La víctima y el sistema penal*. La corriente política es distinta de aquellas que le han precedido en este siglo: implica, cualquiera que sea el grado de su proposición, un giro básico en el enfoque del problema de la pena estatal, pues, si antes el debate había sido centrado en los fines a lograr con la pena, la nueva tendencia ubica el centro del problema en la pena misma y su "pertenencia al Estado". Aunque no todos pretendan una transformación radical de este mecanismo de control perteneciente al Estado, cualquiera de los involucrados pretende ver, en mayor o menor grado, al Derecho penal como un mecanismo de solución de conflictos sociales. Paradigmática es la cita de MAIHOFER, que traduzco en *La víctima y el sistema penal*, p. 195: "En un Derecho penal entre hombre libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente".

tema. La nueva transformación, que podemos llamar "interna", significó solamente la revalorización de intereses individuales y su ingreso al sistema, intereses que, a partir de allí, confrontan con los intereses del Estado por ejercer el control social y hasta, en ocasiones, lo anulan o entorpecen.

II. Conforme a ello, el procedimiento penal continúa siendo, básicamente, una forma de operar para administrar justicia cuyas funciones principales son predominantemente estatales[8]. Así, la función de juzgar, esto es, de decidir el caso y darle solución según las reglas del sistema, pertenece, con exclusividad, al Estado, que la ejerce por intermedio de los tribunales que integran el poder judicial. Y ese poder del Estado se ejerce *necesariamente*, por cuanto la misma ley suprema del Estado (CN, 18), al concebir la pena como estatal (poder del Estado), impide actuarla sin un "juicio previo" del "juez natural" (§ 6, B; § 7, B, 3), esto es, sin una decisión de la autoridad estatal competente, lograda con base en un procedimiento reglado. Ello impide, en forma absoluta, que la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad y corrección) correspondiente a la infracción de normas de deber penal (prohibiciones o mandatos) sea lograda por vía de la voluntad o reacción particular, sin intervención de los órganos estatales competentes en la solución del conflicto social que tales infracciones plantean, y determina, como regla sin excepciones, la *estatalidad* de la función de juzgar y decidir la aplicación de una reacción penal. Esta explicación equivale a afirmar, desde un punto de vista político, que el Estado ha *monopolizado* el ejercicio de la fuerza contra las personas, salvo casos excepcionalísimos.

Conviene aclarar que esto sucede, también, en aquellos delitos en los que se autoriza la persecución penal privada (CP, 73 y ss.), pues, pese al marco que ellos brindan para el funcionamiento del principio de la autonomía de la voluntad privada, la aplicación de la reacción penal, como consecuencia jurídica del delito, sólo resulta de una decisión estatal, a través de un procedimiento oficial.

Se suele mencionar a la defensa legítima (CP, 34, incs. 6 y 7, también al estado de necesidad, CP, 34, inc. 3) como excepción mínima de esta regla, en tanto el Derecho autoriza la reacción inmediata y directa frente a una acción antijurídica[9]. Sin embargo, parece exagerado comparar ambas situaciones, pues el resultado que provoca la víctima que se defiende de una agresión antijurídica o el tercero que acude en su auxilio no se puede categorizar como una reacción penal,

[8] Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 177.

[9] Cf. Henkel, *Strafverfahrensrecht*, § 23, p. 95.

según el significado cultural que hoy posee esta institución[10]. La autorización para defenderse o defender a otro de una agresión, provocando un resultado que el Derecho continúa valorando como dañino, según reglas generales, no significa autorizar a los particulares a imponer penas, sino sólo tolerar que, en circunstancias de excepción, cuando el auxilio estatal no puede llegar a tiempo para proteger valores reconocidos por el orden jurídico, que peligran frente a una agresión ilegítima, el particular pueda rechazar el ataque, aun a costa de lesionar al agresor: la acción defensiva y su resultado son justificados por adecuados a la situación, y no significan la consecuencia jurídica de la acción ilegítima determinada por el Derecho para la acción del agresor. Eso se aprecia claramente al destacar que lo hecho por el agresor continúa siendo un injusto, eventualmente punible.

Compárese, en relación al texto, aquello que sucede, regularmente, en el Derecho privado, en cuyo ámbito reina el principio de la autonomía de la voluntad. Dominan allí los intereses, reconocidos jurídicamente, comprometidos en el conflicto: sin más, esto es, sin necesidad de ningún proceso judicial (oficial), es posible que el afectado por una consecuencia jurídica la cumpla u opere por su propia voluntad unilateral (por ej., restituya las cosas al *status quo ante* de la perpetración de un delito o indemnice a la víctima por el daño material o moral causado), o que los portadores de los intereses jurídicos en conflicto acuerden su solución (por ej., determinen la consecuencia jurídica, la acción que una parte debe cumplir a favor de la otra o la indemnización que una debe a la otra), o, inclusive, que ellos sometan el conflicto a un tribunal no oficial (árbitro o amigable componedor)[11].

III. La función de perseguir penalmente pertenece también, por regla general, al Estado. De allí la creación de órganos estatales específicos, el ministerio público y la policía, cuya tarea fundamental se puede resumir, precisamente, en la labor de investigar los delitos perpetrados y perseguir a sus autores y partícipes. Se señala, por ello, el *monopolio acusatorio del ministerio público*[12]. Sin embargo, la regla reconoce excepciones en nuestro Derecho penal, apartamientos menores de la *oficialidad*, que no invalidan su formulación como principio básico de nuestro procedimiento penal. El CP establece, para unos pocos delitos, la persecución penal privada, al legitimar al ofendido —o, por excepción, a algunos parientes— para asumir el papel que se concede al ministerio público en los delitos de acción pública (CP, 73

[10] Nino (*La legítima defensa*, cap. II, § 3, *c*, ps. 51 y ss., § 4, *e* y *f*, ps. 72 y ss., y § 5, ps. 76 y ss.) considera algunas situaciones de legítima defensa como reacción penal del agredido (*defensa punitiva*), en el sentido de que, en algunos casos de legítima defensa quien agrede con un acto delictivo consiente la pérdida de inmunidad que ello representa (consiente la reacción penal y la pérdida de derechos que ello implica); éste sería el caso de la agresión dolosa de un autor culpable.

[11] Cf. Baumann, *Derecho procesal penal*, cap. I, 1, *a*, p. 4, y 2, *a*, p. 11.

[12] Cf. Gössel, *Strafverfahrensrecht*, § 2, A, II, p. 33.

y ss.). Con ello, privatiza la persecución penal, pues excluye la persecución penal pública para esos delitos; la excepción a la regla, aun como tal, no es total, pues la pena sigue concibiéndose como pública, decidida y ejecutada por órganos estatales.

Otra excepción a la regla de *oficialidad* de la persecución penal, está constituida por los delitos que dependen de una instancia privada (CP, 72). La excepción es aún menor que la anterior, no sólo porque, como en ese supuesto, comprende un escaso número de delitos, sino porque consiste, únicamente, en imposibilitar la persecución penal pública hasta tanto la víctima —o algunos sustitutos, en casos especiales— no autorice a perseguir penalmente mediante su expresión de voluntad en ese sentido (instancia), y libere de esa manera la persecución oficial, que prosigue como en los delitos de acción pública[13]. Por consiguiente, la regla de la persecución penal pública tiñe también de *oficialidad* esta función del procedimiento, sobre la cual se edifica su característica principal.

La transformación radical que significó la Inquisición consistió, precisamente, en transferir la facultad de perseguir penalmente, otrora en manos de los particulares, a la competencia estatal: el Estado decide y persigue, con prescindencia de la voluntad de la víctima o de otra voluntad privada.

El sistema acusatorio, en cambio, se caracteriza por exigir que una decisión privada, excluida de la competencia de los órganos estatales, condicione la actuación de la ley y limite el marco lícito dentro del cual se decide su aplicación; esa voluntad privada no sólo se debe exteriorizar como denuncia del caso y de su autor o partícipe, sino también como actividad persecutoria hasta la decisión final; el defecto de esa actividad, en cualquiera de sus dos manifestaciones, genera la imposibilidad de actuar la ley penal.

Por ello se ha afirmado, con alguna razón, que el procedimiento por delito de acción privada es acusatorio, en tanto, según reglas del Derecho penal, coloca a la persecución penal e, incluso, a la pena, bajo el poder de una persona privada, regularmente la víctima, quien decide acerca de si promueve la acción penal para actuar la consecuencia jurídica del delito que la ofende (CP, 73 y ss.), puede renunciar a ella tanto antes como después de haberla promovido (CP, 59, inc. 4, y 60), y hasta puede perdonar la pena concreta impuesta al ofensor (CP, 69), ya reconocido como infractor culpable y punible, inhibiendo su ejecución, total o parcialmente. Sin embargo, la tesis contiene cierta dosis de exageración, pues, a pesar del criterio verdadero que transmite, parece excluir por completo todo gobierno estatal de la represión penal y en ello, precisamente, reside la exageración. En principio, la pena sigue siendo estatal, pues no sólo la decide, necesariamente, un órgano competente del Estado, sin que sea posible su determinación volun-

13 Cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, ed. 1956, t. 2, p. 502; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, 2ª ed., t. II, ps. 131 y siguientes.

taria por los particulares en conflicto, sino que, además, la ejecuta el Estado, de la misma manera que en los delitos de acción pública. Pero aquello que a nosotros más nos interesa destacar consiste en que el procedimiento sólo puede ser caracterizado como acusatorio si se lo mira desde el atalaya del acusador; desde la óptica del acusado, él no posee ningún poder para componer el conflicto a su manera y, al contrario, el tribunal posee, básicamente, las mismas atribuciones que en los delitos de acción pública: el acusado no puede determinar con el acusador, o por su sola voluntad, la sumisión a la pena, ni su medida; la intervención del tribunal competente y el procedimiento judicial son, por lo tanto, necesarios; dentro del procedimiento y aunque la voluntad del imputado sea la de someterse a una pena, el tribunal puede incorporar de oficio circunstancias que lo favorezcan, tanto aquéllas que excluyen una condición necesaria para la imposición de una pena, como las que sólo disminuyen su intensidad. De allí que, con razón, se haya caracterizado estos procedimientos como *semiacusatorios*[14].

La *instancia privada*, en los delitos que la imponen, no transforma la persecución penal, que continúa siendo pública; sólo representa un obstáculo inicial a la apertura de la persecución oficial, como condición de su procedencia, y, mirada desde la pena, otra de las condiciones para su imposición. Producida la instancia —del autorizado para ello— queda expedito el camino para la acción pública, que conserva todas las características antes detalladas. Los delitos dependientes de una instancia son, entonces, delitos de acción pública, que agregan una condición para la procedencia inicial de la persecución penal —la instancia—, a manera de excepción menor a la persecución penal oficial; vista desde la óptica de la pena, la misma instancia representa otra de las condiciones para la punibilidad de un hecho[15].

IV. A tanto llega la estatalización de las funciones cumplidas en el procedimiento penal, que la misma defensa técnica del imputado, en principio un interés privado sobre el cual decide él mismo, asume, esta vez por excepción, el carácter de un interés estatal, cuando el imputado omite la decisión (no cubre la defensa técnica) o decide erróneamente (se pretende defender técnicamente por sí mismo o cubre mal el cargo de defensor, en ambos casos sin posibilidad de eficiencia en esa tarea, por inidoneidad o imposibilidad física)[16]. La razón de ser de esta asunción como público, de un interés privado, reside tanto en la necesidad de garantizar la defensa (CN, 18) —y, para ello, de colocar al imputado en una posición de equilibrio frente al acusador,

[14] Cf. MAIER, *La investigación penal preparatoria*, p. 15, nota nº 5 al pie; en contra, BELING, *Derecho procesal penal*, tr. de Fenech, §§ 31 y 33, ps. 92 y s. Sobre la naturaleza pública de todas las acciones penales, inclusive las privadas, cf. NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, p. 16.

[15] Cf. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, § VIII, ps. 127 y siguientes.

[16] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. VIII, § II, nº 2 y ss., ps. 378 y siguientes.

la mayoría de las veces un órgano estatal con capacidad técnica, el ministerio público (ver § 6, D, 2 y 3)—, como en el interés del Estado de no condenar a inocentes, para lo cual precisa conceder realmente —y no tan sólo como facultad legal— todas las oportunidades de resistir la imputación, entre las cuales se encuentra la asistencia técnica[17].

La defensa oficial, cuando el imputado no puede o no quiere ejercer la facultad concedida de proveer a ella privadamente, no es, como en el procedimiento civil el *patrocinio letrado*, una regla que procure el buen orden del procedimiento o de los actos que lo integran, sino que representa, antes bien, como toda defensa técnica, la forma de completar la capacidad del imputado para intervenir en un proceso penal, a quien se considera incapaz —como sujeto procesal— para resistir la imputación sin asistencia técnica, salvo el caso especial de autorización para defenderse técnicamente él mismo.

Pese a que en el Derecho comparado la defensa técnica sólo es obligatoria en ciertos casos (delitos graves o situaciones especiales)[18], el Derecho argentino ha generalizado la regla y no concibe la posibilidad de que el imputado intervenga en el procedimiento sin asistencia técnica, salvo para el caso especial, aquí no considerado, del juicio por faltas o contravenciones: CPP Nación, 107; CPP Córdoba, 121; CPP Mendoza, 102; CPP La Rioja, 103; CPP Santiago del Estero, 70; CPP Salta, 102; CPP La Pampa, 94; CPP Corrientes, 108; CPP Entre Ríos, 109; CPP Jujuy, 103; CPP Santa Fe, 90; CPP Tucumán, 121; CPP Costa Rica, 83. La inobservancia de esta regla provoca la invalidez de los actos cumplidos, al menos de aquellos a los cuales tenía derecho de asistir el defensor: CPP Nación, 167, inc. 3; CPP Córdoba, 185, inc. 3; CPP Mendoza, 172, inc. 3; CPP La Rioja, 176, inc. 3; CPP Santiago del Estero, 1 16, inc. 3; CPP Salta, 172, inc. 3; CPP La Pampa, 159, inc. 3; CPP Corrientes, 170, inc. 3; CPP Entre Ríos, 170, inc. 3; CPP Jujuy, 135, inc. 3; CPP Santa Fe, 162 , inc. 3; CPP Tucumán, 185, inc. 3; CPP Costa Rica, 145, inc. 3.

V. Cabe agregar, sucintamente, que la oficialización de los intereses alcanza también, en el procedimiento penal, a la reparación civil, aunque por vía de excepción. Varios códigos provinciales establecen un sistema simple de *delegación de la acción civil* en funcionarios ofi-

[17] Acerca del funcionamiento y de las restricciones de la garantía CARRIÓ, A. D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ª ed., cap. VIII, ps. 325 y ss.; acerca de los modos de instrumentar la garantía, para que ella sea efectiva, GUARIGLIA, *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*; acerca de los defectos y del problema que representa la defensa oficial en América Latina, GARITA VILCHES, *La defensa pública en América Latina*.

[18] Cf. el estado actual de la legislación alemana en GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, § 140, p. 326, que supone la posibilidad de falta de asistencia técnica en algunos procedimientos penales (el parágrafo determina, precisamente, los casos de *defensa necesaria*); sobre los proyectos de reforma, que amplían las posibilidades de la defensa técnica oficial, cf. LANTCKE-MÜLLER-WAHLE, *Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer. Stellungnahme zum Gesetzentwurf "Die Verteidigung"*, B, §§ 3 y 4, ps. 5 y siguientes.

ciales, quienes, como representantes de la víctima o de la persona legitimada para reclamar la reparación del daño, demandan esa consecuencia del delito en el procedimiento penal: CPP Córdoba, 25; CPP Mendoza, 15; CPP Santiago del Estero, 11; CPP La Pampa, 16, inc. 2º; CPP Corrientes, 15; CPP Entre Ríos, 16; CPP Tucumán, 25; CPP Costa Rica, 10[19].

VI. El interés público que gobierna, en más o en menos, todas las funciones principales del procedimiento penal, lo presenta, en principio (delitos de acción pública, CP, 71), como una obra que regula el Derecho procesal penal, destinada a actuar un aparato de control estatal (el Derecho penal en sentido amplio) en contra de la persona indicada, hipotéticamente, como autora de un delito o partícipe en él. No obstante, el Estado moderno, al menos el Estado de Derecho que surge a partir de la transformación liberal-burguesa, reconoce (a la par del poder estatal para el control social de quienes, como habitantes en el territorio que el Estado domina, están subordinados a él), otros intereses que no se confunden con ese interés público, intereses que, por contraposición, podemos llamar privados y que, en ocasiones, hasta coliden con aquél. La existencia y reconocimiento de estos intereses no invalida, sin embargo, la afirmación inicial.

Así pues, dentro del marco del proceso penal estatalizado, conviven intereses privados, que obtienen también el reconocimiento del orden jurídico. En ese sentido, el principal interés privado reconocido es el de quien soporta la persecución penal (el imputado) por resistirla. Ese interés no sólo determina la creación de un sinnúmero de facultades y modos de asegurar su ejercicio real, que conforman su derecho a la defensa (CN, 18), material y técnica, y lo erigen en un sujeto principal del procedimiento, sino que, además, influye sobre la organización y límites de las funciones cumplidas por el Estado. Aquí no es del caso describir pormenorizada y exhaustivamente esa influencia, sino el momento de señalar, sucintamente, que la división de las funciones que cumple el Estado en el procedimiento penal, entre un órgano encargado de perseguir (el ministerio público) y otro de decidir (los tribunales), y que los límites impuestos a esta última tarea por el ejercicio de la primera función (ver § 6, D, 2 y 3) reconocen su razón de ser en esta influencia.

[19] El *Code de procédure pénale* francés, 2, prevé la delegación de la acción civil en asociaciones intermedias.

Hemos dicho repetidamente que la función penal del Estado tiene como norte *averiguar la verdad* acerca de un hecho, hipotéticamente sucedido e imputable a una persona, y, eventualmente, *actuar la ley penal*. Estos fines materiales gobiernan tanto la función de perseguir penalmente, como la de juzgar el caso. Si se escinden esas funciones, sólo desde el punto de vista formal (Derecho procesal penal, comprendida la organización judicial), atribuyendo competencia para decidir a un organismo estatal (los tribunales) y competencia para perseguir a otro (el ministerio público), a contrario de lo que sucedía durante la Inquisición (ambos poderes reunidos y confundidos), es, precisamente, por la necesidad de garantir la defensa del imputado, creándole un contradictor que afirme aquéllo sobre lo cual debe versar su defensa, para evitar que quien decide se comprometa con la imputación, afirmándola antes de la decisión, y, por último, para establecer límites a la decisión que eviten la sorpresa en el fallo, al contener hechos o circunstancias que no fueron materia de la acusación y, por tanto, de la defensa.

El método se pretende acercar, por esta vía, al modo de proceder del sistema acusatorio, pero sólo formalmente. Es el Derecho procesal penal el que instituye dos órganos específicos para dos funciones que él diferencia: perseguir y juzgar; sólo recurriendo a él se puede distinguir a estas dos funciones —en más o en menos— y se puede acordar distintos efectos a los dictámenes de ambos órganos: por principio, el uno requiere, el otro decide.

La recepción universal del sistema de acumulación de acciones en un mismo procedimiento —la penal y la civil— supuestas como independientes (CC, 1097) por responder a intereses distintos[20], esto es, el ingreso al procedimiento penal de la reclamación civil para la reparación del daño causado por el delito junto a la persecución penal, posibilita la incorporación de otros intereses privados al seno del Derecho procesal penal actual.

El ingreso de la víctima al procedimiento penal, con un interés privado, pero en la cuestión penal (no tan sólo en la reparación civil del daño), es hoy un tema de amplia discusión. La cuestión no se encara sólo desde el atalaya limitado de la facultad de la víctima o de sus sustitutos para perseguir la pena en los delitos de acción pública (querella particular, conjunta o adhesiva a la del ministerio público), sino desde la óptica más amplia de otorgarle mayor injerencia y mayor poder sobre la solución del caso, esto es, de fomentar la participación de la víctima en la solución del conflicto social que constituye el caso penal, que tiene en la víctima un protagonista principal[21]. Los delitos de acción privada constituyen la gran excepción al dominio del Estado

[20] Cf. Núñez, *La acción civil en el proceso penal*, tít. I, nº 3, ps. 15 y ss.; Vélez Mariconde, *Acción resarcitoria*, cap. I, ps. 7 y siguientes.

[21] Cf. *Victimology*, vol. 10, nº 1 al 4, en cuyos caps. VII y VIII se encuentra trabajos con diferentes propuestas e información sobre el papel de la víctima en el sistema de ad-

sobre el procedimiento penal, pues el interés de la víctima —o su sustituto— prevalece sobre el interés estatal y lo excluye casi totalmente.

Nuestro Derecho penal no reconoce a la víctima de un delito de acción pública —la regla general casi sin excepciones, en nuestro catálogo delictivo; CP, 71— algún papel fundamental en la solución del caso penal, acorde con el sistema de persecución penal pública de las infracciones a las normas de deber penal (monopolio estatal en la persecución penal). Sin embargo, el Derecho procesal penal argentino ha terminado por reconocerle al ofendido por un delito de acción pública —o a sus sustitutos— injerencia en la persecución penal: CPP Nación, 82 y cc.; CPP Córdoba, 7 y cc.; CPP Tucumán, 7 y concordantes.

Aparte de aquellos casos excepcionales que representan los delitos de acción privada (CP, 73 y ss.) y, en menor medida, los dependientes de instancia privada (CP, 72 y ss.), sólo se rescata la regla del casamiento con el ofendido (CP,132), como causa de impunidad (excusa absolutoria *post facto* en términos jurídicos; solución *conciliatoria*[22], en términos sociológicos), que determina alguna influencia de la voluntad de la víctima sobre la persecución y la pena; recuérdese, sin embargo, que la excusa se refiere a casos que requieren, para su persecución oficial, la instancia privada.

También las asociaciones intermedias parecieran llamadas a cumplir, en el futuro, un papel en la persecución penal, sobre todo cuando defienden intereses colectivos que conforman el objeto de su creación o por delegación de la víctima (por ej., constituida para la defensa del medio ambiente o de los derechos humanos)[23].

---

ministración de justicia penal y la tendencia actual hacia la revalorización de la víctima; desde un punto de vista más convencional, ZIPF, *Kriminalpolitik*, § 9, ps. 118 y ss. (versión castellana: *Introducción a la política criminal*, § 9, ps. 173 y ss.); entre nosotros, AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*; CÓRDOBA, *La posición de la víctima*, ps. 81 y siguientes.

Para advertir cómo esta tendencia tiñe todos los ámbitos del Derecho penal y de los sistemas penales y de administración de justicia penal, inclusive los peligros que encierran ciertas soluciones y la necesidad de estudios interdisciplinarios para racionalizar los sistemas penales se puede leer: *Decriminalización* (INFORME DEL COMITÉ EUROPEO SOBRE PROBLEMAS DE LA CRIMINALIDAD). Rescato, por su valor paradigmático para esta tendencia, una frase transcripta en *Decriminalización*, de *Studies on Diversion Information* (estudio remitido a la Comisión de reforma del Derecho de Canadá): "*Lo que las partes quieren es una solución que armonice sus dificultades, no necesariamente una sentencia que cristalice sus discordias*"; y desde la perspectiva de la supresión del *ius puniendi* estatal, los "abolicionistas" han recreado la exposición real del conflicto social intersubjetivo y, con ello, revalorizado el papel de la "víctima" y de los modos de solución del caso, que no pasan por el sistema tradicionalmente concebido, con ayuda de todas las personas protagonistas del conflicto, propuesta a la que, sin duda, se le debe reconocer un grado enorme de racionalidad: cf. BERNAT DE CELIS, *La abolición del sistema penal contra la reforma*, ps. 115 y ss.; ver, además, las citas de la nota nº 7.

[22] Para una visión de los diferentes modelos de solución de conflictos, HULSMAN-BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, ps. 88 y siguientes.

[23] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. II, nº 570 y 571, ps. 368 y ss., aunque no sea el concepto material que él maneja para determinar quién toma a su cargo la persecución pe-

VII. Desde el punto de vista teórico, se discute actualmente de manera radical la racionalidad de la *pena estatal* y todo lo que ella engendra, es decir, también la oficialización del proceso penal y del sistema penal en su conjunto[24].

C. LA PERSECUCIÓN PENAL OFICIAL (OFICIALIDAD)

1. Monopolio persecutorio del Estado

I. Advertimos, con insistencia, que una de las características básicas del sistema actual de administración de justicia penal reside, sin duda, en atribuir la persecución penal al Estado (CP, 71). Ello significa, en comparación con el servicio de justicia regular que presta el Estado en otras materias del orden jurídico (sólo dar solución —decidir— los conflictos entre particulares, o entre los particulares y el Estado, con fundamento en las reglas del orden jurídico), una ampliación considerable de su campo de acción (tareas) en el área, por atribución de un interés al Estado en la realización del Derecho penal, interés que, ordinariamente, excluye de la cuestión penal a todo otro interés real en el conflicto social que conforma su base. Desde el punto de vista político, según también lo advertimos, tal decisión significa atribuir formalmente al Estado, en gran medida, el poder penal, v. gr., la herramienta más poderosa que posee para el control social de los habitantes sometidos a su soberanía.

No siempre aquello que se conoce como Derecho penal se edificó sobre la base de esta configuración política. En Europa continental, la transformación radical se produce después de la formación y fortalecimiento del poder político central, que barrió, tanto en el campo de la religión institucionalizada, como en el área de la organización laica (los Estados nacionales), con las organizaciones sociales locales; la Inquisición significó, políticamente, la transferencia a un poder central del control social sobre sus súbditos, para conservar el tipo de organización comunitaria. En verdad, la segunda transformación del Derecho penal, debida al liberalismo burgués del siglo XVIII, aunque agregó otros intereses dignos de protección y atención por el orden jurídico, aceptó, en definitiva, la regla de principio sobre la que aquí insistimos.

II. Como consecuencia de esta decisión política, el Estado debió crear los órganos competentes para la persecución penal *ex officio*.

---

nal, el mentado en esta ocasión (cf., del mismo autor, nº 569, ps. 366 y ss.); Vélez Marconde, *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª parte, cap. V, 2, I, ps. 274 y ss. En el sentido del texto prescriben: CPP Guatemala, 117, inc. 4; Pr. CPP Modelo Iberoamérica, 78 y su nota; CPP Italia, 91.

24 Cf. Hulsman-Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana*; Christie, *Los límites del dolor*; AA.VV., *Abolicionismo penal*.

Teóricamente, a la Inquisición le bastaba un solo órgano, el inquisidor, para practicar la encuesta (investigación) que permitía decidir sobre la aplicación del poder penal; él concentraba, en sí mismo, todas las funciones diversificadas en el procedimiento penal moderno (perseguir-decidir), e incluía allí la defensa del imputado, aunque sólo desde la óptica del interés del Estado.

Precisamente, el ingreso al sistema del interés individual por no verse sometido al sistema penal estatal (defensa), reconocido como legítimo en los Estados republicanos o constitucionales modernos y amparado por la ley, provoca la escisión del modo monocrático de proceder: a pesar de que el Estado conserva todo el poder penal, divide formalmente su competencia, creando órganos dedicados a la persecución penal (ministerio público-policía) y otros cuya tarea es decidir (los tribunales de justicia penal); el diferente valor que la ley procesal concede a sus dictámenes, los unos requirentes, los otros decisorios, completa la escisión.

La separación formal de estas funciones fue necesaria para garantizar la defensa individual: ella se reputó imposible sin crear un acusador (contradictor) que circunscribiera la imputación concreta que el imputado estaba facultado a resistir y contestar, con todos los medios legítimos a su alcance, y sin dotar de un grado aceptable de imparcialidad al juzgador, consistente en evitar que él se comprometa, antes del fallo, con la hipótesis delictiva, afirmándola desde la iniciación del procedimiento.

No obstante el respeto de esta distribución de funciones por las leyes procesales gobernadas por el principio de oficialidad, conforme al sistema penal que realizan, su conformación es harto conflictiva, en situaciones jurídicas de extrema tensión. Por ejemplo: si no se quiere conceder al ministerio público un poder discrecional sobre la persecución penal (principio de oportunidad), es indispensable el control de sus dictámenes cuando conducen a la clausura de la persecución penal (sobreseimiento); en ese momento, el tribunal controlante puede obligarlo a perseguir penalmente (formular acusación, CPP Nación, 348, II); de otra manera, según la solución que conciben la mayoría de los códigos argentinos (CPP Córdoba, 359; CPP Tucumán, 359; CPP Costa Rica, 347), al permitir que a la clausura de la persecución se arribe por la vía del control interno jerárquico del ministerio público, no existe control de legalidad externo y se concede, prácticamente, un amplio campo para el funcionamiento práctico del principio de oportunidad. Por otra parte, la complejidad del procedimiento penal torna imposible evitar decisiones intermedias de los tribunales sobre la imputación, sobre todo en materia de medidas de coerción procesales, con lo que existen, dentro del procedimiento, decisiones judiciales que toman posición, antes de la sentencia, sobre aquello que se va a decidir en ella; la solución formal ha sido aquí algo más clara: por regla, se

aparta a la persona que ha intervenido como juez en un período anterior del procedimiento, de intervenir en los que le siguen[25].

Consecuentemente, es por ello que, para expresar esta característica de la persecución penal actual, la doctrina afirme, de modo práctico, el *monopolio acusatorio* o *persecutorio del ministerio público* en materia penal[26].

III. Constituye una excepción al monopolio del Estado en la persecución penal, la autorización para que algunos delitos sean perseguidos por particulares (los llamados *delitos de acción privada*: CP, 73 y ss.), con exclusión de los órganos de persecución penal estatal y, por lo tanto, dejados a la iniciativa, autonomía de voluntad y poder discrecional de aquellas personas privadas a quienes la ley faculta para ejercer la acción penal. La excepción es absoluta, en el sentido de que nuestro Derecho penal no permite al Estado, por intermedio de su órgano natural para el ejercicio de la acción penal, afirmar, en esos casos, la existencia de un interés público para retomar la persecución penal oficial[27]; en consecuencia, la autonomía de voluntad particular condiciona siempre, en estos casos, la actuación de la ley penal y, por ende, el enjuiciamiento.

Por efecto de la concepción de la pena siempre como estatal, la doctrina acostumbra a remarcar que la pretensión penal es siempre estatal, aun en estos casos, cuando sólo su ejercicio se delega al interés privado[28]. La aclaración carece de un sentido práctico o utilitario relevante desde el punto de vista de la persecución penal; es importante, en cambio, advertir cómo, por efecto de este pensamiento, la situación varía si se la observa desde el lado del perseguido penalmente (ver inmediatamente antes, B, 2, III).

La instancia privada, como condición de perseguibilidad de algunos delitos (CP, 72), no constituye, en cambio, una excepción a esta

[25] Sobre el problema que ha provocado la exclusión de esta regla en el CPP Nación, 55, inc. 1, ver § 7, B, 2.

[26] Cf. González, *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, cap. 1, 3, ps. 24 y ss.; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 12, B, p. 69, y § 13, B, II, p. 74; Schin, *Anklagepflicht und Opportunitätsprinzip im deutschen und koreanischen Recht*, ps. 22, 142 y 203.

[27] Ver una solución normativa diferente en la República Federal de Alemania, OPP, § 376; cf. Gómez Colomer, *El proceso penal alemán*, §§ 376 y 377, p. 396; Gössel, *Strafverfahrensrecht*, p. 34; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 12, B, II, 3, p. 72.

[28] Cf. Clariá Olmedo, *Tratado*, t. II, nº 551, ps. 329 y ss.; *El proceso penal*, ps. 185 y ss.; *Derecho procesal*, t. I, nº 236, p. 270; Núñez, *Derecho penal argentino*, t. II, p. 128; Gössel, *Strafverfahrensrecht*, p. 34.

regla. Aunque el instituto derive del mismo principio que domina la acción privada —conceder importancia a la autonomía de voluntad particular para la persecución de ciertos delitos—, no provoca los mismos efectos, pues la persecución penal continúa siendo pública (oficial) y monopolizada por el ministerio público; la excepción reside, solamente, en colocar un obstáculo —que releva la instancia privada— para el comienzo de la persecución penal estatal.

La incorporación de otro interés a la persecución penal pública, por ejemplo, el representado por la víctima o sus sustitutos, según algunos códigos argentinos permiten (CPP Nación, 82; CPP Córdoba, 7; CPP Tucumán, 7: *querellante particular*), para que opere juntamente con el representado por el ministerio público o por adhesión a él, tampoco representa una excepción al criterio que fija la regla. En efecto, la incorporación de este nuevo interés —privado, en el caso— no desplaza ni excluye la persecución penal del Estado, siempre principal y determinante para la solución del caso.

2. Legalidad

I. Frente a la decisión de oficializar la persecución penal, como regla general, se ha estimado necesario imponer a los órganos del ministerio público —también a los funcionarios de la policía—, por vía de principio, el *deber* de promover la persecución penal (*promoción necesaria*), ante la noticia de un hecho punible, en procura de la decisión judicial que, previo esclarecer la verdad acerca de esa hipótesis, solucione el caso por intermedio de alguna de las resoluciones previstas en la ley procesal. De allí que, una vez promovida la persecución penal, ella no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar, sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal (*irretractabilidad*)[29].

Desde un punto de vista negativo (comportamiento contrario al deber), ello significa que ningún criterio de *oportunidad* (principio contrario) —político-utilitario por conveniencia práctica, económica, temporal, etc.— autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible. Por mínima que sea la infracción o por inconveniente que aparezca (por ej., apropiación de una moneda perdida, de escaso valor, o necesidad de

[29] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, § 2, 4, ps. 180 y siguientes.

solicitar la extradición a alto costo de quien cometió un delito menor) la persecución y el procedimiento penal, ellos son necesarios y obligatorios[30]. En consecuencia, la máxima prohíbe, en principio, la renuncia al ejercicio de la persecución penal, o el desistimiento de la acción intentada, todo acuerdo o transacción con el imputado —según está permitido, ordinariamente, en el ámbito del Derecho privado y también en el del Derecho público (con excepciones)— por parte de los órganos de persecución penal, en fin, cualquier funcionamiento del principio de autonomía de la voluntad, pues los poderes que ejerce el ministerio público son, nuevamente, formales[31].

Más aún, el principio parece reposar en la tipicidad objetiva, pues cualquier causa de exclusión de la caracterización del hecho como punible (error, justificación, inculpabilidad o impunibilidad) se debe comprobar dentro del procedimiento penal, no fuera de él, y declarar por la vía y resolución que la ley procesal indica. A ello conducen, por ejemplo, las reglas que obligan a proceder por la aparición de un cadáver con signos de violencia (CPP Nación, 264; CPP Córdoba, 243; CPP Tucumán, 243; CPP Costa Rica, 238, II) o de envenenamiento, comunes en todos los códigos procesales penales argentinos y en el Derecho comparado.

Sin embargo, es también cierto que no todos los hechos objetivamente adecuados a una prohibición o contrarios a un mandato, amenazados con pena, provocan, ordinariamente, la actividad persecutoria del Estado, o la búsqueda de una solución oficial (judicial). Son ejemplos claros los casos de lesiones deportivas, que la doctrina penal tradicional justifica como resultado de una actividad permitida (CP, 34, inc. 4), cuando el resultado se debe a la culpa del agente. La doctrina de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre la *tipicidad conglobante* se adecua mejor a la tesis inicial y permite explicar este fenómeno[32].

30 Para exponer casos absurdos, la realidad siempre supera a la ficción: recientemente, en nuestros tribunales, un detenido que prestaba declaración indagatoria comió medio *sandwich* —de jamón y queso— que estaba sobre la mesa y pertenecía al empleado judicial que redactaba el acta —portador del bien jurídico protegido—. El juez denunció el hecho con el *ticket* que verificaba su valor ($ 3,50) ante el juez federal —al parecer se trataba de un *sandwich* "federal"—; el fiscal que recibió la denuncia solicitó la desestimación, con una extensa argumentación a favor de la *atipicidad* por insignificancia. Cf. *Documento Judicial*, en "No Hay Derecho", 1994, nº 11, p. 35; Rodríguez, *Loco por el sánguche*, en "Página/12", periódico del 14/7/1994. En verdad, el fiscal debió fundar extensamente su proposición de no perseguir el hecho, puesto que, de otra manera, hubiera sido automáticamente sospechoso y, en definitiva quizá culpable, por el delito previsto en el CP, 274.

31 Cf. Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 181. Se ha incluido como excepción el *principio dispositivo* que rige en los *recursos* contra las decisiones jurisdiccionales, especialmente, contra la sentencia, conforme a la facultad del ministerio público de decidir si interpone un recurso o acepta la decisión judicial y, más allá, a la de desistir sus propios recursos o no mantenerlos ante el tribunal competente para resolver el recurso. Cf. Clariá Olmedo, *Tratado*, t. VII, nº 1752, 3, ps. 146 y siguientes.

32 Cf. Zaffaroni, *Manual de Derecho penal*, nº 225 a 230, ps. 315 y siguientes.

No obstante, sigue siendo discutible que se deba provocar todo un procedimiento de comprobación judicial si desde la misma noticia del hecho resulta, con evidencia, cualquier causa de exclusión de su punibilidad, en general. De allí que los códigos prévean, sin perjuicio del control judicial del principio de legalidad, la posibilidad de que el tribunal desestime la denuncia, querella o prevención, "cuando los hechos referidos en ella[s] no constituyan delito" (CPP Nación, 180, III; CPP La Rioja, 206), pero la mayoría de los códigos modernos, con una fórmula mezquina, sólo permiten el archivo de la denuncia "cuando el hecho en ella contenido no encuadre en una figura penal" (CPP Córdoba, 334; CPP Mendoza, 206, II; CPP Salta, 205, II; CPP La Pampa, 187, II; CPP Corrientes, 204; CPP Entre Ríos, 203, II; CPP Tucumán, 332; CPP Costa Rica, 188).

Una denuncia que coloque como hipótesis una acción típica, pero justificada (*A* dañó el poncho de *B* para apagar un incendio en su casa), o inculpable, no merece provocar el procedimiento de verificación. En verdad, la fórmula se debería extender a todas las condiciones de la punibilidad cuando, con evidencia, el hecho no sea punible (por ej., *A* se apoderó de $ 100 de su cónyuge *B*; rige la excusa absolutoria del CP, 185, inc. 1).

II. En el Derecho positivo argentino, el *principio de legalidad* se apoya en el imperativo expuesto en el CP, 71: "Las acciones penales se iniciarán de oficio...". La falta de criterios de *oportunidad*, esto es, de autorizaciones, más o menos extensas, para prescindir de la persecución penal, según disposición del ministerio público, completa la regla: frente a la noticia de un hecho, eventualmente punible, perseguible por acción pública, es obligatorio promover la persecución penal y, tras el trámite procesal pertinente, arribar a la decisión judicial que solucione el caso según las normas del Derecho penal y ponga fin al proceso. En apoyo de este principio, precisamente, el CP, 274, amenaza penalmente al órgano estatal competente para la promoción y el ejercicio de la acción penal, cuando "dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes". Las leyes de procedimiento, como no podía ser de otra manera, respetaron el principio: "La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que *deberá* iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley" (CPP Nación, 5; CPP Córdoba, 5; CPP Santiago del Estero, 7; CPP La Rioja, 9; CPP Mendoza, 6; CPP Salta, 6; CPP La Pampa, 6; CPP Corrientes, 5; CPP Entre Ríos, 6; CPP Santa Fe, 8; CPP Tucumán, 5; CPP Costa Rica, 5).

III. La justificación para la vigencia del *principio de legalidad* no es demasiado clara. Desde el punto de vista especulativo, él deriva de la idea de la pena como expiación o retribución del crimen, esto es, de las teorías absolutas sobre la pena estatal, que legitiman el castigo sólo como mal inferido a quien había obrado mal (retribución) y lo

prescribían como de aplicación necesaria en los casos concretos; con ello proscribían todo fin utilitario para la pena estatal —también para el premio—, como, por ejemplo, disuadir al propio autor (prevención especial) o a otros (prevención general) para que observen un comportamiento adecuado al Derecho o eviten incurrir en comportamientos punibles, pues —según se observa— el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado —por el Estado— como medio para obtener un fin determinado[33]. Con el rechazo, al menos parcial, de las teorías absolutas o retributivas sobre la pena y el ingreso masivo de teorías utilitarias para legitimar la pena y acordarle su fin, el *principio de legalidad* pierde todo sustento ideológico; al contrario, es, precisamente, la utilidad, como fin y fundamento legitimante de la pena, la regla que justifica el principio opuesto, esto es, el principio de *oportunidad*[34].

Otro fundamento especulativo del *principio de legalidad* se vincula más próximamente al Derecho positivo y al Estado de Derecho. El principio de igualdad ante la ley (CN, 16), unido a la determinación legislativa de los hechos punibles (CN, 18 y 19), recomendaría que fuera la ley (el legislador), y no la decisión particular de los órganos (funcionarios) de la persecución penal, quien determine, en los casos concretos, cuándo una persona debe ser sometida a una pena o viceversa[35]. Sin embargo, aunque tal razonamiento deba ser tenido en cuenta para no crear fueros personales o provocar desigualdades raciales, religiosas, sociales o económicas, cabe advertir que estos principios funcionan, básicamente, como garantía frente al poder penal del Estado, esto es, como seguridades para el habitante de no ser afectado en sus libertades por ese poder, y aquello que se pretende con la aplicación del principio inverso, el de *oportunidad*, no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo, al evitar su persecución. No obstante, el fundamento aquí citado, aunque no logre cabalmente legitimar la persecución penal *obligatoria* del Estado, ha cumplido el papel de colocar al *principio de legalidad* en el lugar de una máxima fundamental del sistema, de modo que el de *oportunidad* funcione,

[33] Cf. KANT, *Metaphysik der Sitten*, § 49, nota general E, ps. 158 y ss.; HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 99, nota y complemento, ps. 186 y ss., en especial, p. 190.

[34] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 14, A, I, ps. 75 y siguiente.

[35] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 14, A, I, p. 76.

jurídicamente, como su excepción; y, más allá aún, ha obligado a que los criterios de oportunidad sean determinados legislativamente, a modo de autorizaciones para prescindir de la persecución penal en ciertos casos definidos por la ley, casos que sólo pueden ser definidos por características del hecho en sí —utilitarias, en todo caso—, sin crear prerrogativas personales, de raza, religión, sociales o económicas.

IV. Empíricamente, en cambio, se conoce que el sistema penal se aplica tan sólo a unos pocos hechos punibles, escasísimos frente al panorama general de la inobservancia a las normas del Derecho penal, y que la selección natural del sistema crea desigualdades notorias, criminalizando a un sector social —el menos favorecido, el de menores recursos— y descriminalizando a otro[36]. Las investigaciones empíricas han demostrado que la información externa, proveniente de las víctimas y los denunciantes, y la generada internamente por los órganos de persecución penal, a través de la observación propia dispuesta por la policía, es pobre, en relación al número de delitos realmente cometidos, circunstancia que produce la llamada *cifra negra*, difícil de establecer y que tantos problemas acarrea en el ámbito de la investigación empírica sobre la delincuencia o la desviación social (determinación de la reincidencia real, del nivel de selección que produce el sistema, etc.)[37]. Empero, más allá de ello, prescindiendo de esa cifra, investigaciones idénticas verifican que, aun ingresado el caso al sistema, la selección interna de los diversos segmentos que lo componen (policía, ministerio público, tribunales) también es enorme, hecho que presenta al procedimiento penal, criminológicamente, como un proceso de selección[38].

El proceso de selección comienza por los canales de información del sistema. La víctima o, en menor medida, los denunciantes que carecen de esa característica, principales fuentes de información[39], colocan el primer gran filtro, bien por falta de interés en la persecución penal o, incluso, por desconocimiento de haber sido afectados por un delito (piénsese, por ej., en la estafa de seguro). La información propia del sistema, generada por la policía, depende de decisiones políticas acerca de la utilización de los medios de que dispone, para combatir cierto tipo

[36] Cf. Kaiser, *Kriminologie*, 7ª ed., § 6, ps. 76 y ss.; Bernat de Celis, *La abolición del sistema penal contra la reforma*, ps. 116, y 127 y siguientes.

[37] Cf. Kaiser, *Kriminologie*, § 22, ps. 223 y siguientes.

[38] Cf. Kaiser, *Kriminologie*, § 18, 2, ps. 127 y siguientes.

[39] Cf. Kaiser, *Kriminologie*, § 18, 1, p. 124.

de delincuencia: tómese, por ejemplo, el tránsito o las drogas, áreas a las cuales, generalmente, se aplica con mayor vehemencia la observación policial. Pero el proceso de selección continúa, ya conocido el hecho, a través de los operadores del sistema penal. Así, se encadenan el rechazo de la información por parte de quienes deben recibirla, la cifra de los procesos con "autor desconocido", el bajo porcentaje de hechos aclarados o descubiertos (comprendiendo por ello la base mínima para formular acusación contra el autor o partícipe), y, de allí en más, la selección de los que, entre ellos, arriban a una condena. De ordinario se piensa, entre los cultores del sistema normativo, que la ley penal cumple toda la función de definición y, por ende, que la selección interna se realiza conforme a ella: ¡basta para ello afirmar la *legalidad* de la persecución penal y sentarse a esperar los resultados! La selección, sin embargo, depende también de un sinnúmero de factores ligados ante todo a la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles de los cuales se toma conocimiento, razón por la cual, necesariamente, la actividad persecutoria se concentra en ciertas áreas principales. La decisión depende de criterios más o menos formales, o del todo informales, no establecidos jurídicamente, sobre todo cuando se sostiene a rajatabla el principio de legalidad, incluso claramente ideológicos (como cuando se define el área geográfica o la clase de habitantes a las que se aplica con mayor fuerza la observación policial o el control social jurídico-penal)[40]; son criterios ordinarios de selectividad, por ej., la estimación del mayor o menor daño social, según apreciación de los órganos de persecución, el cálculo económico en virtud de la efectividad de la persecución penal; la persona del autor (los ya condenados o reincidentes, los disidentes, las capas más necesitadas de la población). Importante es advertir que, en todo caso, ya se produzca esta selección consciente o inconscientemente, lo cierto es que ella escapa a todo control jurídico y político, por los órganos de decisión de la justicia penal o por los que detentan el poder político, según criterios trasparentes y razonables.

Una idea de la selectividad del sistema está representada por el porcentaje de condenas que son obtenidas respecto de los casos ingresados a él, cifra que en la República Argentina, en el mejor de los casos, alcanza el 10 %[41]. Si ello aparece co-

[40] Cf. Kaiser, *Kriminologie*, § 18, 5, ps. 133 y siguientes.

[41] Cf. Cosacov, *El mito de la no impunidad*. Se puede hallar allí estadísticas específicas agrupadas por clases de delito y por zonas; la fuente utilizada fueron los anuarios del Registro nacional de Reincidencia y Estadística criminal y carcelaria y la investigación abarca un período de diez años (1972/82). La fuente no es demasiado confiable por varias razones: se nutre, a su vez, de dos fuentes de información, la policía para el ingreso al sistema, fuente que no sólo ignora los casos denunciados ante el ministerio público o las oficinas judiciales, sino que, además, es posible que excluya ciertos ingresos (por ej., los llamados casos N.N., de autor desconocido), y los tribunales para las condenas, con lo cual, por exclusión, se fija el porcentaje de las demás formas de terminación del procedimiento (absolución, sobreseimiento y archivo), dato que, en verdad, se desconoce. Cf. del mismo autor, en conjunto con Gorenc-Nadelsticher Mitrani, *Duración del proceso penal en México*, nº 12, la tabla 6, p. 68, que demuestra claramente la selección que opera durante el procedimiento.

Sobre las formas de selección, cf. Zipf, *Kriminalpolitik*, § 6, ps. 76 y ss. con un juicio final sobre los procesos de selección; Kaiser, *Kriminologie*, § 18, ps. 124 y ss., quien pre-

mo representativo para valorar el funcionamiento real del Derecho penal, cuánta mayor preocupación habrá que consignar si se conoce que esa selectividad se lleva a cabo en vigencia de una formulación extrema del *principio de legalidad*, como eje de la persecución penal, esto es, utilizando criterios que no están determinados centralmente por una autoridad responsable políticamente, sino que, antes bien, son impuestos individualmente por los operadores reales del sistema o, en el mejor de los casos, por los órganos conductores de los segmentos parciales que lo integran. De allí a la comprobación de la sectorización de la represión penal, dirigida fundamentalmente a minorías o a grupos marginados, sólo hay un paso[42].

3. Oportunidad[43]

I. Las indicaciones previas demuestran, al menos por la vía de la experiencia, que nuestro discurso jurídico (*principio de legalidad*) camina por una acera y la realidad (*principio de oportunidad*) transita por la vereda de enfrente y en sentido inverso; expresado de modo más directo: los juristas sostienen, especulativamente, el *principio de legalidad*, como criterio de justicia rector de la persecución penal, y la práctica concreta selecciona de diversas maneras los casos a tratar y el tratamiento que reciben ya dentro del sistema, aplicando *criterios de oportunidad*. La razón de esta discordancia —prescindiendo del ingrediente ideológico y haciendo hincapié sólo en la *necesidad*— es siempre el aparato estatal, pues en la sociedad de masas que experimentamos, no tiene capacidad, por los recursos humanos y materiales de que dispone, para procesar todos los casos penales que se producen en su seno. Por lo demás, la selección resulta de la colisión de intereses, unos prevaleciendo sobre otros, según factores de poder y desigualdades reales, ponderación que no siempre se adecua a los valores jurídico-sociales declamados por el discurso jurídico y político, o al rango que ellos ocupan relativamente. Finalmente, la afirmación ciega del *principio de legalidad*, que vuelve la espalda a la realidad sin intentar dominarla o encauzarla, mediante la afirmación de criterios

senta el gráfico de la selección, en forma de embudo, desde el comportamiento conforme a derecho hasta la consecuencia jurídica del comportamiento punible (proceso de definición), y contiene cifras comparativas de la República Federal de Alemania y de algunos países extranjeros.

[42] Cf. ZIPFT, *Kriminalpolitik*, § 6, p. 83; BERNAT DE CELIS, *La abolición del sistema penal contra la reforma*, p. 116; KAISER, *Kriminologie*, § 18, 4 y 5, ps. 132 y siguientes.

[43] Una monografía actual cercana a nuestra influencia cultural, que toca además el problema penal de la *criminalidad de bagatela* y describe las experiencias de Alemania y España: ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*.

de oportunidad por vía legislativa y la atribución de responsabilidad política y jurídica al órgano encargado de definir y aplicar esos criterios, provoca graves disfunciones en el sistema, a más de las ya naturales en él, derivadas de los distintos sectores que lo operan: la selección se oculta o se disfraza, por el peso de la regla de legalidad; carece, por tanto, de transparencia y encubre, algunas veces, actos deshonestos y, otras, un trato desigual del sistema a quienes lo sufren, contrario al Estado de Derecho; todo el procedimiento, por lo demás, impide fijar la responsabilidad de los órganos que operan la selección.

La disfunción alcanza, también, al análisis especulativo de la función del proceso penal y de la pena estatal. Si ya no es concebible —ni posible— que la pena se dedique al fin exclusivo de retribuir la culpabilidad del agente (expiación del delito) y menos aún como única forma de recomponer el orden jurídico, sino que se sostiene para ella fines utilitarios, como el papel de *integración* social que cumple la definición de los comportamientos punibles, sería un contrasentido aplicar la pena a una gran cantidad de integrantes de una sociedad, posiblemente la mayoría, desintegrándola de hecho.

La aplicación del *principio de oportunidad* —es claro— se puede ligar, con facilidad, a teorías utilitarias sobre la legitimación o el fundamento, el fin y los límites de la pena estatal. Me refiero, por ejemplo, a la *prevención general positiva*, que procura legitimar la pena a través de la necesidad de recordar los valores (bienes jurídicos) convencionalmente admitidos como base de la integración social, confirmando la vigencia de las normas que los establecen, fin que se alcanza por imposición de la consecuencia jurídica tan sólo a algunos hechos disvaliosos, sin necesidad de pretender que todos ellos sean alcanzados por la pena[44]. De la misma manera se puede vincular el *principio de oportunidad* a propósitos político-criminales utilitarios, como la descriminalización y criminalización de comportamientos, o el intento de derivar comportamientos punibles hacia formas de tratamiento del conflicto y soluciones extrapenales (*diversion*)[45].

Conforme a ello, la afirmación del *principio de oportunidad* no resulta una postulación injusta, por referencia a la *igualdad ante la ley* de todos los habitantes, propia del Estado de Derecho, sino, por el contrario, un intento por conducir la selección según fines concretos

[44] Sobre la prevención general positiva, cf. Mir Puig, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*; críticamente, Baratta, *Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*.

[45] Cf. Kaiser, *Kriminologie*, § 20, 3.8., p. 183; Zipf, *Kriminalpolitik*, § 5, 3.3 y 4.4, ps. 73 y ss.; *Decriminalización*, cap. X, p. 161. En este sentido, para la criminalidad de bagatela, Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, ps. 25 y siguientes.

(uno de ellos puede ser, precisamente, corregir la aplicación práctica desigual de la ley), sin dejarla abandonada al arbitrio o al azar. *Oportunidad* significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.

II. Desde este punto de vista, existen dos modelos generales de aplicación de criterios de oportunidad. Para el primero, la oportunidad es la regla, elevada a principio rector de la persecución penal. Hay países donde domina esta regla, en especial en el Derecho anglosajón trasladado a los Estados Unidos de América; ellos desconocen el principio de legalidad y, seguramente, verían amenazados los cimientos de su sistema de administración de justicia penal si adoptaran, aun parcialmente, reglas de legalidad; la fuerza de esa conclusión es tan vigorosa, que el poder de selección reside en el ministerio público (también en la policía que interactúa con él en la persecución penal) y es *inherente* a él, como son discrecionales los actos de gobierno del Poder Ejecutivo, con fundamento en el principio constitucional de separación de los poderes; la razón práctica también es incontestable: con esa arma el ministerio público gobierna el proceso penal y su forma concreta (a través de herramientas que, de conformidad con el perseguido, le permiten variar la naturaleza del procedimiento, para abreviarlo: *plea bargaining, guilty plea*), y armonizar sus posibilidades concretas de perseguir penalmente con eficiencia (número de procesos y complejidad), con los recursos personales y materiales de la administración de justicia en general, "en el marco una estrategia concreta y directa para la mejor y más eficaz aplicación de la ley"[46].

Existen países, en cambio, cuya tradición cultural ha afirmado el *principio de legalidad*. Nuestro país es uno de ellos, pues su Derecho

[46] Cf. CORBI, *Obbligatorietá dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, ps. 1048 y ss. Desde el punto de vista de ese sistema, mirando hacia nosotros, cf. GOLDSTEIN-MARCUS, *The myth of judicial supervision in three "inquisitorial systems": France, Italy, Germany*; también, GOLDSTEIN, *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos*, donde ensaya la descripción de los problemas que presenta la excesiva discrecionalidad del ministerio público en los EEUU. y sus posibles soluciones.

proviene, en gran medida, de los países centrales de Europa continental (España, Italia, Francia, Alemania), en los cuales, por una parte, la Inquisición hundió sus raíces fundamentales y, por la otra, tuvo mayor desarrollo la filosofía especulativa (KANT, HEGEL), contraria a la línea del utilitarismo y sentido común inglés. Sin embargo, incluso allí el predominio de la legalidad en la persecución penal no oculta, actualmente, la imagen sociológica del procedimiento penal como un *proceso de selección* real, ni la necesidad de conducir políticamente esa selección según *criterios transparentes de racionalidad e igualdad*, compatibles con las metas que procura el hoy llamado *Estado social y democrático de Derecho* (en el caso de las democracias actuales) y con un servicio de justicia estatal eficiente. De conformidad con ello, la *oportunidad* asume el carácter formal (jurídico) de una excepción a las reglas de la *legalidad*, que permite, en algunos casos definidos por reglas jurídicas, de modo más o menos abierto, prescindir de la persecución penal pública. Por razones culturales, estimo que éste es el único camino viable, en la actualidad, para una reforma de la legislación argentina.

La limitación de la persecución penal, por intermedio de los *criterios de oportunidad*, puede brindar una contribución útil a la solución de problemas actuales del sistema penal. Genéricamente expresado, dos son los objetivos principales para los que la aplicación de criterios de oportunidad se puede convertir en un auxilio eficaz: la *descriminalización* de hechos punibles, en un intento por evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación; la *eficiencia* del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, en procura del *descongestionamiento* de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad. Una breve exposición de ciertos criterios paradigmáticos será suficiente para indicar el camino.

A lograr esos fines se orientan ciertos criterios que aquí no es del caso indicar detalladamente. Se mencionan como ejemplos en los que prevalece el primer fin, los que siguen. El concepto de *adecuación social del hecho* como expresión de un comportamiento que no aparece como socialmente desviado, pero que, sin embargo, es subsumible en la descripción formal —abstracta— de un tipo penal, debatido sin mayor fortuna en la dogmática penal, se puede trabajar, por la vía de

la oportunidad en la persecución, desde un punto de vista diferente, más efectivo y, quizá, más justo[47]. Toda prohibición, todo mandato, por ser la descripción abstracta de un modelo de comportamiento que sólo puede alcanzar su realización concreta en el futuro, necesariamente abarca una serie de comportamientos que, o bien no tuvo en cuenta el legislador o, inclusive, quiso dejar fuera del ámbito del comportamiento punible[48]. Ahora bien, si un hecho no debe ser punible por su adecuación al sentimiento generalizado del buen proceder, o del obrar fuera de la zona del comportamiento socialmente desviado, no resulta en manera alguna necesaria la sentencia de absolución, como modo de expresión de ese juicio, sino que, antes bien, el omitir la persecución penal es una manera más equitativa y práctica para resolver el caso, a la par que una colaboración efectiva para la descriminalización del comportamiento y el descongestionamiento de una justicia penal abarrotada de trabajo inútil.

El mismo tipo de razonamiento conduce a aplicar un criterio idéntico para situaciones en las que el Derecho penal excluiría la pena, si pusiera en práctica un programa correcto de descriminalización mínima de comportamientos. Ingresan por esta vía: la *importancia ínfima* del hecho (delitos de *bagatela*) y la *culpabilidad mínima* del autor, formas de realización insignificantes de tipos penales que merecen ser derivadas a otras formas de control social[49], la *retribución natural* que el propio autor sufre como resultado de su propio comportamiento desviado y que supera con creces la pena que se puede esperar de su persecución penal.

En cambio, se orientan hacia la eficiencia del servicio judicial: la posibilidad de prescindir de la persecución penal de un hecho punible o de un partícipe en él para procurar éxito en la persecución de otro hecho o de otro partícipe, ya porque este último hecho es valorado como considerablemente más grave que aquél del cual se prescinde (caso de la extorsión, por amenaza de denuncia de un hecho punible menor, perpetrado por el extorsionado), ya porque interesa arribar a la condena de uno de los partícipes, para lo cual resulta imprescindible que el otro auxilie la averiguación (caso del cohecho y de la persecución imprescindible de los funcionarios públicos desleales); criterios similares, como el *arrepentimiento activo*, conocidos ya por algunos institutos de la ley penal (CP, 217, e, incluso el desistimiento de la tentativa, CP, 43), hallan una solución sencilla por la vía del principio de oportunidad; la posibilidad de suspender la persecución de algunos hechos o de partes separables de un único hecho, para dedicar todo el esfuerzo a perseguir con éxito el hecho punible más grave, o el mejor probado, cuando aquello de lo que se prescinde no influirá considerablemente en la pena que se espera, con la facultad, incluso, de retomar la persecución penal suspendida, en un tiempo razonable, si fracasa la intentada originariamente; se agrega a esos criterios aquellos que autorizan a prescindir de la extradición (activa) o a conceder, sin

[47] Sobre *adecuación social del hecho*, cf. FIORE, *L'azione socialmente adecuata nel diritto penale*.

[48] El caso de la pequeña dádiva que, para Navidad, los vecinos acostumbran a dar al recolector de basura o al cartero en la República Argentina, como premio por los servicios cumplidos durante el año; cf. BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., § 5, B, p. 46.

[49] ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*.

más, la extradición (pasiva), prescindiendo de la persecución penal nacional, cuando el reo es perseguido o ha sido condenado en un país extranjero y la pena impuesta o que se espera de la persecución nacional carece de importancia en relación a la pena impuesta o que se espera de la persecución penal en el extranjero; por esta vía se puede también arribar a acuerdos razonables con aquellos países en los que rige el principio de la nacionalidad activa, o inclusive, de la pasiva, como criterio de vigencia de la ley penal, prescindiendo de la persecución penal nacional y liberando, por extradición, la persecución penal extranjera (por ej., para el caso de nacionales de países extranjeros sin ciudadanía argentina o una vez cancelada esta última ciudadanía).

La llamada suspensión de la persecución penal para el sometimiento a prueba del imputado (*diversion*, aquí conocida como *probation*), método que permite, con la conformidad del perseguido, evitar su persecución y la condena eventual, si demuestra —durante un plazo razonable— que se puede comportar conforme a Derecho (fin preventivo especial alcanzado sin sanción formal), bajo la amenaza de retomar su persecución penal si se aparta considerablemente de las instrucciones y advertencias impuestas (por ej., comete un nuevo delito), es otro de los criterios que puede servir de auxilio considerable para el descongestionamiento del servicio judicial, con ventajas apreciables para el transgresor (en especial, la omisión de etiquetamiento formal y del ingreso a los registros penales)[50]. Además, si una de las condiciones para prescindir de la persecución penal reside en la reparación del daño causado, se puede lograr por esa vía otro objetivo plausible: auxiliar a la víctima. El instituto ha sido introducido en nuestro Derecho penal recientemente (CP, 76 *bis* y ss: reforma sancionada por la ley nº 24.316, anticipada, incluso, por el CPP Nación, 293 [modificación del proyecto original introducida en la sanción legislativa]).

Según se observa, todos estos criterios de selección, a pesar de que cada uno se dirige, principalmente, a una de las metas propuestas, son útiles para lograr los dos objetivos; ello porque, si descriminalizamos comportamientos, o los tratamos por una vía que, frente al Derecho penal tradicional, se puede considerar informal, conseguimos, al mismo tiempo, descongestionar útilmente la administración de justicia, seleccionando aquellos hechos incuestionablemente necesitados de la persecución penal.

En este mismo sentido, es preciso estudiar criterios de *privatización* del Derecho penal, hoy afectado por una verdadera "inflación sancionatoria", que supone el "interés público" del resguardo penal, sin explicación alguna. Ello es producto de la excesiva confianza cultural en la *pena estatal* como sistema de solución de los conflictos sociales, por una parte, y de la tendencia de los estados nacionales al Estado gendarme, es decir, hacia su génesis, con sistemas de control social que sólo funcionan cuando un interés real, que el Estado hace propio, lo reclama; por cierto, no siempre el más justo en el sentido de la igualdad de los habitantes frente a la ley. Un regreso, al menos parcial, a ciertas formas antiguas de solución de los conflictos sería deseable. Si se acepta esta dirección política, se debería pensar, en primer lugar, en la posibilidad de "privatizar" la persecución penal ampliando los criterios que hoy imperan para conceder a la víctima o sus sustitutos poder sobre la realización del Derecho penal; el "interés público" real —no presupues-

[50] Cf. MARINO, *Suspensión del procedimiento a prueba*, ps. 29 y siguientes.

to— podría operar como correctivo para el ejercicio de la acción pública en esos casos o, de otra manera, condicionar, de manera más general, la asunción de la persecución penal estatal, librada, en caso contrario, a la acción de los particulares. Más allá de ello, resulta necesario repensar la reacción estatal desde el lado de la víctima, hoy convidada de piedra a la mesa del Derecho penal, al punto de que la solución correcta del caso impide en muchas ocasiones una reparación adecuada; más aún, ignora la necesidad de esta reparación, y coloca a la pena estatal como interés prevaleciente. Pensando en la reparación a la víctima, incluso por el método más correcto, el regreso al *status quo ante*, cuando es posible, se puede favorecer también ciertas formas de solución del conflicto social que no significan, culturalmente, aplicación del Derecho penal (*diversion*), de manera de colaborar, efectivamente, con la descriminalización de comportamientos y con el auxilio a la persona más necesitada cuando sucede una acción ilícita. En este sentido, la intervención de la víctima en la exposición y solución del conflicto por medios diversos al de la pena estatal sería deseable. Incluso sería deseable que los órganos de persecución penal estatal variaran el sentido de sus rutinas, prestando un auxilio efectivo a las víctimas (por ej., para preparar sus exigencias reparatorias), antes que trabajar exclusivamente para perseguir la pena estatal. Un Derecho "penal" que acentúe su interés por regresar al momento anterior al delito, con la colaboración del infractor, cumpliría su función social, solucionar conflictos sociales, de manera más acorde a su propio fin. Es plausible, por ejemplo, condicionar la suspensión del procedimiento a prueba y, en definitiva, la exclusión del juicio, la condena y la pena, a la reparación del daño provocado, en la medida y forma posibles (CP, 76 *bis* y ss.). A ello tiende la solución de la ley penal tributaria, que introdujo en nuestro Derecho penal, de manera paradójica, la cuestión de la *reparación* como *tercera vía* o tercera consecuencia jurídico-penal: ella se refiere, categorizada de modo muy general, a los mecanismos por los cuales se permite prescindir de la persecución penal en casos determinados a pesar de hallarnos frente a una hipótesis concreta de criminalidad y de la ausencia de una causa de exclusión tradicional de la pena[51].

Observada desde este punto de vista, la propuesta política que afirma la *oportunidad* en el ejercicio de la persecución penal no es más

[51] Resulta paradójico que el Estado, cuando aparece en posición de víctima, v. gr., en los delitos fiscales, prefiera la reparación —cumplimiento de la obligación tributaria o previsional omitida— a la pena (ley nº 23.771, 14), y que, en otros casos, en los cuales el mismo Estado no es el portador del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, rechace esta solución. El caso de esta regla ha sido tratado, con cierta ligereza, como uno de los exponentes del principio de oportunidad: CHIARA DÍAZ, *Ley penal tributaria y previsional nº 23.771*, cap. XV, ps. 229 y ss.; en verdad, forma parte de los mecanismos de simplificación del rito penal, en materia de Derecho procesal penal, y, antes que ello, del movimiento que pretende establecer la *reparación* como *tercera vía* del Derecho penal (ROXIN, *Strafrecht*, § 3, III, p. 47 [versión castellana parcial: *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*]; *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, [versión castellana: *La reparación en el sistema de los fines de la pena*]; MAIER-BOVINO, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771*). El mecanismo resulta, así, un pariente del principio de oportunidad, que, sin embargo, no coincide en su formulación básica, ni, necesariamente, persigue fines idénticos.

que una de las herramientas para racionalizar el sistema. Si la selección de comportamientos que, a través del proceso penal, se terminarán de definir como criminales, es un hecho irreversible, la única propuesta posible consiste en operar racionalmente, con la mira puesta en fines políticos de importancia para un Estado de Derecho. Es por ello que el procedimiento de selección formal adquiere importancia fundamental[52].

Entre nosotros, la regulación legislativa de los criterios de selección puede servir de auxilio efectivo para corregir disfunciones del sistema penal. En primer lugar, puede ser una herramienta eficiente del *principio de igualdad*, al corregir el efecto selectivo clasista de un sistema formal que, adherido al principio de legalidad, ignora por completo su propia selectividad real. En segundo lugar, contribuirá a la *transparencia* del sistema y de la forma, modo y efecto con los cuales se opera la selección, hoy ocultos tras fundamentos aparentes, cuando no hipócritas o hasta sin fundamentos visibles. Esa transparencia contribuirá claramente a la necesidad de *control jurídico y político* de la selección y, con ello, a fijar la *responsabilidad* de los órganos y funcionarios competentes para decidirla, hoy también oculta bajo formas que sólo adhieren formalmente al principio de legalidad. Por último, se podrá orientar la selección hacia fines político-utilitarios plausibles para un Estado (social y democrático) de Derecho, según lo explicamos, en lugar de abandonarla al criterio directo del funcionario que la opera de hecho o a las circunstancias (temporales, personales, etc.) que rodean al caso concreto.

D. LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD COMO META DEL PROCEDIMIENTO PENAL
(Principio de la verdad real o material)

1. Concepto de verdad

I. Desde el punto de vista del conocimiento histórico, reproductor de objetos reales, que existen en el tiempo y en el espacio, *verdad* es

[52] Se discute, también, el modo jurídico con el cual estos criterios deben incorporarse a la legislación. GUARIGLIA, *Facultades discrecionales del ministerio público e investigación penal preparatoria: el principio de oportunidad*, nota nº 29, p. 93, ha parafraseado la opinión de ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 125, para el cual la magnitud que alcanza la selección dentro del procedimiento penal resulta imposible de canalizar por vía del principio de oportunidad, razón suficiente del criterio que propone para que estas excepciones al principio de legalidad no queden libradas a los órganos de persecución penal: se las debe formular como impedimentos procesales generales.

la *relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado*. Si no nos referimos al pensamiento motor, creador de objetos (caso del conocimiento matemático), sino al pensamiento reproductor, copiador de objetos reales, el concepto de *verdad* alude siempre a una *relación de conocimiento*, la que se establece entre un *sujeto cognoscente* y el *objeto conocido, o a conocer, trascendente a él*. Desde este ángulo de observación *verdad* es, entonces, *la representación ideológica correcta de una realidad ontológica*[53].

Éste es también un concepto cultural, para el caso, el de la teoría del conocimiento actual o el de nuestra cultura. Históricamente, no siempre predominó este concepto de verdad y menos aun en el procedimiento penal. Recuérdese la base ideológica del oscurantismo inquisitivo —fin de la Edad Media y Edad Moderna— que no permitía, normativamente, recurrir a la observación y a la inducción para conocer y formular leyes sobre la realidad natural, sino que acudía invariablemente al conocimiento revelado, por vía de principio, para deducir de allí la verdad. Son innumerables los casos de herejía que merecieron, incluso, condenas capitales, fundadas en la discordancia entre el conocimiento alcanzado por vía de la observación y el que se deducía de principios generales preestablecidos autoritariamente, de los cuales los más conocidos pertenecen a la Inquisición eclesiástica del cristianismo: Giordano BRUNO y Galileo GALILEI.

Desde el punto de vista del Derecho procesal penal, recuérdese que el procedimiento germano, anterior a la formación del Estado nacional moderno, y, en general, todo procedimiento para dirimir conflictos en sociedades primitivas (locales), carentes de un poder político central fuerte, claramente estructurado como autoridad e instancia de control social, recurría para solucionar los conflictos interindividuales, las ofensas, a la confrontación entre las personas o grupos en pugna, en espera de que la divinidad, mediante el triunfo en la confrontación, indicara la decisión justa del caso, es decir, al vencedor. Las ordalías, los juicios de Dios y el combate judicial son ejemplos de esta forma de proceder[54]. No es ajeno a este método la confrontación directa de intereses que se produce en nuestro litigio de Derecho privado actual, ni ciertas formas de administración de justicia carismáticas (el ejemplo bíblico del rey SALOMÓN y los círculos de tiza de BRECHT).

II. Según se ha definido, *verdad* representa un *juicio* sobre una *relación de conocimiento*, esto es, el juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer ha culmina-

[53] Cf. HESSEN, *Tratado de filosofía*, Libro 2º, II a IV, ps. 223 y ss.; ROMERO-PUCCIARELLI, *Lógica*, 16ª ed., cap. VIII, nº 85, ps. 110 y ss.; TENCKHOFF, *Die Wahrunterstellung im Strafprozeß*, ps. 95 y ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cap. I, ps. 20 y ss.; en el Derecho argentino trabajan con este concepto, VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 185 (ver nota al pie nº 17) y CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 320, p. 436, y nº 352, p. 481; CAFFERATA NORES, *La prueba*, p. 6.

[54] Sobre la definición de *verdad* como concepto cultural, cf. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, § 16, III, nº 3, ps. 179 y siguientes.

do con éxito, conforme a su finalidad, pues existe *identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo, como realidad ontológica*. Se trata, pues, de una noción que no se agota en la definición objetiva de lo que significamos cuando empleamos el concepto, sino que, antes bien, contiene una noción subjetiva, psicológica, relativa al sujeto cognoscente (o a otro que critique su afirmación), por la cual se expresa el éxito o el fracaso de la actividad emprendida, conforme a su finalidad[55].

Por lo demás, el fracaso se puede medir en términos absolutos (falta de éxito, por no haber alcanzado la finalidad de la acción emprendida, conocer la verdad), pero también se puede medir en términos relativos, según que el resultado de la actividad emprendida se haya aproximado, en más o en menos, a su finalidad, es decir, a conocer la verdad o a la verdad misma, como juicio sobre la relación de conocimiento. En este último sentido se discurre cuando la teoría y la práctica utilizan los conceptos de *certeza, probabilidad* y *duda*[56].

Certeza expresa el juicio positivo del sujeto cognoscente acerca del resultado de la actividad cognoscitiva: quien conoce está convencido de haber alcanzado la finalidad de la acción, esto es, de conocer la verdad. *Probabilidad* significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella. La *duda* representa, en cambio, una posición subjetiva del sujeto cognoscente que se ubica en la antípoda de la certeza; él reconoce el fracaso absoluto de su intento por conocer la verdad; se halla en un estado de perplejidad total frente a ella, proveniente del fracaso de su acción por conocer, que no le permite afirmar nada cierto o probable sobre el objeto a conocer.

El conocimiento histórico —que de ello se trata— busca reconstruir en el presente un hecho sucedido en el pasado, eventualmente con todas sus circunstancias objetivas y subjetivas, o un estado de cosas

[55] Cf. TENCKHOFF, *Die Wahrunterstellung im Strafprozeß*, ps. 97 y siguientes.

[56] Cf. ROMERO PUCCIARELLI, *Lógica*, cap. VIII, nº 86, ps. 115 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 344 y ss.; t. II, p. 200; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, nº 328 y s., ps. 446 y ss.; TENCKHOFF, *Die Wahrunterstellung im Strafprozeß*, ps. 99 y ss.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 24, A, p. 152.

existente con anterioridad: averiguar, entonces, si el hecho ocurrió (¿SAN MARTÍN cruzó los Andes?), sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, o si el estado de cosas existió (¿la cordillera de los Andes era ya una realidad en esa época?). Trabaja, para ello, con una hipótesis a verificar, que se afirma como tal, y se vale de los rastros (pruebas) que han perdurado en el tiempo como reflejo del hecho o estado que se pretende averiguar. La hipótesis a verificar, por lo demás, puede ser positiva o negativa, esto es, se puede intentar averiguar si algo existió o, al contrario, si no existió (por ej., si una acción determinada se llevó a cabo o si se omitió una acción). Sobre la base de los rastros, valorados según un método, se alcanza el resultado del esfuerzo por conocer, el éxito o el fracaso, total o parcial.

Frente a un acontecimiento a averiguar, los tres estados o grados subjetivos respecto de la verdad se comportan de diferente manera. Prescindiendo ahora del signo positivo o negativo de la hipótesis en crisis, la *certeza* y la *probabilidad* son estados *bipolares*, pues la indagación sobre un hecho puede arrojar como resultado que la hipótesis existe, ciertamente, o que no existe, con idéntica certeza, que el hecho es probable o, al contrario, que es improbable. Designamos como *certeza* o *probabilidad positivas* a aquella posición subjetiva del sujeto cognoscente que confirma la hipótesis a averiguar o tiende a esa confirmación, según el grado de conocimiento alcanzado, respectivamente; mencionamos como *certeza* o *probabilidad negativas* a la posición subjetiva del sujeto cognoscente que no verifica la hipótesis o que tiende a su rechazo, conforme al grado de conocimiento alcanzado. La *duda*, en cambio, por definición, representa un estado neutro, sin salida posible, pues expresa el fracaso absoluto del intento por conocer, la imposibilidad de emitir un juicio de certeza o probabilidad, positivo o negativo, sobre la hipótesis objeto de la averiguación.

El procedimiento judicial es, en gran medida, un método, regulado jurídicamente, de investigación histórica, precisamente porque uno de sus fines, según veremos, consiste en el intento de averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica, positiva o negativa, que constituye el objeto del procedimiento. Son aplicables a él, por tanto, todas las categorías sobre las que antes discurrimos. El transporte esquemático se puede sintetizar como sigue. Si quien juzga —en el sentido de quien emite un juicio, por tanto, también el acusador, el defensor o cualquier intervieniente en el procedimiento—, a mérito de la prueba incorporada, queda convencido de que la imputación es correcta, total o parcialmente, en el sentido de que confirma la hipótesis, total o parcialmente, alcanzará la *certeza positiva* sobre tal impu-

tación o, al menos, sobre una parte de ella; si, en cambio, sobre la misma base, rechaza la imputación, total o parcialmente, con el mismo grado de certidumbre, diremos que alcanzó la *certeza negativa* acerca de la imputación o sobre una parte de ella; a tal contundencia de juicio se arriba porque prevalecen absolutamente en el ánimo del juzgador, siguiendo el método de valoración que la ley establece, los elementos de prueba que confirman la imputación o los que la rechazan[57]. De la misma manera ocurre con la *probabilidad*, conforme a su grado: es *positiva* o *negativa*, según que los elementos de prueba que confirman la hipótesis superen a aquellos que la rechazan, aunque sin descartar absolutamente la solución contraria, y viceversa. La *duda*, en sentido estricto, excluye esta polaridad, según indicamos, pues los elementos de prueba que confirman y rechazan la imputación, to-

[57] Esta es sólo una descripción formal: en este sentido, no representa más que a la exigencia de la experiencia subjetiva de *evidencia*, para el fenómeno psicológico del conocimiento. Cuál es el nivel material exigido para alcanzar esa evidencia, en el proceso penal (por ej., para condenar), teniendo en cuenta que el conocimiento de la verdad, como estado psicológico del sujeto cognoscente, admite graduación, es una pregunta abierta. Intuitivamente, *certeza* o *certidumbre* se diferencia cualitativamente de *probabilidad*, pero la diferencia no es tan notable si exigimos una *gran probabilidad*. La pregunta no puede obtener una respuesta matemática, graduada, por ejemplo, entre 1 y 100 para el conocimiento de la verdad, como escala de probabilidades. Cuando, como en el mundo moderno, se apela a la *libre convicción*, como método para la valoración de la prueba, fuente de convicción, el control en *casación* de la sentencia es el que marca la exigencia. Para este método la convicción de certeza no puede ser otra cosa que *disipación de dudas*, en el sentido expresado en el texto, dudas que, en todo caso, pueden ser reales (por existencia de otra u otras hipótesis) o meramente potenciales. Pero tal disipación de dudas no puede ser meramente subjetiva, en el sentido de una expresión de voluntad del juzgador, sino, antes bien, se debe objetivizar en una explicación racional acerca de los motivos de este proceso psicológico, con fundamento en la valoración de los elementos de prueba obtenidos conforme a la ley procesal (cf. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 37). La exigencia de *racionalidad* significa, a un mismo tiempo, observancia de las leyes del pensamiento (lógicas: identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente) y de las leyes científicas y de experiencia aceptadas generalmente en la actualidad (su observancia constituye un requisito de validez de la decisión; por tanto, su contradicción faculta a casarla, pues traduce arbitrariedad). Empero, tal objetivación de la convicción, de haber alcanzado la verdad, sólo brinda los límites de un acto eminentemente psicológico, razón por la cual no es posible evitar, en extremo, la influencia subjetiva de factores irracionales. Sobre ello, cf. Tenckhoff, *Die Wahrunterstellung im Strafprozeß*, ps. 101 y ss.; Peters, *Strafprozeß*, § 37, XI, ps. 255 y siguientes.

En el sistema *legal* de valoración de la prueba, en cambio, la ley pretende conducir la operación del sujeto que valora, fijando las pautas (reglas), positivas o negativas, sobre la base de las cuales se afirma o se niega la certeza o la probabilidad por vía de principio: por ej., dos testigos hábiles, contestes, prueban plenamente el hecho o circunstancia que refieren, o, negativamente, *unus testis, nullus testis*; la ratificación voluntaria de la confesión obtenida bajo tortura, veinticuatro horas después de la aplicación del tormento, prueba plenamente la participación del imputado en el hecho.

tal o parcialmente, están balanceados de tal manera, que impiden toda inclinación hacia uno u otro polo.

El alcanzar la *certeza* se valora como un éxito del procedimiento. No siempre, sin embargo, se alcanza la certeza, ni, en los distintos tramos que comprende el procedimiento, la certeza es su meta o el presupuesto a alcanzar para consolidar una decisión. Existen decisiones judiciales cuyo presupuesto es la *certeza*, otras cuyo presupuesto es la *probabilidad* y aun otras cuyo fundamento soporta varios grados de conocimiento sobre la imputación.

La *sentencia condenatoria*, por ejemplo, requiere la *certeza positiva* sobre todos los elementos de la imputación que en ella se afirman para fundarla. La *sentencia absolutoria*, por el contrario, se satisface con cualquier posición subjetiva respecto de la verdad que no sea la certeza positiva (*certeza negativa*, *probabilidad positiva* o *negativa* y la *duda* en sentido estricto). Las *medidas de coerción*, por ejemplo, el encarcelamiento preventivo, tienen como soporte la *probabilidad positiva* (procesamiento) y, al contrario, son excluidas si no se alcanza, al menos, esa posición (*falta de mérito*: *probabilidad negativa* y *duda* en sentido estricto)[58].

En ocasiones la ley no se refiere a estas posiciones subjetivas, en sentido estricto, ni coincide con estas nomenclaturas. El ejemplo académico lo constituye el principio *in dubio pro reo*, que no menta la duda en el sentido de las categorías estudiadas, sino que, según ya se advirtió, traduce la falta de *certeza positiva* sobre la imputación (*duda lata*); "duda y probabilidad excluyen la certeza sobre la culpabilidad del acusado, necesaria para condenar"[59].

Los códigos argentinos modernos, por ejemplo, requieren, para dictar la resolución de mérito (procesamiento) que, eventualmente, faculta a encarcelar preventivamente (prisión preventiva) al imputado, "que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste" (CPP Nación, 306; CPP Córdoba, 281; CPP Mendoza, 307; CPP Santiago del Estero, 258; CPP Salta, 307; CPP La Rioja, 327; CPP La Pampa, 285; CPP Corrientes, 303; CPP Entre Ríos, 302; CPP Santa Fe, 325; CPP Tucumán, 281; CPP Costa Rica, 286): aluden, indudablemente, a la *probabilidad positiva*, como fundamento de la decisión a la que hacen referencia, esto es, a la nece-

[58] Para el Derecho argentino, CAFFERATA NORES, *La prueba*, nº 5, ps. 8 y ss., presenta una descripción de lo que titula *Trascendencia de los estados intelectuales* (respecto de la verdad) *en las distintas etapas del proceso*, que pretende ser exhaustiva. Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 24, A y B, II, ps. 152 y s., quien menciona a la *probabilidad* (positiva), en el Derecho procesal penal de la República Federal de Alemania, como suficiente para el apartamiento de un juez, para justificar la reposición de un plazo o fundar el derecho de un testigo para abstenerse de declarar, al lado de otras decisiones sobre el objeto del procedimiento como, por ej., la orden de detención (prisión preventiva) o la apertura del procedimiento principal (juicio).

[59] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 200.

sidad de que el juez que emite la decisión funde la culpabilidad del imputado como partícipe en un hecho punible, con el grado de probabilidad.

La Ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania, § 112, exige también la *probabilidad positiva* para autorizar el encarcelamiento preventivo del imputado, en los siguientes términos equivalentes: "La detención preventiva puede ser ordenada contra el imputado si él es vehementemente sospechoso como partícipe en el hecho...". El presupuesto cognoscitivo es, entonces, exactamente el mismo que el de los códigos modernos argentinos.

Antiguamente, cuando se utilizaba el llamado sistema de *prueba legal*, característico de la Inquisición, las voces *prueba plena* y *prueba semiplena* aludían, respectivamente, a la certeza y a la probabilidad. El antiguo CPCrim. nacional (1889), vestigio de la última época de la Inquisición española, utilizaba esta terminología: así, los arts. 2, 4 y 366 empleaban el término *prueba semiplena*, para aludir a la probabilidad (en este caso, positiva) necesaria para encarcelar preventivamente; el art. 306, referido al valor de la prueba de testigos, contenía la antigua regla *unus testis, nullus testis*, propia del sistema de prueba legal, utilizando la voz *prueba plena* en el sentido de certeza (dos testigos hábiles, contestes y de buena reputación).

III. Como ya hemos dicho, el procedimiento penal es, en gran medida, un método regulado jurídicamente de investigación histórica, ya que uno de sus fines consiste en averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica que constituye el objeto del procedimiento.

Esta definición, sin embargo, simplifica de algún modo la clase de operaciones realizadas por los intervinientes en el procedimiento, ya que no sólo se halla en juego la hipotética reconstrucción de elementos fácticos, sino que también es necesario la valoración de esos elementos a la luz de principios normativos. FERRAJOLI analiza la estructura del razonamiento judicial y postula la existencia de tres inferencias. La primera de ellas es antecedente de la segunda, y ésta de la tercera. La primera es una inferencia inductiva cuya conclusión de hecho *CH* es que "*A* ha cometido el hecho *H*", y cuyo fundamento está constituido por el conjunto de pruebas válidamente introducidas al procedimiento. La segunda es una inferencia deductiva (o deducción jurídica) cuya conclusión jurídica *CJ* es que "*A* ha cometido el delito *D*", y cuyas premisas son la hipótesis *CH* y la definición jurídica "el hecho *H* configura el delito *D*". El tercero es un silogismo práctico cuya conclusión decisoria *CD* es la proposición "*A* debe recibir la pena *P*" y cuyas premisas son la tesis *CJ* y la norma "el que comete el delito *D* debe recibir la pena *P*"[60].

La exposición de FERRAJOLI es común, entre nosotros, para explicar el silogismo fundamental con el que se reconstruye la operación in-

[60] Cf. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, ps. 38 y siguientes.

telectual de la sentencia (o de cualquier decisión judicial, según sus presupuestos).

El camino que sigue el intelecto en esta reconstrucción del material fáctico y normativo que se utiliza en una decisión judicial es, sin embargo, bastante más complejo. Como un historiador, quien opera en un procedimiento judicial —básicamente, el juez—, recurre de manera múltiple a los hechos y al Derecho, tal como si recorriera un camino sinuoso cuya meta no es posible de alcanzar sin ciertas idas y venidas desde los conceptos hacia las realidades y viceversa. Todo historiador no describe el total de lo acontecido en el momento o época que desea reconstruir, sino que selecciona aquellos acontecimientos importantes, que interesan históricamente, según un principio que rige la selección; el mismo historiador, una vez que consigue conocer la realidad histórica, la hace comparecer frente a principios de selección que rigen su importancia histórica. Y ello sucede múltiplemente. En un hurto, por ej., el juez recurre, aun intuitivamente, a su definición básica (apoderamiento de una cosa ajena), para saber aquello que le interesa conocer de la historia. No le interesa si la cosa es pesada o liviana, grande o pequeña, o el color que posea. Una vez que conoce la realidad con esos límites, vuelve regularmente a los conceptos para aclarar ciertas dudas: por ej., ¿la electricidad es una cosa o está equiparada por la ley a ese concepto?; la cosa que parcialmente pertenece al autor y parcialmente a otra persona, ¿se debe considerar ajena?, ¿qué diferencia existe si el autor logra demostrar que, aunque la cosa es ajena, él la tenía, originariamente, con autorización de aquél a quien le pertenecía y lo único que hizo fue no restituirla?, etc. Estos caminos de ida y de regreso entre los conceptos y las realidades son, según se observa, múltiples y no alcanza la imaginación para desarrollarlos abstractamente: están regidos por el caso concreto a examinar. Supóngase, para mayor complejidad, el tratamiento de los delitos impropios de omisión o de los delitos culposos, en los cuales las definiciones conceptuales ocupan un vasto lugar.

Por lo demás, existen realidades normativas *per se*, como los elementos normativos o conceptuales que integran los tipos delictivos. Tómese como ejemplo la calificación de "mujer honesta" en el estupro (CP, 120), la misma "ajenidad" de la cosa en el hurto (CP, 162), etcétera.

IV. Es en el sentido expuesto que la teoría, la práctica y la misma legislación procesal penal utilizan el concepto de verdad y sus relaciones cognoscitivas referentes al juicio de verdad. Según dijimos, y según veremos, el proceso aspira a hacer esplender la verdad acerca de la imputación inicial: parte teóricamente de la *duda*, en sentido estricto, de una hipótesis a averiguar, y persigue incorporar la prueba necesaria para conocer la verdad.

Sin embargo, la doctrina, para caracterizar al proceso penal, ha distinguido dos tipos de verdades[61], la *verdad real* o *material*, que ad-

[61] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, § III, ps. 185 y s.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, ed. 1953, § 26, I y II, ps. 115 y ss.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, A, p. 84; DÖRING, *La prueba: su práctica y apreciación*, ps. 6 y ss.; TENCKHOFF, *Die Wahrunterstellung im Strafprozeß*, p. 97; MULLER, *Rechtsstaat und Strafverfahren*, G, 1, p. 182.

judica al proceso penal como ideal, y la *verdad formal*, que adjudica al proceso civil, como contraposición del primer concepto. Al mismo tiempo, la teoría se ha quejado del intento de establecer *dos tipos de verdad* o, mejor dicho, *dos conceptos diferentes de verdad*[62].

La distinción conceptual carece de sentido como fundante de dos conceptos distintos del significado con el que se utiliza la palabra verdad: tanto el Derecho procesal penal, como el civil (incluido todo procedimiento judicial), utilizan el concepto en el mismo sentido, antes señalado. Aquí no es del caso un análisis conceptual exhaustivo de las situaciones que presenta el procedimiento en materia de Derecho privado —ni tampoco en otras materias diferenciadas: procedimiento laboral, contenciosoadministrativo, etc.—; baste, por ej., citar el *fumus bonis iuris*, requisito de las medidas cautelares en materia procesal civil, equivalente al de la probabilidad que exigimos, en materia procesal penal, para el encarcelamiento preventivo. En realidad, las diversas situaciones que acaecen en cada uno de estos procedimientos sólo pueden ser distinguidas en virtud de las reglas específicas que, en cada procedimiento, gobiernan la forma de decidir cuándo no se arriba a la verdad (Derecho procesal penal: *in dubio pro reo*; Derecho procesal civil: *secundum probata partium*; Derecho procesal laboral: *in dubio pro operario*) o la exigencia determinada para cada tipo de decisión, la manera de delimitar la hipótesis acerca de la cual se pretende predicar verdad o falsedad (Derecho procesal penal: de oficio o por impulso oficial en los delitos de acción pública; Derecho procesal civil: *secundum allegata partium - ne eat iudex ultra petita partium*) o por último, el modo de incorporación de la prueba pertinente (averiguación oficial, incluso por el tribunal —Inquisición— en el Derecho procesal penal, excluida, por regla, del Derecho procesal civil)[63].

A la contraposición *verdad real - verdad formal* no se arribó por una discordancia conceptual, acerca de lo que *es* o significa la verdad, sino, antes bien, por contraposición entre formas jurídicas distintas del procedimiento judicial, gobernadas por principios diferentes. Suce-

[62] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, nota nº 17 al pie; MÜLLER, *Rechtsstaat und Strafverfahren*, ps. 180 y ss.; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, p. 17.

[63] Se podría decir que, en cierto sentido, toda verdad construida judicialmente es "formal", y que la diferencia no reside tanto en la definición del concepto de verdad sino, antes bien, en la manera en que los distintos sujetos intervinientes en el procedimiento operan para configurarla.

de, en realidad, que en el procedimiento civil la averiguación de la verdad aparece múltiplemente condicionada, jurídicamente, en relación a la reglamentación prevista por el Derecho procesal penal. En general, el tribunal que juzga un caso de Derecho privado, cuyo principio superior reside en la *autonomía de la voluntad particular* representa, por principio, el papel de un árbitro imparcial, que carece de poderes propios de instrucción (Inquisición); por ello él, por regla general, no se interesa por la averiguación por sí —autónoma— de la verdad acerca del objeto a conocer, para resguardo de su imparcialidad frente a intereses privados y como emanación de la naturaleza propia de los intereses en juego (esencialmente disponibles según el principio de autonomía de la voluntad particular). En cambio, el tribunal penal inquiere, para averiguar la verdad por sí mismo, en las oportunidades que la ley prefija y con los poderes específicos que la misma ley establece, regla cuyo fundamento político reside, precisamente, en la naturaleza pública de la pena estatal. Por otra parte, la injerencia de las personas en conflicto (partes) para fijar el objeto de investigación (*thema decidendum*), en los litigios de derecho privado, es muy distinta a la que poseen los intervinientes en un proceso penal, respecto del tribunal penal: según se trata de uno o de otro litigio, respectivamente, el tribunal carecerá de aptitud para fijar el objeto de la investigación y estará absolutamente vinculado por las afirmaciones de las partes, o, por el contrario, podrá intervenir, decisivamente, en la fijación de la hipótesis objeto de la averiguación.

Para no crear conflictos —innecesarios en esta indicación—, piénsese en la facultad del tribunal penal de incorporar —al menos— circunstancias excluyentes o atenuantes de la imputación o de la pena, por ejemplo, el error, la necesidad, la defensa, cualquiera que funde una causa de inculpabilidad o impunidad, o aquellas que privilegian la figura básica (la circunstancia temporal de que la madre mató a su hijo "inmediatamente después de dar a luz", para la figura básica del homicidio "con el fin de evitar su deshonra", CP, 81, inc. 2), aunque la defensa del imputado no las haya introducido.

El conflicto que mentamos se plantea con el principio *ne procedat iudex ex officio* o *nemo iudex sine actore*, que rige en ambos procedimientos, pero con un significado muy distinto. Mientras en el Derecho procesal civil tal principio tiene alcance material, en el sentido de que no es de competencia del Estado (judicial), por regla general, componer el conflicto más allá de como las partes que intervienen en él lo presentan, en el Derecho procesal penal él posee sólo alcance formal, en homenaje al principio de defensa, pero, también por regla general, es el Estado, aunque por otro de sus órganos, escindido del tribunal (el ministerio público), quien asume la imputación y, con ello, la delimitación del conflicto (hechos punibles de acción pública). El principio *ne procedat iudex ex officio* o *nemo iudex sine actore* sólo rige, en materia penal, para evitar que el tribunal tome partido *ab initio*, afirmando el tema de averiguación y de fallo, con lo cual pondría en peligro

su imparcialidad y tornaría impreciso el tema acerca del cual debe recaer la defensa (en fin, para, formalmente, encontrar un opositor para el imputado, que no sea el mismo tribunal); pero no rige para impedir la competencia del mismo Estado en el planteo del conflicto para que sea decidido judicialmente y en la fijación del tema a juzgar, cuando se trata de un interés público como el de la pena estatal, en los delitos de persecución penal pública.

La situación real no se modifica, sustancialmente, si se trata de delitos de persecución penal privada (CP, 73 y ss.). Es correcto afirmar aquí un interés privado preponderante; pero ese interés privado no oculta que el resultado eventual del procedimiento penal es una *pena estatal*, por ende, pública.

Por esta razón, también en estos casos se pretende la llamada *verdad real*, al menos desde el atalaya de observación de quien, eventualmente, puede llegar a sufrir la pena, esto es, desde el punto de vista del imputado. Así, aun en los delitos de persecución penal privada, el tribunal está autorizado a incorporar por sí mismo hechos o circunstancias que eliminan o atenúan la reacción penal o medios de prueba tendientes a verificar estos extremos, aunque el mismo imputado o su defensa no los haya invocado o propuesto, o, incluso, aunque los haya ocultado voluntariamente. El fundamento de la existencia de esa facultad es claro: la pena estatal no es disponible, ni siquiera en estos casos, de manera tal que el Estado está interesado en que no la sufra un inocente, ni siquiera voluntariamente.

En conclusión, *verdad real* y *verdad formal* no son significados que apunten a conceptos diferentes de lo que se entiende por verdad. Se puede decir que la diferencia estriba más en las formas con las que los diferentes procedimientos judiciales atacan la investigación de la verdad o en los condicionamientos formales para fijar el objeto de la averiguación y para incorporar el material necesario a fin de conocer la verdad histórica, que en el núcleo significativo del concepto. El Derecho procesal penal —y de allí su especificidad por vía de principio— *objetiviza* más la averiguación de la verdad que otras regulaciones jurídico-procesales, por la trascendencia que en él tiene el interés público (estatal), el cual desplaza al interés privado por la averiguación de la verdad.

En general, los demás derechos procesales *subjetivizan* la averiguación de la verdad o el interés por descubrirla, en mayor o menor grado, por la trascendencia que para ellos tiene el interés privado, que desplaza al interés público. Es por ello que, en doctrina, se suele reemplazar el nombre de *verdad real* o *material*, que caracteriza al proceso penal, por el de *verdad histórica objetiva* o, simplemente, por

el de *verdad objetiva*[64]. El carácter "objetivo" de la verdad no significa que ella sólo refiera a elementos fácticos, sin tener en cuenta los aspectos normativos que también configuran la verdad en el procedimiento, sino, antes bien, que su búsqueda no es "subjetiva" en el sentido de que no depende de la voluntad de los sujetos que intervienen en el procedimiento.

2. La verdad como objetivo del procedimiento

I. Es hoy un lugar común, entre los autores de Derecho procesal penal, describir uno de los fines o funciones del procedimiento como el hallazgo de la verdad objetiva, esto es, en otras palabras, como el conocer la verdad acerca de la hipótesis delictiva objeto del procedimiento, la imputación dirigida a una persona[65]. Sin embargo, esa función o finalidad del procedimiento sólo debe ser considerada como un *ideal*[66], esto es, como un objetivo al que tiende el procedimiento penal, que constituye una de sus razones de ser, pero que, en un proceso concreto puede no ser alcanzado sin que ese procedimiento carezca de sentido[67].

El procedimiento penal, en verdad, alcanza su objetivo aunque no se arribe al conocimiento de la verdad (no se alcance la certeza, positiva o negativa, sobre la imputación) y pese a que se conozca claramente esa situación. Desde el punto de vista social él está concebido como uno de los instrumentos para arribar a la *paz jurídica*, como un medio para lograr una solución acerca del conflicto social que está en la base de un caso penal, como una herramienta para poner fin a ese conflicto mediante una decisión dotada de la autoridad del Estado

[64] Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 353, ps. 482 y ss.; MAIER, *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. I, 2, C, c, ps. 57 y siguientes.

[65] Lo aclara, críticamente, MÜLLER, *Rechtsstaat und Strafverfahren*, G, p. 175 y HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, § 16, nº 4, ps. 182 y ss.; cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. III, 4, ps. 122 y ss., y cap. V, § III, ps. 185 y ss.; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, t. I, nº 320 y s., ps. 456 y s., nº 327 y ss., ps. 444 y ss., y nº 352 y ss., ps. 481 y ss.; aclaran la complejidad de metas del proceso penal, en ocasiones contradictorias y necesitadas de una ponderación en el caso concreto. HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, § 23, II, ps. 95 y ss.; PETERS, *Strafprozeß*, § 13, I, 4, p. 70; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, B, II, ps. 2 y siguientes.

[66] Sobre las proposiciones jurídicas como ideales, cf. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción a la metodología*, IX, ps. 225 y ss., aunque ellos tratan con *ideales racionales* y el que estudiamos constituye, claramente, un *ideal político* del sistema, consciente de que, en ciertos casos, no puede alcanzar la verdad histórica buscada.

[67] Cf. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cap. I, p. 24.

(método de control social). Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el proceso penal es el instrumento establecido por la ley para la realización del Derecho penal sustantivo y, por tanto, satisface su misión mediante la decisión que actúa —positiva o negativamente— la ley penal. En fin, la decisión penal puede ser incorrecta, desde el ángulo de observación relacionado con la averiguación de la verdad, incluso ser conocida esta circunstancia y, no obstante, ser alcanzada la finalidad social y jurídica del procedimiento judicial, hasta llegar a predicar que la decisión es perfectamente válida, aun desde el punto de vista jurídico[68].

Incluso, las reglas procesales prevén positivamente esta situación, pues, en materia de valoración de la prueba, indican cuál es la decisión que corresponde dictar (absolución), si, arribados al final del procedimiento, no se alcanza la *certeza* sobre la imputación (*in dubio pro reo*). Muchas situaciones internas del procedimiento son resueltas de la misma manera: cf., para ejemplo, las soluciones diversas de las leyes procesales cuando no se alcanza la *probabilidad* (positiva, en nuestro lenguaje) necesaria para acusar y abrir el juicio penal.

Más aún, según veremos enseguida, otras finalidades que le son adjudicadas al procedimiento (la protectora del imputado, como instrumento de realización de sus garantías fundamentales previstas en la Constitución) atentan directamente contra la efectividad de su función relacionada con la averiguación de la verdad.

Este ideal ha sido elevado, incluso, a la categoría de principio de garantía del individuo, sobre la base de la inversión del principio que HOBBES aplicaba a definir la legislación (*auctoritas non veritas facit legem*): *veritas non auctoritas facit iudicium*[69].

La verdad juega un papel preponderante en el esquema garantista que propone Luigi FERRAJOLI en *Diritto e ragione*. De acuerdo con su concepción, la verdad, es decir, la correspondencia aproximativa de una hipótesis con el objeto que refiere, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, constituye uno de los requisitos fundamentales que debe respetar un sistema de persecución penal adecuado a un Estado de Derecho y respetuoso de la dignidad humana. Desde este punto de vista, la verdad constituye una garantía del procedimiento, mientras que la característica de sistemas autoritarios es la de relativizar dicha correspondencia y sustituirla por consideraciones sustancialistas —por ej., características personales, tendencias, estado de peligrosidad— no verificables o falsables directamente. Inversamente, el procedimiento penal respetuoso de los derechos individuales constituiría no sólo una garantía de libertad, en el sentido de evitar la

[68] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, A, II, ps. 2 y siguientes.

[69] NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ps. 449 y s., con cita de FERRAJOLI, *Giustizia penale e democrazia. Il contesto extra-processuale*, p. 118.

privación arbitraria de derechos, sino también una garantía de verdad, en la medida en que sólo permite la imposición de una pena cuando el requisito de la correspondencia fáctica y jurídica es estrictamente observado[70]. Esta garantía de verdad es empleada por FERRAJOLI como medida de adecuación de todo el sistema penal (Derecho penal, Derecho procesal penal y Derecho de ejecución penal) a los principios humanistas que deben regirlo y, por ello, no se ciñe estrictamente a la verdad como objetivo del procedimiento[71].

Intuitivamente parece que la sublimación de este ideal, elevado a la categoría de máxima garantista, provoca ciertos desajustes. Pues, si así fuera, deberíamos cantar loas al inquisidor, tan preocupado de averiguar la verdad que casi no reconoció límite en pos de lograr el ideal. Este ideal sólo puede aparecer como principio garantista a través de otras máximas fundamentales que son, en realidad, las que le pueden conceder esa categoría. En un primer momento se sitúa el principio del *Derecho penal de acto*, que impide considerar como fundamento de la aplicación del poder penal por parte del Estado hipótesis no verificables totalmente, porque, en gran medida, corresponden al futuro y no representan acciones u omisiones pretéritas del autor en el mundo (*Derecho penal de autor* o *peligrosista*), o se trata, simplemente, de imputar la forma en que el autor conduce su vida (vagancia, mendicidad: *Derecho penal de carácter*). El principio del Derecho penal de acto tiene inmediata repercusión procesal: según lo dijimos, la verdad, aquí estudiada, se vincula a la reconstrucción de una acción, realizada u omitida por el autor, situada en el pasado, única cognoscible por el juez. Por último, todavía hace falta otro principio, esta vez de categoría procesal, para inferir que el conocimiento de la verdad puede, metafóricamente, ser considerado una garantía: se trata del *in dubio pro reo*, en tanto él exige que sólo la certeza sobre la atribución de un hecho punible a una persona funda la reacción penal; en todo otro caso resulta desplazada la aplicación del Derecho penal (absolución).

II. La prédica constante que concibe al procedimiento penal como un medio de conocer la verdad no puede ocultar, tampoco, que ese conocimiento, en todo caso, resulta muy limitado y condicionado por las propias reglas procesales, en definitiva, que el concepto de verdad que maneja el procedimiento penal, o, si se quiere, la *verdad procesal*

[70] Cf. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cap. I, ps. 8 y siguientes.

[71] Cf. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cap. I, ps. 1 y siguientes.

penal, es estrecho, parcial, restringido[72]. En general, las limitaciones y condicionamientos están vinculados a dos aspectos relacionados con la verdad: el primero, sobre el cual discurriremos inmediatamente, se vincula con el *objeto* acerca del cual se pretende afirmar verdad o falsedad; el segundo, al cual dedicaremos el próximo punto, tiene relación con los *instrumentos* o *medios* de los que se dispone para conocer (averiguar la verdad).

El orden jurídico penal, no sólo en virtud de reglas formales (de procedimiento), sino, principalmente, a través de reglas jurídicas materiales (de Derecho penal sustantivo), recorta el conflicto social que está en la base de todo caso penal, esto es, le pone límites a su estudio, la mayoría de las veces muy estrechos, al extraer de él sólo las notas o elementos que le interesan y expulsar de la investigación a aquellos que no le interesan. El Derecho penal procede a través de sus definiciones, generales y abstractas, de comportamientos prohibidos o mandados —uno de sus ideales: *nullum crimen, nulla poena sine lege*—, con ello, por medio de conceptos que, por definición, consisten en descripciones de elementos finitos, por ende limitados, del obrar humano, únicos que, necesariamente, cobran importancia para el Derecho procesal penal; define así, para el procedimiento, el *caso penal*[73]. Frente al concepto, el acontecer real, adornado con un infinito de elementos, notas y circunstancias características, el mundo concreto del obrar humano, de las cosas reales, singulares, a las cuales se les puede preguntar sin límites, se las puede conocer con una extensión ilimitada[74]; y es a este mundo real, precisamente, al que se refiere el conocimiento de la verdad al que aspira, como fin, el procedimiento penal. A pesar de ello, el Derecho procesal penal debe, necesariamente, acotar los límites de la investigación, precisamente a aquellos elementos de interés para solucionar el caso que le fija la ley penal, por cierto, muy estrechos. Los demás elementos del acontecer histórico le son indiferentes.

[72] Sobre las dificultades propias del procedimiento penal para la reconstrucción del hecho, cf. BINDER, *El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva y destructiva de la prueba penal*; ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*.

[73] Sobre esta característica de las figuras jurídicas, cf. SOLER, *La interpretación de la ley*, XVI, ps. 141 y ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cap. I, ps. 30 y siguientes.

[74] Cf. ROMERO-PUCCIARELLI, *Lógica*, p. 42, nombran a esta característica como *principio de infinidad de lo real*: "El conocimiento de estos objetos es por principio interminable...".

El *homicidio*, según la definición de la ley penal, consiste en la muerte de un hombre, provocada por otro ser humano. El concepto, cerrado por definición, contiene un número finito de elementos característicos, por cierto, muy escasos. No interesa, por ejemplo, el sexo de la víctima y el victimario, la posición social o económica de ambos, las relaciones entre víctima y victimario, la utilidad social de cada uno según su inserción en el seno de una sociedad determinada, las circunstancias témporo-espaciales o de vida en que cada uno se halla al acontecer el hecho, la raza, etc. Pero todo hecho real y concreto por el que un ser humano da muerte a otro está caracterizado por un número infinito de elementos o notas características: víctima y victimario pertenecen a un estrato social, a una determinada raza o religión, significan algo para la sociedad en la cual viven, se relacionan de alguna manera característica en su seno, etc. Sólo cuando la ley penal toma en cuenta alguna característica como importante para excluir, agravar o atenuar, genérica o específicamente, la reacción penal, esos elementos del hecho pueden entrar en consideración como objeto de averiguación en el procedimiento penal (por ej., la relación parental estrecha o la situación de indefensión de la víctima para agravar el homicidio, el estado de pobreza y la imposibilidad del autor para procurar su propio sustento o el de su familia, como circunstancia genérica para medir la pena). De otro modo, el acontecimiento queda absolutamente recortado como objeto de averiguación.

Los límites que se imponen como consecuencia de esta relación son, a pesar de lo que se puede pensar, muy estrechos. Cualquier regla jurídica, como concepto que es, por tanto abstracto y general, está constituida por una serie finita de elementos definitorios, únicos necesitados de averiguación en el caso concreto, para decidirlo; los demás, que efectivamente existen en la realidad concreta, son indiferentes, por efecto de la definición. Para no insistir con el Derecho penal, tómese un ejemplo del Derecho privado, a saber, la compraventa: sus elementos son dos o más expresiones de voluntad de seres humanos acerca de la transmisión del dominio sobre una cosa y el precio de la operación.

Es paradigmática la situación de la víctima en el Derecho penal, prácticamente indiferente para su regulación —salvo casos especiales que no tienen por misión, precisamente, ocuparse de ella— y desposeída de actuar e influir en la solución de su propio conflicto, a consecuencia de la afirmada naturaleza pública (estatal) del Derecho penal (en verdad, de la pena); incluso, cuando en el mundo real entran en conflicto el interés de la víctima por una determinada solución y la persecución penal estatal, esta última prevalece sobre aquél. Esos límites, por lo demás, no se refieren sólo al acontecimiento como tal, congelado en el momento de suceder, sino a las modificaciones de ese suceso y sus actores en el futuro, la mayoría de las veces escasamente importantes para la ley penal: en la práctica diaria se observa claramente este fenómeno en la conducta de la esposa, objeto de malos tratos (lesiones dolosas) por parte de su esposo, que, sin embargo, no soporta la idea de su encarcelamiento; o en la conducta del pariente, cónyuge o amigo, que no tienen interés alguno en la persecución penal de un delito culposo que lo afecta. Por fin, según se puede ya observar, esos límites están vinculados también al fin para el cual interesa conocer la verdad, pues al no entrar en consideración sino la respuesta punitiva, quedan de lado, ordinariamente, otras soluciones viables del conflicto (conciliación, compensación del daño, tratamiento terapéutico o educativo), que, indudablemente, influyen en los elementos que interesa cono-

cer. El *abolicionismo penal* ha denominado esta forma de actuación del sistema penal como *mecanismo reductor de la vida*[75].

Incluso por una razón política, el Derecho penal, conforme a su fin exclusivamente represivo o punitivo, debe, necesariamente, proceder según esta forma de reducción, pues de otra manera constituiría un instrumento represivo ilimitado de control social, en manos de la autoridad estatal. La cláusula de cerramiento del sistema —*nulla poena, nullum crimen sine lege*— es, precisamente, la que logra que prohibiciones y mandatos conformen, al menos como ideal, un sistema discontinuo de ilicitudes, para garantía de los obligados, de manera tal que el área de libertad —o de conductas permitidas— sea la regla y el área del deber y la ilicitud, la excepción (principio de reserva): acciones previstas expresamente por la ley como prohibidas o mandadas. Si el Derecho penal no procediera conforme a este mecanismo reductor, el orden jurídico carecería de un ámbito de libertad, reconocido positivamente, y extendería su acción a límites inimaginables. Todo ello, según se observa, es producto de la "pertenencia" del Derecho penal al Estado, como forma institucionalizada de control social, y de la única respuesta que él conoce, la punitiva, el arma más poderosa para ejercer ese control.

No sólo el ámbito de libertad, concebido como contrario al punitivo, es necesario para la convivencia humana según pautas culturales actuales, sino, también, un ámbito de *indiferencia jurídica*, representado por acciones u omisiones que no interesan al Derecho en general, dentro del cual el ámbito de la *privacidad* constituye una sublimación del principio que, incluso, excluye el poder penal del Estado.

Incluso la interpretación de las reglas del Derecho penal debe seguir, al mismo efecto, este mecanismo reductor (interpretación restrictiva), pues, si así no fuera, se arribaría también a fronteras inimaginables. Paradigmático resulta el ejemplo académico de la *causalidad* en la teoría del delito: si ese concepto se refiere al mundo natural no existe manera de cortar la cadena causal, de modo tal que el fabricante de automotores debería ser considerado autor de las muertes que, con sus automóviles, aunque conducidos por otro, se producen en la circulación vial, toda vez que eliminada su acción, el accidente no se hubiera producido; y tal imputación no tendría sólo un fundamento objetivo, pues, por experiencia, el fabricante conoce que algunos de los automóviles por él fabricados y vendidos provocarán, guiados por conductores imprudentes, estas muertes, desde el punto de vista causal fácilmente evitables: omitiendo fabricarlos. Todas las teorías que intentaron gobernar la relación causal entre la acción y el resultado —más complejo todavía: entre la omisión y el resultado no deseado— y hasta aquellas que operan con otro concepto (*imputación objetiva*), para expulsar el anterior de la teoría del delito, con todos sus inconvenientes, proceden por reducción.

A decir verdad, este proceso de reducción no se produce solamente en virtud de las normas —jurídicas o extrajurídicas—, sino que es propio del conocimiento humano sobre los hechos concretos, esto es, del conocimiento histórico. Sin discurrir ahora sobre la verdadera naturaleza y alcance del conocimiento histórico —registro del pasado o reelaboración del pasado desde el presente—, lo cierto es

[75] Cf. Bernat de Celis, *La abolición del sistema penal contra la reforma*, I, 2, ps. 122 y siguientes.

que todo relato histórico procede *por selección*. Según el ejemplo de Sebastián SOLER, "de la muerte de SÓCRATES nos quedan los relatos de CRITO y FELÓN. Nada sabemos de lo que decían MELETO y LICÓN, y poco sabemos de los infinitos hechos que ese mismo día ocurrieron en Atenas. Más bien deberíamos decir que de todos esos hechos solamente nos interesa la llegada de la barca sagrada de Delos que marca la hora de la muerte del filósofo. En cuanto a las palabras de MELETO y LICÓN casi preferimos no conocerlas. Hay una infinidad de hechos que nos son indiferentes y hay algunos que despreciamos, que sólo negativamente pertenecen a la historia y constituyen una especie de antihistoria. De todo lo que ocurrió ese día, hemos *seleccionado* unos cuantos datos, de los cuales la muerte efectiva e innegable de SÓCRATES constituye el núcleo central. De él parten, por decirlo así, cadenas o series de hechos que se sumergen en el anonimato y en la indiferencia, a medida que se alejan del hecho central"[76]. Se trata de un problema político, orientado por el fin que perseguimos, el de las fronteras que trazamos para nuestra averiguación y nuestro conocimiento, el responder a la pregunta de *cómo* efectuar la selección o reducción, que lleva implícita la pregunta acerca de los datos que nos interesa conocer. En Derecho penal y en nuestro sistema jurídico esa decisión política es tomada por quien legisla, reduciendo así el panorama de lo que interesa conocer en un procedimiento penal; más allá de ello, de lo que podemos, legítimamente, conocer.

De conformidad con lo explicado, el conocimiento al que aspira el procedimiento penal es limitado, recortado de la realidad, como si quien interviene en un proceso concreto debiera, previamente, colocarse anteojeras. Por ende, la verdad que pretende hallar es también limitada, recortada.

III. Con todo, aquí no finalizan las limitaciones del procedimiento penal para conocer la verdad. El propio método para emprender esta empresa plantea también limitaciones, que indicaremos después de advertir cuáles son los medios de que dispone para cumplir el fin propuesto por todos.

3. Los medios y métodos para averiguar la verdad

a) Concepto de prueba

De todos modos, aun con limitaciones, el procedimiento penal es, desde cierto punto de vista, un método regulado jurídicamente para averiguar la verdad acerca de una imputación. Con el fin de cumplir esa misión acude, de la misma manera que todo proceso de conocimiento histórico, a la *prueba*, por intermedio de la cual las personas que intervienen en él intentan lograr precisiones acerca de la hipótesis que constituye su objeto principal. En general, llamamos prueba

[76] Cf. SOLER, *La interpretación de la ley*, XVII, ps. 151 y ss., reproducción, p. 152.

a todo aquello que, en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto. Pero éste es sólo uno de los sentidos del concepto, pues también acudimos a él cuando pretendemos señalar el resultado de la actividad probatoria (por ej., el contenido de este documento *prueba* tal circunstancia o hecho). Es cierto, por ello, que "el concepto de *prueba* es la síntesis de diversos aspectos, pues la figura de la prueba es poliédrica"[77]. Sin embargo, en lo que ahora nos interesa, basta con aceptar el significado intuitivo, relacionado con conocer, comprobar, en fin, acercarnos a la verdad.

Bajo el concepto *prueba* se ocultan una serie de conceptos derivados o accesorios que ayudan a comprender su sentido. *Elemento de prueba* es el dato, rastro o señal, contenido en un medio de prueba ya realizado, que conduce, directa o indirectamente, a un conocimiento cierto o probable del objeto del procedimiento. *Objeto de prueba* es el tema probatorio, aquello que se pretende conocer mediante un medio de prueba, la materia sobre la cual recae la prueba, que, en el procedimiento, debe tener una relación directa o indirecta con el objeto del proceso (pertinencia); se indaga por él con la pregunta acerca de *qué* se quiere probar. *Medio de prueba* es, en el procedimiento, el acto procesal, regulado por la ley, por intermedio del cual se introduce en el proceso un elemento de prueba, su contenido eventual (la declaración testimonial, el dictamen pericial, el documento). Llamamos *órgano de prueba* a la persona de existencia visible que proporciona en el procedimiento un elemento de prueba (el testigo, el perito). Finalmente, la *actividad probatoria* representa todas las diligencias que son cumplidas en el procedimiento para incorporar y valorar un elemento de prueba, ordinariamente dividida en tres períodos: *ofrecimiento* y *producción* de la prueba, representa a los actos cumplidos para introducir un medio de prueba, *recepción* o *asunción* de la prueba, el momento del ingreso efectivo, y *valoración* de la prueba, el examen crítico de los elementos introducidos, con miras a una decisión[78].

b) Los principios que rigen la prueba penal

Por razón del ideal que persigue —averiguar la *verdad objetiva*, *real* o *material*— en Derecho procesal penal toda la regulación jurídica de la prueba, como método para alcanzar ese objetivo, es que ella favorece, en lo posible, la investigación del caso, en una medida muy superior a la prevista por otros procedimientos judiciales. Éste es, precisa-

[77] Cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. I, nº 2, p. 43.

[78] En lo fundamental, esta terminología es la de FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. I, caps. I a III, ps. 41 y ss., y *Elementos de Derecho procesal penal. Parte especial*, cap. V, ps. 305 y ss.; sin perjuicio de reconocer que se trata de una cuestión semántica, es dable también admitir que, en el Derecho argentino (cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, cap. VIII, ps. 341 y ss.; CAFFERATA NORES, *La prueba*, nº 7 y ss., ps. 13 y ss.), esas categorías han contribuido a aclarar el concepto de prueba y sus funciones.

mente, uno de los aspectos que caracteriza al Derecho procesal penal, que algunos autores han elevado a categoría de principio. Estas máximas que, en cierta manera, especifican al Derecho procesal penal frente a los demás derechos de actuación judicial son las que estudiaremos a continuación, comenzando por la de mayor influencia.

I. *Investigación oficial de la verdad* (*Principio inquisitivo*). A contrario de lo que sucede en Derecho procesal civil, la actividad probatoria no depende, en el proceso penal, de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en el procedimiento.

Según ya advertimos, en el Derecho procesal civil rige, en general, el *principio dispositivo*, derivado de la autonomía de la voluntad[79]. Las partes no sólo fijan el objeto procesal, esto es, el objeto del litigio, sino que, además, mediante sus declaraciones de voluntad, unilaterales o conjuntas, también acotan la parte de ese objeto procesal discutido, que sirve como referencia al objeto de prueba. Ellas, salvo casos específicos, pueden desapoderar al tribunal de la prueba de un hecho o circunstancia, con sólo consentirlo como cierto (confesión) unilateralmente o por la vía del acuerdo con la parte contraria. La declaración de voluntad vincula, ordinariamente, al tribunal.

Otra de las manifestaciones de este principio es la prescindencia del tribunal respecto de los medios de prueba a realizar para verificar la parte del objeto procesal discutido. La máxima, que sin duda tiene más excepciones que la anterior en el Derecho procesal civil actual, rige por vía de principio, de manera tal que son las partes quienes dominan el material probatorio a introducir durante el procedimiento para demostrar sus afirmaciones. Tanto es así que el método para evitar el *non liquet*, en materia procesal civil, esto es, para arribar a una decisión de certeza allí donde sólo hay duda, es imponerle a cada parte la *carga* de demostrar —tornar evidente para la convicción del juez— los hechos que ella misma afirma.

Es por todo ello, precisamente, que se menciona como vigente, para el proceso civil, el *principio de la verdad formal*.

Es preciso aclarar, en principio, que, como sucede con la persecución penal, el interés público por la pena estatal ha destituido al interés particular, incluso en materia probatoria. De tal manera, es el propio Estado, por intermedio de sus órganos competentes, el interesado en averiguar la verdad acerca de la existencia o inexistencia de un hecho, para aplicarle sus reglas penales y, eventualmente, actuar la consecuencia jurídica, con prescindencia del interés particular. Éste, por lo demás, no es un interés del Estado como persona jurídica, dotada de patrimonio y núcleo de imputación de facultades y deberes,

[79] Por todos, PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 30, ps. 259 y ss.; BAUMANN, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozeßrechts*, cap. 2, nº 1, 2 y 6, ps. 28 y ss., y 48 y siguiente.

que eventualmente puede entrar en conflicto con el interés de otras personas, sino, antes bien, combinado incluso con el principio de legalidad en la persecución penal, un interés que reside en la actuación de la ley penal (sociológicamente: en el control social por propia iniciativa); jurídicamente puede ser señalado, para distinguirlo de la actuación del Estado en la defensa de sus intereses particulares, como *interés objetivo* por el cumplimiento de la ley penal. Nótese que este interés por la actuación de la ley penal puede, como en el caso de las víctimas privadas, hallarse en pugna con un interés particular del Estado: el supuesto autor de una malversación de caudales públicos admite la imputación y ofrece al Estado-víctima el resarcimiento y, sin embargo, el mismo Estado, por intermedio de los órganos judiciales competentes, debe perseguir la actuación de la ley penal y, para ello, averiguar la verdad, aun a costa de un resultado adverso.

Por regla general, salvo el caso de los delitos de acción privada y, en mucho menor medida, de los sometidos a una instancia o autorización para su persecución, el Estado comienza su actividad probatoria no bien recibida la noticia acerca de la comisión de un delito. Esto explica por qué, en los regímenes procesales que mantienen al juez de instrucción, como pseudoinquisidor independiente (órgano del poder judicial), se le atribuya a él la facultad de asumir de oficio la investigación de la verdad y, con ello, la de realizar medios de prueba e incorporar elementos de prueba, sin necesidad de excitación extraña. De la misma manera, el ministerio público y la policía asumen esta tarea, como órganos de la persecución penal, en aquellos sistemas que le confían el procedimiento preliminar.

Pero esta característica del Derecho procesal penal, resumida en la afirmación de que persigue la *verdad real, material* u *objetiva*, determina consecuencias aún más fuertes, en materia probatoria, para las reglas jurídicas que la rigen, porque se refieren al tribunal de fallo y al procedimiento contradictorio (formal) que establece como base de la sentencia, una vez asumida la distinción formal entre Estado persecutor (ministerio público) y Estado decisor (tribunales).

La primera consecuencia es la imposibilidad de vincular al tribunal con manifestaciones de voluntad de los demás intervinientes, unilaterales o conjuntas, acerca de la verdad de un hecho o una circunstancia contenidos en el objeto procesal; tales manifestaciones de voluntad no sólo carecen de poder vinculante para el tribunal que, en su decisión, puede contradecirlas, sino que, además, no eximen al tribunal —ni tampoco al ministerio público, como órgano de persecución del Estado— de su deber de esclarecer la verdad, esto es, de la

práctica de medios de prueba pertinentes y útiles para conocer la verdad acerca del hecho o circunstancia admitidos, ya sea excitado por los demás intervinientes o por iniciativa propia, en las oportunidades en las que la ley le otorga esta facultad. Especialmente, por su importancia en el procedimiento penal, se debe observar que, como regla general, el tribunal no queda ligado por la confesión del imputado, salvo casos de excepción; por ello se dice que, en este tipo de procedimiento, el *allanamiento* a la imputación carece de valor vinculante[80].

La segunda consecuencia reside en las facultades que la ley otorga al tribunal para producir prueba, con independencia del ofrecimiento de los demás intervinientes en el procedimiento, que no cancelan los medios a utilizar para conocer la verdad. Según esta regla, el tribunal puede, de oficio, producir por sí mismo medios concretos de prueba que aparezcan como útiles para determinar su certeza (*investigación judicial autónoma*), sin necesidad de excitación extraña. La regla, que en el procedimiento se exterioriza como una mera facultad, permite fundar el deber funcional de los jueces de averiguar la verdad y, conforme a él, aplicar la sanción pertinente cuando la norma de deber no es observada (mala conducta en el ejercicio de sus funciones).

En el Derecho procesal penal de la República Federal de Alemania, la regla estudiada alcanza su vigor máximo, pues "el presidente del tribunal puede también ordenar de oficio la citación de testigos y peritos como la presentación de otros elementos de prueba" (OPP, RFA, § 221). En el Derecho argentino moderno esta facultad resulta limitada. Durante la preparación del debate el tribunal puede hacer uso de ella sólo en el caso de que los demás intervinientes no ofrezcan en absoluto medios de prueba a realizar en el debate y dentro del límite estricto que marca la producida durante la instrucción (CPP Nación, 356, II; CPP La Pampa, 325, III; CPP Corrientes, 383, II; CPP Entre Ríos, 362, II; CPP Tucumán, 364, I; CPP

[80] Cf. Alcalá Zamora y Castillo, *El allanamiento en el proceso penal*, un estudio completo sobre el funcionamiento del instituto en el Derecho procesal penal.

Precisamente lo contrario ocurre en Derecho procesal civil: CPCC nacional, 307; la regla es sintomática porque excluye el efecto característico del allanamiento cuando se halla comprometido el orden público; éste es, precisamente, el caso en el cual se ubica nuestro Derecho penal, a consecuencia de definir la pena como reacción pública.

Con la caída del *principio de legalidad* en la persecución penal y la necesidad actual de evitar la pena cuando es posible recurrir a otra solución del caso, no necesariamente represiva en el sentido cultural, la política criminal de hoy propicia soluciones que, aunque sin el carácter de generalidad que requiere un principio, permite recurrir, en muchos casos, a la voluntad del imputado y de otros intervinientes para determinar la solución del conflicto. Son ejemplos de esta forma de proceder la *probation* y los diferentes modos de la *diversion*, el *plea bargaining* y el *guilty plea*, provenientes del Derecho anglo-sajón y estadounidense.

Costa Rica, 352, III); esta facultad fue eliminada en el nuevo CPP Córdoba (1991), uno de sus intentos de mayor aproximación al proceso acusatorio. También durante la preparación del debate es considerada como una facultad de esta índole la llamada *instrucción suplementaria* (CPP Nación, 357; CPP Mendoza, 389 CPP Santiago del Estero, 308; CPP Salta, 385; CPP La Rioja, 388; CPP La Pampa, 326; CPP Corrientes, 383; CPP Entre Ríos, 363; CPP Jujuy, 353; CPP Tucumán, 365; CPP Costa Rica, 353), facultad del tribunal para producir e incorporar, de oficio, medios de prueba omitidos durante la instrucción o cuya realización debe ser anticipada porque, presumiblemente, ese medio no podrá ser incorporado en el debate; por la misma razón expresada, el nuevo CPP Córdoba (1991) omite esta atribución: la investigación sólo puede ser provocada por el fiscal o por alguno de los otros intervinientes (art. 365). En el debate, el instituto denominado *nuevas pruebas* permite al tribunal incorporar de oficio medios de prueba no ofrecidos por los demás intervinientes, cuando durante su transcurso resulten indispensables para conocer la verdad (CPP Nación, 388; CPP Mendoza, 419; CPP Santiago del Estero, 335; CPP La Rioja, 418; CPP La Pampa, 357; CPP Corrientes, 417; CPP Entre Ríos, 393; CPP Jujuy, 382; CPP Tucumán, 400; CPP Costa Rica, 387)[81]. El CPP Córdoba (1991), 400, suprime esta atribución y concede a las partes el derecho a la recepción de nuevos medios de prueba en la ocasión, por idéntica razón a la ya aclarada. Esta facultad es también operable en la próxima etapa del juicio penal, durante la deliberación de la sentencia, con reapertura del debate para recibir las *nuevas pruebas* (CPP Nación, 397; CPP Mendoza, 430; CPP La Rioja, 431; CPP La Pampa, 366; CPP Salta, 426; CPP Corrientes, 423; CPP Entre Ríos, 404; CPP Jujuy, 392; CPP Tucumán, 407; CPP Costa Rica, 394). Aquí también el CPP Córdoba (1991), 407, ha redefinido la facultad del tribunal de reabrir el debate, se limita a un nuevo examen de los medios de prueba ya incorporados.

II. *Libertad de la prueba*. Las reglas del Derecho penal, regularmente, no someten la convicción acerca de determinado hecho, circunstancia o elemento, que ellas contienen en sus descripciones, a su comprobación por un medio de prueba determinado en la misma ley. Ello equivale a decir que, ordinariamente, no contienen tampoco reglas de valoración probatoria (*prueba legal*), que indiquen cuándo un elemento definitorio de sus normas debe ser tenido por cierto o por incierto[82].

[81] Cf. NÚÑEZ, *La introducción de nuevas pruebas en el curso del debate*, ps. 179 y ss.; *CPP Córdoba anotado*, art. 304, ps. 366 y siguientes.

[82] Obsérvese que esta afirmación plantea la cuestión de conocer si las reglas de valoración probatoria, y, por tanto, también aquéllas sobre la admisibilidad de la prueba (criterio de *utilidad*), pertenecen al Derecho material o al procesal. El problema, en Derecho procesal penal, ha sido tratado siempre como parte del procedimiento: por todos, BAUMANN, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts*, cap. 2, nº 11, ps. 82 y ss.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, p. 83 (bibliografía), y C, ps. 86 y ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, p. 5; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª parte, cap. VIII, ps. 341 y ss.; CAFFERATA NORES, *La prueba*, nº 14, ps. 40 y siguientes.

No obstante, ambos temas, el de la libertad de demostrar un hecho, circunstancia o elemento con cualquier medio de prueba y el de la libertad para alcanzar la convicción —de certeza o probabilidad— sin sujeción a reglas fijas sobre la manera de arribar a ese resultado (cantidad o calidad de elementos de prueba), han sido tratados separadamente[83]. La separación no es incorrecta, pues no toda restricción *ex ante*, a los medios cuya producción está permitida, conduce a una limitación *ex post*, relativa a la valoración de la prueba; pero la vinculación entre ambos temas es clara y no ha sido puesta de manifiesto suficientemente, según nuestro concepto.

Desde el punto de vista que ahora nos interesa, aliado al principio de la verdad real o material, la máxima de la *libertad probatoria* se define expresando que, en materia penal, *todo hecho, circunstancia o elemento* contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final, *puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba*[84].

La regla marca, ciertamente, una diferencia con el Derecho privado, quizá más cuantitativa que cualitativa, pero, sin duda, bastante pronunciada. Prescindiendo de observar que las partes, por propia voluntad (admitiendo un hecho) o por voluntad conjunta (negocio procesal) desapoderan al tribunal de los medios de convicción sobre un hecho, positivo o negativo, que el tribunal tiene que acep-

En países como la República Argentina, cuya ley básica divide las competencias legislativas para dictar las leyes penales (parlamento nacional) y las procesales (en principio, locales, estaduales o provinciales), la cuestión se complica porque aparece la pregunta acerca de si los parlamentos locales están autorizados a imponer reglas materiales (valoración) sobre prueba, cuando la ley penal no las prevé, o diferentes a las que la ley penal prevé. Tómese, por ejemplo, las reglas sobre valoración probatoria que contiene el vetusto CPCrim. nacional (1889), 305 y 306, cuya regulación todavía rige residualmente. El problema sólo queda aquí expuesto a la meditación. No es éste el momento de tratarlo.

[83] En el Derecho argentino, también en el italiano, ambos temas han sido tratados, regularmente, partiendo de su formulación positiva, como regla, según se desarrolla en el texto, para luego indicar las excepciones: cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª parte, cap. VIII, ps. 341 y ss., y t. II, cap. V, § III, nº 5, p. 198; FLORIÁN, *Elementos de Derecho procesal penal*, § 70, ps. 314 y ss., y § 75, ps. 331 y siguientes.

En el Derecho alemán, a pesar de que, en materia de principios procesales penales, nadie deja de exponer el de *libre convicción*, sin duda histórico, el tema se trata, en profundidad, desde su costado negativo o desde las excepciones: *Beweiserhebungsverbote* y *Beweisverwertungsverbote*, ambos formando parte del tema general denominado *Beweisverbote*; cf. por todos, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, C, ps. 86 y ss., y § 24, D, ps. 155 y siguientes.

Para el derecho de los EE.UU., cf. HONIG, *Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozeß*.

Todo el tema es, todavía, lo suficientemente confuso y discutido como para no haber alcanzado cierta terminología y categorías dogmáticas universales.

[84] Cf. FLORIÁN, *Elementos de Derecho procesal penal*, § 70, p. 314; CAFFERATA NORES, *La prueba*, nº 12, p. 24.

tar, conforme a la voluntad expresada, es claro que un sinnúmero de relaciones jurídicas o actos tienen, en el Derecho privado —y aun en otras áreas jurídicas extrapenales—, fijado en la ley el modo de ser verificados, se trate de formas *ad probationem* o *ad solemnitatem*.

Sin embargo, la regla no es absoluta y sólo constituye un principio orientador de las decisiones sobre prueba (admisibilidad y producción). Existen, aun en materia penal, serias limitaciones a la prueba de la verdad. Estas restricciones, también llamadas prohibiciones probatorias, sobre todo en el Derecho procesal penal alemán (*Beweisverbote* o, más específicamente, *Beweiserhebungsverbote*), se pueden clasificar según su alcance:

1. Las más importantes, conforme a la seria restricción que imponen (*absoluta*), son las referidas al *objeto de prueba*. Ellas impiden que un determinado tema se convierta en objeto de prueba, esto es, en tema de averiguación. Por esa misma razón, son las más escasas. En materia penal, estrictamente, el Derecho argentino sólo conoce el impedimento general —salvo las excepciones previstas— de la *prueba de la verdad* para el delito de injuria (CP, 111)[85]. Pero ciertas reglas del Derecho común imponen también restricciones a la prueba de un hecho en el Derecho penal[86].

Observado el objeto de la prueba en un procedimiento concreto, para ser admitido, él debe reunir la doble condición de ser *pertinente* y *útil*. Pertinente es la cualidad de que él se refiera, directa o indirectamente, al objeto del procedimiento. Útil es la cualidad de ser idóneo para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar. Estas determinaciones, sin embargo, no representan limitaciones probatorias, en el sentido que ahora estudiamos, pues ellas, en su caso, derivan de la limitación del objeto del procedimiento (*supra*, I, IV).

2. Las demás limitaciones sólo son *relativas*, porque el hecho puede ser probado, pero por medios de prueba determinados por la ley

85 Es, sin embargo, dudoso, que ésta sea una limitación probatoria pura. La regla aclara, en principio, que no es posible ampararse en la verdad del hecho imputado para injuriar o, con otras palabras, que ofende injustamente quien injuria imputando un hecho o calidad verdadero, y da a conocer las excepciones (*justificación*), que producen el efecto inverso. Sólo la aquiescencia del querellante para que el imputado pruebe la verdad, pone en tela de juicio esta conclusión; en este caso se puede observar también una renuncia condicionada a la persecución penal o, cuando menos, a la sentencia condenatoria, a pesar de la existencia de la ofensa.

86 Recuérdese la prohibición de probar la filiación adulterina, según el CC, 341 (derogado por la ley nº 23.264), y la ley nº 14.367, 3, I.

Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, ps. 156 y s., menciona, para el Derecho alemán, el caso de los secretos estatales u oficiales, cuando no existe la expresión del permiso por el órgano competente.

o, en su caso, con ciertos impedimentos relativos a la producción de la prueba, a los órganos de prueba o a los métodos empleados para indagar la verdad. Ordinariamente, según la regla general, cualquier medio de prueba admitido por la ley procesal penal es idóneo para comprobar un hecho o circunstancia. En ocasiones, sin embargo, la ley limita, al mencionar los únicos medios a utilizar para demostrar determinado hecho o situación. El ejemplo característico, en el Derecho argentino, se refiere al estado civil de las personas, por ejemplo, el matrimonio, que sólo puede ser probado, en principio, por el acta labrada por el jefe de la oficina del Registro Civil o por su testimonio auténtico (CC, 197, para los matrimonios celebrados en la República Argentina); la ley limita la prueba del matrimonio a una prueba documental específica.

Existe controversia acerca de si en Derecho penal rigen todas las limitaciones probatorias del Derecho privado; la mayoría de opiniones niega tal posibilidad[87]; la solución contraria indicaría que, con referencia a este tema, no existe diferencia entre el Derecho penal y el privado: más allá aún, que para todo el orden jurídico la formulación dogmática es idéntica.

La controversia, sin embargo, ha sido sobrevalorada. La mayoría de las veces no interesa al Derecho penal un instituto particular del Derecho civil, por cercano que aparezca al elemento que utiliza la norma del Derecho penal para describir, sino que, antes bien, ambas regulaciones toman en cuenta, como núcleo central de su descripción, una misma situación o acto, que, por lo tanto, interesa a ambos para definir consecuencias distintas, acompañados de otros elementos diferentes. El acuerdo de voluntades para reglar un negocio jurídico es la base del *contrato* en materia civil; según la naturaleza o entidad del contrato, el Derecho civil exige cierta seriedad probatoria (CC, 1191; por ej., principio de prueba por escrito, CC, 1193); para el Derecho penal también puede ser importante un acuerdo de voluntades, hecho que puede ser probado por cualquier medio de prueba, sin las exigencias del Derecho civil para el contrato y sus consecuencias jurídicas; piénsese, por ejemplo, en la *apropiación indebida*, y en el acuerdo de voluntades como mandato de entrega a otro de una cosa.

A este capítulo pertenece también el problema acerca de la *taxatividad* de los medios de prueba aceptados y regulados por la ley procesal penal. El tema es, también, objeto de disputa: unos afirman la clausura y otros la niegan[88]. La discusión parece haber conducido a límites extremos las diferentes soluciones, sin razón aparente. La ley

[87] Cf. Cafferata Nores, *La prueba*, nº 12, c, 3, C, ps. 28 y ss.; Manzini, *Tratado*, t. III, nº 297 *ter*, I, p. 215.

[88] Cf. opiniones contrarias en la doctrina italiana: Florián, *De las pruebas penales*, t. I, § 12, nº 84, p. 223; Leone, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. III, cap. V, nº 5, ps. 175 y siguientes.

procesal regula la forma según la cual se debe incorporar al procedimiento un elemento de prueba para ser valorado en una decisión determinada: de allí que establezca diversos medios de prueba conforme a las diferentes maneras según las cuales se puede transmitir o adquirir el conocimiento (información personal, testigo o perito, documental o por comprobación inmediata), medios que, por lo demás, agotan toda posibilidad de transmisión del conocimiento. De la misma ley emergen los requisitos que un elemento de prueba debe reunir para poder fundar en él una decisión determinada. En general, para la sentencia (fallo sobre la culpabilidad y sobre la pena), se debe cumplir estrictamente con las formalidades expuestas en la ley para incorporar un medio de prueba —no sólo en el capítulo referido a los medios de prueba, sino también en el procedimiento que le sirve de base—, conforme al carácter formal del procedimiento que la precede y autoriza. Otras decisiones intermedias o sobre temas que no impliquen decidir la cuestión penal (por ej., cuestiones procesales, el encarcelamiento preventivo o el procesamiento) exigen requisitos de incorporación menores o carecen de requisitos formales[89].

El Proyecto CPP Nación (1986), 254, eliminaba una serie de formalidades para la incorporación de elementos probatorios durante la instrucción (procedimiento preparatorio); incluso no era necesario el juramento de los testigos (Pr. CPP, 179).

Por lo demás, ese Proyecto eliminaba la regla de *taxatividad* en su art. 148, IV, pues permitía otros medios de prueba distintos a los regulados, "siempre que no supriman las facultades y garantías de las personas reglamentadas en este Código o afecten el sistema institucional", prescribiendo su incorporación analógica. En este sentido tiene razón José I. Cafferata Nores, cuando define el problema según la regulación legal, en su caso, el CPP Córdoba (1970), para cuya interpretación es necesario acudir a varios preceptos[90]. Sin embargo, una visión de conjunto indica que ni el Proyecto citado, ni el CPP Córdoba (1970), adhieren a una flexibilización de las formas debidas para la incorporación de la prueba a valorar en la sentencia sobre la cuestión de la culpabilidad o de la pena.

3. La ley también introduce limitaciones relativas a los órganos de prueba, pues, atendiendo a valores políticos superiores en rango al descubrimiento de la verdad, elimina como informantes a algunas personas. Clásicos, en este sentido, son la exclusión del deber de tes-

[89] Desde antaño la doctrina alemana ha dividido entre *prueba estricta* (*Strengbeweis*) y *prueba libre* (*Freibeweis*), aunque el trabajo teórico no ha arrojado hasta hoy resultados satisfactorios; cf. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 24, B, ps. 152 y siguientes.

[90] Cf. Cafferata Nores, *La prueba*, nº 12, c. 2, B, ps. 26 y siguiente.

timoniar o de actuar como peritos con relación a algunas personas o, simplemente, el permiso para abstenerse de informar, debido a la influencia del deber de guardar secreto o al parentesco con el imputado. La ley excluye también a ciertos peritos del dictamen pericial, por temor de parcialidad fundado en motivos similares a aquellos por los cuales un juez o funcionario es sospechoso de parcialidad; empero, en la peritación, el alcance de la limitación es menor, por el carácter fungible del perito. En cambio, la regla que impide obligar al imputado a declarar, facultándolo a abstenerse de brindar información en el procedimiento, y la que, consecuente con ello, prohíbe coaccionarlo, significan una seria limitación a la búsqueda de la verdad. Excluir ciertos órganos de prueba, que pueden proporcionar información en el procedimiento, es prescindir de una de las posibilidades de averiguar la verdad, de una fuente de conocimiento. Con todo, la restricción es, también, meramente *relativa*, en el sentido indicado, pues el hecho, circunstancia o elemento es determinable por otros medios u órganos de prueba.

4. Son importantes, también, las limitaciones que se refieren a los *métodos* utilizables para la búsqueda de la verdad, especialmente aquellas referidas al uso de la coacción, de la fuerza o la violencia. Tales limitaciones provienen, principalmente, del respeto por la dignidad del ser humano individual, propio de un Estado de Derecho. Ellas determinan, por ejemplo, que los órganos de prueba (personas transmisoras de conocimiento) sean, en última instancia, vehículos voluntarios de la incorporación de datos al procedimiento, pues no es posible obtener su versión por métodos coactivos o que supriman la expresión libre y consciente de su voluntad. La expresión más fuerte de esta clausura se refiere al imputado como órgano de prueba, pues, según anticipamos, la ley le concede, por así decirlo, un *derecho al silencio*, que no puede ser conculcado por el empleo de la coacción (CN, 18)[91]; tampoco puede ser utilizada la coacción, ni otros métodos que coarten la libre expresión de su voluntad, en el momento de la declaración. Para testigos y peritos la misma protección es más débil, pues el deber de informar la verdad está impuesto por la ley, incluso bajo la amenaza de una sanción penal para su inobservancia, pero igualmente eficaz, porque no se puede emplear método coactivo alguno,

[91] Cf. *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, 3, *g*; *Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, 8, *g*; OPP, República Federal de Alemania, § 136a.

ni dispositivo alguno que coarte la libre expresión de su voluntad, ya para lograr su declaración, ya durante ella, de modo tal que su voluntad rige el acto de transmisión del conocimiento; la única coacción posible, amenazada como advertencia durante su declaración, o aplicada después de ella si callare o mintiere, total o parcialmente, es la pena estatal.

A ello se agrega una serie de limitaciones formales relativas a la protección de la intimidad, la vida privada, la salud e, incluso, la propiedad particular, bienes cuya afectación sólo está permitida bajo condiciones formales rigurosas.

No es necesario aquí una descripción exhaustiva. Piénsese en la protección del domicilio, mediante la regulación de las condiciones del *allanamiento de morada*; en la protección del secreto de las comunicaciones con otras personas, mediante la regulación de las condiciones para *interceptar* y *abrir* la correspondencia (comprendidas las comunicaciones escritas por medios modernos) o las comunicaciones telefónicas o inalámbricas, o mediante el deber impuesto por la propia ley penal de *guardar el secreto*, según ciertas relaciones de confianza; en la protección de la integridad física e intelectual, mediante reglas que impiden la *investigación o examen corporal o mental*, cuando implique un riesgo para la salud; en la protección del pudor, por intermedio de la reglamentación del *examen corporal*; en la protección de la propiedad, mediante las reglas que reglamentan el *secuestro*.

Todas estas limitaciones, como recorte de las posibilidades de investigar un hecho, advierten claramente acerca de que la averiguación de la verdad no representa un fin absoluto para el procedimiento penal, sino, antes bien, un ideal genérico a alcanzar, como valor positivo de la sentencia final, que se relaciona y coexiste con otras funciones del procedimiento —en especial: la protección de la dignidad individual y los valores reconocidos a la persona—, y que, en ocasiones, retrocede frente a valores que, para el orden jurídico, resultan superiores en rango. Lo importante es advertir que un procedimiento concreto alcanza su meta con la decisión sobre el conflicto y es perfectamente válido, aun cuando no haya alcanzado el ideal de proporcionar un conocimiento suficiente acerca de la verdad real, material o histórica objetiva. Incluso, según veremos, el orden jurídico proporciona, para ese caso, un criterio de solución[92].

[92] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, B, II, ps. 2 y ss., y § 24, D, II, p. 157, quien parafrasea una sentencia de la Corte Suprema de la República Federal de Alemania (BGH St. *14, 358, 365*): "No es un principio de la Ordenanza procesal penal que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio".

III. *Libre convicción como método de valoración de la prueba.*

1. Hemos visto que el Derecho penal no somete a los hechos, circunstancias o elementos de importancia para sus figuras jurídicas, que necesitan ser averiguados en el procedimiento, a modos de prueba específicos, tolerando, en principio, cualquier vía para alcanzar la convicción. Lo mismo sucede con cualquier forma de conocimiento que trabaje en armonía con el Derecho procesal penal: no se puede exigir, en el momento de valorar la prueba, condiciones especiales, positivas o negativas, para alcanzar la convicción sobre esos elementos. *Libre convicción* significa, entonces, en primer lugar, *ausencia de reglas abstractas y generales de valoración probatoria*, que transformen la decisión o el dictamen en una operación jurídica consistente en verificar las condiciones establecidas por la ley para afirmar o negar un hecho.

La historia de los métodos de valoración de la prueba es, prácticamente, la historia del enjuiciamiento penal, encarada desde un aspecto parcial del objeto de su regulación. El llamado sistema de la *íntima convicción* acompaña al enjuiciamiento acusatorio puro, con sus tribunales populares o, modernamente, con el jurado clásico; la definición legal de la ley francesa de 1791, inmediatamente posterior a la Revolución, que introdujo el jurado, es la mejor caracterización posible: "La ley no pide una explicación de los medios por los cuales [los jurados] han formado su convicción; ella no les prescribe ninguna regla a la cual ellos deben ajustar particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige preguntarse a ellos mismos en silencio y recogimiento, y buscar, en la sinceridad de sus conciencias, qué impresión han hecho sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de la defensa. La ley no les dice: 'vosotros tendréis por verdadero todo hecho atestado por tal cantidad de testigos, o vosotros no veréis como suficientemente firme toda prueba que no esté conformada por tantos testigos o por tantos indicios'; ella no hace más que esta sola pregunta, que encierra toda la medida de vuestro deber: '¿tenéis vosotros una íntima convicción?'".

El llamado sistema de *prueba legal* es propio de la Inquisición y sus tribunales integrados por jueces permanentes, técnicos, burócratas estatales. Su caracterización es, precisamente, la inversa de la anterior descripción. Tanto es así que la regla legal transcripta utiliza sus ejemplos: la ley regula minuciosamente las condiciones, positivas o negativas, que se debe reunir para alcanzar cierta convicción (número de testigos, condiciones de idoneidad de los testigos, cantidad de indicios, forma de probarlos, formas de la confesión y su efecto, etc.), con lo cual determina la decisión sobre la reconstrucción del hecho, transformada así en una operación jurídica.

La *libre convicción* del juzgador[93] vino a reemplazar al sistema de prueba legal, luego del regreso a la *íntima convicción*, propio de la abolición de la Inquisición,

[93] Historia y bibliografía en WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cap. 2, ps. 7 y siguientes.

en aquellos países que, tarde o temprano, establecieron el escabinado (jueces permanentes y accidentales en un único colegio sentenciador) o, lisa y llanamente, tribunales integrados por jueces permanentes.

Sin embargo, la ausencia de reglas condicionantes de la convicción, similares a las del llamado sistema de prueba legal, no significa carencia absoluta de reglas. La *libre convicción* exige la *fundamentación* o *motivación* de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera, y, con ello, la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica (exigencia externa)[94]. Ella exige también que la valoración crítica de los elementos de prueba sea *racional*, aspecto que implica demandar que respete las *leyes del pensamiento* (lógicas) y de *la experiencia* (leyes de la ciencia natural), y que sea *completa*, en el doble sentido de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, exigencias con las cuales se pretende lograr que la decisión se *baste a sí misma*, como explicación de las conclusiones del tribunal (exigencia interna). Precisamente, esas exigencias están íntimamente ligadas al control de la sentencia, por la vía de la casación, y a los límites de ese control[95].

Es también por estas exigencias que el método valorativo se conoce con el nombre de *sana crítica* o *crítica racional*[96].

Los diferentes problemas que plantean estas exigencias demandan una monografía particular y no pueden ser tratados aquí; basta, para nuestro propósito actual, con su enunciación y la remisión bibliográfica. La cuestión abarca desde la descripción de la medida de la convicción del juzgador (certeza-probabilidad preponderante) en la sentencia de condena, los criterios jurídicos que permiten sentenciar en caso contrario, la determinación de las leyes lógicas y naturales, como marco dentro del cual funciona la libertad de convicción, y las fronteras del control en casación, cuando se respeta la idea de que sólo el juez de los hechos, que ha seguido un procedimiento apto (inmediación, oralidad, publicidad) para descubrir la verdad, en lo posible, es quien está llamado, finalmente, a ejercer el método de la sana crítica[97].

[94] WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, § 5, II, 3, ps. 71 y ss.; CAFFERATA NORES, *La prueba*, nº 14, *c*, p. 42.

[95] Cf. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cap. 5, § 14, ps. 316 y ss.; DE LA RÚA, *El recurso de casación*, nº 57 y ss., ps. 160 y ss.; ROMERO-PUCCIARELLI, *Lógica*, cap. II, ps. 27 y ss.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, C, II, 2, *a*, p. 90.

[96] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 361. CPP Nación, 398; CPP Córdoba, 193; CPP Tucumán, 195; CPP Costa Rica, 393.

[97] ABREGÚ, *La sentencia*, II, C, ps. 210 y s., ha advertido el peligro que constituye, para este método, las reglas insertas en leyes especiales, devotas del sistema de la prueba legal.

Estas reglas, que rigen la libre convicción, no significan, sin embargo, atar la convicción de quien valora a estándares legales que determinan la solución fáctica del caso —como en el sistema de prueba legal—, según resulta evidente, sino, por el contrario, sólo implican marcar una diferencia con el método de la íntima convicción, en tanto se exige una explicación racional de los motivos por los que se arribó a la solución expuesta. Es por ello que, con acierto, se ha ubicado a la libre convicción, en tren de aproximación a su estudio, entre dos polos, el sistema de prueba legal y el de la íntima convicción, marcándose sus diferencias con ambos[98].

2. Si se ha traído a colación a la libre convicción, como método de valoración de la prueba, en este contexto, es porque se piensa que él favorece la determinación de la verdad[99]. En especial, ello se afirma en comparación con la apreciación de la prueba según reglas jurídicas abstractas y generales (prueba legal), cuya aplicación determina la convicción judicial, pues, se sostiene, su resultado no es satisfactorio en el caso concreto.

En verdad, son varios los factores que entran en juego para afirmar esa conclusión. La extrema formalización de la apreciación de la prueba —predeterminada *ex ante* por el legislador— en que consiste el sistema de prueba legal, no coincide, necesariamente, con la realidad del caso concreto. Sin duda, las reglas que fijan la solución según la cantidad y calidad de los elementos de prueba incorporados al procedimiento, no son, por necesidad, irracionales; repárese, por ejemplo, en la que exige dos testigos hábiles (intachables e idóneos) para expresar *prueba plena* (certeza) y en la que, consecuentemente, indica la existencia de *prueba semiplena* o *imperfecta* cuando sólo se cuenta con un testigo (*unus testis, nullus testis*), o en la que prevé que la confesión del imputado, según ciertas condiciones, prueba plenamente su participación en el hecho. Se percibe en el caso —según lo anticipamos— que las reglas probatorias, en verdad, agregan elementos desconocidos para las normas del Derecho penal, de manera tal que sujetan la definición penal, es decir, el fallo penal declarativo, a ciertas condiciones probatorias, íntimamente vinculadas con la definición. Esto no sería, por sí mismo, reprochable jurídicamente, puesto que, de todos modos, aun en el sistema de libre convicción existen reglas probatorias que, por lo menos, impiden valorar ciertos elementos de prueba (las llamadas prohibiciones —de valoración— probatorias), siempre que el mecanismo no produzca, por la forma y contenido de sus reglas, un conflicto insostenible que desnaturalice la norma de deber del Derecho penal, y siempre

98 Cf. WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, p. 2.

99 Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. III, cap. V, § III, 7, ps. 199 y siguientes.

que responda a una necesidad requerida por el propio orden jurídico[100]. Las reglas probatorias de un sistema de prueba legal, tal como son concebidas, como condiciones para la declaración de un elemento definitorio del hecho punible, producen, precisamente, ese efecto: homicidio ya no sería, desde el punto de vista de la actuación concreta de la norma que prohíbe matar, el dar muerte a otro, sino el darle muerte en presencia de dos testigos, o bien de forma tal que se acredite por prueba directa el cuerpo del delito y confiese el imputado, etc.; y así se puede proceder con cualquier regla penal, inclusive con aquellas que excluyen la punibilidad, v. gr., la legítima defensa, el estado de necesidad, en cualquiera de sus formas, el error, las excusas absolutorias, etcétera.

Las reglas de valoración del sistema de prueba legal, aun concebidas racionalmente, siempre estuvieron ligadas a poderes amplios para averiguar la verdad, prácticamente ilimitados; cualquier método era apto, durante el procedimiento, para arribar a la consecución de ese fin: tormento y tortura a testigos e imputados eran, por entonces, moneda corriente. Como contrapartida de esos poderes del inquisidor y como forma de control de la corrección de su conclusión, el sistema le pedía la reunión de un número de elementos de prueba, establecido en la ley, para determinar como cierto un hecho, fijando, de esa manera, condiciones para la declaración judicial. La verdad no era, entonces, un proceso psicológico de quien juzgaba, sino, antes bien, el producto de la operación con estándares normativos. El método, según se observa, es inaplicable actualmente, en un sistema cargado de *prohibiciones probatorias*, conforme a la protección de la dignidad humana. El resultado actual de la aplicación del sistema de prueba legal, supuestas las limitaciones a la producción y valoración de prueba, sólo puede ser la imposibilidad práctica —en una medida intolerable— de declarar un hecho como cierto (también como probable).

Las reglas de prueba legal, como normas genéricas y abstractas que son aplicadas a realidades concretas futuras, multiplican geométricamente el vacío ontológico que existe entre los conceptos y la realidad fáctica (las cosas singulares y los hechos concretos): aquéllas, necesariamente esquemáticas y, por ende, estrechas, y ésta plena de matices y elementos infinitos. La rigidez y el formalismo extremo que las reglas de prueba legal imponen a la convicción humana son pagadas, ordinariamente, en moneda de incerteza o, mejor dicho, traducen la imposibilidad de declarar jurídicamente la convicción de certeza o de probabilidad que quien valora adquiere a través de los elementos de prueba concretos del caso.

Por último, juegan también, combinadamente, las reglas de procedimiento, fundamentalmente distintas, que presiden la labor de quienes operan con uno u otro sistema. La confianza que se deposita en quien juzga según el sistema de libre convicción tiene su razón de ser en el método que se aplica para que conozca la verdad y declare su convicción. Los elementos de prueba que existen le son mostrados directamente —pasan ante él sin más intermediación que la natural—

[100] No se concebiría, en el Derecho privado, que, cuando la ley civil admite cualquier tipo de prueba, el Derecho procesal civil fije una regla contraria, por ejemplo, el instrumento público; y viceversa, cuando la ley material fije un medio de prueba, el instrumento público, que la ley procesal admita otro (dos testigos para probar el matrimonio).

en un juicio oral y público, y su reconstrucción debe ser mostrada como racional, a través de la explicación razonada de los motivos de su decisión. Quienes aplicaron el sistema de prueba legal, en cambio, procedían según registros (actas) que otros labraban, a través de una delegación o intermediación —en ocasiones enorme— que les impedía recibir la información directamente y valorarla inmediatamente.

3. Según advertimos, la libre convicción, como método para valorar la prueba y determinar la solución del caso, conforme a la verdad material, no está exenta de límites expresados en reglas que, de alguna manera, coliden con el ideal de alcanzar la verdad e impiden determinarla a todo trance.

Se trata de limitaciones respecto de la apreciación de la prueba, que, de la misma manera que aquellas referidas a la producción de la prueba, restringen las posibilidades de información, ahora en miras a los medios de prueba ya producidos y a los elementos de prueba ya incorporados al procedimiento. Desde el punto de vista jurídico, estas reglas marcan el área legítima de los medios de conocimiento, al establecer qué elementos de prueba son valorables (admisibles para ser apreciados) y cuáles no lo son (inadmisibles). La doctrina conoce el tema bajo el nombre de *prohibiciones a la valoración de la prueba*, cuya problemática —aquí imposible de abarcar detalladamente— plantea, sin duda, cuestiones difíciles de resolver en torno de su definición: casos comprendidos y alcance de la limitación. Quizá los casos más sencillos de incluir son aquellos que se relacionan con el *status jurídico* del imputado en el procedimiento penal y, en general, con los derechos y garantías fundamentales de la persona humana (ver § 6, G); pero ellos mismos plantean el problema genérico relativo al alcance de estas limitaciones, aquél que deriva de conocer si la limitación rige para la inobservancia directa de una regla de esta naturaleza (no valorar la confesión bajo tormento del imputado) o incluye, también, la utilización indirecta de medios de prueba prohibidos (no valorar el secuestro del objeto del delito, correctamente llevado a cabo, al que se arribó por la confesión coacta del imputado), tema que la doctrina ha tratado, por influencia de la jurisprudencia estadounidense, bajo el nombre de "los frutos del árbol venenoso" hasta ahora con escaso poder de definición y sin un acuerdo mayoritario que permita establecer reglas relativamente fijas de aplicación[101].

101 Cf., sobre esta problemática, BELING, *Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*; DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*; ROXIN, *Strafver-*

El tema de las *prohibiciones probatorias* —en verdad, limitaciones probatorias, porque no se trata de normas de deber, aunque algunas de ellas puedan estar apoyadas por prohibiciones o mandatos bajo amenazas de sanción (por ej., torturar para obtener la confesión), sino de la admisibilidad o inadmisibilidad de un objeto, medio, órgano o método de prueba (norma potestativa)— abarca tanto las llamadas *prohibiciones referidas a la producción de la prueba*, como las *prohibiciones referidas a la valoración de la prueba*. A pesar de la íntima relación entre las dos categorías no se debe suponer que toda prohibición referida a la producción de la prueba conduce, necesariamente, a una prohibición referida a la valoración de la prueba; la suposición inversa también parece incorrecta, aunque no aparezca como interesante para investigar. Tal conclusión es aceptada por la doctrina jurídica, en general, pero su desarrollo no ha conseguido fijar criterios firmes, según ya lo adelantamos. Desde el punto de vista de la valoración probatoria el tema es extremadamente dificultoso, porque se presenta, en la mayoría de los casos, como la renuncia a la verdad ya establecida.

Estas limitaciones demuestran, una vez más, que el *principio de la verdad material* o *real*, aquí estudiado, no es más que un fantasma que, en forma de *ideal*, recorre todo el procedimiento penal, pero que, sin embargo, cede continuamente ante valores superiores establecidos por el orden jurídico. Con otras palabras, si se invierte la posición de quien explica, se trata de un principio del procedimiento penal, que carece de la generalidad suficiente para presentarlo como absoluto o preponderante y sólo permite la calificación de relativo. Así resulta no sólo por su significado, culturalmente condicionado, sino, antes bien, porque aun dentro del significado convencional actual, las reglas del procedimiento renuncian al ideal fijado en múltiples ocasiones.

---

fahrensrecht, § 24, D, III y IV, ps. 157 y ss.; HONIG, *Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozeß*, IV, ps. 42 y ss.; nuestra bibliografía y jurisprudencia es aún escasa sobre el tema; DE LA RÚA, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, ps. 225 y ss.; *Algo más sobre prohibiciones de valoración probatoria*, ps. 106 y ss.; CAFFERATA NORES, *Los frutos del árbol envenenado*, ps. 491 y ss.; MAIER, *Inviolabilidad del domicilio*, ps. 59 y ss. Cf., en la jurisprudencia, los fallos mencionados en mi artículo anterior, y el fallo del TSJ Córdoba, Sala Penal, 31/7/1987, en *JA*, 17/2/1988, p. 45, "Morán, Rubén E. y otros"; MINVIELLE, *La prueba ilícita en el Derecho procesal penal*; CARRIÓ, A. D., *Justicia criminal*, cap. III y Apéndice, ps. 69 y ss.; *Violaciones constitucionales en materia penal y la doctrina del fruto del árbol venenoso*; *Otra vez el tema de las confesiones policiales: ¿llegó Miranda a nuestro país?*; HENDLER, *La declaración del inculpado y un famoso precedente de los tribunales estadounidenses*; los dos últimos autores se ocupan de los casos más modernos, en los que tuvo que decidir nuestra Corte Suprema: "Rayford" (13/5/1986); "Ruiz" (17/9/1987) y "Francomano" (19/11/1987); GUARIGLIA, *Las prohibiciones probatorias*. Según se observa, la discusión sobre esta cuestión está en su apogeo en nuestro Derecho y parece haber tomado ya cierto rumbo.

El rumbo fue bruscamente variado por la misma Corte Suprema a partir del caso "Fiscal c/ Fernández", en *LL*, t. 1991-B, ps. 190 y siguientes.

IV. *Comunidad o adquisición procesal de la prueba.* El principio se define estableciendo que, cuando un elemento de prueba se incorpora al procedimiento, tornando cierto o probable, positiva o negativamente, un hecho o circunstancia determinados, se desvincula por completo del sujeto que ofreció su producción y del interés concreto que condujo a su incorporación.

De tal manera, si el acusador ofreció la producción de un medio de prueba para avalar el cargo contra el imputado, y su resultado concreto consistió en un elemento de prueba de descargo (testigo que informa sobre la muerte de la víctima a manos del imputado, aunque defendiéndose de la agresión inicial de la víctima), y viceversa, el conocimiento concreto puede ser utilizado en la decisión del tribunal (también en las conclusiones de los intervinientes) con independencia total del interés que condujo a su incorporación al procedimiento.

El principio no se comprende si se piensa tan sólo en el ideal de establecer la verdad, sino que se torna evidente frente a la determinación del destinatario del conocimiento que proporciona la prueba. La respuesta a esta pregunta sólo puede indicar como destinatarios a todos los sujetos procesales que intervienen en el procedimiento y defienden en él un interés legítimo, pues cualquiera de ellos está habilitado a fundar su dictamen (pretensión) o su decisión en el resultado de los medios de prueba incorporados, con prescindencia del interés que provocó su incorporación. Ello determina que el conocimiento adquirido es "propiedad" común de todos aquellos que intervienen en el procedimiento, o, si se quiere, que no es "propiedad" particular de nadie[102]. Pero aun si se concibe la respuesta indicando al tribunal como único destinatario de la prueba (*iudici fit probatio*), la consecuencia que se obtiene es la misma, pues es claro que el resultado de la prueba no pertenece al interés que provocó la realización del medio de prueba, ni siquiera al tribunal que ordenó de oficio su realización, afirmación que emerge de su deber genérico de averiguar objetivamente la verdad. Ésta es la razón por la que el principio es también aceptado, por lo general, en todo procedimiento judicial, inclusive en el civil, a pesar de la vigencia en él del principio dispositivo[103].

La dirección del destino de la prueba se confirma positivamente cuando se enuncia el sistema de libre convicción como la necesidad de que el tribunal fun-

[102] Cf. FLORIÁN, *Elementos de Derecho procesal penal*, § 72, p. 320.

[103] Cf. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. I, nº 112, p. 272; PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, nº 35, p. 290.

de su decisión por apreciación de la prueba recibida, según su libre convicción, *extraída de la totalidad del debate*[104]. La positivización del destino de la prueba alcanza no sólo al tribunal, sino que también señala como destinatarios a todos los intervinientes, pues se trata de una regla de referencia que les indica a ellos cómo y en cuáles elementos deben fundar sus pretensiones finales, para poder influir en la decisión.

La principal derivación práctica del principio consiste en imposibilitar la renuncia unilateral de quien ofreció el medio de prueba. Ante la afirmación del principio se comprende por sí mismo que la renuncia resulta absolutamente imposible una vez realizado el medio de prueba e incorporado, por lo tanto, su resultado al procedimiento. Pero, al menos para el procedimiento penal, rige también la regla que impide la renuncia unilateral en un momento anterior: cuando el medio de prueba ha sido ofrecido y admitido por el tribunal, caso en el cual sólo el acuerdo de todos los intervinientes y del tribunal puede evitar la práctica del medio de prueba.

La OPP de la República Federal de Alemania, § 245, fija, positivamente, esta regla. Ordinariamente, los códigos comprenden al principio como evidente u obvio, sin aclararlo positivamente, pero sin otorgar a los intervinientes ninguna facultad de renunciar a la prueba ofrecida. Proceden, en cambio, a indicar la excepción, como sucede en el parágrafo citado de la legislación alemana. Una excepción menor se incluye en los códigos argentinos modernos: la facultad del tribunal de prescindir de la citación y declaración de los testigos en el debate, reemplazando esa declaración por la lectura de las prestadas durante la instrucción, cuando existe conformidad de parte de todos los intervinientes (CPP Nación, 391, inc. 1; CPP Córdoba, 397, inc. 1; CPP Mendoza, 424, inc. 1; CPP Santiago del Estero, 340, inc. 1; CPP La Rioja, 423; CPP Salta, 420, inc. 1; CPP La Pampa, 360, inc. 1; CPP Corrientes, 414, inc. 1; CPP Entre Ríos, 398, inc. 1; CPP Jujuy, 387, inc. 1; CPP Santa Fe , 470, inc. 1; CPP Tucumán, 397, inc. 1; CPP Costa Rica, 384, inc. 1).

c) Las formas procesales auxiliares

Hoy ya no cabe la menor duda de que la mejor forma de presentar el conflicto social, para intentar conocerlo y comprenderlo, es reproducirlo, a tenor de los rastros que él ha dejado (testigos, peritos, documentos, señas materiales, víctima, imputado, etc.), en una audiencia a la que asistan todos los interesados en su solución (*inmediación*) y en la que ellos (sujetos procesales que deben conocer la verdad) y las personas que proporcionan datos e informaciones se comuniquen a través de la palabra hablada (*oralidad*)[105]. Conviene reproducir a HASSEMER para comprender, sintéticamente, la otra alternativa.

[104] OPP, RFA, § 261; CPP Nación, 398.

[105] Cf. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, § 16, III, 6, ps. 192 y siguientes.

"El proceso inquisitivo pretendió obtener (sin conseguirlo) los fines probatorios y de aseguramiento con el principio *Quod non est in actis, non est in mundo*. Fracasó al incurrir en el error de creer que un proceso, una escena, puede ser plasmada en un texto, de modo tal que pueda llegar a permanecer en él de un modo vivo y real. El proceso penal escenificado conforme a los principios de oralidad e inmediación ha aprendido del mencionado error y es consciente de los riesgos que corre la comprensión escénica. ¿Podrá superarlos con éxito?"[106]. Quizás convendría agregar que la razón de ser del registro de los actos, del procedimiento escrito, durante la Inquisición, no era sólo producto de la pretensión de establecer un mejor método para transmitir conocimiento, al menos no en primer lugar, sino, antes bien, la consecuencia necesaria de la organización judicial y de la ideología política que presidía la administración de justicia penal: en efecto, la organización judicial vertical (ejercicio por delegación), producto de la concentración del poder, estatal o eclesiástico (soberanía), en una única mano (el monarca o el Papa) y la concepción del Derecho penal como método de control social de un Estado absoluto, desembocaban en la necesidad de documentar los actos como un imperativo del control soberano, imposible de ejercer directa e inmediatamente en todos los casos.

La doctrina ha ligado, tradicionalmente, esta forma de escenificar la reproducción del conflicto, a la que regresó, modernamente, la teoría política iluminista y el Derecho positivo europeo continental después de la gran reforma del siglo XIX, con el principio de la verdad real o material[107]. También ha desarrollado estos principios sobre la base de sus consecuencias necesarias: la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales durante la audiencia que incorpora el conocimiento para la discusión y decisión del caso (*inmediación*), la expresión oral de los actos (*oralidad*), la falta de interrupción de la audiencia del debate (*continuidad*) y la realización en ella de todos los actos necesarios para concluir (*concentración*), y, por último, la imposición de que los únicos actos idóneos para fundar la sentencia son aquellos incorporados en el debate y de que los únicos jueces habilitados para emitir el fallo son aquellos que presenciaron íntegramente la audiencia (*identidad física del juzgador*)[108].

Se agrega, además, la *publicidad* de la audiencia. Ella deriva, prioritariamente, del control popular necesario en un régimen político

[106] Cf. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, § 16, III, 6, p. 194. Entre nosotros, plantea una visión escénica del proceso COURTIS, *El Derecho en escena. Reproducción del sentido en teatro y Derecho*, ps. 17 y siguiente.

[107] Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, § III, 2, ps. 186 y ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, § 15, ps. 329 y siguientes.

[108] Ver § 6, F. Cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. II, cap. V, § III, 2, ps. 186 y ss.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 16, ps. 96 y siguientes.

que reconozca la soberanía del pueblo y reclama, para ello, la trasparencia de la información sobre los actos mediante los cuales se administra justicia, aspecto que involucra no sólo la posibilidad de presenciarlos, sino, también, la de comprenderlos. Se explica por sí mismo que ello se vincula estrechamente con el método natural que se utiliza para escenificar el conflicto y con la base de conocimiento obligatoria para solucionar el caso. Empero, si en el tema del auxilio para lograr la verdad se recurre al principio, la razón sólo se encuentra, secundariamente, en la seriedad, no exenta de cierto protocolo ceremonial, que la publicidad le concede al debate. En efecto, ella dificulta toda ligereza en la que pueden incurrir quienes participan en él, somete a control a los mismos órganos de prueba, quienes pueden hallar entre el público asistente a quien compruebe su mendacidad o la señale, y evita prácticamente toda posibilidad de delegar funciones[109].

Si bien es cierto que algunos de estos principios formales reconocen excepciones (no tolera ninguna salvedad, únicamente, la identidad física del juzgador) de diverso carácter —pero siempre excepciones—, todos ellos conforman un núcleo (*unidad del debate y la sentencia*) a partir del cual —y sólo partiendo de él— es posible comprender formalmente el Derecho procesal penal actual.

4. Criterio de solución de casos inciertos

Hemos repetido que el procedimiento alcanza su finalidad, la de dar solución al caso, a pesar de que los esfuerzos realizados no consigan esclarecer la verdad. Ello, sintéticamente, equivale a expresar que, en todo caso, la decisión final es ineludible, se alcance o no se alcance la verdad pretendida, sea correcta o incorrecta la decisión[110]. La supresión del *non liquet*, herramienta que posibilitaba remitir el

[109] Cf. críticamente, WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, § 15, III, ps. 344 y ss. Él critica el optimismo, al respecto, de Jeremy BENTHAM (*Theorie des gerichtlichen Beweises*), quien hace 150 años escribía que "la publicidad es la más importante de todas las garantías para los testigos y las decisiones que de ellos dependen... La mentira puede ser usada en un procedimiento secreto, muy difícilmente ella es pública; el testigo teme, si no se trata de un corrupto total, decir una mentira públicamente". "La publicidad tiene, además, otra ventaja general: en tanto despierta una mayor participación en este o en cualquier asunto, pueden surgir por ello distintos medios de prueba, que no hubieran aparecido, si el asunto fuere desconocido"; pero, a pesar de su crítica, el autor no desconoce las ventajas relativas de la publicidad.

[110] Cf. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1, B, II, ps. 2 y siguientes.

caso a un nuevo tratamiento, pues el que finalizaba no había culminado en forma satisfactoria, es una derivación de la garantía del *ne bis in idem* (ver § 6, E).

Es discutible que la afirmación sobre la supresión del *non liquet* rija en toda su extensión, sin excepciones, en el procedimiento penal. Tal sentencia es cierta si la visión del procedimiento penal se reduce al enjuiciamiento y a su resultado, el fallo definitivo. Allí la decisión se presenta como un dilema entre la absolución o la condena del imputado[111]. Pero si, como es normal, comprendemos por procedimiento penal, además del enjuiciamiento, la preparación de la acción pública (instrucción o investigación preparatoria) y los trámites que se cumplen para requerir el enjuiciamiento (procedimiento intermedio), encontraremos excepciones al dilema presentado, en forma de instituciones que, pese a liberar de persecución al imputado, permiten la reapertura de la persecución penal estatal durante un plazo determinado por la ley, si se consigue elementos de prueba que tornen posible una condena y, por ende, la solicitud de enjuiciamiento del imputado (acusación). Piénsese en los plazos de prescripción de la persecución penal, que, sin aclaración legal (es decir, sin la previsión de que sólo corren una vez iniciada la persecución penal), se aplican también durante el procedimiento (según emerge de la regla que interrumpe el plazo por actos del procedimiento), circunstancia que conduce a afirmar, por lo menos, que el Estado, mientras no provoque el enjuiciamiento del imputado, acusándolo, puede reservar su persecución penal en busca de mayores elementos de prueba que tornen factible una condena. De allí derivan las decisiones procesales que no poseen fuerza de *cosa juzgada material* (*ne bis in idem*), sino, tan sólo, adquieren fuerza de *cosa juzgada formal*, y permiten la reapertura de la persecución penal (entre nosotros, clásicamente: el *sobreseimiento provisional* o la *prórroga extraordinaria de la instrucción*).

Sin embargo, se comprende por sí mismo que, al menos en la sentencia, no cabe otra solución que decidir el caso, a pesar de la conciencia acerca de que no se conoce la verdad. La pregunta inmediata reza ahora: ¿qué decisión se debe tomar?

La *poena extraordinaria* permitía escapar del dilema absolución condena, para casos en los cuales no se alcanzaba la certeza necesaria para condenar, aplicando una pena reducida, conforme a la probabilidad. La institución no rige en el Derecho moderno.

Rige allí, precisamente, el principio *in dubio pro reo* (ver § 6, C, 2, *a*), como criterio de solución del caso. Ese criterio determina que la sentencia de condena tenga como presupuesto la expresión de la *certeza* acerca de todas y cada una de las condiciones para reprochar un

111 Excepción hecha de la teoría del "hecho diverso", aparecida en el CPP Córdoba (1970), 414, II —su explicación en NÚÑEZ, *CPP Córdoba anotado*, art. 414, nº 4, ps. 393 y s.—, acogida por el CPP Nación, 401, II, y excluida en el nuevo CPP Córdoba (1991), con una transformación que no parece demasiado feliz (art. 389).

hecho punible a una persona determinada y para someterla a una pena; a contrario, fija el criterio que permite dar solución —cierta, si se me permite la transgresión idiomática: en verdad, cierta jurídicamente—[112] a todos los casos de incerteza: ante cualquier otro grado de conocimiento sobre la imputación que no sea la certeza, corresponde absolver. El principio, según resulta evidente, deriva de considerar inocente al imputado frente a cualquier imputación (*presunción de inocencia*), mientras el Estado no reúna los elementos necesarios para alcanzar la certeza sobre ella.

El criterio de solución responde a una decisión política. Se pueden concebir otros criterios; por ejemplo, el que impera como regla general del procedimiento civil, según el cual quien afirma un hecho debe encargarse de tornar cierta para el tribunal la hipótesis que incorpora como tal (teoría de la *carga de la prueba*).

PODER JUDICIAL
BIBLIOTECA DE CIENCIAS PENALES
Fecha 12-6-1998
Nº Inventario 8910

[112] Cf. SENTÍS MELENDO, *In dubio pro reo*, nº 5, 6 y 8, ps. 118 y siguientes.

Bibliografía

AA.VV., *Abolicionismo penal*, tr. de Mariano Ciafardini y Mirta L. Bondanza, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.

AA.VV., *Congreso regional sobre reforma de la justicia penal*, Ed. ILANUD, Guatemala, 1991.

AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

AA.VV., *Debates sobre el Proyecto de Código procesal penal*, Ed. Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, 1993.

AA.VV., *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

AA.VV., *Estudio sobre el nuevo Código procesal penal de Córdoba*, Ed. Lerner, Córdoba (Arg.), 1993.

AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, Ed. Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1989.

AA.VV., *Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke-Schröder)*, 19ª ed., Ed. C. H. Beck, München, 1978.

AA.VV., *Un "Codice tipo" di procedura penale per l'America Latina*, Ed. Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma, 1991.

AA.VV., *Victimology*, Ed. Victimology, Washington, 1985, vol. 10.

Ábalos, Raúl W., *Derecho procesal penal*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza (Arg.), 1993.

Abregú, Martín, *La sentencia*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

Aftalión, Enrique R.-García Olano, Fernando-Vilanova, José, *Introducción al Derecho*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980.

Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* [*Bases y puntos de partida*], Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1966.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho procesal penal*, en colaboración con Ricardo Levene (h), Ed. Kraft, Buenos Aires, 1945.

- *El allanamiento en el proceso penal*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1962.

- *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, en "Revista de Derecho Procesal", Buenos Aires, 1945.

Alchourrón, Carlos E.-Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* [*Introducción a la metodología*], Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974.

Almeyra, Miguel A., *Situación y declaración del imputado*, en *JA*, t. 1971, p. 6.

ALSINA, Hugo, *La justicia federal*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1931.

- *Tratado teórico-práctico del Derecho procesal civil y comercial* [*Tratado*], Ed. Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.

ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, *Estudios sobre las fuentes de conocimiento del Derecho indiano. Análisis de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680*, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1941.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El juez. Sus deberes y facultades*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

ÁLVAREZ, Alejandro E., *El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del ministerio público*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en "Doxa", Madrid, 1992, nº 12.

ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 3ª ed., Madrid, 1981.

ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Ed. PPU, Barcelona, 1991.

- *Mecanismos de simplificación del proceso penal*, en AA.VV., *Un "Codice tipo" di procedura penale per l'America Latina*, Ed. Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma, 1991, vol. II.

ARSLANIÁN, León C., *Sobre la prescripción de la pena*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

AUSTRIAN, Sara G., *Speedy Trial*, en "Georgetown Law Journal", 1983, vol. 72, p. 457.

ÁVILA MARTEL, Alamiro de, *Esquema del Derecho penal indiano*, Ed. Talleres Gráficos El Chileno, Santiago de Chile, 1941.

ÁVILA, Juan J., *Algunas ideas sobre el problema del concurso ideal*, en *LL*, 1967, t. 126, p. 1127.

AYÁN, Manuel N., *La prohibición de la reformatio in peius*, en "Cuadernos de los Institutos", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1969, nº 105.

- *Recursos en materia penal*, Ed. Lerner, Córdoba (Arg.), 1985.

BACIGALUPO, Enrique, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho penal económico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974.

- *Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano*, en STRATENWERTH, Günther, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980.

- *Derecho penal. Parte general*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

- *Insolvencia y delito*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1970.

- *La impugnación de los hechos probados en la casación penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.

- *La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente*, en *Estudios penales y criminológicos*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1981, vol. V.

- *Lineamientos de la teoría del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974; 2ª ed, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

BACQUÉ, Jorge A., *Corte Suprema de Justicia de la Nación: cambio de jurisprudencia en materia de derechos individuales*, en "No Hay Derecho", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, nº 12, en prensa.

BAIGÚN, David, *Política criminal y tutela del medio ambiente en la República Argentina*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

- *República Federal de Alemania. Ley de reforma al Código Penal. Ley para la represión de la criminalidad ambiental*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

BAQUERO LAZCANO, Horacio J., *Fundamento constitucional de la libertad caucionada*, en *LL*, 1968, t. 132, p. 1433.

BARATTA, Alessandro, *Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

- *Viejas y nuevas estrategias de la legitimación del Derecho penal*, en "Poder y control", Ed. PPU, Barcelona, 1986, nº 0.

BARBERÁ DE RISSO, María Cristina, *Doctrina Penal del TSJ Córdoba*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

BARBERO SANTOS, Marino, *La división de dos fases del proceso penal*, en AA.VV., *Estudios de criminología y Derecho penal*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972.

BARBERO SANTOS, Marino y otros, *La pena de muerte: seis respuestas*, 2ª ed., Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1978.

BAS, Arturo M., *El Derecho federal argentino*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1927.

BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts* [*Grundbegriffe*], 3ª ed., Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Köln-Mainz, 1979 (versión castellana de Conrado A. Finzi, *Derecho procesal penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986).

- *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozeßrechts*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1970.

- *Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes en el Derecho procesal penal argentino y alemán* [*Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes*], en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, en *Opere*, Ed. Mediobianca, Milano, 1984 (versión castellana de Francisco Tomás y Valiente, *De los delitos y de las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1974; y *De los delitos y de las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1969).

BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*, tr. de Miguel Fenech, Ed. Labor, Barcelona, 1943.

- *Derecho procesal penal*, tr. de Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Ed. Imprenta de la Universidad, Córdoba (Arg.), 1943.

- *Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Ed. Wissenschafliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, 1968.

- *Lehrbuch des deutschen Reichstrafprozeßrechts (Beneche-Beling)*, Breslau, 1900.

BELOFF, Mary, *Teorías de la pena: la justificación imposible*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

BENTHAM, Jeremy, *Theorie des gerichtlichen Beweises*, Berlin, 1838.

BERGALLI, Roberto, *Estado democrático y cuestión judicial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

- *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Ed. Sertesa, Barcelona, 1980.

- *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Ed. Universidad de Madrid, Madrid, 1976.

BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *La abolición del sistema penal contra la reforma*, en AA.VV., *Reformas penales en el mundo de hoy*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1984.

BERNHARDI, *De tortura e foris Christianorum prohibenda*, tesis profesoral, 1705.

BERTOLINO, Pedro J., *El debido proceso y los principios de imparcialidad y bilateralidad en el ámbito procesal penal*, en *ED*, 1982, t. 95, p. 198.

- *El habeas corpus en la provincia de Buenos Aires* [*El habeas corpus*], Ed. Platense, La Plata, 1983.

BERTONI, Eduardo A., *La cesura del juicio penal*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho penal y procesal penal*, tr. de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Ed. Bosch, Barcelona, 1977.

BIANCHI, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los EE.UU.*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1994.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1969.

- *La doble instancia en el proceso penal (la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, en *ED*, 1986, t. 118, p. 877.

- *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, en *ED*, 1978, t. 78, p. 785.

- *¿Hay omisión inconstitucional en la ausencia de juicio por jurados?*, en "No Hay derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991. nº5.

BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1959.

BIERLING, Ernst R., *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* [*Grundbegriffe*], Ed. Otto Schwarz, Gotha, 1877.

BINDER, Alberto M., *Del código mentira al servicio judicial: algo más sobre la delegación de funciones*, en *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

- *El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva y destructiva de la prueba penal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.

- *Ideas para una discusión sobre el fundamento de la reforma de la justicia criminal*, en "Justicia", Ed. FJP, Lima, 1990, nº 2.

- *Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.

- *Introducción al Derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

- *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

- *Límites y posibilidades de la simplificación del proceso*, en *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung* [*Die Normen*], (reimpr. de la 4ª ed, Leipzig, 1922), Ed. Scientia, Aalen, 1965.

- *Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts*, 4ª ed., Berlin, 1900.

- *Zu Thon Rechtsnorm und subjektives Recht* [*Zu Thon*], en *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Leipzig, 1915.

BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, *Comentario* al *Manual de Derecho penal* de Carlos FONTÁN BALESTRA, en *LL*, 1953. t. 70, p. 919.

BONORINO PERÓ, Abel, *La democratización de los tribunales penales mediante la participación ciudadana en el proyecto de reformas al Código de procedimientos en materia penal*, en *LL*, t. 1988-E.

BORINSKY, Carlos, *Constitución Nacional, allanamiento de domicilio y conformidad del afectado*, en *LL*, t. 1991-A, p. 1.

BOVINO, Alberto, *Contra la legalidad*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, nº 8.

- *El control del pedido de desestimación del fiscal (El caso Ávila)*, trabajo presentado al Seminario de Derecho penal del Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho y C.S. de la Universidad de Buenos Aires, 1994, inédito.

- *El debate*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

- *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código procesal penal de la Nación*, en *LL*, t. 1993-E, p. 566.

- *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*, en "No Hay Derecho", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, nº 12, en prensa.

- *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, en "Lecciones y Ensayos", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, nº 59.

- *Simplificación del procedimiento y "juicio abreviado"*, en AA.VV., *Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal*, Ed. Alveroni, Córdoba (Arg.), 1995.

BRECHT, Bertolt, *Der Ausburger Kreidekreis*, en *Geschichten*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1962.

- *Der kaukasische Kreidekreis*, en *Bertolt Brecht. Stücke*, Ed. Aufbau, Berlin-Weimar, 1979.

- *Leben des Galilei*, Ed. Suhrkamp, Berlin, 1973.

BRICEÑO PEROZO, Mario, *Temas de historia colonial venezolana*, Ed. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1981.

BUENO ARÚS, Francisco, *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de Derecho*, en *LL*, 1966, t. 124, p. 1307.

BUNGE, Carlos Octavio, *Historia del Derecho argentino*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1927.

BURCKHARDT, Walter, *Methode und System des Rechts*, Ed. Polygraphischer, Zürich, 1936.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, *Concepto del juez ordinario en el Derecho español*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general [Manual]*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

- *Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas. Introducción*, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1986, nº 0.

CABANELLAS, Guillermo, *Beccaria y su obra*, en BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, Ed. Atalaya, Buenos Aires, 1945.

CAFFERATA NORES, José I., *Medidas de coerción en el nuevo Código procesal penal de la Nación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

- *Integración de los tribunales penales: participación ciudadana*, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, Ed. Consejo para la consolidación de la democracia, Buenos Aires, 1989, t. 1.

- *Introducción al Derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Córdoba (Arg.), 1994.

- *Introducción al nuevo Código procesal penal de la provincia de Córdoba*, Ed. Lerner, Córdoba (Arg.), 1992.

- *La excarcelación*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1977.

- *La prueba en el proceso penal* [*La prueba*], Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

- *Los frutos del árbol envenenado*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

- *Relaciones entre Derecho penal y Derecho procesal penal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.

- *Temas de Derecho procesal penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

CAFFERATA NORES, José I. y otros, *Estudio sobre el nuevo Código procesal penal de Córdoba*, Ed. Lerner, Córdoba (Arg.), 1993.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943.

- *Instituciones de Derecho procesal civil*, tr. de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1973.

- *La casación civil*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

CARBAJAL PALACIO, N., *El juicio por jurado*, Ed. Dirección General de Publicidad, Buenos Aires, 1953.

CARMIGNANI, Giovanni, *Teoría delle leggi della sicurezza sociale*, Ed. Fratelli Nistra, Pisa, 1832.

CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, tr. de Santiago Sentís Melendo, Ed. Jur. Europa-América, Buenos Aires, 1981.

CARO BAROJA, Julio, *Inquisición, brujería y criptojudaísmo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970.

CARRARA, Francesco, *Opúsculos de derecho criminal* [*Opúsculos*], Ed. Temis, Bogotá, 1980.

- *Programa del curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa* [*Programa*], tr. de la 11ª ed. italiana de Sebastián Soler, Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.

CARRERA, Daniel P., *Defraudación por infidelidad o abuso*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973.

CARRERA, Daniel P.-CAFFERATA NORES, José I., *Prescripción de la acción penal, aspecto procesal e interrupción del delito permanente*, en *JA*, 1977, t. IV, p. 292.

CARRIÓ, Alejandro D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1990.

- *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994.

- *Justicia criminal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1986.

- *La libertad durante el proceso penal y la Constitución nacional*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

- *Otra vez el tema de las confesiones policiales: ¿llegó Miranda a nuestro país?*, en *LL*, t. 1988-C, p. 966.

- *Violaciones constitucionales en materia penal y la doctrina del fruto del árbol venenoso*, en *LL*, t. 1988-B, p. 445.

- *Ingreso domiciliario consentido, agente encubierto y regla de exclusión de prueba ilegal*, en *LL*, t. 1991-C, p. 857.

CARRIÓ, Genaro R., *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

- *La Corte Suprema y las garantías constitucionales del imputado*, en "Nuevo Pensamiento Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.

- *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.

- *Recurso de amparo y técnica judicial*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

- *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973.

CARRIÓ, Genaro R.-CARRIÓ, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

CASANOVAS, Jorge, *El procedimiento preparatorio en el Proyecto. La cuestión constitucional y el propósito unificador*, en AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de CPP Nación de 1986*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Ed. Colegio de Abogados, San José (Costa Rica), 1980, nº 41.

- *El concurso de los delitos en el Derecho penal costarricense* [*El concurso de los delitos*], San José (Costa Rica), 1981.

CAVALLERO, Jorge-HENDLER, Edmundo, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal* [*Justicia y participación*], Ed. Universidad, Buenos Aires, 1988.

CHIARA DÍAZ, Carlos A., *Ley penal tributaria y previsional Nº 23.771*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Ensayos de Derecho procesal civil*, tr. de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1949.

- *La acción en el sistema de los derechos*, en *Ensayos de Derecho procesal civil*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1949.

CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito*, tr. de Sara Costa, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

- *Las imágenes del hombre en el Derecho penal moderno*, en AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.

- *Los conflictos como pertenencia*, tr. de Fabricio Guariglia y Alberto Bovino, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

- *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *El art. 10 de la Constitución de Córdoba y el CPP*, en "Cuadernos de los Institutos", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1965, nº 83.

- *Competencia penal en la República Argentina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945.

- *Derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Córdoba (Arg.), 1984.

- *Derecho procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

- *El proceso penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

- *La querella en los delitos de acción de ejercicio privado*, en *JA*, 1970, p. 611.

- *Proyecto de Código uniforme en materia procesal penal*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1966.

- *Tratado de Derecho procesal penal* [*Tratado*], Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960.

CLEMMER, Donald, *Prisonisation*, en AA.VV., *The sociology of punishment and correction*, New York, 1962.

- *The prison community*, New York, 1958.

CONSTANTARAS, Christos, *Rapport*, en "Revue Internationale de droit penal", Ed. Cujas, Paris, 1969.

CORBI, Fabrizio, *Obbligatorietá dell ázione penale ed esigenze di razionalizzazione del proceso*, en "Rivista italiana di Diritto e procedura penale", Ed. Giuffré, Milano, 1980, nº 4.

CÓRDOBA, Fernando, *La posición de la víctima*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

CORWIN, Edward S., *The constitution and what it means today* [*The constitution*], Ed. Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1947 (versión castellana: *La Constitución de los EE. UU. y su significado actual*, Ed. Fraterna, Buenos Aires, 1987).

COSACOV, Gustavo, *El mito de la no impunidad*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1988.

COSACOV, Gustavo-GORENC, Klaus-Dieter-NADELSTICHER MITRANI, Abraham, *Duración del proceso penal en México*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1985.

COSSIO, Carlos, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley* [*La plenitud del orden jurídico*], Buenos Aires, 1939.

COULANGES, Fustel de, *La cité antique*, Ed. Librería de L. Hachette, Paris, 1866.

COURTIS, Christian, *El Derecho en escena. Reproducción del sentido en teatro y Derecho*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1994, nº 11.

D'ÁLBORA, Francisco J., *Apuntes sobre la faz procesal de la extradición*, en "Revista Argentina de Derecho procesal", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968, nº 1.

- *Código Procesal Penal de la Nación anotado, comentado y concordado* [*CPP Nación anotado*], Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

- *Curso de Derecho procesal penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

- *La justicia federal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

D'ALEMBERT, *Análisis del espíritu de las leyes y elogio de Montesquieu*, en MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1942.

D'ALESSIO, Andrés J., *El primer fallo de la Corte sobre la tortura*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

DAHS, Hans-DAHS, Hans, *Die Revision im Strafprozeß*, 5ª ed., Ed. Beck, München, 1993.

DANIELSEN, Raúl V., *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*, en *JA*, 1975, p. 124.

DAVO ESCRIVA, F., *El tribunal del jurado. Reflexiones acerca de su desarrollo constitucional*, Ed. Colex, Madrid, 1988.

DE ÁNGELIS, Pedro, *Colección de obras y documentos relativos a la historia antigua y moderna de las Provincias del Río de la Plata (Documentos para la historia de la sublevación de José Gabriel de Tupac Amaru, cacique de la provincia de Tinta en el Perú)*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

DE COCQ-LEDESMA-ALMAGRO-FAIRÉN-GIMENO-LÓPEZ MUÑOZ-SERRA, *El jurado*, Ed. Universidad de Alicante, Alicante, 1983.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1988.

DE LA RÚA, Fernando, *Algo más sobre prohibiciones de valoración probatoria*, en *LL*, t. 1983-B, p. 106.

- *El proceso penal en la obra de Alfredo Vélez Mariconde*, en *Proceso y justicia*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1980.

- *El recurso de casación en el Derecho positivo argentino* [*El recurso de casación*], Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1968.

- *La casación penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

- *Non bis in idem*, en *Proceso y justicia*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1980.

- *Proceso y justicia*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1980.

- *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, en *LL*, t. 1982-D, p. 205.

DE LA RÚA, Jorge, *Los delitos económicos*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

DE SAVIGNY, M. F. C., *Sistema del Derecho romano actual* [*Sistema*], tr. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2ª ed., Centro Editorial de Góngora, Madrid, sin fecha.

DE SOLA DUEÑAS, Ángel-GARCÍA ARÁN, Mercedes-HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *Alternativas a la prisión*, Ed. PPU, Barcelona, 1986.

DE VEDIA, Agustín, *Constitución argentina*, Ed. Coni Hnos., Buenos Aires, 1907.

DELL'ANDRO, Renato, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Ed. G. Privela, Palermo, 1950.

DENCKER, Friedrich, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Ed. Karl Heimanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1977.

- *Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung*, en AA.VV, *Die Falle im Rechtsstaat*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1985.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1981.

DÍAZ, Clemente A., *El cuerpo del delito en la legislación procesal argentina* [*El cuerpo del delito*], Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

DÖRING, Erich, *La prueba: su práctica y apreciación*, tr. de Tomás H. Banzhaf, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1972.

ELBERT, Carlos A.-GULLCO, Hernán, *Ejercicios de Derecho penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

ENGISCH, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, tr. de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1960.

ESER, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales* [*Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*], tr. de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

- *Einführung in das Strafprozeßrecht*, Ed. C. H. Beck, München, 1983.

- *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und internationale Tendenzen* [*Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*], en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymanns, Köln-Berlin-New York-München, 1989.

ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Ed. L. Larose et Forcel, Paris, 1882.

ESTRADA, José M., *Derecho constitucional*, 2ª ed., Ed. A. Martínez, Buenos Aires, 1927.

EYMERIC, Nicolau, *Manual de inquisidores para uso de las inquisiciones de España y Portugal*, (tr. del abate José Marchena de la edición francesa de Montpellier, 1821), Ed. Fontamara, Barcelona, 1974.

FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, Ed. Labor, Barcelona, 1960.

FENTANES, Enrique, *La policía judicial. Teoría y realidad*, Ed. Biblioteca Policial, Buenos Aires, 1968.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, *La posible inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional*, en "Jueces para la Democracia", Madrid, 1987, nº 2.

FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* [*Diritto e ragione*], Ed. Laterza, Bari, 1990.

- *Giustizia penale e democrazia. Il contesto extra-processuale*, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*; Ed. Consejo para la consolidación de la democracia, Buenos Aires, 1989, t. 2.

FERRANTE, Marcelo, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*, en *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

FERRI, Enrico, *Sociologia criminale*, 3ª ed., Ed. F. Bocca, Torino, 1892.

FINZI, Marcelo, *Indice alfabético de las fuentes*, en *Código de Procedimiento Penal de la provincia de Córdoba*, Ed. Assandri, Córdoba (Arg.), 1955.

FIORE, Carlo, *L'azione socialmente adecuata nel diritto penale*, Ed. Morano, Nápoli, 1966.

FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, Ed. Temis, Bogotá, 1982.

- *Elementos de Derecho procesal penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1933.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El delito de falsa denuncia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952.

FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1988.

- *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Ed. Gallimard, Mayenne, 1990 (*Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión* [*Vigilar y castigar*], tr. de Aurelio Garzón del Camino, Ed. Siglo XXI, México, 1987).

FRANK, Jorge L., *Observaciones y comentarios sobre los libros I y II del proyecto CPP Nación*, en AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de CPP Nación de 1986*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

FRISTER, Helmut, *Der Lügendetektor - Zulässiger Sachbeweis oder unzulässige Vernehmungsmethode?*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", Ed. De Gruyter, Berlin-New York, 1994, nº 2.

- *Zur Frage der Vereinbarkeit verdechter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG*, en "Strafverteidiger", Ed. Luchterhand, Neuwied, 1993, nº 3/93.

GARAY, Alberto F., *Límites del recurso de casación penal por el monto de la pena: convalidación judicial y objeción constitucional*, en *JA*, t. 1994-II, p. 538.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, *No a la pena de muerte*, Ed. Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1975.

GARCÍA, Eduardo A., *Juicio oral*, Ed. Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1936-1937.

GARCÍA, Luis M., *Reincidencia y punibilidad. Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

GARITA VILCHEZ, Ana Isabel, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno* [*La defensa pública en América Latina*], Ed. ILANUD, San José (Costa Rica), 1992.

GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale* [*Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*], Ed. Sirey, Paris, 1907.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho y naturaleza de las cosas*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1970-1971.

- *Modelle normativer Geltung*, en *Rechtstheorie*, Berlin, 1977.

GAVIER, Ernesto R., *Aplicación de la ley penal y concurso de leyes*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1941, nº 3 y 4.

- *Concurso de leyes*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955, t. III, p. 659.

- *El delito de falsa denuncia*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1959.

GAVIOLA, Carlos A., *Juicio por jurados*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1939, nº 1-2.

GELSI BIDART, Adolfo, *Juristas y legos en la aplicación de la justicia*, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, Ed. Consejo para la consolidación de la democracia, Buenos Aires, 1989, t. 1.

GETTEL, Raymond G., *Historia de las ideas políticas*, tr. de Teodoro González García, Ed. Labor, Barcelona, 1930.

GOFFMAN, Erving, *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, Ed. Anchor Books, Garden City (New York), 1961 (versión castellana: *Internados*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1971).

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho justicial material*, tr. de Catalina Grossman, en "Revista de Derecho procesal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1946.

- *Die Berufung in Strafsachen*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", München, 1922, nº 45.

- *Principios generales del proceso*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1961.

- *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1961.

GOLDSTEIN, Abraham S., *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos*, en "Lecciones y Ensayos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, nº 49.

GOLDSTEIN, Abraham S.-MARCUS, M., *The myth of judicial supervision in three "inquisitorial systems": France, Italy, Germany*, en "Yale Law Journal", 1977, vol. 87, p. 240.

GÓMEZ COLOMER, Juan L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas* [*El proceso penal alemán*], Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, *El delito continuado*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978.

GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de Derecho constitucional*, 4ª ed., Ed. Kraft, Buenos Aires, 1963.

GONZÁLEZ, Daniel A., *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, Ed. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1986.

GONZÁLEZ, Florentino-DE LA PLAZA, Victorino, *Juicio por jurados*, en *Proyecto e informe sobre el establecimiento del juicio por jurados y de Código de procedimiento criminal*, Imprenta y Librería de Mayo, Buenos Aires, 1873.

GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina* [*Manual*], Ed. Estrada, Buenos Aires, 1983.

GORANSKY, Mirna D., *Un juicio sin jurados*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho administrativo*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1984.

GOSSEL, Karl-Heinz, *El defensor en el proceso penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1989.

- *La defensa en el Estado de Derecho y las limitaciones relativas al defensor en el procedimiento contra terroristas* [*La defensa en el Estado de Derecho*], en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

- *Strafverfahrensrecht*, Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1977.

GRÜNHUT, Max, *Die Bedeutung englischer Verfahrensformen für eine deutsche Strafprozeßreform*, en AA.VV., *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn, 1963.

GUARIGLIA, Fabricio O., *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*, en *JA*, 1992, t. II, p. 776.

- *Facultades discrecionales del ministerio público e investigación penal preparatoria: el principio de oportunidad*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

- *La investigación preliminar en el nuevo Código procesal penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria* [*La investigación preliminar en el nuevo Código procesal penal de la Nación*], en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

- *Las prohibiciones probatorias*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

- *¿De qué reforma me hablan?*, en "No Hay Derecho", Buenos Aires, 1992, nº 6.

GUERRERO LECONTE, Víctor A., *La nueva ley instrumental penal de Córdoba*, en *ADLA* (boletín informativo) 1970, nº 27.

- *Necesidad de un Código judicial*, en *LL*, t. 1980-A, p. 1015.

HAFFKE, Berhard, *Reincidencia y medición de la pena*, en AA.VV., *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, tr. de Jesús María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, tr. de Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

HARTMANN, Nicolai, *Das Problem des Geistigen Seins*, 3ª ed., Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1962.

- *Ethik*, 9ª ed., Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1962.

- *Möglichkeit und Wirklichkeit*, 3ª ed., Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1966.

- *Zur Grundlegung der Ontologie*, 4ª ed., Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1965.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, tr. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.

- *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Ed. Rowohlt, Hamburg, 1974.

HAY, Peter, *Una introducción al Derecho de los Estados Unidos*, Ed. Butterworth, Salem (New Hampshire), 1992.

HEGEL, Georg W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1986 (de la Obra de Hegel, 1832-1845).

- *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Ed. Surhkamp, Frankfurt, 1970 (versión castellana: *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Ed. Claridad, Buenos Aires, 1968).

HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, 10ª ed., Ed. Plon, Paris, 1866.

HENDLER, Edmundo S., *En defensa del jurado*, en "Revista Asociación Abogados de Buenos Aires", Buenos Aires, 1978.

- *La declaración del inculpado y un famoso precedente de los tribunales estadounidenses*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

- *Inconstitucionalidad de las restricciones a la excarcelación*, en "Doctrina Penal", Ed, Depalma, Buenos Aires, 1984.

HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Köln, 1963.

HESSEN, Johannes, *Tratado de filosofía*, tr. de Juan A. Vázquez (de *Lehrbuch der Philosophie*, 2ª ed.), Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1976.

HONIG, Richard M., *Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozeß*, Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1967.

HOPKINS, Keith, *Conquistadores y esclavos*, tr. de Marco A. Galmarini, Ed. Península, Barcelona, 1981.

HORTEL, Eduardo, *Acerca de la investigación preliminar en manos del ministerio público*, en AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de CPP Nación de 1986*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

HULSMAN, Louk-BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *La apuesta por una teoría de la abolición del sistema penal*, en AA.VV., *El lenguaje libertario 2*, Ed. Nordan Comunidad, Montevideo, 1991.

- *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* [*Sistema penal y seguridad ciudadana*], tr. de Sergio Politoff, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, *La organización judicial argentina*, Ed. La Facultad, La Plata, 1938.

INFORME DE LA CONADEP, Nunca más, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1984.

INFORME DEL COMITÉ EUROPEO SOBRE PROBLEMAS DE LA CRIMINALIDAD, *Decriminalización*, tr. de Mariano Ciafardini y Mirta L. Bondanza, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987.

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, *Respuesta a la consulta de la Comisión de legislación general, justicia e instrucción pública de la Honorable Cámara de Diputados sobre el Proyecto de ley de reforma al art. 346, CPP Córdoba*, en "Cuadernos de los Institutos", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1966, nº 89.

ISRAEL, Jerold H.-LAFAVE, Wayne R., *Criminal procedure. Constitutional limitations*, 3ª ed., Ed. West Publishing, St. Paul (Minn.), 1980.

JÁUREGUI, Carlos, *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *La crisis de la política criminal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

- *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* [*Lehrbuch des Strafrechts*], 3ª ed., Ed. Duncker u. Humblot, Berlin, 1978; 4ª ed., 1988.

- *Tratado de Derecho penal. Parte general* [*Tratado de Derecho penal*], versión castellana de la 4ª edición alemana a cargo de José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950; 2ª ed., 1952; 3ª ed., 1963.

JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1941; 2ª ed., Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1919.

KAISER, Günther, *Kriminologie*, 7ª ed., Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1973.

KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Ed. W. de Gruyter, Berlin, 1968.

- *Metaphysik der Sitten*, Ed. F. Meiner, Hamburgo, 1966 (impresión sin cambios de la 4ª edición, 1922).

KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* [*Normentheorie*], Ed. Otto Schwarz, Göttingen, 1954 (versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, *Teoría de las normas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978).

KAUFMANN, Felix, *Logik und Rechtswissenschaft* [*Logik*], Tübingen, 1922.

KAUFMANN, Hilde, *Ejecución penal y terapia social*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

KELSEN, Hans, *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Ed. Franz-Martin Schmolz, Wien, 1963.

General theory of law and State, New York, 1961.

- *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* [*Hauptprobleme*], 2ª ed., Tübingen, 1923.

- *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. (tr. castellana de Roberto Vernengo, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Universidad Nacional Autónoma, México D. F., 1986), Ed. Franz Denticke, Wien, 1960-1976.

- *Reine Rechtslehre*, 1ª ed. (tr. castellana de Moisés Nilve de la versión francesa preparada por KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1971), Ed. Franz Denticke, Leipzig-Wien, 1934.

¿Qué es la justicia?, Ed. Leviatán, Buenos Aires, 1987.

KELSEN, Hans-COSSIO, Carlos, *El Derecho como objeto de la ciencia del Derecho*, en *Problemas escogidos de la Teoría pura del Derecho*, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1952.

KERN, Eduard, *Gerichtverfassungsrecht*, 4ª ed., Ed. C. H. Beck, München-Berlin, 1965.

KERNER, Hans-Jürgen, *Strafvollzug und Rückfälligkeit*, en "Kriminologisches Journal", 1976, vol. 3, p. 184.

LANDABURU, Laureano (h), *El delito como estructura*, en "Revista de Derecho Penal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1945.

LANTCKE, Ursula-MÜLLER, Egon-WAHLE, Eberhard, *Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer. Stellungnahme zum Gesetzentwurf "Die Verteidigung"*, Ed. C. H. Beck, München, 1984.

LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2ª ed., Berlin-Heidelberg, 1969.

LATAGLIATA, Ángel R., *Contribución al estudio de la reincidencia*, tr. de Carlos A. Tozzini, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

LEDESMA, Ángela E., *Nuevo Código procesal penal de Tucumán*, en *JA*, 1992, t. III, p. 749.

LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho procesal penal*, tr. de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1963.

LEVAGGI, Abelardo, *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires Manuel Genaro de Villota*, Ed. CONICET, Buenos Aires, 1981.

- *Manual de historia del Derecho argentino (castellano-indiano/nacional)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

LEVENE (h), Ricardo, *El proyecto CPP Nación frente a las necesidades de la gran reforma procesal que anhelamos*, en AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de CPP Nación de 1986*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

- *Ejecución procesal penal*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, t. IX, p. 829.

LEVENE, Ricardo, *Historia del Derecho argentino*, Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1946.

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado* [*Tratado*], Ed. Alfa, Buenos Aires, 1956.

LINARES, Juan F., *Derecho administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986.

- *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina* [*El "debido proceso"*], Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.

LOIÁCONO, Virgilio, *La improrrogabilidad territorial de la competencia en materia penal*, en *JA*, 1972, p. 368.

- *Los jueces naturales y el ámbito temporal de la nueva ley de competencia* [*Los jueces naturales*], en *JA*, 1971, p. 192.

LOPE DE VEGA, *Fuente Ovejuna*, Ed. Castalia e Hyspamérica, Buenos Aires, 1986.

LÓPEZ REY Y ARROJO, Manuel, *Proyecto de Codigo para Bolivia*, Córdoba (Arg.), 1946.

LORCA NAVARRETE, Antonio M., *La prisión provisional en España y la crisis de una ley socialista* [*La prisión provisional en España*], en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

LOZADA, A. G., *Imparcialidad y jueces federales*, en "Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", Buenos Aires, 1989, nº 5.

LUDER, Ítalo A., *Derecho ejecutivo penal*, en *LL*, 1958, t. 90, p. 882.

LUDERSSEN, Klaus, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, en *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1974.

LUTHER, Horst y otros, *Strafverfahrensrecht (Lehrbuch)*, Ed. Staatsverlag der DDR, Berlin, 1977.

MAGARIÑOS, Mario, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, en AA.VV, *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

MAIER, Julio B. J., *Acción pública y procedimiento de oficio en los delitos contra el honor*, en *JA*, 1972, p. 525.

- *Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX*, en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", La Plata, nº 45.

- *Comentario* al libro de BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts* [*Comentario*], en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

- *Conclusiones básicas sobre las aclaraciones del profesor Jürgen Baumann* [*Conclusiones básicas*], en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

- *El Derecho penal hoy: entre la inquisición y la composición*, en Revista "Derecho Penal", Ed. Juris, Rosario, 1993, nº 2.

- *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino*, en AA.VV., *El Derecho penal hoy*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

- *El IX Congreso Internacional de Derecho penal: conclusiones sobre Derecho procesal*, en "Cuadernos de los Institutos", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1966, nº 89.

- *El ofendido por el delito en el Derecho positivo argentino*, en el libro de Homenaje al Prof. Dr. Isidoro De Benedetti, en prensa.

- *El Proyecto de Código procesal penal de la Nación*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.

- *Forma del auto de procesamiento*, en "Cuadernos de los Institutos", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1963, nº 75.

- *Función normativa de la nulidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

- *Hacia una nueva justicia penal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

- *Inviolabilidad del domicilio*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

- *La cesura del juicio penal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

- *La investigación penal preparatoria del ministerio público* [*La investigación penal preparatoria*], Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1975.

- *La Ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino* [*La Ordenanza procesal penal alemana*], Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I y 1982, vol. II.

- *La reforma de la libertad caucionada en el Código Nacional*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

- *La reforma del procedimiento penal en Costa Rica*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.

- *La víctima y el sistema penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

- *Límite temporal del encarcelamiento preventivo*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

- *Mecanismos de simplificación del procedimiento penal*, en AA.VV., *Un "Codice tipo" di procedura penale per l'America Latina*, Ed. Consiglio Nazionale delle Richerche, Roma, 1991, vol. II.

- *Nueva reforma instrumental del Código de Procedimientos en lo criminal para la justicia federal y los tribunales de la capital y territorios nacionales* [*Nueva reforma instrumental*], en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

- *Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

- *Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten*, en AA.VV., *Festschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Karl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989.

- *Sobre la libertad del imputado*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981.

- *Un caso claro de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983.

MAIER, Julio B. J.-BOVINO, Alberto, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771. ¿El ingreso de la reparación como tercera vía?* [*Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771*], en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

MALAMUD GOTI, Jaime, *El riesgo permitido en el Derecho penal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal* [*Tratado*], tr. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1951.

MARAT, *Plan de legislación criminal*, 1777.

MARILÚZ URQUIJO, José M., *La instrucción circular para el mejor y más breve despacho de la formación de las causas criminales (1788) proyectada por el regente Benito de la Mata Linares*, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho", Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1961, nº 12.

- *La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del Virreynato*, en *Primer Congreso de Historia de los pueblos de la provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1952

MARINO, Esteban, *Suspensión del procedimiento a prueba*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

MARTINSON, Robert, *What works? Questions and answers about prison reform*, en "Public Interest", 1974, vol. 35, p. 22.

MATHER, Lynn M., *Comments on the history of plea bargaining*, en "Law & Society Review", 1979, vol. 13, p. 281.

MAURACH, Reinhart, *Strafrecht*, 5ª ed., proseguida por ZIPF, Heinz, Ed. C. F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1977.

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo parcial 2, 6ª ed. (corregida por Karl-Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF), Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1984.

- *Tratado de Derecho penal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

MAYER, Jorge M., *El derecho público de prensa*, Ed. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1944.

- *La legislación sobre prensa en la provincia de Buenos Aires*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Ed. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1946.

MCDONALD, William F., *Towards a bicentennial revolution in criminal justice: the return of the victim*, en "The American Criminal Law Review", 1976, vol. 13, p. 649.

MELLOR, Alec, *La tortura*, Ed. Sophos, Buenos Aires, 1960.

MELOSSI, Dario, *El Estado del control social*, Ed. Siglo XXI, México, 1992.

MENÉNDEZ PIDAL, Ramón, *Idea imperial de Carlos V*, 3ª ed., Ed. Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1946.

MERKEL, Adolf, *Rechtsnorm und subjektives Recht mit Beziehung auf das gleichnamige Werk von A. Thon [Rechtsnorm]*, en *Gesammelte Abhandlungen*, Strassburg, 1899.

MERLE, Roger-VITU, Andre, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 12ª ed., Ed. Cujas, Paris, 1973.

MICHELET, Jules, *Origines du droit francais cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, Ed. Calmann Lévy, Paris, sin fecha.

MINVIELLE, Bernadette, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal*, en "Doctrina penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

- *La prueba ilícita en el Derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Córdoba (Arg.), 1987.

MIR PUIG, Santiago, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1986, nº 0.

MOMMSEN, Theodor, *Compendio del Derecho público romano*, tr. de P. Dorado, Ed. La España Moderna, Madrid.

- *El Derecho penal romano*, 8ª ed., tr. de P. Dorado, Ed. La España Moderna, Madrid.

- *Le droit pénal romain*, tr. de J. Duquesne, Paris, 1907.

MONTERO, Jorge R., *El procedimiento abreviado en materia penal*, en AA.VV., *Un "Codice tipo" di procedura penale per l'America Latina*, Ed. Consiglio Nazionale delle Richerche, Roma, 1991, vol. II.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1942.

- *El espíritu de las leyes*, tr. de Nicolás Estévanez, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1971.

MOONEY, Alfredo E., *El juicio por jurados en el sistema constitucional argentino*, en *LL*, t. 1986-C, p. 858.

MORA MORA, Luis Paulino-MADRIZ, Edgar A.-VILLALOBOS TORRENS, Edgar-HOUED VEGA, Mario-BONILLA MENÉNDEZ, Gilberto, *La única instancia en el procedimiento penal costarricense*, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Ed. Universidad de Costa Rica, San José, 1976, nº 28.

MÜLLER, Ingo, *Rechtsstaat und Strafverfahren*, Ed. Europäische Verlaganstalt, Frankfurt, 1980.

NINO, Carlos S., *Conferencia*, dictada en el Symposium "Hacia una nueva justicia penal", en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, inédita.

- *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Ed. Unam, México, 1974.

- *El concurso en el Derecho penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1972.

- *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

- *Introducción al análisis del Derecho* [*Introducción*], Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

- *La huida frente a las penas*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, nº 4.

- *La legítima defensa*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

- *Los límites de la responsabilidad penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.

- *Se acabó el debate*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, nº 8.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Calumnia y denuncia falsa*, en *LL*, 1952, t. 67, p. 477.

- *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Anotado* [*CPP Córdoba anotado*], Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1978.

- *Concurso ideal de delitos*, en "Nuevo pensamiento penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976.

- *Derecho penal argentino*, 2ª ed., Ed. Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1965.

- *Derecho penal argentino*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.

- *El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por la vía de la casación*, en *Temas de Derecho penal y de Derecho procesal penal*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1958.

- *El hecho penal en la Constitución Nacional y en el Código*, en "Revista de psiquiatría y criminología", Buenos Aires, 1959.

- *El "hecho único" como base del concurso ideal*, en *LL*, 1952, t. 68, p. 211.

- *"In dubio pro reo": duda sobre la ilicitud del hecho*, en *LL*, 1947, t. 48, p. 1.

- *La acción civil en el proceso penal*, Ed. Lerner, Córdoba (Arg.), 1982.

- *La diferencia entre delitos y contravenciones y su importancia constitucional*, en *Temas de Derecho penal y de Derecho procesal penal*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1958.

- *La garantía del "non bis in idem" en el Código de procedimientos penales de Córdoba* [*Non bis in idem*], en "Revista de Derecho procesal", Buenos Aires, 1946.

- *La introducción de nuevas pruebas en el curso del debate*, en "Revista de Derecho procesal", Buenos Aires, 1950.

- *La ley, única fuente del Derecho penal argentino*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), año V.

ODERIGO, Mario A., *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973.

- *El lenguaje del proceso: Tinta versus saliva*, en *JA*, t. 1961-II, p. 40.

- *Lecciones de Derecho procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

- *Tinta versus saliva*, en *LL*, t. 1977-B, p. 864.

OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho (la estructura del ordenamiento jurídico)* [*El Derecho como hecho*], tr. de Luis López Guerra, Ed. Labor, Barcelona, 1980.

OTS CAPDEQUÍ, José María, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano* [*Historia del Derecho español en América*], Ed. Aguilar, Madrid, 1969.

- *Manual de historia del Derecho español en las Indias* [*Manual*], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1943.

PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967; 2ª ed., 1975.

- *La acción y la pretensión en el proceso penal*, en AA.VV., *Problemática actual del Derecho procesal*, Ed. Platense, 1971.

- *Manual de Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

PASQUINELLI, Carla, *Poder sin Estado*, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1987, nº 1.

PASTOR, Daniel R., *Aciertos e hipocresía en una sentencia trascendente*, en "No Hay derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, nº5.

- *Código Levene: ¿Nacerá viejo y caduco?*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, nº 6.

- *Disertación sobre la libertad bajo caución en el proceso penal por delito fiscal*, en AA.VV., *El Derecho penal hoy*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

- *El encarcelamiento preventivo*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

- *¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos no "convencionales"?*, en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

- *Prescripción de la persecución y Código procesal penal* [*Prescripción*], Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

PAVARINI, Massimo, *Ricerca in tema de criminalitá economica*, en "La questione criminale", 1975, nº 3.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *La democratización de los tribunales penales: hacia una nueva justicia penal. Participación ciudadana*, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, Ed. Consejo para la consolidación de la democracia, Buenos Aires, 1989, t. 1.

PEÑA GUZMÁN, Luis A., *In dubio pro reo*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E., *Investigación fiscal preparatoria: el discurso de la reforma*, en "Semanario Jurídico", Ed. Comercio y Justicia, Córdoba (Arg.), 1994, nº 1015.

PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 2ª ed. española, tr. de H. González del Castillo, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1913.

PETERS, Karl, *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*, Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1963.

- *Strafprozeß*, 2ª ed., Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1966.

PETRA RECABARREN, G., *Evaluaciones críticas en torno a la proyectada reforma procesal penal*, en "Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", Buenos Aires, 1989, nº 3.

PIERANGELLI, José H., *Ecología, polución y Derecho penal*, tr. de E. R. Zaffaroni y M. L. Rébori, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983.

PINTO, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

PLUTARCO, *Vidas paralelas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1964.

POMATA, Tristán, *Sistemas de comunicación. Sistema de conservación*, en *LL*, 1965, t. 119, p. 1251.

POVIÑA, Jorge R., *Las confesiones penales avoluntarias e involuntarias ante el Derecho constitucional*, en *LL*, 1957, t. 84, p. 667.

PROCURACIÓN GENERAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *El ministerio público en la provincia de Buenos Aires*, s. ed., La Plata, 1975.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978.

RADBRUCH, Gustav, *Erste Stellungnahme nach dem Zusammenbruch*, 1945.

- *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946.

- *Rechtsphilosophie*, Ed. K. F. Kochler, Stuttgart, 1973.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Crisis y pervivencia de la tortura*, en *Nueva crónica del crimen*, Ed. Edeval, Valparaíso, 1981.

RODRÍGUEZ, Andrea, *Loco por el sánguche*, en "Página/12", Buenos Aires, periódico del 14/07/1994.

RODRÍGUEZ, Mariano, *Detrás de la oralidad*, Ed. Advocatus, Córdoba (Arg.), 1993.

ROMERO, Francisco-PUCCIARELLI, Eugenio, *Lógica*, 16ª ed., Ed. Espasa Calpe, México, 1958.

ROSS, Alf, *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Ed. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

- *Lógica de las normas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.

- *Nota al libro de Kelsen, '¿Qué es la justicia?'*, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Ed. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

- *Sobre el Derecho y la justicia*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1963.

ROUQUIÉ, Alain, *El poder militar en la Argentina (1976-1981)*, en *El poder militar en la Argentina de hoy: cambio y continuidad*, Ed. Klaus Dieter Verbuert, Frankfurt, 1982.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754 (versión castellana de Ángel Pumarega, en ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discursos*, Ed. Edeval, Valparaíso, 1979).

- *Le contrat social*, 1762, (versión castellana: *El contrato social o principios del Derecho político*, facsímil de la aparecida en Londres, 1799, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1961).

ROXIN, Claus, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, en AA.VV., *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Ed. W. Fink, München, 1987.

- *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*, tr. de L. Blanco, P. S. Ziffer y D. R. Pastor, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

- *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, tr. de E. Carranza y J. B. J. Maier, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

- *Prüfe dein Wissen. Strafprozeßrecht*, 5ª ed., Ed. C. H. Beck, München, 1974.

- *Reflexiones sobre la problemática de la imputación*, en *Problemas básicos del Derecho penal*, tr. de Diego Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid, 1976.

- *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1973.

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil* [*Strafrecht*], Ed. C. H. Beck, München, 1992.

- *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973.

- *Strafverfahrensrecht*, 18ª ed., Ed. C. H. Beck, München, 1983; 20ª ed., 1987; 23ª ed., 1993.

RUBIANES, Carlos J., *La excarcelación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964.

- *La querella de acción pública*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964.

- *Manual de Derecho procesal penal* [*Manual*], Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.

RUIZ MORENO, Isidoro, *El Derecho internacional público ante la Corte Suprema*, Ed. Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1941.

RUSCONI, Maximiliano A., *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

Los límites del tipo penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

- *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, 2ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.

- *El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución nacional*, en *ED*, 1981, t. 92, p. 905.

- *La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, en *LL*, t. 1988-E, p. 156.

SAINTE-BEUVE, Charles Augustin, *Montesquieu*, en MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1942.

SALT, Marcos G., *Tribunal de ejecución: ¿algo nuevo en la ejecución de las penas?*, en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

SAMPAY, Arturo E., *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.

- *Las constituciones de la Argentina*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1975.

SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

- *Casos de Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

- *Estupro y estupro impropio ("violación"). Un caso polémico de error sobre la edad de la víctima* [*Estupro y estupro impropio ("violación")*], en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

- *La interpretación menos irrazonable del art. 459 del CPP Nación*, en *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

SANDERMANN, Almut, *Waffengleichheit im Strafprozeß*, Ed. Universitat zu Köln, Köln, 1975.

SANDRO, Jorge A., *Relación jurídica existente entre calumnia y falsa denuncia*, en *JA*, 1975, p. 262.

- *Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

- *Comentario*, en "Nuevo Pensamiento Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976.

- *Reflexiones sobre el jurado popular*, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, Ed. Consejo para la consolidación de la democracia, Buenos Aires, 1989, t. 1.

SARTORIO, José, *La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad*, en *LL*, 1959, t. 96, p. 799.

SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho procesal civil* [*Manual*], Ed. Ejea, Buenos Aires, 1972.

SCHIFFRIN, Leopoldo, *El "forum delicti commissi" como exigencia del art. 102 de la Constitución Nacional*, en *ED*, 1974, t. 52, p. 531.

SCHIN, Dong Woon, *Anklagepflicht und Opportunitätsprinzip im deutschen und koreanischen Recht*, Ed. Centaurus, Pfaffenweiler, 1984.

SCHMIDT, Eberhard, *Deutsches Strafprozeßrecht*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967.

- *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Ed. Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1983.

- *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

SCHÖNE, Wolfgang, *Zur Strafprozeßreform in Argentinien*, en AA.VV., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufamnn*, Ed. Karl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Fälle und Lösungen. Strafprozeßrecht*, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1969.

SECO VILLALBA, José A., *El derecho de defensa: la garantía constitucional de la defensa en juicio* [*El derecho de defensa*], Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947.

SÉNTIS MELENDO, Santiago, *In dubio pro reo*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1971.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1963.

- *Fe en el Derecho*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1956.

- *La formulación actual del principio nullum crimen*, en *Fe en el Derecho*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1956.

- *La interpretación de la ley*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

- *La llamada norma individual*, en *Fe en el Derecho*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1956.

- *Las palabras de la ley*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

- *Ley, historia y libertad*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1943.

- *Los valores jurídicos*, en *Fe en el Derecho*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1956.

SOMLÓ, Félix, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917.

SORIANO, Román, *El nuevo jurado español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985.

SPANGHER, Giorgio, *Primi apunti in tema de meccanismi di semplificazione del processo*, en AA.VV., *Un "Codice tipo" di procedura penale per l'America Latina*, Ed. Consiglio Nazionale delle Richerche, Roma, 1991, vol. II.

SPINKA, Roberto E., *La exención de declarar contra sí mismo y la capacidad para ser testigo*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

SPOLANSKY, Norberto E., *Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad*, en *LL*, 1970, t. 140, p. 701.

SPOLANSKY, Norberto E.-CARRIÓ, Alejandro D.-GARCÍA, L., *Casos y problemas de Derecho penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1986.

STOCK Capella, Luis E., *El juicio por jurados y el sistema procesal de la oralidad*, en *LL*, t. 1985-C, p. 844.

STRATENWERTH, Günter, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips* [*Die Zukunft*], Ed. C. F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1977 (versión castellana de Enrique Bacigalupo, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980).

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 2ª ed., Ed. Karl Heymanns, Berlin-Bonn-München, 1976.

STRUENSEE, Eberhard, *La prueba prohibida*, en "Justicia penal y sociedad", Ed. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Guatemala, 1993.

SYDOW, Fritz, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, Ed. Holzner, Würzburg, 1976.

TARRÍO, Carlos M.-HUARTE PETITE, Alberto J., *Torturas, detenciones y apremios ilegales*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1985.

TEJEDOR, Carlos, *Curso de Derecho criminal*, 2ª ed., Ed. C. M. Soly, Buenos Aires, 1871.

TENCKHOFF, Jörg, *Die Wahrunterstellung im Strafprozeß*, Ed. Duncker u Humblot, Berlin, 1980.

THOMASIUS, Christian, *De crimine magiae*, 1701.

THON, August, *Rechtsnorm und subjektives Recht* [*Rechtsnorm*], Weimar, 1978.

TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)* [*El Derecho penal de la monarquía absoluta*], 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

- *Introducción*, en BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1969.

TORRES BAS, Raúl E., *El jurado popular*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1976-1977.

ULMEN, Harold, *Das Schuldinterlokut*; Ed. Rheinische-Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn, 1973.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Curso de Derecho procesal penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.

- *Inconstitucionalidad del indulto a procesados*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.

- *La defensa penal*, Ed. Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 1978.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Acción resarcitoria*, Ed. del autor, Córdoba (Arg.), 1965.

- *Bases de un nuevo proceso penal. El proyecto de Mario Antelo*, Ed. Comercio y Tribunales, Córdoba (Arg.), 1937.

- *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969.

- *La coerción personal del imputado*, en "Revista Argentina de Derecho Procesal", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968.

VERNENGO, Roberto J., *Curso de teoría general del Derecho* [*Curso*], 2ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

VILADAS JENÉ, C., *La delincuencia económica*, en AA.VV., *El pensamiento criminológico II*, Ed. Temis, Bogotá, 1983.

VINUESA, Raúl E. (comp.), *Derechos humanos: instrumentos internacionales*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1986.

VIRGOLINI, Julio, *Tribunales y sociedad: el pueblo y la justicia*, en *La Independencia de jueces y abogados*, Ed. MBA, Montevideo, 1988.

VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. Depalma, Buenos Aires, en prensa.

VIVAS, Gustavo E., *La confesión transaccional y el juicio abreviado*, en AA.VV., *Estudio sobre el nuevo CPP Córdoba*, Ed. Lerner, Córdoba (Arg.), 1993.

VOLTAIRE, *Comentaire sur le Traité des délits et des peines*, 1766 (versión castellana: *Comentario sobre el libro De los delitos y las penas*, en BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, Ed. Atalaya, Buenos Aires, 1945).

- *La méprise d'Arras*.

- *Memoires pour les Calas.*

- *Prix de la justice et de l'humanité*, 1777.

- *Procès criminel du Monsieur Montbailly et de sa femme.*

- *Relation de la mort du chevalier de la Barre.*

- *Traité de la tolerance*, 1763.

VON FEUERBACH, Johann-Anselm, *Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, 1821.

- *Über die Notwendigkeit der Aufhebung der Tortur in Bayern*, 1804.

- *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Hildesheim, 1963, ed. inalterada de la 1ª ed. en Altona, 1796.

VON FEUERBACH, Paul J. A., *Revision den Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* [*Revision der Grundsätze*], Aalen, 1966, reimpresión de la ed. originaria de 1799.

- *Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte*, Leipzig-Gera, 1795.

- *Versuch über den Begriff des Rechts*, en "Journal einer Gesellschaft deutscher Gelehrten", hrg. von Professor Niethammer, Cuaderno 6.

VON WRIGHT, Georg H., *Norma y acción (una investigación lógica)* [*Norma y acción*], Ed. Tecnos, Madrid, 1970.

- *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción* [*Un ensayo de lógica deóntica*], tr. de Ernesto Garzón Valdés, Ed. UNAM, México, 1976.

WALKER, *Sense and nonsense about crime*, 2ª ed., Ed. Brooks/Cole, Belmont (California), 1989.

WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1979.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 2ª ed. castellana de la 4ª ed. alemana, tr. de Medina Echevarría-Roura Parella-García Máynez-Imaz-Ferrater Mora, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1977.

WEINREB, Lloyd L., *Leading constitutional cases on criminal justice*, Ed. The Foundation Press, Mineola (New York), 1975.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 8ª ed., Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1963 (versión castellana de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, *Derecho penal alemán*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976).

- *Die Frage nach der Rechtsgeltung* [*Rechtsgeltung*], Köln-Opladen, 1966.

- *Gesetz und Gewissen*, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975.

- *Macht und Recht*, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975.

- *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962.

ZAFFARONI, Eugenio R., *El sistema de la pena total en el Código Penal argentino*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, 1976.

- *En busca de las penas perdidas*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.

- *Inconstitucionalidad de los llamados delitos no excarcelables*, en "Doctrina Penal", Ed, Depalma, Buenos Aires, 1984.

- *Manual de Derecho penal. Parte general* [*Manual de Derecho penal*], Ed. Ediar, Buenos Aires, 1979.

- *Se acabó el debate*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, nº 8.

- *Tratado de Derecho penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1982.

- *¿Vale la pena?*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, nº 5.

ZAVALETA, Arturo J., *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954.

ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, tr. de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Ed. Edersa, Madrid, 1979.

- *Kriminalpolitik*, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1973.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La organización política argentina*, 4ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1981.

Obras sin autor

Anteproyecto de Código procesal penal para el ordenamiento judicial de la Nación, en "Cuadernos de los Institutos", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1973, 1974, 1976 y 1980, nº 117, 121, 130 y 138).

Código procesal penal modelo para Iberoamérica, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Códigos Procesal Civil y Penal Modelos para Iberoamérica, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

Deterioramento mentale da detenzione, en "Quaderni dell'Ufficio Studie e Ricerche della Direzione Generale per gli Istituti di Prevenzione e di Pena", Ed. Ministerio de Grazia e Justicia, Roma, 1976.

Diccionario latín-español, Ed. Spes, Barcelona, 1950.

Documento Judicial, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1994, nº 11.

Informe de la OEA sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina, Ed. OSEA/CELS, Buenos Aires, 1984.

La ley de organización de los tribunales de la República federal de Alemania, tr. de E. B. Isaacson de Leschinsky, R. Leisse de Mertig y R. E. Witthaus, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

La recidiva postpenitenciaria, en "Quaderni dell'Ufficio Studie e Ricerche della Direzione Generale per gli Istituti di Prevenzione e di Pena", Ed. Ministerio de Grazia e Justicia, Roma, 1976, nº 6.

Proyecto académico para la capital de la República del Instituto de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Córdoba, en "Cuadernos de los Institutos", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Arg.), 1958, 1960, 1961, 1963 y 1965, s. nº, nº 41, 55, 75 y 83.

Proyecto de Código procesal penal de la Nación (1986), en "Doctrina Penal", Cuadernos nº 1, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.

Proyecto de Código procesal penal, en "Nuevo pensamiento penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público (1986), en "Doctrina Penal", Cuadernos nº 2, Ed. Depalma, Buenos aires, 1988.

Proyecto de ley sobre el establecimiento del juicio por jurados y de Código de procedimiento criminal en las causas de que conoce la justicia nacional, Ed. Imprenta y Librería de Mayo, Buenos Aires, 1873.

A

Abolicionismo penal 263, 460, 816, 857

Absolución de posiciones 567, 674

Absolutio ab instantia 309, 494

Acción civil 120, 169, 178, 315, 353, 410, 543, 547, 821
En el CPP Córdoba (1939) 419
En el Proyecto CPP Nación (1986) 432

Acción penal pública 557, 830

Accusatio 273, *275*, 282

Actos definitivos e irreproducibles 586, *589*, 658

Acusación 118, *558*
Acusación alternativa 574, 609
Ampliación 561, 659
Correlación entre acusación y sentencia 364, *568*
Ineficacia 558

Acusatorio popular *269*, 336, 343
En Grecia 269
En Roma 272

Acusatorio formal 107, 163, 171, 362, 364, *389*, 554, 582, 592, 823, 826
En el CPP Nación 556

Adecuación social del hecho punible 157, 375, 387, 837

Administración de justicia
Deber de las provincias 489

Agente encubierto 691

Allanamiento 86, 101, 862

Allanamiento de morada *680*, 700
Autorización judicial 682
Consentimiento 685
Facultad de exclusión 686

Ambigüedad del lenguaje 230

Analogía 230, *236*, 503
Ley procesal penal 236, *242*

Aplicación
De la ley procesal penal 242
Temporal 245
Temporal retroactiva 19, *245*
Temporal ultraactiva 246
Territorial 243

Aprehensión 516, 521, 523

Arrópago 270

Arresto 511, 527

Audiencia de Buenos Aires 332

Audiencia de Charcas 332

Autonomía de la voluntad 87, 88, 100, 101, 117, 150, 153, 173, 177, 228, 238, 486, 554, 818, 827, 850, 860

Auxilio judicial 79, 105, 187

Averiguación de la verdad 85, 89, 178, 274, 291, 295, 301, 361, 489, 495, 823, *841*
Como objetivo del procedimiento 852
Concepto de prueba 858
Concepto de verdad 841
En el Derecho privado 849
En el Derecho procesal penal 849
Investigación judicial autónoma 862
Límites formales *663*, 865
Medios y métodos 858
Verdad formal *849*, 860
Verdad real o material *848*, 859, 875

B

Bases constitucionales (ver Fundamentos constitucionales)

Bienes jurídicos 87, 94
Disponibilidad 87

Brujería 308, 335

C

Caducidad procesal 538

Calumnias e injurias 175, 281, 574, 624, 630

Carga de la prueba 498, *505*

Carga procesal 506

Casa de Contratación de Sevilla 331

Causa de justificación 501

Certeza 495, *843*

Cesura del debate 150, *382*, 458, 635
En el Proyecto de CPP Nación 1986 431

CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS 155
CIENCIA DOGMÁTICA 237
CIENCIA JURÍDICA
Objeto 5
CIFRA NEGRA 386, 832
COACCIÓN 15
COACCIÓN DIRECTA 488
CODIFICACIÓN 237
CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL FRANCÉS DE 1808 347, 350, *351*, 557
Antecedentes 351
Características 353
Organización jurisdiccional 353
Procedimiento 354
Reformas 359
Resumen 454
Situación del imputado 353
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN LO CRIMINAL NACIONAL 405
Antecedentes 405
Organización jurisdiccional 409
Procedimiento 411
Resumen 462
Situación del imputado 410
CÓDIGOS MODERNOS 415
Antecedentes 415
El CPP Córdoba 415
Expansión a otras provincias 421
Organización jurisdiccional 418
Procedimiento 419
Resumen 463
Sistema y estructura 417
CÓDIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA 424
CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN 125, 424, *433*
Antecedentes 424
Organización jurisdiccional 436
Procedimiento 434
CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA 432
CÓDIGOS PROVINCIALES 125
De la época intermedia 412
Buenos Aires 412
Resumen 463
San Luis 412
Nuevos códigos de Córdoba y Tucumán 436
Resumen 466
COERCIÓN MATERIAL 513
COERCIÓN PROCESAL 378, *510*
Cauciones 524
Definición 516, 519
Encarcelamiento preventivo 519
Entorpecimiento de la investigación 516
Fines 514, 519
Peligro de fuga 516
Tendencias actuales 378
COGNITIO 274, 287
COGNITIO EXTRA ORDINEM 284
COMICIOS 275
Comicios centuriales 276
COMPETENCIA FEDERAL 401, 773, 793, *805*
COMPOSICIÓN 87, 88, 265, 324
COMUNICACIONES Y PAPELES PRIVADOS 694
Alcance de la protección 680
Antecedentes 679
Autorización judicial 694
Consentimiento 694
Inviolabilidad *679*, 869
CONCENTRACIÓN 658
CONCURSO
De delitos 155, 226, 576, 613
De leyes 226, 573, 576, 608, 613, 617
CONDENACIÓN CONDICIONAL 158, 215, 372, 376, 501
CONSEJO DE LA MAGISTRATURA 124, 165, 468, *749*
CONSEJO SUPREMO DE INDIAS 330
CONTRAVENCIONES 625, 738
CONSTITUCIONALISMO 475
CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA 145, *303*
CONTROL SOCIAL
El Derecho como medio de 17, 23, 146, 154
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS 104, 146, *184*, 368, 454
CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES 104, *676*
COSA JUZGADA 33, 92, 602, 623, *631*
Parcial 593
Formal 625
CUESTIONES PREJUDICIALES 179
CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA 152, 176, 840

D

DEBER DEL JUEZ 32
DEBERES
Conflicto de 223
DECLARACIÓN DEL IMPUTADO 566, 666
Abstención 567, 666, 868

Incoercibilidad 399, 563, 595, *664*
Indagatoria 309, 317
Libertad de decisión 666
Voluntariedad 666

DEBIDO PROCESO 490, 540

DEFENSA 108, 115, 171, 288, *539*
Antecedentes 539
Audiencia 562
Concepto 539
Conocimiento de la imputación 559
Contenido 547
Correlación entre imputación y sentencia 568
Defensa de oficio 542, *550*, 821
Defensa técnica 542, 549, *583*, 820
Derecho a ser oído 552
Ejecución penal 549
Facultades defensivas 584
Igualdad de posiciones 577
Inviolabilidad 164, 148, 221, 399
Juicio contra ausentes 594
Principio de 229
Prueba 577
Control 585
De descargo 587
Valoración 588
Reformatio in peius 590

DEFENSA OFICIAL 542, *550*, 821
En el Proyecto CPP Nación (1986) 430

DELEGACIÓN DE FUNCIONES 751

DELITO CONTINUADO 613, 615, *618*

DELITOS CONTRA EL HONOR
Retractación 175

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD
Casamiento con la ofendida 175

DELITO DE ACCIÓN PRIVADA 86, 88, 102, 117, 151, 153, 172, 174, 486, 509, 581, 628, 817, 823, 827
En el CPP Córdoba 1939 419
En el Proyecto de CPP Nación 1986 431

DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA 88, 117, 150, 170, 171, 173, 628, 822

DELITO DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA 88, 117, 150, 174, 486, 819, 827

DENUNCIA OBLIGATORIA 224, 302

DERECHO
Concepto 5
Contenido formal 7
Derecho premial 16
Función práctica *14*, 19
Lagunas del 209
Teoría general 5
Como producto cultural 6, 14, 259
Como ciencia aplicada 19

DERECHO AL RECURSO 483, 635, *705*, 794
Admisibilidad 726
Bilateralidad 707, 709
Doble conformidad 709, *713*, 794
Como garantía 708
Juicio por jurados 715
Recurso acusador 714
Recurso de casación 721
Recurso extraordinario 724

DERECHO CIVIL 178

DERECHO COMERCIAL 182

DERECHO CONSTITUCIONAL 162

DERECHO INQUISITIVO 288
Alemán 303
Americano 328
Español 300
Francés 309
Italiano 323
Resumen 446

DERECHO INTERNACIONAL 12, *183*, 244, 249
De los derechos humanos *183*, 368, 454
Declaraciones universales *368*, 454
Criterios interpretativos *186*, 455
Jerarquía constitucional *186*, 455, 468

DERECHO JUSTICIAL MATERIAL 113

DERECHO NATURAL 6, 48, 68

DERECHO PENAL 145, 149, 154
De acto 149, 377, 457
De autor 149
Económico 182, 376, 388, 456, 459
Medio ambiente 376, 388, 456, 459

DERECHO POSITIVO 6, 48, 68

DERECHO PROCESAL CIVIL 86, 96, 99, 101, 103, 109, 111, 117, *166*, 177

DERECHO PROCESAL PENAL
Autonomía *76*, 167, 169
Autonomía académica 77
Autonomía científica 76
Autonomía legislativa *76*, 363
Caracteres 95
Derecho formal 106
Derecho interno y local 103
Derecho público 95
Competencia federal 196
Concepto 75
Contenido 75
Definición *79*, 83
En sentido estricto 80, 115, 123
Fuentes 120
Función 83
Formal 93
Material *84*, 823
Protección personal *89*, 853

Recomposición de la paz y seguridad jurídicas *91*, 852
Lagunas 194
Objeto 80
Repercusiones del derecho penal 149
Repercusiones en el derecho penal 154
Teoría uniforme 77, 147
Teoría unitaria 77, 167
Vinculación en otras ramas jurídicas
Derecho comercial 182
Derecho internacional 183
Derecho penal 145
Derecho privado 178
Derecho público 160

DERECHO PÚBLICO 160

DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL 182

DESAFUERO 251, 605

DESESTIMACIÓN DE LA DENUNCIA 625

DESPLAZAMIENTO
Entre reglas distintas 225

DESTINATARIO DE LA NORMA 24

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA 150, 159, 457

DIVERSION 158, 215, 376, 456, 459, 835, 839

DOBLE CONFORME 485, 581, 709, *713*, 794

DOBLE INSTANCIA 793

DOMICILIO (PROTECCIÓN DEL)
Alcance 680
Antecedentes 679
Autorización judicial 682
Facultad de exclusión 686
Inviolabilidad 399, *679*, 869
Valor del consentimiento 685

DUDA 495, *843*

E

EFECTIVIDAD 55

EFETAS 269

EJECUCIÓN PENAL 81, 93, 109, 146, 161, 372, 549
Carácter administrativo o judicial 82
En el CPP Nación (1991) 436
En el Proyecto de CPP Nación (1986) 429
Tribunal de ejecución penal 82

ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO 114, 155, 159, 164, 337, 349, 378, 496, 515, *519*
En el Proyecto de CPP Nación (1986) 432
En los CPP Córdoba (1991) y Tucumán (1991) 441
Entorpecimiento de la investigación 522
Excarcelación 528
Exigencia de orden escrita 520
Legalidad 521
Límite temporal 146, 159, 379, 432, 457, *529*
Medidas alternativas 432, 457, *524*
Obligatoriedad 114, *525*
Peligro de fuga 522
Principio de excepcionalidad 379, *522*
Principio de proporcionalidad 379, *527*, 531
Principio de subsidiariedad 379
Regulación 539
Tendencias actuales 378

ENCUBRIMIENTO 224, 574

ESPIONAJE 572

ESTADO DE SITIO 480

ESTAFA 155, 607, 631

ESTUPRO 571, 576, 609, 848

EXCEPCIONES 119, 153

EXCUSAS ABSOLUTORIAS 119, 156, 175

EXHIBICIONES OBSCENAS 615, 624

EXTINCIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL 119, 123, 152

EXTRADICIÓN 79, 104, 187, 244

F

FALLOS PLENARIOS *132*, 203, 746
Obligatoriedad *133*, 746

FALTAS 183

FALSA DENUNCIA 630

FAVOR REI 499, 501

FILOSOFÍA JURÍDICA 5

FORUM DELICTI COMMISSI 279, 738, 808

FORUM DOMICILII 279, 738, 808

FUENTES
Del Derecho procesal penal 120
La costumbre 138
La doctrina 141
La jurisprudencia 128
La ley 121

FUNCIÓN JUDICIAL 90, 162, *739*

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES 162, 182, 221, 229, *474*
Jerarquía 476

H

HABEAS CORPUS 165, 399, *511*

HECHO DIVERSO 570

HELIASTAS 269

HEREJÍA 291, 302, 308, 325, 335

HIPNOSIS 564, 666, *669*

HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL PENAL
Alta Edad Media 267
Ateniense 269
Canónico 290
De la Revolución Francesa 340
Estado actual 367
Germano 264
Historia interna 262
Inquisitivo 288
Reforma del sistema inquisitivo 334
Resumen 442
Romano 272

HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO 391
CPCrim. nacional (1889) 405
CPP Córdoba (1991) y Tucumán (1991) *436*, 652
CPP Nación (1991) *433*, 651
Emancipación e independencia 391
Guerra civil 395
La época intermedia 412
La ley nº 27 402
La organización nacional 397
Los Códigos modernos *415*, 651
Resumen 460

HOMICIDIO 609, 611, 614, 623, 632, 856

HURTO 156, 574, 848

I

IDENTIDAD FÍSICA DEL JUZGADOR 660, 774, 798, 878

IGUALDAD ANTE LA LEY 400

ILUMINISMO 148, 163, 308, *334*, 473, 652

IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL 86, 108, 171, 554, 570, *739*
Apartamiento de jueces 753
Comisiones especiales 764
Imparcialidad frente al caso 752
Independencia judicial 743
Juez natural 763
Juicio correccional 758
Temór de parcialidad 752, 754, 759, 761, 773

IMPUTACIÓN *553*, 610
Intimación 559

IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA (VER DERECHO AL RECURSO)

IMPUTADO 163, 183
Carácter de imputado *547*, 604
Como órgano de prueba 664

INCOERCIBILIDAD DEL IMPUTADO 399, 563, 595, *664*
Antecedentes 665
Consecuencias 666

INDEPENDENCIA JUDICIAL 743
Consejo de la Magistratura 749
Estabilidad en el cargo *747*, 750
Independencia externa 743
Independencia interna 745
Remoción 750
Retribución irreducible 747
Sistema de designación 748

IN DUBIO PRO REO 90, 288, 301, 337, 365, *494*, 880
Interpretación de la ley 501

INMEDIACIÓN 585, *657*, 878

INMUNIDAD PARLAMENTARIA 251

INOCENCIA 148, 164, 229, 364, 399, *490*, 578
Coerción procesal 510
Concepto 490
Necesidad del juicio previo 491
Repercusiones 494
In dubio pro reo 494
Onus probandi 505
Trato de inocente 487, 490, *510*

INQUISICIÓN 85, 87, 117, 148, 150, 163, 261, 266, 287, *288*, 816, 826
Advenimiento en Europa continental 293
Derecho canónico 290
Derecho alemán 303
Derecho español 300
Derecho francés 309
Derecho italiano 323
En América 328
Presupuestos histórico-políticos 261, *288*, 306
Principios materiales 362

INQUISICIÓN ESPECIAL 307, 308, 316, 322, 326

INQUISICIÓN GENERAL 305, 308, 316, 322, 326

INSTANCIA ÚNICA (VER DOBLE INSTANCIA)

INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN PRELIMINAR 578
CPP Córdoba (1939) 418
CPP Córdoba (1991) y Tucumán (1991) 439
CPP Nación 434
Prórroga extraordinaria 215
Proyecto CPP Nación (1986) 430
Valor de sus actos 363

INSTRUCCIÓN SUMARIA
En el Derecho romano 280
En el CPP Córdoba (1939) 419

INTERLOCUTORIO DE CULPABILIDAD 150
INTERPRETACIÓN DE LA LEY
Concepto 13, 198
Estructura de decisión 200
Extensiva 230, *235*, 242, 503
Formas
Auténtica 239
Doctrinaria 241
Judicial 240
Método 230
Analógico *236*, 242
Histórico 214, *238*
Libre 238
Literal o gramatical 235
Progresivo 235
Restrictivo 229, *235*, 242, 502
Sistemático o lógico 197, *205*, 213, 235, 236, 238
Principios materiales 227
Función orientadora 228
Principios que la rigen 204, *206*
Coherencia 217
Compleción 204, 209
Plenitud 204, 209
Proceso de 198
Reconstrucción del caso 199
Restrictiva 229, *235*, 242, 502
Sistemática 205
INTERVENCIÓN FEDERAL 401
INVESTIGACIÓN DE LA VERDAD (VER AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD)
IRRETRACTABILIDAD DE LA PERSECUCIÓN PÚBLICA 828
IURA NOVIT CURIA 569

J

JUEZ
Definición 739
JUEZ DE INSTRUCCIÓN 555
JUEZ NATURAL 85, 148, 164, 247, 294, *763*
Comisiones especiales 764
Leyes de competencia 767
JUICIO CONTRA AUSENTES 594
JUICIO POLÍTICO 628, 746, 750, 761
JUICIO POR JURADOS 76, 106, 115, 183, 336, 342, 400, 543, 634, 654, 715, 744, 762, *775*, 808
Antecedentes nacionales 395, 400, 403, *775*
Como garantía del imputado 777
Como mecanismo de participación ciudadana 777, 783, 786, 788
En el Código de instrucción criminal francés de 1808 352, *356*
En el CPP Córdoba (1991) 439
En el Derecho romano *278*, 789
En el Proyecto CPP Nación (1986) 428
Jurado clásico 788
Jurado escabinado 790
Justicia provincial 791
Motivación de la sentencia 482
Significado político 634, 716, 783, *786*, 790
Valoración de la prueba 789
JUICIO PREVIO 148, 399, *478*
Como razonamiento 479
Inocencia 491
La sentencia 478
Motivación de la sentencia 484
Proceso legal previo 488
JUICIOS DE DIOS (VER ORDALÍAS)
JURADO DE ACUSACIÓN 344, 349
JUSTICIA CENTURIAL (VER COMICIOS CENTURIALES)

L

LEGALIDAD
Principio de 86, 87, 121, 136, 150, 162, 157, 159, 171, 175, 178, 204, 210, 215, 221, 236, 385, 458, 554, *828*
Justificación 830
LEGÍTIMA DEFENSA 488
LEGITIMIDAD 59, 61
LENGUAJE JURÍDICO
Ambigüedad 230
Carga emotiva 232
Dificultades semánticas 230, 232
Dificultades sintácticas 230, 232
Textura abierta 230
Vaguedad 230
LESIONES LEVES 175
LEX FORI 79, *104*, 183, 188, 190
LEY ESPECIAL (*LEX SPECIALIS*) 181, 218, *221*, 223, 226, 240
LEY DE CONCURSOS 179, 182
LEY PENAL EN BLANCO 224
LEY PENAL MÁS BENIGNA 92, 114
LEY POSTERIOR (*LEX POSTERIOR*) 218, *222*, 240
LEY PROCESAL PENAL
Ámbito de vigencia personal 248
Ámbito de vigencia temporal 245
Ámbito de vigencia territorial 243
Aplicación 196, 198
Interpretación 196, 198, 199
LEY RETROACTIVA 19
LEY SUPERIOR (*LEX SUPERIOR*) 218, *219*
LIBERTAD CONDICIONAL 372

LIBERTAD DE LA PRUEBA 697
LITIS PENDENTIA 602, 623, *631*

M

MAGISTRATURAS PENALES ESPECIALIZADAS 388
MATRICULACIÓN PROFESIONAL 550
MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL (VER COERCIÓN PROCESAL)
MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CORRECCIÓN 149
MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN (VER INTERPRETACIÓN)
MINISTERIO PÚBLICO 337, 343, 348, 364, 390
- Acusación 558
- Antecedentes históricos 296, 307, 311, 328
- CPP Córdoba (1939) 418
- Defensa en juicio 544
- Posición 581
- Proyecto CPP Nación (1986) 429
- Requerimiento 556
- Ubicación institucional 468

MONISMO NORMATIVO 10, 15

N

NE BIS IN IDEM 92, 108, 148, 154, 165, 288, 301, 327, 358, 365, 545, *595*, 880
- Antecedentes 595
- Calificación jurídica 610
- Concepto y alcance 597
- Concurso 613, 617
- Cosa juzgada 602, 623, *631*
- Cosa juzgada formal 625
- Delito continuado 613, 615, *618*
- *Litis pendentia* 602, 623, *631*
- Objeto procesal 608
- Recurso de revisión 599, 607
- Recurso del acusador 545, 602, *632*
- Reincidencia 640
- Remedios 631
- Requisitos de la doble persecución 603
  - Generales 603
  - Identidad de causa 605, *623*
  - Identidad objetiva 606
  - Identidad personal 603
  - Límites 623

NON LIQUET 283, 358, 494, 506, 860, 879
NORMA JURÍDICA 7
- Alternativa 16
- Clases 36
- Como estructura de decisión 200
- Deber y facultad 26
- De competencia 10, 12, 21
- Destinatario 20, 23, *24*
- Función crítica 20
- Función motivante 17
- Función social *14*, 36
- Generalidad 27
- Individual 13, 28
- Juicios de valor 11
- Primaria 11
- Resumen 64
- Secundaria 12

NORMAS DE DEBER 65
NORMAS POTESTATIVAS 66, 116, 168
NUEVA Y NOVÍSIMA RECOPILACIÓN *302*, 333, 460
NULIDAD 180

O

OBJETO PROCESAL 608
OBLIGATORIEDAD 59
OFICIALIDAD
- Principio de 117, 150, 162, 171, 178, 296, 311, 361, 816, *825*

ONUS PROBANDI 174, 177, *505*
OPORTUNIDAD 834
- Criterios *832*, 837
- Introducción 385, 834
- Justificación 835
- Modelos 836
- Principio de 87, 152, 156, 157, 158, 175, 215, 221, 456, *834*

ORALIDAD *647*, 878
- Consecuencias 656
- Excepciones 657
- Exigencia constitucional 647
- Polémica 262
- Valoración de la prueba 662

ORDALÍAS 267, 269, 271, 324
ORDEN ESCRITA 511, 520, *682*
ORDEN JURÍDICO
- Concepto 7
- Contenido formal 7
- Plenitud del 204, *209*, 237
- Proceso de transformación 205
- Resumen 64
- Unidad del 204
- Unidad elemental 14

ORDENANZA CRIMINAL FRANCESA DE 1670 *309*, 707
ORGANIZACIÓN FEDERAL 146, 401, 462, 738, 804, 806
ORGANIZACIÓN JUDICIAL 80, 103, 105, 115, 123, 165, 183, 402, 738
- CPP Córdoba (1939) 418
- CPP Nación 436
- Proyecto CPP Nación (1986) 428

ORGANIZACIÓN JUDICIAL FEDERATIVA 804

P

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS 104, 184, 455

PARTIDAS 145, *300*, 329, 333, 460

PENA CORPORAL 161

PENA DE MUERTE 29, 161, 371

PENA ESTATAL 815

PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD 371, *373*, 456

PERDÓN DEL OFENDIDO 151, 486, 545

PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE (VER *NE BIS IN IDEM*)

PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA 86, 88, 96, 99, 107, 117, 150, 155, 159, 170, 286, 314, 336, 343, 346, 348, 361, 364, 546, 554, 816, *825*

PLAZO RAZONABLE 160

PODER EJECUTIVO
Funciones judiciales 480

PODER PENAL DEL ESTADO 81, 85, 91, 96, 109, 119, 121, 149, 153, 160, 172, 260, *813*
Transformación histórica 813
Oficialidad 816, *825*
Límites y organización 471

PODERES DELEGADOS A LA NACIÓN 106, 114, 738, 792, 807

PODERES RESERVADOS POR LAS PROVINCIAS 106, 114, 738, 792, 805

POENA EXTRAORDINARIA 309, 494, 880

POLÍTICA CRIMINAL 145, 157, 176, *369*, 455
Tendencias actuales 371

POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO 492

POSITIVISMO JURÍDICO 6, 8, *48*, 68

PRECEDENTE 50, 129, 133

PRESCINDENCIA DE PENA 157

PRESCRIPCIÓN 119
De la acción 119, 152, 160
De la pena 487

PREVARICATO 32, 131, 136, 140

PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN 552

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD 644

PRINCIPIO INQUISITIVO 860

PRISIÓN POR DEUDAS 155

PRIVILEGIOS FUNCIONALES 604, 624

PROBABILIDAD 495, *843*

PROBATION 456, 459, 839

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 431, 440

PROCEDIMIENTO COMÚN
CPP Córdoba (1939) 419
Proyecto CPP Nación (1986) 430

PROCEDIMIENTO INTERMEDIO 561
CPP Córdoba (1939) 420
CPP Nación 434
Proyecto CPP Nación (1986) 430

PROCEDIMIENTO PRINCIPAL 561, 579
CPP Córdoba (1939) 420
CPP Córdoba (1991) y Tucumán (1991) 439
CPP Nación 434
Proyecto CPP Nación (1986) 430

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES 561
CPP Córdoba (1991) y Tucumán (1991) 440
CPP Nación 435
Proyecto CPP Nación (1986) 431

PROCESO DE CONOCIMIENTO 82, 177

PROCESO LEGAL PREVIO 488
Carácter jurídico 489
Requisitos 489

PROHIBICIONES PROBATORIAS *695*, 865, 873
Absolutas *697*, 865
Fruto del arbol envenenado *700*, 874
Fundamentos 700, 703
Regla de exclusión 695
Relativas *697*, 865

PROPORCIONALIDAD 247

PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DE LA INSTRUCCIÓN 215, 496, 880

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 184

PROVOCATIO AD POPULUM 274

PROYECTO CPP NACIÓN (1986) *427*, 466

PRUEBA 858
Comunidad de la prueba 876
Concepto 858
Formas procesales 877
Libertad de la prueba 863
Principios que la rigen 859

PUBLICIDAD 108, *647*, 878
Consecuencias 656
Excepciones 662
Exigencia constitucional 647

Q

QUAESTIO 273, *275*, 282

QUERELLANTE 117, 343, 545, 823
Adhesivo 118, 546
Autónomo 119
CPP Córdoba (1991) y Tucumán (1991) 438

En los delitos de acción pública 117, 828
En los delitos de acción privada 152, 172
Proyecto CPP Nación (1986) 432
Recurso 545

R

Reales Audiencias de Indias 331

Realismo jurídico 6

Rebeldía 177, 321, 515, 542, *594*
En el procedimiento civil 542

Recepción 148, 163, 261, 266, 289, 811
De la Inquisición en Alemania 303
Del Derecho español en América 328

Recopilación de Indias 333

Recursos 176, 483, 580, 706, 797
Adhesión 591
CPP Córdoba (1939) 421
CPP Córdoba (1991) y Tucumán (1991) 441
CPP Nación 435
De apelación 299, 301, 313, 315, 319, 327, 453, 706, 799
De casación 92, 128, 133, 320, 345, 365, 453, 485, 636, 721, 802
De inaplicabilidad de ley 128, 133, 138
De revisión 92, 301, 321, 366, 453, 599, 607, 636, 722
Derecho al recurso 483, *705*, 794
Efecto devolutivo 295, 300
Proyecto CPP Nación (1986) 431
Recurso del acusador 485, 545, 581, 602, 714
Reformatio in peius 590. 636, 714
Bilateralidad 632, 638, 707, 709
Como garantía 708

Redundancia 225

Reformatio in peius 309, *590*, 636

Regla de exclusión 442

Regla jurídica
De competencia 10, 12, 21
Destinatario 20, 23, *24*
Función crítica 20
Función motivante 17
Primaria 11
Secundaria 12

Reglamentos judiciales 123, 166

Reglas de autorización 43, 66

Reglas de deber 65

Reglas potestativas 66

Règlement a l'extraordinaire 315
Derecho inquisitivo francés 315, 321
Revolución Francesa 341

Reincidencia 640

Relación entre reglas
Alternativa 226
Consuntiva 226
Especialidad 226
Subsidiariedad 226

Renuncia del ofendido 153

Reparación del daño 75, 87, 162, 176, 265, 374, 391, 460, 487, 547, 813, *823*, 839

Reserva 204, 209, 220

Revolución Francesa
Code d'instruction criminelle de 1808 351
Code des délits et des peines 347
Ley de 1791 342

S

Santa Hermandad *301*, 332

Santo Oficio 292, *301*, 329

Secreto profesional 224

Seguridad jurídica 108

Sentencia 33, 94, 109
Como fundamento de la pena 486
Fundamentación 481, 871
Sentencia penal y acción civil 178

Simplificación del procedimiento 157

Sistema acusatorio
Acusatorio privado *264*, 304
Acusatorio popular 269
Resumen 443

Sistema inquisitivo 85, 87, 90, 117, 150, 151, *288*
Canónico 290
Recepción en Europa continental 293
Reforma 334
Resumen 446

Sistema inquisitivo reformado 90, 117, 151, 164, *334*, 408, 579
Europa continental 361
Francia 340
Resumen 449

Sobreseimiento 92, 119, 150, 496, 499, 619, 627
Provisional 215, 626, 880

Suero de la verdad 564, 666, *669*

Suspensión del debate 658

Suspensión del juicio a prueba 152, 158, 176, 374, 431, 873

T

Teoría de la acción
En el Derecho penal 237
En el Derecho procesal penal 237

Teoría de las pruebas legales (ver Valoración de la prueba)

Teoría de los imperativos 8, 9, 36

Teoría general de la acción 16, 19, 147, 171

Teoría general del proceso 147, 167

Teoría pura del Derecho 8, 9, 36, 52

Textura abierta del lenguaje 15, 137, 230

Tortura 271, 282, 292, 297, 300, 301, 305, 308, 318, 326, 335, 564, 665
Abolición 339, 340, 366, *675*

Traición 123

Tratados sobre administración de justicia 79, 105, 115, 123, 189

Tribunal de casación 196, 202

V

Vaguedad del lenguaje 230

Validez 31

Valoración de la prueba 870
CPP Córdoba (1939) 420
Íntima convicción 283, 345, 357, 365, 483, 662, 789, 870
Libre convicción o sana crítica 335, 365, 482, 662, 870
Prueba legal o tasada 298, 305, 309, 319, 321, 335, 662, 863, 873

Venganza privada 75, 85, 89, 160, *264*, 472

Verdad (ver Averiguación de la verdad)

Víctima 88, 153, 162, 265, 374, 388, 459, 823, 828, 832, 839

Vigencia *44*, 68
Criterios *45*, 52

Violación 571, 576, 609, 615, 624

Violación de domicilio 685