

PNACY-664

AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT
PPC/CDIE/DI REPORT PROCESSING FORM

ENTER INFORMATION ONLY IF NOT INCLUDED ON COVER OR TITLE PAGE OF DOCUMENT

1. Project/Subproject Number

2. Contract/Grant Number

AEP-I-04-00-00013-00

3. Publication Date

1999

4. Document Title/Translated Title

Iniciación al Proceso Penal Acusatorio (Introduction to the Criminal Accusatory Process)

5. Author (s)

1. Alberto Binder
- 2.

6. Contributing Organization (s)

Management Sciences for Development

7. Page(s)

8. Report Number

9. Sponsoring A.I.D. Office

USAID/DOMINICAN REPUBLIC
AEP-I-04-00-00013-00

10. Abstract (optional - 250 word limit)

11. Subject Keywords (optional)

1	4
2	5
3	6

12. Supplementary Notes

Strategic Objective 3 (USAID/SO3)

13. Submitting Official

Chanda Chin

14. Telephone Number

202-537-7410

15. Today's Date

Alberto M. Binder



**Iniciación
al
Proceso
Penal
Acusatorio**

345.07

B612-i

Binder, Alberto M.

Iniciación al proceso penal acusatorio / Alberto M. Binder. -- 1a. ed. -- San José, C.R. : Editorial Jurídico Continental, 1999.

170 p. ; 25x14 cm.

ISBN

9968-784-10-9

1. Proceso penal. 2. Derecho penal. I. Título.

Tabla de contenido

Tabla de Contenido	I
I.- Introducción	I
Presupuestos metodológicos.....	I
1.- <i>La Política Criminal como marco de referencia ineludible del proceso penal</i> ..	5
La orientación de este texto	5
2.- <i>Política Criminal y Sociedad</i>	9
3.- <i>El dinamismo de la Política Criminal: Formulación- configuración</i>	15
II.- La estructura del Proceso Penal	23
1.- <i>La investigación preliminar</i>	29
Autorizaciones jurisdiccionales	36
El sistema acusatorio.....	40
2.- <i>La fase intermedia</i>	45
3.- <i>Características generales del juicio penal democrático</i>	59
a) El juicio oral	61
b) El juicio público	68
c) El juicio por jurados	72
Modelo de jurado anglosajón.....	73
Modelo de jurado escabinado	74
d) El desarrollo del juicio oral	75
La cesura divide el juicio en dos	
Partes	78
El ingreso de información al juicio	86
e) La producción de la sentencia	88

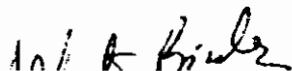
La construcción de la norma	89
La valoración de la prueba	89
4.- <i>La impugnación de la sentencia</i>	95
Impugnabilidad subjetiva e impugnabilidad objetiva	99
El recurso de apelación	103
El recurso de casación	104
5.- <i>La Ejecución de la sentencia</i>	109
Introducción	110
a) La ejecución de la pena de prisión	111
Control formal de la ejecución de la pena	113
b) La ejecución de la pena de multa.....	115
c) La ejecución de las costas	116
6.- <i>La revisión de la sentencia firme</i>	119
Indemnización por condena injusta	130
7.- <i>Ejercicios y sugerencias para el trabajo práctico</i>	131
El análisis de casos hipotéticos	134
La construcción de la situación o el relato del hecho	136
El desarrollo de la controversia.....	137
La construcción de la decisión	138
Esquema de análisis.....	139
Debates	139
Lecturas para el debate	140
Algunas lecturas ejemplificativas ..	140
8.- <i>Bibliografía</i>	163

Prólogo

Este pequeño texto, anterior y preparatorio de lo que luego fue “Introducción al Derecho Procesal Penal”, tiene todavía un carácter más elemental que aquel. Se trata antes que nada de una breve iniciación, incluso para quienes no sigan la carrera de leyes, que puede “ubicar” rápidamente en los principios y reglas del sistema acusatorio. No tiene otras pretensiones que brindar ese conocimiento básico y rápidamente facilitar a los estudiantes la lectura de otros libros.

En todas las materias jurídicas, pero en especial en el ámbito del derecho procesal penal, por la completa interrelación de todos temas y la influencia del “juicio” como eje estructurador de todo el proceso, una comprensión rápida e inicial de su estructura facilita el estudio de las instituciones en particular. Por eso este libro está pensado, incluso, para ser leído antes del inicio de los cursos formales –de allí las indicaciones para el autoestudio–.

No quisiera finalizar sin agradecer a Mario Ayala Torres, y la Editorial Jurídica Continental por la posibilidad de esta edición y a todos los amigos, colegas y profesores de Costa Rica, de quienes siempre he aprendido tanto.



Introducción

El propósito de esta introducción es mostrar la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal como ejes estructuradores del sistema Penal y tributarios de la Política Criminal. Asimismo señalar cómo influyen los diferentes factores sociales en la configuración de la Política Criminal que un Estado formula, así como las diversas estrategias que pueden plasmarla.

Presupuestos metodológicos

Este manual ha sido concebido como un *texto de autoformación o autoestudio*. ¿Qué significa esto?

En primer lugar, que el lector deberá, antes de “sentarse” a trabajar con él, haber tomado en forma seria y autónoma la *decisión* de adentrarse en el estudio del tema que nos ocupa.

Sólo una decisión autónoma y responsable puede dar inicio con probabilidades de éxito a un proceso durante el cual no habrá “motores externos” que arrastren, empujen o azucen al lector, como ocurre en los estudios formales.

Aunque el texto procurará en todo momento ser interesante y motivador, esta circunstancia nunca podrá suplir la carencia de una auténtica *motivación*, más aun, de un *compromiso interno y personal*.

En segundo lugar, el lector-estudioso deberá saber que se exigirá mucho de él y que, por lo tanto, tendrá que estar dispuesto a dar de sí lo máximo y lo mejor.

Puesto que será al mismo tiempo destinatario y protagonista de su proceso de aprendizaje, puede estar seguro de que no “ocurrirá” aquello que él no sea capaz de producir.

El contacto con el texto no obrará, ni con mucho, “milagros” por sí mismo. Por el contrario, procura ser, más bien, *un instrumento de trabajo*.

Hará falta pues, para hacerlo “productivo”, una cuota extra de esfuerzo y de lucidez para comprender a fondo

lo que se intenta transmitir. Otro tanto será necesario para llevar a cabo las tareas que se proponen como control de esa comprensión o como ayuda, sea para fijar los conocimientos adquiridos, sea para convertirlos en una verdadera “herramienta útil”, siempre al alcance de la mano.

Para realizar esta tarea el lector no estará solo, contará con “ayudas” que el propio texto ha de proporcionar a lo largo del desarrollo de los diversos temas.

Al principio de cada capítulo o sección se sintetizarán sus objetivos. Estos se podrán utilizar como “pautas de comprensión” para constatar, al terminar el trabajo, si se los ha alcanzado *personalmente*, es decir, si cada concepto ha sido entendido y puede ser puesto a “trabajar” en el análisis o en la transformación de la realidad.

El texto estará acompañado de un generoso margen de espacio en blanco, para que el lector pueda anotar en él sus propias impresiones o conclusiones.

Dentro de este espacio, frecuentemente aparecerán las *ideas más importantes* del cuerpo de texto adyacente. En ocasiones, se invitará al lector a descubrirlas y anotarlas.

Ciertas palabras clave aparecerán ya destacadas gráficamente. De vez en cuando, el hallarlas y resaltarlas será una de las tareas propuestas.

Al margen de los textos sobre los cuales se debe realizar alguna de estas tareas aparecerán ciertos signos especiales; éstos indicarán al lector lo que se le pide. He aquí la clave de lo que cada signo significa; será útil tenerlos siempre presentes... y ejecutar responsablemente lo que se indica:

-  Anote al margen la idea principal del texto adyacente
-  Subraye o destaque la/s palabra/s clave del párrafo adyacente.
-  Explique con sus propias palabras el punto señalado
-  Enuncie un caso-ejemplo de esta hipótesis.
-  Tome partido en este dilema y defienda su postura con, al menos, dos argumentos de peso. (Utilice el espacio en blanco, al final del capítulo).
-  ¿Está Ud. de acuerdo con esta afirmación? ¿Por qué? (Utilice el espacio en blanco, al final del capítulo.)
-  Argumente sobre este punto considerándose hipotéticamente víctima/agraviado, acusado/condenado y por último, simple miembro de la sociedad donde ocurre un conflicto. (Utilice el espacio en blanco, al final del capítulo.)

Otras indicaciones o tareas especiales, aparecerán señaladas en forma particular, en cada caso. Al final de cada capítulo encontrará el espacio que necesita para las tareas que no podrían ser escritas en los márgenes

Contando, pues, con un lúcido compromiso por parte del lector-estudioso, podemos dar comienzo a esta aventura de trabajo y aprendizaje. Este será nuestro plan

INTRODUCCION

1. La Política Criminal como marco de referencia ineludible del proceso penal.
2. Política Criminal y sociedad.
3. El dinamismo de la Política Criminal

formulación-configuración.

II. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL.

1. La Investigación Preliminar.
2. La Fase Intermedia.
3. Características básicas del Juicio penal democrático.
 - a. El Juicio oral.
 - b. El Juicio público.
 - c. El Juicio por jurados.
 - d. El desarrollo del Juicio oral.
4. La impugnación de la sentencia.
5. La ejecución de la sentencia.
 - a. La ejecución de la sentencia de prisión.
 - b. La ejecución de la sentencia de multa.
 - c. La ejecución de las costas.
6. La revisión de la sentencia firme.

1. La Política Criminal como marco de referencia ineludible del proceso penal

Solemos leer en no pocos libros de Derecho Procesal Penal que éste “sirve a la realización de la ley penal” Más allá de la verdad o falsedad de esta afirmación, lo cierto es que ofrece una visión muy limitada de la auténtica función del Derecho Procesal Penal respecto de la configuración de su marco natural, la Política Criminal.

Por otra parte, esa proposición -que señala la estrecha relación que existe entre la ley penal y las normas que articulan el proceso penal ha sido incorrectamente utilizada para fundar una visión superficial del Derecho Procesal Penal.

Esta visión equivocada enfoca particularmente los aspectos “procedimentalistas”, mientras deja de lado otras formas más profundas de análisis. Por ejemplo, el estudio de la influencia de la norma procesal en la determinación de la coerción penal.

La orientación de este texto

Este curso se funda, precisamente, en la perspectiva opuesta: destacar en todo momento la estrecha relación que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal. En adelante, uno y otro han de ser considerados como *corresponsales en la configuración de la Política Criminal y como ejes estructuradores del “sistema penal” o “sistema de justicia penal”*, esto es, del conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de



.....
.....
.....
.....

la coerción penal y el castigo estatal.

La relación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal ha pasado por diversas alternativas en el curso del tiempo.

Prácticamente, nunca se ha puesto en duda que se trata de parcelas del orden jurídico estrechamente ligadas entre sí. Sin embargo, se ha discutido -y se discute todavía- si el conocimiento científico sobre cada una de tales parcelas funda, a su vez, un cuerpo autónomo dentro de la ciencia jurídica.

Para algunos, las normas que regulan el proceso penal son similares a las que estructuran otros sistemas procesales (civil, laboral, administrativo). Ello hace que -sostienen- se puedan elaborar reglas y categorías generales, comunes a todos estos procesos. La Teoría General del Proceso se constituiría, de este modo, en una línea fundamental alrededor de la cual adquiere autonomía científica la ciencia del Derecho Procesal. Esta postura merece dos objeciones principales:

La primera consiste en que el objetivo de dotar de “autonomía científica” al cuerpo de conocimientos referidos a los diferentes sistemas procesales no constituye una meta importante de por sí.

Tal autonomía carece, en realidad, de significado científico y parece fundarse más en la necesidad de sostener cátedras universitarias “autónomas” que en la voluntad de resolver un auténtico problema de la ciencia. (Debemos dejar de creer que los problemas académicos de las universidades son necesariamente también problemas científicos...) Lo verdaderamente importante es, pues, aprender a trabajar rigurosamente con las normas jurídicas.

Esta capacidad nos permitirá descubrir, por una parte, que ciertamente existen muchos problemas comunes a todos los sistemas procesales (y la regulación de la prueba es, quizás, el ejemplo más claro en este sentido). Pero, por otra parte, descubriremos también que la relación entre cada sistema procesal específico (penal, laboral, civil, etc.) con las normas que regulan su ámbito particular, es mucho más estrecha que los vínculos con los demás sistemas procesales.

En otras palabras: las normas adquieren su pleno sentido jurídico cuando están referidas a la solución sustancial del problema o conflicto particular en el que intervienen junto a otras normas jurídicas que no son procesales.

En segundo lugar, se advierte que, si bien la Teoría General del Proceso ha hecho importantes contribuciones al esclarecimiento científico de las instituciones procesales, también es cierto que ha oscurecido muchos problemas, al forzar algunos conceptos en pos de la uniformidad.

Esa búsqueda de categorías unitarias ha dado lugar, en ocasiones, a visiones superficiales; sobre todo, ha ocultado la mayor riqueza de los sistemas procesales: su corresponsabilidad en la elaboración de soluciones concretas para los problemas que plantea la vida social.

No interesa aquí volver sobre esta discusión apenas esbozada. Solamente cabe señalar que el problema de la autonomía científica del Derecho Procesal no parece propiamente científico ni importante, y que la perspectiva de este curso destaca la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, sin dejar de reconocer que el tratamiento unitario de algunos problemas comunes con otros sistemas procesales puede convertirse en un interesante campo de trabajo

científico.

¿ Qué significa destacar la relación entre el Derecho Penal y el Procesal Penal?

Esta cuestión plantea una primera dificultad: existe una apreciable diferencia entre el grado de desarrollo del conocimiento científico acerca de cada una de estas dos parcelas del orden jurídico.

Mientras el Derecho Penal, especialmente en lo que concierne a la “Teoría del Delito”, ha alcanzado un grado de desarrollo importante -y existe un consenso apreciable sobre muchos de sus conceptos y sobre la estructuración del esquema de análisis de los presupuestos de la pena-, el Derecho Procesal Penal no ha elaborado aún una sistematización de análoga profundidad científica.

Por esta razón -y por la indole eminentemente pedagógica de este texto-, no se intentará esbozar siquiera algún tipo de integración en el nivel del análisis global de todos los condicionantes de la pena estatal (tarea que, no obstante, aún debe intentarse.)

Por idénticas razones, tampoco se ahondará en ciertas relaciones particulares que existen en el nivel de las estructuras de las normas, en la constitución de los deberes, en la definición de la materia prohibida, en la configuración de las excusas o en la determinación de la culpabilidad.

Se dejará de lado, pues, todo aquello que suponga la elaboración de una “teoría integral de los condicionantes del castigo estatal”; y tampoco se ha de profundizar en una perspectiva de integración en el análisis dogmático.

2. Política Criminal y Sociedad

El punto de vista a adoptar será netamente *funcional*: es decir, se procurará mostrar la operatividad del proceso penal, en conjunción con las normas penales, dentro de la configuración de la Política Criminal. Para ello es necesario comprender, en primer lugar, que no existe sociedad sin política, porque no existe sociedad sin poder y sin intereses, sean éstos comunes o contrapuestos. La política se ubica, pues, en el centro del marco constituido por el poder y por esos intereses: ella es quien regula el fenómeno básico del consenso o disenso social.

La política es una actividad compleja. Se manifiesta de múltiples y diversas maneras. A veces utiliza la fuerza. Cuando esa fuerza -o violencia- se aplica *desde el Estado* -o desde el poder institucionalizado- se suele llamar "*coerción estatal*".

Cuando la coerción estatal alcanza un determinado nivel de intensidad, o bien cuando se canaliza a través de ciertas formas culturalmente particularizadas (comúnmente llamadas "penas"), estamos hablando de "*coerción penal*".

La Política Criminal comprende, en consecuencia, el conjunto de **decisiones** relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y, como tal, forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad.



En principio, tal política consiste en un conjunto de decisiones. Y estas decisiones no son sino actos de voluntad de determinados sujetos sociales, relativos al uso de los instrumentos de coerción penal.

Tales decisiones tienen un contenido eminentemente valorativo, aunque a veces esta circunstancia se oculte tras formas aparentemente “técnicas” y “neutrales”.

Cabe aclarar que se utiliza aquí una definición de Política Criminal que resulta útil para su encuadramiento dentro de la política social y su caracterización como un “fenómeno social”.

Existen, sin embargo, otras definiciones de Política Criminal y es notable la diferencia de *planos* o *niveles* que se puede comprobar entre algunas de ellas, lo que origina no pocas discusiones “falsas”.

Por tal motivo, dentro de este ámbito conviene distinguir:

- a) la Política Criminal como fenómeno social;
- b) los distintos modelos de Política Criminal;
- c) el conjunto de conocimientos o técnicas que utiliza la Política Criminal;
- d) las diferentes escuelas o doctrinas de Política Criminal.

La definición que hemos dado más arriba -y que adoptaremos a lo largo de todo el presente manual- se encuentra claramente en el nivel a). Describe, por lo tanto, un sector de la realidad social.

Sin embargo, si analizamos ese sector de la realidad como tal, observaremos que es en sí mismo el producto de la influencia de los otros niveles.



Siempre existirán uno o más modelos de Política Criminal a los que esa realidad responde -nivel b)-. No olvidemos que se trata siempre de decisiones eminentemente valorativas. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que la elaboración de un modelo puede

servir tanto para explicar la realidad, como para criticarla con referencia al modelo elaborado.

También existirán técnicas que son utilizadas de un modo u otro -nivel c)- y que dan origen a reglas para la utilización de los instrumentos de esa Política Criminal

Por último, normalmente, detrás de los diferentes modelos de Política Criminal, hallaremos las escuelas o doctrinas que los sustentan o difunden -nivel d)-.

HAGAMOS UN EJERCICIO COMO EJEMPLO

Cierto Estado decide castigar la tenencia de estupefacientes, aun cuando estuviere destinada al consumo personal y decide, también, establecer un juicio sumario para castigar esa infracción con las penas de prisión más elevadas de todo su abanico de sanciones.

Si queremos describir la Política Criminal de ese Estado, debemos hacer referencia al conjunto de decisiones que se han tomado (en este caso: castigar la tenencia de estupefacientes, utilizar un juicio sumario, establecer penas muy altas, etc.). Podemos ampliar más nuestra descripción y señalar los objetivos -reales o formales- de esas decisiones.

Cuando hablamos de Política Criminal de este modo estamos en el nivel

También podemos referirnos a ese conjunto de decisiones demostrando cómo ellas son el resultado de una visión autoritaria. Aún no abandonamos la tarea descriptiva.

Estariamos en el nivel

Podemos criticar, luego, ese modelo autoritario desde otro modelo alternativo, que preserve de un modo más

eficaz ciertos valores que nos parecen importantes, como por ejemplo la libertad y la dignidad humanas. Establecemos aquí un «deber ser» al cual la realidad, según nuestro criterio, no se ajusta.

En ese caso estaríamos en el nivel

Asimismo, es posible analizar los innumerables problemas técnicos que plantea el desarrollo de la Política Criminal de nuestro Estado hipotético. Por ejemplo: analizar si se debe utilizar o no tipos abiertos; si se ajusta esa política a la ley fundamental de ese país; cómo funciona el juicio sumario, etc.

Todos estos problemas, enunciados en su conexión con la Política Criminal corresponden al nivel

Por último, podemos detectar o demostrar que esa Política Criminal responde a los lineamientos propios de la "Doctrina de la Seguridad Nacional".

Nos hallamos entonces en el nivel



Todo esto no significa que la realidad esté fraccionada o estratificada. Simplemente sirve para destacar que al hablar de Política Criminal podemos hacerlo en diferentes sentidos, lo cual no genera dificultades siempre y cuando seamos conscientes en todo momento del nivel semántico que utilizamos en nuestro discurso.

Para el cometido de este capítulo se hará hincapié en una descripción del funcionamiento de la Política Criminal, sin reparar en lo que ella "debería ser" valorativamente hablando.

Empero, en el desarrollo del texto, se hará referencia o se utilizará dicho concepto con significados que corresponden a otros niveles.

Puesto que sería engorroso hacer aclaraciones a cada

paso -o utilizar palabras aún no aceptadas por el uso para referirse a cada uno en particular- *se llama la atención del lector para que tenga presente la precedente distinción de niveles.*

Según fue enunciado, la Política Criminal comprende, entre otros elementos, un conjunto de decisiones (técnico-valorativas) relativas a determinados instrumentos.

 Tales instrumentos son muchos pero, sin duda, los más importantes son las normas penales (que se encargan de definir las conductas prohibidas y las sanciones a esas infracciones) y las normas procesales (que definen el modo como el Estado determinará que esa infracción ha existido, quiénes serán los protagonistas de ese segundo proceso de definición, quién será el sancionado y cuál será la índole o la gravedad de esa sanción).

Sin embargo, la Política Criminal incluye también decisiones referidas a las reglas que permiten una *correcta utilización* de esos instrumentos. Aquí, nuevamente, las reglas pueden ser *reglas técnicas* o *reglas de conveniencia*.

La producción de *reglas técnicas* para el manejo de esos instrumentos es una de las funciones de la Ciencia Jurídica -o "Dogmática Jurídica"-, y la Política Criminal se sirve de esas reglas técnicas. Por ejemplo, de las técnicas para construir un tipo penal o para diseñar una determinada clase de proceso penal

Las reglas de conveniencia conforman *estrategias*, éstas implican la planificación del uso adecuado (conveniente y conforme a las reglas técnicas) de los instrumentos, de modo que permitan alcanzar de un modo «económico» (entendiendo "economía", en un sentido amplio, con el significado de "racionalización

de los medios”) ciertos objetivos o metas prefijadas. Las decisiones relativas a las estrategias -y, por lo tanto, a los objetivos que las motivan- son también parte de la Política Criminal.

Este conjunto de decisiones -referidas a los instrumentos, estrategias, reglas y objetivos- se refiere siempre a la coerción penal. Esta es fuerza ejercida institucionalmente (si lo es de un modo justo, injusto, legítimo o ilegítimo, constituye otro problema, diferente).



El Estado ejerce esta fuerza en diversos ámbitos y con diferentes modalidades. Pero, a veces, ese ejercicio *alcanza un determinado grado de intensidad* (una persona es encerrada en una cárcel, por ejemplo), o bien se canaliza a través de formas que, si bien carecen de gravedad, culturalmente se asocian al núcleo de mayor intensidad de la coerción estatal (v.gr. la imposición de una multa). En estos casos, hablamos de coerción penal.

La Política Criminal, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y otras instituciones, giran alrededor de la coerción penal.

El dinamismo de la Política Criminal: formulación-configuración

De lo expuesto hasta el momento, no debe concluirse que la Política Criminal es algo estático y simple, por el contrario, ésta se caracteriza por ser un fenómeno intrínsecamente *dinámico y múltiple*.

Puesto que la Política Criminal es esencialmente política, no puede ser sino dinámica. Y lo es en un doble sentido.

Históricamente, las decisiones que conforman la Política Criminal son variables y podemos identificar diferentes etapas a lo largo de su desarrollo en el curso del tiempo.

Asimismo, tiene un dinamismo en el presente (que, existencialmente, no es un límite virtual entre el pasado y el futuro sino que comprende nuestro pasado inmediato y nuestras expectativas cercanas), donde se genera el fenómeno que llamaremos “dialéctica de la formulación-configuración”.

Como la Política Criminal no es un fenómeno simple ni único, toda decisión tomada en su contexto -o, por lo menos, cada una de sus decisiones más importantes- desencadena *un proceso social*.



Al momento inicial, en que una decisión de Política Criminal se objetiva dando comienzo a un proceso social, lo llamaremos “formulación de la Política Criminal”.



Al proceso social que se desencadena a partir de esa formulación inicial, lo llamaremos “configuración de la Política Criminal”, porque las características distintivas de la decisión original se irán definiendo a través de este proceso y no sólo en aquella formulación inicial.

Este dinamismo de la Política Criminal demuestra que también ella es un fenómeno complejo. La diversidad de los sujetos que intervienen en la producción de la Política Criminal hace que, en realidad, no sea del todo correcto hablar de *una* Política Criminal.

Una consideración estática de esta política suele dar lugar a una visión simplista, que da por supuesto su productor es, única y exclusivamente, el Estado.

Pero, como hemos visto, ni tal política puede ser comprendida fuera de su dinamismo, ni el Estado es una institución “simple”. Por el contrario, en él se refleja la situación de las luchas políticas suscitadas en el marco de la sociedad, que se manifiestan en pactos y hegemonías, en acuerdos o situaciones de poder desigual.

En realidad, el Estado y la sociedad conforman un solo ámbito estructural de lucha política.

La Política Criminal -insisto- refleja ese fenómeno y no tiene, en consecuencia, un carácter unitario sino que refleja las luchas, acuerdos y hegemonías propias de la política general.



Por lo tanto, en un sentido propio, no existe un sujeto
..... productor único ni una única dirección en su contenido.
..... Sin embargo, debe quedar claro que siempre existe
..... algún sujeto hegemónico y siempre es posible detectar
.....

una dirección preponderante, tal como ocurre con la política general.

Si queremos considerar la Política Criminal en un sentido unitario, estaremos aludiendo con ello al *resultado final* de esa puja política. Sólo podremos hablar entonces de un sujeto productor unitario si por "Estado" entendemos a la totalidad de la estructura política y social de un país.

El concepto general de este capítulo es, pues, la co-responsabilidad o co-operatividad de las normas penales y procesales en el desarrollo de la Política Criminal. Esto significa que ambas ramas del orden jurídico regulan en forma conjunta el poder punitivo del Estado.

Así, por ejemplo, las garantías penales (principio de legalidad o culpabilidad) funcionan en estrechísima relación con garantías procesales tales como la necesidad de un juicio previo o la inviolabilidad de la defensa en juicio.

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

VOLVAMOS A NUESTRO EJEMPLO

Se trata de un Estado que decide incriminar la tenencia de estupefacientes, aún cuando estuviere destinada al consumo personal.

En ese Estado habrá una decisión inicial (vgr. de los

legisladores) que establece diversas conductas prohibidas relativas al consumo de drogas.

Dentro de la Política Criminal identificamos este momento como la etapa de

Luego, diversas instituciones actúan de distintos modos respecto de esas mismas prohibiciones. Por ejemplo:

-los órganos de persecución (policía) aprovechan estas prohibiciones para ejercer un control “preventivo” sobre sectores sociales considerados “peligrosos”;

-ciertos jueces aplican sanciones drásticas porque consideran que la droga es el mayor de los males de nuestra sociedad;

-otros consideran que es inválido castigar acciones que no tienen trascendencia a terceros y que, por lo tanto, el consumo privado de estupefacientes es un asunto personal, protegido por el ámbito jurídico de la privacidad;

-las instituciones privadas realizan campañas de prevención;

-los medios de comunicación colaboran con esas campañas, al tiempo que intensifican su propaganda comercial (que difunde una cultura consumista en la que algunos ven una de las causas sociales de la drogadicción);

-el sistema carcelario favorece en la práctica el consumo interno de drogas, al mismo tiempo que establece sanciones graves para quienes consumen estupefacientes dentro de las cárceles;

(Intente el lector agregar uno o dos ejemplos de formas en que una instancia social ejerza su propia influencia con relación a este tema)

Como podemos apreciar, el proceso de “configuración” de la Política Criminal en este Estado es sumamente complejo y en él intervienen diferentes sujetos que, a su vez, actúan en direcciones diferentes.

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

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

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

Este análisis nos servirá para lograr un conocimiento más profundo de la Política Criminal de una determinada sociedad pero, al mismo tiempo, nos permitirá fundar sobre bases firmes una crítica a la Política Criminal vigente.

 Esta crítica se debe fundar, por una parte, en el conocimiento de *lo que* es la Política Criminal y, por otra parte, en la comparación con *un modelo alternativo*, es decir, con *lo que ella debería ser* según las valoraciones del crítico.

El estudio del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal se debe encarar a partir de elementos que permitan comprender lo que es la Política Criminal.

Pero también resulta imprescindible hacerlo desde un modelo de Política Criminal (ya alternativo, ya semejante al vigente en un momento dado de la vida social).

No es objeto de este capítulo -ni de esa obra- el diseño de un modelo completo de Política Criminal. Sin embargo, algunas de las decisiones fundamentales - como el respeto a la dignidad humana, la transformación de la sociedad, la preservación de la verdadera igualdad y de la justicia social, etc.- están implícitas en el texto.

Empero, es importante que el estudioso inicie un camino de reflexión y crítica personal, orientado a un

modelo propio de Política Criminal, que lo tenga siempre presente y que aprenda a luchar por él.

Una indicación final, imprescindible para un correcto tránsito por ese camino creativo:



Un modelo de Política Criminal se construye desde la perspectiva del poder. Quien se disponga a reflexionar sobre el conjunto de decisiones reguladoras de la coerción penal que resultan admisibles conforme a un determinado conjunto de valores, -que él elegirá libremente- debe pensarse a sí mismo en una situación de poder. Un modelo de Política Criminal se debe construir como un "deber ser" del poder.

Esta afirmación, que pareciera obvia, no lo es tanto. Muchos modelos que han tomado como eje la defensa de las garantías que protegen la dignidad humana, han sido contruidos desde una perspectiva "de resistencia" y, en cierto modo, se inhabilitan a sí mismos como políticas criminales alternativas, porque sólo pueden funcionar "fuera" del poder.

Por el contrario, un modelo de Política Criminal debe aspirar a convertirse en una alternativa efectiva al modelo vigente. Esto no significa que no pueda tener como uno de sus ejes fundamentales, por ejemplo, el intensificar las garantías que protegen a las personas, sino que esas garantías deben ser pensadas como "autolimitaciones" del propio poder.

El lector debería, pues, construir un modelo propio de Política Criminal y desde él releer este libro. Ojalá que, si alguna vez ese modelo adquiere efectiva vigencia, el ahora lector y estudioso se halle preparado para defender la dignidad humana y la justicia desde el poder y no abandone entonces sus creencias -como

tantos lo han hecho- en aras del “pragmatismo” o de las presiones coyunturales de la política inmediata.

Finalmente, cabe acotar que la referencia básica a la Política Criminal constituye un enfoque general que debe ser utilizado para todos los temas de las ciencias penales.

De aquí en adelante, sólo se hará referencia a la estructura del proceso penal, un tema importante dentro del conjunto del sistema penal pero, indudablemente, no el único. Debe quedar claro, no obstante, que la estructura del proceso penal influye decisivamente en *la formulación* de la Política Criminal y, mucho más aún, en su *configuración*.



La estructura del Proceso Penal

El propósito general de esta sección será explicar los requisitos de un proceso penal acusatorio, así como exponer sus fases y características.



La organización del proceso penal no es un problema menor, en modo alguno. En muchas ocasiones, de la correcta estructuración del proceso dependerá el hecho de que éste cumpla efectivamente -o no- con los principios que lo fundan o deberían fundarlo. Asimismo, muchas de las peores distorsiones de las garantías y principios que en él intervienen, provienen de una estructuración incorrecta, o bien de las distorsiones que la práctica introduce en la propia estructura del proceso penal.

El análisis que haremos de las fases de este proceso no se ceñirá a ningún código en particular. Si se sujetará, en cambio, a lo que consideramos un diseño garantista del proceso penal, concepto en el que se insistirá repetidamente a lo largo del presente texto y que surge de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -“Pacto de San José de Costa Rica”-.

Todo proceso penal está estructurado en forma de “fases” que cumplen, cada una de ellas, objetivos específicos. Habitualmente, las principales son cinco.

En primer lugar, una fase de investigación o preparación -también llamada “instrucción”, cuyo contenido principal consiste en la *preparación de la acusación o del Juicio*.

Una segunda fase, donde se *critica* o *analiza* el resultado de esa investigación.

Luego, una tercera etapa “plena” o principal, que es *el Juicio propiamente dicho*.

En una cuarta fase, se controla el resultado de ese Juicio -que es la sentencia-, a través de distintos

medios de impugnación –o “recursos”.

Finalmente, en una quinta etapa, se ejecuta la sentencia que ha quedado firme.

No todos los sistemas procesales organizan estas fases del mismo modo: algunos entregan la instrucción y el juicio a un mismo Juez, mientras que otros la confían a jueces diferentes; algunos realizan todo el procedimiento por escrito, en tanto otros hacen una instrucción escrita y un juicio oral.



No obstante, aunque cada código disponga de estas etapas según su propia modalidad, existen ciertos modelos básicos de estructuración de los sistemas procesales a los que responden, en líneas generales, los distintos sistemas normativos. Entre estos modelos podemos citar al sistema inquisitivo, el sistema acusatorio, el sistema oral, el sistema escrito, etc.

Una explicación “general”, como la que pretendemos desarrollar en este texto, tiene el efecto - benéfico, a nuestro juicio- de permitir comprender la lógica de *cualquier* sistema procesal.

Muchas veces se obliga al lector a prestar atención a problemas verdaderamente “menores”, a detalles, y no se le enseñan los conceptos fundamentales que le permitirán orientarse en la necesaria profundización de su preparación técnica que, mejor temprano que tarde, deberá emprender.

En los capítulos siguientes nos proponemos, precisamente, brindar al estudioso esos conceptos elementales. Ellos le permitirán analizar con mayor profundidad el sistema procesal vigente. Deberán servir, también, para criticarlo, para descubrir sus fallas y para comprender lo dicho al principio de esta

introducción:

La organización del proceso no es algo distinto o independiente de la vigencia de las garantías y principios básicos; al contrario, muchas veces ellos son los que sucumben ante las modalidades de la organización procesal.

La práctica de los tribunales y el ejercicio de la abogacía tienden a darle preponderancia al conocimiento de esa organización. En realidad, es común que se llegue al extremo de considerar que “lo único” importante es conocer tal plazo, tal requisito para la presentación de escritos, los modos de interponer recursos, en fin: todos los detalles de la estructuración concreta y “palpable” de los procedimientos.

No es nuestra intención afirmar que ese conocimiento carece de toda importancia. Lo que si queremos destacar es que ese conocimiento *no garantiza* por sí mismo el auténtico conocimiento del proceso penal, ni -mucho menos- del Derecho Procesal Penal.

Con lamentable frecuencia, la meta de los estudios sobre el Derecho Procesal Penal se ha visto reducida al conocimiento acabado de “los trámites”, los requisitos del proceso. A quien haga suyo este objetivo le bastará, sin duda, con “leer el código” ya que, seguramente, allí encontrará el “saber” que está buscando.

Que no crea, sin embargo, que con ese conocimiento ha comprendido lo que es el proceso penal, muy por el contrario, probablemente haya anulado su capacidad para captar la esencia del fenómeno procesal.



Si todo proceso penal tiene una organización, esa organización responde a una “lógica”. La lógica de la

organización del proceso penal *no es una mera "racionalidad"* guiada por el principio de eficacia administrativa. *La justicia penal no es un proceso de tramitación de expedientes.*

La "lógica" procesal es una lógica que corresponde al tratamiento de los conflictos humanos y, como tal, está orientada claramente a sus consecuencias "prácticas", es decir, a las consecuencias que se producen en el curso de la "solución" -o "redefinición", más propiamente hablando- de ese conflicto.

Las fases procesales se nutren de esa lógica, y las consecuencias sobre el conflicto se miden siempre en términos de intensidad en el ejercicio del poder: de allí que siempre estén en juego las garantías procesales. Por eso volveremos sobre ellas una y otra vez.

El objetivo de esta reflexión es advertir al lector sobre lo que hallará -y lo que no hallará- en los capítulos que siguen. Espero que éstos cumplan con sus expectativas y que el estudioso comprenda que son apenas "guías" hacia el verdadero estudio de los sistemas procesales el cual deberá ser, necesariamente, una tarea de mayor profundidad, mayor rigor y -¿por qué no?- mayor compromiso personal.

1.

La investigación preliminar

Este capítulo analiza el modo en que un cierto conflicto social ingresa al Sistema Penal y las circunstancias que pueden hacer que se convierta en materia de un Juicio penal, o bien que egrese del Sistema antes de alcanzarlo. También, los modos válidos o inválidos de desarrollar esta etapa, en función de las características de un proceso garantista y democrático.

Se puede afirmar sin temor a equivocarse, que “*en el comienzo del proceso penal se halla la vida social*”. Vida social que frecuentemente se manifiesta de un modo conflictivo, doloroso, lleno a veces de misterio.



El proceso penal comienza por enfrentarse a un hecho social, a un conflicto, del que sabe muy poco. Sin embargo, por alguna vía, las autoridades a quienes el Estado les ha confiado la investigación de los delitos (fiscales o jueces de instrucción) deben averiguar, en primer lugar, si ese hecho conflictivo -que a la postre podrá o no ser un delito- ha existido en realidad.

Los canales a través de los cuales ingresa la primera información sobre el supuesto conflicto -que, por lo mismo, pueden ser considerados como los que “dan nacimiento” al proceso penal- se denominan “actos iniciales del proceso” y pueden ser de distinta clase.

El primero -y más común- es *la denuncia*: el acto mediante el cual alguna persona, que ha tenido noticia acerca del hecho conflictivo inicial, lo pone en conocimiento de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución penal (policía, fiscales, jueces). Esta persona podrá ser alguien involucrado de algún modo en ese conflicto (por ejemplo, la víctima o un familiar de la víctima) o cualquier otra persona que por diversas razones haya conocido el hecho (como testigo presencial, por referencias, etc.).

Los ciudadanos no están obligados a denunciar los hechos presuntamente delictivos, aunque se pueda considerar deseable que lo hagan. Un Estado en el que los ciudadanos tuvieran esa obligación sería un verdadero “Estado policial”, en el que cada uno se convertiría en guardián y garante del orden. Una tal sociedad totalitaria no sería recomendable ni respondería a los principios de una constitución

republicana.

Por tal razón es posible afirmar que los sistemas procesales de una sociedad republicana no pueden, en coherencia con el orden constitucional, establecer una “obligación general de denunciar”

 Sin embargo, sí pueden establecer casos particulares de denuncia obligatoria. Es común que los códigos establezcan esa obligación siempre que exista una situación profesional o funcional de mayor compromiso con el orden público.

 Así, tienen la obligación de denunciar, por ejemplo, los funcionarios y empleados públicos - cuando toman conocimiento del hecho en ocasión del cumplimiento de sus funciones-; también los médicos -y quienes, en general, ejercen el arte de curar- cuando conozcan el hecho en ocasión del ejercicio de su profesión.

 En general, los sistemas procesales tienen normas de esta clase y se podría extender la obligación hacia otras funciones similares. Por ejemplo: los tutores respecto de los delitos que afecten a sus pupilos, o los órganos de las personas jurídicas respecto de los delitos que afecten al patrimonio de su representada.

En líneas generales, la obligación de denunciar está ligada a situaciones particulares y eso es algo completamente diferente de una obligación genérica, que terminaría convirtiendo a todos los ciudadanos en sospechosos y en delatores al mismo tiempo.

Los sistemas procesales suelen establecer *requisitos para la validez de las denuncias*. En primer lugar, éstas deben contener *una descripción del hecho* denunciado y, si se cuenta con esos datos, *de la persona supuestamente autora* o participe en el hecho que se

denuncia.

También se exige que el denunciante -por supuesto, también en la medida concreta de sus posibilidades- señale *las pruebas o los antecedentes* de la noticia que lleva a las autoridades.

Los códigos exigen también que se identifique al denunciante. Esto nos enfrenta al problema de las denuncias anónimas. ¿Podría otorgársele valor a una denuncia anónima? Sin duda los hechos han demostrado que éstas pueden constituir un instrumento eficaz para conocer los hechos delictivos. Sin embargo, resulta totalmente inadmisibles, dentro de un estado de derecho protector de los ciudadanos, que se dé curso a tal tipo de denuncias.



La delación anónima puede convertirse fácilmente en un instrumento de persecución -inclusive, de persecución política-. Sería impropio de un Estado republicano dar curso a denuncias anónimas. Es común, no obstante, que las policías den comienzo a sus investigaciones por medio de este tipo de denuncias, que no adquieren su validez como tales sino como modos “difusos” de iniciar una investigación “de oficio”.

El denunciante no se convierte automáticamente en un sujeto procesal, ni adquiere mayores responsabilidades en relación con el resultado final del proceso penal. Es común que se establezca, sin embargo, que si es responsable si su denuncia es maliciosa -esta responsabilidad se manifiesta procesalmente, por ejemplo, en el pago de las costas si tal cosa se comprueba⁷.

En algunas ocasiones, quien hace la denuncia es directamente *la víctima*, y no sólo se limita a “dar

noticia” del hecho sino que, además, solicita intervenir en el proceso penal como “*querellante*” o “acusador particular”.

Cuando ocurre esto, nos encontramos con otro de los modos tradicionales de dar inicio al proceso penal: *la querrela*.



La querrela no es otra cosa que una denuncia, a la que se suma una instancia o solicitud de constitución como sujeto procesal. Por tal razón, los requisitos de admisibilidad de una querrela suelen ser más estrictos, en especial en lo que se refiere a las circunstancias que legitiman a la persona para solicitar su participación como querellante.

Por último, el tercero de los modos habituales para iniciar un proceso penal ocurre cuando los órganos de persecución penal toman noticia directa de un supuesto hecho delictivo. Estos son los casos de *conocimiento de oficio*.

El más común de todos ellos es la *prevención policial*, es decir, el caso en que la policía toma conocimiento por sí misma de un presunto delito y comienza las investigaciones preventivas, bajo los ordenes de alguno de los principales órganos de persecución (fiscales o jueces de instrucción).

☞ Luego de los actos iniciales, mediante los cuales una hipótesis delictiva ingresa formalmente al sistema judicial, comienza un periodo netamente *preparatorio*, que consiste en un conjunto de actos, fundamentalmente de investigación, orientados a determinar *si existe fundamento* para someter a una persona a un juicio

El pedido del Fiscal, consistente en que se inicie juicio respecto de una persona determinada y por un hecho

determinado, se denomina *acusación*. Por lo tanto, se puede afirmar que, luego de los actos iniciales del proceso, comienza un conjunto de actividades procesales tendientes a *preparar la acusación*.

El conjunto de actividades procesales preparatorias - que pueden recibir los nombres de *sumario*, *procedimiento preparatorio* o *investigación preliminar* o *preparatoria*, puede ser organizada de distintos modos, que dependen de la cercanía respecto del modelo acusatorio que caracterice a cada sistema procesal.

Por ejemplo: aquellos sistemas procesales que responden al *modelo inquisitivo* encargan la investigación o desarrollo del sumario al Juez de Instrucción. Una vez que él haya terminado de reunir las pruebas, le enviará el sumario al Fiscal para que sea él quien requiera la apertura a juicio (acusación) o bien ordenará directamente la apertura del Juicio.

Inclusive aquellos sistemas que no siguen estrictamente el modelo inquisitivo, sino que responden al llamado «*modelo mixto*» o «*inquisitivo reformado*», le entregan, también, la investigación al Juez, para que éste realice una «*instrucción formal*» sobre la base de la cual el Fiscal requerirá la apertura de un juicio oral y público.

 Otros sistemas, que se acercan mucho más al *modelo acusatorio*, le entregan la investigación preliminar o instrucción al Fiscal, quien se convierte en el encargado de preparar la acusación que él mismo presentará.

Sustancialmente, durante este período preparatorio se realizan cuatro tipos de actividades:

1. actividades puras de investigación;
2. decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento;

3. anticipos de prueba, es decir, prueba que no puede esperar a ser producida en el debate;
4. decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales.



En principio, esta fase preliminar o preparatoria del proceso penal es una fase de investigación. La investigación es una actividad eminentemente creativa: se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre.

Se trata, pues, de la actividad que encuentra o detecta los medios que servirán de prueba.



En la realidad de la mayoría de nuestros sistemas procesales latinoamericanos, lo que debería constituir una actividad *creativa* se ha convertido en una actividad *rutinaria*, en una simple acumulación de hojas con actas, reunidas de manera más o menos mecánica.



Este fenómeno de *burocratización de la investigación* - el cual da lugar a mucha impunidad- es una consecuencia del procedimiento escrito y de la adopción del sistema inquisitivo en esta fase. Todo ello conduce, necesariamente, a una formalización excesiva de la investigación

Inclusive los sistemas llamados “de juicio oral” y que, sin embargo, conservan el modelo inquisitivo en esta etapa, padecen de este defecto. Esto puede llevar luego, inclusive, a una distorsión del propio juicio oral (que se produce por la incorporación de la “prueba” del sumario mediante su lectura o, mejor dicho, mediante su mera mención).

De este modo, cuando la investigación se hace rutinaria, se pierde uno de sus principios básicos: la necesidad de crear “*estrategias de investigación*”, es decir, caminos más eficaces de acuerdo con cada caso para encarar la preparación de la acusación.

Autorizaciones jurisdiccionales

Durante el desarrollo de este procedimiento preparatorio se hace necesario tomar decisiones.



Por ejemplo: cualquiera de los sujetos procesales puede plantear una “excepción” -es decir, una defensa parcial y anticipada (como, por ejemplo, una excepción de prescripción o de falta de acción)- o cualquier otra clase de “incidente” (por ejemplo, aquellos relativos a la admisión o rechazo de la “constitución” de alguno de esos sujetos procesales -esto es, la admisión o rechazo de su participación como tales-).

Estos y otros planteos obligan a tomar decisiones, que tomarán la forma de “*resoluciones*” dictadas durante la instrucción. Una de ellas -quizás la más importante- es aquella resolución mediante la cual se decide que un acusado deberá permanecer en prisión o *encarcelamiento preventivo*.

También será necesario tomar otro tipo de decisiones; esta vez, no por planteos o “incidentes”, sino porque ciertos actos de la investigación pueden afectar garantías procesales, derechos o bienes protegidos por la constitución.

Por ejemplo: para poder localizar una prueba puede hacerse necesario ingresar a un domicilio, o bien secuestrar un objeto o un documento perteneciente a una tercera persona, o bien efectuar una investigación corporal o mental sobre el imputado o sobre un testigo.

Todos estos actos de investigación afectarían o bien el ámbito de la intimidad, o bien la reserva debida a los papeles privados, o bien la propiedad o la integridad física de las personas.

Como sabemos, la protección de esos bienes no es absoluta, sino que exige que, toda vez que ellos pudieren resultar afectados, se tomen *decisiones formales*. La formalidad exigida para estas decisiones tiene como objetivo garantizar la menor afectación posible a todos esos bienes.

☞ Desde el punto de vista procesal, este requisito implica que para realizar ese tipo de investigaciones se deberán librar órdenes expresas y formales (las constituciones suelen exigir que sean expedidas por autoridades judiciales). Vamos a llamar a esta clase de decisiones "*autorizaciones jurisdiccionales*".

Por último, en algunas ocasiones excepcionales, se hace necesario realizar un *anticipo de prueba*. Para comprender este concepto se hace necesario dar previamente algunas explicaciones.

✍ Cuando decimos que esta primera fase del proceso penal es "preparatoria", eso significa, fundamentalmente, que los elementos de prueba que allí se reúnen no valen aún como "prueba".

Existe una garantía básica que consiste en el *juicio previo*, esto es, que ninguna persona puede ser condenada sin un juicio en el que se presente la prueba que permitirá comprobar su culpabilidad o su inocencia. El *momento de la prueba*, en un sentido sustancial, es el *Juicio*.

Todo lo que sucede con anterioridad no es más que la recolección de los elementos que, en el juicio, servirán para probar la imputación. Ese es, precisamente, el sentido del calificativo de "*preparatoria de la acusación*" que recibe esta etapa.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, no es posible esperar

al Juicio para producir la prueba. Veamos algunos ejemplos:

La víctima -cuyo testimonio es necesario- o cualquier otro testigo se encuentra agonizando. No se podría esperar al juicio para que ellos testimonien.

Lo mismo podría ocurrir con una pericia: puede ésta verse sobre una sustancia perecedera; por lo tanto, tampoco se podría esperar el juicio para producirla.



En casos como éstos, en los que existe un obstáculo insuperable para producir la prueba en el momento en que corresponde, se permite que, mediante un mecanismo procesal, se le dé valor anticipado a la información que brindan esos elementos de prueba. Ese mecanismo se conoce como *anticipo de prueba* y, básicamente, consiste en la realización *jurisdiccional* de esa prueba, de un modo tal que también se anticipan las condiciones básicas del juicio -en especial, la posibilidad de control sobre la prueba por parte de todos los sujetos procesales-.

Una vez convalidada la prueba de un modo anticipado - y convenientemente registrada-, se incorporará directamente al juicio mediante su lectura, es decir, leyendo el acta que documentó su resultado.



Insistimos una vez más en que éste debe ser un mecanismo *excepcional*, ya que el principio de que sólo puede considerarse como “prueba” aquella producida en el juicio tiene una importancia fundamental y no puede ser abandonado a la ligera.

Contrariando este principio, los sistemas procesales latinoamericanos suelen funcionar, en gran medida, sobre la base de una “conversión automática” en “prueba” de aquellos elementos reunidos en la

investigación, sin que éstos sean producidos directamente en el juicio.

De este modo, en la práctica, se dictan sentencias basadas casi exclusivamente en el “sumario”. Eso significa, en buen romance, nada más y nada menos que prescindir del juicio previo, es decir, dictar “sentencias inconstitucionales”.

Según como se haya organizado cada sistema procesal concreto, estas cuatro actividades básicas se desarrollarán de distinto modo.

Por ejemplo: cuando la investigación o instrucción ha sido encargada a un Juez de Instrucción, él mismo realiza estas cuatro actividades: investiga, toma decisiones, autoriza allanamientos y realiza prueba anticipada.

Es por eso que siempre se ha dicho que el Juez de Instrucción concentra una gran cuota de poder sobre el proceso penal. Lo que ocurre en realidad es que él realiza dos tareas que son esencialmente incompatibles entre sí: por un lado, debe ser investigador -y, como tal, el mejor investigador posible-; pero, por la otra, debe constituirse en custodio de las garantías procesales y constitucionales.

■ El Juez de Instrucción debe, en definitiva, ser una suerte de “guardián de sí mismo”: esto genera siempre -de un modo estructural e irremediable- algún tipo de ineficacia. O el Juez de Instrucción resulta ineficaz como investigador, o bien no es un buen guardián de la constitución.

Las tendencias más modernas se orientan a acabar con la rémora del Juez de Instrucción, producto del compromiso con el sistema inquisitivo que impuso el

viejo Código de Instrucción Criminal Francés de 1808. En gran medida, el fracaso de nuestros sistemas procesales proviene del empeñamiento en mantener un sistema inquisitivo en la instrucción, aunque luego se adopte un Juicio oral.

El Sistema acusatorio

☞ Otro modo de organizar la investigación preliminar consiste en acentuar el carácter *acusatorio* del sistema, dividiendo las dos funciones básicas, de modo que sea el Ministerio Público el encargado de investigar; al Juez le queda, así, reservada la tarea de autorizar o de tomar decisiones, pero nunca la de investigar.

Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales.

Los fiscales tienen en este caso la responsabilidad de la investigación y los jueces sólo la de vigilar y controlar esa investigación.

Por supuesto, estos dos modelos que hemos señalado son apenas dos patrones básicos. Existen muchas maneras de combinarlos e, incluso, de hacerlos coexistir (como en aquellos sistemas que le entregan al Fiscal la investigación preliminar -o “citación directa”, como también se la suele denominar- de los delitos menores). La “mixtura” entre ambos modelos puede tomar formas muy variadas.

Ahora bien, la Investigación Preliminar o

Procedimiento Preparatorio no es únicamente un problema “de los jueces y los fiscales”. En esta etapa participan también los otros sujetos procesales.

 Por ahora cabe destacar que durante el procedimiento preparatorio, si bien no se trata de una etapa eminentemente “contradictoria” como lo es el Juicio, igualmente deben existir amplias posibilidades de defensa: ello significa la facultad de proponer diligencias, participar en los actos, plantear incidentes, etc.

También significa que, si bien esta etapa no es “pública” en el mismo sentido en que lo es el Juicio oral –es decir, “abierto a todos los ciudadanos”- no se debe deducir de ello que sea “secreta” para los distintos sujetos procesales. Por el contrario, tanto el defensor como los querellantes y las partes civiles tienen que tener acceso al desarrollo de la investigación.

 Esta posibilidad siempre está limitada porque existen ocasiones en las que la eficacia de un acto o de una investigación depende del secreto. En tales ocasiones y con distintas modalidades, los sistemas procesales suelen permitir que, excepcionalmente y por *tiempo limitado* se establezca el secreto de las actuaciones, aún para los intervinientes en el proceso. No obstante, éste es siempre un mecanismo peligroso, que debe ser utilizado lo menos posible.

Así como el procedimiento preparatorio o instrucción tiene actos iniciales definidos, también tiene *actos conclusivos*. La instrucción debe finalizar de algún modo formal. Para ello existen varios modos.

 El primero de ellos -y, si se quiere, el más propio- es la *acusación*, que es el acto mediante el cual el ministerio público requiere la apertura de un juicio pleno.

☀ Pero puede ocurrir que el Fiscal no encuentre elementos para acusar, porque se ha comprobado que la persona imputada no ha sido el autor del hecho ni ha participado en el o porque, más aún, se ha comprobado que el hecho no existió o, si existió, no constituye delito. En casos como éstos, existen dos posibilidades, según los códigos: o bien se establece un *tiempo limite* dentro del cual se debe llegar a uno de los dos estados mencionados más arriba y, si ello no ocurre, el sobreseimiento es obligatorio; o, por el contrario, se permite que la investigación termine de un modo provisional, mediante lo que algunos códigos denominan “sobreseimiento provisional”, que indica una clausura provisoria de la investigación o sumario, hasta que se pueda continuar con ella o aparezcan nuevos elementos de prueba.

En muchos sistemas procesales se hace abuso del sobreseimiento provisional; esto, de hecho, supone dejar las investigaciones en una especie de “limbo”, ya que la persona imputada no llega a saber con precisión cuál es su verdadera situación, procesal o real.

☀ Es conveniente, pues, que el sobreseimiento provisional quede limitado a aquellos casos en los que existe alguna posibilidad *real y concreta* de que la investigación pueda ser reanudada o de que pueda aparecer algún elemento de prueba nuevo. En caso contrario, se debe resolver de un modo definitivo, ya que existe un derecho, también básico, que indica que las personas sometidas a proceso deben tener certeza sobre su situación y que se debe arribar a una solución definitiva dentro de un plazo razonable.

El Fiscal, en consecuencia, pedirá que el Juez tome alguna de estas decisiones:

- que admita su acusación (y se abra a juicio),
- que sobresea (definitivamente); o
- que dicte un sobreseimiento provisional.

También existe la posibilidad, en algunos casos particulares –como la “rebeldía” del imputado (es decir, su fuga)- de que la investigación quede archivada hasta que el imputado cese en su situación de rebeldía.

Los pedidos o requerimientos fiscales no son admitidos automáticamente. Al contrario, suelen desencadenar un conjunto de actividades procesales que culminarán con alguna de las decisiones que hemos mencionado.

Al conjunto de esa actividad de análisis del contenido y resultado de la investigación se lo suele denominar “crítica instructoria”. Y los mecanismos procesales que giran alrededor de esta crítica instructoria constituyen lo que podemos denominar “procedimiento intermedio”, segunda fase del proceso penal, de la que nos ocuparemos en el próximo capítulo.

2. *La Fase Intermedia*

Este capítulo expone los distintos medios por los cuales la acusación -y otras decisiones tomadas durante la Investigación Preliminar- son sometidas a un control formal y sustancial.

La investigación que se ha llevado a cabo a través de la *Instrucción* o *Investigación Preliminar* consiste en la acumulación de un conjunto de informaciones que servirán para determinar si es posible someter a una persona determinada (el *imputado* o *acusado*) a un Juicio.

Sin embargo, los distintos sistemas procesales no pasan “automáticamente” de la Instrucción al Juicio. Existe entre ambos lo que se conoce como una Fase Intermedia que, como veremos seguidamente, cumple varias funciones.

Esta Fase Intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser convenientemente preparados y de que sólo se puede llegar a ellos luego de una actividad responsable.

El Juicio es público y ello significa que el imputado deberá defenderse de la acusación en un proceso abierto, que puede ser conocido por cualquier ciudadano. Así como la publicidad significa *una garantía* en la estructuración del proceso penal, también tiene *un costo*: por más que la persona sea absuelta o se compruebe su absoluta inocencia, el simple sometimiento a un Juicio siempre habrá significado para ella una considerable cuota de sufrimiento, gastos e, inclusive, descrédito.

Por tal razón, un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a Juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria.

Imaginemos los efectos sociales de un proceso penal en el que con el único fundamento de la denuncia se puede someter a las personas a un Juicio público... Tal proceso serviría más como un mecanismo de persecución y descrédito de las personas que como un mecanismo institucionalizado para resolver los conflictos penales.

La Investigación concluye con un pedido, que normalmente realiza el Fiscal. Ese requerimiento fiscal, como hemos visto, podrá consistir en el pedido de apertura a Juicio, esto es, en una *acusación*.



También puede consistir en un sobreseimiento, es decir, en el pedido de que la persona imputada sea absuelta sin Juicio, porque de la sola Investigación Preliminar surge la certeza de que o bien no ha sido la autora del supuesto hecho punible, o bien de que tal hecho punible no ha existido en realidad.

Pueden existir asimismo pedidos de otro tipo, como el *archivo* o el *sobreseimiento provisional*. No obstante, los dos modos principales de conclusión de la Investigación son -o deberían ser- los que hemos mencionado más arriba: la acusación o el sobreseimiento

Estos pedidos deben ser controlados en un doble sentido: son sometidos a un control *formal* y, también, a un control *sustancial* en cuanto a los requerimientos fiscales o a los actos judiciales conclusivos

Este control, a su vez, podrá ser *necesario* u *optativo*. Esto depende de que la Fase Intermedia sea una etapa obligada del proceso, o bien sólo exista cuando alguno de los sujetos procesales objeta el requerimiento fiscal. Veremos esto más claro en un ejemplo.

Supongamos que el requerimiento fiscal consiste en el sobreseimiento a una acusación. En cualquiera de los dos casos mencionados arriba, ese requerimiento debe cumplir con ciertas formalidades, cuya razón de ser radica en la búsqueda de precisión en la decisión judicial.

¿Qué se entiende aquí por “precisión”? Se debe identificar correctamente al imputado; se debe describir correctamente el hecho por el cual se pide la absolución; se debe calificar jurídicamente ese mismo hecho

En cualquiera de estos campos, el requerimiento fiscal

puede contener errores o “vicios” que deben ser corregidos para que la decisión judicial no sea inválida. Podría haber ocurrido, pongámosle por caso, que el sobreseimiento hubiera identificado mal al imputado, lo que podría dar lugar a la absolución de la persona equivocada. También podría haberse descrito el hecho de un modo incorrecto, ya sea por exceso o por defecto (es decir, porque la descripción incluye circunstancias del hecho que no han formado parte de la investigación, o bien porque se omiten circunstancias del hecho que resultarían importantes para el caso).

Los distintos sujetos procesales tendrán interés en corregir esos defectos. El imputado, el defensor o el querellante querrán que la decisión judicial sea correcta y no pueda ser invalidada -cada uno, por supuesto, desde el punto de vista de sus intereses particulares-. Pero también el Juez tendrá interés en que la decisión judicial no contenga errores o que éstos no se trasladen a la etapa de Juicio, donde podrían generar mayores perjuicios o invalidar la totalidad del propio Juicio.

En síntesis: desde el punto de vista formal, la Fase Intermedia constituye el conjunto de actos procesales que tienen como fin la corrección o “saneamiento formal” de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación.



Pero la Fase Intermedia no agota su función en el control formal. Ella sirve, también y principalmente, para realizar un control sustancial sobre esos actos conclusivos.

Los actos que ponen fin a la investigación -ya se trate de requerimientos fiscales o de decisiones judiciales, según los diferentes sistemas procesales- implican, como hemos visto, un determinado grado de acumulación de información.

La información necesaria varia según los distintos tipos de actos conclusivos, pero todos ellos implican siempre un determinado grado de adquisición de conocimientos sobre el hecho y sobre su autor.

Veámoslo con el ejemplo de una acusación. Esta deberá ser una acusación fundada. Esto no significa que “ya” debe hallarse probado el hecho, puesto que tal cosa implicaría distorsionar todo el sistema procesal.

La acusación es un pedido de apertura a Juicio, por un hecho determinado y contra una determinada persona, y contiene una promesa -que deberá estar fundamentada- de que el hecho podrá ser probado en el Juicio.

☀ Supongamos que un Fiscal acusa, pero no ofrece ninguna prueba, o bien su prueba es notoriamente insuficiente, inútil o impertinente. Esa acusación carecerá de fundamento y tendrá por ello un *vicio sustancial*, que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a las condiciones de fondo que son necesarias para que esa acusación sea *admisibile*.

Lo mismo puede ocurrir con un sobreseimiento, ya que éste implica un grado de certeza total o, al menos en principio, el mismo grado de certeza necesario para una sentencia absolutoria. Si el requerimiento de sobreseimiento no demuestra que existe ese grado de certeza, tendrá un vicio sustancial, no relacionado con el cumplimiento de las formas necesarias para la validez del pedido.



Si el sistema procesal se propone como objetivo el que los Juicios sean *serios y fundados*, y que no se desgasten esfuerzos y recursos en desarrollar un Juicio cuando no están dadas las condiciones mínimas para su normal desarrollo o para que el debate de fondo tenga contenido... se hace imperioso establecer un mecanismo

para “discutir” previamente si tales condiciones “de fondo” están o no presentes.

La Fase Intermedia cumple, precisamente, esta función de *discusión o debate preliminar* sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación.

El imputado y su defensor podrían entonces objetar una acusación porque ésta carece del suficiente fundamento y se pretende someter a Juicio a una persona sin contar con los elementos necesarios para probar esa acusación. También podrían objetar que el hecho descrito en la acusación no constituye delito, o bien constituye un delito diferente del considerado en el requerimiento.

El querellante, a su vez, podría objetar un pedido de sobreseimiento porque, en su opinión, existe fundamento suficiente para someter al imputado a un juicio o bien para, en aquellos sistemas que admiten cierres provisorios de la investigación, elegir esta solución en lugar de un cierre definitivo.

Esta discusión preliminar puede incluir el planteo de distintas excepciones, que ataquen aspectos sustanciales del ejercicio de la acción; puede dar lugar, también, a planteos formales.

☞ La “*excepción*” es el modo procesal de introducir en la discusión una defensa parcial o circunscrita, de modo tal de provocar una decisión directa sobre esa defensa.

Por ejemplo: el imputado podría plantear que la acción se halla prescrita o que el Fiscal no puede ejercer esa acción porque se trata de un delito de instancia particular y dicha instancia no se ha producido.

En síntesis: desde el punto de vista sustancial, la Fase Intermedia consiste en una discusión preliminar sobre las condiciones de fondo de cada uno de los actos o requerimientos conclusivos.

Si reunimos ambas perspectivas, podremos observar que la Fase Intermedia es un periodo de discusión bastante amplio e importante dentro de la estructura general del proceso.

Sin embargo, no todos los sistemas tienen claramente delimitada esta etapa.

Algunos de ellos dividen esta discusión entre los “*actos finales*” de la Instrucción formal (actos que giran alrededor de la “*clausura del sumario*”), y los actos “*preparatorios del Juicio*”; en estos casos, aunque la etapa intermedia exista conceptualmente, no se la distingue formalmente con claridad.

Otro modo de estructurar el proceso en este aspecto consiste, por el contrario, en marcar fuertemente la Fase Intermedia, de manera que constituya un conjunto de actos relativamente autónomos o en los que, por lo menos, se asuma con total claridad la crítica de los resultados de la investigación.

Lo que debe quedar claro es que esta *Fase Intermedia existe en todo sistema procesal*, aunque pueda quedar “oculta” por el modo concreto como se ha estructurado la crítica instructoria.

 Existe la posibilidad, también, de que esta fase del procedimiento sea necesaria u optativa. En el primer caso, tendrá lugar siempre e indefectiblemente. En el segundo, sólo si alguno de los sujetos procesales realiza una objeción a los actos o requerimientos conclusivos, plantea una excepción en este momento o considera oportuno realizar una discusión anticipada

No existen razones determinantes para optar por un sistema o por otro. El primero -donde la Fase Intermedia es *necesaria* permite que ésta cumpla, al

mismo tiempo, alguna otra función. El segundo -donde la Fase Intermedia es *optativa* permite evitarla cuando no existe objeción alguna y, por lo tanto, ahorra el precioso tiempo del proceso.

Por ejemplo: cuando la Fase Intermedia es necesaria y queda delimitada de un modo notorio, se puede convertir en un mecanismo adecuado para evitar o restringir el uso del recurso de apelación durante la Etapa Preparatoria o Instrucción.

La utilización de ese recurso durante esa etapa - particularmente su *mala* utilización- es una de las fuentes principales de demoras durante la investigación.

Por tal razón, se puede aprovechar la Fase Intermedia para dar una oportunidad de revisión de las decisiones tomadas durante la Instrucción y reducir, así, la eventualidad de que tales decisiones sean apeladas.

 El modelo basado en la apelación de las decisiones tomadas durante la Instrucción implica una forma de control vertical. Otro modelo, que limita las posibilidades de apelación, pero otorga una nueva posibilidad de realizar los planteos rechazados, o bien permite la revisión durante la Fase Intermedia de las decisiones tomadas durante la Instrucción, supone una forma de control horizontal que permite salvaguardar el principio de progresividad del proceso penal.

Este principio considera conveniente que el proceso penal no sufra marchas y contramarchas, avances y retrocesos, sino un desarrollo lineal, que adquiere su plenitud por concentración, durante el Juicio.

Los mecanismos procesales que permiten esta crítica del trabajo instructorio también variarán según los sistemas procesales y según la intensidad que

caracterice a esta Fase Intermedia.

Sin embargo, siempre se produce, al cabo de esta discusión preliminar, una decisión judicial.

Si el Juez o Tribunal decide admitir la acusación, se dictará un auto de *apertura a Juicio*, que es la decisión propia de esta fase. Si la acusación no es admitida, se podrá dictar un *sobreseimiento*, el cual, según el sistema procesal de que se trate, podrá ser definitivo o provisional (en realidad, lo más correcto es reservar el término “sobreseimiento” para el que tienen carácter definitivo -así lo emplean los sistemas procesales modernos-; por otra parte, el “sobreseimiento provisional” no deja de ser un modo “anormal” de finalización del proceso).

En síntesis:

- el auto de apertura a Juicio es la decisión judicial por medio de la cual se admite la acusación. Se acepta el pedido del Fiscal de que el acusado sea sometido a un Juicio público.
- como decisión judicial, al auto de apertura a Juicio cumple una función de gran importancia. El debe determinar el contenido preciso del Juicio, delimitando cuál será su objeto. Por tal razón, el auto de apertura también debe describir con precisión cuál será el “hecho justiciable”.

Esta determinación no se exige sólo por una razón de precisión o “prolijidad”, sino porque existe un principio garantizador, ligado al principio de defensa, según el cual la sentencia que se dicte luego del Juicio sólo podrá versar sobre los hechos por los cuales el Juicio fue abierto

La delimitación del hecho que será objeto del Juicio, pues, cumple una función garantizadora porque evita

acusaciones sorprendidas y permite una defensa adecuada.

 Este principio se denomina "*principio de congruencia entre la acusación y la sentencia*", aunque su contenido específico puede ser descrito como "el carácter intangible del objeto del juicio". (Existe una excepción o, si se quiere, un límite a este principio: la ampliación de la acusación durante el Juicio, que se estudiará más adelante.)

 Además de esta función, el Auto de Apertura a Juicio suele cumplir otras no menos importantes. Por ejemplo: identificar definitivamente -ya con absoluta precisión- al acusado; calificar el hecho (aunque esta calificación jurídica sigue siendo provisional puesto que el Juez tiene libertad para "recalificar" el hecho de una manera diferente en la sentencia); determinar el tribunal competente para el Juicio; identificar a quienes intervendrán como partes en el debate. También puede contener lo que se denomina la *Citación a Juicio*, es decir, el emplazamiento para que las partes concurran al tribunal del debate a presentar la prueba de la que pretenden valerse en el Juicio. Estos son, aproximadamente, los contenidos normales de todo Auto de Apertura a Juicio.

Existen diferentes relaciones entre la decisión judicial y la Acusación, según la intensidad del carácter acusatorio del sistema procesal de que se trate.

 Si éste es acusatorio en un sentido absoluto, la Acusación obligará a la apertura a Juicio y la decisión judicial se limitará a un control formal que asegure el desarrollo normal de aquél.

 Si el sistema responde a un modelo acusatorio mitigado, el Juez podrá admitir la Acusación o desecharla si carece de suficiente fundamento.



Si se trata de un sistema acusatorio restringido, el Juez podrá, inclusive, obligar al Fiscal a presentar una Acusación cuando éste no lo haya hecho y él mismo considere que existen razones para que la persona imputada sea acusada.



Más aún: si se trata de un sistema acusatorio en sentido más amplio, es decir, que incorpora activamente a la víctima, el Juez podrá decidir si será ésta quien acusará en lugar del Fiscal, o si será admitida la acusación de la víctima aun cuando el Fiscal no hubiere acusado.

Todas estas son variantes que responden a diferentes modos de estructurar el proceso.

Luego de esta Fase Intermedia, el Juez o tribunal podrá dictar un *sobreseimiento*. No es éste el único momento del proceso en que se puede dictar un sobreseimiento, aunque si es el más oportuno.

Como ya hemos dicho, el sobreseimiento representa una absolución anticipada, una decisión desincriminatoria fundada en la certeza de que el supuesto hecho punible no existió o, si existió como hecho, no se trató de un hecho punible, o bien de que el imputado no tuvo participación en el hecho punible de que se trata. Todos estos supuestos implican *un grado de certeza equiparable al de una sentencia absolutoria*, y sus efectos también pueden ser equiparados ya que *el sobreseimiento firme cierra irrevocablemente el proceso*.

Se han planteado dudas y discusiones acerca de cual ha de ser la resolución adecuada cuando no se ha llegado al grado de certeza que requiere el sobreseimiento, pero tampoco existen razones suficientes como para fundar una acusación y la investigación se halla agotada

Podríamos decir, en este caso, que nos hallamos ante un estado de *incertidumbre insuperable*.

Algunos argumentan que, en circunstancias como ésta, se debe arribar a una decisión provisional porque, en teoría, nunca se puede afirmar que la incertidumbre sea en verdad insuperable.

Sin embargo, esto no es cierto. Supongamos el caso de un marido que ha golpeado a su esposa dentro de la habitación conyugal, sin otro testigo que ellos mismos. La esposa dirá que su marido la lesionó y éste dirá que ella se golpeó accidentalmente. No existen otros indicios ni pruebas indirectas; sólo los dichos de uno contra el otro. ¿Cuál es la solución adecuada?

Es evidente, pues, que nos hallamos ante una incertidumbre insuperable. Como los casos de este tipo son bastante frecuentes -y muchas veces existe la convicción íntima de que el imputado ha sido culpable- se pretende utilizar una solución provisoria -el sobreseimiento provisional- como un modo de “castigo indirecto”...

 No resulta difícil demostrar que tal utilización del proceso es absolutamente inválida. Constituye en realidad una pervivencia de lo que se denomina “penas extraordinarias”, es decir, la posibilidad de aplicar “ex post” penas no previstas, que surgen de la discrecionalidad del Juez.



La solución correcta para los casos de incertidumbre insuperable es, también, el sobreseimiento. No sólo por derivación de la regla del “in dubio pro reo”, sino porque existe un derecho de las personas a que su situación procesal adquiera, en un tiempo razonable, un carácter definitivo. El sometimiento a proceso es, siempre, un menoscabo; y ese menoscabo no se puede

extender en el tiempo más allá de lo razonable. Menos aún cuando no existe ninguna expectativa seriamente fundada de que la situación de incertidumbre pueda cambiar.

Por el contrario, si existiera una esperanza de que la incertidumbre podrá ser superada, la solución adecuada debe ser aquella que tenga carácter provisional.

La Fase Intermedia cumple, como es fácil observar, un papel importante en la totalidad del proceso. Ha sido explicada de un modo general para que el lector sea capaz de identificarla por sus características sustanciales, sin que importe cómo ha sido concretamente estructurada en cada sistema procesal.

La experiencia demuestra que son pocos los casos que llegan a Juicio. El mayor peso o carga de trabajo que soportan los sistemas procesales corresponde a esta etapa intermedia, aunque frecuentemente se le concede escasa atención. Por otra parte, los efectos distorsionados del proceso (por ejemplo, su utilización como método de coerción se producen en gran medida en esta etapa o alrededor de ella y de las decisiones que le son propias.

A partir de ahora, no obstante, debería haber quedado suficientemente en claro su importancia. La Fase Intermedia es el antecedente inmediato del Juicio y, como hemos dicho repetidamente, es en el antejuicio donde el proceso penal adquiere su máxima intensidad, su plenitud.

En conclusión: la transición entre la Instrucción -con sus características especiales y sus propios principios- y el Juicio es, quizás, la parte más delicada del proceso. El hecho circunstancial de que la mayoría de los sistemas procesales latinoamericanos no la destaque

suficientemente ha hecho que no se le preste la debida atención. Sin embargo, muchas de las grandes decisiones de política procesal, que le dan carácter al proceso penal, se refieren a esta Fase Intermedia y a los medios concretos por los que se controla el resultado de la Instrucción.

Además, el carácter poco contradictorio de la Instrucción se corrige con este debate preliminar, de modo que las garantías procesales, -la posibilidad de defensa, el principio de inocencia, etc.- no cumplan su función únicamente en el Juicio, sino que extiendan su benéfica influencia a lo largo de todo el proceso penal, resguardando el valor intangible de la persona humana.

3. *Características generales del Juicio penal democrático*

Este capítulo estará dedicado a la organización del Juicio penal y a su producto genuino, la sentencia. Previamente, se justificará su importancia, se hará referencia a las características generales que debe poseer un auténtico Juicio penal democrático -en particular la oralidad y la publicidad- y se expondrán las ventajas y modalidades del Juicio por jurados.

En primer lugar, se debe destacar la importancia del Juicio: es esta la etapa plena y principal del proceso penal. En realidad, todo el sistema procesal en su conjunto gira alrededor de la idea y la organización del Juicio. Por otra parte, sólo será posible comprender cabalmente un sistema penal si se lo mira desde la perspectiva del Juicio penal.

 Esto, que parece absolutamente obvio, no lo es tanto en la realidad de nuestros sistemas procesales latinoamericanos e, incluso, en muchos de los sistemas de análisis desarrollados por los científicos. El “peso” del sumario -o Investigación Preliminar- es tan grande que tiende a ocupar el centro de la escena procesal. Se constituye así una perspectiva profundamente errada que, como no podría ser de otra manera, no coincide con la perspectiva garantista.

 El Juicio es la etapa principal del proceso penal porque es allí donde se “resuelve” -mejor dicho, se “redefine”- el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal. Este carácter definitivo resulta sumamente importante para comprender la “lógica” del juicio oral. Aquellos que están inmersos en el sistema escrito no suelen comprender este carácter del Juicio penal, precisamente porque los Juicios escritos no tienen esta característica; por el contrario, éstos son esencialmente revisables, provisorios, por efecto del recurso de apelación y su uso indiscriminado.

 Como el Juicio oral tiene este carácter de “definitivo”, que se expresa en la instancia única que le es propia, toda posible organización que se le dé refleja esa característica. Eso significa, concretamente, que el Juicio oral es mucho más estricto y más preciso en cuanto a las reglas de producción de la prueba que un sistema escrito. Por otra parte, el Juicio oral requiere una mayor preparación.

a. El Juicio oral

La oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del Juicio penal. Sirve, en especial, para preservar los principios de inmediación, publicidad del Juicio y personalización de la función judicial.



En este sentido, se debe diferenciar muy bien lo que es un instrumento de lo que es un principio. Como hemos dicho, la oralidad es un instrumento, un mecanismo para alcanzar un fin. La inmediación o la publicidad, por ejemplo, son principios políticos y garantías que estructuran el proceso penal; ellos constituyen los fines a cuyo servicio está, por ejemplo, la oralidad.

Tal carácter instrumental no debe hacernos pensar que la oralidad es un asunto de menor importancia. Todo lo contrario. Hasta tal punto que, por lo general, cuando se quiere aludir al modelo de Juicio republicano se habla de Juicio oral aunque, como dijimos, la oralidad sólo sea el instrumento de un Juicio republicano.

La importancia de la oralidad deriva de que ella constituye el único modo eficaz que nuestra cultura ha encontrado hasta el momento, capaz de darle verdadera "positividad" o vigencia a los principios políticos mencionados. ¿De qué nos valdría proclamar la publicidad, la inmediación o la personalización de la judicatura si, luego, no contamos con medios eficaces para llevarlas a la práctica? Por tratarse de una condición necesaria para la eficacia de estos principios, la oralidad se convierte en un instrumento de primer orden y según esa importancia debe ser estudiado

La oralidad representa, fundamentalmente, un medio de

comunicación. Implica la utilización de la palabra hablada -o, si se prefiere, “no escrita”- como medio de comunicación entre las partes y el Juez, y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba.

■ Obsérvese que, en el fondo, el mecanismo es simple: si se utiliza la palabra hablada, las personas deben estar presentes (*inmediación*); ello significa, además, que los distintos sujetos se estarán comunicando de un modo fácilmente controlable por otras personas (*publicidad*). Esta simplicidad no ha sido siempre reconocida y, aún hoy, se escucha a quienes -sin fundamento alguno- afirman que el Juicio oral es más complicado, más difícil de realizar, que el juicio escrito, donde todo se transcribe en actas – “*Quod non est in acta, non est in mundo*”... -.

Sin embargo, en pleno siglo XIX, Jeremías Bentham afirmaba que no hay nada más contrario a la verdad que una afirmación de ese tipo. El Juicio oral -explicaba- es el modo más natural de resolver los conflictos humanos e, incluso, es el modo de administrar Justicia en los grupos pequeños o en la familia. En efecto, a nadie se le ocurriría, si existe una controversia o un conflicto dentro de la familia, formar un expediente, nombrar a uno de los miembros de la familia como instructor, levantar actas de los testimonios, pedirle opinión escrita a cada uno de los miembros de la familia. Todas estas actividades, que parecen ridículas y artificiosas en un contexto familiar, no lo son menos cuando se trata de construir un proceso penal en el marco de una sociedad.

Para comprender más plenamente el significado del principio de inmediación, es necesario hacer algunas aclaraciones previas.

Normalmente, se suele explicar el proceso penal -y, en especial, el Juicio- como una actividad o un conjunto de

actividades de adquisición de conocimientos. De esta manera, el proceso penal se convierte en un conjunto de "actos encaminados a reconstruir los hechos del modo más aproximado posible a la verdad histórica"; luego, sobre la base de esa verdad, se aplicará la solución prevista por el orden jurídico.

Este conjunto de actos que conforman el Juicio penal son realizados por personas que tienen diferentes actitudes respecto de la verdad: algunos de ellos -el Fiscal, los Jueces y, en general, quienes son funcionarios del Estado- se guían por la búsqueda de la verdad (*principio de objetividad*); de otros no se puede afirmar que "se guían por la mentira" pero, fundamentalmente, se guían por sus propios intereses dentro del proceso (*principio de parcialidad*) -así el imputado, los defensores, la víctima y sus letrados, el actor civil, etc.

Según este modelo de comprensión, los actos y las actitudes de las personas se definen principalmente por su relación con la adquisición de información, con la veracidad de tal información y con la verdad como meta o como resultado del proceso, sin importar -por ahora- si alcanzar esa verdad es posible o es siempre una meta inalcanzable.

☞ Dentro de este contexto, la inmediación se manifiesta como la condición básica para que esos actos y esas relaciones permitan llegar a "la verdad" del modo más seguro posible, ya que la comunicación entre las personas y la información -que ingresa por diversos canales o "medios de prueba"- se realiza en presencia de todas las partes involucradas -en especial, con la presencia obligada de quienes deberán dictar una sentencia luego de observar la prueba-. (los Jueces y los jurados)

Al mismo tiempo, la oralidad y la intermediación que ella supone, permiten que la prueba -mejor dicho, la información que luego se transformará en prueba- ingrese al proceso o al Juicio penal del modo más *concentrado*, es decir, en el menor lapso posible.

Esta posibilidad -generada por la intermediación y la oralidad de que los medios de prueba se reúnan en una misma oportunidad y sean observados o escuchados sin interrupciones, hace que adquieran, así, mayor virtualidad probatoria y puedan ser controlados con mayor eficacia por los distintos sujetos procesales. Este conjunto de circunstancias se conoce como "*principio de concentración*" y es considerada como uno de los grandes principios que estructuran un Juicio penal republicano. Dentro del contexto del propio Juicio, por otra parte, se presenta como un modo de permitir que la información ingrese legalmente al Juicio penal.

En síntesis:

La oralidad -en una consideración tradicional- es un mecanismo que genera un sistema de comunicación entre el Juez, las partes y los medios de prueba, que permite, descubrir la verdad de un modo más eficaz y controlado (defensa en Juicio).

Sin embargo, es posible analizar la oralidad, la intermediación y la concentración desde otra perspectiva, que no anula pero completa la anterior.

Para ello es necesario tener en cuenta que la Justicia penal, en realidad, nunca "soluciona" un conflicto sino que, como hemos dicho, logra a lo sumo "redefinirlo" en términos pacíficos y reinstalarlo en la sociedad.

Veamos un ejemplo: a la Justicia Penal llega el conflicto provocado por la muerte de una persona y el dolor que ello genera. De la Justicia penal sale, en el

mejor de los casos, un nuevo conflicto, que es el de la persona que deberá pasar una gran parte de su vida en prisión, con el dolor que ello genera. Puede ocurrir que “salga” otro conflicto, como sería el surgido de la muerte mencionada más la impunidad del agresor; también, en el peor de los casos, el conflicto surgido de la condena de un inocente o de una condena merecida pero excesivamente rigurosa.

La Justicia penal es, en gran medida, la institución social encargada de mediatizar los conflictos, es decir, de absorberlos y transformarlos en nuevos conflictos con un menor contenido de violencia. Así es como la Justicia penal cumple su misión pacificadora por excelencia.

Sin embargo, podemos observar con claridad que, desde esta perspectiva, la oralidad, la inmediatez y la concentración adquieren otra dimensión. Esto no es nuevo: desde antiguo, la Justicia penal cumplió con esta función redefinidora del conflicto; y cuando existían “pruebas” como el combate judicial, por ejemplo, esto se veía con mayor claridad.

El Juicio penal aparece así, en todo momento, como el “ámbito institucional” de esa redefinición del conflicto y, como tal, debe reunir ciertas características.

 En primer lugar, deben estar presentes todos los que, de algún modo, tienen que cumplir un papel relevante en ese proceso de redefinición: son imprescindibles los protagonistas del conflicto - principalmente el imputado y la víctima, pero también los encargados por el Estado de producir o conducir el proceso de redefinición (los fiscales y, particularmente, el Juez)-. También es importante que concurran todos los elementos que, de algún modo, contribuirán a este proceso de absorción institucional del conflicto inicial reduciendo su

contenido de violencia a niveles socialmente admisibles -sea por su baja intensidad, sea por su alta cuota de institucionalidad-.

Ya se trate de uno u otro punto de vista -el “modelo de un sistema de comunicación para la adquisición de la verdad” o el “modelo de un sistema de comunicación para la redefinición del conflicto” - la oralidad es un instrumento imprescindible. Y en uno y otro modelo, el Juez debe cumplir un papel relevante.

En el primer modelo, porque a él le compete determinar finalmente cuál será la verdad procesal; él será quien tome la decisión final sobre cuáles son los hechos efectivamente probados y cuál ha de ser la solución prevista por el orden jurídico para el caso en cuestión.

☀ En el segundo modelo, la tarea es aún más delicada ya que, si los jueces no vigilan atentamente para que el conflicto que la Justicia penal redefine tenga efectivamente un menor contenido de violencia y se favorezca así la paz social, los protagonistas del caso inicial buscarán seguramente otros caminos para solucionarlo o redefinirlo según sus propios criterios y medios.

☀ Por otra parte, si la “absorción institucional” del conflicto inicial no tiene un menor contenido de violencia o un mayor contenido de legitimación, la sociedad descreerá de la función pacificadora de la Justicia, ya que las decisiones de ésta producen mayor disgusto o alarma social que el conflicto inicial. El Derecho penal implica una *economía de la violencia social*; vemos aquí cómo esa función se realiza, fundamentalmente, a través de la actividad de los jueces. Esto demuestra, una vez más, la co-responsabilidad entre las normas penales y los sistemas procesales en la configuración de la Política Criminal.

tal como se ha expresado en la Introducción.

- Los sistemas procesales que no siguen la oralidad y establecen la escritura del juicio no pueden cumplir con estas funciones. En primer lugar, la escritura, como sistema de comunicación, no obliga a la intermediación; por el contrario, genera necesariamente un alejamiento de las partes entre sí, de éstas con el Juez y de todos con los medios de prueba, puesto que toda la actividad de adquisición de información se realiza a través de actas, mediatizadoras del conocimiento.

Los sistemas escritos tampoco garantizan la presencia del Juez ni la personalización de su tarea ya que suelen generar, como un vicio intrínseco, la delegación de funciones. Cualquiera que conozca cómo funcionan los sistemas escritos sabe que, en ellos, gran parte de la actividad judicial -inclusive las sentencias- es realizada por funcionarios auxiliares o por simples empleados, con gran deterioro de las garantías individuales.

- Por otra parte, no es casual que los sistemas escritos, nacidos por lo general al amparo del pensamiento conservador y sostenidos por muchos intereses creados, pervivan en sociedades caracterizadas por una gran concentración económica. El Juicio escrito “garantiza” un determinado modelo de control social, marcado por la impunidad selectiva respecto de los delitos propios de los sectores de poder y la persecución particular sobre la población de menores recursos, por lo general a partir de delitos contra la propiedad

Si bien todo esto puede ocurrir en los sistemas orales, no se da con la misma intensidad que en los sistemas escritos que, históricamente, han sido más susceptibles de manipulación política. En efecto, el sistema escrito no sólo ha depreciado de hecho muchas garantías individuales sino que, a causa de la delegación de

funciones, ha convertido a la independencia judicial en una de las mayores hipocresías que puede sostener un sistema jurídico.

b. El Juicio público.

Junto a los mecanismos destinados a preservar los grandes principios que deben estructurar al Juicio republicano -como la oralidad, al servicio de la intermediación-, se halla *la publicidad*.

La publicidad del Juicio no sólo surge de la esencia del Juicio republicano, sino que constituye una de las garantías judiciales básicas previstas por los pactos internacionales de Derechos Humanos -por ejemplo, el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos- (“Pacto de San José de Costa Rica”).

La publicidad del Juicio se relaciona, en primer lugar, con una de las funciones propias de la Justicia penal: la transmisión de un mensaje a la sociedad respecto de la vigencia de los valores sociales que fundan la convivencia.

Una de las finalidades de la pena es la “*prevención general*”. Por ella se entiende la producción de efectos sociales a través del castigo. Estos efectos sociales se pueden producir infundiendo miedo o intimidando a las personas para que no realicen las conductas prohibidas o realicen las mandadas; otro modo de producir esos efectos sociales consiste en la afirmación pública y constante de que ciertos valores que esa sociedad -o el grupo productor de valores sociales acepta como básicos asegurando, de este modo, que las personas seguirán prestando su consenso para autolimitarse según esos valores.



No ahondaremos aquí la discusión sobre los fundamentos o la función de la pena estatal, los que aparecen en cualquier buen manual de Derecho Penal. Sin embargo, para analizar una de las funciones de la publicidad, debemos comprender que esos efectos sociales no sólo se producen por medio de la conminación abstracta de las penas, sino también y especialmente a través de la aplicación concreta de los castigos.



Por ejemplo, no cumple tanto la función de prevención general -sea en su sentido negativo o positivo- la creación de tipos penales a los que se enlazan determinadas penas, como la aplicación concreta de esas normas en los juicios penales. Si los homicidas son castigados con las penas previstas "a la vista" de todo el mundo, eso significa que la prohibición de matar tiene vigencia y tal cosa producirá miedo en algunos o motivará el consenso en los demás.

Pero, en general, no todas las normas penales son efectivamente conocidas por los ciudadanos. A ello se agrega que los juicios penales en los que tales normas se aplican son "de hecho" secretos. (Aunque existen normas procesales que habilitan la publicidad -como sucede en los sistemas escritos-, no es esperable que los ciudadanos se dediquen a recorrer los pasillos de los tribunales solicitando leer expedientes, o bien que se presenten a audiencias de prueba -teóricamente públicas- que no son sino "sesiones de dictado" entre un grupo de personas apiñadas en torno a un escritorio...) En estas condiciones, ¿cómo se trasladarán esos "mensajes" a la sociedad?



El Juicio público implica un modo particular de insertar a la Justicia en el medio social. Supone que ésta cumple con su tarea de transmitir mensajes sociales acerca de la

efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia. Por esa razón, Carrara insistía en que, si el Juicio es secreto y la población no tiene posibilidades de percibirlo como algo “justo”, no interesa demasiado que la sentencia sea justa en sí ya que, a los efectos sociales, lo mismo da una sentencia injusta que otra percibida como injusta sin serlo.

La publicidad del juicio significa que las decisiones de los tribunales son decisiones transparentes, que cumplen con el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno de una sociedad. Esa transparencia, como vimos, significa que ella cumple con su función preventiva, ligada a los fines de la pena y al fundamento de su castigo.

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

El poder penal es sumamente intenso y, por lo tanto, debe ser cuidadosamente limitado. Si la sociedad ha tomado la decisión de dotar a algunos funcionarios (los jueces) del poder de encerrar a otros seres humanos en “jaulas” (las cárceles) ese poder no puede quedar librado a la arbitrariedad y la falta de control.

Así como existen innumerables garantías judiciales que buscan limitar la arbitrariedad, la publicidad del Juicio busca asegurar el control sobre el ejercicio de ese poder.



Por tal razón, los jueces deben dictar sus sentencias “de cara al pueblo” y los ciudadanos pueden tener una percepción directa de cómo utilizan ellos ese enorme poder que la sociedad les ha confiado. Debe quedar claro, pues, que la publicidad del Juicio es el principio que asegura el control ciudadano sobre la Justicia.

- ☀ Por lo general, la publicidad se ha traducido en la realización de los juicios “a puertas abiertas”, es decir, la posibilidad de que cualquier persona pueda asistir al juicio y observar lo que allí sucede. Obviamente, este derecho puede tener limitaciones expresas, fundadas en razones de orden, pudor, o en la necesidad de mantener ciertos actos en secreto. Estas limitaciones deben ser establecidas por los códigos con suma precisión

No sería admisible, por ejemplo, que un código estableciera que los juicios son públicos “excepto que el Tribunal establezca lo contrario”, aun cuando exigiera para ello una resolución fundada... Las restricciones a la publicidad sólo son admisibles cuando se fundan en razones serias, cuando están previstas en la ley y cuando no significan una limitación arbitraria del principio de control de la Justicia.

- 🗨 Sin embargo, el creer que el principio de control ciudadano sobre la Justicia se satisface sólo con permitir que los ciudadanos puedan asistir a los juicios, constituye una visión, en cierto modo, superficial y hasta “ingenua”. En la moderna sociedad de masas, es muy probable que nadie tenga la iniciativa de controlar esos juicios y que todo el control quede reducido a lo que la prensa esté dispuesta a publicar, con una mayor o menor cuota de “amarillismo”. Y este “traslado a la prensa” de las funciones de control ciudadano plantea no pocas dificultades, puesto que puede llegar a convertirse en un poderoso medio de distorsión o manipulación de la opinión social



¿Es suficiente, desde el punto de vista de la estructuración de un proceso penal acorde con el estado de derecho, con “permitir” que los ciudadanos concurren a los juicios aunque ello, en la práctica, tenga mucho de ficción? Todo parece indicar que no.



El principio de control sobre la administración de Justicia es lo suficientemente importante como para dar lugar a políticas de control más eficaces. Analizar las causas de la indiferencia social, establecer mecanismos modernos de transmisión de los juicios, generar políticas que induzcan a los ciudadanos a concurrir a los debates y, sobre todo, acercar los juicios a las comunidades que han sufrido los daños provocados por los delitos que se juzgan, son apenas algunos de los mecanismos que pueden convertir a la publicidad en una realidad y no sólo en una “posibilidad”.

En conclusión:

La publicidad de los juicios penales es una decisión política de gran importancia. Ella marca una política judicial definida, propia de un estado democrático, republicano y limitado en el ejercicio de sus funciones. La realidad del Juicio Penal en gran parte de los países latinoamericanos está muy lejos de ese principio y allí radica una de las razones del tradicional abismo que existe entre la administración de Justicia penal y la vida social. Y, si la Justicia no es protagonista de la vida social cotidiana, se puede afirmar que no existe una verdadera administración de Justicia.

c. El juicio por jurados

El Juicio por jurados es la tercera característica que define el diseño fundamental del Juicio penal republicano.

¿Qué significa, en términos generales? El Juicio por jurados se basa en el hecho de que la decisión sobre si una persona debe ser sometida a una pena o debe quedar libre es tan trascendente que debe ser tomada en

conjunto entre los jueces constitucionales y miembros de la misma sociedad en la que tuvo lugar el conflicto original.

Tradicionalmente han existido dos mecanismos para establecer este modo de decisión conjunta.

Modelo de jurado anglosajón

Según el primero, un conjunto más o menos numeroso de ciudadanos, que deliberan entre sí según las indicaciones que les dirige el Juez profesional, determina si la persona es culpable o inocente (*veredicto de culpabilidad*); luego, sobre la base intangible de ese veredicto, el juez profesional determina las consecuencias legales de la acción culpable o inocente.



Este modelo de decisión conjunta está fraccionado en dos momentos. Estos no coinciden necesariamente con la tradicional división entre “los hechos” y “el Derecho”. La división corresponde, en términos más precisos, a la determinación del antecedente de la pena -lo que supone la construcción del “supuesto fáctico del Juicio”- y la determinación de las consecuencias que surgen de ese antecedente -que coincide con la elaboración de la solución legal aplicable al caso-.

Esta modalidad de fraccionamiento de la decisión conjunta es el que corresponde a lo que se suele denominar “modelo clásico” o “anglosajón” de jurado y es al que normalmente se hace referencia cuando se habla de los “jurados”.



El fundamento de este modelo de “corte” de la decisión no reside en la división entre “juicios sobre los hechos” y “juicios sobre el derecho”; detrás de él se encuentra la decisión de otorgarle a la comunidad la decisión primaria sobre si una persona será sometida o no a la fuerza estatal. La naturaleza política del veredicto de

culpabilidad -y también su origen histórico- tienen que ver con este tipo de división en la decisión conjunta. Por el contrario, la diferenciación entre “hechos” y “Derecho” está influida por consideraciones más modernas sobre el Derecho, donde la actividad de judicial es primordialmente una actividad de subsunción de un “hecho” en el supuesto normativo.

Modelo de Jurado escabinado El otro modelo tradicional de participación de los ciudadanos en la administración de Justicia, se basa en una forma diferente de decisión conjunta. Según este segundo tipo, *se integra un grupo de jueces con jueces profesionales y jueces legos (ciudadanos) –“colegio sentenciador”-*, que deliberan en conjunto y llegan a la solución total del caso.

El número de jueces de un tipo y otro es variable; existen modelos con preeminencia de los jueces técnicos y otros con preeminencia de los jueces legos, siempre dentro de un número total de jueces que es, a su vez, variable.

Este modelo de decisión conjunta privilegia el acto de la deliberación, a través de la cual se produce un proceso dialéctico que asegura que la decisión final será la síntesis entre diversas valoraciones sociales y consideraciones técnicas.

Este último tipo suele recibir el nombre de “escabinado” o “jurado escabinado” y es utilizado en diversos países europeos (Italia, Alemania, Francia, por ejemplo).

Dentro del marco de estos sistemas, existen muchas variantes que respetan, todas ellas, el principio de participación ciudadana en la Justicia.

d. El desarrollo del Juicio oral

La primera fase de todo Juicio oral es, precisamente, la preparación del Juicio. En el Juicio oral deben coincidir -tanto en el tiempo (*simultaneidad*), como en el espacio (*continuidad*)- una serie de personas y cosas, que son las que le darán contenido y “vida”.

Por ejemplo: es absolutamente imprescindible que todos los sujetos procesales y el Juez estén presentes en el mismo momento dado que, por respeto al principio de inmediación, ninguno de ellos puede delegar sus funciones. Por otra parte, la única prueba válida será la que se produzca en el Juicio, es decir, la que se incluya según los distintos mecanismos de incorporación previstos.

 Esto hace que jueces, fiscales, defensores, testigos, peritos, documentos, cosas, etc., además del propio acusado, deban coincidir temporal y espacialmente en un ambiente, que es la sala de audiencias.

 Siempre se ha destacado la importancia y las ventajas de esta coincidencia, como un modo de lograr que, en un sentido aproximativo, se reproduzca el conflicto original, con algunos de sus “protagonistas iniciales” Sin embargo, pocas veces se ha advertido -y menos aún estudiado- la importancia del espacio en la administración de justicia penal. Si ella es, también, un sistema de administración de símbolos sociales, el espacio actúa como uno más de esos símbolos. La sala de audiencias no es, pues, sólo un “espacio-escenario”, es, también, un “espacio-símbolo”

La preparación del Juicio es, pues, la primera fase del Juicio oral cuyo cometido consiste en la preparación de

todos los elementos del debate, en la depuración final de todas aquellas circunstancias que pudieran anularlo o tomarlo inútil. Es el momento de la integración del tribunal, del ofrecimiento de la prueba; es, en fin, la etapa de la organización del Juicio.

La importancia final o el contenido preciso de esta etapa se halla en estrecha relación con la Fase Intermedia del proceso penal. Si existe una Fase Intermedia claramente marcada, la preparación del juicio se convertirá en algo así como la “sintonía fina” del control sobre el proceso. Por el contrario, si la Fase Intermedia -o de control de la acusación- no se halla lo suficientemente desarrollada, la etapa de preparación del Juicio contribuirá también al control, sea formal o sustancial, de la acusación.

Los distintos sistemas procesales establecen formas diversas de conexión entre la Fase Intermedia y la Preparación del Juicio y, aunque existen dos actividades perfectamente diferenciables -por una parte el control de la investigación y de la acusación y por la otra la preparación del debate-, generalmente la etapa de preparación del Juicio abarca una y otra, con diferentes intensidades.

La primera actividad de preparación del Juicio consiste en *la integración del tribunal*, es decir, en la determinación concreta y anticipada de los jueces que resolverán el caso.



Según cada organización judicial concreta, esta actividad tendrá mayor o menor importancia. En una organización judicial de tipo rígido, los jueces estarán predeterminados por la asignación del caso a un “Tribunal” o a una “Cámara”. Pero si la organización judicial sigue un modelo más dinámico (por ejemplo, si el tribunal -en sentido amplio- está formado por todos

los jueces con determinada competencia territorial. o bien se integra con jueces legos –“escabinos”-) la actividad de integración será más importante, ya que sólo en ese momento se conocerá el nombre concreto de los jueces del caso.

Por supuesto, siempre existe la limitación establecida por el principio “del Juez natural” que significa que la persona del Juez o su asignación a un caso no pueden ser manipuladas de un modo arbitrario.

Desde el punto de vista de los sujetos procesales, la integración del tribunal supone la posibilidad de plantear *recusaciones*. Estas son *incidentes de separación* de todos o algunos de los jueces del caso, a causa del “temor de parcialidad”. Los distintos casos de recusación (parentesco, amistad, enemistad, interés, etc.) se fundan en el temor de que el Juez pueda no actuar imparcialmente en el caso.



La segunda actividad de preparación –de gran importancia- es *el ofrecimiento de prueba*. Este consiste en el señalamiento concreto de los medios de prueba que utilizarán las partes para corroborar sus respectivas hipótesis. “Ofrecer prueba” significa indicar qué elementos de prueba se utilizarán en el debate. El Tribunal analiza ese ofrecimiento de prueba y prepara su “producción” futura (*ordena* citaciones y *peritajes*, organiza el traslado de elementos materiales, etc.)

En determinadas ocasiones, si la prueba no es susceptible de ser llevada a cabo en el debate, el Tribunal puede ordenar su producción anticipada siguiendo las mismas reglas del anticipo de prueba durante la Investigación Preliminar



El Tribunal tiene, también, un poder de policía sobre el ofrecimiento de prueba. Si se ha ofrecido *prueba inútil*

- ☀ (es decir, que no contiene información que sirva para probar las distintas hipótesis), *impertinente* (esto es, que contiene información no referida a las hipótesis de prueba, *superabundante* (cuando se satura de información sobre una misma hipótesis o tema), o *ilegal* (cuando se pretende introducir información proveniente de una fuente ilícita u obtenida de un modo prohibido), el Tribunal tiene facultades para impedir que esa prueba se produzca.
- ☀

Este poder de policía sobre la prueba debe ser utilizado con mucha precaución, porque se halla en juego la garantía de la defensa en juicio y una de sus consecuencias más importantes es, precisamente, la amplitud de prueba.

Generalmente, también se le concede al Tribunal la facultad de programar *prueba de oficio*, cuando considera que no se ha ofrecido un medio de prueba importante para el Juicio.

 Una tercera actividad de organización del Juicio -que suele ser dejada para esta parte del proceso- consiste en la posibilidad de unir, separar o dividir el juicio, según las modalidades del caso. Veamos cómo:

La acusación puede versar sobre diversos hechos, o bien puede contener imputaciones a diversas personas. También se puede tratar de varios casos relacionados con el mismo imputado, o pueden existir otras formas de "*conexidad*" o relación entre casos. En tales circunstancias el tribunal también puede ordenar el debate, ampliándolo hacia casos conexos o dividiéndolo según los hechos separables.

La cesura divide el juicio en dos partes

También existe otra forma de dividir el debate, conocida como *cesura del juicio penal*. La cesura es un mecanismo procesal que permite dividir el debate en

dos partes: una dedicada al análisis de la existencia del hecho y el discernimiento de la culpabilidad, y la otra dedicada a la determinación o individualización de la pena.

Este mecanismo de la cesura permite ordenar el debate teniendo en cuenta la importancia -cada día más ampliamente reconocida- de la correcta aplicación de la pena. De este modo, en la primera parte del debate se determinará si el acusado ha cometido o no la acción que se le imputa, y si es o no culpable. Finalizada esta etapa, se dicta lo que se suele denominar "*interlocutorio de culpabilidad*"; éste consiste en una sentencia fraccionada, que sólo decide sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del acusado.

Luego de este interlocutorio de culpabilidad, prosigue el debate sobre la pena: se ofrece prueba relativa a la individualización de la pena y se dicta una decisión formal sobre las penas que integra, junto con el interlocutorio de culpabilidad, la sentencia completa.

■ Esta forma de dividir el Juicio se acomoda mucho más a un Derecho Penal que le otorga mayor importancia a las consecuencias concretas de las decisiones judiciales.

La aplicación de la pena es la consecuencia más directa de la decisión judicial penal y muchas veces ha sido tomada de un modo superficial o meramente "matemático", como si el imponer ocho, quince o veinte años de prisión no fuera un asunto de importancia (desde el punto de vista de quien debe sufrir esos años de encierro, quizás sea el más importante).

Por último, el Tribunal tiene que determinar concretamente la fecha de la celebración del debate, la audiencia principal

Todas éstas son actividades propias de la organización del debate que, con mayor o menor claridad, estarán presentes en la etapa de preparación del Juicio.

En esta etapa existe también una última “sintonía fina” acerca de las condiciones de validez del debate, o sobre su utilidad. Por ejemplo: según los sistemas, puede existir todavía la posibilidad de plantear una excepción (falta de acción, prescripción, etc.), o bien el Tribunal puede comprobar una causa que impide la realización del debate, o bien el caso puede ser cerrado sin debate (por ejemplo, el acusado de violación se casó con la ofendida). Esta actividad, circunscrita y excepcional, está reservada para ciertos casos tan claros que tornarían inútil o inválida la realización del debate.

Una vez fijada la audiencia, es normal que exista un período de vacancia obligatoria, ya que todos los sujetos deben prepararse para el debate. Esto significa que la audiencia no se puede fijar de un modo inmediato, sino que se suele establecer un plazo mínimo que varía según los sistemas procesales. De este modo, tanto los sujetos procesales como el Tribunal saben qué día, a qué hora y en qué lugar deberán estar presentes para realizar el Juicio.

En la fecha indicada comienza el debate principal, momento central del proceso penal, luego del cual se llegará a la sentencia.



Como ya hemos visto, el debate es un punto de encuentro. En la dinámica del proceso penal hallamos un juego entre la diferenciación -producto de la asignación de distintas funciones a cada uno de los sujetos procesales- y el encuentro personal de todos esos sujetos en el debate o vista principal. Este juego -no siempre respetado por los sistemas procesales

concretos- es el que asegura, en gran medida, que la verdad o la construcción de la solución del caso surgirán como producto de un diálogo, de un verdadero “proceso dialéctico”.

La primera actividad propia del debate consiste en la *constatación de la presencia* de todas aquellas personas cuya asistencia es obligatoria. No debemos olvidar que existe un principio básico: la *inmediación*. Este principio exige la presencia personal de los sujetos procesales y, por supuesto, del Tribunal. Por tal razón, una vez que el Tribunal se ha constituido en la sala de audiencias, le corresponderá al Presidente o al Secretario de dicho Tribunal -según los sistemas- constatar la presencia del imputado, del Ministerio Público, de los defensores, del querellante y de las partes civiles -si se hubiere ejercido la acción civil dentro del proceso penal-.



La ausencia de alguno de los sujetos procesales o del Tribunal produce efectos diferentes, según el caso. Por ejemplo: si falta alguno de los jueces, si no se encuentran el Ministerio Público, el defensor o el imputado, el debate carecerá de valor y es necesario suspender la convocatoria hasta que ellos se hallen presentes. Si, en cambio, son el querellante o el actor civil los que no están presentes, se entenderán como abandonadas sus pretensiones. (En el caso específico del demandado civil, su presencia no es imprescindible, ya que aquí rigen normas propias de los procedimientos civiles, según las cuales es posible el juicio en ausencia, lo cual no resulta admisible en el juicio penal)

La presencia del imputado es fundamental, porque él tiene un sustancial derecho de defensa. Por tal razón, es común que se establezca que el imputado debe concurrir al debate “libre en su persona” -aunque, para evitar su fuga o asegurar la realización del debate es

posible dictar alguna medida de coerción o custodia siempre, claro está, que estas medidas no restrinjan su derecho de defensa.

Este encuentro entre los sujetos procesales es *público*, de modo de asegurar el control popular sobre el modo de administrar justicia.

- ☀ Existen, no obstante, algunas excepciones a la publicidad. Estas pueden fundarse en motivos de *conveniencia* (si, por ejemplo, la publicidad puede afectar el pudor de alguno de los intervinientes), en motivos de *seguridad* (si la publicidad puede generar peligro para la integridad física de alguno de los intervinientes o existen razones de orden público) o motivos de *disciplina* (que permiten al Presidente del Tribunal restringir el acceso a personas que perturbarían el desarrollo del debate, a menores sin acompañantes adultos, etc.).

Sin embargo debe quedar perfectamente en claro que las restricciones al acceso o la limitación de la publicidad deben ser verdaderamente excepcionales, y la decisión de establecerlas deberá estar fundada, ya que lo que está en juego -el control ciudadano- es un principio procesal de gran trascendencia.

Una vez producido este encuentro de las personas indicadas, dadas las condiciones de validez (inmediación, publicidad) comienza a desarrollarse el debate. Este desarrollo consta de diversas fases:

1. Apertura y constitución del objeto del debate.
2. Producción de la prueba.
3. Discusión sobre la prueba o alegatos.
4. Clausura del debate.

La *apertura* consiste, fundamentalmente, en la

constatación de las mínimas condiciones de validez del debate y en la fijación -con precisión- del objeto del debate. Por tal razón, uno de los actos iniciales es la *lectura de la acusación y del auto de apertura a Juicio*. Estos son los instrumentos que “fijan” sobre qué se va a discutir.

La fijación del objeto del debate no es un acto meramente informativo. Como hemos mencionado más arriba, cumple una función principal, ligada a lo que se denomina “*principio de congruencia*”: la sentencia sólo podrá versar sobre los puntos del hecho, es decir, sobre el “hecho justiciable” fijado en la acusación y en el auto de apertura del Juicio.

¿Se limita el principio de congruencia a exigir la fijación del hecho justiciable? La respuesta a esta pregunta requiere algunas aclaraciones. En primer lugar, podemos decir que el principal efecto de esta relación de congruencia o concordancia se refiere a las “cuestiones de hecho”. Sin embargo, no se agota en ellas. Tradicionalmente se ha afirmado que el Juez puede aplicar el Derecho libremente, sin importar la subsunción del caso que hubieren realizado las partes. Este principio -conocido como “*iuria curia novit*” debe tener, también, sus limitaciones, ya que la subsunción del caso dentro de una determinada solución normativa puede llegar a ser “sorpresiva” y, por lo tanto, afectar el derecho de defensa.

Se debe tener en cuenta que detrás de este principio de “congruencia” no se halla ninguna cuestión de simetría sino la *preservación del derecho de defensa*: el imputado debe saber de qué y sobre qué ha de defenderse

☀ Pero, ¿cuál es la razón para limitar este principio a la fijación del hecho justiciable? Una calificación jurídica

-como la subsunción del hecho a la norma- ¿no podría, también, afectar el derecho de defensa -que exige certidumbre acerca de la imputación- si tiene lugar en forma sorpresiva y en ningún momento estuvo en consideración en el debate?

Es evidente, por lo tanto que el principio de libertad en la calificación jurídica también debe tener limitaciones, y que podría afectar igualmente el derecho de defensa. Ello no quiere decir que el Juez esté limitado por las calificaciones jurídicas establecidas en la acusación o el auto de apertura del Juicio, sino que *el Tribunal debe advertir al imputado* cuando existe la posibilidad de una calificación jurídica que hasta entonces no había sido tomada en cuenta.

Por otra parte, si bien la acusación o el auto de apertura a juicio son, en principio, límites infranqueables, existe una excepción, que se denomina "*ampliación de la acusación*". Esta consiste en la posibilidad del Fiscal de incluir un nuevo hecho, que no había sido considerado antes, en la acusación o en el auto de apertura a Juicio.

Esta facultad, no obstante, también está limitada: sólo se podrán incluir hechos nuevos que estén estrechamente ligados con el hecho básico y que amplíen el objeto del debate, pero no lo modifiquen totalmente. Esos elementos nuevos podrían ser, por ejemplo, hechos que integran un delito continuado o hechos que influyen en una agravante o atenuante que hasta entonces no había sido considerada. Pero de ninguna manera se podría ampliar la acusación incluyendo hechos que no tienen un *vinculo esencial* con el hecho básico fijado en la acusación o en el auto de apertura.



Con la lectura de la acusación y del auto de apertura a

Juicio se fija con claridad la imputación. Sin embargo, todavía no se ha fijado totalmente el "objeto del debate". Para ello es necesario escuchar al imputado, quien es el titular del derecho de defensa en sentido primigenio -lo que también se llama "derecho de defensa material", por referencia al derecho de defensa "técnica" que ejerce el abogado defensor-.

Lo cierto es que no se puede saber con precisión sobre qué se va a debatir hasta que no esté fijada la controversia. Y la controversia se establece entre la acusación y la defensa.



La declaración del imputado, pues, se convierte en uno de los elementos principales de la confrontación del objeto de debate; por lo tanto, se debe garantizar que en los momentos iniciales el imputado tenga una amplia posibilidad de declaración, para defenderse. Ello no quiere decir que éste sea el único momento en el que el imputado declara, pero sí que se trata de un momento imprescindible.

La declaración del imputado es, pues, un momento esencial del debate y es esta declaración -y no las anteriores, que hubiere prestado durante la Investigación Preliminar- la que tiene mayor virtualidad. Durante todo el desarrollo del debate el imputado podrá ampliar su declaración o hacer las aclaraciones que considere necesarias.

De este modo, desde la lectura de la acusación hasta la declaración del imputado, queda fijado el objeto del debate.

Como se puede apreciar, el Juicio oral responde a una lógica muy sencilla, y eso es lo que ha hecho que se convierta en el modelo dominante de Justicia Penal. En cualquier conflicto, de cualquier naturaleza,

procederíamos del mismo modo: escuchar a uno y otro de los involucrados a fin de averiguar el objeto de la controversia.

Luego de esta fijación del objeto de discusión comienza la producción de la prueba. En esta fase se procurará incorporar la información que servirá para comprobar cada una de las posibilidades en juego. Los distintos sujetos procesales proponen al Tribunal diversas hipótesis -inculpatorias, exculpatorias, referidas a la responsabilidad civil, etc.-. Esas hipótesis deberán ser confirmadas o desechadas por el Tribunal y, para ello, necesita información. La confirmación de cada una de las hipótesis procesales está en relación directa con la información vinculada a esa proposición.

El Ingreso de Información al Juicio

La información ingresa al Juicio por diversos canales. Esos canales son los *medios de prueba*: testigos, peritos, documentos, cosas secuestradas, etc. La información también puede ingresar a través de una observación directa por parte del Tribunal (inspección del lugar del hecho, etc.). En consecuencia, la información ingresa por la vía directa -comprobación inmediata- o bien a través de un canal distinto al tribunal -comprobación mediatizada-. En general, en todo juicio se utilizan formas combinadas de comprobación, que incluyen vías directas y mediatas.

Las formas más comunes de ingreso de la información son las siguientes: a través de *testigos* (personas que, a su vez, han obtenido la información a través de su percepción directa), por medio de *peritos* (personas especialmente calificadas respecto de un conocimiento particular, que explican un fenómeno que no es asequible al Tribunal según su común capacidad de análisis), por la observación de *documentos* (cualquier tipo de soporte material -papel, cinta magnetofónica, registro electrónico, video, etc.-, que contiene

información) y, por último, cosas (elementos materiales que han tenido alguna vinculación con los hechos que se intenta comprobar). En principio, es admisible cualquier otro canal de información, siempre que no sea ilícito, que sea susceptible de control por parte de los sujetos procesales y no afecte la dignidad de las personas.

 La producción de la prueba se organiza en el debate principal. “Producir la prueba” significa que los distintos canales vuelcan su información específica en presencia de todos los intervinientes en el debate.

La organización de la producción de la prueba se rige por principios de orden y de eficacia. Todos los sujetos procesales y el propio Tribunal tienen amplias facultades para extraer toda la información que crean necesaria para comprobar las distintas hipótesis. Esta extracción de información se realiza a través de métodos específicos: interrogatorios, informes de los peritos, exhibición y análisis de los documentos, etc. Asimismo, si es necesario, se realizarán comprobaciones inmediatas a través de la constitución del Tribunal en el lugar del hecho para inspeccionarlo, del secuestro de correspondencia, etc.

De este modo, a través de la producción de la prueba, se ingresa toda la información disponible.

Un principio básico, vinculado al principio de inmediación y a la idea misma de Juicio previo, indica que, para llegar a la convicción final, únicamente se puede utilizar la información que ha ingresado válidamente al debate principal

“Prueba” significa “la prueba incorporada al Juicio”. Muchos sistemas escritos -e incluso algunos que incorporan el Juicio oral- desconocen esta idea básica

y, en consecuencia, siguen empleando como información principal aquella que se incorporó durante la Instrucción (el sumario). Este mecanismo, que ya hemos analizado, provoca una grave distorsión del Juicio penal.



Con toda la información disponible, comienza la siguiente fase del debate, consistente en los *alegatos finales* o *discusión final*. Esta es la fase más estrictamente ligada a la idea de debate o discusión. Aquí, cada uno de los sujetos procesales deberá presentar al Tribunal la solución que propone para el caso, mediante el análisis de la prueba producida -la información disponible- y el análisis de las normas aplicables al caso, tal como cada uno de ellos entiende que ha quedado conformado. Esta es una fase de discusión y, por lo tanto, se debe permitir que los distintos sujetos procesales discutan -dentro de un marco de orden y disciplina, claro está-.

Finalmente, se le concede la palabra al imputado, para que realice su última defensa. Eventualmente, se le puede conceder la palabra a la víctima, de modo que el debate finalice con la visión de quienes son los verdaderos protagonistas del conflicto que se está tratando de solucionar.

De este modo, *se clausura el debate* y el Tribunal, inmediatamente y sin que exista ningún plazo de espera que pudiera romper con la idea de “observación directa e inmediata de la prueba”- pasa a otro recinto, para deliberar.

e) La producción de la sentencia

Comienza así la tercera parte principal del Juicio penal,

que es *la producción de la sentencia*.



El periodo de producción de la sentencia comienza con la deliberación. Ella es el proceso de discusión y análisis de todos los elementos que permitirán construir la solución del caso. Y precisamente porque se trata de una discusión y un análisis, los sistemas procesales suelen darles a los Jueces indicaciones acerca de los pasos necesarios para profundizar ese análisis.

No obstante, lo importante es que la deliberación sea exhaustiva y profunda, orientada según dos grandes propósitos: uno, la «construcción de la norma» aplicable al caso; otro, el análisis de la información reunida en relación con cada una de las distintas hipótesis en juego. El primer nivel constituye el *análisis jurídico*. El segundo, la *valoración de la prueba*.

La construcción de la norma

La solución jurídica de un caso nunca resulta de la aplicación “automática” de la ley. Por el contrario, a partir del conjunto del sistema normativo, los Jueces deben *construir o hallar la norma concreta* que solucionará el caso, también concreto. Esa norma concreta surge de la conjunción de varias normas, que interactúan y se modifican mutuamente. El sistema jurídico es un orden dinámico, con capacidad para concentrarse, por medio de la actividad judicial, en una solución individual.

la valoración de la prueba

La otra actividad principal consiste en la *valoración de la prueba*, es decir, la actividad intelectual consistente en enlazar la información disponible con las diferentes hipótesis. Esta actividad de enlace se ha realizado, a lo largo de la historia, de diversos modos. Han existido sistemas que dejan ese enlace librado a la libertad del Juez y otros que, al contrario, establecen nexos obligatorios entre la prueba y la conclusión a la que se

debe arribar. Cada uno de estos sistemas trasunta, en el fondo, una mayor o menor confianza en el Juez.

Los sistemas que responden al primer tipo, se denominan "*de libre valoración de la prueba*". Los sistemas del segundo tipo se conocen como "*de prueba legal*" o "*de prueba tasada*". Los primeros están indisolublemente ligados al Juicio oral y los segundos, a los sistemas inquisitivos y escritos.

En un sistema de prueba legal, por ejemplo, se utilizan fórmulas tales como: "dos testigos hacen plena prueba" y otras semejantes; el valor de la prueba queda, así, tabulado "ex ante". Los pocos sistemas que aún conservan un sistema de este tipo se caracterizan, evidentemente, por una rigidez y un formalismo que no sirven ni para controlar al Juez ni para valorar adecuadamente la prueba.

El sistema de libre valoración de la prueba, por su parte, deja librado al raciocinio del Juez la elaboración de las conexiones entre las hipótesis y la información.

Existen dos grandes modelos para establecer un sistema de libre valoración de la prueba. Uno de ellos es el llamado sistema "*de íntima convicción*" -o "*de libre convicción*"-, en el que no se le exige al Juez que manifieste y explique el modo o el camino por el cual ha construido su convicción. En el otro sistema, denominado "*de sana crítica racional*" -o simplemente "*crítica racional*", se requiere que el Juez explique fundadamente su decisión.



La diferencia entre uno y otro no reside en que uno sea "racional" y el otro "emocional" sino, simplemente, en la exteriorización -necesaria o no- del razonamiento del Juez. Lo que varía es el grado de control sobre este razonamiento; es por eso que, muchas veces, se ha

afirmado que el sistema de la sana crítica racional es un sistema “intermedio” entre la prueba legal y la íntima convicción. Del primero extrae la idea de control (que se manifiesta en la exigencia de fundamentación); del segundo, la idea de libertad (que se materializa en la falta de reglas de tasación de la prueba y el sometimiento a los solos principios lógicos de un raciocinio común).

Sin ninguna duda, el sistema de crítica racional o sana crítica es el que ofrece mayores garantías y el que mejor responde a los postulados de una Justicia democrática.

En síntesis:

La deliberación es el conjunto de operaciones intelectuales o espirituales del Tribunal, mediante las cuales se construye la solución jurídica del caso y se opta por una de las hipótesis de hecho probables, mediante la valoración de la prueba.

El siguiente paso consiste en la subsunción de los hechos al Derecho, proceso dialéctico del que resulta el producto genuino y esencial del proceso penal: la sentencia.

La sentencia es el acto que materializa la decisión del tribunal. Como tal, es un acto formal, ya que su misión es establecer la “solución” que el orden jurídico, a través de la institución judicial, ha encontrado para el caso que motivó el proceso. La sentencia penal puede ser *de condena* o *de absolución*, puesto que en esta etapa del proceso no existe otra solución y el caso, obligatoriamente, deberá resolverse según una de estas dos posibilidades

Una sentencia de condena significa el reconocimiento de la existencia de todos los presupuestos que habilitan

la imposición de una pena, y su determinación. Una absolución, por el contrario, significa que no se ha comprobado el hecho -o se ha comprobado que no existió-, o bien se ha comprobado la existencia de presupuestos que inhiben la aplicación de la pena (justificantes, causas de inculpabilidad, etc.), o bien no se ha comprobado la participación del acusado en los hechos imputados.

El momento de la sentencia es, en consecuencia, un momento alternativo, puesto que se absuelve o se condena. Por esta razón, es aquí donde adquiere mayor virtualidad el principio de favorabilidad al reo -“in dubio pro reo”-.

Este principio, en el marco de este momento alternativo, señala una orientación clara de Política Criminal, relativa al modo de solucionar el conflicto provocado por la duda, en especial, por la duda en la valoración de la prueba. También se puede formular diciendo que, para que se pueda dictar una condena, es necesario tener certeza -o una certidumbre rayana en la certeza- y que, de no existir tal estado de convicción, se debe optar necesariamente por una absolución.

En síntesis:

La sentencia es un producto formal, no sólo por la importancia que tiene respecto de la solución del caso sino porque se trata del objeto principal de los recursos, y el resultado al que tiende todo el proceso.



Por esta razón, se suelen establecer para dictarla requisitos formales como la correcta identificación del Tribunal, del imputado y de los demás sujetos procesales; la correcta y precisa descripción del hecho que se ha juzgado (recuérdese el principio de congruencia); la explicación de las razones que han llevado al Tribunal a construir el hecho justiciable en

un determinado sentido, así como las razones jurídicas que los han llevado a construir la norma jurídica aplicable al caso ("fundamentación" o "motivación"); además, por supuesto, debe constar la decisión concreta (el "fallo"), es decir, el núcleo de la decisión -condena o absolución- con todas sus consecuencias legales -pena, reparaciones civiles, responsabilidad por los gastos ("costas"), cómputo de la pena, etc.-.

Esta sentencia debe ser leída ante los sujetos procesales y el público, y así queda "notificada" (se trata de una notificación por su lectura).

Es de vital importancia tener en cuenta que, entre el desarrollo del debate, la deliberación y la sentencia, existe un principio de continuidad, de modo que ellos están relacionados por la inmediatez. Sería contrario a los principios que informan al Juicio oral que los Jueces observaran el debate y sólo luego de transcurridos varios días -en los que pueden ocurrir distintos tipos de interferencias- dictaran la sentencia. Lo correcto -si se toma en serio el principio de inmediación- es que no exista solución de continuidad entre el debate y el dictado de la sentencia. En caso contrario, se desnaturalizaría el propio Juicio oral.

Algo muy diferente es la excepción que aparece en varios códigos, en el sentido de que *los fundamentos de la sentencia* pueden ser puestos por escrito varios días después: esto no significa, de ningún modo, que el fallo -es decir, la decisión central de la sentencia- pueda ser postergado.

La sentencia, junto con el acta del debate (breve síntesis de lo ocurrido), se integran para formar la documentación del debate.

■ Aquí se debe tener muy en claro otra consecuencia

directa del principio de inmediación. Dicho principio exige que el Juez tenga un *conocimiento directo* de los sujetos y de la prueba. Nada ganaría el Juicio oral si se pretendiera documentarlo todo, por moderno que fuera el sistema de registro. El paso de un Juicio por escrito (o por registros) a un Juicio oral no es un problema de técnicas o de medios tecnológicos: se trata, antes bien, de un modo cultural de administrar Justicia, que debe ser preservado con sus principios básicos íntegros. Son éstos: la oralidad -como instrumento al servicio de la inmediación y de la publicidad-, la *concentración de la prueba* y un sistema libre -aunque controlado para valorar dicha prueba. Es la vigencia de estos principios la que hace que, por lo que nos toca conocer en nuestro actual horizonte cultural, el Juicio oral sea el modo más idóneo de administrar Justicia.

4.

La impugnación de la sentencia

El objetivo de este capítulo será justificar la posibilidad de impugnar una sentencia, exponer las razones que pueden dar lugar a ello, así como las posibles modalidades de tal medida.



Ya sea a través del procedimiento común u ordinario, ya sea a través de procedimientos especiales -que responden a situaciones particulares y a decisiones concretas de Política Criminal- el proceso final llega a un producto central y básico: la sentencia. Ella es el acto judicial por excelencia que, como hemos visto, determina o construye los hechos, a la vez que construye la solución jurídica para esos hechos, “solucionando” o, mejor dicho, “redefiniendo” el conflicto social inicial, que es reinstalado de un modo nuevo en el seno de la sociedad.

La sentencia es, pues, el acto procesal que produce los mayores efectos jurídicos. Por tal razón, esa sentencia debe ser susceptible de control o revisión.

Este control del producto genuino del Juez se realiza a través de ciertos mecanismos procesales que provocan una revisión total o parcial de esa sentencia y, por extensión, también de otros actos procesales que pueden eventualmente dar lugar a efectos jurídicos gravosos para alguno de los sujetos del proceso.

Esos mecanismos procesales son los denominados “recursos”: son éstos los medios de impugnación tanto de la sentencia como de Otras resoluciones, y a través de ellos se cumple con el principio de control.

La idea de control también resulta central en la estructuración del proceso y de todo el sistema de Justicia Penal en su conjunto. Esta idea de control se fundamenta en cuatro pilares:

- a) la sociedad debe controlar cómo sus jueces administran Justicia;
- b) el sistema de Justicia Penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol para permitir el planeamiento institucional;

- c) los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada;
- d) al Estado le interesa controlar cómo sus jueces aplican el Derecho.

Estos cuatro fundamentos se materializan en diversas formas de control. Por ejemplo:

El principio a) está ligado especialmente a la idea de publicidad del Juicio.

El principio b) se relaciona en particular con el tema del control de la gestión judicial, en especial con la cuestión del monitoreo estadístico.

Los principios c) y d) se relacionan más estrechamente con los mecanismos procesales de impugnación de las decisiones judiciales.

Sin embargo, no debemos creer que cada uno de estos principios se relaciona exclusivamente con el tema indicado. Al contrario, ellos señalan cuatro “intereses” o fuerzas básicas, que influyen sobre distintas instituciones. Así, en el principio de publicidad, también influye el interés de los sujetos procesales; con el monitoreo estadístico también se relaciona el control social o popular.

Algo análogo sucede con los recursos. En ellos se materializa, principalmente, el interés de control de los sujetos procesales; pero también influyen el interés social o estatal por normalizar la aplicación del Derecho



Por esta razón, los medios de impugnación pueden ser analizados desde dos perspectivas fundamentales
-como un derecho de impugnación ligado al valor de la seguridad jurídica y como un medio de evitar los

errores judiciales en el caso concreto, y -desde la perspectiva de la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas -o cumplan con su función pacificadora- y de que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo.

La idea del recurso como derecho aparece en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), que en su art. 8- sobre Garantías Judiciales establece:

“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir el fallo ante Juez o tribunal superior...”

Esta será la perspectiva que tomaremos en cuenta principalmente, aunque de ello no se debe inferir que las otras perspectivas posibles son menos importantes.

De este modo pues, la “impugnabilidad” de la sentencia y de otros fallos importantes se vincula con las garantías judiciales mínimas y todo proceso penal garantizador debe establecer el derecho o la facultad de recurrir el fallo.

Pero, ¿qué significa “derecho de recurrir el fallo ante un Juez o tribunal superior”?

Estos términos se deben entender, básicamente, como el establecimiento de un mecanismo de *control real* sobre el fallo. No quiere decir que la Convención Americana de Derechos Humanos haya optado por algún tipo de recurso en particular o -como han sostenido algunos- que la “doble instancia”, entendida como un doble juzgamiento integral del caso, se haya convertido en un derecho humano fundamental.



La interpretación correcta es la que indica, como lo ha hecho la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el derecho fundamental consiste en la facultad de desencadenar un mecanismo real y serio de control del fallo, por parte de un funcionario diferente del que lo dictó y dotado del poder de revisar el fallo anterior –es decir, que su revisión no sea meramente “declarativa” sino que tenga efectos sustanciales sobre el fallo–.

Este es, en mi opinión, el sentido de la exigencia de un Juez o un tribunal “superior”: no tanto un problema de jerarquía del tribunal, cuanto una cuestión de poder. Lo que se requiere es un tribunal o un Juez con poder real de revisar el fallo.

Impugnabilidad subjetiva El otorgamiento de esa facultad de recurrir debe ser amplio. Tanto en lo que respecta a las personas a quienes se les reconoce esa facultad (*impugnabilidad subjetiva*) cuanto en lo referido a las resoluciones judiciales que pueden ser recurridas (*impugnabilidad objetiva*). Podemos afirmar, en consecuencia, que en el espíritu del Pacto de San José –que diseña las garantías básicas de un proceso penal democrático se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben poder ser recurridas, por todas las personas que intervienen en ese proceso penal.

Hay dos conclusiones que *no se deben inferir* de esto: una, que cualquier resolución pueda ser recurrida inmediatamente; otra, que cualquier sujeto del proceso puede recurrir cualquier resolución

La organización del sistema de recursos es algo que depende de cada sistema procesal en particular y que debe ser analizada en relación con la totalidad del proceso penal. Ha existido una suerte de “esencialismo”

de los recursos (“el recurso de apelación es tal cosa”, “el recurso de casación es, necesariamente, esta otra”...) que ha impedido un tratamiento de los recursos “moderno”, necesariamente funcional.

Cada sistema procesal organiza su propio sistema de recursos y lo importante es que el conjunto total de esa organización permita un adecuado y serio control de las sentencias.

Esto resulta particularmente importante con relación a lo que se ha denominado “apelaciones instructorias”, es decir, la posibilidad de provocar, en cualquier momento y de un modo cuasi-automático, el control de las decisiones o incidentes provocados durante la Instrucción o Procedimiento Preparatorio. Una “automaticidad absoluta” de estas apelaciones ha provocado, en la práctica de nuestros sistemas, grandes atrasos y complicaciones, con desmedro de la celeridad del proceso y de la progresividad de la investigación.

Es posible, pues, sin afectar el derecho básico a recurrir el fallo, establecer una organización del recurso más racional, ligada a las resoluciones sustanciales del proceso.

☀ Por otra parte, el derecho a recurrir no es un derecho sin condiciones: tiene como límite el agravio. Si el sujeto que quiere recurrir no ha sufrido ningún agravio, no se le reconoce el derecho, puesto que no se trata de un simple mecanismo al alcance de cualquiera que quiera utilizarlo, sino que existe para dar satisfacción a un interés real y legítimo. ¿Cuál sería el interés que puede tener en revisar un fallo alguien que no ha sido afectado por él?

Por supuesto, para satisfacer las exigencias de amplitud del Convenio de San José es necesario que los sistemas

no sean excesivamente estrictos en la determinación del "agravio".

En realidad, la sola posibilidad de que tal agravio exista debe ser suficiente para permitir que el sujeto potencialmente agraviado pueda plantear su recurso.

 La idea de control se ha manifestado normalmente en los sistemas de recursos a través de dos mecanismos principales. El primero permite el dictado de un nuevo fallo integral. El segundo consiste en un control sobre la aplicación del Derecho y sobre las condiciones de legitimidad del fallo (condiciones ligadas generalmente a las garantías judiciales, incluida la garantía de una sentencia fundamentada).

Históricamente, el primer tipo de control se ha plasmado en lo que se denomina "*recurso de apelación*", y el segundo en el "*recurso de casación*".

No obstante, insisto, no es conveniente sostener una visión esencialista respecto de los recursos. Lo correcto es determinar con precisión cuál es el tipo de control que se desea establecer y, a partir de allí, organizar y diseñar el recurso.

Lo fundamental será siempre que, durante el proceso de control, no se abandone ninguno de los grandes principios procesales, en especial la inmediación. En gran medida, el problema del tipo de recurso más aceptable se aclara si ponemos continuamente la inmediación como exigencia fundamental. Buena parte de la discusión acerca de cuál de los dos tipos de recurso conviene más esconde, en realidad, un problema acerca del valor que se le quiere dar a la inmediación.

 En su evolución histórica, por ejemplo, el recurso de

apelación -que permite que otro tribunal dicte un nuevo fallo integral sobre el caso- estuvo ligado a sistemas procesales en los que no se respetaba completamente el principio de inmediación. Se trataba fundamentalmente de procesos “por registro” escritos-, en los que el “tribunal de segunda instancia” se limitaba a leer esos registros para, sobre la base de esos registros, dictar un nuevo fallo integral. Su tarea consistía, en realidad, en una nueva valoración de la prueba.



Por su parte, el recurso de casación estuvo históricamente ligado a sistemas en los que la inmediación era más estricta -sobre todo en la valoración de la prueba-, como sucede en los sistemas con juicio oral. El segundo tribunal revisor no tenía posibilidad de revisar esa valoración de la prueba si no era observándola de nuevo en forma directa y, en ese caso, dejaba de ser un “tribunal revisor” para convertirse en “un nuevo tribunal de primera instancia”

Como se puede observar, lo que ha ocurrido con el recurso de apelación y el recurso de casación es que “funcionalmente” son distintos y no pueden ser entendidos si no es en relación con la totalidad del proceso en el que están inmersos. Esto no siempre fue visto así y muchas veces se ha pretendido superponer ambos recursos, desconociendo esa diferencia funcional intrínseca; con ello no se ha logrado sino entorpecer el proceso y agravar la lentitud de su trámite, con poco beneficio para el control general sobre los fallos.

El desafío consiste en establecer algún tipo de recurso que permita el máximo control posible, manteniendo el máximo respeto a los principios y garantías procesales, en especial al principio de inmediación. El nombre que le demos a un recurso de esta clase poco importa.

Esta tensión se ha manifestado en las tendencias hacia

una mayor amplitud del recurso de casación o en la tendencia a compatibilizar el recurso de apelación con sistemas procesales basados en la intermediación.

El recurso de apelación

El recurso de apelación estuvo ligado al Derecho Romano tardío, en el que se consolidaron las estructuras imperiales y la jurisdicción comenzó a ser concebida como un poder delegado del emperador, quien podía recuperarlo a través de una cadena sucesiva de funcionarios. (Esta idea todavía perdura, oculta en lo que se denomina “efecto devolutivo” del recurso de apelación.)

De este modo, se fortalecía no ya la idea de “control de las partes” sobre el fallo, sino la de “control del Estado” sobre la labor de sus jueces.

Este esquema de control es retomado por el Derecho Canónico -y, en general, por el Derecho Continental Europeo, en lo que se llamó la “recepción” del Derecho Romano- y se instala en los procesos inquisitivos. En ellos, según su versión canónica original, el Juez era también un “delegado” del Papa; por su parte, en la versión secular adoptada por los estados monárquicos, el Juez era un delegado del monarca absoluto.

Modernamente, esa idea de “devolución de un poder delegado” fue modificada a medida que se consolidaba la separación de poderes y se tecnificaba la labor judicial. Su límite quedó establecido de un modo dialéctico: el Juez revisor tendría tanto poder cuanto le otorgaran las partes mediante la crítica del fallo. Aquello sobre lo que no existiera agravio, quedaba firme y establecido.

Más tarde, con la tendencia a un control más amplio, también se comenzó a abandonar una visión estricta de esta idea, sobre la base del control de oficio por parte de los jueces revisores, en especial de todo lo relativo a las garantías judiciales o principios constitucionales.

En cuanto a las formas, plazos, requisitos de admisibilidad, etc., los sistemas procesales varían. No obstante, se puede afirmar que, en la práctica, se suele establecer una especie de “automaticidad” del recurso de apelación o un uso indiscriminado de esta vía de control que, sumada a la posibilidad de recurrir de un modo inmediato muchas resoluciones dentro del proceso, es causa de numerosas disfunciones y de una gran carga de trabajo para los jueces revisores, que conspira finalmente contra la propia función de control.



La clave fundamental para juzgar el recurso de apelación, por lo menos en la aplicación a que nos tienen habituados nuestros sistemas procesales corrientes, es la falta de intermediación. El Juez revisor pierde todo contacto con los sujetos procesales y con la prueba: analiza los escritos, los registros y, sobre la base de la lectura, dicta un nuevo fallo. Este es, precisamente, el principal defecto del recurso de apelación que, si bien resulta discutible, surge de su propia naturaleza o de la función que ciertamente cumple en los sistemas escritos. De este modo, la calidad del fallo, en términos generales, empeora en lugar de mejorar, porque es el resultado de un conocimiento más alejado de la “vida real” del caso.

El recurso de casación

En cuanto al recurso de casación, no resulta tan importante determinar su origen y evolución histórica

cuanto señalar que, por lo general, está ligado a sistemas procesales más respetuosos del sistema de intermediación.

Aquí el problema es el siguiente: el Juez de primera instancia ha tenido una observación directa de la prueba y, sobre la base de esa observación directa ha dictado un fallo, en el que construyó los “hechos” y determinó o definió el derecho aplicable al caso. Ese fallo se materializó en una sentencia que, como hemos visto y corresponde a las garantías judiciales mínimas, debe estar fundada, es decir, expresar los razonamientos que permitieron al Juez arribar al fallo. ¿Cómo controlar ese fallo sin afectar el principio de intermediación? He aquí el problema.

Tradicionalmente, el recurso de casación “respondió” circunscribiéndose al control de la aplicación del Derecho, sin ingresar a la construcción de los hechos. De ahí la clásica concepción del recurso de casación como un recurso “técnico”, limitado a las “cuestiones de derecho”.

Sin embargo, la evolución de la conflictividad social y las propias necesidades políticas de un mayor control hicieron evolucionar al recurso de casación hacia formas más amplias, capaces de ejercer un mayor control.

No obstante, el recurso de casación tiene un límite que ha sido, hasta ahora, infranqueable: ejerce, fundamentalmente, un control sobre la sentencia y sobre sus fundamentos ya que, por imperativo del principio de intermediación, no puede ir más allá. Esto da lugar a dos consecuencias principales



La primera consiste en que el recurso de casación es, fundamentalmente, un recurso que solamente anula

("casa") la sentencia de primera instancia ("reenvío"). En circunstancias excepcionales, es decir, cuando el error en la aplicación del Derecho es tan evidente que no se necesita prueba para tomar la decisión -por ejemplo, cuando se ha condenado por un delito que no existe-, el Juez revisor puede dictar un nuevo fallo directamente, sin "reenvío".

 La segunda consecuencia es que el recurso de casación no puede controlar la valoración de la prueba entendida como proceso interno del Juez. Lo único que puede controlar es *la expresión* que el Juez ha hecho de ese proceso dentro de la fundamentación de su sentencia. De este modo, el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos que normalmente aceptamos como propios de un pensamiento correcto.

El recurso de casación tiene también, al igual que el recurso de apelación, requisitos formales -de tiempo, de admisibilidad, etc.-y éstos varían de uno a otro sistema.

Como característica general, se puede afirmar que este recurso suele ser más estricto en cuanto a la expresión de las razones por las que se recurre en casación un fallo. La expresión de *los motivos del fallo* debe ser más precisa. Incluso, respecto de algunos motivos -denominados por lo general "relativos" por oposición a los "absolutos"- se suele exigir que haya existido un reclamo previo y oportuno -una especie de queja oportuna acerca de que se estaba cometiendo un error- para luego poder plantear el recurso. Obviamente, ese requisito no rige cuando se halla en juego un motivo absoluto, es decir, un motivo que afecta garantías judiciales básicas o los principios que estructuran el proceso, o bien cuando se trata de errores en la aplicación del Derecho sustancial.

En definitiva, no hemos hecho un análisis exhaustivo de los dos recursos, apenas hemos planteado algunos problemas básicos del sistema de recursos. Se trata de un tema en constante evolución, que requiere una gran imaginación para plasmar mecanismos procesales concretos que permitan un máximo control sin mengua de los principios y garantías básicos; en especial, como hemos expuesto, sin detrimento del principio de inmediación. De otro modo, tras un supuesto control más preciso, se ocultaría lo que en realidad es una depreciación del valor y la calidad de los fallos penales.

Nos hemos detenido en la contraposición entre el recurso de apelación y el recurso de casación, porque ellos permiten enfocar los problemas básicos que existen en torno al tema del control del fallo.

Existen otros recursos -algunos de menor entidad- como el *recurso de reposición* (una queja de revisión inmediata, por parte del mismo Juez que dictó el fallo) o el *recurso de aclaratoria* (en realidad, una forma de recurso de revisión, limitado a errores materiales en el dictado de la sentencia). También hay otros de gran trascendencia institucional, como el *recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, a través del cual se realiza el máximo control institucional dentro del sistema de justicia pero que, en realidad, no difiere esencialmente de un recurso de casación.

Lo importante no será "aprender" aquí los detalles de la organización de cada recurso, sino *comprender los problemas que subyacen a cada uno de ellos y las decisiones* que ellos cristalizan. Esta perspectiva permite una comprensión más dinámica y menos formal de los recursos, en función de la totalidad del sistema procesal, del cual son parte importante.

5.

La ejecución de la sentencia

El propósito de este capítulo es analizar las condiciones de la ejecución de la pena de prisión; las modalidades que puede asumir el imprescindible control judicial sobre esta clase de pena y las posibilidades alternativas. Asimismo, los problemas relativos a la ejecución de la pena de multa y el alcance de la regulación de las costas.

Introducción

Una vez que ha finalizado la etapa de control sobre el fallo de primera instancia, esa sentencia adquiere firmeza. Se convierte en una sentencia firme. La firmeza de la sentencia, como veremos, tiene varios significados: a los efectos del presente análisis, significa que las decisiones contenidas en ella han adquirido *obligatoriedad*.

Una sentencia contiene diversas decisiones. En primer lugar, una decisión acerca de la imputación. Si esa decisión es negativa, hablaremos de “absolución”; si es positiva, de “condena”. La condena, a su vez, implica una decisión sobre la pena que se deberá aplicar y cuya calidad y cantidad depende de lo establecido en el código penal. Examinaremos, en particular, los problemas que se plantean respecto a la ejecución de la pena de prisión y de la pena de multa.

Por otra parte, la sentencia puede contener decisiones acerca de las responsabilidades civiles y sobre la atribución de los gastos del proceso -lo que se suele llamar “costas”-, tema al que también nos dedicaremos en esta parte de nuestro análisis.

Los problemas que plantea la ejecución de la sentencia no son problemas menores. Muchas veces, los sistemas judiciales se han desentendido de esos problemas, alegando que se trataba de problemas de índole “administrativa” y que la actividad de los jueces finaliza con el dictado del fallo.

Tal perspectiva es claramente errónea, superficializa la tarea de los jueces y da lugar a que ellos se desentiendan de las consecuencias de sus decisiones, con menoscabo de la propia actividad decisoria. Esa

indiferencia, como veremos a continuación, es más grave en el caso de la ejecución de la pena de prisión.

a. La ejecución de la pena de prisión

Cuando la condena impone una pena de prisión, se ha tomado una decisión muy grave: será obligatorio, por mandato judicial, que una persona sea encerrada en una jaula y pase allí dentro, supongamos, los próximos diez años de su vida.

Ocurre muchas veces, en la práctica de nuestros sistemas, que el Juez se limita a tomar la decisión y luego es otra institución (el Sistema Penitenciario) quien se ocupa de ejecutar la sentencia. Los jueces no tienen así ningún control o, si la ley les concede facultades para ello, no la ejercen, limitándose a un control formal sobre plazos, etc. Las consecuencias de tal indiferencia son muy graves.

■ En primer lugar, ella ha sido –en gran medida– la causa de que los condenados a prisión pasen a ser “objetos olvidados” en un depósito totalmente insalubre, donde carecen de todo derecho y son considerados intrínsecamente como “enemigos”: enemigos de la sociedad, enemigos de los guardiacárceles, enemigos de los jueces, enemigos entre ellos mismos. Supone la degradación absoluta de un ser humano, considerado como un “otro” absoluto y, como consecuencia de ello, las instituciones se sienten legitimadas a ejercer sobre ellos cualquier tipo de violencia

En segundo lugar, esa indiferencia ha depreciado la misma actividad de los jueces, al alejarlos de las consecuencias de sus propias decisiones. Mucho se ha

hablado últimamente de los procesos de legitimación o “autolegitimación” de la Justicia. Esos procesos de legitimación no son auténticos, en la medida en que no buscan fortalecer los fines de las instituciones de administración de Justicia, sino generar una “ideología judicial” inmune a los cambios y exigencias sociales, y autoconvencida de su propia misión, “histórica” y “cuasi-sacerdotal”.

■ Esa actitud ha sido la causa de una mínima autocrítica por parte de los jueces, que están convencidos de que cumplen una misión “sagrada”. También ha provocado, en general, una visión “aséptica”, descomprometida, de la administración de justicia. Así, según esa perspectiva, los jueces no tienen nada que ver con la brutalidad policial, con el estado lamentable de las cárceles, con la impunidad de los poderosos, con la indefensión de los sectores pobres de la sociedad, con las carencias de las víctimas. Muchos jueces creen que ellos se limitan a aplicar el Derecho y que, en consecuencia, los culpables de esas cosas son otros.

Por lo tanto, es necesario superar esa situación de indiferencia. El mecanismo que existe para ello consiste en *judicializar la etapa de ejecución de la pena*, de modo que sean jueces específicos -los llamados “Jueces de Ejecución” o “de Vigilancia Penitenciaria”- los que se ocupen de ejercer un control general sobre la ejecución de la pena de prisión.

✍ Hablar de “judicializar la ejecución” significa generar mecanismos procesales concretos para que el Juez pueda *vigilar* que la pena de prisión cumpla con sus finalidades genuinas -y el condenado *quejarse* cuando así no ocurra-. Hemos escuchado muchas veces que a la ejecución de la pena se le asignan ciertas finalidades -tales como la *resocialización*, la *reeducción*, la *reinserción*, etc.-, todas ellas de prevención especial.

No es este el lugar para analizar tales finalidades y los mecanismos penitenciarios que ellas generan; lo que importa es que el Juez de Ejecución o de Vigilancia Penitenciaria debe velar para que la pena efectivamente las cumpla.

Para ello, generalmente se le asignan a dicho Juez funciones de control formal y funciones de control sustancial sobre la pena de prisión.

***Control formal,
de la ejecución
de la pena***

El control formal es aquel que se relaciona con el tiempo de cumplimiento de la pena. El mecanismo para controlar ese lapso es el "cómputo", es decir, la determinación judicial del inicio y la finalización del encierro obligatorio.

El control sustancial sobre la pena de prisión implica diversas actividades. Entre ellas

- El control sobre la eficacia de la pena en relación con sus finalidades. ¿Cumple el encierro alguna finalidad? ¿Sirve para la resocialización? ¿O estas son meras "falsedades", como bien lo han señalado el penitenciarismo y la criminología moderna? Y en el caso de que el Juez compruebe que la pena de prisión no está cumpliendo ninguna finalidad, ¿qué debe hacer? ¿liberar al prisionero?
- ↔

Estos interrogantes demuestran que la pena de prisión se basa fundamentalmente en la idea de retribución - puro castigo más allá de que utilicemos "verbalizaciones" supuestamente benévolas. Se trata de un tema sumamente interesante, aunque ajeno a los propósitos de este manual

- El control del respeto a los derechos fundamentales de los condenados. Uno de los avances sustanciales del penitenciarismo es la consideración del condenado

como un sujeto de derechos, protagonista de la propia vida carcelaria y de la configuración del sistema penitenciario. Será misión fundamental del Juez la vigilancia sobre la vigencia de esos derechos (a la salud, a la identidad, a mantener contacto con familia y amigos, a expresar sus ideas, a mantener comunicación con el exterior, a participar en política, etc.). Hasta tal punto, que podría decirse que la misión del Juez de Ejecución se resume, sustancialmente, en la de ser garantizador de los derechos fundamentales de los condenados.

- El control sobre las sanciones disciplinarias**, de modo que éstas no se conviertan en un doble castigo -es decir, un castigo dentro del castigo de la prisión- impuesto, en realidad, por el hecho pasado o por las características personales del condenado.

- El control sobre la Administración Penitenciaria**, para que cumpla con sus objetivos y no degrade la vida carcelaria. En cierto modo, el Juez de Ejecución es el control externo del sistema penitenciario, con poder suficiente como para modificar, inclusive, las prácticas administrativas de las cárceles.

Judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de la pena sino también permitir que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación sino de una ejecución descarriada de la pena. Para ello se debe permitir que el condenado continúe contando con asistencia técnica, de modo que pueda hacer valer sus derechos y el conjunto de garantías que limitan la actividad penitenciaria.

b. La ejecución de la pena de multa

Si bien no tienen la misma entidad que los que derivan de la pena de prisión, la ejecución de la pena de multa también da lugar a problemas, en especial porque siempre existe la posibilidad de que, finalmente, se convierta en pena de prisión.

←→ La pena de multa está siempre sujeta a una tensión básica. Por una parte, se la vislumbra como un interesante instrumento de Política Criminal, porque tiene igual o mejor efecto de prevención general, con una cuota de violencia muy baja. Pero, por la otra, siempre estará bajo la sospecha de que se convierta en un modo indirecto de impunidad para los sectores de mayores recursos.

No obstante, este dilema -que estará siempre presente- puede ser superado mediante los sistemas modernos de unidades de multa variables, las que dependen de la capacidad económica del multado; también, mediante el mecanismo de indexación automática de las multas -caracterizado, sin embargo, por una fundamentación problemática, debido al principio de legalidad-.

El problema básico del proceso de ejecución de la multa radica en la política a seguir con quien carece de medios suficientes como para afrontarla. En tales casos, ¿deberá la multa convertirse automáticamente en prisión?

Creo que la solución correcta debe ser otra: se deben agotar los medios para evitar que la pena de multa se convierta en una pena de prisión, lo cual haría "entrar por la puerta trasera" lo que se quiso evitar en un

primer momento.

Para ello existen diversos mecanismos: en primer lugar, se debe permitir un pago fraccionado de esa multa, según la capacidad real de quien deba afrontarla. Si ello no es posible, se debe permitir la sustitución de esa multa por otro mecanismo no-violento y similar; por ejemplo, el trabajo voluntario. Si tampoco ello resulta posible, se debe tratar de ejecutar forzosamente la multa, rematando para ello bienes del condenado. Sólo si aun así no fuera posible cobrarla, se puede recurrir a la conversión en prisión, según las escalas de conversión que fijen las legislaciones.

c. La ejecución de las costas

Otra decisión importante que se toma en las sentencias -condenatorias o absolutorias- es la imposición de las costas.

“Costas” son los gastos que se han originado durante el proceso y, básicamente, pueden consistir en el pago de impuestos, pago de gastos (en peritajes, etc.) y el pago de honorarios profesionales de peritos o abogados. Las sentencias y otras resoluciones que ponen fin al proceso deben resolver acerca de cómo se distribuirán esos gastos, es decir, quién se hará cargo de ellos.

El gran principio que rige este tema es que el vencido paga las costas. Pero este principio, de vigencia casi absoluta en el proceso civil, tiene limitaciones por la naturaleza propia del proceso penal.

- ☀ En principio, si bien el imputado vencido debe hacerse cargo de las costas, el Estado se preocupará de adelantar sus gastos (por ejemplo, en peritajes) ya que

ello está íntimamente vinculado al principio de defensa en juicio. Asimismo, si la víctima ha participado en el proceso penal, por más que la imputación no tenga finalmente éxito, no siempre será puesta a cargo de las costas puesto que, en muchas ocasiones, se considerará que ella estaba ejerciendo un derecho justificado de reclamar la actuación de los organismos de persecución penal del Estado. Otras veces, por más que el imputado sea absuelto, no se considerará al Estado como vencido y, en consecuencia, no se lo hará responsable de las costas.

Todos estos problemas, presentes en la imposición y la ejecución de las costas, son regulados de diferente manera por cada sistema procesal. Si hubiéramos de sintetizar los principales, lo haríamos así:

- a) La determinación de quiénes y en qué medida serán sujetos responsables de las costas
- b) La determinación de cuál será el contenido de esas costas (qué gastos serán incluidos dentro de esa categoría).
- c) En qué proporción se hará cargo de ellas cada uno de los sujetos parcialmente responsables.
- d) En qué medida el Estado se hará cargo de las costas, en caso de absolución.
- e) Cuál será el monto de las costas ("cuantificación" o "liquidación")
- f) La determinación del procedimiento de cobro de esas costas -que puede ser diferido a la vía civil-

Los sistemas procesales suelen regular estos problemas en mayor o menor medida, aunque existe una -contraproducente- tendencia a no efectuar regulaciones precisas sobre la cuestión de las costas. Esto ha contribuido, en cierto modo, a fomentar utilizaciones irresponsables del proceso penal (por ejemplo, como método extorsivo o en el papel de una "agencia

ejecutiva de cobro de deudas”), que desnaturalizan su esencia. Por otra parte, los jueces penales siempre han sido proclives a restarle importancia a la cuestión y, de ese modo, también ellos han fomentado esa distorsión impune del proceso penal.

La sentencia también resuelve otros problemas, como devolución de cosas, anotaciones en los registros, órdenes de inhabilitación, etc. Sin embargo, el principal problema de la ejecución de la sentencia penal consiste -insistimos- en la relación entre la administración de Justicia y el sistema penitenciario.

Allí es donde la Justicia no debe darle la espalda a una realidad que, en gran medida, con más o menos “motivos”, ella misma contribuye a generar. Es necesario, pues, un sistema procesal penal que “le dé la cara” al sistema penitenciario -y no uno que lo ignore, como si el control de la pena de prisión fuera un problema “de los carceleros” -.

6.

La revisión de la sentencia firme

Este capítulo analiza las posibilidades de revisión de una sentencia firme y las excepciones admisibles al principio de "cosas juzgadas".

☞ En un estado de derecho, que sostiene la seguridad jurídica y la tranquilidad y el respeto a los ciudadanos como principios básicos de la organización social, necesariamente debe existir un momento en que el proceso penal finaliza. La decisión que se ha tomado - generalmente la sentencia- se convierte en una decisión final o “firme”.

Esto significa que el Estado no podrá ejercer nuevamente la coerción penal ni perseguir penalmente a las personas por ese hecho –“non bis in idem” -.

El principio de cosa juzgada protege a las personas de la incertidumbre y de la posibilidad de que el Estado decida utilizar el proceso penal como un instrumento de persecución política constante. El proceso penal debe ser un mecanismo para arribar a una decisión y nunca un instrumento de control social aunque, como hemos visto, muchas veces cumpla de hecho esa función.

Una sentencia -u otra resolución- “firme” significa que no puede ser revisada. Sin embargo, este principio tiene excepciones. En el ámbito del Derecho Penal, las excepciones al principio de “cosa juzgada” tienen lugar como consecuencia de tres circunstancias distintas:

- a) cuando la valoración jurídica del caso ha cambiado en virtud del principio de retroactividad de la ley más benigna;
- b) cuando la sentencia o resolución final se encuentra viciada, es decir, se ha fundado en prueba falsa, o ha dejado de tener en cuenta una o más pruebas determinantes sobre el hecho, que sólo fueron conocidas con posterioridad a la sentencia;
- c) cuando la sentencia es producto de un Juez inicuo o prevaricador.

El primer caso es sencillo: la legislación penal contiene

un principio según el cual siempre se debe juzgar el caso conforme a la ley más benigna. Este principio, que originalmente tuvo su ámbito de aplicación cuando se trataba de cambios en la legislación ocurridos mientras el caso estuviera pendiente de juzgamiento, fue ampliado luego y se considera que lo determinante es que, siempre, el hecho debe ser valorado conforme a la legislación más benigna de las vigentes desde que ese hecho fue cometido hasta que hubiere dejado de producir todos sus efectos -generalmente, hasta el agotamiento de la pena-.

De este modo, el principio de “retroactividad de la ley más benigna” pasó a constituir una excepción al principio de cosa juzgada. Por ejemplo: si alguien ha sido condenado y ya está cumpliendo pena por un delito que una legislación posterior a la condena derogó, los efectos de esa legislación más benigna avanzan sobre el efecto de la cosa ya juzgada.

No es este el lugar para analizar los distintos problemas y alternativas que plantea el principio de la ley más benigna. Para los propósitos del presente manual, basta señalar que ello constituye un caso de excepción a la intangibilidad de la cosa juzgada.

La otra excepción -vinculada al fracaso de un elemento de prueba o al hallazgo de un elemento de prueba nuevo, ignorado hasta entonces- genera, en cambio, mayores dificultades.

La primera de ellas se refiere a *la extensión de esta excepción*. ¿Debe regir sólo a favor del imputado o también en su contra? ¿Se puede volver a juzgar a una persona absuelta si esa absolución se ha fundado en una prueba falsa o han aparecido con posterioridad nuevos elementos de prueba?

Aquí es necesario diferenciar dos casos: si el absuelto no ha fraguado ni ocultado la prueba, es decir, si no ha realizado ningún acto positivo para provocar el error judicial, la respuesta es clara, en ningún caso se puede revisar la absolución. En estos casos, la sentencia adquiere una firmeza absoluta, producto del fundamento de la cosa juzgada como un límite al poder penal del Estado.

¿Cuál debe ser la solución cuando el imputado sí ha realizado actos positivos de ocultamiento o falsificación de prueba?



Será necesario hacer aquí una nueva distinción: si el imputado ha ocultado prueba, tampoco se puede “hacer caer” la cosa juzgada en su perjuicio, porque se debe comprender -como derivación del derecho de defensa- la actitud de *no presentar pruebas que lo incriminan*. El imputado no sólo no está obligado a presentar la prueba de cargo, sino que es comprensible que, para defenderse, no lo haga. Un Estado que respeta el derecho de defensa no puede cargarle las consecuencias de tal perjuicio al propio titular de ese derecho.

La situación problemática queda circunscrita, pues, a los casos en los que el imputado ha logrado su propia absolución mediante la manipulación fraudulenta de la prueba. El imputado ha provocado por medios ilícitos el error judicial. Por ejemplo, le ha pagado a testigos falsos, ha sobornado al Juez o ha falsificado documentos. ¿Debe el Estado respetar la absolución, aún cuando se compruebe fehacientemente que ella se funda en cualquiera de esas circunstancias, provocadas deliberadamente por el imputado?



La respuesta también debe ser afirmativa. El ejercicio del poder penal del Estado es un poder de tan alta

intensidad, que sólo se comprende una verdadera limitación, garantizadora de los derechos de las personas, si ese poder sólo se puede ejercer una vez. Dicho de un modo figurado, el Estado "tiene una escopeta con un solo cartucho; si queremos que los ciudadanos vivan en una situación de seguridad, debemos afrontar colectivamente los costos de aquellos casos en los que el disparo se inutiliza por las malas artes del imputado". En términos globales, es más peligroso admitir el poder del Estado para revisar las absoluciones.

Por lo tanto la absolución adquiere, siempre y en todos los casos, una firmeza absolutamente intangible.



No ocurre lo mismo con la condena, ya que para un estado de derecho es absolutamente repugnante la posibilidad de que un inocente pueda ser condenado y sufrir prisión, a causa de un error judicial. De este modo, las posibilidades de revisar una sentencia condenatoria deben ser amplias



Se puede revisar una sentencia condenatoria si se han producido nuevos hechos o si ha aparecido un nuevo elemento de prueba que modifica totalmente la situación de la condena.

Esto se puede producir por una virtualidad intrínseca a esa prueba o a ese hecho (por ejemplo, si alguien ha sido condenado por homicidio y luego aparece con vida la persona que se había dado por muerta), o bien cuando el hecho en sí mismo no tiene virtualidad suficiente pero, en conexión con otras pruebas incorporadas al proceso en su momento, genera una nueva situación global (por ejemplo, aparece una persona con la que había estado el imputado en otro lugar y esto, sumado a otros indicios anteriores, prueba la defensa del imputado y demuestra que él nunca

podría haber estado en el lugar del crimen).

Este principio básico debe ser utilizado con amplitud, siempre que se respete la excepcionalidad de la revisión. Este carácter excepcional se manifiesta en el hecho de que nunca la revisión debe ser una forma de repetir la valoración de la información: *si no hay información nueva -y, además de nueva, relevante-, no puede haber lugar para una revisión*. Caso contrario, el propio principio de “cosa juzgada” perdería sentido y las decisiones estatales tendrían siempre un carácter provisional, inadmisibles en un estado de derecho.



En consecuencia, debe quedar claro que no toda condena equivocada es revisable. Solamente lo es aquella sentencia condenatoria que se funda en información falsa o no ha tenido en cuenta información relevante.

Si el Juez -o todos los jueces que han entendido en ese asunto- han valorado mal esa información y ya se han agotado todos los recursos previstos en el sistema jurídico, esa condena no es revisable.



Este es un límite específico del recurso de revisión y, sin duda, deja subsistente un problema: ¿qué sucede si se han agotado todos los recursos, no existe nueva información, pero es evidente que todos los jueces han valorado la información de un modo manifiestamente incorrecto? ¿podría “funcionar” el “habeas corpus” como la última herramienta que tienen los ciudadanos para evitar la prisión injusta? ¿O prefiere el Estado sostener el principio de cosa juzgada, aun a costa de la prisión de un inocente? La duda queda planteada.

Este principio general que requiere de “información nueva” se suele plasmar en los distintos sistemas procesales por medio de ejemplos tradicionales o que,

según la experiencia histórica, constituyen los casos tradicionales de revisión.

Ellos son:

- a) cuando se presentan, después de la sentencia, nuevos documentos de carácter decisivo que, por distintas razones, no hubieran sido incorporados al proceso;
- b) cuando los testigos son falsos o el peritaje ha sido fraguado;
- c) cuando los testigos tenían alguna forma de inhabilidad relevante, desconocida al momento de dictar sentencia;
- d) cuando aparece viva la persona que se había dado por muerta;
- e) cuando se comprueba la falsedad de algún documento u otro tipo de prueba, que habían sido considerados como auténticos.

Estos son apenas ejemplos. Sin embargo, en algunos textos normativos que no establecen un criterio general, se plantea el problema de si *la lista de casos descritos es meramente ejemplificativa o exhaustiva*, con relación a supuestos similares. Una interpretación correcta, teniendo en cuenta el conjunto de las garantías constitucionales y el principio rector del respeto a la inocencia y repudio a la prisión injusta, debe llevar a considerar que los casos que se establecen son siempre ejemplificativos y que la revisión de una condena no puede ser limitada por los textos procesales, puesto que se hallan en juego principios y garantías de superior jerarquía.



Existe también una modalidad “indirecta” de revisión, que se habilita cuando otra sentencia -penal o de otro tipo- que le había servido de base es, por su parte, revisada. Por ejemplo: una sentencia había declarado válido un matrimonio y sobre esa base se dictó una

condena por bigamia; si luego se declara nulo el primer matrimonio, la condena por bigamia es revisada.



Un tercer caso de revisión se da cuando el Juez ha dictado deliberadamente una sentencia en contra de la información perteneciente a la causa o en contra de la ley. El caso más común es el del *prevaricato* -delito funcional de los jueces-. También pueden existir casos en los que el delito de prevaricato no sea tipificado como tal, pero exista una grave infracción a los deberes del Juez. Supongamos como ejemplo el caso de un Juez que dictó una sentencia que ha quedado firme pero, en realidad, lo hizo antes de haber sido nombrado formalmente o luego de haber sido destituido.



Cabría preguntarse qué pasaría si alguien objetara una sentencia por el hecho de que, en realidad, no fue dictada por el Juez sino por un secretario o un empleado, aunque aquél la hubiere firmado luego para validarla formalmente. Tales sentencias, ¿serían revisables? Queda planteada la pregunta.

Hemos visto que toda condena es revisable, aun cuando hubiere quedado firme. Ahora bien. ¿Existe para ello algún límite temporal? En cuanto a este tema, existen dos posiciones.

Algunos sostienen que la revisión debe prosperar siempre que la condena esté todavía produciendo algún efecto. Por ejemplo, si la pena está siendo cumplida.

Otros, afirman que la posibilidad de revisión no debe tener límite temporal alguno puesto quede un modo u otro -sea jurídico, sea social- una condena siempre produce efectos.



Esta última es la posición correcta. Una condena, aun dejando de lado todos sus efectos jurídicos, siempre

significa un estigma, más gravoso aún si se trata de un inocente injustamente condenado. Por lo tanto, la revisión de la sentencia se puede plantear en cualquier momento, aun cuando la pena hubiere terminado de cumplirse, cuando el delito hubiere prescrito, etc.



Se discute, también, si la revisión debe ser una acción personal o puede ser planteada, por ejemplo, por los herederos del condenado difunto. Entiendo que la condena de un inocente es un acto extremadamente irritante e inadmisibles en un estado de derecho. Por lo tanto, no se debe poner límite alguno a la revisión y se debe permitir restaurar la memoria de un condenado.

La revisión de una condena puede buscar dos fines primordiales: el primero, obviamente, la búsqueda de la absolución; el segundo, la búsqueda de una condena más benigna. De este modo, la revisión también debe prosperar si lo único que se pretende es revisar una agravante y no la condena en su totalidad.

La revisión debería prosperar, inclusive, cuando es la determinación de la pena la que se ha basado en hechos falsos. Por ejemplo: en un delito de tránsito el Juez, al individualizar la pena, manifiesta que aplica la más grave posible porque el conductor, luego de causar heridas a un transeúnte, huyó del lugar del hecho. Nuevos testigos demuestran que no fue así, que inmediatamente le prestó auxilio y que, además, ese auxilio fue eficaz para salvar la vida del herido.

¿Debe revisarse la sentencia condenatoria cuando lo que se pretende es un cambio de tipificación, insustancial con respecto a la determinación de la pena?

Veamos otro ejemplo aparentemente diferente: una persona ha sido condenada por violación a una menor

de 11 años, a quien amenazó con un arma de fuego; luego se comprueba que no era tal menor sino que tenía 16 años de modo que, aunque sigue siendo una violación no ha sido hecha contra un menor. ¿Debería revisarse la condena? Evidentemente, los efectos sociales de una u otra condena no son similares, aunque los efectos jurídicos sean los mismos.

Aun cuando se tratare de una declaración que no influye sobre la pena, siempre se debe admitir la revisión si existe algún interés relevante que exceda la simple estima personal.

Esta posibilidad de revisar una absolución firme se canaliza a través de un mecanismo procesal denominado *recurso de revisión*. Se suele discutir si a este mecanismo se lo debe llamar “recurso” o bien se trata de una “acción”.

Algunos sostienen que un recurso está siempre ligado a la revisión de una decisión que aún no está firme y, por lo tanto, el recurso de revisión, hablando con propiedad, no se da tal sino una “acción”, es decir, el ejercicio de un derecho constitucional de plantear ante los tribunales una determinada pretensión que sólo se puede alcanzar a través de un proceso.

La discusión -por otra parte- no tiene demasiada utilidad, ni ha influido en el diseño procesal. Es preferible mantener la denominación tradicional – “recurso de revisión”- aunque se trate de un recurso anómalo.

Lo cierto es que los distintos textos procesales plantean, por una parte, requisitos para su admisibilidad y, por la otra, establecen un trámite determinado.

 Como se trata de una petición excepcional, se suele exigir que el pedido vaya acompañado de la prueba que lo funda o de los datos concretos necesarios para localizarla. El recurso de revisión no es una forma desesperada de intentar la revisión de un fallo adverso, sino un modo concreto y fundado de plantear un error judicial. Por lo tanto, es correcto que los requisitos de presentación sean lo suficientemente estrictos como para apreciar la seriedad del pedido y evitar malgastar tiempo y recursos en peticiones infundadas. Esto no quiere decir que se deba mantener una actitud formalista: se trata, por el contrario, de exigir la fundamentación del pedido, es decir, una expresión clara de los motivos y la mención de la prueba que lo funda.



Si no es necesario realizar una instrucción suplementaria, el Tribunal competente -que ha declarado admisible el recurso- se avocará al fondo del problema y revisará la sentencia condenatoria. Si fuera posible dictar la nueva sentencia sólo con los nuevos elementos de prueba -aquellos que tienen una virtualidad propia como para modificar el fallo (es el mencionado caso de la aparición con vida de supuesto muerto), el tribunal procederá a *cambiar* la sentencia. Si, por el contrario, se tratare de nuevos elementos de prueba que sólo adquieren valor en conjunción con los ya incorporados o bien se trata del Juez inicuo, el Tribunal *anulará* el fallo anterior y mandará que se realice un nuevo juicio, que seguirá las reglas comunes -“reenvío”-.

De un modo sintético, éstas son las reglas procesales relativas a la revisión del fallo firme. Normalmente, se pone en marcha a petición del interesado, pero nada obsta para que sea el Tribunal quien desencadene, de oficio, la revisión. Insisto: la sola posibilidad de condenar a un inocente o la imposición de una pena

injusta es algo tan irritante para el estado de derecho que *no pueden existir limitaciones en la instancia*. Inclusive, cualquier persona podría realizar el planteo ante los tribunales, ya que no sólo se halla en juego el interés del damnificado por el fallo injusto, sino la credibilidad de la administración de Justicia como institución soci4.

Esta misma idea de amplitud hace que el recurso tampoco tenga limitaciones en cuanto a la posibilidad de *plantearlo varias veces*. El rechazo del recurso no impide su nuevo planteo siempre, claro está, que cumpla con los requisitos de admisibilidad.

La sentencia que admite el recurso y decide directamente el caso -es decir, aquella que no "reenvía" el caso a un nuevo juicio- puede absolver con todas las consecuencias de esa decisión (libertad, devolución de objetos decomisados, etc.) o bien puede modificar la condena o rebajar la pena.

Indemnización por condena Injusta

Una de las consecuencias más importantes de una condena revisada es la *indemnización al condenado que ha sufrido injustamente*. Esta indemnización ha adquirido el carácter de un derecho humano básico, establecido en el *Pacto de San José de Costa Rica*, la cual establece:

"toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial" (art. 10).

Este derecho es un derecho absoluto. La ley nacional podrá establecer la clase y cantidad de esa indemnización, siempre que ella resulte "real" y no ilusoria o simbólica. Aunque no existieren leyes específicas sobre la indemnización judicial, los tribunales pueden fijarla, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos forma parte de la legislación interna de los países firmantes y no existe colisión alguna con normas constitucionales.

7. *Ejercicios y sugerencias para el trabajo práctico*

Esta parte es en cierto modo un apéndice o complemento del texto que contiene las unidades teóricas; este carácter complementario no debe ser entendido de un modo peyorativo y, menos aún, extender esa actitud emocional hacia el "trabajo práctico". En esa última frase, no deja de existir un dejo tautológico, si se me permite usar una expresión tan imprecisa. La voz griega "praxis" recupera un sentido más profundo y esencial. Praxis es trabajo y es relación directa con la realidad; pero antes que nada es el modo humano de estar en el mundo. Estar conscientemente en el mundo y actuar en él, esto es, existir en nuestro modo especial de ser.

1.- La “praxis” es abarcadora, compromete la totalidad de nuestra vida. Pero, ¿es necesaria esta reflexión para un simple apéndice? Si y no. Por supuesto la ejercitación no es más que eso, y su principal valor es pedagógico. Sin embargo nuestra enseñanza apegada aún en muchos casos a una declamación narcisista y superficial, necesita una reflexión integradora de lo práctico (¿o de la praxis?).

2.- Una enseñanza sin praxis no es vital, no es enseñanza, está muerta. Pero esto no significa una apología de la práctica, como muchas veces se ha entendido. Muchos “laboratorios”, “talleres”, cursos de capacitación, etc., se basan en la idea de que la enseñanza “práctica” es el estudio de las rutinas de los tribunales, las “experiencias” del ejercicio profesional y los “tics” y “guiños” que son necesarios para convertirse en un abogado exitoso.

3.- No quiero despreciar con ligereza este tipo de conocimiento: ello no solo sería petulante, sino hipócrita, porque por mi propia experiencia reconozco que esos conocimientos muchas veces son imprescindibles para el éxito profesional. Sin embargo, quiero destacar otro tipo de ejercitación, que puede cumplir una doble función, la de servir como desarrollo profesional, pero, a la vez, como estímulo intelectual y académico.

4.- Seguramente, todos hemos sentido frente a un curso que debíamos emplear dos discursos, incluso debíamos adoptar una doble actitud; una para dirigirnos a un grupo de alumnos preocupados exclusivamente por su formación profesional como abogados y cuya vocación se circunscribe a ese ejercicio profesional; y otro, que tiene inquietudes intelectuales o a veces, una firme vocación académica. Normalmente también existe otro grupo: aquellos que no tienen ninguna vocación o la

están descubriendo.

5.- ¿A quiénes debe hablarle el profesor? ¿Con base a cuáles intereses debe estructurar su mensaje? Muchas veces cometemos errores al no tomar en cuenta esta realidad y prescindir de algunos de estos grupos. Todavía recuerdo a un profesor que en su primera clase advertía que la universidad mataba vocaciones intelectuales lo que podía ser realista, pero dejaba sin salida a un grupo de estudiantes que si tenían vocación intelectual; o a aquel otro profesor que entendía que debía transmitirle a sus alumnos sus “aventuras tribunalicias” y que la habilidad dialéctica o la frase oportuna eran suficientes conocimientos, frente a los oscuros y complicados conceptos que formaban el programa de la materia.

6.- ¿O cuantas veces no hemos sentido que solo hablábamos para una pequeña porción del curso, mientras el resto garabateaba en silencio su hastio? ¿No nos hemos encontrado frente a alumnos totalmente desorientados, que al terminar nuestro curso, continuaban su marcha sin rumbo?

7.- Siempre he creído que desconocer esta realidad es una renuncia dolorosa, muchas veces impuesta por la falta de tiempo, la necesidad o la rutina. Pero siempre renuncia al fin. Existe otro problema adicional que consiste en la necesaria uniformidad de los contenidos técnicos. Por eso este “complemento” de la parte teórica busca dar respuesta a la diversidad de demandas de los alumnos de un mismo curso. brindando adiestramiento para el desarrollo profesional, para quienes solo busquen eso, tratando de estimular a quienes tienen inquietudes intelectuales y ayudando a encontrar su rumbo a quienes no saben por qué estudian leyes.

8.- ¿Puede el trabajo práctico cumplir esa función? Sí, si lo entendemos en el sentido amplio y vital de *usar las ideas*.

Me produce fascinación un taller mecánico ordena, donde todas las herramientas ocupan un lugar y existen multiplicidad de recipientes con tornillos, tuercas o arandelas. Sin embargo distinta ha sido mi sensación al tener que “usar” esas herramientas. Así me he enfrentado a mi inhabilidad natural, al cansancio o al aburrimiento, así como otros habrán descubierto el maravilloso aumento de su capacidad que produce cada herramienta.

9.- ¿Cómo podremos saber qué es el Derecho si no lo usamos? ¿Cómo sabremos el valor de un concepto sino descubrimos sus consecuencias? Las sugerencias para el trabajo práctico que se presentan a continuación son ejercicios para usar las ideas expuestas en la parte teórica y, en consecuencia, profundizar en el conocimiento del Derecho Procesal Penal; ellos no reemplazan al conocimiento teórico, al contrario, lo presuponen. Pero también presuponen una actitud en el alumno y el profesor. Si entre ambos no desean superar una relación “comercial” de la enseñanza según la cual uno vende un producto y otro lo recibe -y después verá que hará con él- los materiales de ejercitación servirán de muy poco. Por el contrario, si deciden usar y poner a prueba las ideas, establecerán una relación más profunda. Para ello muchos profesores deberán bajar del pedestal y muchos alumnos deberán abandonar su visión mercantilista y utilitaria.

El análisis de casos hipotéticos.

1.- La metodología de casos es el mejor ejercicio para los estudiantes pero requiere algunas aclaraciones.

Desde el punto de vista puramente pedagógico lo obliga a un estudio mas profundo y ya enmarcado en el tipo de actividad que luego realizará como abogado. En este sentido es el trabajo práctico por excelencia (y no lo es por ejemplo el redactar una demanda o un escrito judicial que, para ser realizado correctamente, presupone que se ha analizado con precisión el caso que le sirve de base).

2.- He insistido en la importancia del análisis jurídico y él no es una actividad que se pueda desarrollar solo sobre normas sino que requiere la concurrencia de un caso, es decir, de una situación real o hipotética que permita realizar el proceso de subsunción en enlazar situaciones vitales con prescripciones. El proceso de subsunción obliga al alumno a detectar dentro de la totalidad del relato cuáles son los elementos que a su juicio tienen relevancia jurídica, deberá fundamentar su elección, deberá explicar porque razón desecha otros elementos y deberá confrontar este análisis con el realizado con otros compañeros del curso. También deberá analizar cual debe ser el papel del abogado en ese caso que le aconsejaria a un hipotético cliente y analizar cuáles serian las consecuencias de un mal desempeño profesional.

3.- Este tipo de ejercitación es bastante común en la enseñanza del derecho penal, pero paradójicamente. pese a que el uso Incorrecto del derecho procesal penal produce perjuicios más directos a las personas que otras ramas jurídicas no se ha desarrollado convenientemente este tipo de ejercitación y la ausencia de bibliografía contrasta con la de colecciones de casos penales. Sin duda el carácter analítico de la teoría del delito ha contribuido enormemente a difundir el método de casos en el derecho penal y la falta de un camino (un método) en el derecho procesal ha significado un obstáculo.

4.- Sin embargo es posible desarrollar un método para resolver casos procesales que no tiene las mismas características que el utilizado por el derecho penal pero sirve para ordenar las discusiones. El análisis se puede ordenar siguiendo estos pasos:

***La construcción
de la situación o
el relato del hecho***

1. A diferencia de los tradicionales casos penales, en los que la base fáctica ya viene determinada y solo se analiza su relevancia (en el camino de ida y vuelta propio de la subsunción), los casos procesales tienen siempre un primer paso en el que se debe construir esta base, ya se trate finalmente de una decisión de fondo o de una cuestión incidental. Este primer paso permite ejercitar la teoría de la prueba. Existen otros casos en los que se pretende discutir sobre la validez de los actos o su nulidad y pareciera que en ellos no es necesario construir un soporte fáctico.

2.- Efectivamente, en esos casos se está superando esta primera etapa del mismo modo que existen casos de derecho penal que de un modo abreviado plantean directamente problemas de justificación o culpabilidad. De todos modos siempre es preferible que los casos procesales estén contruidos sobre un soporte fáctico (de fondo o incidental) para que el alumno piense los problemas de validez de los actos procesales en el contexto más amplio que provee la situación fáctica. De este modo se puede evitar el defecto de considerar el problema de la actividad procesal defectuosa bajo el prisma exclusivo de la relación bipolar validez-nulidad, sin considerar los efectos más amplios sobre el resto de la base fáctica. Puede parecer -y de hecho lo será muchas veces- que analizar el caso desde la acusación, defensa, producción de prueba y sentencia es más sencillo. La única diferencia con el método propuesto es el lugar de análisis de la base fáctica. Si nos ubicamos en el punto del "intérprete-juez" (que es el que se usa, por ejemplo en los casos de derecho

penal) la información ya ha ingresado (por eso es un caso hipotético) y el analista está situado en un punto en el que puede guiarse por la trilogía clásica de “base fáctica - presupuestos procesales - sentencia”.

De todos modos esta es una propuesta de trabajo para ordenar las ideas y cada profesor y alumno la modificará según le sea útil. Igualmente influirá el modo como se ha cuestionado el caso y la amplitud de lo que se desea ejercitar.

Este primer nivel implica:

a) *El análisis de la validez de la información* (medios de prueba y reglas de legalidad de la prueba);

b) *La construcción del relato, del hecho* (lógica e in dubio pro reo con el valor que tenga en cada etapa);

c) *La pertinencia del relato* (relevancia), subsunción, “ida y vuelta con las distintas soluciones normativas. El relato es pertinente si le da base a alguna de las soluciones normativas posibles, sin que sea necesario ya decidirse por una de ellas.

El desarrollo de la controversia.

1.-Desarrollar la controversia ampliamente es un paso ineludible en un caso procesal ya que debe existir un litigio (salvo que se continúe pensando en la presencia de los sistemas Inquisitivos que son sistemas judiciales sin litigio) En cierto modo el conjunto de exigencias vinculadas a la formación de la controversia constituyen los “presupuestos procesales” y su análisis se puede ordenar del modo siguiente.

1. *El planteo de la petición:*

a) *Admisibilidad* (oportunidad, formas, es decir si es reconocido como una pretensión válida)

b) *Legitimación* (es decir la petición ha

sido hecha por quién tiene facultades para hacerlo).

2. *La respuesta a la petición:*

a) *Oportunidad.*

b) *Legitimación.*

3. *El objeto litigioso* (su contenido depende de muchos factores, se trata de definir con precisión lo que debe ser decidido). La cuestión en litigio puede ser “de fondo”, es decir vinculada directamente al conflicto que constituyó el caso ya sea que trate la totalidad o una parte de lo que está en discusión o puede ser “incidental”, es decir referida a una cuestión que afecta la decisión o influyen en ella pero no está vinculada directamente en el conflicto originario.

La construcción de la decisión

Finalmente el juez debe decidir el objeto definido en la controversia sobre la base fáctica analizada. Ello tiene también dos fases

1. *Las condiciones para decidir* (se debe analizar si se trata de la persona habilitada para decidir, capacidad, competencia, etcétera).

2. *La construcción de la decisión:*

a) *La forma de la decisión.*

b) *El contenido de la decisión* (absolver, condenar, invalidar, etc.) aquí el caso puede contener también un análisis de la solución de fondo o llegar a la solución por vías procesales.

c) *La lógica de la decisión*, es decir, no solo su lógica interna sino su adecuación al objeto litigioso (congruencia).

d) *Su impugnabilidad* (que tipo de control permite). Este tipo de análisis no establece un punto específico para las garantías procesales porque ellas están presentes en todos los niveles. muchas veces el caso se resuelve por la afectación de una de estas

garantías en algunos de los niveles de análisis.

Esquema de análisis

1. *La construcción de la situación fáctica o el relato del hecho.*
 - a) El análisis de la validez de la Información.
 - b) La construcción del relato, del hecho
 - c) La pertinencia del relato (relevancia).
2. *El desarrollo de la controversia.*
 1. El planteo de la petición:
 - a) Admisibilidad.
 - b) Legitimación.
 2. La respuesta:
 - a) Oportunidad.
 - b) Legitimación.
 3. El objeto litigioso.
3. *La construcción de la decisión:*
 1. Las condiciones para decidir.
 2. La construcción de la decisión:
 - a) La forma de la decisión.
 - b) El contenido de la decisión.
 - c) La lógica de la decisión
 - d) Su impugnabilidad

Debates

1.- Se incluye una pequeña muestra de algunas lecturas que sirven para motivar la reflexión y el debate. Esta selección es puramente subjetiva y busca llamar la atención sobre algún aspecto incluido en el texto o que le ha servido de fundamento. Los estudiantes de nuestras escuelas de leyes están demasiado acostumbrados a utilizar los manuales y apuntes como su única fuente de conocimiento. Esto le hace un gran mal a su formación intelectual ya que esos textos -como también este pequeño curso- tienen las limitaciones

propias de su destino específico. Los profesores deben tratar de estimular la amplitud de las lecturas: para ello nada mejor que señalarles puntos específicos, autores determinados, previamente seleccionados por el profesor, que le enseñen al alumno que la lectura no es otra cosa que un diálogo calmo y profundo con alguien que se ha preocupado de los mismos temas que ahora le preocupan a él.

2.- En este sentido, la lectura es un ejercicio intelectual insoslayable. También se les debe enseñar a los alumnos que una lectura que no se haya acompañado de reflexión, es como una conversación superficial, que podrá divertir momentáneamente pero es impropia del trabajo intelectual y finalmente hace perder tiempo.

Lecturas para el debate:

a) James GOLDSCHMIDT: *Teoría General del Proceso*, Labor, Barcelona, 1936, "Introducción".

Función del proceso y misión de la ciencia procesal.

En un conocido y famoso libro el abate Sieyès, Iniciador de la Revolución Francesa. preguntaba el autor: "Qu'est-ce que c'est que le tiers Etat"; ¿Qué es el Tercer Estado? Al interrogante contestaba: "Nada". Y luego, añadía: ¿Qué debería ser? Todo. ¿Qué aspira a ser? Algo. Igualmente podría preguntarse con respecto al tratamiento científico del proceso: ¿Qué es o, por lo menos, qué era hasta los tiempos recientes? Nada. La causa hay que buscarla en el Derecho Romano. donde el proceso no era sino una emanación del Derecho Civil. Ahora bien, como el Derecho Romano ha llegado a ser la base de la Jurisprudencia entera, ese enfoque ha influido en nuestra ciencia. Aun después de que el proceso logró emanciparse del Derecho Privado. la Ciencia del proceso se contentó con describir los fenómenos procesales o, como veremos, se inspiró en

***Algunas lecturas
ejemplificativas.***

construcciones que sólo son adecuadas al Derecho Privado.

De hecho, la Ciencia del proceso habría de ser: todo. En la práctica, apenas si se aplica el Derecho fuera del proceso. Aún en los casos de aplicación extraprocesal, por ejemplo, de la redacción de un contrato, suele hablarse de jurisprudencia cautelar para indicar que la misión de esta es prevenirse contra un posible pleito futuro. Con esto no quiero decir que todo derecho que se aplica en un pleito sea Derecho Procesal. Pero todo derecho que surge en un proceso ha de llevarse a un denominador procesal para que sea aplicable: por ejemplo, cuando el objeto del pleito es una compraventa, las obligaciones del comprador y del vendedor se presentan al Juez, desde el principio, revistiendo la forma de acción y de excepción, y el juez ha de averiguar cuáles son los hechos respecto de los que el actor o el demandado tienen la carga de la afirmación y de la prueba. Es decir, que el Derecho privado se transforma en un Derecho judicial, quedando como misión de la ciencia en el futuro la de llevar a cabo tal transformación en todas las relaciones jurídicas de Derecho Privado.

En realidad, la ciencia del Derecho Procesal se contenta con ser "algo", a saber: pretende que se establezcan las categorías que le son adecuadas.

b) Heinz ZIPF: Introducción a la Política Criminal. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, traducción de Miguel Izquierdo Macias-Picavea, PP. 2 y 3.

Las definiciones de "política criminal".

Feuerbach concibe la Política Criminal como sabiduría legislativa del Estado. Franz von Liszt define la Política Criminal como el conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por

medio de la pena y de las Instituciones con ella relacionadas. Roberto von Hippel define la Política Criminal como consideración de la eficacia del Derecho Penal bajo el criterio de la conveniencia. Para Peters, apoyándose en la célebre distinción de Sauer, repetida en forma temática, entre Política criminal y Política Criminal, la Política Criminal es el conjunto de la actividad creadora estatal o municipal, o relacionada con el Estado el Municipio. dirigida a una configuración adecuada, con la finalidad de prevenir y reducir los delitos y sus efectos. Mezger, ve la Política Criminal en sentido amplio como el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito.

La definición del concepto usual actualmente debe ser aclarada por algunas opiniones, tanto de dogmáticos del Derecho Penal como de criminólogos. Sax ve la Política criminal como el conjunto de las tendencias y disposiciones dirigidas a la adecuada aplicación del Derecho Penal. Schroder entiende por Política criminal la suma de todos los medios de reacción de los tribunales penales, los métodos y principios con que el Estado se enfrenta con el delito. Según Jescheck, la Política criminal se ocupa de la cuestión de cómo constituir del modo más adecuado el Derecho Penal, a fin de que pueda corresponder a su misión de proteger la sociedad. La Política Criminal debe ocuparse de la remodelación de las normas jurídico penales (en sentido amplio) y de la organización adecuada y perfeccionamiento del dispositivo estatal de persecución penal y de ejecución de la pena (Göppinger). Según Kaiser, ella pretende la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias y tácticas sociales para conseguir un control óptimo del delito.

Nota: Se han suprimido las citas bibliográficas presentes en el original de este texto, con el fin de aligerar la lectura del párrafo.

c) Alessandro BARATTA: *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurído-penal*, Siglo XX, México, 1986, cap. XV, # 42. "Cuatro Indicaciones 'estratégicas para una Política Criminal de las clases subalternas'", pp. 213 y SS.

Una Política Criminal alternativa

Se impone así la necesaria distinción programática entre Política Penal y Política Criminal, entendiéndose con la primera una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado (ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad, y entendiéndose en sentido amplio la segunda como política de transformación social e Institucional. Una política criminal alternativa es la que escoge decididamente esta segunda estrategia, extrayendo todas las consecuencias de la conciencia cada vez más clara en cuanto a los límites del instrumento penal. Entre todos los instrumentos de Política Criminal, el Derecho Penal es, en último análisis, el más inadecuado.

La perspectiva de fondo de esta Política Criminal es radical, por derivar de una teoría que reconoce que la cuestión penal no está sólo ligada a contradicciones que se expresan en el plano de las relaciones de distribución, y no es por ello soluble obrando sólo sobre esas relaciones para corregirlas, sino sobre todo en las contradicciones estructurales que derivan de las relaciones sociales de producción. En tal virtud, una Política Criminal alternativa coherente con su propia base teórica no puede ser una política de "sustitutivos penales" que queden limitados en una perspectiva vagamente reformista y humanitaria, sino una política de grandes reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la Igualdad, de la democracia, de formas

de vida comunitaria y civil alternativas y más humanas, y del contrapoder proletario, en vista de la transformación radical y de la superación de las relaciones sociales de producción capitalistas.

d) Jeremías BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, (1823), Ejea, Buenos Aires, 1971. Traducción de la compilación francesa de E. Dumont, por Manuel Ossorio Florit.

Todas las reglas del procedimiento deben dirigirse a estas cuatro finalidades: 1) rectitud en las decisiones; 2) celeridad; 3) economía; 4) eliminación de los obstáculos superfluos.

La rectitud en las decisiones constituye el fin directo; los otros tres no son sino fines colaterales. Se trata de evitar inconvenientes accesorios conocidos con el nombre de “plazos, de vejaciones y gastos”; bien entendido que se trata de plazos, de vejaciones y de gastos innecesarios en los cuales prepondere el daño, es decir, que hecho el balance de sus efectos el mal sobrepase el bien.

Lo que yo entiendo por rectitud en las decisiones, es su conformidad con la ley, puesto que sobre la ley se regulan los temores y las esperanzas de los ciudadanos. La ley representa una expectativa. El público quedará satisfecho si la decisión del juez se ajusta a esta expectativa; si la contraria, se habrá establecido un principio de inseguridad y, en casos importantes, una alarma proporcional!

Se puede concebir fácilmente una justicia “abstracta” que es la que parecerá tal a los ojos de un juez infalible, conecedor de todas las circunstancias de la causa; pero distinguir esa justicia abstracta de la justicia legal, constituye una pretensión vana y peligrosa que entregaría al juez a las fantasías de su Imaginación y le haría perder de vista su verdadera guía, que no es otra cosa que la ley. La ley adjetiva, es decir, la ley de

procedimiento que únicamente será buena en tanto concurra al cumplimiento de la ley sustantiva.

Si el juez, de acuerdo con las reglas del procedimiento, absuelve al acusado a quien cree culpable según los términos de la ley; si hace perder a un ciudadano un derecho, conforme a su persuasión, la ley quería conservarle; en una palabra, si el negocio lleva a un desenlace contrario al que habria tenido según la Integridad de un juez libre, se puede estar seguro de que aquellas reglas son malas.

En todas estas hipótesis lo que la ley sustantiva promete a los ciudadanos, la ley adjetiva les quita los medios obtenerlos; los dos aspectos de la ley están en oposición uno con otro.

Sin embargo, no hay que deducir de estas observaciones que sea necesario abolir todas las formas y no tener otra regla que la voluntad de los jueces: lo que se necesita evitar son las formas, las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción y que hacen del procedimiento el enemigo de la ley sustantiva.

En cuanto a los fines que he llamado colaterales, de celeridad, economía y eliminación de obstáculos superfluos, queda todo dicho con su sólo enunciado: mas adaptar el procedimiento a esos fines y conformar a ellos la práctica, es una labor que requiere por parte del legislador una habilidad y una firmeza extraordinarias, porque en esa carrera hay que luchar más que en ninguna otra contra seductores intereses. No hay nada de sátira ni nada de exageración en decir que el procedimiento parece haber estado dirigido hacia fines absolutamente contrarios y como con el deseo de multiplicar los gastos, las dilaciones y las vejaciones, mediante el agregado de todo lo que puede hacerlo ininteligible. Esos vicios no han sido, sin embargo, el efecto de un plan adoptado por los tribunales, han sido la consecuencia de aquellos intereses de que acabo de hablar, de aquellos intereses seductores que no han

tenido ningún freno, porque la opinión pública estaba muda o Impotente sobre los abusos que su ignorancia le impedía enjuiciar, o era indiferente sobre la suerte de los litigantes, individuos dispersos que no forman una clase, que cambian todos los días, cuyos pleitos son odiosos y que no pueden ni siquiera hacer comprender sus quejas más legítimas (cap. II, pp. 12 y ss.).

e) Ladislao THOT: *Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1927.

a) *Reglas generales para la aplicación de la tortura.*

La antigua doctrina reunida por la práctica judicial estableció algunas reglas de carácter general, que sirvieron de pauta para aplicación de la tortura.

La más importante regla general era que antes de proceder el juez a aplicar la tortura, debía comprobar la existencia del "cuerpo del delito", porque si no constaba este debidamente no era permitido recurrir a aquélla. A este respecto, hubo tal rigorismo jurídico en la doctrina y en la práctica que si el reo confesaba haber dado muerte a una persona y haber arrojado el cuerpo al mar, pero no había habido testigos ni se diere con el cadáver, a pesar de su confesión no poder ser castigado, salvo que resultase comprobado por "fama pública" que la persona de referencia había sido muerta en efecto.

En caso de hechos que no tenían por su naturaleza, ningún cuerpo de delito, éste era reemplazo por los Indicios.

Otra regla no menos importante era la que disponía que, antes de la tortura, el juez debía hacerle conocer al reo los indicios legítimos y suficientes reunidos, a fin de que éste pudiera desvirtuarlos por contra-indicios o por presunciones legales.

Además de ellas debemos mencionar otras reglas no menos importantes. Una era la que establecía que la tortura debía efectuarse de modo tal que el reo saliera de ella "salvo". Esta regla era tan primordial que, como

vamos a verlo más tarde, en caso de transgredirla el juez era castigado.

Otra regla trascendental era la que establecía que los medios para averiguar la verdad es decir, los Instrumentos de tortura, debían ser ajustados por el juez a los indicios acumulados contra el reo y a la atrocidad del delito. A este respecto, el principio general era que el medio para la averiguación de la verdad no podía ser mayor que la pena misma que amenazara al reo. (p. 288)

b) *El enjuiciamiento en los procesos criminales contra las brujas.*

El enjuiciamiento criminal contra las brujas estuvo inseparablemente vinculado con el nuevo sistema del proceso inquisitorial, que tuvo su origen en Alemania.

Sus principios y reglas eran las siguientes. La persona acusada era capturada e incomunicada en una celda aislada (*carceris squalores*), que tenía por objeto darle oportunidad para reflexionar acerca de su pasado y de su porvenir, es decir, provocar en ella el arrepentimiento y la pronta confesión del delito imputado. Luego se le aplicaba el llamado "recelo" (*territio*), intimidación a que se le sometía mostrándole y describiéndole los instrumentos y atrocidades de la tortura que le esperaba en caso de negar el delito. Si el recelo no daba resultado, desnudábase al acusado y se le cortaba el pelo de todo el cuerpo, a fin de evitar cualquier fraude que pretendiera hacer para que el cuerpo fuese insensible a la tortura. Luego procedíase a la búsqueda del llamado estigma diabólico, por creerse que toda bruja tenía en su cuerpo un lugar que era insensible a las punzadas y del cual no manaba sangre, para comprobarlo, el verdugo punzaba en distintos sitios y particularmente donde hallaba algo que le parecía anormal. También se trató de impedir que las brujas recibieran ayuda de su cómplice, el diablo, por lo cual durante la tortura se les quitaba la ropa.

Previamente a la tortura empleábanse pruebas preliminares, tales como la prueba de las lágrimas (*Tränenprobe*), la prueba de bruja y la balanza de brujas.

La prueba de lágrimas consistía en lo siguiente: el sacerdote o el juez hacía colocar al acusado sobre su cabeza, rezando una fórmula de juramento, según cuyo contenido, si el acusado era inocente, sus ojos empezarían de inmediato a verter lágrimas. Si no podía llorar, se consideraba demostrada su culpabilidad; y al llorar luego la persona acusada, decíase que era indicio de que había sido ayudada por el diablo.

Por fin, la balanza de brujas consistía en pesar a la acusada para establecer si su peso era mayor del que había sido apreciado con anterioridad. Semejante prueba tenía su fundamento en la creencia general de que las brujas, las noches de los sábados, tenían conciliábulos secretos a los cuales solían concurrir montadas en escobas, para lo cual se necesitaba tener un cuerpo liviano, lo que se lograba mediante un pacto con el diablo. Así, pues, antes de colocarse a la acusada en la balanza, se calculaba, por personas que la conocían, el peso aproximado que podía tener en una época anterior a la perpetración del delito de brujería; si resultaba tener el mismo peso supuesto o uno mayor, era declarada inocente, pues no podía ser bruja; y, en cambio, si resultaba de un peso menor que el supuesto era considerada culpable.

En algunas partes se recurrió directamente a la tortura, sin estos procedimientos previos. (pp. 75 y 76).

f) Arturo JAURETCHE: *Manual de zonceras argentinas*, A. Peña Lillo, Buenos Aires, 1974, 7ª ed.

Habeas Corpus (*zoncera n° 26*)

Cada vez que meten preso a un tipo, más o menos arbitrariamente, hay un abogado recién recibido que dice:

-Esto lo arreglo con un *Habeas Corpus*.

Y el abogado resulta un petisito en una cancha de básquet, pues los grandotes que son los jueces-empiezan a pasarse la pelota por arriba sin que haya modo de que entre en la red. A esto de pasarse la pelota por arriba le llaman cuestiones de competencia o de jurisdicción. Esto, en los casos en que el gobierno está descuidado que son muy pocos- y no hay estado de sitio ni Conintes.

Diógenes el Cínico se lamentaba, linterna en mano, de que no había podido encontrar un hombre. Quisiera verlo buscando un juez con un recurso de habeas corpus, y una lámpara de mercurio en la mano. ¡Pobre de él!

Eso lo saben los abogados que no son recién recibidos cuando les hablan de presentar un *Habeas Corpus* (salvo que el preso sea tratante de blancas, contrabandista o ladrón de automóviles).

Esta es la oportunidad de hablar de esas zonceras llamadas garantías constitucionales, que son las que se quieren poner en movimiento con el *Habeas Corpus*. No sé si debo hacerlo porque me comprenden las generales de la ley (¿o los generales?) como se verá en lo siguiente.

Aquí debo confesar una zoncera propia, a la que me referiré en la zoncera que sigue, y que trata de mi confiscación de bienes, expresamente prohibida por la Constitución Nacional (Declaraciones, Derechos y Garantías). Ahí se verá lo que me pasó por zonzó, es decir por creer en las garantías constitucionales.

Se trataba de mi inclusión en los interdictos por la "Junta de Recuperación Patrimonial" en 1955.

Dire ahora, que lo me hizo más zonzó fue mi condición de abogado, pues a pesar de tener casi 30 años en la profesión procedí como un abogado recién recibido.

Me dije: se trata de un tribunal especial, prohibido por la Constitución en sus garantías, se trata de un juzgamiento por ley posterior al hecho de la causa.

invierte el cargo de la prueba y establece un procedimiento especial para ciudadanos especiales con lo que destruye la igualdad ante la ley, también contenida en las garantías. Estos ciudadanos especiales son sacados “de la pata” el “montón”, colocados en desigualdad por quien hace la lista de “Interdictos” que todavía no se sabe quién la hizo, aunque parece evidente que la hicieron abogados que después se especializaron en defender “Interdictos” explotando el negocio que habían inventado bajo la dirección del Dr. Busso, que era Ministro del Interior- (¿será por esto, o porque el colchón no tenía lana, que no se han construido los oleoductos, viviendas y todas las otras maravillas que iban a resultar de los fondos provenientes de la recuperación patrimonial?). También me dije: ahora no estamos en ninguna de las dos “tiránias”, sino en plena libertad, y la Constitución de 1853 ha sido restaurada, aunque sólo sea por Decreto. Ahora el derecho no lo marca Valenzuela, sino los maestros de la cátedra, como Orgaz, Gallí, Soler... Y salí a buscar mis jueces naturales.

¡Todavía los ando buscando!

Tampoco dijeron nada los Colegios y Asociaciones de Abogados que se la pasaron haciendo declaraciones durante la “segunda tiranía”, pero parece que esto sólo prueba que los Colegios y Asociaciones no están dirigidos por abogados recién recibidos: están hechos para sostener las garantías constitucionales como zonceras, pero no a los abogados zonzos que las invoca. Así es como los abogados me dicen:

“¿Qué clase de pescado sos que creés en las garantías constitucionales y en los colegios de Abogados?” ¡Y ahora me lo dicen hasta los abogados recién recibidos!

Lo que prueba que soy el único abogado recién recibido que queda en el país.

Eso sí: cuando se trata de una empresa extranjera o de un periódico de los grandes, las garantías funcionan. Además, pocas veces tienen que recurrir a los jueces

porque los gobernantes saben para quién son las garantías y se cuidan de no tocarlos (pp 185/186).

g) Reid HASTIE, Steven PENROD y Nancy PENNINGTON: *La institución del jurado en los Estados Unidos -sus intimidades-*, Civitas, 1986, traducción de César P. Giudini Joubert, cap. 1, p. 17.

El proceso mediante jurado constituye la piedra angular de la idea de justicia en los Estados Unidos. El derecho a ser juzgado por un jurado Imparcial y no sometido a las exigencias del poder político es una de las garantías constitucionales más incuestionables y de mayor tradición. Los Estados Unidos se distinguen del resto de las naciones -en lo que al sistema judicial se refiere- por el papel fundamental asignado al juicio mediante jurado. Los más de trescientos mil procesos de este tipo que se realizan anualmente son de enorme importancia práctica y simbólica para todas las personas que participan en los mismos o que, de una manera u otra, están al tanto de ellos. El ciudadano medio de los Estados Unidos entiende que la participación en la vida pública se efectúa no solamente mediante el ejercicio del derecho de voto, sino también a través del ejercicio del derecho a formar parte del jurado.

Su larga historia y la importancia que se le atribuye en el sistema legal de nuestros días no impide que sea incierto el futuro del proceso mediante jurado. Los cambios sociales ocurridos en los Estados Unidos han planteado exigencia que la Justicia no puede satisfacer mediante este tipo de proceso tal como ha venido funcionando hasta ahora. El aumento del número de procesos penales y civil se ha saturado el sistema judicial, planteando dificultades sin precedentes para que el jurado pueda enjuiciar correctamente. Se han producido aumentos espectaculares en la complejidad y duración de los procesos. En algunos distritos, solamente la tarea de selección de los miembros del

jurado para causas penales normales puede llegar a durar hasta una semana Aunque no son la regla, los procesos civiles y penales que duran meses y hasta años constituyen un freno para la administración de justicia. En la jurisdicción civil, los adelantos técnicos y científicos que se plantean en el proceso son de tal complejidad que, además de representar un verdadero desafío para los entendidos en la materia, parecería que exigen de los ciudadanos que participan en el jurado niveles de conocimientos imposibles de alcanzar. Asimismo, los procesos tecnológicos originan cambios en algunos de los usos probatorios y procesales y permiten un mayor conocimiento por el público gracias al acceso de los medios de comunicación, todo lo cual ha provocado transformaciones en la naturaleza del proceso por jurado.

h) Max WEBER: “Formas racionales e irracionales de administración de justicia”, extractos de Max Rheinsteln, editor, en *Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1954, pp. 349-56. En Wilhem AUBERT: *Sociología del Derecho*, Tiempo Nuevo, Caracas, Venezuela, 1971, p. 159:

La razón decisiva del éxito de la organización burocrática ha sido siempre su pura superioridad técnica sobre toda otra forma de organización. Una administración burocrática plenamente desarrollada está frente a las formas no burocráticas en igual relación que la máquina frente a las formas no mecánicas de producción (...). La burocracia otorga a la administración de justicia bases para dar aplicación a un sistema racional, conceptualmente sistematizado, de derecho, constituido por “leyes”, tal como se lo logró por vez primera con un elevado grado de perfección técnica en las postrimerías del Imperio romano. En la Edad Media, la recepción del derecho romano se

produjo simultáneamente con la burocratización de la administración de justicia. El juzgamiento por especialistas formados en cada nación fue sustituyendo al tipo más antiguo de proceso, fundado en la tradición o en hipótesis irracionales.

El juzgamiento racional fundado en conceptos jurídicos rigurosamente formales debe ser cotejado con el tipo de juzgamiento orientado primariamente en tradiciones sagradas en las que no se encuentra una base clara para la solución de casos concretos. Así los litigios son resueltos a través de una justicia carismática, es decir, por las "revelaciones" concretas de un oráculo, la condena de un profeta o por una ordalia; o por una justicia de cadí, no formalista, fundada en juicios de valor éticos concretos u otras valoraciones prácticas; o bien como justicia empírica, formalísticamente, pero sin requerir la subsunción del caso en conceptos racionales, sino recurriendo a "analogías" y con referencia e interpretación a "precedentes".

i) Karl J. Mittermaier: Tratado de la Prueba de Materia Criminal, Reus, 7ª ed., Madrid, s/f, Parte primera, cap. XIII, p. 82.

He aquí las objeciones en toda su fuerza. No creemos que sean capaces de arrastrar la opinión del observador atento y sagaz, porque conducen en definitiva al error; y lo que tienen de especioso debe sólo excitarnos a examinar con más detención si los vicios de que se acusa al Jurado, son inherentes a su naturaleza o resultado de su organización defectuoso en ciertos países; si esta institución lleva en sí misma garantías importantes que no podrían encontrarse en las jurisdicciones regulares, y si no es más propia que cualquiera otra para conciliarse la pública confianza con la equidad de las sentencias. No; no puede negarse por un solo momento la ventaja de semejantes garantías:

1. Mientras que los Jueces ordinarios, bastante indiferentes a veces hacia la opinión de los conciudadanos, y a menudo más interesado en su ascenso, se esfuerzan en conquistar el favor de aquellos de quienes depende su propia fortuna y la de sus parientes y allegados, descuidan sus funciones por estar al abrigo de toda censura pública, y nada tienen que temer de las consecuencias de una sentencia defectuosa, los jurados, por el contrario, contraen una inmensa responsabilidad moral ante la opinión pública del país, juez soberano e incorruptible. Basta haber vivido en un país donde esté en vigor el jurado, para saber la impresión que sus veredictos causan en todas partes; 2. y cuando, terminada su misión, vuelve a entrar el jurado en el seno de la ciudad, se halla al punto en presencia de la crítica general, allí ninguna deja de censurarlo cuando se presente y la ocasión, y la reprobación pública puede herirle de muy distinto modo que al juez los apercibimientos de sus superiores; y sabedor de esto, presta a los debates una atención incesante y más concienzuda.

j) Eugenio Raúl ZAFARONI: “Sistema Contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material”, en *Criminología Crítica*, 1 Seminario, Universidad de Medellín, Colombia, 1984. p. 113.

Considero que la breve descripción del fenómeno contravencional, en la ciudad de Buenos Aires permite poner en descubierto un mecanismo de criminalización que no puede llamarse propiamente “subterráneo”, dado que es manifiesto, sino “paralelo” al sistema penal estricto. El discurso jurídico segrega cuidadosamente el sistema penal paralelo, apelando al más heterogéneo arsenal argumental de racionalizaciones minimizantes: naturaleza no penal, menor cuantía, -razones prácticas, organización federal, etc. De cualquier manera, el

resultado práctico de la segregación jurídica minimizadora es la total ignorancia de las garantías que proclama el discurso jurídico respecto del sistema penal estricto. Esto se acompaña de un descrédito social del abogado que se especializa en la práctica profesional de las defensas en este sistema paralelo y de una desvalorización teórico jurídica del mismo sistema. La minimización formal conlleva el desprestigio de los esfuerzos científicos que se consideran inútiles en campo tan “nimio”. La investigación jurídico-penal del área paralela carece de “mercado universitario y editorial: no se enseña en los programas ordinarios de especialización, no hay interés en publicar los trabajos sobre este sistema. No sólo los juristas que exponen el derecho penal en forma más o menos convencional se desentienden del sistema penal paralelo, sino que el discurso jurídico minimizante es internalizado por los reformados y críticos, que deslumbrados por la “gran represión” estricta pierden de vista la represión incontrolada que se lleva a cabo por los sistemas paralelos minimizados.

Investigaciones

1. También es útil plantear pequeños ejercicios de investigación. En este caso no importa tanto el resultado del ejercicio como el hecho de que el alumno comience a enfrentarse a los problemas de la investigación que pueden ir desde la dificultad en diseñar el proyecto (aprender a definir con precisión lo que quiere investigar) hasta el simple, pero a veces determinante escollo, de no hallar la bibliografía conveniente. En nuestro país las bibliotecas no suelen estar verdaderamente al servicio del lector (y la biblioteca de la Facultad de Derecho es una prueba de ello) porque no respetan *razonablemente* el ritmo de un

trabajo de investigación que, a veces requiere que la espera para acceder a los libros no se prolongue demasiado o se le den otras facilidades (préstamos, horarios más amplios, etc.). No obstante es importante inculcar en los alumnos el hábito de recurrir a una biblioteca, de mantener la disciplina que requiere un trabajo constante de búsqueda y, sobre todas las cosas, a resistir *el peso de la información*, mientras uno encuentra el hilo conductor que convierte a esa masa de datos en un trabajo ordenado y fundamentado. La enorme cantidad de información a la que fácilmente puede acceder un estudiante actualmente hace necesario un trabajo más arduo en el análisis y el uso de la información. Necesita también una guía más fuerte, para no desalentarse ante el cúmulo de datos.

2. En cuanto a las Investigaciones que requieren trabajo empírico o de campo, difícilmente los alumnos se hallarán en condiciones de desarrollarlas con satisfacción, aunque se trate de pequeños trabajos muy acotados. No obstante, dada la tremenda necesidad que tenemos de estimular las investigaciones empíricas en el campo de derecho, incluiremos pequeños ejercicios que, aunque no sean realizados con el conveniente rigor, puede ir generando la conciencia de que no es posible realizar afirmaciones sobre la realidad sin un adecuado sustento en el conocimiento empírico.

Algunos ejemplos de ejercicios de Investigación.

a) Cuadro de análisis político-criminal

Este ejercicio busca que el alumno aprenda a reflexionar sobre la Política Criminal y a efectuar análisis en ese campo -que no es estrictamente jurídico- sin perder por ello rigor científico o lógico. Se debe desterrar la costumbre -bastante extendida- según la cual es suficiente sostener proposiciones axiológicamente valiosas, sin preocuparse demasiado

por su fundamentación. Por ello la investigación que aquí se propone busca obligar a que el alumno desarrolle un pensamiento crítico pero fundamentado.

1) El primer paso consiste en la identificación de un sector de la política criminal. (Por ej. protección del medio ambiente, castigo al consumo o tráfico de drogas, etc).

2) El segundo paso consiste en el análisis de la Política Criminal *formulada*, es decir, la que surge del primer análisis, de los textos legales, esto es, de las políticas *explicitas*. Para ello, se recomienda la utilización de la tabla siguiente, que le servirá al estudiante para ordenar la información:

Nivel 1. Política criminal formulada o explícita

<i>Objetivos</i>	<i>Decisiones</i>	<i>Instrumentos</i>	<i>Reglas</i>	<i>Estrategias</i>
------------------	-------------------	---------------------	---------------	--------------------

3) En el tercer paso, el alumno deberá realizar el mismo análisis anterior pero tratando de indagar si existe una Política Criminal "real" tras las formulaciones. En rigor, este análisis no se puede realizar correctamente sin contar con datos sobre la realidad, sin embargo, como el objetivo de este ejercicio es otro, el alumno podrá prescindir de estos datos si no le es posible hallarlos, guiándose en ese caso por su experiencia o simple observación. Deberá utilizar la misma tabla anterior para ordenar esta nueva información.

En los niveles 1 y 2 se analiza la Política Criminal como un fenómeno social. El alumno debe comprender que se halla todavía en el plano del ser y se debe notar la importancia de no cambiar inadvertidamente planos durante la tarea

4). En el cuarto paso, el alumno debe construir un primer modelo de Política Criminal. Para ello también usará la tabla indicada. Debe agregar, además, una pequeña fundamentación política que aclare cuáles son

los valores que sustentan su modelo.

5). El quinto paso consiste en la elaboración de un modelo alternativo al construido en el nivel anterior. Se busca de este modo que el alumno comprenda la existencia y puja entre modelos de política criminal que se plantean a sí mismos como alternativos. También aquí se debe trabajar con la tabla señalada en el primer paso.

6). El sexto ejercicio consiste en la elaboración de un informe global sobre el sector de política criminal seleccionado al inicio. Este informe debe reflejar la conjunción de los cuatro niveles analizados previamente (política formulada, política real, y los dos modelos alternativos). Aquí el alumno vuelve al plano del ser y el desarrollo de los valores que realizó en el nivel 3y 4 se convierten en valoraciones concretas inmersas en el mismo proceso social. Este sexto ejercicio busca que, así como el alumno en los ejercicios anteriores debía atenerse a la linealidad del nivel en el que se hallaba trabajando, aquí debe comprender que la realidad no es lineal, sino múltiple y que todo análisis debe buscar, en definitiva, captar del mejor modo posible esa multiplicidad.

7). El último paso consiste en tratar de identificar o definir a los sujetos productores hegemónicos de la Política Criminal.

Este trabajo no es sencillo y posiblemente requiera mucha ayuda del profesor. Es importante que los alumnos intenten realizarlo y que la corrección sea estricta ya que el mejor modo de adquirir una metodología de trabajo es a través del ensayo y el error.

a) Los pro y los contra los jurados

Muchos autores se han pronunciado a favor y en contra

de los jurados. Una pequeña investigación que pueden realizar los alumnos es la elaboración de un cuadro o tabla en las que de un lado se ordenen los argumentos a favor del jurado y en el lado contrario el argumento específicamente contrario.

Una variante de este ejercicio es el siguiente: también en nuestro país han existido muchos pronunciamientos a favor y en contra de esta Institución. El alumno deberá investigar a los juristas y políticos argentinos que han opinado en este tema, y sobre esa base tratar de definir las corrientes de opinión y sus fundamentos principales.

b) ¿Cómo funcionan los jurados?

Existen diversos tipos de jurados. El alumno deberá investigar cómo funcionan en los Estados Unidos o en Inglaterra y compararlos con los sistemas de jurados que existen en Alemania, Francia o Inglaterra

c) ¿Y los proyectos de ley de jurados?

El alumno deberá investigar cuáles proyectos se han presentado a lo largo de nuestra historia; cuáles eran sus características y cuál fue su suerte

d) Contravenciones y delitos.

El alumno deberá buscar un criterio o un fundamento cualitativo para delimitar cuando un ilícito constituye un delito o una contravención y qué importancia puede tener ello.

e) El fuero de vecindad

El alumno debe realizar una pequeña investigación histórica para hallar los orígenes del derecho de un ciudadano de ser juzgado por jurado provenientes del lugar donde el delito se había cometido.

f) El fuero federal

El alumno deberá analizar los casos de competencia

federal aceptados por la jurisprudencia y detectar aquellos, que según su criterio, deberían permanecer en la competencia provincial.

g) Los delitos de prensa.

El alumno deberá Investigar la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre ese delito y caracterizar la doctrina judicial dominante y sus variaciones.

En todas estas pequeñas investigaciones el profesor deberá indicarle al alumno los primeros pasos y las primeras referencias bibliográficas a partir de las cuales podrá comenzar su trabajo.

¿Qué piensan los ciudadanos de la Justicia Penal?

El objeto de esta pequeña Investigación es precisar qué concepto tienen de la administración de Justicia Penal un cierto grupo de ciudadanos.

Para ello se debe elegir un número determinado de personas (tratando de que tal número esté al alcance de las posibilidades del alumno; no interesa aquí su valor muestral) y de que refleje de algún modo la composición de un grupo mayor (puede ser la ciudad, el barrio, etc.). Luego el alumno elaborará un cuestionario (que debe evaluar el profesor) realizar las encuestas, y elaborar un informe. El profesor debe vigilar que todas las proposiciones sobre la realidad que real lee el alumno tengan fundamento en la encuesta y, cuando así no lo sea, se advierta convenientemente al lector.

h) ¿Qué sucede en los tribunales penales?

Este es un trabajo de observación. El alumno deberá visitar uno o varios tribunales o asistir a un juicio y, sobre la base de sus observaciones personales y los apuntes que, pudo recolectar durante su visita, elaborar una nota acerca de que sucedió durante su visita, qué significado le otorga y qué reflexiones le motiva.

Luego el profesor le debe indicar algún texto legal donde el alumno buscará las normas que los

protagonistas de la vida judicial que el observó, utilizaron de algún modo.

i) ¿Cuál es la misión del abogado penalista?

El alumno debe buscar textos (artículos, ensayos, códigos de ética forense, etc.) que contengan reflexiones sobre la misión del abogado penalista. Luego, sobre la base de este material, debe realizar una reflexión personal, teniendo en cuenta las circunstancias socio-políticas concretas del momento.

1) Eficiencia y garantía.

El alumno debe seleccionar, por indicación del Profesor, una institución procesal que reciba en los Códigos de Procedimientos una regulación fácilmente identificable (v. gr. la declaración del imputado, las medidas de coerción, alguna prueba en particular, etc.) y tratará de analizar los aspectos normativos que buscan lograr eficiencia (en el sentido otorgado en el texto) y los que procuran preservar libertad y dignidad personal. El ejercicio adquiere mayor valor si se realiza sobre textos legales.

8.

Bibliografía

Por último, esta sección busca abrir el panorama intelectual del alumno lo que es imprescindible dado el carácter introductorio de este libro. Por esta misma razón la selección que aquí incluiremos no sigue otro criterio que el de señalar caminos posibles, puertas que el alumno deberá traspasar por sí mismo si se halla interesado. La selección bibliográfica responde, pues, a un criterio pedagógico puramente personal. Cada profesor sugerirá otras obras que le parezcan significativas o estimulantes. Lo importante es que el alumno sienta que su superación intelectual es posible, que ésta siempre comporta una aventura y un riesgo, pero que no existe otra forma de crecer que no sea con audacia y asumiendo esos riesgos. La universidad no debe jamás matar vocaciones Intelectuales. Ese quizás sea su peor pecado.

1.- Rosa del Olmo. *“América Latina y su Criminología”*. Editorial Siglo XXI, primera edición. 1981, México. Pp. 43

“ La ideología punitiva de una sociedad responde a la ideología dominante en un momento histórico determinado, subordinándose a las leyes del mercado de trabajo, lo cual implica la constatación de importantes transformaciones de esa ideología en diferentes instancias históricas y de acuerdo con las necesidades de cada sociedad. En este sentido, la relación entre la ideología punitiva en lo que se refiere concretamente a la llamada “política criminal” y la necesidad de creación de la criminología no puede ignorarse. Al contrario de lo que comúnmente se piensa, sostenemos que la penología no es una “ciencia” independiente de la criminología, sino que ambas son parte de una totalidad. Por eso puede afirmarse que el sistema penal de cualquier sociedad sea un fenómeno aislado sujeto a sus propias leyes. Es parte integral de todo el sistema social y comparte sus aspiraciones y defectos.

2.- Daniel González Alvarez. *“La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense”*. En Revista *Penal y Estado. Revista latinoamericana de política criminal. Ministerio Público*. Publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Buenos Aires. Argentina. Año 2, número 2. Pp. 85.

“La criminalidad es un fenómeno muy variable, se sustenta en motivaciones diversas y es realizada por diferentes sectores de la población. No pueden asimilarse los esfuerzos para prevenirla y reprimirla, puesto que requiere de estrategias bien diferenciadas, con mecanismos muy distintos, y respuestas también diversificadas. No es lo mismo prevenir o reprimir

delitos ecológicos, que los abusos de poder y la corrupción en la administración pública; los delitos culposos en la circulación de vehículos en relación con los delitos sexuales; el abuso de poder económico en la empresa privada (como la sobrefacturación o la subfacturación, la competencia desleal, etc.) en relación con los homicidios; los asaltos callejeros en relación con los fraudes en el Registro Público; los delitos de drogas en relación con los delitos de imprenta; etcétera. Los mecanismos para prevenir esos diferentes tipos de criminalidad y las respuestas del sistema penal no pueden ser idénticas.”

3.- Claus Roxin, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann. Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal. Editorial Ariel, S.A. Barcelona España, 1989, pp 178

“Para la estructura del proceso penal actual es significativa la división funcional entre fiscalía, policía y tribunal. La separación entre órgano que lleva las investigaciones (fiscalía y policía), y órgano que sentencia, evita ampliamente el peligro de prejuicio en la obtención de la sentencia (véase más arriba, p. 162). Al mismo tiempo, lleva la existencia institucional y funcional de autoridades de acusación independientes al <principio acusatorio> según el cual, el juez actúa en principio no espontáneamente, sino sólo en base a una acusación. <La apertura de una investigación judicial estará motivada por el ejercicio de una acción.>”

4.- Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta S.A., 1995, Madrid. pp. 462

“Sabemos, por otra parte, que ni siquiera la

incorporación limitadora del derecho positivo de los principios de justicia históricamente determinados ha sido nunca del todo suficiente. Aún cuando un ordenamiento alcance un alto grado de perfección normativa y de eficacia operativa, es imposible decir que los principios que ha incorporado como garantías y criterios de validez se encuentran enteramente realizados. Y ello por dos razones: ante todo porque dichos principios, aunque estén formulados con la máxima claridad en las leyes positivas, expresan siempre valores, de modo que el juicio sobre su aplicación es, a su vez, un juicio de valor, tan susceptible de opiniones diversas como inverificable; y, en segundo lugar, porque la divergencia entre ser y deber ser, o entre normatividad y efectividad, es estructuralmente inherente a la forma lógica del derecho igual que a la de cualquier otro sistema normativo. Ni la justicia, pues, ni siquiera la validez perfecta, son de este mundo; del mismo modo que no existe coincidencia entre ser y deber ser del derecho, tampoco existe coincidencia entre ser y deber ser en el derecho”.

5.- Gilberth Armijo Sancho, *El control Constitucional en el Proceso Penal*. Editec Editores S. A., San José Costa Rica, 1992. Año II, pp. 39.

“ Algunas veces olvidamos que los hechos que son objeto de investigación en una causa penal, sólo se pueden comprobar por los medios legítimos de prueba, que el ordenamiento procesal establece. Lo anterior implica, que los medios informales que algunas veces utilizan los despachos en aras de una “mejor distribución del trabajo”, si no están permitidos por la ley, desnaturalizan el proceso y los fines que este persigue, como garante de los derechos del hombre frente al poder omnipotente del derecho penal.”

6.- José Manuel Arroyo Gutiérrez, *Estrategias vigentes en administración de justicia latinoamericana*. En Cuatro temas sobre Política Criminal. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia. San José, 1998, pp. 45.

“Las raíces de la impunidad pueden encontrarse en la falta de mecanismos, recursos e instancias de acceso efectivo a la justicia por parte de mayorías vulnerables de la población (mujeres, menores, indígenas, emigrantes, etc.); falta de persecución y castigo de formas delictivas convencionales, tanto como las relacionadas con poder político o económico. Sobresaliente en el fenómeno de la impunidad en toda América Latina es el caso crítico del papel que juegan algunos cuerpos “de seguridad” (policía, militares y otros) que, al disfrutar de fueros especiales, logran evadir la acción de la justicia, pese a ser uno de los agentes de violencia y criminalidad más activos en la región.”



**Este libro ha sido reproducido por el
Proyecto Modernización de la Justicia
auspiciado por
la Agencia de los Estados Unidos
para el Desarrollo Internacional (USAID)
Santo Domingo, Rep. Dom**