Esta es una copia privada hecha sólo para fines educativos.

PROHIBIDA SU VENTA

PEDRO J.
BERTOLINO

EL DERECHO AL PROCESO JUDICIAL

TEMIS

EL DERECHO AL PROCESO JUDICIAL

ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Pedro J. Bertolino, 2003.
© Editorial Temis S. A., 2003.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
e-mail: editorial@temis.com.co
www.editorialtemis.com

ISBN 958-35-0449-1
2092 200300088300

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Editorial Nomos.
Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

A Marina, porque la quiero mucho

NOTICIA PRELIMINAR

He reunido en este libro trabajos de mi autoría que tienen una línea directriz común: la consideración y análisis de un derecho que entiendo autónomo al proceso judicial.

Si bien algunos de aquellos aportes han visto la luz en distintas fechas y en diversos lugares, todos han sido actualizados y reelaborados para esta publicación. En tal sentido, y en cada caso, indico el origen correspondiente.

Como telón de fondo he tenido muy en cuenta el panorama de la actual cultura procesalista codificada tanto de la Europa continental, cuanto de la América Latina. Más determinadamente aún, he pretendido referir los temas tratados a los dos "Códigos Tipo", el Procesal Civil y el Procesal Penal, emanados ambos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, los que, en definitiva, vienen a precipitar aquel "humus" cultural en el área comprendida.

Por último, señalo que mi aspiración ha sido la de abarcar el mayor ámbito de cognición posible; claro está, dentro de los acotados límites del asunto tratado. Por ello he derivado el derecho estudiado hacia el campo respectivo de los procesos constitucional, civil y penal, y en todos los casos desde el punto de vista de los derechos humanos.

PEDRO J. BERTOLINO
Mercedes (Buenos Aires), Argentina
Octubre de 2003

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

PROCESO CIVIL

CAPÍTULO I

ACERCA DEL DERECHO AL PROCESO CIVIL

PÁG.

1. El "Código Tipo Procesal Civil" del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal 3
2. Aportes para obtener una figura 5
3. Algunas consideraciones puntuales 7
4. Los valores principales implicados 10
5. Reflexiones finales 12

CAPÍTULO II

DEMANDA MANIFIESTAMENTE IMPROPONIBLE, PODERES DEL TRIBUNAL Y DERECHO AL PROCESO

1. El tema elegido 16
2. La improponibilidad objetiva de la pretensión accionada 17
3. Los poderes del tribunal 20
4. El derecho al proceso en crisis 23
5. Final: el orden axiológico 26

PARTE SEGUNDA

PROCESO PENAL

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA "ÚLTIMA PALABRA" EN EL JUICIO PENAL ORAL

PÁG.

1. El objeto de este trabajo 31
2. Las normas 32
3. El proceso penal como hecho social 35
4. La producción del caso penal 37
5. Tipo, naturaleza y características del derecho examinado 41
6. Final: una prerrogativa trascendente 42

CAPÍTULO II

SOBRE EL DERECHO AL PROCESO PENAL COMO DERECHO HUMANO

1. Preliminares 45
2. Marcos básicos de referencia 48
3. Para una noción descriptiva 49
4. El modelo positivizado 53
5. Los valores principales implicados 56
6. Consideraciones finales 58

PARTE TERCERA

PROCESO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

EL "HABEAS CORPUS" Y EL DERECHO AL PROCESO JUDICIAL

1. Mundo jurídico y "habeas corpus" 65

PÁG.

El fenómeno garantizador 68
El "habeas corpus" como proceso 71
El procedimiento de "habeas corpus" 74
Horizonte: la función del "habeas corpus" como garante del derecho al proceso judicial 77

Índice de autores 79

PARTE PRIMERA

PROCESO CIVIL

Capítulo I

ACERCA DEL DERECHO AL PROCESO CIVIL*

1. El "Código Tipo Procesal Civil" del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

1. *El artículo 11* del "Código Tipo" Procesal Civil del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal establece, en cuatro subnumerales, un determinado "derecho al proceso", que obrará como categoría jurídica abarcadora de las consideraciones que efectuaremos en este trabajo, precisamente al hilo de aquel precepto.

Claro está que el artículo en cuestión, cuyo texto, con su correspondiente comentario, iremos desgranando en el curso de este estudio, no contiene más que una regla "propuesta", dado que no configura una norma "puesta"; es decir, *no es, en puridad, derecho positivo*[1].

Por tanto, puede señalarse cierta relación con el llamado "pensamiento utópico", en la medida en que este expresa un ideal (aquí, en el campo del derecho procesal) que se supone en extremo deseable[2].

* Este trabajo se publicó originariamente en la Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, año 1, núm. 1, 2002, págs. 75 y ss.

[1] Sin embargo, cabe advertir que la norma en cuestión se ha "positivizado", por ejemplo, en el artículo 11 del Código General del Proceso uruguayo.

[2] Cfr. J. Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, t. Q-Z, Barcelona, Ariel, 1994, pág. 3623, voz "Utopía".

2. Visto así el asunto en tanto tipo "modélico", la propuesta codificada del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal aparece como una clara tendencia al "procesalismo universal" (civilización), concretado dentro de un sistema determinado, el "iberoamericano" (cultura).

Pero así mismo, el intento, se muestra como una actitud crítica de la *realidad* de un proceso judicial (el de América Latina y España y Portugal) signado, entre otros aspectos que se conciben como negativos, por la escritura, la burocracia, la lentitud y la limitación de los poderes del juez[3].

3. Pero conviene señalar, situados dentro de aquel paradigma del pensamiento utópico, que en cualquier caso debiéramos discernir con cuidado las doctrinas, las ideologías y las actitudes que, de un modo u otro, se precipitan en la noción del "derecho al proceso", para no caer en fáciles extrapolaciones, sobre todo.

En rigor de verdad, el "Código Tipo" tiende a establecer un "modelo sistemático" de ordenamiento procesal civil. Pues bien, más allá de la característica anotada de "propuesta" normativa, no existe duda sobre que no podría entendérselo con sustento suficiente, sino dentro del marco —en este caso, *positivo*— de la familia iberoamericana de derecho a la que se adscribe.

En tal sentido, pensamos, bien cabe conectar el "Código Tipo" con el "modelo" de proceso que el derecho constitucional y los tratados vigentes de aquella familia jurídica nos proporcionan.

4. Podríamos discurrir, entonces, con cierta licencia en el lenguaje, sobre una suerte de "modelo del modelo", jugando libremente con las nociones de "ideal" y de "realidad". Mediante tal visión, nos interesa más que nada efectuar aquí, primordialmente desde la atalaya de los tratados, una doble aproximación: estática y dinámica al mismo tiempo.

[3] Cfr. ENRIQUE VESCOVI, *La búsqueda de soluciones alternativas para el mejoramiento de la justicia. El arbitraje en los códigos modelos de derecho unificado*, Módena, Macchi Editore, s/f., Separata, pág. 277 y *passim*.

Respecto a la primera, la visión estática, en el artículo 8º de la "Declaración Universal de Derechos Humanos" (Naciones Unidas, 1948) (y tomando "recurso" por "proceso" en sentido amplio) leemos: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

En cuanto a la segunda, la mirada dinámica, tenemos el párrafo inicial del artículo XVIII de la Declaración Americana (Bogotá, 1948) en tanto dice que "Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos".

2. Aportes para obtener una figura

5. La sustitución de la autodefensa privada por la actividad jurisdiccional estatal constituyó —y sigue constituyendo— el punto de partida para que haya podido surgir y desenvolverse un "derecho al proceso", tal como hoy pretendemos determinarlo.

Bien que, una noción por lo pronto descriptiva del referido "derecho" debería tener en cuenta, desde el principio, su posible distinción con el *derecho a la jurisdicción*. O, mejor quizá, con el "derecho a la tutela jurisdiccional", según la terminología doctrinaria elaborada a partir del artículo 24 de la actual Constitución española[4].

Desde luego —y esto queremos poner aquí de relieve— que la distinción antedicha, siquiera por la semejanza de materia, supone una relación: la protección que da la jurisdicción en cualquier caso requiere ser *realizada mediante un proceso* (judicial jurisdiccional).

[4] *Vid.*, por todos, Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, *passim*; para el área latinoamericana, en doctrina similar, *vid.* el capítulo X, "El derecho a la tutela jurisdiccional", del excelente libro *Introducción al proceso civil*, t. I, de Juan Monroy Gálvez, Bogotá, Edit. Temis, 1996, págs. 245 y ss.

6. Agregando algo más en la misma línea de pensamiento, digamos que el papel de la citada relación se refuerza si reparamos en esto: quien presta la tutela jurisdiccional —el Estado—también otorga el proceso, en nuestro caso, el civil (y, desde luego, con más claridad, si cabe, el penal).

En esencia, pues, y siguiendo pautas dadas por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, nos hallamos de cara a una prestación positiva de dar algo[5]. Es decir, ni más ni menos que *dar un proceso*; aunque complementariamente, nos encontramos también frente a una prestación positiva *de hacer*: tramitarlo según pautas normativas prefijadas (en sentido amplio, según la cultura jurídica del área, mediante "códigos procesales").

7. Ahora bien, la prestación —el "debitum" estatal— se concreta en un pretensor —el ciudadano—, que viene a quedar constituido de tal modo como un "... beneficiario designado de la obligación de otro"[6].

Y este "pretensor", a su vez, viene a revestirse del denominado, por RAMÓN SORIANO, *status activus processualis*, que se configura por el derecho del particular a la formación de toda clase de actos públicos, como una de las modalidades posibles de los derechos (públicos) subjetivos[7].

8. En la búsqueda, por tanto, de una "figura" apta para captar la sustancia del *derecho al proceso* (civil), corresponde preguntarnos por sus rasgos o componentes generales.

Podemos, en esa indagación, situarnos entonces, explayando contenidos, en la doble perspectiva del prestador y del pretensor del derecho, enunciada en el párrafo precedente.

[5] GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, *passim*.

[6] NORBERT BRIESKON, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Herder, 1993, págs. 77 y ss.

[7] RAMÓN SORIANO, *Compendio de teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1986, pág. 109.

Por un lado, desde la atalaya del prestador del proceso, desembocamos en la *institución* "tribunalicia", que deberá poseer, por lo pronto, tres características básicas: ser competente, ser independiente y ser imparcial; y por el otro, desde la visión del pretensor, fundamentalmente, recalamos en el derecho "a ser oído" por un tribunal, desde luego, conformado según los precitados caracteres esencialmente constitutivos[8].

9. Aquella configuración dual ha quedado, justamente, muy bien expresada en el numeral 1 del mencionado artículo 11 del "Código Tipo", cuyo texto dice: "Cualquiera tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal, y el tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones".

Afirmar que el acceder al proceso judicial constituye un perfecto y diferenciado derecho implica que este es susceptible de "uso" y "goce". Estas posibilidades, "usar" los derechos y "gozar" de ellos, notas suficientemente recibidas en el mundo jurídico, por lo demás están previstas, por ejemplo, en el artículo XVII de la "Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", precepto que establece: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derecho y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales".

He aquí, pues, a nuestro juicio, el fundamento último de la principal norma propuesta por el "Código Tipo", según la expresión del artículo bajo examen en el numeral 1 transcrito.

3. Algunas consideraciones puntuales

10. Prolongando nuestro análisis de algunos particulares del asunto tratado, vale reparar inicialmente que en el preámbulo de la

[8] Estas notas surgen, recurrentemente y como es notorio, de los principales tratados y declaraciones de derechos vigentes en el área iberoamericana (v. gr., por todos ellos, el art. 8°, 1 del llamado Pacto de San José de Costa Rica)

"Convención Americana sobre Derechos Humanos" se reconoce que los "... derechos esenciales del hombre ..." tienen como fundamento "... los atributos de la persona humana".

Desde tal perspectiva, es dable señalar que todo proceso judicial apunta, en último grado, a satisfacer necesidades, tanto individuales (directamente) como colectivas (al menos, por derivación)[9].

De forma resumida, al menos desde lo individual: en la medida en que llena una necesidad suya, el acceder el justiciable al enjuiciamiento por medio del proceso, éste se transforma de tal manera en un bien, ya que "satisfacción", "uso" y "goce" vienen a tocarse en sus raíces significantes, que apuntan a *conseguir u obtener algo* de alguien.

11. Por tanto, resultando ser aquella necesidad, en definitiva, "del hombre", no parece forzoso adscribir el bien que la satisface en extensión y comprensión al campo de los derechos humanos.

Sobre todo, teniendo muy en cuenta —por lo menos desde la positividad—, que las exigencias humanas, convertidas en "derechos", han obtenido en el presente un ordenamiento tutelar (en nuestro caso, el sistema procesal) con fuerza obligatoria[10].

12. El artículo 11 del "Código Tipo" que utilizamos como referencia, en su segundo y tercer numerales dice:

11.2. "Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa".

11.3. "El interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aun cuan-

[9] Este problema, de una manera u otra aparece en las diversas concepciones de la acción como invocación de la jurisdicción. Al respecto, *vid*, el clásico trabajo "Acción" de ALEJANDRO PEKELIS, en *Revista de Derecho Procesal Argentino*, año VI, 1948-II, págs. 115 y ss.; y el capítulo pertinente de la obra de MONROY GÁLVEZ, citada en la nota 4.

[10] Cfr. BRIESKON, *op. cit.*, en nota 6, págs. 187 y ss.

do este no haya sido violado o desconocido o de una relación jurídica o de la autenticidad o falsedad de un documento; también podrá reclamarse el dictado de una sentencia condicional o de futuro".

Como vemos, por un lado, la norma propuesta estatuye condiciones —interés y legitimación— para que el "pretensor"[11] pueda ejercer válidamente el derecho básico; por otro, no hace otra cosa que extender el alcance —material y temporal— de aquel mismo *derecho básico, incluso potencialmente.*

En postrer análisis, estos numerales deberán, a nuestro ver, ser entendidos en cualquier supuesto como meros accidentes técnico-procesales del derecho básico reconocido precisamente en el numeral 1[12], al que, dichos accidentes, si bien lo determinan, en rigor no lo alteran en su sustancia.

13. Por último, el antedicho artículo 11 del "Código Tipo" establece en su numeral 4: "Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones".

En esta parte de la norma propuesta también nos hallamos ante un accidente —aquí, de tiempo— respecto a la sustancia del derecho al proceso judicial. Pero con una significativa particularidad que ha de ser tenida en cuenta: la determinación es sobre el "debitum"[13].

En síntesis: el Estado no le debe al pretensor cualquier proceso, sino uno de "duración razonable", por una parte; y que él "resuelva sus pretensiones", por la otra, conjugándose así tiempo con eficacia.

14. Del costado de la "duración", la norma conecta —claro está que dentro de otros relevantes aspectos— con el carácter "humano" que le adjudicamos al "derecho al proceso", sobre todo si le damos a la voz "duración" una connotación existencial —es decir,

[11] *Vid. supra*, núm. 2, 7.

[12] *Vid. supra*, núm. 2, 9.

[13] *Vid. supra*, núm. 2, 6.

antropológica— en la medida en que el justiciable "sufre" el transcurso del tiempo entre el inicio y el fin de "su" proceso[14].

Pero también, desde el vértice del Estado, no bastará, sin embargo, con un mero "dar" el proceso; la regla propuesta exige algo más: un "hacer", que denota un "resolver"; es decir, dar satisfacción a las pretensiones (y contradicciones) materiales, y no solo a las formales, más allá de la validez funcional de estas últimas.

4. Los valores principales implicados

15. Entendemos que no quedaría medianamente completo este trabajo sin que dijéramos algo sobre la dimensión axiológica del "derecho al proceso", pues derechos humanos, constitucionalismo político-social y valores se relacionan de manera recíproca.

En definitiva, la figura de derecho que hemos querido apenas esbozar, tanto en sí misma, cuanto en sus proyecciones posibles, queda sometida al "deber ser ideal" de la consideración jurídica.

Antes de pasar a referirnos a los valores —por cierto no los únicos— principalmente implicados en el *derecho al proceso*, queremos señalar que ellos deberán ser vistos siempre como imbricados entre sí.

16. Entre los principales valores comprometidos, se destaca el valor *justicia*, que nos conduce, en forma directa, a la noción rectora del *proceso justo*[15].

En esta línea de reflexión, tenemos que todo proceso judicial se inserta en la sociedad, desde el Estado, como "institución jurídi-

[14] Para la vertiente "existencialista" en el mundo jurídico, *vid.* Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1971, págs. 219 y ss.

[15] Para el marco de referencia al "proceso justo" nos remitimos a Karl Larenz, *Derecho justo, fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, *passim*, *idem*; en el panorama argentino, Augusto M. Morello, *El proceso justo*, La Plata, Editora Platense, 1994, igualmente *passim*.

co-política". Solo así se podrá concebir —en el ámbito del enjuiciamiento— el principio supremo de la justicia, el cual, pasando de lo individual a lo personal, le posibilita al ciudadano una esfera de libertad para su defensa integral y efectiva. Precisamente, como lo ha acuñado WERNER GOLDSCHMIDT: "El principio supremo de la justicia consiste en que se asegura a cada cual la libertad necesaria para que se transforme de un individuo en una persona, en otras palabras: para que se personalice"[16].

Creemos que se impone por sí misma con esta caracterización, la fundamentación como derecho "humano" —a la que antes nos referimos— del derecho que pretendemos recortar científicamente.

17. En tensión dinámica con el valor justicia se concibe el valor *seguridad*, que, al igual que aquel, exige la existencia de un derecho positivo.

El proceso judicial, en cuanto expresivo de un fenómeno social, está sometido, en nuestro círculo de cultura jurídica, a un ordenamiento particular de índole técnico-legislativa: los códigos de la materia. Es decir, existe una reglamentación previa para llegar a la obtención del "justo concreto"[17], aspecto visceral de la sentencia de mérito desde el punto de vista valorativo.

Esta reglamentación previa, además de permitir una mayor celeridad en la obtención de ese "justo concreto" (num. 4 del artículo examinado), nos lleva al numeral 1, cuyo sintagma "problema jurídico concreto" muestra de manera cabal la relación axiológica que aquí presentamos solo en escorzo.

De suyo, pues, la sola existencia de esa previa reglamentación implica un modo de seguridad —por vía de la previsibilidad—, ya que el justiciable sabe de antemano "a qué atenerse" sobre el ca-

[16] WERNER GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1981, pág. 399.

[17] Para la noción de *justo concreto*, *vid.* PEDRO J. BERTOLINO, *El funcionamiento de la norma procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 190, núm. 9.3.2.

mino que se habrá de seguir para la decisión del objeto que es materia del "proceso" y que reclama en su calidad de pretensor.

18. A su turno, justicia y seguridad se conectan con el valor *utilidad*, en cuyo alcance opera la díada "medio-fin", central en el problema del proceso judicial.

Por consiguiente, inspirándonos en aportaciones de MAX SCHELER, hemos de distinguir "... el valor que una cosa posee como medio, del valor que corresponde a los medios mismos, en cuanto son dados intuitivamente como medios"[18].

Aplicada dicha distinción al proceso judicial, concebido como objeto instrumental respecto al derecho de fondo, a nuestro entender cabe diferenciar por un lado, el valor "instrumental", cuya consideración debe efectuarse desde el producto obtenido mediante ese instrumento, es decir, primordialmente desde la sentencia final de mérito; y por otro, el valor "de instrumento", y en tal sentido, su apreciación debe hacerse en punto a su contenido propio, pensando el proceso judicial como "bien", tal como lo propusimos más arriba.

5. REFLEXIONES FINALES

19. Para redondear este discurso jurídico, vamos a efectuar algunas reflexiones finales, en sintonía con lo dicho por GREGORIO ROBLES, en cuanto que "el problema práctico de los derechos humanos no es el de su fundamentación, sino el de su realización; pero el problema teórico de los derechos humanos no es el de su realización, sino el de su fundamentación"[19].

Justamente, este problema, al menos en su carácter enmarcante, nos lleva a abordar, a modo de "lugares geométricos" posi-

[18] MAX SCHELER, *Le formalisme en ethique et l'ethique des valeurs*, 7ème ed., París, Gallimard, (s/f), *passim*.

[19] GREGORIO ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad moderna*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 11.

bles, las especies del derecho al "debido proceso", la de la "eficiencia del proceso" y la del "servicio de la justicia".

20. Podemos ensayar que, desde la perspectiva técnico-jurídica, el "derecho al proceso" se expresa por medio del estándar del "debido proceso", de amplia recepción en el mundo del derecho en Latinoamérica[20].

Al mentar el "debido proceso", lo hacemos teniendo en cuenta que, precisamente, su *objeto referencial* es siempre e invariablemente "un proceso", cualquiera que sea su tipo o clase. Este es, en enfoque riguroso, la materia del "debitum" estatal en el que nos hemos ocupado más arriba[21].

Pero hay más. Creemos que instalado el "derecho al proceso" (civil) en el estándar del "debido proceso" cobra interés teórico-práctico la distinción que, antes de ahora, hemos hecho entre derecho "al" proceso (o proceso "debido") y "en el" proceso (o proceso "tramitado como es debido")[22].

Ambos aspectos aparecen entonces como clara manifestación de la complejidad del derecho que aquí estudiamos, con notorias implicaciones sobre el *acceso a la justicia* y a los *actos procesales*, respectivamente.

21. Carlos Barbosa Moreira ha enseñado que "... la efectividad o eficacia del proceso es aptitud de un medio o instrumento para realizar los fines o producir los efectos a que se ordena"[23].

[20] *Vid.*, por ejemplo, Arturo Hoyos, *El debido proceso*, Bogotá, Edit. Temis, 1996, *passim*. En Argentina lo ha aceptado ampliamente la Corte Nacional.

[21] *Vid. supra*, núm. II, 6.

[22] Cfr. Pedro J. Bertolino, "Marco constitucional del derecho al debido proceso", en Revista *El Derecho*, Argentina, t. 124, págs. 853 y ss.

[23] José Carlos Barbosa Moreira, "Notas sobre o problema de efectividad do processo", separata de la obra *Estudios de direito processual*, en Homenaje a José Federico Marques.

Si bien nosotros preferimos hablar de "eficiencia", en el sentido de algo que realiza perfectamente la misión que tiene destinada[24], de aquella caracterización por lo pronto rescatamos el vínculo con las nociones de medio o instrumento, sin duda notoriamente connaturales al proceso judicial.

Se trata de confrontar actividades y normas procesales con el valor eficiencia, en orden a los fines del proceso judicial: obtención de la verdad y justa actuación del derecho. Esta confrontación lleva a efectuar una valoración del *resultado social del proceso*; es decir, la expectativa de la sociedad sobre el rendimiento del proceso.

22. Así, se han tematizado en la actualidad asuntos básicos para concebir el proceso judicial en términos de eficiencia; tal es el de los intereses difusos o colectivos, que han puesto en crisis nociones técnicas clásicas del derecho procesal, por ejemplo, la de legitimada para obrar.

Igualmente, una mayor valoración y efectivización de los poderes del juez, en busca de la verdad real, también en el proceso civil y no solo en el penal, donde básicamente se lo venía considerando.

Por fin una revisión a fondo de los sistemas de enjuiciamiento —con acentuación en el procedimiento oral— y de la organización de los tribunales, en procura de una mayor racionalidad y eficiencia del servicio que prestan.

23. El tema de la eficiencia del proceso —así lo creemos— debe centrarse en un fenómeno de alcance quizá mayor y que sobrepasa al proceso propiamente dicho. Hay que analizar también el "antes" y el "después" del proceso.

En un caso, con íntima vinculación al fenómeno socio-jurídico denominado "acceso a la justicia"[25]; en el otro, relacionado siem-

[24] Cfr. *Gran Diccionario Salvat*, t. 2, Buenos Aires, La Nación, 1992, pág. 501.

[25] Sobre el tema, *vid.* MAURO CAPELLETTI y BRYAN GARTH, *El acceso a la justicia*, ed. Colegio de Abogados La Plata (Argentina), 1983, *passim*.

pre a título de ejemplo con la efectiva y no lírica posibilidad de la ejecución forzada en lo civil.

De esa manera orientado el asunto, puede, tal vez, percibirse más adecuadamente el enfoque de la eficiencia del proceso judicial con la eficacia del Estado de derecho; mejor aún, con el Estado de justicia, que no podría sino proveer un proceso "justo", según lo indicamos más atrás.

Como campo conceptual, en cierto modo último, tendremos entonces una categoría particular: el "servicio de la justicia"[26], donde se situarían con luz diferente, entre otras, cuestiones que hacen al nervio de la eficiencia del proceso: su duración y costo y los recursos económicos financieros asignables a la administración judicial.

[26] Hemos conceptualizado el "servicio de la justicia" como "el personal y la organización del Poder Judicial destinados a satisfacer las necesidades de justicia de parte del público" (en nuestro trabajo *Proceso penal y servicio de la justicia*, La Plata, Ed. Platense, 1992, pág. 96).

CAPÍTULO II

DEMANDA MANIFIESTAMENTE IMPROPONIBLE, PODERES DEL TRIBUNAL Y DERECHO AL PROCESO*

1. EL TEMA ELEGIDO

1. Es preciso, inicialmente, enunciar la cuestión principal de este trabajo: el rechazo *in limine* de la demanda cuando ella fuere manifiestamente improponible. Hemos elegido este tema particular por dos razones concurrentes y complementarias:

Inicialmente, por importar aquella "posibilidad de hacer" uno de los grados más altos de los poderes que al juez se le puede conceder en el proceso civil.

Luego, por denotar significativas relaciones sistemáticas, internas unas (básicamente con el derecho al proceso) y externas otras (principalmente con el ordenamiento jurídico en su totalidad y con el constitucional en especial).

2. Creemos que el tema elegido ofrece no solo virtualidades sistemáticas, por importantes que ellas fueren, sino que así mismo pone de resalto destacables implicaciones problemáticas, a cuya dilucidación pretendemos contribuir, siquiera mínimamente, con este aporte.

* Este trabajo tiene como base el relato presentado al Congreso Internazionale un "Codice tipo di Procedura Civile per L'América Latina", Roma, 26-28 septiembre 1988.

Con agudeza, el problema implicado fue visto por AUGUSTO MARIO MORELLO y ROBERTO BERIZONCE, al plantearse esta pregunta esencial: ¿con qué norte llevar adelante un proceso cuando la pretensión que le dio sustento está excluida por ley o es seguro que no ha de llegar a buen puerto?, y señalar luego que el punto mas candente de la cuestión es "...el que plantea la división fronteriza entre el derecho a la jurisdicción y sus alcances (el derecho al proceso) y los poderes del órgano apoyados en la exigencias del servicio"[1].

Por cierto: en un acotado estudio como este no es dable examinar en extensión y profundidad cuáles son los derechos de las partes a la jurisdicción, por un lado, y los poderes del juez en su quehacer específico, por el otro.

Centrándose, en cambio, el nudo temático en visualizar relaciones —tanto conceptuales como normativas—, los desarrollos que se han de efectuar únicamente tendrán como finalidad intentar poner de relieve, en las instituciones procesales en juego, los aspectos que nos han parecido más útiles para connotar las vinculaciones existentes.

2. La improponibilidad objetiva de la pretensión accionada

3. El texto básico del Código Tipo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal —que tomaremos como guía de este trabajo— es el inciso 1º del artículo 33 (Facultades del Tribunal), que establece: "El Tribunal está facultado: 1º) para rechazar *in limine* la demanda, cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y este haya vencido".

En orden al primer período del inciso, leemos en la Exposición de Motivos: "Se trata de la posibilidad de que el Tribunal no

[1] "Improponibilidad objetiva de la demanda", ponencia del *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, t. I, La Plata, 1981, págs. 112 y ss.

solo analice liminarmente los aspectos formales (externos) sino el contenido de la petición inicial. Esto es, no solo la admisibilidad sino, además, la fundabilidad, lo que constituye un paso muy importante en el aumento de sus poderes. Naturalmente que se trata de un caso extremo en el cual surge *objetivamente* (esto es *a priori*, notoriamente) dicha improponibilidad, como si se solicitara el divorcio en un país que no lo admite, o el cobro de una deuda de juego cuando la legislación dice que esta sólo produce obligaciones naturales. Se trata de un caso en que *manifiestamente* la pretensión no podrá ser acogida, independientemente de los hechos alegados o las pruebas que se produzcan".

Esta facultad, sin embargo, dentro del sistema interno del "Código Tipo" emparenta con otras similares concedidas por el propio artículo 33: relevamiento de oficio de excepciones (inc. 2º), dar al proceso el trámite que corresponda (inc. 3º), rechazar las pruebas inadmisibles y las manifiestamente inconducentes e impertinentes (inc. 6º), rechazar *in limine* incidentes e intervención de terceros (incs. 7º y 8º).

4. Como se ha podido ver, el texto proyectado menciona la voz "demanda"; sin embargo, la doctrina, al ocuparse en el tema, ha hecho hincapié en la sustancia procesal subyacente, más allá de la referencia procedimental a aquella voz. Por tanto, de las diversas acepciones adjudicadas a dicha materia subyacente, nos parece la más apropiada la de "pretensión accionada"[2].

Desde el ángulo de los poderes de las partes, entonces, la cuestión se relaciona, ante todo, con el ejercicio de la acción y la proposición de la pretensión. Empero, pensamos que el envoltorio jurídico mas ajustado para categorizar los poderes mencionados de las partes es el de "petición", término que, entre tanto, como vimos arriba, es empleado en la propia *Exposición de Motivos* del "Código Tipo".

[2] Cfr., MORELLO y BERIZONCE, *op. cit.*, en nota 1.

Nos ponemos de tal modo en la línea de enseñanza de EDUARDO J. COUTURE, para quién la acción civil es el "... poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en las facultades de acudir a los órganos de la jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirman como correspondiente a su derecho"[3].

5. Ahora bien, desde el prisma de la teoría general del derecho, la referida petición conecta con el denominado *status activus processualis*, que ha sido definido como "el compendio de los derechos de los particulares de la formación de toda clase de actos públicos"[4].

Empero, desde el ámbito constitucional, nos hallamos de cara al derecho de petición, que cuando se ejerce ante los órganos (tribunales) de la administración de justicia (poder judicial) se vincula con el derecho a la jurisdicción, que "envuelve una petición procesalmente articulada", al decir del constitucionalista argentino GERMÁN BIDART CAMPOS[5].

6. El tema de la "improponibilidad" de la demanda contiene, desde luego, una particular casuística[6], que conviene desdoblar aquí en legislativa y jurisprudencial.

El texto del "Código Tipo", según vimos, establece un concepto abarcador, aunque la última parte del inciso —pretensión con término de caducidad vencido— más bien pone un caso que es dable entender solo como una hipótesis posible de aquel concepto maestro.

La legislación brasileña —a la que alude la Exposición de Motivos— formula un repertorio de hipótesis: que la petición inicial

[3] *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1983, págs. 61 y 62.

[4] RAMÓN SORIANO, *Compendio de teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1986, pág. 109.

[5] GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1986, pág. 303.

[6] Según WERNER GOLDSCHMIDT, la "casuística" es la materia estimativa de la justicia (en *La ciencia de la justicia*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 26).

sea inapta; que la parte sea manifiestamente ilegítima; que el actor carezca de interés procesal; que el juez verifique la decadencia o prescripción; que el tipo de procedimiento escogido no corresponda a la naturaleza de la causa o al valor de la acción[7].

En cuanto a la jurisprudencia en Argentina —y esta mención se efectúa únicamente a título de ejemplo—, se han considerado como casos de "improponibilidad" de la demanda los referidos a: incompetencia absoluta para conocer de un pedido que no se relacione con una situación litigiosa; imposibilidad de conocer sobre la nulidad de una ordenanza municipal, por entenderse que el Consejo Municipal era el juez único de la elección y habilidad de sus integrantes; rechazo *ab initio* de una demanda fundada en un contrato social con objeto ilícito; desistimiento *in limine* de una demanda cuya relación fáctica no encuadraba en ninguno de las causales de revocación de adopción contemplada en la ley de la materia; etc.[8].

3. Los poderes del tribunal

7. Precisamente, la casuística reseñada lleva a examinar características y alcance de la decisión judicial que declara improponible la demanda. Pero, reiteramos, siempre este examen se efectúa en orden al objeto formal adjudicado a este trabajo: ante todo, establecer relaciones.

Si bien el juicio de "improponibilidad" puede efectuarse en cualquier momento del proceso[9], lo más importante aquí consiste

[7] Cfr., Marcos Alfonso Borges, "Improponibilidad objetiva de la pretensión. Denegación liminar de la petición inicial bajo la óptica de la legislación brasileña", en *XI Congreso..., op. cit.*, en nota 1, págs. 97 y ss.

[8] Cfr., Jorge Walter Peyrano, *El proceso atípico*, t. I, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1983, págs. 53 a 55; también la jurisprudencia citada en Augusto M. Morello y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial*, 2ª ed., t. IV, La Plata, Provincia de Buenos Aires y Nación, La Plata, Edit. Platense, 1990, págs. 119 a 124.

[9] Cfr., Rolando Arazi y Enrique Pigni, "Improponibilidad objetiva de la pretensión", en *XI Congreso..., op. cit.*, en nota 1, pág. 94.

en advertir que es hacedero concretar tal juicio en el umbral del proceso mismo. Dicho de otro modo: puede no otorgarse inicialmente un proceso reclamado para tutelar un pretendido derecho de fondo.

Podemos vincular esto con lo dicho en el sentido de que el derecho a la jurisdicción y la garantía constitucional correspondiente se satisfacen en plenitud y se agotan por medio del acto jurisdiccional fundamental, cual es la expedición de la sentencia de mérito[10].

Visto así el problema, creemos que la voz "mérito" necesita alguna claridad, cosa que pasamos a intentar.

8. Según la etimología, es el "conjunto de pruebas y razones que sirven al juez para dar su fallo"[11], son los "méritos del proceso".

Si nos atenemos a ella, parece que, en nuestro caso, el conocimiento quedara agotado con la sola apreciación de las "razones", ya que, liminarmente, no podemos situarnos en el terreno probatorio propiamente dicho.

Entonces, esas razones serán, básicamente, razones de derecho. En rigor, se trata de un verdadero juicio de "falta de posibilidad jurídica", no fáctica. Brevemente: el juicio de "fundabilidad" se traduce en un juicio sobre los fundamentos jurídicos, circunstancia que lleva necesariamente a plantear supuestos de confrontación normativa. Veamos.

9. Por todo lo que venimos expresando, aquí nos interesa más la posición del juzgador frente a la pretensión accionada que la materia (casuística) en sí misma, que da lugar a aquella posición.

Así pues, el tribunal se encuentra de cara a una verdadera antinomia jurídica, que se ha definido, como "... una situación que se produce cuando dos o más normas presentan un contenido pres-

[10] Cfr., Morello y Berizonce, *op. cit.*, pág. 120.

[11] Cfr., *Diccionario de la Real Academia Española*, t. II, 20ª edición, pág. 901.

criptivo incompatible, perteneciendo [*sic*] a un mismo ordenamiento jurídico y afectando a un mismo ámbito de validez jurídica"[12].

Por tanto, el juicio de confrontación que mencionábamos *supra* se determina en un juicio de comparación de normas: primero, con las constitutivas del ordenamiento sustancial de que se trate; luego, con las propias del ordenamiento procesal, ya que aun confrontándose hechos, estos se aprecian solo en cuanto "alegados", mas no en cuanto *probados*[13].

Entonces, la elucidación de antinomias no puede sino ser, en nuestro caso, objetiva; es decir, relativa a las normas en sí mismas, y no orientada a la subjetividad del juez.

10. Según el "Código Tipo", el rechazo *in limine* de la demanda procederá solo cuando ella fuere "manifiestamente" *improponible*. Esta connotación resulta, por tanto, esencial.

El modelo proyectado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal hace uso de esta caracterización en otros lugares; verbigracia: en el inciso 6º del artículo 33 (pruebas manifiestamente inconducente e impertinentes) y en el inciso 9º del artículo 123 (falta de legitimación o interés, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda).

Determinar debidamente esta noción, creemos, posee también indudable valor sistemático, en particular ante la excepción de "falta de legitimación manifiesta", instituto íntimamente ligado al que examinamos, más aún si lo conectamos con el inciso 11.2 del artículo 11 del "Código Modelo", que establece que "para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa".

11. Del período textualizado en el artículo tenemos, entonces, cómo a veces considerar "improponible" dice relación, más que na-

[12] SORIANO, *op. cit.*, pág. 98.

[13] Para la confrontación con los hechos, *vide* BORGES, *op. cit.*, en nota 7.

da, con el señalado juicio de confrontación objetiva; y "manifiestamente", que menta conexión con lo evidente, claro y patente.

En cuanto a esto último, que nos importa en lo fundamental, no se le exigirá al tribunal un profundizado juzgamiento previo en cuanto a la percepción; simplemente se tratará de lo "perceptible a simple vista", aquello que, sin más, "salta a la vista".

4. El derecho al proceso en crisis

12. El "Código Tipo" estatuye expresamente, como ya vimos en el estudio precedente en este libro, el "derecho al proceso".

Lo hace en el artículo 11, de cuyos cuatro párrafos nos interesa aquí destacar el primero: "Cualquiera tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solicitud reclamada y ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal, y el tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones".

Encuadrado el poder de las partes dentro del ya mencionado *status activus processuales*, nace en cabeza del ciudadano un derecho subjetivo público a obtener la tutela judicial, que tiene al proceso como su natural vehículo[14].

Es así como creemos ver en la norma proyectada en el "Código Tipo" tanto un derecho "al" proceso —acudir a los tribunales—, cuanto un derecho "en" el proceso —ejercer todos los actos procesales que legalmente puedan corresponder—.

Y desde la perspectiva constitucional, será la "pretensión constitucional" la sustancia última del correspondiente "derecho a peticionar".

13. Mirado el asunto desde el órgano jurisdiccional, aparece un deber (que es también un poder) de proveer. Es posible orientar este último a nuestro entender, a un conjunto de acciones (activi-

[14] Cfr. Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, *passim*.

dad procesal) del tribunal; o mejor, quizás, a un genérico comportamiento, consistente en otorgar y hacer funcionar el proceso pedido (proveer).

Prolongando lo expuesto, podemos señalar que la legislación proyectada por el "Código Tipo", en su conjunto, configura así un cabal "modelo" de proceso. Ese es, entonces, el proceso debido al ciudadano y, por tal razón, el proceso se constituye el punto central de un sistema simple de derecho, para decirlo con el lenguaje de NORBERTO BOBBIO[15].

14. Retomando lo dicho al comienzo de este estudio respecto a las implicaciones problemáticas de la cuestión tratada, veamos ahora cuáles son, más afinadamente, sus términos.

Podemos advertir como elementos coimplicantes del problema los siguientes: por un lado, el derecho al proceso (art. 11.1); por el otro, la posibilidad de denegar ese derecho cuando la demanda resulta manifiestamente "improponible" (art. 33, inc. 1°).

Esta conjunción normativa origina, por lo pronto, situaciones que podemos calificar tanto de armónicas, cuanto de antinómicas en el ordenamiento. En ellas pasamos a ocuparnos, entonces.

15. En cuanto a las primeras —situaciones de armonía— el derecho al proceso, consagrado en el "Código Tipo" armoniza primordialmente con los ordenamientos constitucionales que, en Iberoamérica, también lo reconocen (por ejemplo, Colombia: arts. 23 y 29; Uruguay: art. 30; Argentina: art. 14; etc.).

Igualmente la armonía alcanza a los instrumentos internacionales que consagran ese derecho al proceso (por ejemplo, Pacto de San José de Costa Rica: arts. 7° y ss., etc.)[16].

16. En cuanto a las segundas —situaciones de antinomia—, la cuestión se torna más compleja. Como creemos haberlo demos-

[15] *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres editor, 1980, págs. 317 y ss.

[16] Fundamentalmente, el Pacto de San José de Costa Rica.

trado, la existencia de antinomias es una condición *sine qua non* para que, en rigor, pueda hablarse de "improponibilidad".

Pero el tema de las antinomias tiene también un cariz problemático. Tal, al preguntarnos, en el supuesto de "improponibilidad", si realmente se está juzgando "sin proceso", ya que una pretensión de tutela a un derecho sustancial sería rechazada sin más y sin un proceso "debido".

Admitida, pues, la existencia de antinomias, siquiera a título de hipótesis, surge la necesidad de detectar y establecer criterios de solución. Pensamos que, por lo menos, pueden presentarse tres criterios de solución: uno técnico, otro interpretativo y otro más, de corte axiológico. A ellos nos referimos enseguida.

17. Desde el punto de vista *técnico*, parece oportuno distinguir "proceso" y "procedimiento".

Procesalmente, hallamos el derecho (poder) de las partes para ejercer "actos procesales" y, por el lado del tribunal, encontramos que el deber de proveer también se concreta en un "acto procesal".

Según el procedimiento, el artículo 11.2 del "Código Tipo" contempla el dictado de un auto interlocutorio, que debe ser fundado y con posibilidad de ser recurrido. Vemos que así, aunque mínimamente, está asegurado un decisorio logrado mediante una forma —no por mínima, inexistente— de actividad jurisdiccional tuteladora.

18. Desde la atalaya de la *interpretación* habrá, indudablemente, de tenerse en cuenta el artículo 14 del "Código Tipo", que prescribe que en caso de duda interpretativa "...se deberá recurrir a las normas generales, teniendo presente los principios generales del derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio".

Constituyendo el "debido proceso" un principio de contenido con raigambre constitucional, en caso de duda se estará, entonces, por hacer lugar al trámite de la demanda; dicho de otra manera: *en la duda, deberá estarse por la "proponibilidad"*.

Referido a la defensa en juicio, la cuestión se desplaza más bien hacia el procedimiento ya mencionado, estatuido por el artículo 11.2, respecto al cual la interpretación estimamos deberá ser restrictiva en favor de darle curso a la petición.

5. Final: el orden axiológico

19. El orden axiológico proporciona, al igual, válidos criterios de solución. Recordemos las enseñanzas del jurista norteamericano Roscoe Pound, que puntualizó que los conflictos de intereses solo podían ser resueltos con pautas axiológicas[17].

El proceso, en tanto institución del ordenamiento jurídico, de por sí ya implica una forma de equilibrio de intereses públicos, privados y sociales.

En nuestro caso, creemos que resulta uno de los valores prioritarios *la utilidad*, expresamente mencionado, por ejemplo, en el artículo 11.2 y en el 73 del "Código Tipo". Este valor se concibe en el proceso entendido como instrumento[18].

Desde luego que la utilidad conecta con *la eficacia*, y se debe subrayar que el aumento de los poderes del juez tiene como justificativo último el perfeccionamiento del proceso.

Desempeña también una función destacable el valor *seguridad*, ya que el ciudadano debe saber que el juez solo aplicará el derecho realmente en vigencia y que, por tanto, no dará curso a peticiones basadas en pretensiones no admitidas por el ordenamiento jurídico en plenitud (valor *coherencia*).

20. Tanto el valor seguridad como el valor utilidad son relativos al valor *justicia*.

[17] En Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía en la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1973.

[18] Cfr., para el proceso como instrumento desde el punto de vista axiológico, Pedro J. Bertolino, *El funcionamiento del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1985, *passim*.

Por tanto, el *lugar geométrico* final para conjugar las relaciones que hemos venido apuntando es, para nosotros, el estándar del "servicio de la justicia", en especial en una de sus manifestaciones más señalables: el "acceso a la justicia"[19].

21. Más pormenorizadamente, estimamos que lo tratado entronca con la nota de "adecuado" que la jurisprudencia en Argentina —en particular la de su Corte Nacional— le ha adjudicado al "servicio de la justicia"[20].

Esta nota de adecuación contiene, entre otros, estos aspectos: llenar cumplidamente la misión de función para que sea establecido el servicio y asegurar su oportunidad, pues dicho servicio debe ser conveniente en tiempo y lugar.

Ciertamente, no cumpliría con los fines del servicio de justicia la tramitación de un proceso que, de antemano, apariencia objetiva y manifiestamente como ineficaz (proyección negativa del valor *utilidad*).

22. Concluyendo, nos parece acertada la solución dada a la cuestión de la "improponibilidad" de la demanda por el "Código Tipo", la cual, sin dejar de privilegiar la noción de "acceso", les quita relevancia a las pretensiones que se formulan en claras antinomias con el ordenamiento jurídico vigente.

[19] Cfr. Mauro Capelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia*, La Plata, ed. Colegio de Abogados, 1983, *passim*.

[20] Para esta temática nos remitimos a Pedro J. Bertolino, *El exceso ritual manifiesto*, 2ª ed., La Plata, Edit. Platense, 2003, cap. IV en especial.

PARTE SEGUNDA

PROCESO PENAL

Capítulo I

EL DERECHO A LA "ÚLTIMA PALABRA" EN EL JUICIO PENAL ORAL*

1. El objeto de este trabajo

1. Constituye el objeto de este trabajo examinar el denominado derecho a la "última palabra" en el proceso penal[1] —sea del imputado, sea de la víctima— tema a nuestro entender más puramente afirmado que fundamentado y desarrollado en la literatura jurídica específica actual.

Efectuaremos el examen mencionado situándonos dentro de los lineamientos del juicio "oral y público", que resulta ser hoy día el método predominante en los ordenamientos de la materia, elegido por los Estados para encarar con mayor eficiencia y justicia material el enjuiciamiento de los "casos penales" que se producen en ellos.

* Aunque original en sí mismo, este trabajo reconoce sin embargo como antecedentes los trabajos de nuestra autoría: "La última palabra concedida al procesado en el juicio oral bonaerense y el control en casación", en *La Ley*, Buenos Aires, 1994, págs. 645 y ss, y "El proceso oral: sus notas esenciales", en publicación del *Congreso Internacional de Oralidad en Materia Penal*, La Plata, Argentina, 5 al 7 de octubre de 1995, págs. 113 y ss.

[1] Esta es la denominación que da Vicente Gimeno Sendra en la obra *Derecho procesal*, t. II, "Proceso penal", Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pág. 59.

También, tendremos en cuenta en forma permanente la situación de este derecho particular en el cuadro mayor del "derecho al proceso penal" del que, en definitiva, no es más que una de sus manifestaciones ciertas[2].

2. Ahora bien, y a modo de premisa para este trabajo, debemos precisar que el método oral de enjuiciamiento penal, que, como dijimos, enmarca el derecho investigado, cabe ser observado así en su fondo interno como en su forma externa.

Es decir: si bien se puede esbozar una suerte de "tipo ideal" del juicio penal oral en orden, sobre todo, a sus clásicas notas esenciales, dicho tipo ideal siempre vendrá condicionado por los modos diversos en que los procedimientos están regulados por los distintos ordenamientos positivos.

Ateniéndonos a esto último pasaremos de inmediato a proporcionar un repertorio, que pretendemos sea suficientemente abarcador, de las textualizaciones normativas que, al aparecer insertadas en las regulaciones generales del debate oral y público, consagran determinadamente el derecho que examinamos.

2. Las normas

3. Así, pues, en primer lugar dentro del sistema continental europeo, podemos citar como ejemplos:

3.1. El *Código de Procedimiento Penal italiano* (1989), que en su artículo 523 inciso 5º dispone: "En cualquier caso, el imputado y el defensor tendrán derecho a la última palabra si así lo solicitan, debiendo [*sic*] observarse este derecho bajo pena de nulidad del juicio"[3];

[2] Véase, en este libro, el trabajo *Sobre el derecho al proceso penal como derecho humano*, *passim*.

[3] Utilizamos la trad. de Marcos Villagómez, *El nuevo proceso penal italiano*, *documentación Jurídica*, t. XCI, Madrid, núm. 61, enero-marzo 1989.

3.2. El *Código de Proceso Penal de Portugal* (1987), que en su artículo 361, inciso 1º establece: "Findas as alegacoes, o presidente pergunta ao arguido se tem mais alguma coisa a alegar em sua defensa, ovindo-o em tudo o que declarar bem dela";

3.3. La *Ley de Enjuiciamiento Criminal española* (1882 y sus sucesivas reformas), que en su artículo 739 estatuye: "Terminadas la acusación y la defensa, el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal. Al que contestare afirmativamente le será concedida la palabra. El presidente cuidará de que los procesados, al usarla no ofendan la moral ni falten el respeto debido al Tribunal, ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso necesario"; y

3.4. La *Ordenanza Procesal Penal* de Alemania (1879 y sus profusas posteriores reformas) cuyo artículo 258, inciso 3º dispone: "Aunque un abogado defensor haya hablado por el acusado, se le debe preguntar a éste si tiene algo más que alegar para su defensa"[4].

4. En el ámbito procesal penal latinoamericano podemos detectar, al menos, dos "líneas" de códigos, que son:

4.1. La ejemplificada con el *Código Procesal Penal de Costa Rica* (según reforma que entró en vigor en 1998), que en su artículo 358 expresa: "*Clausura del debate*. Si está presente la víctima y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el procedimiento. Por último quien preside, preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después declarará cerrado el debate"[5]; y

4.2. La ejemplificada mediante el *Código Procesal Penal chileno* (1999), cuyo artículo 3387 al final reza: "Por último se otor-

[4] Texto edición española, por Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, obra coordinada por Emilio Eiranova Encinas.

[5] Textos similares contienen, v. gr., el Código Procesal Penal de Paraguay (1998, art. 395); el Código Procesal Penal de Guatemala (1992, art. 382); y el Código Procesal Penal del Salvador (1997, art. 353).

Como vemos, los elementos no contenidos en el digesto nacional y sí en las provinciales precitadas son, por un lado, la mención expresa de la nulidad y, por el otro, la inclusión de la víctima, al modo de los códigos latinoamericanos que hemos mencionado más arriba.

3. El proceso penal como hecho social

6. Pasando de lo normativo a la dimensión de la realidad, considerándolo como un fenómeno del mundo jurídico puede sostenerse, sin mayores compromisos, que todo proceso judicial *in genere* —y más aún, si cabe, el penal oral en particular— configura, en sí *mismo, un cumplimentado hecho social.*

Desde esta atalaya, recordemos que los sociólogos del derecho han calificado al proceso como un hecho social primario. Pues bien, nos importa, en esta línea de reflexión, rescatar más que nada la adjetivación de primario, porque dichos fenómenos jurídico-sociales son, por cierto, aquellos que manifiestan una sustancia de autoridad o de poder[7].

Precisamente, esta relación con la autoridad y el poder se compadece con los problemas expuestos por Winfried Hassemer, al preguntarse si en el proceso penal hay o no un discurso libre de toda dominación, cuestión esta que alguna incidencia puede tener en el problema del derecho que es materia de este trabajo[8].

7. En *último análisis, mediante el juicio penal oral se trata de* resolver (suponemos que esta afirmación puede resultar polémica) un conflicto social material mediante un hecho social formalizado específico.

[7] Por todos, Jean Carbonnier, *Sociología jurídica*, trad. Luis Diez-Picazo, Madrid, Tecnos, 1982, págs. 91 a 95.

[8] Winfried Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, págs. 163 y ss.

gará al acusado la palabra para que manifestare lo que estimare conveniente. A continuación se declarará cerrado el debate".

La materia diferenciadora de ambas "líneas" legislativas está dada, como surge de la simple lectura de los preceptos transcritos, por la posible inclusión de la "víctima" en el contexto normativo.

En cuanto al "Código Tipo" Procesal Penal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, al final de su artículo 318 se lee: "Por último, el presidente preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar, concediéndole [*sic*] la palabra, y cerrará el debate".

5. En Argentina, en general, los digestos al uso han seguido la fórmula del *Código Procesal Penal de la Nación* (1987), que en su artículo 393, en lo pertinente dice: "En último término el presidente preguntará al imputado si tiene algo que manifestar, convocará a las partes a audiencia para la lectura de la sentencia y cerrará el debate"[6].

Sin embargo, los códigos más actuales de algún modo extienden el alcance de ese texto. Así tenemos, para ejemplificar aquí también, el *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires* (vigente desde 1998) ordenamiento que, en su artículo 368, en aquello que nos interesa, dispone: "En último término, el presidente preguntará al imputado, bajo sanción de nulidad, si tiene algo que manifestar y cerrará el debate"; y el *Código Procesal Penal de Chubut* (de 2000, aún no totalmente vigente) en su artículo 47, en el particular analizado en este estudio establece: "Por último, el presidente preguntará a la víctima que estuviere presente, aun cuando no haya intervenido como acusador en el debate, si tiene algo que manifestar y, en su caso, le concederá la palabra; luego dirigirá al imputado la misma pregunta, en su caso le concederá la palabra, y cerrará el debate".

[6] Este texto aparece, entre otros, en los Códigos de Procedimiento Penal de las Provincias de Chaco (1999, art. 399); Mendoza (1999, art. 404) y Tierra del Fuego (1994, art. 361).

Estamos, de tal manera, algo así como de cara a dos historias: la *historia penal*, que es la del caso bajo enjuiciamiento (clásicamente: los *considerandos* de la sentencia) y la *historia procesal*, es decir, aquello "que pasó" en el propio proceso (también clásicamente: los *resultandos* de la sentencia).

Ello así, el punto de sutura de ambas historias será la sentencia de mérito, ante todo, y sin detrimento de posibles soluciones alternativas o anticipadas del "caso penal" en uso. Entonces, el *desideratum* de cualquier juicio penal oral será que exista la mayor y más completa coincidencia posible —nunca podrá ser total— entre aquellas dos realidades sociales.

Ahora bien, abarcando ambas "historias" como nota central de la dimensión sociológica del proceso penal oral, encontramos imponiéndose por sí misma la noción de "escena", entendida tanto objetiva como subjetivamente. Veamos.

8. En *lo objetivo*, tomamos la noción de "escena" con el amplio sentido de "lugar" —el aula de debate— donde ocurre un "suceso": el caso penal que se está enjuiciando.

Justamente, cobra con ello significación la relación "oralidad-publicidad", porque, como enmarcada en la definición en sí, la escena es presenciada por el "público"; es decir, la existencia del "escenario", por un lado, y la presencia de la "concurrencia", por el otro.

Como la ha descrito plásticamente FRANCO CORDERO, refiriéndose a la "escena pública": la dirige el presidente como órgano distinto del tribunal colegiado, la parte interna señala una dialéctica acusatoria; tanto el ministerio público como los defensores se sientan en el mismo nivel ante los jueces"[9].

9. En cuanto a lo *subjetivo*, la idea de "escena" la tomamos aquí con la connotación de ámbito de intercomunicación de los

[9] FRANCO CORDERO, *Procedimiento penal*, t. II, trad. Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 2000, pág. 219, con referencia determinada al sistema procedimental italiano.

intervinientes en el debate; o como lo dice el ya recordado HASSEMER, en el configurado "discurso de todos los partícipes en el proceso"[10].

En este supuesto cobran entidad las notas que hemos aludido al comienzo como las "esenciales" del juicio oral, que por otra parte no son otras que las de publicidad, oralidad, inmediación, concentración, unidad de vista e identidad del juzgador, para enumerar tan solo las tenidas por clásicas.

Dicho de otra manera: visualizar de qué modo desarrollan en el "proscenio" la trama "escénica" quienes la configuran; en suma: el despliegue argumental de los personajes que intervienen en el enjuiciamiento del conflicto penal que acaece.

4. LA PRODUCCIÓN DEL CASO PENAL

10. El citado HASSEMER dice que el juicio oral sirve para producir el caso[11]; esto es, para nosotros, la sobredicha conjunción de historias, claro está que miradas sobre todo "en haciéndose", para utilizar una plástica expresión castiza corriente.

Sería también fecundo entender el enjuiciamiento oral como que sirve para la producción de la sentencia; o más concretamente, para la elaboración del "juicio judicial" que anida en aquel acto jurisdiccional por antonomasia.

Prosiguiendo con las metáforas traídas: se tratará del "desenlace" de la pieza teatral que es, sólitamente, un "drama" para la víctima o para el propio victimario; o mejor, quizá, para ambos, aunque ciertamente por diversos respectos.

11. Sobre lo dicho al final del párrafo anterior, pueden considerarse así mismo procesos orales penales con intervención de jurados populares, donde el juicio como tal se produce desde lue-

[10] HASSEMER, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 154.

[11] *Idem*, *op. cit.*, pág. 153.

go mediante la deliberación de aquéllos, si bien con emisión escueta del resultado de la deliberación.

En rigor, al menos con las categorías técnicas que manejamos en el campo del enjuiciamiento penal latinoamericano, aunque no nos encontramos con una "sentencia" propiamente dicha, no puede caber duda de que nos hallamos frente a un verdadero "juicio judicial", en este caso emanado del jurado popular.

En este particular, resulta interesante transcribir lo establecido en la primera parte del artículo 60 del mencionado reciente Código de Procedimiento Penal de Chubut (Argentina): "Pronunciamiento del veredicto. Logrado el veredicto, el colegio de jurados se constituirá nuevamente en la sala de la audiencia y el presidente del jurado leerá el veredicto: en primer término, declarará culpable o inocente al acusado; después leerá la propuesta que fue aceptada; y, por último, dará a conocer el resultado aritmético de la votación que logró el veredicto".

12. Pues bien, en el marco de la producción del caso, y fundamentalmente en la fase del debate oral y público —sea ante jueces técnicos o jurados— que precede al "juicio judicial", resulta imposible de eludir —por imprescindible— la participación del acusado, al menos en los momentos fundamentales de aquel debate.

Quiéraselo o no, en todo enjuiciamiento penal el principal "afectado" —claro está, también lo será la víctima, sobre todo en cuanto podrá ser "victimizada" por el propio proceso— resultará ser, sin duda, el imputado sometido a requerimiento acusatorio.

Ciertamente, según esto, el caso penal se produce ante todo "por" el imputado, en tanto supuesto autor de un ilícito; pero igualmente, el proceso penal se realiza "para" dicho imputado, en cuanto es necesario saber si realmente fue autor o no de la hipótesis delictiva bajo juzgamiento.

13. Podríamos decir, entonces, que en el supuesto legislativo determinado que analizamos, compendiosamente la participación se despliega y prolonga durante todo el curso del debate, pero se

concluirá —en el sentido de "darle cima"— básicamente con el discurso postrero del procesado, como sujeto principal del drama judicial, en la medida de su vital interés en el resultado del caso que lo involucra.

En prioridad, y sin caer en presunción *teorética*, tocamos acá el aspecto *antropológico* del proceso penal, ya que el ser humano no es sólo un objeto del mundo, sino que también —y antes que todo— es "sujeto" del mundo, como se ha dicho autorizadamente[12].

Con más justeza todavía: nos hallamos de cara, en función de la perspectiva del imputado —y por cierto también de la víctima—, a la realidad existencial que WERNER GOLDSCHMIDT llamó "asuntos vitales", que en tanto situaciones personales límites no son fácilmente sometibles a reglas generales legislativas *a priori*[13], y por tanto, no encuadran en normativas rígidas.

14. Pero volvamos a la arriba aludida cuestión del "discurso libre de toda dominación", viendo si aquella cuestión se puede descubrir de algún modo en la dinámica del derecho que nos ocupa.

Se ha señalado, desde el mirador de la filosofía del proceso, que cada una de las personas susceptibles de ser afectadas por un juicio (judicial) pueden agraviarse, pueden expresarse y pueden hacer escuchar sus argumentos[14].

Sin embargo, no se agota con solo esto el sentido del derecho implicado. El tribunal debe, de su lado, oír a aquellos afectados. Es, en la textualización ya vista del Código portugués, el aspecto que se relaciona con que el "arguido" deberá "ser oído en todo".

15. Pero como también se ha dicho, el tribunal tiene que estar dispuesto a escuchar, y a desear hacerlo; lo contrario sería la prue-

[12] Cfr. EMERICH CORETH, *¿Qué es el hombre? Esquema de una antropología filosófica*, Barcelona, Herder, 1982, *passim*.

[13] WERNER GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, págs. 75 a 77.

[14] MARIE ANNE FRISON-ROCHE, "La philosophie du process, propos introductifs", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 39, Paris, Sirey Editions, pág. 22

ba de la parcialidad del órgano, la negación misma del proceso y un "desequilibrio intrínseco"[15].

Aunque para el tribunal el asunto no sea "vital" sino "cotidiano" —para seguir con las categorías traídas por el nombrado WERNER GOLDSCHMIDT—, no atender cumplidamente este verdadero "deber de escuchar" (y no meramente "oír"), constituiría la consagración de una desigualdad de poderes.

En efecto, el proceso en sí debe darle a la persona amenazada por una condena o a la víctima que reclama justicia reparadora la protección a su debilidad o inferioridad ante el órgano juzgador; en resumen: nos hallamos frente al mentado "desequilibrio intrínseco": del imputado frente a su acusador técnico; y de la víctima frente al defensor, también técnico, desigualdad que el derecho a "manifestarse" en último término en buena proporción posibilita corregir a ambos.

16. Pero con la preservación del interés individual que arraiga en la afectación vital que todo enjuiciamiento penal les acarrea al imputado y a la víctima, no se agota la justificación de la normativa a la "última palabra" que estamos examinando, según el repertorio positivo presentado al comienzo de este trabajo (acápite 2).

También, con dicha normativa, se tutelan el interés público, en tanto el Estado, como tal, tiene la necesidad de que el juicio penal oral se tramite "como es debido", y el interés social, en la medida en que con el *discurso de todos los participantes* —acusado y víctima en nuestro caso—, asegure el *bien común intraprocesal*.

En definitiva y como compendio, este clearing de intereses tutelados no hace otra cosa que servir al interés del propio enjuiciamiento penal, tomado en su conjunto como hecho social primario, tal como lo estamos viendo en este trabajo[16].

[15] *Op. cit.*, en la nota anterior, pág. 22.

[16] Cfr. sobre los puntos del texto, BERTOLINO, *La última...*, *op. cit.*, al comienzo, núm. IV.

5. Tipo, naturaleza y características del derecho examinado

17. El otorgamiento de la última palabra al acusado —y, reiteramos, también a la víctima— al llegarse al final del debate oral, se inserta sin mayor esfuerzo en el derecho "de audiencia" o a "ser oído" en el proceso, aquí, el penal.

Ahora bien, el derecho examinado en este trabajo a nuestro juicio no es más que un "subtipo" del mencionado "de audiencia", que, como tal, participa del reconocimiento del tipo principal, y de este deriva sus caracteres primordiales.

Así y todo, citemos el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948), precepto que dice: "*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad*, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

El estudiado resulta también, una expresión particularizada del derecho humano al proceso penal, según lo hemos intentado describir en uno de los trabajos que se integra en este libro, trabajo al que nos remitimos entonces.

18. En razón de lo consignado en el párrafo anterior, el derecho que nos ocupa resulta ser hoy día, incuestionablemente, un derecho positivizado por los tratados y, también por el derecho interno, según lo consignamos al comienzo de este aporte investigativo.

Pero también, y si se quiere antes de ello, es igualmente un derecho natural, hontanar que respecto al proceso penal se integra con los principios de imparcialidad del órgano jurisdiccional, la audiencia de los interesados y la consideración del inculpado como persona y no como objeto de la investigación[17]. Estos principios,

[17] Cfr. Pedro Aragoneses Alonso, *Instituciones de derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Madrid, Ediciones Aguilar, 1979, pág. 77.

de una manera u otra, juegan en la dinámica del derecho "a la última palabra", tal como lo estamos caracterizando hasta aquí.

19. Por último, desde otros ángulos, el derecho bajo examen debe inscribirse dentro de los configurativos de la defensa material. En este sentido puede ser equiparable —aunque no absolutamente, como veremos— a la declaración del imputado durante el juicio, sea en la etapa preparatoria, sea durante el debate.

Concluyendo sobre las características de este derecho, ya más determinadamente, estamos de acuerdo en que nos hallamos frente a un derecho "potestativo", según del modo como lo ha acuñado alguna doctrina[18]; es decir, no obligatorio en su ejercicio, ni para el imputado, ni para la víctima.

6. Final: una prerrogativa trascendente

20. De cualquier manera, siempre tendremos que reparar en que la precitada "potestad" se deberá ejercitar siguiendo las disposiciones técnicas que cada código particularmente contenga a su respecto[19].

Pero pensamos que, dada su naturaleza, el derecho "a la última palabra" no podrá ser negado por el tribunal —ni al imputado, ni a la víctima— invocando la no existencia de disposición expresa —total o parcial— al respecto. En tal caso, a nuestro juicio deberá integrarse la ley recurriéndose a los principios del derecho natural, sobre todo[20].

Por tanto, el núcleo del derecho que examinamos está constituido por una verdadera prerrogativa; ésto es: una facultad trascendente arraigada en lo existencial —afectación por el proceso en

[18] Cfr. Gimeno Sendra, *Derecho...*, op. cit., en la nota 1.

[19] *Vid supra* el repertorio legal enunciado en el acápite 2.

[20] Cfr. Pedro J. Bertolino, *El funcionamiento del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1985, págs. 167 y ss.

sí— antes que en una mera "gracia" del Estado, a la que nos podría llevar la variedad de significados del término.

21. En su concreción, la prerrogativa se expresa corrientemente por los códigos como posible "manifestación" del imputado o víctima. Esta textualización legislativa requiere algún esclarecimiento, tanto incluyente como excluyente.

Se trata, en el primer caso, de "manifestar", es decir, ante todo de "dar a conocer" intelectiva, volitiva —y aun sensitivamente— la impresión que le ha producido el desarrollo del debate a la persona del imputado o de la víctima. Y esto, a su vez, se deberá conjugar con la "última impresión" que se llevará el propio tribunal, según enseña BAUMANN al tratar este tema[21].

Pero, en rigor, desde un punto de vista excluyente, no se tratará de una cabal "declaración" tal como la prevén los códigos vigentes, tanto para las fases preparatorias como para las de juicio. Esto lo ha comprendido certeramente la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al sentenciar que "Estas manifestaciones se quieren espontáneas y libres por parte del acusado, sin la presión y formalidad de la intimación de los cargos y de la eventual confrontación de su dicho en un interrogatorio por las partes intervinientes, es decir, se quiere que sean manifestaciones fuera del período de prueba, una vez emitidas las conclusiones de las partes y finalizada «la escena» del debate, pues solo en esta dimensión se comprende el significado que poseen para la defensa material del imputado..."[22].

22. Pues bien, para cerrar el círculo de análisis, digamos que no bastará que el tribunal oral les otorgue la "última palabra" al imputado y a la víctima: será necesario que esté dispuesto a escuchar, o más todavía, que en modo alguno valore negativamente el no ejercer las prerrogativas acordadas, en tanto que éstas son contracara

[21] JÜRGEN BAUMANN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 115.

[22] Su cita en JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso penal comentado*, San José de Costa Rica, UCI, 1998, pág. 714.

del derecho al silencio. Expresado de otro modo: el no usar el derecho en todo caso no deberá interpretarse en contra del imputado o como desinterés de la víctima.

Esto también lo ha señalado con claridad la corte costarricense al decir que "En suma, esas manifestaciones últimas de los imputados, por formar parte del juicio oral y público, indefectiblemente deben ser tomadas en cuenta y analizadas por el Tribunal..."[23].

No bastará, entonces, la desnuda sanción —usualmente la nulidad, en grado o en casación[24]— cuando se omite "dar" la "última palabra"; será menester algo más: que según su intuición experimentada, el tribunal oral reconozca la trascendencia que posee la prerrogativa en juego y posibilite su pleno funcionamiento.

[23] *Op. cit.*, en la nota anterior.

[24] Cfr. Bertolino, *La última...*, *op. cit.*, núm. 12 en especial.

Capítulo II

SOBRE EL DERECHO AL PROCESO PENAL COMO DERECHO HUMANO*

1. Preliminares

1. Nos proponemos dilucidar, aunque sólo en visión panorámica, la locución central del título que elegimos de este trabajo: *El derecho al proceso penal*. Debemos resaltar desde el comienzo, sin embargo, que actualmente en el mundo jurídico el acento está puesto sobre los derechos y garantías que deben existir en el proceso penal, y no en un *específico derecho*, a secas, orientado a su acceso.

Expresiva, en tal sentido, es la norma contenida en el inciso 2º del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de cuyo texto derivamos que las "garantías mínimas" que todo inculpado de delito tiene derecho a hacer valer funcionan *durante el proceso*. Allí se dice: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas..." (y sigue la enumeración de ellas).

2. Recortando así el tema, de inmediato surge la dificultad de confrontar el texto de la locución propuesta con sus significaciones posibles.

* Este trabajo se publicó en *Jurisprudencia argentina*, 80º Aniversario, 1918-1998, pág. 56, y ha sido retocado para esta obra.

En tal sentido, afirmar que *el acceder al proceso penal constituye un perfecto y diferenciado derecho*, implica concluir que él es susceptible de *ejercicio, uso y goce*.

Estas últimas posibilidades clásicas, "usar" los derechos y "gozar" de ellos, están previstas, por ejemplo, en el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derecho y obligaciones, y gozar de los derechos civiles fundamentales".

Y en el inciso 2º del artículo 29 de la declaración Universal de Derechos Humanos se dispone: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

3. Sin embargo, la idea de *bien* que implícitamente estas expresiones evocan choca en seguida con la asimilable a "mal", connotada en ocasiones al proceso penal considerado en sí mismo.

En efecto, a la sazón CARNELUTTI calificaba el proceso penal como una verdadera *pena*, y enfatizaba: "El juicio penal es un mal para quien lo sufre y que, por eso ocasiona un sufrimiento, en lo que está un carácter necesario, ya que no suficiente, de la pena"[1].

Y, mirándolo desde la dimensión sociológica, señala HASSEMER que el proceso penal constituye una *ceremonia peligrosa y precaria para el acusado*[2]. Esta precariedad, añadimos, se adscribe también a la víctima.

[1] FRANCESCO CARNELUTTI, *El problema de la pena*, Buenos Aires, Ejea, trad. Santiago Sentís Melendo, 1956, págs. 57 y ss.

[2] WINFRIED HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1984, pág. 169.

En resumen: esta visión negativa quedaría sobradamente patentizada si recurriéramos, como paráfrasis, a una expresión característica en el lenguaje de nuestro recordado maestro WERNER GOLDSCHMIDT: la sola realización del proceso penal siempre "costaría una injusticia"[3].

Sucede que por encima de sufrimientos, ciertos o eventuales, resulta innegable que todo proceso penal, por el mero hecho de ser tal, restringe en sumo grado la libertad del hombre, primordialmente por la incidencia a su respecto de las medidas de coerción personal.

4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación argentina, referida a esta cuestión, en sí dilemática, también desnuda coincidentes ambigüedades. Veamos.

En primer término, puede observarse el relieve dado a la situación del imputado, que necesita "liberarse" de una incertidumbre restrictiva. Esta perspectiva quedó manifestada en el notorio *leading case* "Mattei" en el que, nuestro más alto tribunal resaltó: "... el derecho de toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación, mediante una sentencia que determine su situación frente a la ley penal, poniendo fin a la incertidumbre y restricción de la libertad que importa el enjuiciamiento penal"[4].

Pero, desde otro punto de vista, puede establecerse la reafirmación de un cabal derecho al proceso penal. Así lo muestra, y solo para ejemplificar, el voto en minoría del juez Antonio Boggiano en el caso "Nadel", donde sostuvo que un tratado de extradición debía ser entendido como tendente "...a asegurar a los individuos un proceso tramitado conforme a la ley"[5]. Pues bien, cambiando lo que haya que cambiar, este discurso judicial lleva claramente a la ins-

[3] WERNER GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, *passim*.

[4] Ver su texto en LL 133-413, con nota de GERMÁN J. BIDART CAMPOS; también en JA 2-1969-382.

[5] Corte Suprema de Justicia de la Nación, sent., 6 abril 1996 (JA 1997-II-síntesis).

titución "proceso penal" (el procedimiento de extradición en esencia lo es) hacia la zona de los "derechos individuales".

5. Ahora bien, el dilema encierra una suerte de aporía para resolver. Parece, en efecto, que un "derecho" al proceso penal, tras afirmarse en sí mismo, viniera a contradecirse a sí mismo[6].

Antes de acercar elementos que acaso ayuden a resolver tal aporía, cabe mencionar algunas ideas generales que, a nuestro entender, han ido configurando un marco de referencia propicio a la delimitación y función del derecho específico, cuya noción queremos concretar en este trabajo.

2. Marcos básicos de referencia

6. La sustitución de la autodefensa privada por la actividad jurisdiccional estatal constituyó —y constituye— el punto de partida básico y determinante para que haya podido surgir y desenvolverse un derecho al proceso judicial, en general y, desde luego también, en particular al penal.

En este encuadre, justamente, recordemos que, como se ha dicho, con mirada sustancial la "...historia de la sustitución de la autodefensa por el proceso ha sido, en definitiva, la historia de la sustitución de la ley de la selva por la civilización"[7].

7. La sustitución de la justicia privada por la pública se complementa —orientando nuestra búsqueda conceptual— con la notoria transferencia histórico-jurídica del imputado, que de mero objeto pasó a ser completo sujeto del proceso penal[8].

[6] Cfr. José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, t. I (A-D), Barcelona, Ed. Ariel, 1994, págs. 205, voz "Aporía".

[7] Cfr. Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Ed. Civitas, 1984, pág. 20, y *passim*.

[8] Cfr., por todos, Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Lerner, 1969, págs. 335 y ss

Más aún: ese imputado *sujeto* es, por sobre todo, *persona humana*. Vale entonces reparar que en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reconoce que los "... derechos esenciales del hombre..." tienen como fundamento "... los atributos de la persona humana".

8. Claro está que aquel movimiento civilizador del que habla GONZÁLEZ PÉREZ se ha determinado en concretas y diversas culturas jurídicas, en orden al problema penal en su plenitud, abarcador de lo sustancial y lo procesal al mismo tiempo.

Así las cosas, GIOVANNI TARELLO ha mostrado cómo el sistema penal de la modernidad, a partir del siglo XVIII, se ha nutrido de las que él denomina ideologías "utilitarias", "proporcionalistas" y "humanitaristas"[9]. Así mismo, GIUSEPPE BETTIOL ha destacado, también atendiendo al problema penal, la incidencia plural sobre el del "iluminismo", del "existencialismo" y del "cristianismo"[10].

Podemos colegir, por tanto, y asumiendo los riesgos de una excesiva generalización o de un endilgamiento de fácil sincretismo, que de todas estas corrientes teóricas, de un modo u otro puede ser hoy receptor un particularizado, y así enriquecido, "derecho al proceso penal".

3. PARA UNA NOCIÓN DESCRIPTIVA

9. Bien que una noción, por lo pronto descriptiva, del "derecho al proceso penal" debería tener en cuenta, desde el principio, su distinción final con el "derecho a la jurisdicción". O, mejor quizá, con el "derecho a la tutela jurisdiccional", según la terminolo-

[9] GIOVANNI TARELLO, "Storia della cultura giuridica moderna", Bologna, Il Mulino, 1976, págs. 383 y ss.

[10] GIUSEPPE BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1977, págs. 17 y ss.; también, LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 2ª ed., Roma-Bari, Laterza, 1990, *passim*.

gía de la doctrina española, elaborada a partir del artículo 24 de su actual Constitución[11].

Desde luego que la distinción, siquiera por la semejanza formal de instrumentos, supone una relación: aquel derecho a la protección que debe dar la jurisdicción requiere, por cierto, ser *realizado por medio de un proceso.*

Agregando algo más: el papel de la relación se refuerza si reparamos en esto: quien presta la tutela jurisdiccional —el Estado— *es quien también otorga el proceso, en nuestro caso, el penal.*

10. En esencia, y siguiendo pautas dadas por GERMÁN BIDART CAMPOS, nos hallamos de cara a una *prestación positiva de dar algo: un proceso*; aunque complementariamente nos encontremos también frente a una *prestación positiva de hacer*: tramitarlo según pautas normativas prefijadas[12].

La prestación —el *debitum* estatal— se concreta en un pretensor, que queda constituido así como un "...beneficiario designado de la obligación de otro"[13]. Y este "pretensor" viene a participar del denominado, por RAMÓN SORIANO, *status activus processualis*, es decir, del derecho del particular a la formación de toda clase de actos públicos[14].

Quedan, de esta manera, perfilados, por lo pronto, los sujetos estructurales del derecho al proceso penal: el ciudadano —en potencia— o el procesado —en acto—, como sujetos activos; y el Estado, como sujeto pasivo.

11. Sin embargo, pueden imaginarse otros sujetos hipotéticos. Entre ellos, cobra importancia suma la víctima del delito, observa-

[11] Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho...*, ob. cit., *passim*.

[12] GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991, *passim*.

[13] NORBERTO BRIESKON, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Ed. Herder, 1993, págs. 77 y ss.

[14] RAMÓN SORIANO, *Compendio de teoría general del derecho*, Barcelona Ed. Ariel, 1986, pág. 109.

da como posible titular de una pretensión de acceso al enjuiciamiento criminal.

Justamente, el llamado "renacimiento de la víctima" es uno de los principales asuntos convocantes en la tesis sistemática y problemática del proceso penal moderno. Ahora bien: ¿tiene ella también "derecho" al proceso penal?

Creemos que sí, y nuestra respuesta positiva queda avalada, sin mengua de otros apuntalamientos provenientes del derecho codificado, como pueden ser el actual Código de Procedimiento Penal argentino y el más reciente de la provincia de Buenos Aires[15], por la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, nítida a partir del caso "Otto Wald", donde se dijo que "todo aquel a quien la ley le reconoce la personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, demandante o demandado"[16].

12. Lo expresado nos mueve a retomar los planteos iniciales, conectándolos ahora con la finalidad del derecho bajo análisis.

El proceso penal apunta a satisfacer una necesidad, aunque quizás ello pueda no evidenciarse a primera vista. Este fin está muy bien percibido y expresado en la Carta Constitucional de la Provincia de Córdoba (Argentina), al prescribir, al comienzo de su artículo 39, que "nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Constitución".

Entonces, en la medida en que llena una necesidad: *el no ser pasible de pena sin proceso,* el acceder al enjuiciamiento se transforma de tal manera en un bien, ya que "satisfacción", "uso" y "goce" se vienen a tocar de algún modo en sus significaciones últimas, esto es, el lograr cumplir en plenitud algo deseado.

[15] Código Nacional: arts. 79 a 81; Código de Buenos Aires, arts. 83 a 88.

[16] Fallos 268-266.

13. Resultando ser esa necesidad, en definitiva, "del hombre", no parece forzado adscribir por tanto el bien que la satisface, en extensión y comprensión, al campo de los "derechos humanos".

Sobre todo teniendo en cuenta, por lo menos desde la positividad, que las exigencias humanas, convertidas en "derechos", han obtenido —y obtienen cada vez más— un ordenamiento tutelar con fuerza obligatoria[17].

14. Conformando ese ordenamiento con la Constitución Nacional, los tratados a ella integrados por su artículo 75, inciso 22, las Constituciones provinciales y los códigos de la materia, es indudable que en la línea de los derechos humanos se muestra como característica exigente del proceso penal argentino *el rechazo de todo trato humillante y degradante del imputado —y también de la víctima—, maltrato que, por tal, se convierte sin más en inhumano.*

Para proseguir con un muestreo que quiere ser caleidoscópico y fundante al mismo tiempo, vemos que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York se establece, en la primera parte de su artículo 7º, que "nadie será sometido a tortura ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

15. Aunque no se trata únicamente de que el proceso penal "funcione" asegurando y respetando los derechos humanos, es dable, así mismo, concebirlo en su entidad, como un *objeto cultural jurídico* al que puede atribuírsele el antedicho carácter de "humano".

Claro está que, enfrentados a esta radicalidad, en seguida emerge una cuestión problemática, sin lugar a dudas esencial: ¿qué proceso penal puede y debe constituirse en un derecho humano?; o, tal vez mejor, ¿qué objeto cultural jurídico-procesal, por sí mismo, ya puede y debe ser un *derecho humano*?

Examinemos, entonces, en esta inteligencia temática, algunos aspectos de la normativa, básicamente la de jerarquía constitucional, para tratar de desentrañar cuál es la "figura" de proceso penal

[17] Cfr. Briesko, ob. cit., págs. 187 y ss.

ofrecida, según los rasgos, características, componentes y propiedades que en dicha normativa se observan.

4. El modelo positivizado

16. Por lo dicho al final del párrafo anterior, busquemos averiguar cómo está positivizado un "derecho al proceso penal", por lo menos en la forma en que lo estamos considerando aquí.

Por lo pronto, en la Constitución Nacional argentina parece no hallarse un texto expreso al respecto. Está explicitado, sí, en su artículo 18, el "juicio previo", cuya figura, en comprensión con la del "debido proceso legal", la alta autoridad de Jorge Clariá Olmedo denominó "previo proceso legal"[18].

En todo caso, si pudiéramos admitir la existencia específica y diferenciada de un "derecho al proceso penal", su "lugar geométrico" estaría, creemos, en el artículo 33 de aquella Magna Carta, desde que él permite establecerlo sin mayor dificultad entre los derechos "no enumerados".

17. Aunque esa misma carencia de determinación expresa se observa, en principio, en las declaraciones, convenciones y pactos, en ellos podemos efectuar una lectura textual que permite derivar suficientemente el derecho que analizamos, tratando de aprehenderlo.

Hallamos la sustancia "proceso penal" más bien formulada mediante circunlocuciones, por caso, mediante las voces *procedimiento y forma* en los artículos XVIII y XXV de la Declaración Americana, o *recurso* o *juicio* en los artículos 8º y 11 de la Declaración Universal.

En cambio, dinámicamente —a ello nos dirige la contracción al—, nuestro derecho se expresa, antes bien, como *modo de tener*

[18] Jorge Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1960, pág. 225.

expedito el acceso a los tribunales. Por todos, en el artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y tomando "recurso" por "proceso" en sentido amplio, leemos: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

18. Claro está que, en la búsqueda de una "figura" apta para captar la sustancia del "derecho al proceso penal", corresponde ante todo preguntarnos por sus rasgos o componentes generales. Podemos, en esa indagación, situarnos en la ya enunciada doble perspectiva del prestador y del pretensor del derecho.

Desde el punto de vista *del prestador* del proceso, desembocaremos en la institución tribunalicia. De los tratados constitucionalizados rescatamos que el tribunal allí contemplado deberá poseer, por lo pronto, tres características básicas: ser *competente*, ser *independiente* y ser *imparcial*.

Desde la posición del *pretensor*, en lo fundamental, se trata del derecho *a ser oído* por un tribunal, desde luego conformado según los precitados caracteres esenciales[19].

19. Esta dual configuración quedó muy bien expresada en el *Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, obra del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuyo artículo 11, numeral 1, precisamente bajo el acápite "Derecho al proceso", leemos: "Cualquiera tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones"[20].

[19] Véase, en este libro, el trabajo "El derecho a la «última palabra» en el juicio penal oral", como una de las posibles manifestaciones del derecho de audiencia.

[20] Véase, en este libro, el trabajo "Acerca del derecho al proceso civil", donde desarrollamos este artículo.

A fortiori, esta caracterización resulta válida para el ámbito penal que nos convoca, y se torna ineludible la vigencia de un procedimiento que canalice la relación entre reclamación y deber. Más, por cierto: la caracterización vista apuntala el perfil acusatorio y de partes del mejor proceso penal de cara al siglo XXI.

20. Pero el dibujo general de la figura deberá ser completado, sin duda, con rasgos o elementos específicos. La norma principal a su respecto parece estar contenida en el ya varias veces citado artículo 8º de la Convención Americana, pues la locución "garantías mínimas" aparece como decisivamente indicativa.

Pues bien, de tal manera resulta dable declinar como inexcusables características típicas del enjuiciamiento penal positivizado: a) juez natural; b) estado de inocencia; c) publicidad del proceso; d) defensa integral; e) comunicación de la acusación; f) derecho al silencio; g) derecho a recurrir; y h) garantía del *non bis in idem*[21].

Desde luego que especial mención debemos hacer aquí a la tramitación de los procedimientos en un "plazo razonable", según edicta el artículo 7º, inciso 5º de la misma Convención Americana, accidente de tiempo fuertemente destacado, por lo demás, en la concepción actual del proceso penal, en todas las latitudes[22].

[21] BERNADETTE MINVIELLE, "La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal", en la revista *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, enero-marzo 1988, págs. 66 y ss.; estas características aparecen consagradas en el Código Procesal Penal "Tipo" del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (básicamente, en sus arts. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º).

[22] Véase sobre la duración (celeridad) del proceso, JEAN PRADEL, "La célérité de la procédure pénale en droit comparé", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, Toulouse, Eres, 3º y 4º trimestre, 1995, págs. 323 y ss. (también los relatos nacionales incluidos en la obra); y DANIEL R. PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Ed. Fund. R. Adenauer y Ad. Hoc, 2002, *passim*.

5. Los valores principales implicados

21. Entendemos que no quedaría medianamente completo este trabajo sin que dijéramos algo sobre la dimensión axiológica del "derecho al proceso penal", pues *derechos humanos, constitucionalismo político-social y valores se implican recíprocamente, según un modo global de ver la cuestión.*

En definitiva, la figura de derecho positivo-constitucional y común que hemos querido esbozar más arriba, tanto en sí misma, como en sus proyecciones garantistas, queda sometida al "deber ser ideal" de la estimativa jurídica.

22. Entre los principales valores comprometidos se destaca, en primer término, el *valor justicia*, que nos conduce a la noción rectora del "proceso justo"[23].

En esta línea de reflexión, tenemos que todo proceso penal se inserta en la sociedad, desde el Estado, como "institución jurídico-política". Precisamente, es en el seno de tal entidad donde cualquier persona tiene derecho a ser oída públicamente y "*...con justicia...*" para el examen de una acusación dirigida contra ella en materia penal, como reza el artículo 10 de la Declaración Universal.

Solo así se podrá concebir —en el ámbito del enjuiciamiento penal— el principio supremo de la justicia, que, pasando de lo individual a lo personal, le posibilita al imputado una esfera de libertad para su defensa integral y efectiva[24].

[23] Para el marco de referencia al "proceso justo" nos remitimos a Karl Larenz, *Derecho justo, fundamento de ética jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, *passim*; en el panorama argentino, Augusto M. Morello, *El proceso justo*, La Plata, Editora Platense, 1994, igualmente *passim*.

[24] Para la noción de "principio supremo de la justicia", V. W. Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, pág. 399, donde se lee: "El principio supremo de la justicia consiste en que se asegura a cada cual la libertad necesaria para que se transforme de un individuo en una persona, en otras palabras: para que se «personalice»".

23. En tensión dinámica con el valor justicia se comprende el valor *seguridad*, que, del mismo modo que aquel, exige la existencia de un derecho positivo.

En efecto, el proceso penal, en cuanto constitutivo de un fenómeno social, está sometido, en nuestro círculo de cultura jurídica —en este caso, el iberoamericano—, a un ordenamiento normativo particular de índole técnico-legislativa: *los códigos de la materia.* Es decir, existe una reglamentación previa para arribar a la obtención del "justo concreto", aspecto visceral de la sentencia de mérito desde el punto de vista valorativo. Esta reglamentación previa, además, permite una mayor celeridad en la obtención de ese "justo concreto"[25].

De suyo, pues, la sola existencia de esa previa reglamentación implica, en sí misma, un modo de seguridad, ya que el justiciable sabe de antemano "a qué atenerse" sobre el camino que se habrá de seguir y el tiempo estimado para la decisión del objeto material del proceso que —aquí sí como amenaza existencial— lo involucra.

24. A su vez, justicia y seguridad se conectan con el valor *utilidad*, de primera intención vinculado con las ideas "utilitaristas" que mencionábamos antes como ingrediente cultural del proceso penal de la modernidad.

Inspirándonos en aportaciones de MAX SCHELER, hemos de distinguir el valor que una cosa posee como medio, del valor que corresponde a los medios mismos, en cuanto son dados intuitivamente como medios[26]. Aplicado esto al proceso penal, entendido como objeto instrumental del derecho correspondiente, cabe diferenciar, por un lado, el valor "instrumental", cuya consideración debe efectuarse desde el producto obtenido mediante ese instrumento, esto

[25] Para la noción de "justo concreto" vinculado al proceso penal, véase nuestro trabajo *El funcionamiento del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, págs. 190 y 191.

[26] MAX SCHELER, *Le formalisme en ethique et l'ethique materiale des valeurs*, 7ª ed., Paris, Gallimard, (s/f.), *passim*.

es, primordialmante desde la sentencia final de mérito; y por otro, el valor "de instrumento", y en tal sentido su apreciación debe hacerse más bien en punto a su contenido propio, según lo hemos intentado determinar en este trabajo.

En ambos supuestos, la relación queda establecida como *bien útil*, contracara del proceso penal soportado como "mal", y vuelve de este modo al planteamiento inicial de caracterización descriptiva, más que otra cosa.

6. Consideraciones finales

25. Para redondear este discurso jurídico, vamos a efectuar algunas consideraciones finales, aceptando lo dicho por Gregorio Robles en cuanto "el problema práctico de los derechos humanos no es el de su fundamentación, sino el de su realización; pero el problema teórico de los derechos humanos no es el de su realización, sino el de su fundamentación"[27].

Somos plenamente conscientes de que lo expuesto hasta aquí no agota la rica y compleja variedad del derecho abordado. Quedan, por cierto, abiertas importantes cuestiones que han de ser contempladas. Entre otras: los *límites* del derecho —artículo 29, inciso 2º de la Declaración Universal—; el *tipo* de proceso penal previsto en el ordenamiento —art. 118 de la C. N. argentina—; el *alcance* de las posibles suspensiones del derecho y sus garantías —art. 27, inc. 2º de la Convención Americana— o la *efectividad* del pleno goce y ejercicio del derecho en cuanto humano.

26. El artículo 7º, numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estatuye el derecho de toda persona "*...a ser juzgada...*" Ahora bien, el proceso penal al que se tiene dere-

[27] Gregorio Robles, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad moderna*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 11.

cho y donde se obtendrá aquel juicio tendrá que ser, por tanto, aquel rodeado de todas las garantías previstas en el citado artículo 8º de esa Convención, como también en todas y cada una de las normas coincidentes y complementarias con jerarquía constitucional[28]

Entonces, el derecho al proceso cobra un perfil definido. Se convierte en derecho "condición" o derecho "presupuesto" del "juicio" y de las garantías que deberán existir durante el desarrollo procesal para obtenerlo. Precisamente, interpretándose la Convención de Costa Rica, se ha señalado que ésta "... presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana"[29].

27. Estimamos que tales garantías se pueden imaginar como incorporadas a la garantía, para este propósito como englobante, del "debido proceso"[30]. El Estado, en este caso, no solo "deberá" al ciudadano un proceso penal tramitado "como es debido", es decir, con todas las garantías, sino que "lo debe" sin más, y ello ya constituye una garantía por sí misma.

Cobra aquí sentido dialéctico-funcional todo lo expuesto más arriba sobre las categorías "pretensor" y "prestatario" imbricadas en el derecho bajo examen.

Aceptando entonces la necesaria distinción metodológica entre derecho y garantía, podemos aventurar este corolario: será el "*derecho*" *al proceso el que posibilitará, prácticamente, la efectividad de la* "*garantía*" *al debido proceso*, ésto en una suerte de cierre del círculo hermenéutico implicado.

28. Continuando —aunque desde otro ángulo— con el precitado círculo hermenéutico, en el terreno de la interpretación y aplicación del derecho procesal penal y dentro de la metodología jurí-

[28] Para el proceso penal ante las garantías, nos remitimos a FARRAJOLI, *Diritto..., ob. cit.*, págs. 546 y ss.

[29] MINVIELLE, *ob. cit.*, pág. 57.

[30] Cfr. nuestro trabajo *El debido proceso penal*, La Plata, Ed. Platense, 1986, págs. 47 y 48.

dica, posee virtualidades el logro de una figura que acuñe un "tipo" o "modelo" ideal de "derecho al proceso penal"[31].

Encontrar esa figura jurídica podrá servir para volver desde ella y captar ciertos problemas del enjuiciamiento penal. En dicho contexto de intelección, bien podrían leerse cuestiones puntuales del derecho procesal moderno, tales como la "disponibilidad" del proceso, que manifiesta la *probation*; la prueba ilícita; la duración de la prisión preventiva; el debate sobre la verdad "correspondencia" o verdad "consensual"[32]; o la abreviación y simplificación de los procedimientos[33].

También, la estructuración de un tipo ideal da una "relación de sentido"[34], con la que se puede relacionar el derecho al proceso penal tanto con la garantía del "debido proceso" como con el derecho a la jurisdicción, al que nos hemos referido al comienzo de estos desarrollos.

29. Ciertamente, la experiencia jurídica muestra que muchas veces el proceso penal "no se vive" como un verdadero derecho. Indudablemente, sus manifestaciones patológicas —coacciones explícitas o implícitas, desvirtuación de la prisión preventiva como pena anticipada, cuestiones de competencia perpetuas y estériles, duración excesiva de los procedimientos y otras más— conspiran para que así sea, indudablemente.

[31] Cfr. KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, págs. 415 y ss.

[32] Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Ed. Temis, 1992, págs. 54 y ss.

[33] En esta línea se inscriben los intentos institucionales de los llamados "juicios abreviados". Para esta temática, véase nuestro trabajo *Para un encuadre del proceso penal abreviado* (a propósito de la "instrucción sumaria" y "el juicio abreviado", incluido en el Código Procesal Penal de la Nación por las leyes 24826 y 24825), JA 1997-IV-782.

[34] KARL LARENZ, *ob. cit.*, en nota 31.

Todo ello tiene que ver, de algún modo, con la vertiente "existencialista" —una de las que mencionábamos *supra*— del problema penal, ya que según HANS WELZEL, a esta corriente de pensamiento se la puede vincular con los contenidos materiales del derecho[35]. Creemos que el perfil del "valor instrumento" al que antes nos referíamos, tiene mucha relación con esto.

30. Concluyendo: para que se vincule como un derecho la necesidad de acceso al proceso penal, debemos presuponer la existencia y operatividad de un Estado que, según su itinerario histórico-político, asuma progresivamente cada etapa anterior y desemboque en garantista. Así tenemos:

El *Estado de derecho*, como ámbito propio de la seguridad, del tratamiento del imputado como sujeto jurídico y de la relación armoniosa entre poder y libertad; el *Estado social*, a modo de marco de funcionamiento del proceso penal como instrumento "adecuado" del servicio de la justicia y como protector de la víctima; el *Estado de justicia*, como ámbito que permita la personalización; y, por fin, el *Estado de derechos humanos*, donde todas y cada una de las garantías implicadas en el proceso penal se hagan efectivas en la realidad, tanto en la nacional como en la internacional, regidas por los ordenamientos locales y los tratados y declaraciones correspondientes.

[35] HANZ WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Ed. Aguilar, 1962, págs. 219 y ss.

PARTE TERCERA

PROCESO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

EL "HABEAS CORPUS" Y EL DERECHO AL PROCESO JUDICIAL*

1. MUNDO JURÍDICO Y "HABEAS CORPUS"

1. Digamos, inicialmente, que reflexionar sobre el emplazamiento del *habeas corpus* en el mundo jurídico resulta ser un cometido, por lo pronto, teñido de ambigüedad, si no de alguna duda.

En efecto, dicha reflexión puede aparecer fácil, en la medida en que hasta el presente se ha trabajado mucho y bien tanto por la doctrina, cuanto por la jurisprudencia, en el campo de este secular instituto.

Así mismo, aquel cometido puede resultar difícil, pues el *habeas corpus* es un instituto que, aunque viene elaborándose técnicamente con profundidad, se concreta en un remedio jurídico con manifiesta diversidad funcional que hace complicada su aprehensión unívoca.

2. Justamente, la mencionada ambigüedad o duda nos lleva a arrimarnos al problema que implica el emplazamiento en el mundo jurídico del *habeas corpus* aquí planteado desde distintos planos de consideración.

* Este trabajo reconoce como base el que lleva por título "Algunas reflexiones sobre posibles emplazamientos del *habeas corpus* en el mundo jurídico", aparecido en EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coordinador), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., t. III, México, Porrúa, 2003, pág. 2079.

Ahora bien, y ante todo, debemos precisar que tomamos la noción de "mundo jurídico" como significante de algo complejo que puede abarcar hechos de todo tipo, conductas, normas y valoraciones; así también en aquello que aquí más concierne, tanto los derechos como sus agravios u ofensas[1].

3. En primer lugar, cabe pensar el *habeas corpus* como un fenómeno garantizador dentro del mundo jurídico.

Luego, es válido concebirlo como constitutivo de un proceso, y más específicamente, del constitucional, categoría suficientemente aceptada hoy día por la mejor doctrina.

Y es posible también analizarlo, a modo de complemento de lo anterior, como un procedimiento, haciendo jugar —retomándola— la clásica distinción entre proceso y procedimiento, entendiendo este último como la "estructura externa" del primero[2].

Por igual, la de "servicio de la justicia" puede ser una categoría que muy bien emplace, en último grado, al *habeas corpus* en la dimensión social del mundo jurídico, sobre todo.

Mas recordemos que todas estas caracterizaciones están ligadas sin ataduras a esquemas preestablecidos demasiado rígidos que encasillarían las cuestiones abordadas más allá de lo metódicamente necesario y le quitaría plasticidad al análisis emprendido.

4. En verdad, el asunto del emplazamiento del *habeas corpus* en el mundo jurídico precipita en un *humus* cultural jurídico-tributario de distintas vertientes, las cuales convendrá tener en cuenta aquí.

Se manifiesta tal problema, desde luego, en los textos legales y constitucionales y, también en la actualidad, en aquello que con-

[1] Cfr. WERNER GOLDSCHMIDT, voz "Trialismo", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1986, Apéndice V, págs. 785 y ss.

[2] Para la distinción expresada en el texto, véase, por todos, VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1990, pág. 38.

forma una proyección interregional e internacional de las constituciones estatales: pactos, tratados y declaraciones sobre derechos humanos.

Sin embargo, en este trabajo trataremos de enhebrar reflexiones, que podríamos aventurar como contribuciones para una teoría general del instituto bajo examen, sin ceñirnos a los derechos positivos, y ello según el objeto formal de esta obra: su relación con el "derecho al proceso judicial".

5. De cualquier manera, pero tan solo a título ilustrativo, nos apoyaremos en el derecho argentino, que se inserta en un régimen político federal, según lo dispone el artículo 1º de su Carta Magna.

Ante todo, encontramos previsto el *habeas corpus* en la *Constitución Nacional*, cuyo artículo 43, establece que "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva". Al referirse al instituto bajo examen, dice: "... Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

En el orden provincial, las respectivas Constituciones estatuyen también el *habeas corpus*. Como ejemplo, el artículo 47 de la *Constitución de la Provincia de Córdoba* de 1992 dispone: "Toda persona que de modo actual e inminente sufra una restricción arbitraria de su libertad personal, puede recurrir por cualquier medio, por sí o por terceros en su nombre al juez más próximo, para que

tome conocimiento de los hechos, y de resultar procedente, mande a resguardar su libertad o haga cesar la detención en menos de veinticuatro horas. Puede también ejercer esta acción quien sufra una agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin detrimento de las facultades propias del juez del proceso. La violación de esta norma por parte del juez es causal de destitución".

Entre tanto, en el orden legislativo infraconstitucional, rige en Argentina la *ley nacional 23098* de 1984. También hallamos regulado el instituto en algunos códigos provinciales como, por ejemplo, el de la provincia de Buenos Aires.

2. El fenómeno garantizador

6. Una muy sucinta visión histórica nos permite comprobar que a partir del derecho romano, pasando por el "juicio de manifestación" aragonés, transitando luego por el derecho anglosajón y terminando en las modernas Constituciones estatales y tratados internacionales, la cuestión de la "garantía de la libertad" mediante un remedio llamado, en términos generales, *habeas corpus*, ha sido, sin ninguna duda *una constante en el mundo jurídico*, al menos en el ámbito de Occidente.

Es así que, del clásico "interdicto" del derecho romano tendríamos que retener, sobre otras, la nota de "recobrar el propio cuerpo"; del derecho aragonés habría que rescatar algo que aparece muy patente en la ley nacional argentina 23098, que es el "poner a la vista"[3], el manifestar —precisamente— a la persona amparada; y del derecho anglosajón se trataría de confirmar el perfil del "acto de autoridad" —considerarlo en la mencionada ley— como lesivo[4].

[3] En el inciso 11 de la ley 23098 se dice que el juez ordenará a la autoridad requerida "... presente ente él al detenido...".

[4] El art. 3º de la ley 23098 solo menciona a la "autoridad pública"; en cambio, el art. 43 de la Constitución Nacional argentina, como vimos más arri-

7. De las Cartas internacionales, destacaremos aquí un aspecto que nos parece importante: ellas vienen a situar el *habeas corpus* en una suerte de nuevo *lugar geométrico* jurídico.

En efecto, hasta ahora se ha pensado que interesa más que otra cosa (y sin lugar a dudas, sigue interesando) *de dónde proviene el acto lesivo*. La respuesta ha sido múltiple: dicho acto puede emanar de la autoridad; igualmente, de los grupos; y así mismo, de los particulares.

Sin embargo, el viraje conceptual que le ha hecho dar al instituto que nos ocupa el ordenamiento internacional ha consistido en acentuar que la libertad debe ser afirmada para el individuo-persona, en tanto, aquella es inherente a él, más allá de quién pueda ser quien produce el ataque. Justamente, en tal sentido, los *preámbulos* de las Cartas internacionales textualizan que la dignidad inherente a la persona humana constituye la base o fundamento de los derechos reconocidos.

Cabe recordar que esas Cartas —en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)— están incorporadas a nuestro derecho mediante el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

8. Esta acentuación, entendemos, tiene un efecto práctico relevante, porque insistir en distinciones sobre si el acto lesivo puede provenir de particulares, de grupos o del Estado, de alguna manera le hace perder cierta intensidad valorativa sustancial al referido acto lesivo, que el *habeas corpus* deberá reparar, en definitiva y de todas maneras.

De las antedichas decantaciones históricas y sustanciales del fenómeno del *habeas corpus*, nos queda *la idea básica de que se*

---

ba, también incluye expresamente a los particulares (primera parte general de la norma). Las referencias históricas provienen de nuestro trabajo "Para una reformulación del *habeas corpus*" contenido en el libro *Proceso penal y servicios de justicia*, La Plata, LEP, 1992, tomándolas de NESTOR P. SAGÜÉS.

trata de una garantía de la libertad humana. Este enfoque nos lleva a considerar, pues, dos términos concurrentes: primero, el de *garantía*; después, el de *libertad*.

9. La voz garantía es, en una primera aproximación, *no unívoca* dentro del mundo jurídico. Por nuestra parte pensamos que se trata de un término *análogo*: es decir, que la misma denominación se puede predicar a situaciones o fenómenos jurídicos equivalentes o por lo menos "emparentados" entre sí[5].

Ahora bien, tenemos una acepción inicial del término garantía: la que nos dio PIERO CALAMANDREI: los varios medios que el Estado prepara para reaccionar contra la inobservancia del derecho objetivo[6].

Pero aquí más interesa deslindar dos conceptos complementarios del anterior que, precisamente, se imbrican uno con el otro, y se enriquecen mutuamente: la idea de *garantía constitucional* como tal; y la idea de "procedimiento garantizador", destinado a hacer efectiva esa garantía.

La garantía constitucional se traduce en la *protección o tutela* que aquella otorga; la idea de procedimiento garantizador lleva a los *medios técnico-jurídicos* legislados.

10. Dijimos que el *habeas corpus* era una garantía de la libertad humana; pero, si así pudiera expresarse, ¿qué libertad garantiza la garantía? Se nos plantea, pues, el problema del derecho o libertad protegido por el remedio jurídico que examinamos.

Clásicamente, el *habeas corpus* ha salvaguardado la libertad ambulatoria, si bien comienzan a encontrarse algunas dificultades cuando asaltan distinciones: ¿libertad ambulatoria es lo mismo que libertad física?; ¿es equivalente a libertad de locomoción...?

[5] Para estas nociones, en su acepción filosófica, véase JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, ed. revisada en cuatro tomos, Barcelona, Ariel-Referencia, 1994, voz "Analogía".

[6] Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. 1, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, pág. 134.

Y así, otras más, hasta llegar incluso a anclar el *habeas corpus* en el derecho a la vida y a la integridad personal. Aunque también habría que agregar un derecho que se ha deslindado con frecuencia: el derecho a la seguridad jurídica, protegido en sí mismo contra todo ataque arbitrario[7].

11. De allí, entonces, que la presencia de este abanico pluriforme de derechos o libertades garantizados no obedece a un mero bordado conceptual o una estéril discusión bizantina.

Por el contrario, la consideración plural y comprensiva del objeto garantizado a la vez tiene consecuencias prácticas y técnicas que se proyectan, en último grado, hacia *una tutela judicial amplia* de unos derechos o libertades, a su vez, ampliamente entendidos.

Justamente, la posible vinculación con el "derecho al proceso judicial" más que nada quedaría encuadrada en estos enfoques problemáticos, requirentes de alguna aproximación, al menos.

4. El "habeas corpus" como proceso

12. La mencionada tutela judicial amplia nos lleva a la idea de proceso, que configura el segundo nivel de consideración que hemos propuesto abordar en este trabajo.

Por cierto, a este respecto no ha sido pacífica la denominación del *habeas corpus*: si es *acción*, *recurso o procedimiento*. Sin embargo, no quisiéramos caer en un puro nominalismo, dado que en la actualidad existe consenso sobre la existencia del Derecho Procesal Constitucional, como rama autónoma del mundo jurídico, en tanto especie del Derecho Procesal *in genere*[8].

[7] Por ejemplo, en la encíclica *Pacen in Terris*, de Su Santidad Juan XXIII, Madrid, Edit. BAC., 1963, núm. 27, pág. 12, donde se lee: "A la persona humana corresponde también la defensa legítima de sus propios derechos: defensa eficaz, igual para todos y regida por las normas objetivas de la justicia...".

[8] Por todos, Néstor P. Sagüés, en *Recurso extraordinario*, 4ª ed., t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2002, págs. 3 y ss.; véase también el ya mencionado al comienzo Eduardo Mac-Gregor, *op. cit.*, *passim*.

Pues bien, no cabe duda de que uno de los procesos constitucionales posibles es el proceso de *habeas corpus*, y de este modo lo caracteriza, por ejemplo y entre otros, VICENTE GIMENO SENDRA[9].

13. Nos hallamos, entonces, ante la necesidad de profundizar, para mejor esclarecer, conceptos que son simples, en el sentido de elementos constitutivos; o que al menos debieran ser elementos constitutivos para un mejor perfilamiento de un "proceso constitucional" de *habeas corpus*.

Ante esta necesidad de profundizar, quisiéramos mostrar lo siguiente: sobre las Constituciones modernas, existe un aspecto en el que, creemos, no se ha reparado debidamente o, en todo caso, no ha sido trabajado suficientemente. Se trata del *sentido de* "Código" que las Constituciones tienen, tal como lo señaló con riqueza y precisión GIOVANNI TARELLO[10].

Precisamente, la apreciación de la Constitución como "código" demanda, a nuestro juicio, abordar un tema que, estimamos, tampoco ha sido muy trabajado hasta el presente, siquiera con la utilidad que podría proporcionar dicho trabajo. Nos referimos a *una elaboración conceptual y técnica de la norma constitucional*, porque —lo vamos a ver ahora— no podemos pensar en un "proceso constitucional", si no se aclara cuál es la norma constitucional que se va a actuar o realizar en tal proceso típico.

14. HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ ha dicho que las Constituciones no presentan un solo tipo técnico de norma, sino que proporcionan lo que él llama material normativo, a partir de que aquellas pueden diferenciarse técnicamente de forma gradual[11].

[9] VICENTE GIMENO SENDRA, *El proceso de habeas corpus*, Madrid, Tecnos, 1985, pág. 58.

[10] GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Bolonia, Il Moulino, 1976, *passim*.

[11] HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, págs. 137 y ss.

Por tanto, respecto a la norma que aquí nos interesa tipificar, sin mayor riesgo científico cabría conceptualizarla como *preceptiva*, por una parte, y como *atributiva* de derechos, por otra[12].

Es decir: la aquí diferenciada norma constitucional *manda respetar* el derecho a la libertad [o a otros similares]; pero también *concede como prerrogativa* subjetivo-pública —que es la forma técnica que ha prevalecido— un verdadero derecho a la libertad; y por lo que decíamos antes, así mismo un derecho a la seguridad, a la vida, a la integridad corporal, entre otros posibles[13].

15. Ahora bien, esta norma preceptiva y atributiva generadora de un derecho público subjetivo da lugar, a su vez, a pretensiones materiales y procesales: una *pretensión material*: que todo el mundo respete el derecho a la libertad de los ciudadanos; y en lo que más nos interesa para recortar la idea de proceso constitucional, una *pretensión procesal*: la que tendrá como destinatario al Estado mismo.

Aquí cabe diferenciar, pulcramente, *la garantía del derecho garantizado*. La garantía, la protección, la tutela en sentido amplio, como dice el jurista uruguayo DANTE BARRIOS DE ÁNGELIS, es *una tutela estatal*[14].

Entonces, cuando hablamos de "tutela judicial" estamos pensando, en nuestra actual cultura jurídica, en la tutela estatal y también, hay que agregar ahora, en la *tutela interestatal*, con sus tribunales trasnacionales incluidos.

16. La especie jurídica pretensión, divide las aguas de los procesos constitucionales en dos grandes líneas teóricas: la teoría del órgano y la teoría de la pretensión, precisamente.

[12] Cfr. PEDRO J. BERTOLINO, *La cosa juzgada en el amparo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, págs. 27 y 28.

[13] Sobre esta variedad de derechos, véase a JEAN MORANGE, *Las libertades públicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961, *passim*.

[14] DANTE BARRIOS DE ÁNGELIS, *Introducción al estudio del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1983, núm. 3.1, pág. 16.

En la teoría del órgano se encuentra, por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ, claro está que considerando un sistema (el español) que da suficiente para ello; en la de la pretensión se alinean, entre otros, SAGÜÉS y GIMENO SENDRA[15].

Nosotros, nos inclinamos a pensar que esta última es la línea más adecuada para situar el nudo del proceso constitucional, recurriendo a la categoría de la pretensión, con preferencia de cualquier otra.

17. Desde otro ángulo de consideración, tenemos que en la sistemática de las relaciones del *habeas corpus* con otros procesos, la relación más crucial tiene que ver con el proceso penal y, por ende, con un autónomo derecho a él, tal como lo caracterizaremos en este libro en el lugar correspondiente.

En este cuadro relacional, el modo de pensar cultural-jurídico argentino ha sido, general y corrientemente, el de asociar el *habeas corpus* al proceso penal. Sin embargo, esta postura fue criticada, por CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, que rechazó la inclusión del *habeas corpus* en el derogado Código de Procedimientos Penal Nacional (Código Obarrio)[16].

También conviene señalar que en Argentina es frecuente el intento de cuestionar por vía de *habeas corpus* actos del poder judicial. Este, en verdad, es quizás el problema más agudo que aparece en el proceso penal: la posibilidad de revisión del acto del juez penal por aquella vía.

5. EL PROCEDIMIENTO DE "HABEAS CORPUS"

18. Pasemos, ahora, al tercer nivel de consideración que propusimos: el del procedimiento. Y aquí se nos plantea, primariamente, la evaluación de las leyes regulatorias del *habeas corpus*.

[15] JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, *passim*, SAGÜÉS, *Recurso...*, *op. cit.*, GIMENO SENDRA, *op. cit.*, pág. 60.

[16] CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, voz "habeas corpus", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *op. cit.*, vol. XIII, págs. 468 y ss.

Recalar en el tema del procedimiento es advertir que no hay un solo *habeas corpus*. Lo hay en plural; existen distintos tipos de *habeas corpus*, que de alguna manera tendrán que ser entendidos, tal lo aludido arriba, como exteriorizaciones positivas del núcleo central del *proceso* de ese nombre, del que nos hemos ocupado en el acápite precedente.

Que no había un solo tipo de *habeas corpus*, lo vio con muchísima claridad el tratadista, varias veces citado, NÉSTOR P. SAGÜÉS, al fijar esta ya clásica tipología de los *habeas corpus*: el preventivo, el reparador, el correctivo, el de pronto despacho, el restringido, etc. Esta variedad nos permite apreciar cómo la tutela judicial garantizadora que tiende a obtener la pretensión constitucional obra con amplitud de medios[17].

Aquí aparece, realmente, el problema central que se va a proyectar técnicamente luego en el dictado de una ley: cómo encuadrar estos diversos tipos de *habeas corpus*; es decir, cuál debe ser la adecuada "dimensión" legislativa del instituto.

19. La duda radica en si legislar un procedimiento demasiado amplio y detallado con respecto al *habeas corpus* no pone en riesgo la efectividad del remedio garantizador, en cuanto garantizador —igual a "seguro"— en sí mismo.

Cuando en Argentina no existía una ley nacional de amparo, por ejemplo, y era amplia la creación del derecho judicial, al respecto parecía que la solución pronta del caso era de algún modo más factible que mediante una norma legislativa formalizada. Porque muchas veces pretendemos aprisionar en leyes casi todo; y en ocasiones no captamos debidamente el sentido de la traspolación de institutos nacidos en un clima jurídico diverso al nuestro (iberoamericano), como el anglosajón, por ejemplo, que tiene sin duda otro modo de entender las cuestiones fáctico-jurídicas en juego.

[17] Cfr. NÉSTOR P. SAGÜÉS, *Habeas corpus*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998, pág. 133, en especial.

20. Pero si bien la preocupación de querer legalizar todo es frecuente, como señalamos, de cualquier modo no se podría olvidar sin más la vigencia del sistema de legalidad, propio del área iberoamericana, en general, y de la argentina, en particular. Por cierto que en el sistema argentino un mínimo de legalización, de legalidad, debe tener el *habeas corpus*; y como vimos, lo tiene.

Precisamente, en esta impronta de legalidad —en este caso, "proyectada"— cabe situar la regulación del *habeas corpus* expresada en el "Código Tipo" Procesal Penal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (apartado 4).

21. Pero acá habría que pasar de la problemática de la elaboración a la consideración del *funcionamiento* de las leyes existentes.

No cabe duda de que la naturaleza del *habeas corpus* es afín a la del amparo; pero hay una diferencia de grado —más allá de los derechos— con respecto a las otras libertades tuteladas por el último, que nos debe hacer pensar que si el amparo tiene que ser rápido, el *habeas corpus* debe ser más rápido aún, si cabe.

Además, sobre los problemas apuntados quisiéramos señalar algunas cuestiones para considerar: en primer término, ¿dónde se legisla el *habeas corpus*?: si se sigue con su adscripción a los códigos procesales penales; si se dicta una ley autónoma; si se elabora una ley de garantías generales donde aparezca junto con el amparo; etc. También, *¿cómo se lo legisla*?: ¿procedimiento escriturario?; ¿método oral?; ¿con criterio bilateral o sin él?; ¿con intervención del denunciante?; ¿con intervención del ministerio público?; ¿con qué régimen de recursos?, etc. Y, por fin, redondeando este asunto, *¿quién lo aplica*?: ¿un juez especializado?, ¿cualquier juez?, ¿los jueces correccionales penales?[18].

[18] Sobre las cuestiones planteadas en el texto, la ley argentina 23098 establece: regulación por ley autónoma; oralidad (art. 14); cierta bilateralidad (arts. 13, 14, 20, etc.); intervención del denunciante (art. 22) y del Ministerio Público (art. 21); estado de sitio (art. 4°); aplicable por jueces penales (art. 8°). En otro

6. Horizonte: la función del "habeas corpus" como garante del derecho al proceso judicial

22. En el arriba aludido marco del "Servicio de la Justicia", categoría que integra, por su naturaleza, la dimensión social del mundo jurídico, hemos querido situar, el instituto del *habeas corpus*[19].

En esta categoría, justamente, lo ha enmarcado la Corte Suprema de Justicia de Argentina, al conectar el instituto del *habeas corpus* —al que consideró como "el más firme baluarte de la libertad civil"— con la que podemos conceptuar como la contracara de aquel servicio, esto es, la "privación de justicia" que, según el Alto Tribunal, se "configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, queda sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho"[20].

Entonces: "el servicio" de la justicia "sirve" al ciudadano mediante el proceso "debido" (tutela estatal) y tramitado "como es debido" (sin ilegalidad ni arbitrariedades)[21].

23. Con el enfoque mencionado, así lo estimamos, se abre un claro horizonte metodológico respecto al tema que estamos abordando en este trabajo.

---

orden, los códigos procesales penales de Argentina difieren en la regulación: entre los más modernos, el de la provincia de Buenos Aires, como ya dijimos, en el texto lo incluye; en cambio, el de la provincia de Chubut no lo legisla.

[19] Bertolino, *Proceso...*, *op. cit.*, en nota 4, págs. 43 y ss.

[20] Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos: 311-700; el artículo 18 de la Constitución de la nación argentina, en lo pertinente dispone que "Ningún habitante de la Nación puede ser penado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos ....".

[21] Cfr. Pedro J. Bertolino, *El debido proceso penal*, La Plata, LEP, 1986, *passim*.

En realidad se trataría de un campo más amplio de consideración sobre el que podría discurrir el pensamiento respecto al *habeas corpus*, entendido como un instituto garantizador también del derecho al proceso judicial.

Tal orden de pensamiento lleva a una pregunta central, a la que hemos aludido arriba: ¿el derecho al proceso judicial puede ser amparado por el *habeas corpus*?

Ensayar una respuesta a tal pregunta nos conduce, por lo menos, a una doble consideración: la relación del *habeas corpus* con el proceso penal y la implicación de la raíz última del derecho al proceso judicial.

24. Ciertamente, la "búsqueda de un juez" que ampare la libertad conculcada o amenazada importa, traslaticiamente, la "necesidad de un proceso". En este amplio sentido, pues, puede sostenerse que el *habeas corpus* sirve para garantizar —en cuanto "posibilitar"— el derecho que nos ocupa.

Desde el punto de vista de las raíces del *derecho al proceso judicial*, pensamos que es dable conectarlo con el valor seguridad, en la medida en que éste "comporta la garantía de cumplimiento del derecho por todos sus destinatarios y la regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación"[22]. Aquí aparece operante, entonces, el derecho a la seguridad jurídica, concebido prístinamente como derecho humano que se debe garantizar[23].

En conclusión, entonces, podemos aventurar que, siquiera global e indirectamente, el *habeas corpus* también podrá funcionar como garante del "derecho al proceso judicial", tomado este en sentido amplio y abarcador.

[22] Antonio Enrique Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel Derecho, 1991, pág. 26.

[23] *Vid. supra*, núm. II, 10, nota 7.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Aragoneses Alonso, Pedro: 41.
Arazi, Rolando: 20.

— B —

Barbosa Moreira, José Carlos: 13.
Barrios de Angelis, Dante: 73.
Baumann, Jürgen: 43.
Berizonce, Roberto: 17, 18, 21.
Bertolino, Pedro J.: 11, 13, 26, 27, 40, 42, 44, 73, 77.
Bettiol, Giuseppe: 49.
Bidart Campos, Germán J.: 6, 19, 47, 50.
Bobbio, Norberto: 24.
Borges, Marcos Alfonso: 20, 22.
Brieskon, Norbert: 6, 8, 50, 52.

— C —

Calamandrei, Piero: 70
Capelletti, Mauro: 14, 27.
Carbonnier, Jean: 35.
Carnelutti, Francisco: 46.
Clariá Olmedo, Jorge A.: 53.
Cordero, Franco: 36.
Coreth, Emerich: 39.
Couture, Eduardo J.: 19.

— F —

Fairén Guillén, Víctor: 66.
Ferrajoli, Luigi: 49, 59.
Ferrater Mora, J.: 3, 48, 70.
Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: 65, 71.
Frison-Roche, Marie Anne: 39.

— G —

Garth, Bryant: 14, 27.
Gimeno Sendra, Vicente: 31, 42, 72, 74.
Goldschmidt, Werner: 11, 19, 39, 47, 56, 66.
González Pérez, Jesús: 5, 23, 48, 49, 50, 74.

— H —

Hassemer, Winfried: 35, 37, 46.
Hoyos, Arturo: 13.

— K —

Kaufmann, Arthur: 60.

— L —

Larenz, Karl: 10, 56, 60.
Llobet Rodríguez Javier: 43.

— M —

Morello, Augusto M.: 56.
Marques, José Federico: 13.
Minvielle, Bernadette: 55, 59.
Monroy Gálvez, Juan: 5.
Morange, Jean: 73.
Morello, Augusto Mario: 10, 17, 18, 20, 21.

— P —

Pastor, Daniel R.: 55.
Pekelis, Alejandro: 8.
Pérez Luño, Antonio Enrique: 78.

Peyrano, Jorge Walter: 20.
Pigni, Enrique: 20.
Pound, Roscoe: 26.
Pradel, Jean: 55.

— Q —

Quiroga Lavié, Humberto: 72.

— R —

Recaséns Siches, Luis: 26.
Robles, Gregorio: 12, 58.

— S —

Sagüés, Néstor Pedro: 69, 71, 74, 75.
Sánchez Viamonte, Carlos: 74.
Scheler, Max: 12, 57.
Soriano, Ramón: 6, 19, 22, 50.

— T —

Tarello, Giovanni: 49, 72.

— V —

Vélez Mariconde, Alfredo: 48.
Véscovi, Enrique: 4.

— W —

Welzel, Hans: 10, 61.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Editorial Nomos, el día once de diciembre del año dos mil tres, aniversario del nacimiento de Giandomenico Romagnosi (n. 11, XII, 1761 y m. 8, VI, 1835).

LABORE ET CONSTANTIA

TEMIS

ISBN 958-35-0449-1