

*Esta es una copia privada
hecha sólo para fines
educativos.*

PROHIBIDA SU VENTA

JORGE EDUARDO VAZQUEZ ROSSI

LA
DEFENSA
PENAL

TERCERA EDICION ACTUALIZADA



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

ISBN 950-9163-93-7

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

A la memoria de mis padres
Juan y Carmen
y a mi hija
Mercedes

PROLOGO A LA TERCERA EDICION

Con profunda satisfacción redacto estas palabras introductorias para una nueva edición de mi “defensa penal”. Habida cuenta de que se trata de mi primer libro jurídico, repercuten sobre el tema sentimientos entrañables: recuerdos de otras épocas, cambios en los enfoques y memorias de los comunes avatares de toda existencia. Muchas cosas, para bien o mal, cambiaron desde los días en que propuse al editor este trabajo, en un tiempo en que él también se iniciaba en su tarea. Pero, al parecer, los esfuerzos no fueron en balde y ambos continuamos una labor que ha dejado frutos, no siendo por cierto el menos importante el de una colaboración mutua y una firme amistad...

La obra tuvo, desde el principio, una generosa acogida por parte de los lectores y se difundió por ámbitos muy diversos, a los que espero llegue también esta nueva entrega. Los cambios más significativos los hice para la segunda edición, los que explico en el prólogo de la misma, al que me remito en lo pertinente.

Esta tercera edición conserva el desarrollo temático de la segunda, con el agregado de un nuevo capítulo referido al Código Procesal Penal de la Nación en vigor (ley 23.984). Tales mantenimientos y esta edición resultan necesarios por dos motivos: el primero, porque en muchos de los puntos tratados hay alusiones al Proyecto del Poder Ejecutivo elaborado por el doctor Julio Maier, que al tiempo de haber sido redactado mi trabajo parecía que se convertiría en el digesto que regularía la realización penal en el orden nacional. Aunque tal cosa no ocurrió, entiendo que las bases teóricas en las que la elaboración se sustentó y las soluciones prácticas arbitradas, siguen manteniendo plena actualidad y constituyendo un

modelo insoslayable para toda consideración seria de la materia procesal penal y para toda aspiración de reforma. En tal sentido, debe advertirse que las ideas fuerza que impulsaron esa línea se convirtieron en parte de la cultura jurídica más adelantada, concretándose en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, y en base de las reformas procesales, concretadas o en discusión, de Guatemala, El Salvador, Costa Rica, etcétera, al igual que en los nuevos digestos de Córdoba y Tucumán y proyectos de Santa Fe (en el que me tocó colaborar junto a los Dres. de Olazábal, Ríos y Corvalán) y Buenos Aires. Y la segunda razón, es la obvia de que al ser ley vigente la 23.984, resultaba inexcusable referirse al texto legal, analizando las soluciones que esa preceptiva establece.

En consecuencia, tanto por lo señalado como por el deseo de no introducir modificaciones sobre la redacción original, he entendido apropiado mantener la estructura de la segunda edición, con la ampliación referida. Al mismo tiempo indico que varios de los temas tratados en este trabajo han sido objeto de más amplio desarrollo y una mayor fundamentación en mi Derecho Procesal Penal, también editado por la misma casa.

La ley 23.984 ya tiene un joven tiempo de vigencia e, indiscutiblemente, ha marcado un notorio progreso respecto del viejo Código anterior; los tribunales nacionales han comenzado a transitar, cada vez con mayor soltura, por el nuevo sistema y existe ya una importante producción monográfica que comenta y aclara las disposiciones, como así también (aunque sea penoso admitirlo) intentos de retornos al pasado, más de una vez impulsados por las propias autoridades. Del mismo modo, obras de dispar calidad han ido estructurando una doctrina a la que debe atenderse y cuyo análisis es una exigencia insoslayable...

De tal forma, motivos prácticos obligan a que se analice el papel del defensor en la preceptiva federal la que, por otra parte, guarda notorias similitudes con la vigente en la mayoría de las provincias argentinas y en otros países de nuestro continente.

Fuera de lo señalado, esta tercera edición se mantiene fiel a la anterior; en ello, opera también la esperanza de que pueda, como las dos versiones precedentes, seguir siendo útil a profesionales y estudiantes, no sólo de nuestro país sino de la amplia patria latinoamericana donde en muchos lugares inesperados la he encontrado...

PROLOGO A LA SEGUNDA EDICION

Esta obra es a la vez la misma y otra distinta de la edición original, publicada más de diez años atrás. Lo primero, ya que se ha mantenido la estructura básica y el orden de desarrollo de los temas centrales, al igual que las ideas que inspiraron y dieron sentido al trabajo, lo que se explica en la Introducción; también, porque se han mantenido inalterados algunos capítulos y, en otros casos, se aprovecharon párrafos enteros. Y lo segundo, porque se introdujeron capítulos nuevos y se reformularon en gran medida los anteriores.

Precisamente, la necesidad de introducir estos cambios, unida a la voluntad de mantener los aportes originales, que encontraron benévola atención en el público, explican la demora de esta segunda edición, que tendría que haberse concretado bastante tiempo antes.

Pero es el caso que en el lapso transcurrido se produjeron importantes y notorias modificaciones. Creo que pocas disciplinas, tanto como la del Derecho Procesal Penal, registraron en nuestro país variaciones que pueden sintetizarse en una perspectiva de constante replanteo y profundización en torno al sentido, función y finalidad de la realización punitiva. Esto se evidenció a través de publicaciones monográficas, proyectos de modificación de la legislación pertinente, ponencias en congresos y, especialmente, en los debates y

conclusiones de los encuentros de profesores en la materia, donde las ideas que expongo fueron en gran parte discutidas, propuestas, estimuladas y compartidas, en fecundo intercambio.

De la misma manera, soy también deudor de los permanentes aportes de colegas y alumnos, correspondiendo a estos últimos el no poco mérito de exigir respuestas y plantear inquietudes.

Por último debo dejar constancia del invaluable aporte de la doctora Marisa Spina, a quien correspondió la tarea de ordenar y compaginar el material, haciendo las correlaciones entre lo anterior y lo nuevo.

INTRODUCCION

Dentro de la abundante y calificada bibliografía jurídica actual, se destacan por su ausencia obras específicamente dedicadas a la defensa penal. Los estudios sobre esta fundamental cuestión figuran principalmente en los tratados y manuales de Derecho Procesal, derivándose de ello que el tema sea considerado como una parte dentro de ese todo que se analiza. Por cierto que en muchas de tales obras —entre las que se encuentran verdaderos clásicos— abundan certeras y completas consideraciones sobre el papel del defensor y sobre sus derechos y deberes, como así también ideas en torno a su accionar dentro del proceso. Sin embargo, la propia metodología de esos trabajos de insoslayable lectura, lleva a que queden fuera de la óptica del análisis importantes aspectos, o bien a que muchos desarrollos sistemático-conceptuales de notoria pertinencia en relación a la defensa, sean tratados dispersamente.

De ahí que se haya entendido como no exento de interés un intento de ofrecer un trabajo orientado particularmente hacia una analítica realista de la defensa penal. En tal sentido, se trata de reunir aportes doctrinarios no sólo de la fecunda dirección procesalista, sino también del campo del Derecho Penal y el Constitucional. Esto significa que, en definitiva, no se trata de ofrecer nada nuevo; como decía Carrara en la dedicatoria de su célebre *Programa*¹,

¹ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal* (trad. de José J. Ortega Torres), Temis, Bogotá, 1977, t. I.

“me propuse recoger, no crear; no intenté decir cosas nuevas, sino verdaderas”. En consecuencia, el objetivo del presente trabajo procura agrupar conocimientos dentro de una especial perspectiva, poniendo el énfasis en todo aquello que pueda contribuir al éxito de un mejor servicio de justicia y al eficiente desenvolvimiento del abogado que asume la ardua y alta tarea de la asistencia técnica de un imputado.

En relación a esto, es también oportuno señalar en esta Introducción que la labor que se presenta fue realizada bajo el firme convencimiento de estar tratando una de aquellas zonas verdaderamente centrales y esenciales de la vasta problemática jurídica. Se sabe que desde antiguo, la imagen del abogado ha estado estrechamente ligada a la del defensor; Bielsa decía que: “El oficio de la defensa, añade a la condición y a los atributos del abogado una cualidad que define el sentido de su profesión como defensor de la libertad y del derecho, aun a costa de su propia tranquilidad, pues que le obliga a la lucha, no sólo contra el adversario sino también contra la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad cuando ésta se ha afirmado por esos medios”².

Es que pareciera que la historia misma de la civilización, concebida como un difícil camino hacia formas de convivencia de mutuo respeto y hacia la realización plena –nunca del todo alcanzada– de valores de libertad y justicia, encontrara en las manifestaciones de las ideas y prácticas jurídicas, un espejo capaz de reflejar la realidad social de los pueblos y épocas. Y esto, que es válido de un modo general, adquiere especial vigencia en relación a todo lo atinente a lo punitivo. Es sabido que el Derecho Penal y las leyes rituales criminales, marcan una suerte de frontera última, de línea final con respecto a las conductas de los hombres y las valoraciones sobre las mismas. Estas normas, las sanciones que su transgresión genera y los medios y formas que llevan a la comprobación del hecho y el autor, como así también al pronunciamiento sobre la cuestión, son el resguardo jurídico más intenso que la sociedad genera y, en tal sentido, se convierten en un indicador de primer grado de las pautas de una comunidad determinada y de la conformación de una cultura.

² BIELSA, Rafael, *La abogacía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 26.

Las formulaciones sobre los delitos y las penas, las distintas maneras en que se pone en funcionamiento el aparato del poder ante la noticia del ilícito, el trato otorgado al presunto infractor, los medios probatorios, las oportunidades que se le presentan al reo para poder expresar sus descargos, el pronunciamiento del juzgador y, finalmente, las características y modos de la aplicación de las sanciones, reflejan como nada la más profunda verdad de lo social. Es que una sociedad se define por lo que prohíbe y castiga (y por cómo lo castiga), más que por lo que dice sostener y querer. Desde los tiempos de los Iluministas se insiste en que cuestión punitiva y civilización están íntimamente interrelacionadas, valiendo esta observación tanto para las normas materiales como para las procesales. Esto ha sido destacado por diversos tratadistas, quienes han coincidido –más allá de las diferencias de enfoques y posiciones– en enfatizar las circunstancias referidas.

En relación a lo dicho, se entiende en el presente trabajo que el tema de la defensa penal debe necesariamente ubicarse en ese insoslayable contexto. Porque todos los elementos a que aludimos, repercuten de una manera directa y esencial, en torno a la figura del imputado y a sus posibilidades, medios y formas de defensa. Por eso se ha afirmado que esta es una cuestión verdaderamente central de la problemática de lo jurídico y también de los denominados derechos humanos. Porque, lógicamente, de la idea que sobre el hombre y su esencial dignidad tenga un sistema jurídico, se derivarán las normas que regulen la posición del eventual infractor de dicho sistema. Si el presunto reo –cualquiera sea su crimen– es considerado como sujeto de derechos, se darán en su torno una serie de garantías, oportunidades y caminos para contradecir válidamente la pretensión punitiva y para que el pronunciamiento final sobre los hechos debatidos se ajuste a una racionalidad objetiva. Por el contrario, si el acusado es entendido como objeto, casi como una mera cosa, lo único que interesará será el convencimiento que los representantes del poder tengan de la infracción y, obviamente, los medios a que se someterá al justiciable estarán marcados por el signo del rigor y de la discrecionalidad.

Por eso puede afirmarse que, en definitiva, las bases del problema que se enfoca se encuentran, en el campo de las ideas, en concepciones iusfilosóficas y, en lo que hace a su praxis, remiten directamente al campo de lo político. En-

tender esta fundamentación y funcionamiento, no es de ninguna manera algo externo a la problemática jurídica, sino que, por el contrario, implica la necesidad de una clarificación realista de la cuestión. En terrenos como el ahora recorrido, lo filosófico-político resulta la sustancia de lo normativo. Esto ha sido visto con agudeza por teóricos que, como Calamandrei³ han puesto acertadamente el acento sobre las íntimas relaciones entre proceso –como sistema racional de garantías y oportunidades– y democracia, como modo de convivencia armónico y respetuoso de la dignidad y derechos de las personas.

Ya en los primeros años del cristianismo, Tertuliano⁴ alzó su voz vigorosa contra las autoridades del Imperio Romano que perseguían a los seguidores de las enseñanzas de Jesús sin darles oportunidades de demostrar su inocencia sobre las imputaciones que se les efectuaban. En una célebre *Apología* se argumentaba con razones que mantienen hoy plena validez, tales como que es injusta la persecución que condena sin dar oportunidad de ser oído, que no bastan los meros indicios y los testimonios de fama para tener por acreditado un hecho, que debe efectuarse sereno examen del delito, etcétera. Y muchas voces se levantaron a lo largo de la historia abogando en semejante sentido, contribuyendo a que, poco a poco y no sin resistencia, el esencial derecho de defensa fuera entendido como garantía fundamental de toda estructura jurídica que mereciera el nombre de tal.

Así, puede hoy afirmarse que la defensa en juicio es unánimemente reconocida como elemento esencial del proceso, al menos en lo que hace a la elaboración teórica, principista y normativa de los países democráticos. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que esa construcción conceptual dista de estar completada y también que con frecuencia existen abismos entre las disposiciones legales y la práctica cotidiana⁵. De ahí que el presente trabajo

³ CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia* (trad. de Héctor Fix Zamudio), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

⁴ TERTULIANO, *Apología contra los gentiles* (trad. de Fr. Pedro Manero), Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1947.

⁵ CALAMANDREI, ob. cit., p. 198, dice: "Sin embargo, cuánto camino hay que recorrer todavía antes de que este respeto a la persona humana penetre en el proceso penal [...] En el proceso penal, el hombre constituye todavía, en lugar de un sujeto, un objeto inerte a merced de la violencia del inquisidor. La

responda, además de lo dicho, a la inquietud por contribuir –aunque más no sea en la mínima medida– a señalar problemas y deficiencias cuya solución preocupa a todos los hombres de derecho.

En este aspecto, no puede dejar de advertirse que la cuestión de la defensa penal tiene necesariamente que relacionarse con la política criminal de un Estado moderno, ya que es menester tener en cuenta lo que muchos denominan el auge de la delincuencia y la urgencia de combatirla con medios idóneos y efectivos. En algunas ocasiones se ha opuesto a la defensa del eventual delincuente el criterio de la defensa de la sociedad y no han sido pocos los que han argumentado que el exceso de garantías traba el normal desenvolvimiento de la administración de justicia y conspira contra la eficacia de las medidas punitivas y preventivas. También se ha criticado la tarea concreta de los defensores, a los que lisa y llanamente se ha identificado con sus defendidos, como si ante ciertos casos no correspondiere derecho ninguno.

Todas estas objeciones que, a primera vista, pueden tener cierto valor inquietante y que de hecho en ciertos períodos marcados por el auge del autoritarismo han sido magnificadas e incluso publicitadas, tienen, sin embargo marcado carácter falaz. En efecto: una cosa es la problemática sociológica y los remedios políticos que se planteen en torno a la prevención del delito y otra muy distinta la realidad jurídica que determina el proceso como arbitrio racional para la obtención de certeza; y, más aún, puede afirmarse que una sociedad vigorosa y civilmente sana es aquella donde las instituciones y normas fundamentales son respetadas, en primer lugar, por quienes tienen el deber de guardarlas y aplicarlas. Por otra parte, históricamente, nunca se logró un

pena de muerte constituye un delito legalizado, ya que hace irreparable el asesinato del inocente; pero todo el proceso penal, aun cuando no conduzca al suplicio es una secuela de irrupciones brutales dentro del recinto, que debería ser inviolable, de la personalidad humana. La violencia física constituye aún el instrumento preferido del inquisidor, y en la incertidumbre de la encarcelación preventiva, el imputado se encuentra ante quien lo interroga sin garantía alguna de defensa: la tortura, abolida de nombre, se ha resucitado bajo otras formas más científicas, pero no menos crueles, como el tercer grado, los interrogatorios extenuantes, las confesiones arrancadas y el suero de la verdad. Las penas son todavía cruelmente aflictivas e inhumanas en la mayor parte de los establecimientos de reclusión del mundo”.

INTRODUCCION

orden justo y estable sobre la base de la represión indiscriminada. No se combate el delito con las mismas armas y métodos que éste emplea; si tal cosa sucede, la lesión a la vida civil de una comunidad es de tal magnitud que incurre, paradójicamente, en aquello que pretendía evitar. Por último con respecto a este punto, de ninguna manera puede efectuarse una identificación entre defensor y delincuente o entre defensa y hecho ilícito, ya que el defensor en todos los casos es un insoslayable auxiliar de la misma administración de justicia, parte fundamental del proceso a cuyo armónico suceder contribuye defendiendo no lo que eventualmente quiere pensarse, sino las bases objetivas y fundadas que conducen al pronunciamiento justo.

El moderno desenvolvimiento de la ciencia procesal ha contribuido a delimitar con claridad el papel, función, derechos y deberes del defensor. En este aspecto, es mucho lo que se debe a la doctrina italiana, de amplia repercusión en nuestro medio y de notoria y fecunda influencia en tratadistas argentinos. También ha habido un largo trabajo jurisdiccional, todo lo cual no sólo ha contribuido a la delimitación de conceptos y a la sistematización lógico-dogmática de los mismos, sino que también ha llevado a reformas legislativas que implicaron notorios avances sobre la materia. En este sentido, los códigos provinciales enrolados en la tendencia del denominado sistema mixto, aparecen como ubicados a la par de los más adelantados, siendo, en consecuencia, su peso preponderante dentro del ámbito jurídico nacional.

De ahí que en el presente trabajo se hayan tomado como guía las señaladas fuentes doctrinarias y que con respecto al análisis de las normas la atención haya estado principalmente dirigida hacia aquellos códigos considerados como más actualizados, pero sin descuidar otros que todavía mantienen su plena validez y vigencia.

El desarrollo que se propone del tema de la defensa penal está fundamentalmente destinado a quienes ejercen la abogacía. En tal sentido, se ha procurado efectuar una analítica de las normas que regulan este instituto, prestando también atención a las particularidades prácticas de una tarea nada fácil. Pero esta orientación no significa de ninguna manera ofrecer una suerte de recetario o compendio de técnicas procesales y modelos de escritos, sino que

lo que se procura es abordar unitariamente una problemática jurídica con espíritu y metodología científica.

Una simple lectura del sumario dará idea de la estructura propuesta, como así también la bibliografía indicada mostrará las fuentes doctrinarias que han servido de sustento al trabajo. Por cierto que pretender agotar el tema sería una muestra de injustificada soberbia o de enorme ignorancia. El método empleado y la perspectiva del enfoque, son sólo unas (y no necesariamente las mejores) entre las muchas posibilidades existentes, por lo que esta obra puede ser considerada como abierta a sucesivas correcciones y enriquecimientos.

CAPITULO I

CIVILIZACION Y BARBARIE

En manera alguna se me escapa la multitud de reparos críticos que, por lo general justificadamente, merecen las dicotomías, máxime cuando las mismas refieren a las por definición complejas cuestiones políticas, sociales e históricas. Sin embargo, no puedo dejar de ceder a la tentación de comenzar estas consideraciones acudiendo a aquella precisa antinomia acuñada por Sarmiento para titular algunas de las mejores páginas de la literatura argentina: civilización y barbarie.

Es que creo que nuestra historia (que en ello, no se diferencia, por cierto, de La Historia) puede en buena medida ser interpretada como una oscilación entre pautas de convivencia de creciente amplitud, tolerancia y zonas de libertad, y formas opresivas de mantenimiento de lo existente, cuando no directamente regresivas. En algunos momentos esto se advierte con la claridad de lo ejemplar: el movimiento liberador de Mayo, el constitucionalismo, la ardua construcción de una sociedad democrática, pertenecen a lo primero; y a lo segundo, las cerriles oposiciones a la unidad nacional jurídicamente organizada, las rémoras coloniales, los regionalismos recalcitrantes, los autoritarismos de diverso cuño y justificación, las múltiples manifestaciones de la regresión.

Es muy probable que se discrepe respecto de las significaciones de cada

acontecimiento histórico en particular, ya que a veces éstos tienen consecuencias que no responden a la voluntad y sentido que sus propios protagonistas le atribuyen y el posterior curso del tiempo les da una inserción diferente. Pero tal vez incurriendo en una suerte de platonismo, es innegable que la dinámica contradictoria del quehacer social de esta región del mundo que denominamos Argentina (o, por qué no, Latinoamérica) ha variado según modelos opuestos cuyas características determinantes pueden, en lo básico, responder a la oposición sarmientina.

No es necesario abundar en datos para recordar hasta qué punto la barbarie se enseñoreó durante largos años del país ni es tarea de augur advertir que esas oscuras fuerzas persisten, asechando de múltiples maneras. La tarea de poner obstáculos a esas tendencias irracionalistas y opresivas y, al mismo tiempo, de construir caminos que permitan marchar hacia más firmes regiones de civilización y libertad, es ciertamente una empresa valedera y a la que mucho pueden contribuir los hombres de derecho.

Las páginas que siguen han sido escritas acordes con tal propósito. Porque es dentro del campo del sistema penal, frontera última del ordenamiento jurídico, donde la dinámica de estas diversas formas de disciplinar, distribuir y limitar el ejercicio legal del poder del Estado sobre el individuo se hacen más nítidas y adquieren una claridad ejemplar que no sólo iluminan la comprensión de ese problema particular, sino que pueden válidamente extenderse, por su carácter representativo, hacia zonas más amplias del conjunto social y de la configuración estatal.

Insistente y hasta reiteradamente indiqué en diversos escritos que la cuestión penal es un terreno de especial representatividad. Dentro de nuestro ámbito, la idea la encontré formulada con claridad por Sebastián Soler, quien expresó que si queremos conocer verdaderamente a un Estado, debemos pedirle que nos muestre sus leyes penales⁶. Con el andar del tiempo, el tema adquirió una repercusión bastante notable, siendo enfocado en relación a la problemática del poder.

Lo cierto es que estimo que la realidad última de un sistema de conviven-

⁶ SOLER, Sebastián, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Eudeba, Buenos Aires, 1966.

cia se encuentra en aquello que, por citar una terminología foucaliana, configura sus vigilancias y castigos. En esa zona oscura es donde hallaremos las verdaderas claves de una organización general que, con frecuencia, oculta o disimula el ámbito punitivo.

Ahora bien: para comprender cabalmente lo que queremos considerar, es preciso no incurrir en el común error de fragmentar una totalidad. Porque dentro de la perspectiva de estudio elegida es evidente que si nos limitamos a considerar la teoría del delito o el Derecho Penal especial o las manifestaciones realizativas, estaremos parcializando la cuestión. Más aún: no solamente tendremos que integrar esas tradicionales disciplinas específicas (cuyos logros sistemáticos nadie puede desconocer y de cuyos aportes específicos debe partirse), sino que *también* deberemos trascender el enfoque normativo en una perspectiva que podría denominarse como realista. Porque una cosa es lo que los preceptos expresan y otra cómo son aplicados. Esto lleva a una especial atención hacia el análisis de las decisiones jurisdiccionales. Y también hacia el por qué algunos casos quedan fuera de éstas y, más aún, hacia lo que podría denominarse como un control penal marginal o semioficial o tolerado por el aparato institucional.

En esta inteligencia no es una novedad señalar que lo básico de la cuestión es la problemática del castigo. Porque por más que hallamos sutilizado el tema a través de complejas y arduas teorías del delito, del bien jurídico, del proceso y de la ejecución, la ecuación continúa resultando nítida y simple: la prohibición y el castigo. ¿Cómo, por qué, cuándo y de qué modo se castiga?

Desde un punto de vista estricta y formalmente jurídico, la pena, entendida como privación legítima de bienes jurídicos, es la regulada en las leyes penales de fondo y asociada a la comisión de las acciones descriptas en las figuras pertinentes. Es la consecuencia de un juicio afirmativo o atributivo de responsabilidad por una determinada conducta, efectivamente realizada por un sujeto concreto. Nuestro Derecho Penal común actualmente vigente, prevé las penas de reclusión, prisión, multa e inhabilitación (art. 5º, Cód. Penal).

Una recorrida por la historia del Derecho Penal nos muestra un catálogo

con frecuencia terrible de sanciones previstas como penas, tales como los suplicios, la muerte, las mutilaciones, las flagelaciones, los trabajos forzados, el destierro, la confiscación, etcétera, pareciendo que la inventiva humana desplegó toda su imaginación en la disposición de formas de castigo, cuya realidad hace empalidecer las ficciones de un Dante o de un Sade.

Contra estos excesos se libró durante largos años una tenaz lucha de civilización contra barbarie, combate arduo, con triunfos y derrotas que, en lo básico, puede sintetizarse en la divisa de racionalizar y humanizar el sistema punitivo. Poco a poco las penas dejaron de ser esas atroces ceremonias del castigo de que da cuenta Foucault y el Derecho Penal se articuló en torno a principios operativos que limitaban el poder sancionador. Sin embargo, aun en las configuraciones jurídicas actuales, la pena sigue siendo la privación de bienes jurídicos o, si se prefiere, más simplemente, la deliberada imposición de un mal. De ahí que pueda realizarse una lectura histórica del Derecho Penal, desde los textos de la Escuela Clásica hasta nuestros días, como la de una creciente y cada vez más compleja construcción racional de firmes vallas contra la arbitrariedad; merced a ese conjunto de reglas sustantivas y procesales, se intentó poner coto a la arbitrariedad y la desmesura: para imponer el castigo legal, debían cumplirse condiciones determinadas; la acción prohibida sólo puede acarrear castigo si cumple con todos los requisitos del concepto analítico de delito, determinados a través de un enjuiciamiento regular.

Las antedichas condiciones son las que resultan de la Teoría del Delito, del catálogo delictivo y de las configuraciones procesales, todas las cuales constituyen disciplinas específicas con amplio y profundo desarrollo y que, como se dijo, ofrecen un material para la lectura que inquiera sobre las relaciones de libertad y autoridad. A este respecto resulta especialmente ilustrativa de la configuración del catálogo delictivo, el que permite, como entre otros advirtió Edmundo Hendler, “extraer de la ley penal vigente algunos datos reveladores de la estructura social...”⁷, ya que en esa lista de prohibiciones a las que se asocian sanciones, encontramos la descripción de aquellos comporta-

⁷ HENDLER, Edmundo, *Los tabúes sexuales en el Código Penal argentino*, en *Doctrina Penal*, Nº 18, Buenos Aires, 1982, p. 245.

mientos que se juzgan altamente nocivos para el orden estatal. Pero con ser importante y reveladora, esta zona no agota los aspectos representativos. Porque la misma construcción analítica del concepto jurídico de delito, implica un conjunto de ideas directrices en orden a la infracción y a los requisitos que deben cumplirse para que una conducta pueda ser entendida como penalmente relevante. Y ni qué decir de los métodos de enjuiciamiento, tal vez el ámbito más notorio de la intervención penal estatal.

El sistema penal es una integralidad. No puede valorarse el mismo tomando únicamente en cuenta algún aspecto o zona de su configuración. Pensemos por ejemplo en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII, que en los aspectos procesales podía considerarse como adelantada, ya que no había implementado las formas de enjuiciamiento inquisitivas imperantes en el resto de Europa, pero que sin embargo realizaba, a través de procedimientos predominantemente acusatorios, un Derecho Penal sustantivo que conminaba con la pena de muerte a multitud de hechos, muchos de ellos relativamente leves. Por el contrario, en el ámbito latinoamericano, códigos penales en considerable medida adelantados, se implementaban a través de ritos anacrónicos, con variados gravámenes para el encausado, cuya gravedad excedía con frecuencia la de las penas que podían corresponder al condenado.

En consecuencia, la lectura de un digesto penal o procesal, no nos da por sí la suficiente información sobre el sentido y funcionamiento del sistema, ya que con frecuencia ocurre que no se corresponden los órdenes sustantivos y aplicativos o, como ocurre en gran parte de Latinoamérica, opere una política criminal encubierta, implícita y no declarada que confía al proceso la verdadera función penalizadora y de control penal estatal, convirtiendo las disposiciones de fondo, como las mismas constituciones, en letra muerta, de un valor meramente retórico.

No extraña entonces que las principales batallas contra los excesos y desbordes de poder y contra los anacronismos jurídicos que los posibilitan, se hayan librado y se libren, en nuestro país y en otras naciones latinoamericanas, en el campo del Derecho Procesal, ya que es allí donde las falencias han sido

más notorias y donde sus consecuencias prácticas sobre los ciudadanos hayan tenido una mayor repercusión.

Pero en relación a lo precedentemente apuntado nos movemos aún dentro del campo de lo normativo, campo que, por supuesto, no agota el fenómeno del derecho. No puede olvidarse que cualquiera fuere la concepción teórica general sobre lo jurídico, nadie puede discutir que, en el caso del litigio, la aplicación de la normatividad general al caso singular se realiza a través de la decisión jurisdiccional que, por cierto, dista sideralmente de aquella idea de un pulcro razonamiento silogístico que postulaban los adeptos a la escuela de la exégesis. En ese acto jurídico por excelencia que es la sentencia, el juzgador actúa, a través de la interpretación, completando los espacios normativos. Carlos Nino ha puesto correctamente de relieve el hecho obvio de que un orden jurídico no resulta, a pesar de lo que tantas veces se repitió, un sistema autosuficiente. La misma circunstancia del uso del lenguaje común, la posibilidad cierta de las denominadas lagunas en el ordenamiento, la multifacética riqueza de la realidad, las presiones e intereses, hacen que las normas jurídicas no sean, ni puedan ser, aplicadas unívocamente. Como dice Nino: "Las decisiones judiciales implican la adopción de una postura valorativa acerca de la justificación de las normas que se alegan como fundamento de ellas"⁸. Esto lleva a que, en última instancia, las normas positivas resultan tales porque los representantes del poder jurisdiccional las reconocen a través de sus decisiones.

Por cierto que esto, que con frecuencia es resistido dentro de algunos ambientes jurídicos tradicionales, es poco más que un lugar común en el ámbito anglosajón, donde las direcciones conocidas como realistas han puesto suficiente luz sobre el tema.

El sistema jurídico entero pivotea en torno a ese complejo aparato burocrático, cada vez de mayor extensión, que denominamos Administración de Justicia y que tiene más de lo primero que de lo segundo. Hacia allí desemboca y cobra su auténtica operatividad el sistema jurídico. Esa es la zona real en la que se selecciona la normatividad, se la interpreta y se la aplica, conforme a

⁸ NINO, Santiago Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

un complejo y difuso sistema de reglas e intereses por lo común no explicitados, cambiantes y ligados a los vaivenes del poder. El texto de esas decisiones es la zona en que aparece de una manera privilegiada el discurso jurídico, cuya lectura permite adentrarse en lo que Entelman describe como “...una práctica social específica, en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada”, haciendo funcionales sus “propios mitos” en el ejercicio concreto del poder social⁹.

Ahora bien: con ser los aspectos realizativos y decisorios aquellos que verdaderamente configuran la manifestación del fenómeno jurídico, la cuestión –al menos desde el punto de vista operativo del control estatal– no se agota dentro de los amplios marcos antes expuestos.

Existen en la realidad múltiples manifestaciones de control y represión que no son abarcadas por el aparato judicial. Observamos al respecto que el enjuiciamiento penal comienza habitualmente con la actividad administrativa de los organismos preventores y desemboca, luego de las sentencias, en los institutos penitenciarios dependientes del Poder Ejecutivo. Ello sin considerar aquello a lo que quiero ahora referirme y que son las formas parajurídicas de actuación de la defensa del orden imperante.

Michel Foucault, reseñando la evolución histórica de las formas jurídicas, advierte que hacia fines del siglo XIX comienza a esbozarse una no explicitada política criminal de la peligrosidad que atiende más a las virtualidades del sujeto que a sus actos y que procura altos niveles de eficiencia en el control de los individuos; tales requerimientos llevan a desdibujar la separación de poderes. Así: “...el control de los individuos, esa suerte de control penal punitivo a nivel de sus virtualidades no puede ser efectuado por la justicia, sino por una serie de poderes laterales, al margen de la justicia, tales como la policía y toda una red de instituciones de vigilancia y corrección...”¹⁰

Esa red, cuyo crecimiento es privativo de las complejas sociedades con-

⁹ ENTELMAN, Ricardo, *Introducción a El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982.

¹⁰ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas* (trad. de Enrique Lynch), Gedisa, Barcelona, 1980, p. 97.

temporáneas, actúa fuera del sistema judicial y, a veces, de la misma normatividad general vigente, pero dentro de una permisibilidad que, en ocasiones, llega a ser directamente estimulada. Y en su funcionamiento, encontramos formas de castigo al margen de las previstas en los códigos penales; así, operan de hecho una serie de sanciones que potencian la autoridad, tales como las diversas maneras de actuación policial, que en ocasiones llegan a consagrar penas de muerte en los enfrentamientos, por no hablar de organismos parapoliciales como el conocido “Escuadrón de la muerte”, en el Brasil. A esto debemos sumarle las difundidas prácticas apremiantes, que van desde la imposición de tormentos hasta simples coacciones morales.

Durante las desgraciadamente frecuentes épocas de gobiernos militares en la Argentina (y podríamos extender la observación a nivel mundial y, por cierto, latinoamericano) se dio un notorio auge del autoritarismo en sus más diversas manifestaciones, abarcando esto los niveles normativos, judiciales y de prevención y vigilancia. Esta experiencia dramática, que no puede dejarse caer en la disolución del olvido, nos demostró que el tema no era por cierto una cuestión académica y que no estaba reservada a “otros”, sino que nos tocaba a todos.

La tecnología moderna, con sus posibilidades de trascender la opacidad de los muros, de escuchar conversaciones a distancia, de intervenir teléfonos y correspondencia, de registrarlo todo, dotó de nuevos medios al sueño de control total imaginado por Bentham, conformando el conjunto social en una suerte de más sofisticado Panóptico. El poder tiene en la actualidad medios más eficientes para el ejercicio de su control que los soñados en las obras de ciencia ficción.

Porque en última, o tal vez en primera instancia, la cuestión tratada no es otra que la del poder, es decir, esa facultad que tienen algunos para obligar a otros a realizar determinadas conductas y a castigarlos cuando no las realizan o cuando creen que no habrán de realizarlas.

Llegamos así a la relación entre poder y derecho, tema que, no por evidente, deja de ser necesitado de nuevas reflexiones. Porque si bien desde los mejores textos de introducción a la materia sabemos de la íntima vinculación en-

tre sistema jurídico y organización del poder¹¹, a medida que se avanza en las especificidades técnicas del derecho este dato e interrogante, parece olvidarse; cosa que, ni teórica ni metodológicamente, puede hacerse. El fenómeno del poder político y de la organización jurídica se suponen mutuamente, se interrelacionan y confunden, haciéndolo a veces de un modo tan complejo y sutil que los límites se desdibujan. Pero dentro de la materia punitiva el tema ha sido advertido con nitidez¹², lo que no tiene nada de extraño, ya que aquí nos encontramos ante el acto de aplicar una pena que, cualquiera fuere su naturaleza y características, implica en lo básico la preponderancia del aplicador sobre aquel a quien se aplica y debe soportarla.

El acto esencial de soberanía, como fue visto con agudeza por Enzensberger, consiste en el poder de decisión sobre la vida o la muerte del súbdito. Ejerce el poder quien tiene la facultad y la fuerza para dar muerte al otro¹³. Los reinos se conquistan y toman con la espada, ayudada por la intriga, como magistralmente resuena en las tragedias de Shakespeare. El derecho al menos en un primer momento no sólo se pliega a la fuerza, sino que la dota de una apariencia de racionalidad, le otorga una justificación, la encauza hacia parámetros que la hacen a la larga más eficaz. Porque el brillo de las espadas y la carga de las lanzas tiene un esplendor efímero, mientras que los códigos buscan imitar la perennidad de los monumentos. Esto hace que en toda época (y la nuestra no es una excepción) pueda interpelarse al Estado por tantos crímenes cometidos en su nombre. Sobre esto, expresa Flechtheim: “Justamente en vista de las proclamaciones cada vez más resonantes con que el Estado le pide lealtad al ciudadano, cabe preguntar quién, al fin y al cabo, responde de los millones y millones de seres humanos que durante milenios fueron torturados y asesinados –y todavía siguen siendo sacrificados– en guerras grandes o pequeñas. ¿Y quién, pregunto, no se ha cansado nunca de perseguir, atormentar, mutilar y mandar al cadalso a miles de culpables o inocen-

¹¹ BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho* (trad de Vicente Herrero), Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

¹² BERGALLI, Roberto y BUSTOS, Juan (directores), *El poder penal del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

¹³ ENZENSBERGER, Hans Magnus, *Política y delito* (trad. de Lucas Salas), Seix Barral, Barcelona, 1966.

tes en nombre del rey, de la República y hasta del Derecho? ¿Acaso podemos pasar en silencio lo que sucedió en Amritsar y Sommerville, en Dresden y Leningrado, en Hiroshima y Nagasaki, en Woekuta y Auschwitz, cuando hablamos del Estado y por ende, del Derecho?"¹⁴

Pero sin perder jamás conciencia de tantos desbordes y abominables justificaciones, puede pensarse que lo paradójico del derecho es que canaliza el poder, lo hace comprender como noción jurídica, lo encauza a través de un aparato normativo, lo objetiviza y, en definitiva, lo limita. Aun dentro de sociedades relativamente primitivas, el derecho puede ser un freno a la voluntad del soberano. ¿Acaso Edipo que todo lo conquistó, no lo perderá todo por haber contravenido, sin responsabilidad subjetiva, las normas de la ciudad? ¿Y Antígona no se opondrá a los mandatos de Creonte invocando preceptos de más alto linaje que los que fundan esa autoridad? Casos similares a los planteados por las tragedias clásicas se ofrecen variados a lo largo de la historia. Porque, evidentemente, la cuestión de la interrelación entre poder y derecho no es fácil de dilucidar y, a medida que el conjunto social gana en extensión y complejidad, lo hace también en aspectos que dificultan una interpretación lineal de lo apuntado. De ahí que pueda pensarse como un tanto simplista la afirmación de que el derecho es siempre producto de los intereses de la clase dominante, lo que en ocasiones puede ser verdad, pero no en todos los casos ni de una manera global. Porque en las sociedades complejas, el derecho tiene mucho de compromiso y aparece como resultante de fuerzas diversas, ninguna de las cuales tiene por sí el control completo, apareciendo las decisiones como producto de la composición y el compromiso y resolviéndose en manifestaciones de índole contractual.

El movimiento político postulado en el terreno de las ideas por el pensamiento de la Ilustración y concretado con diversos resultados a partir de las revoluciones norteamericana y francesa, puede comprenderse, en gran parte, como un esfuerzo por limitar el poder a través del derecho, dotándolo de bases fundantes asentadas en la voluntad popular y arbitrando mecanismos de

¹⁴ FLECHTHEIM, Ossip K., *Introducción a Teoría pura del Derecho y teoría marxista del Derecho* (trad. de Ernesto Volkening), Instituto Hans Kelsen, Temis, Bogotá, 1984.

control que hicieran imposibles los desbordes autoritarios. Como toda empresa humana, los resultados fueron con frecuencia alejados de los propósitos iniciales, pero puede pensarse que, cualesquiera fueren las idas y venidas, las contradicciones y desajustes, hasta ahora no se ha encontrado un método mejor de convivencia, cosa que, por otra parte, se ha encargado reiteradamente la historia de recordar.

De ahí que, retornando a la dicotomía planteada al inicio de estas páginas, pueda concluirse que el ahondar en una reflexión sobre las condiciones que debe reunir un *Derecho Penal de inspiración, sentido y configuración democrática*, tenga mucho que ver con una apuesta hacia la civilización en contra de la barbarie. Y por cierto que la empresa no carece de pertinencia y actualidad. La recuperación del sistema democrático en nuestro país tiene mucho de fundación y exige replantear con imaginación una integralidad. En el campo de las disciplinas jurídicas en general y de las penales en particular, durante mucho tiempo nos limitamos a una mera recepción de aportes y a una indagación exegética formalista y repetitiva, que muy pocas veces se interroga por el sentido y concreta operatividad del sistema.

Puede pensarse que, en lo básico, se han producido en el país devuelto a su institucionalización normal, importantes y positivas reformas, marcando una senda que es preciso seguir recorriendo, cada vez con mayor responsabilidad y ahondamiento; también puede advertirse una ejercitación por completo diferente de la autoridad, devuelta a sus cursos republicanos. De la misma forma, los grupos parapoliciales y paramilitares que actuaron desde 1975 han sido desmembrados y privados de la impunidad que los caracterizaba, ingresando en el terreno liso y llano de la delincuencia. Pero estas transformaciones, con ser altamente significativas, no son suficientes ni, por cierto, definitivas. Es necesaria una profundización integral de la que no puede excluirse lo relativo al Poder Judicial que, como se dijo, es el que en definitiva realiza lo que las normas expresan abstractamente.

Y finalmente –aunque por cierto, no es lo menos importante– toca pensar, habida cuenta de lo dicho sobre que el sistema punitivo es la frontera o defensa última y más enérgica del orden jurídico, sobre el sentido y configura-

ción misma de ese orden y de la sociedad que ordena, lo que lleva a una especial preponderancia en torno a la problemática de los bienes jurídicamente protegidos.

El Derecho Penal, en esta perspectiva, debe ser reducido al mínimo indispensable para poder asegurar la convivencia, sin intervenciones paternalistas; no debe ser reflejo de un autoritarismo que, por otra parte, debe ser desterrado de tantas otras instituciones. Definitivamente, en todas sus manifestaciones, nada debe tener que ver con la barbarie y sí ser un firme dique contra los desbordes de ésta.

CAPITULO II

LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE DEFENSA

Como cuestión inicial y básica de la problemática de la defensa penal, debe atenderse a los fundamentos del denominado derecho de defensa. Si bien el objetivo del presente trabajo se centra principalmente en el análisis normativo y en la operatividad concreta de la contradicción procesal a la pretensión punitiva, no pueden entenderse cabal y plenamente esas reglas jurídicas sin una previa atención a las ideas que implican y a los contenidos teóricos derivados del contexto en que cobran sentido.

Aunque la señalada problemática de los fundamentos aparezca como un plexo de significaciones interrelacionadas, pueden establecerse algunas distinciones que contribuyan a una mejor claridad expositiva. En tal aspecto, cabe señalar como principales fundamentos los filosóficos, los políticos y los normativos de rango constitucional.

1. SOBRE EL SENTIDO DE LA EVOLUCION HISTORICA

Las cuestiones jurídicas actuales y las instituciones que operan en esa zona de la realidad social, no pueden comprenderse cabalmente si se carece de

noticias sobre los antecedentes que en el decurso de una evolución de siglos condujeron a su implementación y evolución. Todo lo atinente al derecho y, en especial, lo relativo a su aplicación, se encuentra íntimamente interrelacionado a las configuraciones sociales, al papel que los individuos desempeñan dentro de las mismas, a la organización y distribución del poder y al sistema de ideas que formulan la visión del mundo imperante. De un modo particularmente notable, esto se advierte en el sistema penal, es decir, en el conjunto de normas, instituciones y operadores que implementan la máxima protección de un orden social dado.

De una manera general, puede decirse que el Derecho Penal, entendido en su sentido amplio, delimita un conjunto de conductas que el poder estatal prohíbe y que, cuando se han cometido, reprime con graves sanciones, implementando para ello procedimientos investigativos, determinativos y aplicativos.

Tales procedimientos se configuraron históricamente como formas o sistemas, con características definidas, de directa incidencia sobre la situación del imputado y su defensa.

Dentro del sistema acusatorio clásico de la antigüedad grecolatina, acusación y defensa se situaban en un relativo plano de igualdad y, en lo básico, concernían a los directamente interesados en la cuestión suscitada. El órgano de juzgamiento asistía a la exposición de razones y pruebas proporcionadas por los contendientes, expidiéndose sobre la base de los argumentos y constancias introducidas en el debate por las partes.

Va de suyo que dentro de este sistema de enjuiciamiento, el acusado contaba con un poder semejante al del acusador, ejerciendo libremente su defensa¹⁵.

Siglos después, por lo que sabemos de las prácticas judiciales de los germanos y de los restantes pueblos que irrumpieron sobre los territorios que habían conformado el Imperio Romano, el sentido privatista de la disputa penal es acentuado, no encontrándose nada semejante a un aparato oficial de

¹⁵ Sobre las características, evolución y manifestaciones históricas del régimen acusatorio ver Alfredo Vélaz Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Lerner, Córdoba, 1981, Cap. II, t. I, ps. 25/92.

justicia. El conflicto y su solución, tenía más de remedo de los hábitos bélicos imperantes que de un enjuiciamiento. La causa se suscitaba y atendía a la producción de un daño y a su consecuente reparación¹⁶.

Con el paulatino debilitamiento de la organización social feudal y el paralelo fortalecimiento de un poder central, se observa el agotamiento de las formas de justicia penal privatistas, que van cediendo ante otras elaboradas por las monarquías. Se produce así una suerte de confiscación o expropiación de lo privado por lo público, que abarca la autoridad, las armas, los recursos económicos y la justicia. La incipiente organización estatal se apropia y reúne los poderes dispersos, aglutinándolos en uno cada vez más fuerte¹⁷.

Debe señalarse que este proceso de centralización, en gran medida implica, al menos como línea general, un avance hacia una concentración más racional y menos arbitraria que la imperante como característica de la dispersión.

La cuestión judicial ya no se concibe como una composición privada, como la solución entre un perjuicio y una reparación, sino que aparece como derivación particular de la soberanía del poder central; éste impone las reglas a sus súbditos, quienes carecen de disponibilidad sobre la misma. La idea de delito deja de vincularse a la producción efectiva de un daño y retornando a sus más antiguas raíces, se la entiende como (a semejanza del pecado) infracción

¹⁶ Sobre el proceso penal germano y sus similares, ver Vélez Mariconde, ob. cit., p. 63 y Julio B. J. Maier, *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I, p. 24 y ss.

¹⁷ FOUCAULT, ob. cit., expresa: "El poder judicial no existía en la alta Edad Media, la liquidación era una materia que resolvían los individuos entre sí: sólo se pedía al más poderoso o a aquel que ejercía la soberanía en función de sus poderes políticos, mágicos y religiosos que comprobaba la regularidad del procedimiento y no que hiciese justicia. No había poder judicial autónomo y tampoco un poder judicial que estuviese en manos de quien detentaba el poder político o poder de las armas [...] La acumulación de la riqueza y el poder de las armas y la constitución del poder judicial en manos de unos pocos es un único proceso que se fortaleció en la alta Edad Media y que alcanzó su madurez con la formación de la primera gran monarquía medieval".

Por su parte, Vélez Mariconde, ob. cit., p. 99, sostiene: "Desde entonces [...] el proceso cambia fundamentalmente de fisonomía: lo que era un duelo leal y franco entre acusador y acusado, armados de iguales poderes, se torna en lucha desigual entre juez y acusado. El primero abandona su posición de árbitro y asume la activa de inquisidor, actuando desde el primer momento también como acusador, es decir, se confunden las actividades del juez y del acusador: por su parte el acusado pierde la condición de verdadero sujeto procesal y se convierte en objeto de una dura persecución".

a lo debido, como desobediencia del mandato del príncipe y del orden que él representa, por delegación divina. En consecuencia, lo que importa e interesa es averiguar, es decir, indagar, saber y reconstruir lo acontecido tanto para que el aparato del poder recomponga la fisura, como para castigar al infractor, afianzando así el orden y la autoridad, a través de esas “ceremonias del castigo” de que nos habla Foucault.

Esta concepción pública del poder punitivo del Estado (*ius puniendi*), de antiguos antecedentes, habrá de mantenerse como base casi inalterada –no obstante las limitaciones que posteriormente se introducen– del Derecho Penal, y de sus aplicaciones realizativas.

Para dar sustento jurídico a estas nuevas relaciones de la práctica judicial se recurre a las elaboraciones tardías del Derecho Romano, que había acuñado en la época del Imperio los procedimientos extraordinarios para aquellos casos en que se estaba ante infracciones concernientes al Estado y a la religión del mismo. Igualmente, se introducen las elaboraciones del Derecho Canónico, plasmándose así el sistema inquisitivo, como opuesto al acusatorio (que en lo fundamental se mantiene en el derecho inglés), dentro del cual “la razón de Estado” es el valor predominante y la afirmación de la autoridad, como principio operativo, la regla que, en definitiva, explica toda la organización procedimental.

Resulta fácil advertir que dentro de tal sistema, en el que se funden acción y jurisdicción como un único poder omnímodo, el imputado desaparezca como sujeto, esfumándose todos sus derechos. Lo que importa es la efectividad de la indagación, que no debe encontrar trabas (y, por cierto, la defensa, en cuanto traba por excelencia se limita a extremos de ausencia), y el cumplimiento del castigo-expiación del delincuente-hereje-réprobo.

Esta relación de poder así conformada genera procedimientos judiciales secretos, alejados de todo control y participación popular, ritualistas y discontinuos, en los que nada hay que responda al concepto de partes. El inquisidor es a la vez acusador y juzgador y el imputado es simplemente un sometido, un paciente que debe soportar, sin contralor ninguno, un suceder averiguativo que es ya en sí mismo un duro castigo.

A los señalados rasgos de estatización, autoritarismo, inquisitorialidad y punicción que caracterizan al sistema, debe agregarse otro no siempre advertido y que es el del esoterismo. Todo lo atinente al derecho en general y al penal en particular, que durante largo tiempo había encontrado origen en una elaboración preponderantemente consuetudinaria, pasa a convertirse en un saber específico, crecientemente tecnificado y reservado al conocimiento de los interesados.

Sobre los cimientos del Derecho Romano, los canonistas realizaron un minucioso trabajo que desde el siglo XII al XVIII construyó un vasto y complejo sistema que tendría influencia posterior, incluso en la construcción de la moderna Ciencia del Derecho. A partir de la escuela de Bologna y extendiéndose hacia diferentes centros culturales europeos, las antiguas reglas justinianas fueron reformuladas e interpretadas de manera sistemática, estructurándose dentro de los cánones escolásticos. De tal manera, lo jurídico se convirtió en un conocimiento de iniciados, siendo este saber y su consecuente práctica, un tipo de conocimiento y de actividad rodeado de prestigio y sacralizado¹⁸.

Digamos entonces que el sistema entero estaba prolijamente dispuesto para aniquilar al imputado, convirtiéndolo en una paja triturada entre las grandes ruedas del molino del aparato judicial, cuyos mecanismos y secretos funcionamientos ni tan siquiera podía conocer y que se encontraban investidos de la aureola no sólo del poder, sino también del prestigio del saber.

Contra tal tipo de funcionamiento judicial, tanto respecto de su práctica como de las ideas sobre las que se asentaba, por cierto ligadas en su época de mayor esplendor¹⁹ a las líneas de pensamiento directrices del régimen absolutista monárquico, fue produciéndose una, al principio lenta y luego cada vez

¹⁸ KOZICKI, Enrique, *De la dimensión jurídica de la vida*, en *Derecho y psicoanálisis*, Hachette, Buenos Aires, 1987, p. 177.

¹⁹ Cabe mencionarse, por su decisiva importancia, la regulación del Derecho Penal sustantivo y procesal hecha en la *Constitutio Criminalis Carolina*, u *Ordenanza Judicial Penal del Emperador Carlos V y del Santo Imperio Romano*, de 1532. Lo cierto es que durante la época que de una manera amplia podemos englobar dentro del Renacimiento, más allá de las discusiones sobre sus límites imprecisos, se producen grandes transformaciones; al respecto Gustavo Radbruch y Enrique Günner, en *Historia de la criminalidad*

más radical, crítica cuestionadora, asentada no sólo sobre la denuncia de los notorios abusos y arbitrariedades, sino sobre una diferente concepción del mundo; ésta, atendía al valor del individuo, las limitaciones y contralor del poder, como así también a las bases del mismo y a las condiciones para su válido ejercicio. Sin exageración, puede afirmarse que se asiste a una verdadera batalla de ideas, donde el cuestionamiento a los esquemas imperantes va adquiriendo firmeza y radicalidad creciente.

De ahí entonces que sea en este terreno del pensamiento donde podamos encontrar una de las bases –y, por cierto, no la menos importante– que nos permite seguir la evolución que condujo a los fundamentos del sistema vigente que reconoce, con las lógicas modificaciones derivadas del tiempo, ese firme cimiento.

2. FUNDAMENTOS FILOSOFICOS

Todo orden jurídico, lo declare o no, se basa en una determinada visión del mundo en general y de las relaciones entre los hombres en particular. Desde este punto de vista, puede y debe enfocarse filosóficamente el fenómeno jurídico, ya que las normas e instituciones resultan profundamente reveladoras de las ideas directrices de una determinada época y sociedad. Desde esta perspectiva, la filosofía, como tarea de esclarecimiento de supuestos, no resulta algo exterior a la Ciencia del Derecho, sino que contribuye a la explicitación de contenidos y a la comprensión racional y crítica de la realidad considerada.

A modo de ejemplo, debe recordarse la profunda influencia que las ideas filosóficas ejercieron en la formación de los sistemas jurídicos democráticos

(Ensayo de una criminología histórica), versión de Arturo Majada, Bosch, Barcelona, 1955, ps. 121/22, dicen: “Al lado de la Reforma tienen lugar otros movimientos que caracterizan el comienzo de los nuevos tiempos: culturalmente, el humanismo; económicamente, el despuntar del capitalismo; socialmente, las sublevaciones de caballeros y campesinos; políticamente, la aparición del Estado absoluto; militarmente, la transformación del arte de la guerra [...]; jurídicamente, la introducción del Derecho Romano y la aparición de la Inquisición; publicitariamente, la explotación de la imprenta [...]; y muy en general, el Renacimiento y la aparición de la personalidad del Renacimiento, que se independizaba de los lazos tradicionales”.

posteriores a la emancipación norteamericana. Toda la larga evolución que desde el Renacimiento en adelante fue gestándose en el campo de las concepciones políticas (a su vez derivadas de una nueva visión del mundo), repercutió directamente en las revoluciones norteamericana y francesa y, posteriormente, en los movimientos emancipadores latinoamericanos. La configuración del constitucionalismo, el sistema de separación de poderes, las garantías individuales, el derecho de propiedad, el contractualismo, el libre comercio, el Estado de Derecho, en sus distintas concreciones normativas, no se conciben –ni se entienden– fuera del contexto filosófico en el que se formaron y plasmaron.

A) El Derecho Natural

El tema de los derechos individuales o derechos humanos, apareció históricamente ligado a la problemática del Derecho Natural, concebido –tanto en sus formulaciones teológicas como racionalistas– a la manera de una serie de principios fundamentales, de una legalidad suprapositiva o de una normatividad guía de base ética. En tal aspecto, la cuestión refleja la vieja y mantenida aspiración del hombre por encontrar frente al poder real y vigente fronteras capaces de limitarlo, constriñéndolo en cauces de justicia²⁰. Tal aspiración hunde sus raíces en las más antiguas tradiciones de la cultura occidental y sus primeras e incipientes formulaciones pueden encontrarse en la Grecia de Homero, Hesíodo y los grandes trágicos; cuando Antígona desafía a Creonte, lo hace oponiendo las normas directrices de un derecho basado en la naturaleza de las cosas a las leyes de la ciudad. Y más adelante, con el pensamiento estoico, se avanzó hacia una formulación conceptual del

²⁰ BODENHEIMER, ob. cit., p. 127, dice: “Desde tiempos muy antiguos, filósofos y pensadores políticos han sustentado la creencia de que tiene que haber un Derecho basado en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual o colectivo. Han estado convencidos de que existía un Derecho Natural permanente y eternamente válido, y que era independiente de la legislación, la convención o cualquier otro expediente imaginado por el hombre. Tras la inacabada variedad de los Derechos Positivos y las costumbres, trataban de descubrir aquellas ideas generales y eternas de justicia y Derecho, que los seres razonables estaban dispuestos a reconocer en todas partes y que habían de servir como justificación de toda forma de Derecho Positivo”.

Derecho Natural, al que se le encontró base racional en la idea de "naturaleza" entendida como legalidad universal. Como es sabido, los estoicos influyeron decisivamente sobre los romanos, quienes distinguieron entre derecho civil, de gentes y natural, siendo este último el postulado moral rector que, con criterio de justicia, permite determinar la bondad o maldad de las leyes positivas. Estas ideas, fundamentadas en una visión del mundo teocéntrica y guiadas por los principios de la Revelación, fueron reformuladas por el cristianismo. A través de los sucesivos aportes de la Patrística y la Escolástica, se elaboró sobre el tema un acabado cuerpo doctrinario, cuya influencia perdura hasta nuestros días²¹. En este aporte, surge ya delimitado el concepto de "persona", como substancia existente por derecho propio y como fin en sí misma y como fundamento ontológico y moral de todo orden normativo.

Pero es indiscutible que el tema del Derecho Natural y de los derechos individuales adquiere su más cabal formulación durante la época conocida como Modernidad. La denominada Escuela Clásica del Derecho Natural, fiel expresión ideológica de un mundo en vertiginoso proceso de cambio²², sostuvo que podía descubrirse lo que verdaderamente era el Derecho mediante la Razón, entendida no sólo como radical elemento cognoscitivo, sino también como herramienta crítica. Primero a través de la separación de lo jurídico del ámbito de la Teología y de los mandatos de la Revelación y la iglesia institucionalizada (Grocio); más adelante, como formulación de reglas rectoras e invariables de libertad individual y limitación de los poderes gubernamentales (Locke, Montesquieu); y, finalmente, a través de la preocupación de "...hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y bienes de cada asociado y por la cual uniéndose cada uno a todos,

²¹ Entre otros autores enrolados en esa línea de pensamiento, puede citarse por la repercusión e influencia que tuvo su obra a Jacques Maritain, *El hombre y el Estado* (trad. de Manuel Gurrea), Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1952. En especial véase *Los derechos del hombre*, Cap. IV, p. 93 y ss.

²² La relación entre el pensamiento de la modernidad y las condiciones y tensiones entre dicho pensamiento y la realidad social, han sido brillantemente tratados por Harold J. Laski en *El liberalismo europeo* (versión de Victoriano Miguélez), Fondo de Cultura Económica, México, 1961. También es recomendable el apretado resumen de Carlos Alberto Fernández Pardo, *Teoría política y modernidad*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1977.

no obedece sin embargo, más que a sí mismo, y quede tan bien como antes”²³ (Rousseau), fue plasmándose un vigoroso pensamiento individualista-liberal de directa repercusión sobre lo jurídico.

A esta Escuela Clásica del Derecho Natural corresponde el mérito de haber diferenciado la regulación moral de la legal, distinguiendo también con toda claridad entre las verdades que la Razón determina y los dogmas de la Revelación. En el campo de la teoría política, sus principales representantes pusieron las bases de la doctrina de la separación de poderes, el constitucionalismo y el parlamentarismo. Y en lo que refiere al tema aquí tratado, fue decisivo el énfasis de los filósofos racionalistas en señalar que el individuo, por su condición humana, posee derechos fundamentales e inalienables anteriores y superiores a toda regulación positiva, derechos que el Estado no puede dejar de reconocer y ante los cuales el poder encuentra límites precisos.

Como resume con acierto Bodenheimer, los diversos representantes de la escuela iusnaturalista contribuyeron decisivamente al progreso de la civilización, correspondiéndoles el indiscutible mérito de elaborar instrumentos jurídicos capaces de asegurar la libertad del individuo de las muchas ataduras del despotismo: “El Derecho Natural contribuyó a la abolición del vasallaje y la servidumbre. Ayudó a destruir los gremios y las restricciones medievales al comercio y la industria. Liberó la propiedad territorial de las cargas feudales. Creó la libertad de circulación y de elección de profesión. Inauguró una era de libertad religiosa y espiritual. Purgó al Derecho Penal y su procedimiento de sus efectos más importantes al abolir la tortura y humanizar el castigo. Acabó con los procesos de hechicería”²⁴.

Dentro de esta óptica, y por muy explicables y justificadas razones práctico-históricas, los pensadores iluministas pusieron especial interés en la consideración de cuestiones relativas al Derecho Penal en sus aspectos sustantivos y procesales, los que con frecuencia se planteaban como un todo. Los atropes-

²³ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *Del contrato social* (trad. de Constancio Bernaldo de Quirós), José M. Cájica, Puebla, México, 1957.

²⁴ BODENHEIMER, ob cit., p. 187.

llos de la Inquisición, los horrores e intolerancias de las guerras de religión, la discrecionalidad arbitraria de gobernantes y jueces, el uso generalizado de la tortura, la carencia de garantías para el procesado y el terrible carácter de las penas, no podían menos que provocar repugnancia y firme rechazo. Así, a través de las obras de Locke, Diderot, D'Alembert, Holbach, Helveticus, Montesquieu y Rousseau (por sólo citar a los autores de mayor repercusión), se aboga por una mayor benignidad en la punición, por una previa determinación de los delitos, contra el uso del tormento, contra la arbitrariedad de los jueces y por la existencia de garantías para el procedimiento.

B) Beccaria

Todas estas ideas fueron expuestas en forma de trabajo específico en el célebre opúsculo del Marqués de Beccaria (1738-1794), titulado *Tratado de los delitos y de las penas*²⁵, obra que, en lo fundamental, tuvo el mérito de resumir las concepciones predominantes del pensamiento progresista de la época y de desarrollarlas concisa y claramente en páginas que pronto alcanzaron singular difusión. De ahí que no tenga mayor importancia detenerse en el problema del grado de originalidad de la obra ya que, a todas luces, su principal valor radicó en decir verdades que formaban parte del espíritu de su tiempo y en hacerlo en un momento en que diversas circunstancias habían preparado ampliamente la receptividad a tales posiciones.

Analizar brevemente el andamiaje doctrinario de *Los delitos y las penas* y recordar sus principales tesis resulta pues oportuno, ya que el trabajo es una suerte de síntesis en el que se hallan los fundamentos filosóficos del posterior crecimiento de la Escuela Clásica del Derecho Penal.

La concepción general que preside todo el trabajo y organiza su estructura, es la del racionalismo iusnaturalista de base contractualista. Sus fuentes doctrinarias más importantes son Montesquieu y Rousseau, autor este último que si bien no es explícitamente citado, aparece como guía de todo el desarrollo. En tal sentido, el libro refleja el pensamiento social distintivo del Iluminis-

²⁵ BECCARIA, César, *Tratado de los delitos y de las penas* (trad. de C. B. de Quirós), José M. Cajica, Puebla, México, 1957.

mo²⁶ que concibe a los hombres como seres aislados e iguales entre sí y, en tanto individuos, presupuestos constitutivos y constituyentes de todo ordenamiento social; tal ordenamiento, surge a través del contrato social, del cual se desprende en su totalidad el sistema normativo-jurídico. Sobre esto, dice Beccaria: “Las leyes son las condiciones mediante las cuales los hombres, independientes y aislados, se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de disfrutar una libertad inútil por la incertidumbre de conservarla” (p. 65 de la edición citada). La suma de esas libertades cedidas, es lo que forma la soberanía de una Nación, y las leyes punitivas aparecen como la defensa del todo (formado por las partes) contra el miembro que atenta con una conducta indebida contra el bienestar general: “Hacían falta motivos sensibles que bastasen a disuadir el ánimo despótico de cada individuo de sumergir en el caos antiguo las leyes de la sociedad. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes” (ídem).

Puesto en claro el fundamento del orden social, las leyes y la necesidad de normas penales, Beccaria sienta con absoluta claridad la que tal vez sea la tesis más firme de su trabajo y la que ha brindado especial perdurabilidad a su nombre: “Tan sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos”. Esta idea, como lo ha destacado Terán Lomas²⁷, marca el carácter “esencialmente normativo sancionador del Derecho Penal”.

El *nullum crimen, nulla poena sine lege* debe entenderse integrado dentro del propósito general de estricta limitación otorgado por los iluministas en general y Beccaria en particular a la facultad punitiva del Estado; para Beccaria, el derecho de castigar surge de las condiciones del pacto social, pero, por eso

²⁶ Para una comprensión general del pensamiento iluminista, ver Ernst Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972. Entre las obras de la doctrina argentina, especialmente, Sebastián Soler, *Ley, historia y libertad*, Losada, Buenos Aires, 1943.

²⁷ TERAN LOMAS, Roberto A. M., *Beccaria y los conceptos fundamentales del Derecho Penal*, en *La Ley*, Buenos Aires, diciembre de 1943, t. 32, p. 983. Además de los puntos tratados el autor destaca el firme rechazo de Beccaria hacia todo lo que signifique interpretación de las leyes penales. Los jueces deben limitarse a la aplicación de las leyes, resolviendo el caso como un silogismo en el cual la premisa mayor es, precisamente, la ley.

mismo, “es limitadísimo”; en consecuencia, “el derecho que traspase ese límite es abuso y no justicia, es hecho y no derecho”.

A modo de síntesis, Terán Lomas destaca con respecto al contenido de *Los delitos y las penas* los siguientes elementos: 1) fundamentación contractualista-racionalista-individualista; 2) limitación estricta del derecho o facultad estatal de castigar; 3) necesidad de una caracterización cerrada y previamente definida de lo que se considera delito y preeminencia de la ley sobre el juzgador; y 4) énfasis en la consideración de la ley como única fuente del Derecho Penal con miras a la seguridad jurídica.

Lo dicho significa que en la obra de Beccaria surge una vigorosa voluntad tendiente a delimitar, como valores jurídicos fundamentales en materia y procedimiento punitivo, la libertad y la seguridad jurídica. Al mismo tiempo, se desprende de esto, que el libro es en general, por su tema y espíritu, un apasionado opúsculo en favor de la defensa del individuo frente al poder sancionador. Y desde una perspectiva que centralice el enfoque en el tema de la defensa penal, su aporte implica una contribución decisiva en cuanto, en primer lugar, determina con claridad qué y cuáles pueden ser los motivos –las leyes– cuya transgresión pueda generar el accionar en pos de una condena; y en segundo lugar, consecuentemente, la necesidad de fijar reglas de procedimiento que signifiquen garantías estrictas en la determinación de la culpabilidad que justifique la aplicación de la pena.

Luego de mostrar la absurda y cruel inutilidad del tormento como medio inquisitivo y de castigo, Beccaria (Cap. XIII, p. 97) señala que “conocidas las pruebas y calculada la certeza del delito, es necesario conceder al reo tiempo y medios oportunos para justificarse”, abogando –fiel a su idea de fondo– porque sean las leyes las que fijen el momento y características de la defensa y los medios probatorios.

Pero lo que en verdad importa destacar de todo lo reseñado, es que dentro de la filosofía iluminista, expuesta por Beccaria a modo de síntesis aplicada a la cuestión punitiva, el individuo se convierte en sujeto de derecho y no en mero objeto de la arbitrariedad del poder; de este cimiento, irán construyéndose racionalmente los muros del Derecho Penal Liberal, a través de

un sistema de garantías donde los derechos del individuo se intentan conciliar con la pretensión punitiva, a su vez basada en la necesidad de arbitrar medios para la defensa del bienestar y el interés general.

C) Carrara

Las ideas filosóficas del pensamiento liberal, fueron expuestas sistemáticamente por Francisco Carrara como base de su completa construcción conceptual del Derecho Penal como disciplina específica. Carrara (1805-1888), es el representante más conspicuo de la denominada Escuela Clásica, precedido por Romagnosi, Bentham, Anselmo von Feuerbach y Carmignani y seguido, entre otros, por Tolomei, Pessina y, con las lógicas actualizaciones, por varios juristas contemporáneos. En este último aspecto, destacados penalistas de nuestro país han señalado la viva actualidad del pensamiento del autor del célebre *Programa*²⁸.

Carrara, al igual que sus ilustres predecesores, se basa en las inmutables reglas del *Derecho Natural*, a cuyas normas otorga validez universal. Precisamente, el carácter científico de la disciplina jurídica, consiste en encontrar los principios incommovibles e invariables en “el código eterno de la Razón”²⁹. De tal base, derivará la definición del delito como el límite estricto que determina lo ilícito, la aceptación de la doctrina del libre albedrío y la imputabilidad moral del hombre como bases de la responsabilidad.

Pero el señero aporte de Carrara en modo alguno se limitó a su prolija construcción del Derecho Penal, sino que entendió que una completa elaboración teórica de la cuestión punitiva tenía que contemplar también lo relativo a lo que denomina el “juicio penal”³⁰. En el parágrafo 810 de la obra cita-

²⁸ NUÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 57. TERAN LOMAS, *Actualidad del pensamiento de Carrara*, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. N. L., Santa Fe, 1951. FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, t. I, p. 136.

²⁹ CARRARA, *Opúsculo de Derecho Criminal* (trad. de Ernesto Gavier y Ricardo Núñez), *Opúsculos*, I, Arayú, Buenos Aires, 1955.

³⁰ CARRARA, *Programa* cit. *Parte General*, vol. II, Cap. III, *Origen filosófico del juicio penal*, p. 275 y ss.

da, resume con estricta elegancia lógica la íntima trabazón entre derecho sustantivo y adjetivo, diciendo:

Si la ley eterna del orden le impone al género humano una sociedad y una autoridad civil que protejan el derecho; si, por las condiciones de la naturaleza humana, esa protección de la autoridad social no puede actuarse sin la amenaza de un castigo que debe infligirse a todo el que viole el derecho, de estas verdades se desprende como legítimo corolario, que de esos mismos principios de donde proviene la legitimidad de la prohibición y de la amenaza, tiene que derivarse también la legitimidad del juicio. Este es necesario para que al verificarse la previsión del delito, se haga real la irrogación del castigo; y es necesario que el juicio sea un acto de razón, así como también es un acto de razón el que prohíbe la violación y amenaza con penas.

Al mismo tiempo, surge de lo expresado la necesidad, como consecuencia, de lo procesal con respecto a lo sustancial y el carácter eminentemente racional de tal procedimiento. Esto lleva a tratar de encontrar, determinándolos con toda claridad, “los principios inalterables a los que el acto de juzgar tiene que someterse”. Tales principios deben ser minuciosamente establecidos y reglados por el legislador, ya que ellos serán el instrumento previo que establezca las formas que conducen al pronunciamiento e implican las garantías de imprescindible cumplimiento en razón de la materia tratada y su importancia decisiva. Porque el juicio está indisolublemente ligado a la pena y ésta a la prohibición y, a su vez, a la autoridad y a los fundamentos mismos de la sociedad civil.

La sociedad civil se concibe, por su destino y constitución, por su origen y finalidad, como un sistema orgánico fundado en la naturaleza del hombre-sociedad que, mediante el derecho, defiende a la vez y armónicamente, al individuo y a la comunidad. En tal sentido, “la misión de la autoridad civil es refrenar la violencia de los individuos; la del derecho penal, refrenar la violencia de los legisladores, y la de los ordenamientos procesales, refrenar la violencia de los jueces” (p. 278). Estas tres formas de violencia son perniciosas para la sociedad y por ello, enemigas del derecho.

De esto se desprende que el origen del ordenamiento punitivo no debe

buscarse, como muchos así lo pensaron, en la defensa social, sino por lo contrario en la defensa del derecho; lo primero, bajo la invocación del peligroso principio *salus publica suprema lex*, puede dar lugar (y, de hecho, la historia nos demuestra que así ha sido) a incontrolables abusos; en cambio, la defensa del derecho, descarta tal posibilidad, ya que implica lo previamente establecido, la serena meritación de criterios objetivos de justicia y una organización equilibrada en función de la razón de cada acto y medida.

El juicio penal debe ser el último instrumento de la tutela del derecho y es evidente que los ordenamientos procesales han de prestar dos servicios, o sea, proteger el derecho de los buenos para que se castigue a los culpables, y proteger el derecho del reo a no ser castigado sin motivo o más allá de la justa medida de su falta (parágr. 816).

En resumen, todo el problema del procedimiento penal gira en torno a la conciliación de la tutela del orden jurídico con la de los derechos del acusado. Y, para Carrara, en el eventual conflicto entre estas dos necesidades, debe predominar la que tutela los derechos del procesado, haciendo actuar el principio *in dubio pro reo*³¹. La razón de esta preferencia de ninguna manera deriva de meras razones humanitarias, sino que surge de la estructura interna del orden jurídico como “tutela jurídica” y que es la única fuente legítima del poder. Por eso, los llamados “derechos de la autoridad” no son, en definitiva, nada distinto al cumplimiento del derecho que, para el Estado, no es otra cosa que el acatamiento diligente de sus deberes; este deber es “ilimitado, indefinido y universal”, y los representantes del poder deben realizarlo tanto respecto a las personas honradas como a las sospechosas y aun a las culpables.

³¹ CARRARA, ob. cit., p. 279, sostiene: “En el conflicto entre estas dos necesidades, ¿cuál de ellas deberá predominar? Indudablemente la que protege los derechos del acusado. Y es palpable el motivo cardinal de esta respuesta, pues si se viola el derecho en perjuicio del acusado, se ocasiona un mal *cierto y positivo* que es la condena del inocente; mientras que, si al preferir la absolución en caso de duda, se viola (respecto a una verdad desconocida) el derecho de la sociedad al castigo del culpable, no se produce sino un mero *peligro*; de modo que la diferencia es entre afrontar un *mal* y afrontar un *peligro*”. Seguidamente Carrara cita a Pastoret, quien consideraba como un axioma apodíctico del Derecho Penal el principio: *satius esse impunitum facinus relinquí, quam innocetem dannare*, o sea: es mejor dejar impune un delito, que condenar a un inocente.

De esta obligación primordial de la autoridad de mantener la tutela jurídica, nacen por igual la acusación y la defensa, aspectos inseparables de un mismo problema. Con respecto a la defensa, –tema que guía el enfoque de la presente reseña– Carrara, luego de señalar la existencia de principios absolutos de índole filosófica que rigen el proceso, indica en el parágrafo 834 que tal actividad es un acto necesario para el juicio. La base del derecho de defensa, se encuentra en la naturaleza misma del individuo y en la necesidad de su protección como tal. Este derecho no es dado por la sociedad, sino que existe “antes que ella” y, en tal sentido, no es un privilegio ni una concesión, sino “un verdadero derecho *original* del hombre y, por consiguiente, inalienable” (p. 458).

Es evidente que toda esa elaboración doctrinaria aparece como una verdadera culminación, donde las ideas generales de los grandes pensadores del Liberalismo Racionalista se han concretado a través de una minuciosa particularización técnica-jurídica. Estas líneas tendidas por Carrara, fueron desarrolladas posteriormente por los procesalistas más destacados los que, en lo fundamental, entendieron al juicio criminal y al derecho de defensa con las mismas bases teóricas aportadas por la construcción carrariana.

D) La reacción positivista

Es sabido que los fundamentos iusnaturalistas precedentemente analizados, fueron objeto de duras objeciones a partir del siglo XIX. Primero la Escuela Histórica del Derecho, impregnada de contenidos románticos, antirracionalista y ligada a la visión del mundo conservadora de la Restauración y luego el Positivismo inspirado en las posiciones de Augusto Comte, se caracterizaron por dirigir vigorosos argumentos en contra de la concepción clásica del Derecho Natural.

También otras circunstancias contribuyeron diversamente a una visión crítica de los postulados iusnaturalistas. Por un lado, el materialismo histórico intentó demostrar que lo jurídico no era sino un fenómeno ideológico derivado de las condiciones reales de las distintas sociedades y, por el otro, el auge de los estudios sociológicos llevó a prestar excluyente atención a los hechos sociales en detrimento de las ideas que los revestían.

Además de todo esto, el enorme desarrollo adquirido por la Ciencia del Derecho hizo que los estudiosos de lo jurídico dejaran de lado las preocupaciones por un presunto derecho ideal, para centrar sus análisis en las manifestaciones jurídicas realmente vigentes y para intentar una reconstrucción conceptual y sistemática del derecho, con independencia de toda otra consideración. La sanción de los grandes códigos, el auge legislativo y el desenvolvimiento de un serio movimiento doctrinario interpretativo sobre las normas y principios de las distintas ramas del derecho, disminuyeron también la importancia atribuida a las construcciones especulativas de la filosofía jurídica, cuya última gran manifestación fueron las lecciones que sobre el derecho y el Estado dictara Hegel en la universidad de Berlín³².

En lo que refiere a nuestro tema y por su especial incidencia, es menester detenerse en el movimiento positivista, fuertemente influido por lo que Jiménez de Asúa denomina su actitud de “defensa social biológica”. Fundado por César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, batalló incansablemente contra la Escuela Clásica del Derecho Penal. Su visión del mundo derivaba de postulados opuestos al iusnaturalismo y su metodología se centraba sobre la observación empírica; profundamente antimetafísico y contrario a todo espiritualismo, se encontraba influido por las corrientes predominantes en los estudios biológicos y sociales. Lo jurídico es entendido como un hecho natural, debiendo ser estudiado como una manifestación antropológica, física y social. Consecuentemente, no importa tanto el delito como el delincuente, siendo entendido éste como una suerte de anormal, como un defectuoso psicológico, que incurre a través de su comportamiento en una lesión peligrosa para la sociedad, la que, a su vez, debe defenderse con medios idóneos.

El impacto del positivismo en el campo del Derecho Penal tuvo su centro en la idea del delito como un fenómeno natural. Paralelamente, se elaboró el criterio rector de la “defensa social” contra el auge del delito, considerándose que las excesivas garantías individualistas de que había sido rodeado el delin-

³² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política* (trad. de Juan Luis Vermal), Sudamericana, Buenos Aires, 1975, ps. 123 a 135.

cuenta por las direcciones clásicas, conspiraban contra la efectividad de la protección comunitaria. Al mismo tiempo, se entendió que el hecho delictivo era producto de una personalidad determinada, rechazándose en consecuencia el presupuesto del libre albedrío, sustituyéndose esta noción por la de un determinismo causal y encontrando el fundamento de la responsabilidad en el hecho de vivir en sociedad. De allí, se deriva el concepto de “peligrosidad” o “temibilidad”, que Garófalo define como “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente”³³. De ahí que la noción de “pena” sea dejada de lado y en su lugar se conciben las llamadas “medidas de seguridad”, que tienden a la re-socialización del delincuente y a su eventual readaptación.

No cuesta comprender hasta qué punto estas concepciones repercuten fundamentalmente sobre las bases del derecho de defensa. Así como la línea de pensamiento culminada con Carrara enfatizaba sobre la protección individual, el positivismo coloca todo el peso en la sociedad, representada por el aparato sancionador. El delincuente es un enfermo que, real y potencialmente, ocasiona perjuicios a la comunidad de “los sanos”, que debe en consecuencia arbitrar medidas “curativas” en interés de todos. No importa entonces rodear su figura jurídica de garantías, sino de encontrar los medios idóneos de la defensa social y la reeducación³⁴. En lugar del clásico *in dubio pro reo*, funciona el *in dubio pro societate*.

En consecuencia, si bien puede reconocerse al positivismo el mérito de haber prestado atención a la figura concreta del delincuente y de atender a una explicación causal del delito como fenómeno social, desde un estricto punto de vista jurídico es menester considerar el desarrollo de la corriente positivista como un notorio retroceso. En lo que hace al tema en consideración, esta corriente dio fundamentos nuevos a la pretensión punitiva en desmedro del individuo y no es casual que muchos de sus postulados hayan servido de base a corrientes de neto corte autoritario.

³³ Citado por FONTAN BALESTRA, ob. cit., t. I, p. 140.

³⁴ El último, más extremo y dramático ejemplo de esta actitud, es la conocida posición soviética de considerar a los disidentes como enfermos mentales que deben internarse en clínicas psiquiátricas.

En el campo del desarrollo de las ideas, toda la segunda mitad del siglo XIX estuvo señalada por lo que Recaséns Siches denomina con acierto “el furor antifilosófico del positivismo”, caracterizado por su absoluto rechazo a todo lo que fuese una manifestación de especulaciones no empíricas³⁵. Por cierto que esta característica marcó el desenvolvimiento de los estudios jurídicos, al extremo de que muchas direcciones de nuestros días que no responden en sentido estricto a los fundamentos de la Escuela Positiva, se engloban dentro de la tendencia general y predominante de “positivismo jurídico”³⁶. Estas líneas coinciden en entender que toda teoría jurídica sólo puede serlo del derecho vigente y que carece de rigor científico todo interrogante o planteo que exceda ese marco.

E) El renacimiento iusfilosófico

Sin embargo, es sabido que en el siglo XX se dio un notorio renacimiento de los estudios filosóficos, encontrándose los mismos bajo la decidida influencia de Edmundo Husserl (1859-1938), quien representa la más vigorosa fuente de renovación filosófica frente al positivismo y al naturalismo. Básicamente y de una manera muy somera, puede decirse que su aporte se dio en “un conocimiento del conocimiento”, tendiente a poner en claro el aspecto fundamental de la conciencia como intencionalidad. Husserl fue el iniciador de la dirección conocida como “fenomenología”, la que en sus distintas variantes repercutió en el terreno de la ontología (Heidegger, Sartre), la psicología (Merleau-Ponty) y, en general, sobre las distintas ciencias humanas de nuestro tiempo.

En el campo de la Filosofía del Derecho, Adolfo Reinach, discípulo de Husserl, publicó en 1913 una obra que aparece como directa aplicación de la

³⁵ RECASENS SICHES, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento filosófico*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, (hay edición actualizada).

³⁶ En este sentido se habla de “positivismo jurídico” como la ciencia o disciplina que analiza el derecho real en oposición al ideal, el derecho que efectivamente es, en lugar del que debería ser. Sobre esto, ver Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico* (trad. de Ernesto Valdés), Eudeba, Buenos Aires, 1965.

fenomenología a lo jurídico³⁷. Entre otros autores, debe citarse a Guillermo Scharpp (*La nueva ciencia del Derecho*), Félix Kaufmann (*Lógica y ciencia del Derecho*), Fritz Schreier (*Concepto y formas fundamentales del Derecho*) y, más relacionados a nuestro ámbito, Recaséns Siches y Carlos Cossio.

Estos autores se han caracterizado por poner de relieve el hecho de la necesidad de un ahondamiento en el fenómeno estudiado para lograr arribar a sus notas verdaderamente esenciales; así, han logrado valiosas descripciones parciales de algunos fenómenos jurídicos, a los que estudian y comprenden en la determinación de sus caracteres universales y necesarios. Sin embargo, lo que aquí interesa referir es el esfuerzo de los que podríamos denominar “análisis de fondo”, aquellos que tienden a determinar la estructura fenomenológica de la existencia humana y del derecho como una de sus especiales proyecciones. Así, teniendo en cuenta el dato histórico de que no hay sociedad sin alguna forma de orden jurídico, se trata de comprender la estructuración de ese elemento antropológico-social, al que no basta simplemente con describir en sus mecanismos de funcionamiento y sus leyes de juego, sino que es menester asumir como interrogante abierto, lo que, precisamente, el derecho positivo admite acriticamente, como presupuestos no declarados³⁸.

Por cierto que no es esta la ocasión de terciar en la todavía abierta polémica

³⁷ SMITH, Juan Carlos, voz *Fenomenología*, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XII, p. 110. También resulta de especial importancia como ilustración de la metodología y teoría fenomenológica en lo jurídico lo que sostiene Carlos Cossio en *Prefacio* a la 2ª edición de *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

³⁸ Por mucho que haya avanzado la teoría jurídica en la reconstrucción y sistematización conceptual del derecho vigente, siempre quedan en pie preguntas a las que esa misma investigación –en sus propios límites– no puede dar respuesta. Luypen, citando a Kranenburg, enumera “los problemas relativos a los fundamentos del derecho penal, el carácter obligatorio de los contratos, la obligación consiguiente a las demandas de indemnización, al fundamento jurídico en que se basa la propiedad privada de los modernos medios de producción y al poder coactivo del propio derecho”. Asimismo, concluye Luypen entendiendo que “la lucha entre el positivismo y el derecho natural se presenta como dilema existencial para todos aquellos a quienes preocupa la humanidad. Sin derecho positivo no hay humanidad posible, pero el propio derecho positivo puede encarnar lo inhumano. Por lo tanto, el derecho positivo debe tener un fundamento que lo sustente y estar sujeto a una norma crítica. El mérito de los defensores del derecho natural reside en haber visto esta necesidad”; LUYPEN, W., *Fenomenología del Derecho Natural* (trad. de Pedro Martín y de la Cámara), Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1968.

ca entre “positivismo” y “Derecho Natural”, ni en el sentido actual que puede y debe tener una filosofía del derecho. Pero es evidente que el tratamiento que nos ocupa no puede dejar olvidado en esta pregunta sobre los fundamentos filosóficos del derecho de defensa, la relación y profundización en un saber que tiene que ir, necesariamente, más allá del terreno de la positividad y desembocar en la nada fácil cuestión del hombre como fin en sí mismo y de las bases de una dignidad que la norma no puede (aunque de hecho, en muchas ocasiones así ha sido) desconocer ni contrariar.

Todo orden jurídico, lo declare o no, persigue una determinada concepción de justicia y ésta, a su vez, implica una idea del hombre, sus relaciones y limitaciones. A su vez, es evidente que no siempre ese orden jurídico se ajusta a las exigencias y valoraciones predominantes –o, al menos, considerables– de la comunidad sobre la cual rige. El paso (ya sea en la radicalidad de una revolución o en la progresión de una evolución) de un tipo de instituciones a otras, implica un proceso de adecuación de lo jurídico a la realidad material-espiritual que, por diversas circunstancias, adquiere peso suficiente para convertirse en normatividad vigente.

F) La fenomenología existencial

Pero más allá de la suerte y fortuna de los distintos sistemas jurídicos (y de la visión del mundo sobre la que se sustentan), la historia del pensamiento ha buscado incansablemente el fundamento, superior y trascendente, de los denominados derechos humanos. En esta empresa, el filósofo holandés W. Luypen ha aplicado el método y teoría de la fenomenología existencial, en un intento de reformulación de un derecho natural de contenido variable, entendido como guía e inspiración de principios rectores que deriva del hecho y características de la existencia humana. El autor toma en cuenta los datos de la sociología y la historia, comprendiendo las relaciones de lo jurídico con las condiciones reales, y, por ende, la mutabilidad de uno en razón del otro. En tal aspecto, considera superadas aquellas ideas iusnaturalistas que, ya fuera basándose en la idea de un orden universal, en los mandatos de la divinidad o en las determinaciones de la razón, establecían una serie de principios y nor-

mas absolutas, generales e inmodificables. De ahí que el norte de su búsqueda se oriente hacia consideraciones antropológicas, entendiendo que “el empleo de términos tales como derechos naturales y orden jurídico hace referencia al hombre como sujeto y a la intersubjetividad. Por lo tanto, toda filosofía del derecho es siempre una fase de una antropología filosófica”. En consecuencia, Luypen recurre a los aportes de Merleau-Ponty, describiendo el ser del hombre como una conciencia a través de la cual existe para sí, pero una conciencia “corporizada”, existiendo en-el-mundo (como lo deja en claro Heidegger) y en-los-otros, en una situación y en una historia.

Ahora bien: dentro de ese contexto investigativo aparece el elemento de la justicia como “forma antropológica de coexistencia”; la justicia implica un modo de coexistir, un modo de ser junto con otros en el mundo. A su vez, la palabra “derecho”, nada significa fuera del ser del hombre junto-con-sus-semejantes. Toda existencia es coexistencia. El sentido de esto es “...que otros *hacen* que yo sea, de manera tal que mi ser es un ser-a-través-de-otros”. La existencia implica un “ser-nosotros” y la justicia (que anida en lo más profundo de la comprensión del mundo del existente), ontológicamente ligada a la posibilidad misma del “ser-nosotros”, es, en definitiva “una lucha contra la inhumanidad”. Aquí está también el origen de los que, manteniendo la terminología tradicional, denominamos “derechos naturales”.

La existencia *mínima* del amor –la existencia humana como coexistencia– se puede formular por lo tanto como derecho fundamental del otro. El derecho del otro es el mínimo de mi “sí” a su subjetividad, un “sí” que exige mi existencia como “tener que ser para el otro”, como “deber” al nivel de la coexistencia. Y este “llamado imperativo” no es algo que venga de afuera, sino que soy yo mismo. De esta manera, el derecho del otro es un “derecho natural” o, mejor aún, un “derecho esencial”, ya que está dentro de la “naturaleza”, de la “esencia” de la “coexistencia” (ob. cit., p. 190).

Lo transcripto tiene la más clara aplicación al tema que nos ocupa. Porque así entendido, el derecho de defensa aparece como necesaria consecuencia de lo dicho, ya que de la misma realidad ontológica del hombre se deriva el res-

peto a los otros hombres. Y el derecho, entendido como intento de realización de la justicia, debe concretar –en la facticidad histórica– la normatividad de una convivencia digna, “humana”. Por cierto que esto no lleva, como ingenuamente lo hiciera mas de un iusnaturalista, a elaborar un catálogo de presuntos derechos naturales, sino que, habida cuenta de la historicidad de lo jurídico, a hallar ciertas reglas fundamentales. Para Luypen, “el derecho natural jamás está terminado, sino que forma parte de una historia sin fin”, como integrado a una evolución ético-espiritual hacia la inacabada plenitud humana. De ahí que “en el orden jurídico que rige a una sociedad determinada se puede leer hasta dónde ha llegado esa sociedad en la domesticación del lobo”. Y podríamos agregar: en el control y humanización del Leviatán. Porque, evidentemente, el problema que aquí se plantea puede ser entendido en términos hobbianos, como el de las relaciones entre el Leviatán y el lobo, pero desde la óptica y bajo el control de hombre. Y si bien el delincuente ha sido “lobo para el hombre”, la misma razón de justicia, justificativa del derecho, que lleva a la existencia del orden jurídico y del *ius puniendi*, hace que ese Leviatán no se convierta, con su poder, en la negación misma de lo que busca defender. De ahí surge aquello que Carrara, con admirable claridad, llamaba la racionalidad del proceso, y más aún, la racionalidad de todo orden jurídico que merezca el nombre de tal y que excluya la arbitrariedad, la prepotencia de la fuerza y la destrucción de lo humano.

Recaséns Siches³⁹ también parte en su indagación fenomenológica del concepto de persona como expresión de la esencia del individuo humano y de la jerarquía teleológica de ello derivada. Estas ideas, cuyas raíces se remontan a la tradición judeo-cristiana, fueron expuestas por Kant e indagadas dentro de la filosofía de los valores, por Scheler y Hartmann. También, aunque con un enfoque predominantemente formal, es menester citar el aporte de Stammler con su investigación de los principios o máximas derivados de la idea de dignidad y, especialmente, el vigoroso retorno de Radbruch, después de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, a la búsqueda de principios superiores a lo meramente positivo. Aprovechando todas estas convergentes

³⁹ RECASENS SICHES, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1959.

líneas de pensamiento, el filósofo español analiza los derechos del hombre, entendiendo por tales criterios estimativos o juicios de valor planteados como exigencias mínimas a todo orden jurídico, como pautas que el derecho –sin negarse como tal– no puede dejar de reconocer e instrumentar. Y tales principios superiores, consisten en la dignidad y valor de la persona humana y en la serie de derechos fundamentales de ellos derivados. El hombre posee tales derechos en virtud de su misma condición humana y su determinación no es un problema de legislación positiva, sino que surge de un análisis axiológico basado en los datos y meditaciones antropológicas.

En relación al tema que nos ocupa, Recaséns Siches trata, entre los derechos esenciales, el de la libertad individual como corolario de la dignidad. En tal aspecto, subraya las determinaciones negativas de la libertad jurídica, a las que considera como “una serie de barreras o defensas contra las trabas o los impedimentos, y contra las injerencias injustas de otros individuos o de los poderes públicos”. En este último campo, destaca “la defensa del individuo por el Derecho frente al Estado” y, consecuentemente, el valor seguridad. Esto significa: “seguridad en sus derechos a la dignidad, a la vida y a la libertad; seguridad en su propia vida, en la integridad física, en la integridad moral y en todas las manifestaciones de la libertad jurídica individual”. Aplicación concreta de tal derecho, son las garantías que implican que el individuo no puede ser sometido a detenciones arbitrarias ni a penas degradantes, a no ser vejado, torturado ni tratado inhumanamente y, especialmente, derecho “a ser oído 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 en materia penal; derecho a ser tenido por inocente mientras no se pruebe la culpabilidad, de acuerdo con la ley y en juicio público, en el que se le haya provisto todas las garantías necesarias para la defensa”.

G) El valor esencial de la persona como fundamento del derecho de defensa y sus garantías

Es evidente a la luz de lo expuesto que, desde los filósofos iluministas hasta nuestros días, existe una ininterrumpida línea de pensamiento de notoria

coincidencia en establecer estrecha relación entre el valor esencial de la persona y su derecho a la defensa, ante la imputación y la pretensión punitiva de los poderes públicos. Si bien puede variar la metodología filosófica en el tratamiento analítico del tema⁴⁰, y si es dable observar diferentes caminos en el desarrollo especulativo, la meta a que se arriba es la misma: *la necesidad de establecer garantías reales y operantes frente al poder radica, en última instancia, en que el hombre es un fin en sí mismo, un sujeto fundamental del derecho y que, antes de someterlo a castigo –por justo que éste sea– deben agotarse todas las instancias para la exacta determinación de la imputación, otorgándosele posibilidades de descargo, oportunidad de ser oído y medios para oponerse idóneamente a la acusación.* Y sólo cumplidos estos requisitos, el pronunciamiento podrá ser considerado conforme al derecho y a la justicia. Esto lleva también a destacar la necesaria racionalidad de los medios que conjuguen ese proceso hacia la determinación de una verdad sobre la que se funde, objetivamente, el pronunciamiento definitivo.

Esta idea de racionalidad, que también es base de las concepciones modernas sobre el Estado democrático, ha influido poderosamente en la teoría del proceso, concebido como un orden de etapas y oportunidades armónicamente distribuidas donde intereses contrapuestos –pero no divergentes– se van enfrentando y enlazando en un juego dialéctico que llega a un intento de síntesis final. Así, *el valor justicia se integra con el valor seguridad* y ambos se conciben como una estructuración racional que, al mismo tiempo, respeta también –especialmente *en el contradictorio– el principio de igualdad.* De esta manera, en el derecho de defensa se conjugan, a la manera de un plexo, múltiples valores jurídicos fundamentales.

⁴⁰ Es prácticamente imposible en un trabajo no dedicado en forma exclusiva a problemas filosóficos atender a las diferentes líneas del pensamiento contemporáneo sobre estos temas. Incluso lo que se ha mencionado, es tan sólo una parte asaz reducida de un vasto y complejo territorio. Sin embargo, no podemos dejar de citar a la dirección Trialista, cuyas aplicaciones procesal penales ha desarrollado el profesor de La Plata, doctor Pedro Bartolino; y a los muy serios trabajos analíticos del profesor Carlos Santiago Niño, en especial: *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984. Así mismo, podríamos indicar que las elaboraciones que apelan a un presunto Derecho Natural, del signo que fuere, han perdido vigencia, centrándose los actuales debates en torno a la problemática del derecho positivo, de la explicitación de sus fundamentos políticos.

Por último, debe al menos apuntarse otra idea que hace directamente a la cuestión considerada: la del convencimiento de que *nadie tiene el absoluto patrimonio de la verdad* y que los hechos deben presentarse de la manera más objetiva posible, a fin de poder ser controvertidos, probados y analizados, para finalmente, valorarlos conforme a las normas y recién entonces decidir sobre los mismos. Esto significa que cualquiera sea el grado y la intensidad de las presunciones en contra de un imputado, no basta ese convencimiento para la condena, sino que es preciso ofrecer en todos los casos la debida oportunidad de descargo, el momento de escuchar otra versión que complete las caras de la moneda. Y esto, de acuerdo con reglas de debate previamente establecidas que de alguna manera distancien los sentimientos y alejen las emociones y establezcan criterios de verosimilitud que, en definitiva, contribuyan a la seguridad, ya que la verdad última de una conducta escapa al saber humano. La experiencia histórica enseña, dramáticamente, que no hay verdadera justicia que no pase por el derecho.

3. FUNDAMENTOS POLITICOS

En ninguna otra zona del derecho como la penal se advierte con tanta claridad, a veces dramática, la profunda interrelación entre las formas políticas y las jurídicas. Esto se ve tanto respecto del concepto de delito, como en lo referente a los catálogos delictivos y, de una manera especial, al proceso realizativo y, dentro de éste, al papel desempeñado por el imputado y de las garantías y derechos que le asisten.

La historia ha enseñado harto elocuentemente que se da una relación inversamente proporcional entre concentración autoritaria del poder y organización garantizadora del imputado. En los regímenes autoritarios, tanto en los existentes con anterioridad a las revoluciones del siglo XIX como en los surgidos en nuestra época, los derechos de la persona sometida a proceso penal y, particularmente, sus oportunidades de descargo, se esfuman de hecho. El justiciable es presentado como un mero objeto de investigación, actuando en su contra un cúmulo de presunciones que diluyen por completo el principio de

inocencia y lo colocan desde el primer momento en la situación de un enemigo atrapado al que debe destruirse.

Por otra parte, es característica evidente de los regímenes autoritarios generar un orden social penitenciario, recurriéndose al sistema penal para avanzar hacia los más variados órdenes de conductas incriminadas. Los límites de lo prohibido avanzan sobre todos los aspectos de la vida de relación, con predominio de aquellos que, en una u otra forma, aparezcan como conductas contrarias a la estructura de poder imperante.

La idea de un Derecho Penal mínimo, realizado a través de un proceso garantizador, es inherente y consustancial del moderno Estado de Derecho, organizado a través de las normas fundamentales de las constituciones y estructurado mediante controles operativos del poder. De ahí que todo lo relativo al derecho de defensa, postulado a través de la evolución de las ideas, carezca de verdadera implementación fuera de los movimientos y conquistas políticas que condujeron a la actual configuración constitucional.

Las ideas desarrolladas en el punto precedente han servido de base y son sostenidas por el Estado democrático. Ya se indicó hasta qué punto fue la formulación ideológica de los movimientos que combatieron contra las formas absolutistas de gobierno y encontraron formulación normativa en las concepciones y organizaciones del poder que predominaron en el mundo a partir de la independencia de las antiguas colonias inglesas en Norteamérica y de la Revolución Francesa. En nuestra época, tales ideas adquirieron nuevo vigor en las formulaciones de los Estados que triunfaron sobre las potencias del Eje y constituyen el programa vivo de todos los movimientos políticos de inspiración democrática.

Al respecto, cabe señalar que es un dato innegable histórico-sociológico que no existe derecho sin un aparato de poder que lo respalde y que, en última instancia, las concepciones filosófico-jurídicas carecen de eficacia y operatividad sin un orden coactivo que en la realidad de los hechos los sustente. Derecho y poder son dos términos profundamente interrelacionados y no puede plantearse seriamente una teoría realista de lo jurídico que no tome en cuenta el hecho y las apetencias de la fuerza en el control social y las luchas que en su torno se han producido entre grupos, clases y naciones.

Señalar esta realidad significa que las ideas filosóficas en general y las jurídico-penales en particular, han sido con frecuencia propuestas políticas concretas y que su mayor o menor fortuna en alcanzar aplicación y verdadera vigencia ha estado ligada a la suerte en la obtención del gobierno de los sectores que las sustentaban. Como ha observado acertadamente Guarneri⁴¹: “Cuando más se fundamente el Estado en el principio de autoridad, se inclinará más hacia la forma inquisitiva; por el contrario, cuanto más indulgencia conceda a las exigencias individualistas y liberales, será más favorable a la forma acusatoria”. Es decir: para toda organización gubernativa absolutista, el individuo –y por ende sus derechos– deberán ceder siempre ante los intereses y los criterios del poder, que no reparará en medios para la obtención de sus propósitos; y a la inversa, un Estado que se sustente sobre el respeto de las personas y el juego de las libertades, brindará al individuo mayores garantías. Como decía Carrara, si se enfatiza sobre la defensa social, poco terreno habrá para la defensa del imputado.

El historiador Harold Laski ha puesto de relieve con plena claridad el proceso de surgimiento, desde condiciones sociales específicas, del pensamiento liberal-individualista de la modernidad y los enfrentamientos políticos a que respondía esa filosofía. Las ideas iusnaturalistas como propuestas de un nuevo ordenamiento frente al absolutismo monárquico, implicaban básicamente un intento de reordenamiento normativo de una realidad social que exigía profundos cambios y que quería regularse sobre la base de las ideas directrices de la libertad individual y la seguridad jurídica.

A) La Carta Magna

El primer mojón de indiscutible importancia en esta larga marcha, lo constituye, como es sabido, la Carta Magna inglesa de 1215, base del Derecho Constitucional, y por la cual, en plena Edad Media, los señores feudales

⁴¹ GUARNERI, José, *Las partes en el proceso penal* (trad. de Constancio Bernaldo de Quirós), José M. Cajica, Puebla, 1952. En consonancia con lo dicho, este autor destaca: “...el alto interés de un estudio que compendia en las siguientes indagaciones: ver de qué modo están garantizados los supremos bienes del hombre y del ciudadano, tales como la vida, la libertad, el honor y el patrimonio, puestos en peligro por el proceso”.

arrancaron al rey Juan el reconocimiento de derechos fundamentales. Para nuestro estudio, resulta especialmente notable la cláusula 39 que, en la traducción tomada de la obra de Bodenheimer, textualmente dice:

...ningún hombre libre sea detenido o apresado o confiscados sus bienes o desterrado o destruido en cualquier forma, ni pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra.

Aquí el viejo principio romano *audiatur altera pars*, expresado por Séneca, y el adagio tradicional de que nadie puede ser condenado sin ser oído, aparece expresamente reconocido. Con la magna carta, nos encontramos con el triunfo de un movimiento que, entre sus distintas reivindicaciones, consagra el principio de defensa como oportunidad inherente al imputado y en relación a lo señalado, este fundamental antecedente aparece valioso también por su sentido de coto a la arbitrariedad y a la discrecionalidad, por un intento de control del poder y por las ideas que implican sobre los requisitos del juez competente, la ley preexistente y el debido proceso.

Eduardo Couture⁴² ha visto con acierto que la significación de la insurrección de los barones contra Juan sin Tierra “desbordó el espíritu de su tiempo, para transformarse en la conquista de las libertades políticas para todo tiempo futuro”. De ahí la trascendencia de este instrumento legal que sirvió de antecedente e inspiración para los movimientos libertarios posteriores.

B) La independencia norteamericana

Para ceñirnos a los acontecimientos de mayor trascendencia, es menester ahora consignar el movimiento que llevará a la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica. El 4 de julio de 1776, el Congreso vota la declaración, redactada por Jefferson e influida por la filosofía iluminista, en la que se dice:

Nosotros consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas las verdades siguientes: que todos los hombres han sido creados

⁴² COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I: *La Constitución y el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1948.

iguales, que todos han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables, que, entre esos derechos, debe colocarse en primer lugar la vida, la libertad y la felicidad; que, para asegurar el goce de esos derechos, los hombres han establecido entre sí gobiernos, cuya justa autoridad emana del sentimiento de los gobernados, y que cada vez que cualquier forma de gobierno se convierte en destructora de esos fines por los cuales ha sido establecida, el pueblo tiene derecho a cambiarla, a abolirla y a instituir un nuevo gobierno.

Dentro de ese mismo espíritu, la Declaración de Derechos de Virginia, en su Sección VIII, agrega:

En toda acusación criminal el hombre tiene derecho a conocer la causa y la naturaleza de la acusación; a ser careado con los acusadores y testigos; a producir prueba a su favor y a ser juzgado rápidamente por un tribunal imparcial de doce vecinos, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable.

A su vez, las constituciones de Maryland, Pennsylvania y Massachusetts normaron expresamente la idea de que nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal. Más tarde, la enmienda V a la Constitución Federal reconoció esa garantía del proceso legal, refrendada por la Enmienda XIV: “Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso, legal, ni denegará dentro de su jurisdicción, a persona alguna, la igual protección de las leyes”. La Suprema Corte de los Estados Unidos, precisando el concepto de *due proces of law* según surge de las referidas enmiendas, trató del mismo en relación al más antiguo principio del *Law of the land*, cuyo origen se remonta a la Carta Magna; en “*Tumey c./State of Ohio*” expresó: “...la Corte debe referirse a los usos establecidos, a los modos de procedimiento consagrados antes de la emigración de nuestros antepasados que, no siendo inadaptables a su condición civil y política, han continuado aplicándose por ellos después de su establecimiento en este país”. Es decir que, tanto en este caso como en otros posteriores, hay una deliberada apelación al *common law* y a los antecedentes históricos-políticos que marcaron la lucha y evolución hacia las libertades y

garantías fundamentales y hacia la obtención, en la vida social, de un razonable grado de seguridad jurídica.

La Declaración de la Independencia Norteamericana produjo en Europa amplia repercusión. Es que gran parte de las ideas que los pensadores políticos ingleses y franceses habían difundido, eran de pronto llevadas a la práctica por un movimiento triunfante. Ya no se trataba de meras especulaciones, proyectos utópicos o aspiraciones para un futuro más o menos remoto, sino de una realidad vigente que mostraba la viabilidad de un nuevo orden. Los espíritus progresistas de la época sentían, como escribía La Fayette, que “la felicidad de América está íntimamente ligada a la felicidad de la humanidad”⁴³.

C) La Revolución Francesa

Las concepciones elaboradas durante los años anteriores por Voltaire, Diderot, Montesquieu, D’Alembert y, especialmente, Juan Jacobo Rousseau, sirvieron a los representantes del Tercer Estado para la interpretación de la realidad social y para la justificación de los cambios que culminarían con la Revolución. Siglos enteros de absolutismo, sólo morigerados en algunos casos por leves reformas, habían caído en pocos días. La declaración de los Derechos del Hombre, del 26 de agosto de 1789, aparece como la culminación ideológica de los sucesos que se habían desencadenado a partir de la apertura de la convención de los Estados Generales, el Juramento del Juego de la Pelota y la toma de la Bastilla.

Ese hermoso texto, redactado por un grupo de juristas, consagró los principios rectores del individualismo liberal: los hombres nacen libres y en igualdad de derechos; la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, son derechos naturales; la ley es la expresión de la voluntad general y todos los ciudadanos son iguales ante la ley; también son derechos inalienables la libertad de opinión, de reunión y de circulación. Y en lo que atañe es-

⁴³ Para el estudio del surgimiento y desarrollo del movimiento revolucionario norteamericano, continúa manteniendo plena vigencia la fundamental obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América* (trad. de J. P. Mayer), Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

pecíficamente a nuestro tema, se consagró el principio de que nadie puede ser acusado, arrestado o detenido sino en los casos expresamente determinados por la ley y con las garantías debidas.

D) Influencia política de la Revolución Francesa

Jiménez de Asúa⁴⁴ señala que a partir de la Revolución Francesa comienza verdaderamente el movimiento codificador que, tanto en materia sustantiva como adjetiva penal, consagra algunos de los principios de garantías a los derechos del individuo. Los códigos sancionados significan, indudablemente, un avance contra la arbitrariedad y a favor de la seguridad. Básicamente, se terminó con el proceso puramente inquisitivo, dándose lugar al procedimiento mixto que impregna el último de los códigos citados. La primera parte del procedimiento, con resabios de la Ordenanza de 1670, es escrita, secreta y no contradictoria; pero la segunda fase –inspirada en la legislación revolucionaria– se caracteriza por las notas de oralidad, publicidad y contradictoriedad, dándose amplias oportunidades a la defensa.

Ese conglomerado de hechos e ideas, de declaraciones y movimientos victoriosos, de nuevas leyes e inéditas formas de regular la convivencia entre los hombres, fueron conformando –con contradicciones, con aciertos y yerros, con avances y retrocesos– el moderno Estado democrático. Pero lo cierto es que aquellos fundamentos filosóficos planteados por el Iluminismo y todavía en desarrollo, encontraron una nueva base política, apareciendo en ese contexto el derecho de defensa y la idea del debido proceso como uno de los pilares de las nuevas concepciones.

Y es indudable que éstas influyeron decisivamente en el proyecto de país buscado en la Argentina por los hombres de mayo de 1810 y en los posteriores intentos legislativos que llevaron, finalmente, a la Constitución de 1853, en la que resuenan los ecos de la Constitución norteamericana y la Declaración francesa de 1789.

⁴⁴ JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1956, t. I, p. 309.

E) El Estado democrático⁴⁵

Recuerda acertadamente Recaséns Siches que la preocupación por evitar los abusos de la autoridad en materia punitiva y por encontrar firmes garantías para confinar en límites razonables la discrecionalidad, ha sido uno de los motivos permanentes en la historia de la liberación humana. No extrañe entonces que la doctrina del Estado democrático haya prestado a este tema preponderante atención ya que, como se dijo, la verdad de una sociedad, su verdadero rostro, la realidad de su sentido de respeto a la persona humana se da precisamente, en aquellas ocasiones en que se ha llegado a situaciones que podríamos calificar como límites. Como escribió Merleau-Ponty⁴⁶: “Una sociedad vale lo que valen en ella las relaciones de hombre con el hombre” y, en especial, a la actitud general observada hacia el eventual infractor de su orden normativo.

Lo señalado refiere, por una parte, a refrendar lo ya expuesto aplicado al fundamento político que sustenta el derecho de defensa y, por la otra, a indicar –como inquietud vigente– la necesidad de que ese orden, en su realidad concreta, sea mantenido, observado y defendido por los encargados de aplicarlo. Muchas veces la cuestión no está en conocer las normas, los principios y declaraciones (que, con más frecuencia de la deseable, son meras ficciones jurídicas), sino en saber de su real vigencia. De ahí que el tema del fundamento político no pueda reducirse únicamente a las estructuraciones organizativas del poder, sino que tiene que tomar en cuenta la realidad de ese poder actuante. Claro está que tal tema excede el presente trabajo, pero es menester al menos señalarlo, porque la realidad histórica indica que en momentos en que ese poder se siente por cualquier caso verdaderamente amenazado, deja de lado aquellos principios y garantías que se suponía defendía y trata de aplastar a quien lo niega y combate.

⁴⁵ He tratado específicamente las relaciones entre sistema democrático y orden punitivo en *El Derecho Penal de la democracia*, de Jorge Vázquez Rossi, en *Revista de Estudios Procesales*, N° 37, Rosario, 1987. En el mismo sentido: *Estado democrático y cuestión judicial*, de Roberto Bergalli, Depalma, Buenos Aires, 1984.

⁴⁶ MERLEAU-PONTY, Maurice, *Humanismo y terror* (trad. de León Rozitchner), Siglo XX, Buenos Aires, 1956.

De todas maneras ya ha sido suficientemente expuesta la cuestión de la fundamentación política democrática del derecho de defensa. A los fines de delinear el concepto de democracia en el contexto que aquí interesa, debe advertirse, como lo hace Bidart Campos⁴⁷, que el mismo implica el análisis de la justificación de sus contenidos: “No interesa tanto quién es el titular del mando, quién tiene el poder sino cómo lo ejercita. La democracia está comprometida en la forma de gobernar, y no en la forma de gobierno”. Precisamente, esas formas de gobierno son las que conducen a la necesidad de plantear la cuestión de la protección jurisdiccional de los derechos y, de un modo especial, las garantías que deben rodear el derecho y el proceso penal. En este último, se da con preponderancia el enfrentamiento entre la defensa social, que reacciona antes del delito, y la libertad individual amenazada por la coacción punitiva. Como observa el autor citado, la armonización de esos dos intereses no es fácil, pero lograrla es uno de los objetivos fundamentales del Estado democrático. “El derecho estatal a castigar al reo no se puede ejercer violando las garantías que todo hombre –aun reo– se merece”.

La organización normativa de esas garantías puede considerarse sin ninguna duda como parte de las leyes fundamentales de un Estado y, entre ellas ocupa un puesto central todo lo relativo al derecho de defensa. Este no puede ser concebido como un mero requisito formal, sino como una implementación real de oportunidades de descargo que, básicamente permitan, como dice Bidart Campos, la posibilidad por parte del imputado, “de su efectiva participación útil en el proceso”. De este derecho liminar, junto con los que anteriormente reseñamos, se desprende el del estado de inocencia hasta que una sentencia fundada válidamente lo destruya, el juzgamiento por los magistrados naturales, la correcta y mínima aplicación de medidas cautelares, la previa existencia de leyes que determinen precisamente los delitos y la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En la observancia de todos estos requisitos se encuentran comprometidos no sólo el interés y derechos del individuo, sino toda una forma de organiza-

⁴⁷ BIDART CAMPOS, Germán José, *Doctrina del Estado democrático*, Ejea, Buenos Aires, 1961.

ción política social. Cuando se conculcan –cualesquiera sean los argumentos que se utilizan para intentar justificarlo– estas exigencias, es el Estado democrático mismo el que se resquebraja.

4. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

A) Declaraciones y convenios internacionales

Las cuestiones de las garantías fundamentales o derechos humanos, han registrado un expreso reconocimiento internacional a través de declaraciones y pactos. Si bien los antecedentes de este tipo de expresiones registran intentos anteriores, ha sido después de la Segunda Guerra Mundial que el tema adquirió una especial relevancia. Es que la experiencia de las atrocidades ocurridas durante el conflicto bélico y las graves violaciones a la dignidad del hombre producidas en los regímenes dictatoriales de diverso signo y dispar ubicación, *hicieron notoria la necesidad de implementar disposiciones generales*, de aplicación a todas las naciones y concernientes a cualquier hombre, por el solo hecho de ser tal.

Si bien no puede desconocerse que la efectividad real de este tipo de preceptos está condicionada, en considerable medida, al voluntario acatamiento que los diferentes países hagan de los mismos; y que incluso pueda discutirse si tales regulaciones revisten, en sentido estricto, el carácter de normas jurídicas, las declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos implican la existencia, dentro de la comunidad internacional, de una fuerte y creciente tendencia hacia la realización de sistemas garantizadores.

Por otra parte, este tipo de regulaciones opera como una importante guía para la toma de conciencia de problemas y de búsqueda de soluciones, ofrece parámetros concretos para advertir desviaciones y carencias y posibilita a diversos organismos una apoyatura normativa para denunciar y cuestionar situaciones lesivas hacia los bienes tutelados.

De la misma manera puede advertirse que junto a las declaraciones de organismos ecuménicos, como las Naciones Unidas, se ha ido produciendo un

importante proceso de regionalización, que de alguna forma significa un avance en la búsqueda de alternativas tendientes a lograr que estos convenios signifiquen formas de control más efectivas⁴⁸.

El fondo común de esta ya amplia normatividad está dado por el convencimiento de que todos los hombres, por el hecho de serlo y con independencia de sus características raciales, nacionalidades, creencias y ubicación social, están investidos de derechos fundamentales, los que no pueden ser desconocidos por ningún Estado.

Es de destacar que en la casi totalidad de los textos el tema de lo que puede denominarse como garantías judiciales aparece expresa y precisamente establecido y que, dentro de éstas la defensa, tanto en su manifestación material como técnica, figura con claridad. Es que en el estado actual de la conciencia jurídica del mundo no se concibe un sistema de relaciones de derecho en el que la persona sometida a proceso por una eventual infracción al ordenamiento penal, no esté investida de garantías que, en lo básico, impliquen conocimiento del hecho que se le atribuye, oportunidad cierta de ser oído y contar con asistencia letrada, formas de enjuiciamiento público y racional y alternativas técnicas de actuación procesal.

Un análisis detallado de esta regulación internacional excede los límites de este trabajo, por lo que habré de concretarme a mencionar las de mayor relevancia, indicando fuentes de consulta para quien desee un mayor ahondamiento.

a) *La Carta de las Naciones Unidas*. El enorme retroceso sufrido en el tránsito hacia una sociedad justa y estable significado por el auge de los movimientos totalitarios del siglo XX, conmovió los fundamentos mismos del Estado democrático de raíz liberal. No extraña entonces que, luego de la derrota de las potencias del Eje y de la trágica experiencia derivada del nazismo y fascismo, se haya producido un vigoroso retorno a aquellos principios que marcaron la aurora de los derechos y garantías individuales, enriquecidos ahora

⁴⁸ ESPIELL, Gros, *Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los derechos humanos*, en *Estudios sobre derechos humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

por el reconocimiento de los denominados derechos sociales. La Declaración de San Francisco, al aprobar en 1945 la Carta de las Naciones Unidas, proclama como aspiración mundial un nuevo catálogo de derechos humanos, entendidos como el único programa posible para una convivencia civilizada. Estos derechos fueron expuestos en 1948 en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*.

El artículo 10 de la antedicha Declaración expresa: “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”.

Recaséns Siches⁴⁹ ha destacado la significación filosófica política de este precepto, al que entiende dirigido, en primer lugar, a la obtención de certeza jurídica. En segundo lugar, se establece que esa determinación debe estar a cargo de un tribunal (separación de poderes) y que éste debe ser imparcial e independiente, colocado verdaderamente por encima del litigio y al servicio del derecho. Asimismo, implican singular relevancia las notas derivadas de la publicidad de la administración de justicia. Al mismo tiempo, el autor citado agrega: “En la historia de los movimientos para la conquista y garantía de la libertad jurídica y personal, se ha reconocido primordial importancia a la necesidad de evitar que nadie sea arbitrariamente detenido, preso, confinado o desterrado; y en este sentido, la mayor parte de las constituciones de los Estados civilizados, así como también la ‘Declaración Universal’, formulan los derechos pertinentes en esta materia”.

Por su parte, Eduardo Rabossi destaca que el conjunto de instrumentos jurídicos que conforman la Carta sobre derechos humanos, implican un carácter fundacional de un sistema universal sobre el tema y adquieren una significación “equiparable a la que desempeñan los textos constitucionales en los sistemas jurídicos nacionales”⁵⁰.

Sin embargo, es preciso reconocer que esta Carta aparece como una vigo-

⁴⁹ RECASENS SICHES, ob. cit., p. 570.

⁵⁰ RABOSSO, Eduardo, *La Carta Internacional de Derechos Humanos*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

rosa declaración de principios, pero sin medios operativos concretos destinados a la efectiva protección de los derechos. La fuerza del texto es de índole ética y, sin ninguna duda, aparece como un importante antecedente, como una base sobre la cual edificar los medios legales.

b) *La regulación europea*. En el camino hacia modos que permitan operar las garantías declaradas, la comunidad europea ha dado pasos significativos. Si bien esa regulación no es de aplicación en nuestro medio jurídico, se la menciona por su importancia como modelo, como también ocurre con las constituciones de los principales países europeos.

Sobre la base del antecedente de la Carta de las Naciones Unidas, se suscribe en Londres, en 1949, la creación del Consejo de Europa, que posteriormente (1950) promulga el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuya finalidad básica la constituye “la promoción de la democracia pluralista, la protección de los derechos humanos y la defensa del Estado de Derecho”, lo que evidencia nuevamente lo ya sostenido respecto de la inseparable relación entre garantías judiciales y un régimen democrático.

A diferencia de la Carta, el Convenio prevé facultades de supervisión supranacional, las que se implementan a través de organismos de control que pueden actuar dentro de los países signatarios. Indica Maskin que: “La vigencia del Convenio Europeo y, en general, la del Pacto del Consejo de Europa introdujo una novedad de enorme importancia. Los órganos del sistema tuvieron, a partir de la vigencia de éste, la facultad de revisar la decisión de última instancia de los órganos locales”⁵¹, lo que permite verificar el cumplimiento real de lo garantizado, a través de trámites de reclamaciones.

El convenio establece el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, los derechos a la libertad y a la seguridad, el control judicial y la facultad de recursos, etcétera. En el artículo 6º se trata específicamente de las garantías judiciales, normando, en el inciso 2º, la presunción de inocencia, el derecho a ser

⁵¹ MASKIN, Héctor, *El sistema europeo de derechos humanos*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, p. 11.

informado de la imputación, de disponer de tiempo y facilidades para su defensa, de contar con asistencia técnica y de intervenir en la prueba.

c) *El Pacto de San José de Costa Rica*. Igual que aconteció en Europa, sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas y en tiempo cercano a su promulgación, los países americanos se pronunciaron por la implantación de sistemas garantizadores⁵². En 1948 la Conferencia Interamericana sancionó la Carta de la Organización de Estados Americanos, que adquirió vigencia en 1951. En ella se reconocen expresamente “los derechos fundamentales de la persona humana”, lo que prosigue lo ya proclamado, en 1948, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Conferencia Interamericana. En 1969, en la ciudad de San José de Costa Rica, la Conferencia Especializada Interamericana aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

Resulta por demás sabido que la historia latinoamericana evidencia una realidad que dista de las correctas prescripciones internacionales. Pero también es cierto que en los últimos tiempos y salvo algunas muy notorias excepciones, se advierte una decidida tendencia por revertir tal situación, retornando –como en el caso de Argentina– a la plena vigencia del Estado de Derecho. Precisamente, ha sido el gobierno democrático de nuestro país el que en 1984 convirtió en Ley de la Nación, bajo el N° 23.054 lo dispuesto en la Convención. De la misma forma, este estatuto ha sido objeto de amplios estudios doctrinarios y ha ejercido una benéfica influencia sobre las cuestiones del proceso penal.

En el Preámbulo del Pacto se declara el propósito de los países signatarios de consolidar “dentro del cuadro de las instituciones democráticas un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; agrega que los derechos fundamentales que se tienden a asegurar tienen origen en los atributos de la persona humana, lo que expresamente ha sido declarado en la Carta de la Organización de los Estados

⁵² CARRIO, Genaro, *El sistema americano de derechos humanos*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, textos estos con los que se guarda concordancia y estricta unidad de espíritu.

El artículo 8º trata específicamente de las garantías judiciales, resumiendo en sus normas los principios fundamentales que ya hemos conocido, integrándose con los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad, a la igualdad, etcétera. En el inciso 2º, apartado *d* del citado artículo 8º se expresa que todo inculcado tiene el derecho de “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”, completando el apartado *e* : “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”. De la misma forma (apartado *f*) la defensa está facultada para interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de otros testigos y/o peritos; el imputado no podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a reconocerse culpable (apartado *g*) y podrá hacer uso de los recursos legales ante jueces o tribunales superiores (*h*).

Como órganos destinados a la protección de los derechos consagrados, la Convención prevé el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (arts. 33 a 73).

La importancia de esta Convención está dada, a más de por sus ya señaladas características generales, por el preciso detalle de las disposiciones lo que posibilita, como en el caso argentino, su adopción como ley, sin necesidad de textos reglamentarios. Igualmente, como ha sido observado por la doctrina, por la claridad con que el individuo, sin distinción de nacionalidad, por el hecho de su condición humana, es “el titular de la pretensión a la tutela jurídica por parte de los Estados”, lo que le otorga legitimación para interponer denuncias o quejas sobre violaciones de las normas garantizadoras del pacto (art. 44)⁵³.

⁵³ MINVIELLE, Bernadette, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal*, en *Doctrina Penal*, Nº 41, Buenos Aires, 1988.

B) La Constitución Nacional

Las ideas filosóficas que sustentan las concepciones políticas que se han analizado, se realizan jurídicamente en fundamentos normativos de rango constitucional.

La Constitución de la Nación Argentina, derivada y orientada hacia los principios expuestos, trata de los temas relativos a la administración de justicia y el derecho de defensa en sus artículos 5º, 7º, 8º, 16, 17, 18, 19, 23, 24, 29, 34, 45, 51, 52, 67, 86, 94-103 y 104⁵⁴.

Por su importancia y pertinencia a la cuestión, es conveniente reproducir textualmente el artículo 18, que dice:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado 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. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Las integrantes normas constitucionales, relacionadas con el precitado artículo y en relación a lo jurídico, establecen la obligatoriedad para las provincias de asegurar la administración de justicia; la prohibición de los fueros personales; la atribución del Congreso para dictar el Código Penal,

⁵⁴ ZARINI, *Constitución de la Nación Argentina: concordada con sus reformas y antecedentes*, Astrea, Buenos Aires, 1975. También revisten decisiva importancia para el tema las constituciones provinciales, pero de ellas se tratará más adelante con el debido detalle.

etcétera. El artículo 19 es especialmente importante en cuanto norma que “las acciones privadas de los hombres” están exentas de la autoridad de los magistrados.

Los antecedentes del artículo 18 de la Constitución Nacional se remiten a los primeros años de las luchas por la independencia y prueban, sin lugar a dudas, que las ideas que sustenta se encontraban en un puesto de preeminencia dentro de la visión del mundo de quienes trazaron los primeros caminos del país. El Reglamento de la Junta Conservadora de 1811 estableció el principio de que todo ciudadano arrestado debería ser remitido, en término perentorio, al juez competente. Así mismo, el 23 de noviembre de ese mismo año, se dicta el Decreto de Seguridad Individual que establece el proceso legal como requisito insoslayable de toda pena, la obligatoriedad de hacer saber al reo la causa de su detención y la inviolabilidad del domicilio. Especial pertinencia para el tema considerado, tiene el artículo 50 del “Proyecto de Constitución Federal para las Provincias Unidas de la América del Sur”, de 1813 y que textualmente dice:

En todos los procesos criminales gozará el reo del derecho de ser juzgado pronta y públicamente por un juez imparcial de la provincia, o distrito en que el crimen se haya cometido; el cual distrito habrá sido establecido por ley; y de ser instruido de la naturaleza de la causa; de ser careado con los testigos que depongan contra él; y por último, de obtener órdenes compulsorias para que comparezcan testigos en su favor, y asista un abogado para su defensa.

Asimismo, es conocida la ley del 21 de mayo de 1813 por la que la Asamblea General dispone la prohibición de todo tormento, mandándose sean quemados en la plaza pública los instrumentos de tortura.

Los sucesivos estatutos, reglamentos generales y constituciones que se proponen al país entre 1813 y 1853, reconocen invariablemente la vigencia de los principios relativos a la defensa en juicio. El artículo 118 de la Constitución de 1819 establece que: “Ningún habitante del Estado puede ser penado ni confinado sin que proceda forma de proceso y sentencia legal” y el artículo 171 de la Constitución de 1826 legisla en igual forma.

El Proyecto presentado por Juan Bautista Alberdi trataba de la cuestión en el artículo 19, inspirándose en las normas y principales ideas del constitucionalismo norteamericano. Entre otras normas aplicables a los derechos individuales y la cuestión penal, establecía que: “Nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. [...] El derecho de defensa judicial es inviolable [...]”.

Es evidente que todos estos antecedentes confluyeron hacia la redacción definitiva del artículo 18 de la Constitución Nacional dictada en Santa Fe en 1853. Al mismo tiempo, las ideas filosóficas y las concepciones políticas analizadas precedentemente, explican tales antecedentes y configuran el marco interpretativo del precepto tratado.

En tal sentido, para Sánchez Viamonte, la defensa en juicio implica el enunciado de una inviolabilidad correspondiente a los derechos del hombre y, por tal, inherentes a la personalidad humana y en relación a los valores de libertad y seguridad⁵⁵. Asimismo, este autor destaca los precedentes estadounidenses y al analizar la parte pertinente del artículo 18, afirma que, según el texto constitucional, sin defensa libremente ejercida no hay juicio propiamente dicho, siendo en consecuencia el derecho de defensa presupuesto esencial del debido proceso.

Por su parte, Linares Quintana⁵⁶ destaca el valor y objetivo de la seguridad jurídica como uno de los pilares sobre los que se asienta el Estado constitucional. Sin seguridad jurídica es imposible la libertad individual y la correcta armonización de ambas posibilita la estructuración de una organización política democrática y respetuosa de los derechos individuales. En este sentido, debe interpretarse el artículo 18 de la Constitución, artículo que, en lo relativo al derecho de defensa, significa para todo habitante la real posibilidad de acudir ante el Poder Jurisdiccional en demanda de justicia; asimismo, la facultad de realizar ante los órganos correspondientes de dicho poder, “todos

⁵⁵ SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Derecho Constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1956.

⁵⁶ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1956, t. V.

los actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de su persona o de sus derechos en juicio”; esto implica la oportunidad de ser oído y de hacer valer medios idóneos de defensa, estableciendo, finalmente, la condición inviolable de que “nadie puede ser condenado sin que se oigan sus defensas”.

En consecuencia, para Linares Quintana la defensa en juicio es un derecho específico especialmente normado por la Constitución y dirigido a otorgar a todos los habitantes la posibilidad efectiva y concreta de realizar todos aquellos actos dirigidos a la protección de su persona e intereses. De acuerdo con esto y citando a los constitucionalistas norteamericanos, el publicista argentino entiende que en nuestro ordenamiento normativo esta garantía comprende: a) el derecho a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación; b) la posibilidad de ser careado con los testigos de cargo; c) el poder de hacer comparecer a los testigos de descargo y de ofrecer pruebas idóneas; d) la asistencia de un patrocinante letrado; y e) el ser juzgado imparcialmente.

Por su parte, Bielsa⁵⁷ ubica la defensa en juicio dentro de las denominadas garantías de seguridad y defensa personal, entendiendo que “si el acusado, procesado, demandado o actor no pudiese defender su vida, su libertad, su patrimonio, su honor y otros derechos, sean privados o públicos, las garantías constitucionales serían abstracciones formales, disposiciones ilusorias”. De acuerdo con esto, la norma constitucional concierne principalmente a la actividad procesal, significando en su aplicación práctica el derecho de ser oído, de alegar y probar.

En resumen: como tantos años atrás lo advirtiera con acierto González en su difundido manual⁵⁸, la Constitución Argentina ha reunido en su artículo 18 todo lo relativo a la ley penal y a su procedimiento. En lo que hace al tema tratado, este fundamento normativo implica, como requisitos básicos, los de: a) juicio previo, a cargo de juez competente, fundado en ley anterior al hecho del proceso; b) inviolabilidad de la defensa dentro de dicho juicio; c) prohibición de todo lo que signifique un forzamiento a declarar contra sí mismo. Es-

⁵⁷ BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1954.

⁵⁸ GONZALEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1951.

to hace señalar que, de acuerdo con lo expuesto, el fundamento normativo del derecho de defensa lleva a otorgar como garantía insoslayable en todo proceso la oportunidad reglada de ejercitar el descargo. Esta garantía implica, en consecuencia, tanto la existencia de ciertas normas básicas generales para toda cuestión penal, como la facultad, en forma de poder jurídico, de oponerse procesalmente a la acción. Por último, dentro de la sistemática constitucional, la garantía de defensa también implica la aplicación del principio de igualdad de las partes.

C) Las constituciones provinciales

Dentro del sistema federal argentino, los Estados provinciales, anteriores al Estado nacional y titulares de facultades originarias, dictan sus propios estatutos fundamentales, acordes con el de la Nación. Dado que entre las facultades no delegadas al poder central se encuentra la relativa a la administración de justicia y la sanción de los códigos de procedimiento, es lógico que las constituciones de las diferentes provincias se hayan ocupado del tema, en ocasiones con mayor amplitud que la de la Nación. Esto se hace notable en aquellas cartas más recientes que, acordes con la evolución del pensamiento jurídico contemporáneo, han avanzado en la definición del sistema garantizador, dentro del cual, no podría ser de otra manera, el derecho de defensa ocupa en todas un papel preponderante.

Sin desconocer el valor de las diferentes constituciones de las provincias integrantes de la República Argentina, entiendo que la reciente de Córdoba refleja ejemplarmente la tendencia garantizadora a que me he referido. La misma fue sancionada en 1987 e incluye diversas novedades significativas. En su Primera Parte, Sección Cuarta, trata de las *Garantías*. Por su precisa formulación, es de interés transcribir textualmente lo siguiente:

Debido proceso. Artículo 39: Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Constitución; ni juzgado por otros jueces que los instituidos por la ley antes del hecho de la causa y designados de acuerdo con esta Constitución; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni persegui-

do penalmente más de una vez por el mismo hecho. Todo proceso debe concluir en un tiempo razonable.

Defensa en juicio. Artículo 40: Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. Todo imputado tiene derecho a la defensa técnica, aun a cargo del Estado, desde el primer momento de la persecución penal. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo en causa penal, ni en contra de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano y parientes colaterales hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor, o pupilo o persona con quien conviva en aparente matrimonio. Carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor.

En relación a esto y con referencia a la prueba, el artículo 41 establece:

Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

El artículo 42 trata de los límites y condiciones para la legal privación de libertad, que es siempre de carácter excepcional cuando se trate de medidas cautelares. En el artículo 43 se norma que la incomunicación no puede comprender la relación entre el imputado y su defensor. En el 45 se trata de la inviolabilidad del domicilio y las condiciones para los allanamientos, comprendiendo también (art. 46) los papeles y comunicaciones privados. En el artículo 47 se trata de la acción de hábeas corpus, como medio operativo para remediar o prevenir restricciones arbitrarias de la libertad o agravamientos injustificados de la detención.

Todo esto, coherente con las restantes disposiciones de este avanzado texto, demuestra a las claras la concordancia de la moderna Constitución de la provincia de Córdoba con las recomendaciones doctrinarias y las cartas internacionales.

CAPITULO III

EL DERECHO DE DEFENSA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO

Aclarados ya (o, al menos, puntualizados) los convergentes e interrelacionados fundamentos filosóficos, políticos y normativos del derecho de defensa, debe abordarse ahora el análisis de la realización del mismo dentro de la peculiar estructura en que opera. Es evidente que la defensa, en cuanto concepto y actividad jurídica, no se concibe fuera de esa particular configuración normativa que es el proceso, ya que como ha sido destacado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional debe entenderse, en cuanto inviolabilidad de la defensa, en la estricta observancia de las formas procesales. Esto lleva a plantear el presente desarrollo primero a la luz de la interpretación jurisprudencial predominante sobre el tema y luego a un examen del concepto doctrinario del debido proceso, advirtiendo los requisitos fundamentales e insoslayables que configuran el instituto.

1. SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE DEFENSA

Era bastante frecuente en los textos tradicionales de enseñanza del derecho, que los autores dedicaran numerosas páginas a dilucidar la naturaleza

jurídica de tal o cual instituto, lo que también llevaba a arduas polémicas en las que, con bizantino cuidado se argumentaba en favor de posiciones de incidencias prácticas por completo nulas. Lejos de mi ánimo retornar, aunque más no fuere tangencialmente, a tan metafísica como inútil ocupación. Pero es el caso que determinar en qué zona de la realidad jurídica ubicamos al derecho de defensa, puede tener consecuencias concretamente operativas y conducir a una mejor aplicación del derecho, tarea esta que por cierto justifica ampliamente la elaboración teórica.

Desde un punto de vista histórico, podemos advertir en torno a este fundamental instituto tres líneas evolutivas convergentes. En primer lugar, la que resulta de la capacidad real de todo individuo de rechazar por sí un ataque a lo que constituye su esfera personal, su ámbito de privacidad y disponibilidad. Este es un aspecto de raíz antropológica, que ha tenido diversas manifestaciones y que en el derecho contemporáneo aparece reconocido en la causal de justificación que el Código Penal argentino consagra en el artículo 34, inciso 6° o en determinadas formas de protección de la posesión (art. 2470, Código Civil).

En segundo término, con una nitidez mayor, encontramos que casi desde sus mismos orígenes la idea jurídica de defensa se da dentro de las formas procedimentales. Bien señala Silva que “antes de constituirse el derecho de defensa como principio, se desarrolla en forma técnica en el proceso, mediante las oportunidades que se van otorgando al demandado y a las partes en el litigio, para hacer valer sus derechos ante el órgano jurisdiccional apropiado”⁵⁹, lo que surge con claridad, como ya lo hemos visto, dentro de los sistemas acusatorios y como se desenvuelve dentro del proceso civil.

El retroceso de la defensa que se advierte dentro del proceso penal inquisitivo, y las relaciones de este sistema con la regulación política monárquica, explican que, en gran medida, el desarrollo de un concepto político, ligado al valor de la seguridad jurídica, se configure en el marco de las luchas ideológicas del pensamiento de la ilustración en contra del absolutismo. Corresponderá al Constitucionalismo de fines del siglo XVIII y principios del XIX el

⁵⁹ SILVA, Armando V., voz *Defensa en juicio*, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. IV, p. 21.

planteo de una noción sustantiva del derecho de defensa, como previo y fundante a su explicitación procesal. Así, las ya citadas Declaración de Derechos de Virginia, Sección VII, de 1776; las Enmiendas V, VI y XIV de la Constitución de los Estados Unidos; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución Francesa; y luego los textos de las principales constituciones liberales, reconocieron de manera expresa esta garantía, cuya formulación inicial se remonta a la Carta Magna inglesa de 1215.

Dentro del ámbito latinoamericano, la Constitución de la Nación Argentina, de 1853, fue la primera en incorporar expresamente en su texto el derecho de defensa que, como es sabido, aparece interrelacionado con los otros elementos legales componentes del concepto de debido proceso, que, como resume Ramella, “requiere un procedimiento ordenado, adaptado a la naturaleza del caso, en el que el ciudadano tiene oportunidad de ser oído, defenderse, protegerse y sostener sus derechos”⁶⁰. Esta ubicación normativa, como así también la importancia de una garantía que se liga a las más hondas raíces antropológicas y que aparece como condición mínima y básica de una convivencia que se asiente sobre la racionalidad e impida la arbitrariedad, hace que no quepan dudas sobre la naturaleza jurídica sustantiva, constitucional del instituto. Ello implica que es precedente, lógica, jerárquica y cronológicamente, a toda regulación procesal y que si bien su ámbito normal de aplicación se dará dentro del proceso, no es de índole procesal.

El proceso no constituye al derecho de defensa, sino que debe regular las oportunidades debidas de manifestación; un procedimiento, de cualquier género, que se hiciese al margen o en violación de la garantía de defensa, devendría insalvablemente nulo, carecería de efectos jurídicos válidos y debería ser jurisdiccionalmente revisado. Porque también de la índole sustantiva del derecho de defensa se deriva, como ha sido explicitado jurisprudencialmente,

⁶⁰ RAMELLA, Pablo A., *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 485. Agrega este autor en p. 486: “El poder represivo del Estado moderno es inmenso y no se puede añadir a ello que para defenderlo se utilicen medios execrables. Si así se procede es como justificar las más odiosas tiranías que han habido en el mundo. El ideal es llegar a un justo equilibrio, pero nunca bajo pretexto de sostener la ‘seguridad jurídica’ del Estado se debe llegar a avasallar los principios fundamentales en que se basan los derechos humanos”.

que su ámbito de aplicación se extienda sobre toda relación jurídica en la que, a resultas de la misma, uno de los integrantes pueda experimentar el menoscabo o privación de un derecho o un bien. No cuesta entonces comprender que debe reconocerse e implementarse en los procedimientos de las asociaciones y sociedades, de los entes administrativos y, fundamentalmente, de los órganos jurisdiccionales.

La reglamentación procesal del derecho de defensa, al igual que la de otras garantías constitucionales, no puede hacerse de tal manera que el mismo se trabe o diluya o aparezca como un reconocimiento puramente formal, sin verdadera incidencia operativa. Por el contrario, una regulación procesal imbuida del espíritu constitucional, arbitrará un sistema íntegramente garantizador, en el que de manera armónica actuarán las facultades de las partes en defensa de sus respectivos intereses.

Es de evidencia que la cuestión reviste importancia integral sobre todas las zonas jurídicas, pero que, por las particularidades penales, se hace en este terreno especialmente necesaria. No extraña entonces que haya sido en esta materia donde el instituto haya sido elaborado con mayor cuidado, siendo de destacar en tal aspecto el aporte de Clariá Olmedo⁶¹ quien lo conceptualiza como uno de los poderes, junto al de jurisdicción y de acción, para la válida realización penal. Dice el mencionado autor que “estos poderes son los que gobiernan la actividad de los sujetos procesales a lo largo del desenvolvimiento del proceso”⁶², pero que tienen una existencia previa al mismo, ya que su fuente es de índole sustantiva-constitucional.

Queda en claro de esta manera que lo atinente al derecho de defensa y las garantías que lo rodean son una de las condiciones preestablecidas por el ordenamiento constitucional para la realización válida del Derecho Penal a través del proceso penal y que los diversos procedimientos que se establezcan al efecto deberán implementar, con la necesaria amplitud y operatividad, modos de efectivizar la defensa, cuya ausencia o cortapisa indebida, descalifica lo actuado.

⁶¹ CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960, t. I.

⁶² CLARIA OLMEDO, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1984, t. I, p. 149.

2. LA DEFENSA EN JUICIO SEGUN LA INTERPRETACION JURISPRUDENCIAL

Según el artículo 14 de la Constitución Nacional, los habitantes del país gozan de los derechos consagrados conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. El artículo 28 establece que tales leyes no pueden alterarlos, pero es facultad del Poder Legislativo hacer los cuerpos legales y reglamentarios para “poner en ejercicio los poderes consagrados por la Constitución”. Al mismo tiempo, el artículo 100 otorga a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre puntos rigidos por la Constitución y las leyes.

Sobre la base de esta estructura normativa y en el juego armónico de principios que encuadran y guían el orden jurídico, se ha desenvuelto la interpretación y determinación jurisprudencial relativa al derecho de defensa. Los diversos fallos sobre la cuestión han ido aclarando, precisando y delimitando los alcances del derecho de defensa, cuyo rango e importancia ha sido coincidentemente destacado.

La Corte Suprema⁶³ ha establecido que “las garantías que en materia criminal asegura y consagra el artículo 18 de la Carta Fundamental, consisten en la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales del reo”. (*Fallos*: t. 116, p. 23; t. 119, p. 284 y, especialmente, t. 125, p. 10, causa: “Manuel Núñez c./ Manuela Rocca de Ominelli s/ injurias”; 21-XII-1916). Sobre este particular, dijo también “...al declarar que la defensa en juicio es inviolable, no quiere la Constitución que haya de tener el acusado libertad para alterar a su capricho las reglas comunes de los procesos, sino que su libertad de defensa no sea coartada por las leyes hasta impedirlo producir la prueba de su inocencia, o de su derecho, o ponerlo en condiciones desiguales a los demás”.

Consecuentemente con lo expresado, la Corte (integrada en la época por A. Bermejo, Nicanor G. del Solar, J. Figueroa Alcorta y Ramón Méndez),

⁶³ Los casos citados y las principales conclusiones han sido tomados de *Tratado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema, con transcripción de los fallos*, de Felipe D. Pérez, Ideas, Buenos Aires, t. III y *La Constitución Argentina en la doctrina judicial*, de Helio Juan Zarini, Astrea, Buenos Aires, 1975.

agregó (t. 137, p. 35: “Soldati y Cía. s/ defraudación”) que “...la garantía significa que el procesado debe ser oído y estar en condiciones de ejercitar los recursos autorizados por las leyes de procesamiento”. En igual sentido, afirmando que la inviolabilidad de la defensa en juicio no puede reputarse restringida por el hecho de encuadrarse dentro de las reglamentaciones procesales para su ejercicio, se expide el alto tribunal en numerosos fallos (ver, entre otros, t. 128, p. 415; t. 129, p. 193).

Pero también la Corte ha puesto el debido acento sobre la fundamental circunstancia de que los litigantes tienen derecho a que sus defensas sean oídas y resueltas en todas las instancias, (t. 132, p. 402). El procurador general José Nicolás Matienzo en autos “Patau Agustina s/ desalojo”, tomo 128, página 417, expresó: “En numerosos casos V. E. ha declarado que la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa significa que el litigante debe ser oído y encontrarse en condiciones de ejercitar sus derechos en la forma y con las solemnidades establecidas por las leyes comunes”.

Como resume Alejandro Carrió, la línea general de jurisprudencia de la Corte permite entender que se ha sentado la regla de que toda persona sometida a proceso tiene el derecho de que se le acuerde “la oportunidad de ser oída, de conocer los cargos en su contra y de presentar y producir pruebas en su favor”⁶⁴. Este autor, que ha hecho un estudio sistemático del tema, mencionaba el caso “Frigofide S. R. L.”, de 1956 (t. 236, p. 271), donde se afirma que “falta el debido proceso si no se ha dado audiencia al litigante o inculcado en el procedimiento que se le sigue, impidiéndole ejercitar sus derechos en la forma y con las solemnidades correspondientes”. Parecido criterio se siguió en “Nación Argentina c./Aluvión S. A.” (t. 239, p. 489), en “Dubois” (t. 247, p. 724), en “Goldstein” (t. 274, p. 281), etcétera.

Los fallos precedentes refieren, en lo fundamental, a la garantía genérica de defensa, relacionada con el canon del debido proceso. También debe señalarse que, en general, la línea predominante atendía a reconocer los as-

⁶⁴ CARRIO, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984.

También puede consultarse a Jorge R. González Novillo y Federico Figueroa, *El recurso extraordinario en materia penal*, Lerner, Buenos Aires, 1982.

pectos de defensa material. En cambio, en el caso “Rojas Molina”, de 1941 (t. 189, p. 34), citado por Carrió, se expresa que:

Desde la primera intervención de todo acusado en un juicio el juez debe hacerle saber el derecho que tiene de nombrar un defensor; si la defensa por el mismo acusado obstará a la buena tramitación de la causa el juez debe nombrarle defensor letrado y si no lo hace, se le nombra de oficio. El tribunal de segunda instancia debe nombrar defensor al procesado que no lo tuviere y el término para expresar agravios sólo corre desde la aceptación del defensor. Esta interpretación concuerda con la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, que según esta Corte ha dicho reiteradamente en materia criminal consiste en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia.

La garantía de la defensa se concibe en su doble aspecto de defensa material y técnica, línea esta que ha sido sentada por una jurisprudencia pacífica, al extremo de entenderse que la carencia de defensa durante algún momento o etapa del proceso, implica una situación de indefensión que descalifica la regularidad de la causa.

Ahora bien: aclarado que la garantía de defensa no puede darse sino dentro de las reglas del procedimiento y que, básicamente, significa la garantía para el procesado de ser debidamente oído, resulta necesario puntualizar que lo dicho no puede interpretarse como una mera formalidad, sino que significa que verdaderamente los magistrados –aun en la etapa instructoria– deben atender a la producción de las pruebas ofrecidas por el imputado o por su letrado defensor. El proceso debe otorgar las debidas facilidades al reo para hacerse oír y valer sus medios de defensa (t. 134, p. 242).

Resumiendo: dentro de la interpretación jurisprudencial del derecho constitucional de la defensa en juicio, queda fuera de toda duda que la órbita necesaria de aplicación y realización de la garantía referida se da única y exclusivamente dentro de las distintas etapas marcadas por las leyes de procedimiento, correspondiendo en consecuencia analizar ahora este tema.

3. TEORIA DEL PROCESO

La palabra proceso, derivada del latín *processus*, significa progresión, secuencia ordenada de actos, avance y progreso. Jurídicamente, es el desenvolvimiento de actos y momentos determinados por la ley, por medio de los cuales el Estado, ejerciendo el Poder Jurisdiccional, declara, asegura y realiza el derecho. Ha sido definido como “el fenómeno o estado dinámico producido para obtener la aplicación de la ley a un caso concreto y particular”⁶⁵. El proceso es un camino a recorrer hacia un fin determinado y ese camino y ese fin son la realización y la manifestación del derecho. En ese terreno se sintetiza la generalidad de la norma con la singularidad del caso, la previsión con el acontecimiento, el plano del deber ser con el del ser. Lo jurídico cobra toda su dimensión, se patentiza en una autorrealización que va descubriéndose en la sucesión de momentos que lleva al pronunciamiento final, a la declaración conclusiva que es la sentencia.

Couture ha caracterizado acertadamente el proceso como “secuencia”⁶⁶, como un acontecer orientado a la prestación de la tutela jurídica propia de la administración de justicia del Estado de Derecho. El proceso implica la aplicación del derecho al caso concreto, sobre la base de una regulación ordenada por el mismo derecho. De ahí que tenga razón Eduardo Carlos cuando lo define como “un conjunto de actos concatenados entre sí, desarrollados ordenada y progresivamente por las partes y el órgano jurisdiccional, dirigidos a obtener una decisión que actúe el derecho positivo a un caso concreto y singular”.

Más allá de las diferencias de escuelas sobre la naturaleza jurídica del proceso⁶⁷, está fuera de discusión que el mismo cumple una decisiva función de seguridad en la vida social. Recaséns Siches ha destacado con acierto que la primera función (histórica y teóricamente) del derecho dentro de la realidad

⁶⁵ CARLOS, Eduardo B., voz *Proceso*, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXIII, p. 291. También del mismo autor: *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1959.

⁶⁶ COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1958.

⁶⁷ En general, se distinguen en torno a la naturaleza jurídica del proceso, las denominadas teorías contractualistas, de la relación jurídica, de la situación jurídica y de la institución.

grupales, ha sido la de “colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social”⁶⁸. Para Soler, en la línea del pensamiento de la ética de Hartmann, las raíces de lo normativo derivan de la misma esencia ontológica de la conducta humana y de las leyes como intento de predicción necesaria de los comportamientos⁶⁹. Lo jurídico responde, básicamente, a la necesidad de saber a qué atenerse con respecto a los demás, marca la legalidad de la convivencia. Así, desempeña un papel fundamental de certeza sobre las relaciones intersubjetivas y otorga un relativo margen de predecibilidad en la libertad.

Ahora bien; si lo dicho es cierto aplicado a la generalidad del andamiaje jurídico, resulta doblemente pertinente en relación a lo procesal, ya que la prescripción normativa, por su propia naturaleza, se define en una pretensión de universalidad que es preciso aplicar y resolver en relación a las situaciones concretas que la vida presenta. Cuando en las relaciones regladas entre los hombres, por cualquier motivo, surge la necesidad de una declaración que desvanezca la incertidumbre y establezca indubitablemente el sentido aplicado de lo dicho por la norma, es menester recurrir al proceso.

La opinión de Alf Ross⁷⁰ de que “las leyes no se sancionan para comunicar verdades teóricas sino para dirigir el comportamiento de los hombres –tanto de los jueces como de los ciudadanos– a fin de que actúen de una cierta manera deseada”, encuentra especial aplicación al campo de la legislación que ordena el proceso. Tales reglas, a la manera de las de un juego, permiten comprender y predecir el curso de las controversias, conduciendo a los participantes a través de etapas y oportunidades predeterminadas, donde la habilidad de los contendores tendrá mucho que ver con el éxito final de la partida. En consecuencia, el proceso, en general, es un sistema estructurado como una serie de actos determinados por una coherencia interna de significado, a través del cual se busca la definición aplicada al caso concreto, del derecho vigente. Asimismo, la tesis de los realistas norteamericanos de que “el derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares”, no

⁶⁸ RECASENS SICHES, *ob. cit.*, p. 220 y ss.

⁶⁹ SOLER, *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

⁷⁰ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de Genaro Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 1963.

tiene objeción aplicada al terreno de lo procesal. Porque aquí se trata de un sistema normativo de alto nivel de especialización técnica, cuyos mecanismos de comprensión y aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta, realiza y actúa.

La influencia de lo procesal sobre las normas del denominado derecho sustancial es de tal grado, que algunos autores contemporáneos han entendido que el verdadero campo, por no decir el único, de manifestación estricta del fenómeno jurídico, opera a través de la estructura del proceso y se expresa fundamentalmente en la resolución del caso por la sentencia⁷¹. Pero se comparta o no esta extrema opinión, es evidente y está fuera de toda duda que la organización del aparato jurídico del Estado contemporáneo pasa, inexcusablemente, por los órganos y mecanismos jurisdiccionales. Más aún: la experiencia histórica, tanto la añosa como la dramáticamente reciente, indica a las claras que cuando se ha prescindido de la aplicación de las formas procesales, cuando se ha salido —con cualquier justificativo— de los racionales cauces del proceso, los riesgos de la arbitrariedad y la discrecionalidad (y, por ende, de la injusticia), desbordan toda previsión e implican, como resultado seguro, un retroceso hacia estadios atrasados de civilidad. De ahí que pueda afirmarse que, por muchos defectos que puedan y deban señalarse a la estructura y práctica del proceso, hasta el momento los hombres no han encontrado otro método más eficaz, seguro y racional para la regulación equilibrada de intereses divergentes y para el logro de una relativa síntesis que armonice oportunidades y brinde seguridad.

En lo que refiere al Derecho Penal, el proceso debió esperar muchos siglos, teñirse con sangre, mancharse con inauditas crueldades y ser centro de encendidas polémicas, antes de llegar a un cierto grado de civilidad. Ya se expusieron en el presente trabajo las ideas que fundamentaron esta evolución y es importante destacar que el aporte de los grandes procesalistas contem-

⁷¹ Puede decirse que este tema es uno de los preponderantes dentro de las actuales teorías generales de derecho. En nuestro país, los estudios fenomenológicos de Carlos Cossio se centraron en el análisis de la sentencia como manifestación privilegiada de lo jurídico. Por su parte, la doctrina anglosajona, de notoria repercusión y saludable escepticismo y realismo, ha insistido sobre este particular. La citada obra de Ross ofrece abundante bibliografía y datos sobre el tema.

poráneos, significó la estructuración, objetiva y fundada, de una teoría normativa del proceso penal en completo pie de igualdad con la civil, si no más afinada en algunos de sus aspectos.

En forma esquemática, el ámbito de operación de la normatividad penal es la siguiente: a) el Estado consagra en normas abstractas (ley penal) ciertos comportamientos lesivos para bienes jurídicamente protegidos; la comisión de esos hechos típicamente determinados trae aparejada una también determinada sanción (pena); b) sucedido un hecho calificado como delictivo por la ley vigente con anterioridad al acontecimiento, surge la pretensión punitiva del Estado; c) para la determinación precisa del hecho ilícito y de la autoría del sujeto en cuestión y para la clarificación fehaciente de si se han dado los presupuestos necesarios para la coacción penal, el mismo Estado instrumenta procedimientos tendientes a ello; y d) por último, una vez producido el pronunciamiento determinativo (cosa juzgada), se somete al sujeto responsable a la ejecución de la sanción (pena, medida de seguridad, reparación civil).

Es decir que el proceso penal aparece como el nexo indispensable entre la regulación normativa sustantiva de índole abstracta y general y su aplicación particularizada a una situación singular. Esto fue visto por Carrara con su proverbial acierto, cuando entendió al proceso penal como una serie de actos solemnes y previamente establecidos, sujetos a orden y formas legales, por medio de los cuales, personas investidas de legítima autoridad, conocen de los delitos y de sus autores, “a fin de que la pena se aparte de los inocentes y se inflija a los culpables”⁷². En una u otra, pero con coincidencias básicas, la doctrina posterior destacó y trabajó sobre estas características. Especial relevancia revisten dentro de los tratadistas italianos las ideas de Giovanni Leone⁷³, quien considera que a partir de la *notitia criminis* se producen una serie de actos y providencias encaminados a la cosa juzgada en orden a la represión de un delito. Tal conjunto de actos regula el conflicto entre la pretensión punitiva del Estado (en base a la cual el Ministerio Público pide la decisión jurisdic-

⁷² CARRARA, *Programa* cit., t. II.

⁷³ LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (trad. de Sentís Melendo), Ejea, Buenos Aires, 1963.

cional) y el derecho del imputado, investido del estado de inocencia y del derecho de libertad y, por ende, del de defensa.

Por cierto que esta idea del proceso, como articulación armónica y equilibrada de la pretensión punitiva y de la libertad individual en la objetividad integral de un orden jurídico interesado en el mantenimiento de reglas de seguridad, es propia del moderno Estado de Derecho y no puede desprenderse del contexto ideológico precedentemente analizado en relación a los fundamentos filosóficos y políticos que llevaron a las formulaciones normativas del constitucionalismo liberal, refrendado por el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

Como ya se indicó, el proceso actúa el derecho sustantivo. Beling dijo al respecto: “La realización del derecho penal es la tarea del derecho procesal penal”⁷⁴ y, en la doctrina argentina, Clariá Olmedo desarrolló la idea del proceso en relación a los aspectos realizativos del orden jurídico punitivo: “El derecho procesal penal –señaló– está al servicio del derecho penal sustantivo para su realización”⁷⁵. Esta realización comprende: el poder de realización (poder jurisdiccional y poder excitante de la jurisdicción); actividad realizadora (desenvuelta en el proceso por la acusación, defensa y jurisdicción); y garantía de realización, es decir, el cumplimiento de la actividad del poder encuadrado en el estricto marco de las normas preestablecidas.

El señalado aspecto realizativo del proceso penal, hace que junto a las notas comunes que individualizan al Derecho Procesal (carácter público, instrumental-formal y conceptualmente autónomo), el penal presenta características específicas y diferenciadoras derivadas, lógicamente, de la materia tratada, los intereses en juego y la posición de los sujetos intervinientes. En tal sentido las garantías constitucionales tienen una incidencia directa, por lo que será oportuno analizarlas en detalle más adelante, pero cabe indicar desde ahora que este fundamento y marco normativo constitucional tienen una relevancia decisiva, que contribuye en gran medida a individualizar el tema procesal penal.

⁷⁴ BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal* (trad. de Goldschmidt y Núñez), Lerner, Córdoba, 1943.

⁷⁵ CLARIA OLMEDO, ob. cit.

En segundo lugar, el interés del Estado en la justa represión del ilícito delictivo, la importancia social de los bienes jurídicos protegidos y la posición del sujeto imputado, llevó históricamente a que el proceso penal se ordenara en torno a principios que lo diferenciaban con nitidez del civil. Esto se advierte de un modo especial con respecto al sistema inquisitivo que es el que por siglos influyó preponderantemente en la evolución continental europea y en el ámbito latinoamericano, al extremo de que, como bien dice Julio Maier, las grandes reformas del siglo XIX mantuvieron, en lo básico, los cimientos anteriores, tales como la regla de la persecución penal pública y de la investigación integral, que Clariá Olmedo entiende como principios fundamentales que dirigen al proceso penal a lo largo de toda su trayectoria⁷⁶.

El principio de la titularidad del Estado del denominado *ius puniendi*, como parte de su poder general⁷⁷ y la consecuente exclusividad de lo atinente a la persecución (poderes de acción y de jurisdicción) entendida como jurídicamente inevitable e indisponible y dirigidas hacia una investigación integral (búsqueda de la denominada “verdad material”), disciplinó el proceso penal con características ausentes en el civil, las que pueden sintetizarse en su estructuración autoritaria, ejemplificada paradigmáticamente en la figura del juez de instrucción. Las diferentes reformas sucedidas en el pasado siglo y en lo que va de éste, en lo básico no han hecho otra cosa que atenuar los excesos del sistema inquisitivo y modificar –en la mayoría de los casos– lo atinente a la etapa del juicio, pero sin variar en lo verdaderamente fundamental el esquema de ideas imperantes.

⁷⁶ MAIER, *Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX*, en *El poder penal del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 274. Dice el autor que “a algunos años de la historia ya consolidada, conviene más, a este enjuiciamiento penal, surgido durante el siglo XIX, el nombre de enjuiciamiento inquisitivo reformado que el de sistema mixto de enjuiciamiento penal”.

⁷⁷ Esta idea de la finalidad de obtención de una “verdad integral” en el proceso penal, en la que insiste Clariá Olmedo, es un resabio de las concepciones que presiden y dan sentido al sistema inquisitivo y que, en su misma lógica, han conducido a conocidos excesos: los interrogatorios policiales, el juez de instrucción discrecional, la incomunicación, la incorporación probatoria al margen de la legalidad, el juego de presunciones e indicios, etcétera. Por otra parte, y desde un punto de vista teórico, resulta muy discutible que, a través del proceso, podamos obtener otro conocimiento o, mejor dicho, acreditación del mismo, que uno de índole procesal, una verosimilitud aceptable conforme con las reglas establecidas para tener por ciertos determinados hechos en las causas judiciales.

De esta manera, es notorio que las categorías elaboradas por la teoría del proceso resultan a veces de difícil aplicación al penal, con particular referencia a la etapa instructoria tal cual está regulada en la mayoría de los digestos, al extremo de que sea discutible que la misma, como fenómeno jurídico, pueda ubicarse de manera estricta dentro del concepto de proceso. En realidad, como lo hace la doctrina actual, correspondería hablar de un período preparatorio.

Entendido esto, que por otra parte en considerable medida se justifica por las peculiaridades de la materia penal, no cuesta advertir la necesidad del énfasis en lo que se conoce como el sistema garantizador que, dentro del esquema del Estado de Derecho, limita la función penal estatal y encauza la realización dentro de parámetros rígidos.

4. REQUISITOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL

Como ha sido ya reiteradamente dicho, la Constitución Nacional norma expresamente una serie de principios directamente referidos a la materia punitiva. El proceso penal no puede desviarse de esa senda, también demarcada por las previsiones de las constituciones provinciales. Algunos de estos principios han sido ya considerados y también tendrán ulterior tratamiento, pero por lo mismo que constituyen requisito indispensable de “debido proceso” es menester puntualizarlos ahora; ellos son:⁷⁸

a) *Principios de legalidad y reserva*; también conocido en su formulación latina de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La idea de esta norma es la de que nadie puede ser procesalmente perseguido ni penado sino sobre la base de una ley dictada y debidamente promulgada con anterioridad a la comisión del hecho y, obviamente, al inicio del proceso. Como señala Clariá Olmedo, “en ningún caso el juez podrá declarar la existencia de una violación penal si la conducta que se juzga no estuvo antes de su producción descrita en la ley penal”.

⁷⁸ He tratado con amplitud las denominadas “normas fundamentales” en el Cap. VI de mi *Curso de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.

Este principio constituye, como otros que se analizarán a continuación, un verdadero presupuesto del proceso penal, o como algunos autores lo han señalado, a la función represiva del Estado. Básicamente, significa sentar la preexistencia lógica e histórica de la ley penal. Se deriva del fundamento racional del Estado de Derecho e implica, a la vez, los valores jurídicos de libertad y seguridad y aparece como una garantía contra la arbitrariedad. El individuo sabe, en este régimen, cuál es la zona de prohibición penal, cuáles son las conductas calificadas como delitos y merecedoras de pena. A este respecto, como acertadamente señalaban los autores clásicos, el Derecho Penal es una garantía de libertad: lo que no está prohibido, está permitido.

El principio de reserva debe entenderse como limitativo de la acción penal y del proceso, ya que no pueden darse una ni otro sin la previa existencia de una norma legal (en sentido estricto de ley) que justifique la iniciación de la etapa instructoria. La pretensión punitiva sólo puede nacer basada en la presunta violación del tipo legal por la conducta. Indica Clariá Olmedo que el principio impide, en el caso pertinente, la excitación de la jurisdicción, no pudiéndose, lógicamente, darse curso al proceso si no hay un hecho calificado previamente como delito.

Los Códigos Procesal Penales legislan estrictamente sobre el tema diciendo: “Ningún juicio criminal podrá ser iniciado sino por actos u omisiones calificados de delitos por una ley anterior”; el de la provincia de Santa Fe, en su artículo 1º, refiere a la necesidad de la existencia de “ley anterior al hecho del proceso” y en parecida forma legislan los códigos procesales penales de La Pampa, Salta, Catamarca, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Mendoza y Santiago del Estero. Asimismo, en estos cuerpos legales se encuentran normas sobre la desestimación de la denuncia si el hecho no constituye delito y para la resolución de la situación del imputado en la etapa pertinente. De ello también se deduce la prohibición de toda extensión o aplicación analógica.

Todo esto significa que la incidencia del principio sobre el proceso penal es integral y globalizadora, correspondiendo su aplicación desde el momento mismo de la iniciación hasta la sentencia. De ahí que corresponda citar el resumen conceptual planteado por Clariá Olmedo en la siguiente forma: “Na-

die puede ser condenado, llevado a juicio plenario, procesado o puesto en causa penal si una ley vigente en el momento del hecho no lo califica objetivamente a éste como delito y a tal título lo sanciona” (p. 224).

b) *Ninguna pena sin juicio*, o principio del previo proceso legal, o *nulla poena sine iudicio*. En el esquema que estamos desarrollando, esta materia, por su importancia y decisiva incidencia, es la que abarca el tratamiento íntegro del presente capítulo. Señalemos que esta máxima está también consagrada en los códigos procesales. “Nadie podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de este Código”.

c) *Estado de inocencia*. Se desprende implícitamente de la primera parte del artículo 18 de la Constitución Nacional y ha sido expresamente reconocido por constituciones provinciales. Al mismo tiempo, guarda armonía conceptual en la estructura de los principios en análisis. Sólo se es culpable cuando una sentencia válida así lo ha declarado. Es evidente que esta máxima tiene directa incidencia en el derecho de defensa y que por ello la misma puede ser considerada como uno de los fundamentos normativos de la garantía objeto del presente trabajo. Por sus especiales características, será tratado en extenso más adelante.

d) *Non bis in idem* o prohibición de múltiple persecución, procesamiento o condena por el mismo hecho. También se basa en el valor seguridad e implica una aspiración de justicia. Esta prohibición del doble juzgamiento tiene rango constitucional en los estatutos fundamentales provinciales y es considerado como uno de los presupuestos básicos de la represión penal. Puede entenderse como destinado a impedir la actividad y desarrollo procesal múltiple o repetido en torno o por causa de una idéntica plataforma fáctica u objeto procesal, aunque se pretenda modificar el enfoque o título jurídico o se invoquen nuevos elementos probatorios.

e) *Juzgamiento por el juez natural*. Este principio destaca la idea de objetividad que debe presidir todo lo relativo a la función jurisdiccional y es un dique a la arbitrariedad y la inseguridad. Tiene que ver también con el régimen republicano de la división de poderes e incide sobre cuestiones de competen-

cia. “Juez natural” refiere, dentro de la interpretación constitucional, al tribunal previamente establecido. Así como no hay delito sin ley preexistente que lo determine, no puede haber juzgamiento válido sin órgano jurisdiccional estructurado, en forma general, antes del juicio en cuestión y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos. Clariá Olmedo advierte en este requisito una predeterminación del órgano que ha de ejercer la potestad jurisdiccional del Estado “proporcionando a los ciudadanos una seguridad sobre quién debe ser el juzgador de su caso”. Al mismo tiempo, la previsión constitucional del artículo 18, prohíbe que ningún habitante de la Nación pueda ser “juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

Los códigos procesales disponen enfáticamente sobre este principio: establece que ningún juicio criminal podrá ser iniciado “...ni ser proseguido y terminado ante otros jueces que los ordinarios”. “Nadie será juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias”. “Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias”.

f) *Prohibición de declarar contra sí mismo y de apremios ilegales.* El significado de esta amplia garantía de estricta y específica referencia al proceso penal implica la eliminación de toda coercibilidad moral o física del imputado. También significa el rechazo de toda medida tendiente a obtener del imputado una prueba en contra de sí. El artículo 18 manda que: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, legislando en la misma forma las constituciones provinciales. Igualmente, nuestra Carta Magna prohíbe “toda especie de tormentos”, convirtiendo en ilícita la deplorable práctica de la tortura como medio para arrancar confesiones o informaciones y como una suerte de sanción agregada a la debida.

g) *Inviolabilidad de la defensa en juicio.* Dentro de la materia y ordenamiento procesal penal, la defensa es un presupuesto básico para todo pronunciamiento. No puede haber represión penal válida sin defensa del imputado. El artículo 18 manda que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de

los derechos”. Básicamente, es el poder de oposición a la acción y constituye uno de los elementos esenciales del moderno proceso penal. En la medida en que es el objeto central del presente trabajo, su desarrollo conceptual será efectuado con la amplitud debida.

5. EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES COMO UNA MANIFESTACION DEL DERECHO DE DEFENSA

La simple lectura del artículo 18 de la Constitución Nacional evidencia la preocupación y consecuente detalle regulador que guió a los constituyentes sobre la delicada materia de las garantías judiciales. Al mismo tiempo, la interpretación sistemática de este precepto en forma conjunta con las restantes normas, permite delinear el tipo y características del proceso penal querido por la Constitución que, de una manera genérica, podemos entender como opuesto al imperante en el país por la dominación arbitraria de los caudillos. El texto constitucional, estableciendo el sistema republicano de gobierno, la soberanía popular, la división de poderes y el sistema representativo, da bases generales para la organización de la convivencia social, las que a su vez se asientan sobre los fundamentales derechos de todos los individuos que conforman el país y que el Estado reconoce como esenciales, sirviendo de límite infranqueable al ejercicio del poder. Nadie puede ser privado de tales derechos, los que únicamente ceden ante la decisión jurisdiccional emanada de un tribunal independiente e imparcial, instituido conforme a los procedimientos legales, que razonablemente llegue a la conclusión de que en el caso corresponde la aplicación de una pena, acorde con lo dispuesto por una ley sancionada con anterioridad al hecho motivo de la causa. Ahora bien: la forma jurídica para arribar a esa resolución conclusiva, acorde con el sistema constitucional, no podía ser, en modo alguno, el imperante en el país por España y subsistente a pesar de algunas reformas parciales, el que expresamente la Constitución rechaza (art. 24), en una notoria adhesión a los procedimientos de enjuiciamiento que se habían explicitado a través de la evolución del derecho norteamericano y de los

sistemas similares. El énfasis puesto por los constituyentes en programar el juicio por jurados (arts. 24; 67, inc. 11 y 102) significa con claridad el rechazo del proceso inquisitivo y la determinación de que se implemente en el país un sistema acusatorio que, por su propia dinámica, debía ser plenamente garantizador, en el sentido de lo normado en el artículo 18.

En síntesis: nuestra Constitución Nacional delinea un sistema de enjuiciamiento público, (contralor popular), de neta diferenciación de los poderes realizativos (acusación, defensa y jurisdicción), de intermediación probatoria, ya que las acreditaciones y argumentaciones se producen en audiencia ante el órgano de juzgamiento que, a su vez, debe estar integrado en forma colegiada, asistiendo a debates orales.

Como resume Maier: “Es imposible concebir un juicio ante jurados sin la publicidad, oralidad y continuidad del enjuiciamiento”, y sin un claro rechazo hacia el sistema inquisitivo del linaje colonial del que se renegaba en forma íntegra⁷⁹.

Resulta curioso comprobar que lo dicho parece estar referido hacia un ámbito distinto del argentino, ya que nuestra experiencia procesal no respondió de manera alguna a la letra y al espíritu constitucional. Como en tantas otras zonas de nuestra realidad institucional, la evolución posterior se apartó de los sabios mandatos constitucionales, retrocediendo hacia formas organizativas que provenían de fuentes e ideas diametralmente opuestas a las plasmadas en el modelo de Ley Fundamental⁸⁰.

Esta discrepancia entre lo querido por la Constitución y lo que surgió de la legislación ordinaria, se hizo especialmente notable con la sanción del Código de Procedimientos en materia penal para la Justicia Federal de 1888 que, como programa procedimental y estructura realizativa, respondió al esquema colonial inquisitivo. Ya en 1914 Tomás Jofré advertía que tanto ese digesto como los provinciales que lo seguían (Santa Fe, 1895) no respondían a

⁷⁹ MAIER, *Exposición...* cit.

⁸⁰ En distintas intervenciones en congresos y en trabajos monográficos he insistido en la idea de que la evolución legislativa procesal penal argentina siguió un camino divergente al que había sido marcado claramente por los preceptos y espíritu general de la Constitución.

lo programado por la Constitución. Y si bien el movimiento de nueva codificación, iniciado en Córdoba hacia 1940, implicó un notorio mejoramiento del proceso penal en la Argentina, la comparación entre el programa constitucional y la normatividad procesal todavía mantiene distancias.

La sanción de la Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987, con su minuciosa y operativa regulación de las garantías judiciales, y el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación elaborado por la comisión redactora presidida por Julio Maier, han implicado, sin lugar a dudas, pasos importantísimos hacia el logro de un sistema de enjuiciamiento según lo pensado y querido por la Constitución Nacional.

Lo expuesto tiene especial pertinencia porque el funcionamiento pleno del sistema garantizador que se desprende del artículo 18 de la Ley Fundamental, tratado en el punto anterior, sólo cobra su pleno y armónico funcionamiento operativo a través de formas realizativas fluidas, que se aproximen todo lo actualmente posible al esquema y dinámica acusatoria; dentro de esta perspectiva podrá alcanzarse el cumplimiento del canon del debido proceso que, como hemos visto, no se agota en la presencia formal de algunos requisitos que, si bien son necesarios, no resultan por sí suficientes.

Las bases, requisitos y presupuestos constitucionales y legales previamente enumerados, constituyen el marco normativo que ordena el proceso penal sobre fundamentos objetivos y racionales. En tal sentido, significa la primera y más firme manifestación del derecho de defensa del imputado, ya que se estructuran como las garantías insoslayables que el Estado de Derecho estructura en torno a la delicada función de la administración de justicia.

De ahí que dentro del desarrollo lógico de este estudio, entendamos que es posible distinguir al hablar de la defensa penal dos niveles de análisis, por cierto interrelacionados, pero que conviene separar a los efectos de una más clara comprensión del problema. Corresponde al primer nivel ser denominado como amplio y su manifestación surge de la armónica integración de los principios precedentemente enumerados. Así, el primer aspecto del derecho de defensa, como lo ha destacado la interpretación jurisprudencial, refiere al “proceso legal”, o “debido proceso”, como condición *sine qua non* para un

procedimiento válido. La defensa es defensa en juicio y juicio, para que no se conculque el derecho de defensa, es esa estructura normativa sujeta a reglas insoslayables (“normas fundamentales”, como las denomina el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe). En tal sentido, la violación de cualquiera de esos principios o requisitos (a los que corresponderá, en su momento, agregar otros, especialmente referidos a la motivación de la sentencia y la valoración de la prueba) implica la transgresión en perjuicio del imputado, en cuanto ciudadano, de las garantías liminares de la “defensa en juicio”.

El segundo sentido en que corresponde referirse al derecho de defensa, es el que puntualizamos en el punto g del apartado 3º del presente capítulo, que será tratado en extenso en los capítulos posteriores. Pero debe comprenderse que no es posible hablar de la ejercitación de esa defensa como oposición a la pretensión punitiva ejercida a través de la acción penal del Ministerio Público, sin el previo y constante cumplimiento de los requisitos de legalidad objetiva del proceso, entendidos no como meras formalidades, sino como auténticas solemnidades, en el sentido que otorgaba al término Carrara, dirigidas a garantizar los derechos individuales fundamentales y la racionalidad y legalidad misma del Poder Jurisdiccional del Estado de Derecho.

En tal aspecto, Juan Francisco Linares⁸¹ ha entendido el concepto jurídico del debido proceso como un instrumento de valoración, como un componente axiológico fundamental para el contralor de la constitucionalidad de la jurisdicción. De las ideas del citado autor y de las que hemos desarrollado, puede desprenderse un esquema interpretativo sobre los componentes y requisitos de la noción de debido proceso, esquema que combina adecuadamente requisitos procesales y sustantivos y del que surge la estructura plenaria del instituto. Tal esquema es el que se grafica en la página siguiente y responde a la explicitación de requisitos que deben integrar la noción constitucional de “juicio”, que debe comprenderse como la estructuración de garantías que refieren a la primera y fundamental manifestación del derecho de defensa.

⁸¹ LINARES, Juan Francisco, *El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1944.

DEBIDO PROCESO

**FAZ
PROCESAL**

Ley anterior

Juez natural

Oportunidad de defensa

Cumplimiento de formalidades
de notificación

Careos del imputado con los testigos de cargo

Posibilidad de presentar pruebas de descargo

Prohibiciones de

Doble juzgamiento por
la misma causa

Declarar contra sí

Coacciones indebidas

**FAZ
SUSTANTIVA**

Aplicación a lo largo del proceso de
patrones de justicia axiológica y

Garantía genérica de libertad y

Racionalidad y fundamentación de las
resoluciones conforme a derecho

En tal sentido, como lo sostiene Linares, el debido proceso exige que nadie pueda ser privado judicialmente (y, podríamos agregar, administrativamente) de su libertad, sin el estricto cumplimiento de procedimientos establecidos por la ley; al mismo tiempo, tal ley no puede ser una mera apariencia formal, sino que debe dar al imputado la posibilidad real de exponer razones para su defensa, probar esas razones y esperar sentencias fundadas.

CAPITULO IV

EL DEFENSOR Y LA CONSTITUCION

La Constitución plasma, a nivel de estructura jurídica, un modelo de sociedad civil. En tal sentido, perfila las formas de convivencia, los valores centrales de los que dimanán las instituciones destinadas a realizarlos, los límites y condiciones del poder y los órganos de su ejercicio; establece las garantías y derechos fundamentales de que todo individuo se encuentra investido y estatuye las bases sobre las cuales se asienta la materia penal y el consecuente enjuiciamiento.

Ya se ha tenido, en el presente trabajo, ocasión de considerar el sistema garantizador desarrollado por la Constitución y de señalar la importancia que, para todo lo relacionado con el proceso penal, invisten las normas fundamentales, al extremo de que para muchos doctrinarios el Derecho Procesal no es, en definitiva, otra cosa que un desarrollo analítico del texto basal.

Sin embargo, la experiencia histórica nos enseña que las sabias disposiciones constitucionales no siempre han sido debidamente seguidas, tanto en lo que atañe a la regulación normativa, como a las interpretaciones jurisprudenciales. Al respecto, no es necesario extremar la finura del análisis para advertir que algunos códigos, como por ejemplo el sancionado en 1888 para la justicia federal, se apartan no sólo del espíritu, sino en ocasiones de la letra

misma de la Constitución de 1853, lo que también ocurre con el Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe. Por otra parte, cierta malévola práctica desvirtuadora de las garantías que limitan y encuadran al poder punitivo, fue tolerada por los jueces, cuando no directamente permitida.

De ahí entonces que toda insistencia sobre los aspectos constitucionales del proceso penal sea necesaria, ya que la cuestión excede el ámbito académico y se convierte en una tarea directamente vinculada al afianzamiento y defensa de las instituciones y formas de vida republicanas y democráticas, cuya fractura estuvo siempre ligada a desobediencias y olvidos del texto constitucional. En tal labor, de elemental exigencia cívica, deben estar comprometidos los ciudadanos todos y, por cierto, es un tema que toca de cerca a la responsabilidad de los hombres de derecho, cualquiera fuere el papel que desempeñan en la articulación de los mecanismos jurídicos. En el presente capítulo, y sin perjuicio de lo ya tratado, habremos de atender específicamente a algunas cuestiones puntuales que hacen, precisamente, a la vigencia de las garantías. Lo haremos desde la óptica del abogado defensor, ya que tal es la materia de este libro, pero sin que ello implique, en modo alguno, desconocer que todo esto atañe a fiscales y, por supuesto, a jueces.

1. INTERPRETACION

Interpretar es una tarea de búsqueda de significación y de aprehensión del pleno sentido de un texto. Cualquiera fuere el método empleado, lo que se procura hallar es el sentido de la expresión, aquello que, en verdad, quiere decir la norma.

Es sabido que el tema de la interpretación del derecho es uno de aquellos considerados como centrales y constituye con justicia una de las preocupaciones básicas de la teoría general, repercutiendo sobre los enfoques propuestos las ideas que se sustenten sobre la naturaleza y configuración del fenómeno jurídico. Incluso en nuestros días, ha habido importantes intentos de índole predominantemente lógica para intentar avanzar hacia una mayor objetividad científica en la materia interpretativa.

Pero de lo que no puede dudarse es que el mecanismo inherente a la aplicación del derecho hace indispensable la interpretación. La estructura normativa configuradora del orden jurídico, compuesta mayoritariamente por preceptos de índole general y abstracta, por su misma naturaleza, no puede (ni debe) prever la múltiple, multifacética y cambiante realidad sobre la que opera. Los casos sobre los que ha de aplicarse el derecho son siempre, por esencia, singulares, contingentes y, por ello, relativamente subsumibles dentro de la previsión normativa.

El modo de resolver controversias y componer conflictos conforme al derecho, implica, como lo expuso con claridad Roscoe Pound, una operación de índole triple consistente en determinar la disposición aplicable, puntualizar el significado de la misma en relación a la situación de hecho considerada y aplicarla al caso⁸², ya que aun en el ordenamiento más minucioso existen márgenes de imprevisibilidad y de discrecionalidad, que convierten en una ficción sin contenido la concepción silogística de la aplicación del derecho.

En definitiva, la interpretación no es sino una tarea de individualización en la que se particulariza el hecho singular considerado con la generalidad normativa. Como señaló Recaséns Siches: “Toda interpretación debe apuntar a la formulación de una norma individualizada respecto de un cierto complejo de hechos”⁸³. Es decir que, lo que en verdad importa, son los hechos, ya que el derecho no es otra cosa que una herramienta racional y formalizada para la realización de determinados fines en la vida de relación. En consecuencia, dados ciertos hechos configurativos de un conflicto, se acude, para intentar resolverlo, a la estructura jurídica, de la que buscan extraerse los principios y disposiciones aplicables a esa facticidad. Y lo que cambia, como la misma realidad, no es el derecho, sino las características situacionales y la posición de sus protagonistas, que hacen que se busquen soluciones acordes desde el plurivalente sistema jurídico. Esto es lo que exige la interpretación, ya que con palabras del mencionado Recaséns, sin ella “no se podría realizar el Derecho”.

⁸² POUND, Roscoe, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (trad. Barrancos y Vedia), Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1972, p. 69.

⁸³ RECASENS SICHES, voz. *Interpretación del Derecho*, E. J. O., t. XVI, p. 545.

Los supuestos de cumplimiento espontáneo de las normas no ofrecen dificultades y, en sentido estricto, excluyen la necesidad de interpretación. La misma surge cuando, por la razón que fuere, el conflicto se produce, ya entre particulares o entre éstos y el Estado. Para la resolución de esta situación de controversia, en la que se aducen quebrantamientos o desviaciones de lo dispuesto por el ordenamiento, será preciso “aplicar” el derecho, es decir, extraer de la estructura del orden jurídico el precepto pertinente, adecuándolo en sus consecuencias a las circunstancias de hecho, lo que, a su vez, implica la tarea interpretativa.

Dentro de un sistema jurídico normativo, el derecho vigente aparece como un entramado de disposiciones escritas, derivadas de la Constitución, códigos, leyes generales, leyes particulares, reglamentos y resoluciones, las que se suponen armónicamente estructuradas de acuerdo con un orden jerárquico, que regula su producción, integración y realización. Por otra parte, en todos los casos, la aplicación de tal normatividad está respaldada por mecanismos de poder, que aseguran –en diversas formas, instancias y con diferentes consecuencias– la coacción necesaria a la imposición de los mandatos. Dentro del sistema republicano de división de poderes, la decisión final sobre la norma aplicable a la situación concreta, respaldada por el poder necesario, la toman determinados sujetos, conocidos como jueces, que ejercen, en ciertas condiciones, la facultad jurisdiccional, destinada a resolver las controversias. Esto significa que el sistema jurídico entero desemboca, como por la esclusa de un dique, en esa decisión que afirma derechos en relación a hechos protagonizados real y concretamente por reales y concretos sujetos.

Ahora bien: tales decisiones, dentro del Estado de Derecho, no son (no pueden ser), formalmente, arbitrarias. No pueden tener origen en un mero acto de voluntad o capricho, ya que los sujetos destinados a aplicar las pautas de resolución están gobernados y constreñidos por esas mismas pautas. Para justificar la decisión, para hacerla plausible, deberán acudir a las normas aplicables, que constituyen la base de justificación en la fundamentación de la determinación asumida.

La historia de Occidente, como lo vio Xavier Xubiri, se caracteriza, entre

otras cosas, por su apelación hacia este tipo de pautas objetivas y de vocación racional, que se apartan, en principio, radicalmente de los modos resolutivos de un déspota. Aun los muchos gobiernos dictatoriales que a lo largo de la historia han padecido los pueblos, no se decidieron nunca a abandonar por completo al menos las apariencias de cierta racionalidad y fundamentación. Los razonamientos justificadores de la decisión deben apelar a la norma, cuyo sentido en el caso se realiza a través de la interpretación.

Tal estructura normativa, funcionando mediante reglas operativas que, a su vez, derivan de principios orientadores, conforma un método de control social formalizado, que asegura una relativa previsibilidad de las decisiones, como así también, respecto del poder, una singular dialéctica donde el mismo se divide, sirviendo de apoyo final de un sistema en el que, a su vez, se constriñe y limita.

Esto ha permitido, no sin debates y cuestionamientos variados a lo largo del tiempo, hablar de una Ciencia del Derecho la que, de ser eficaz, “ha de permitir un manejo racional de las situaciones sociales relativamente previsibles”⁸⁴, como en considerable medida ha ocurrido dentro de la historia de los países de Occidente.

Si, con el objeto de no adentrarnos en polémicas epistemológicas, aceptamos para “ciencia” una caracterización relativamente modesta y, a la vez, comprensiva, entendiendo por tal “un grupo organizado de conocimientos sobre una materia dada”, a los que se trata de describir, explicar y determinar a través de reglas generales que hagan previsibles fenómenos futuros⁸⁵, podremos convenir sin esfuerzo en que es posible hablar de una Ciencia del Derecho.

⁸⁴ VERNENGO, Roberto José, *Curso de Teoría General del Derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 398.

⁸⁵ OPPENHEIM, Félix, *Los principios morales en la Filosofía Política* (trad. Ramírez Arazza y J. Utrillo), Fondo de Cultura Económica, México, 1975, p. 16. Agrega este autor: “El propósito de la ciencia no es simplemente describir fenómenos observados o en alguna forma conocidos, sino explicarlos y, posiblemente, vaticinar acontecimientos futuros. Tanto las explicaciones como las predicciones implican una dependencia de leyes generales. El descubrimiento de leyes generales es, en consecuencia, la tarea fundamental de toda ciencia”.

Al surgimiento y consolidación de este saber científico que, como tal estudia a ese específico medio de control social y, a su vez, en gran parte de los casos, forma parte del mismo, contribuyó decisivamente el esfuerzo por elaborar reglas generales, categorías comprensivas de fenómenos variados y criterios interpretativos, todo lo cual redundó en la racionalidad del sistema, en una relativa transparencia de sus mecanismos y en una aceptable previsibilidad sobre el curso probable de las decisiones y consecuencias dables en determinados supuestos.

La interpretación es un mecanismo inherente a la conformación del fenómeno jurídico y a su desarrollo científico.

Dentro de las complejas sociedades contemporáneas, la organización jurídica se estructura, principalmente, como un vasto entramado normativo expresado a través de formas escritas y ubicadas dentro de determinados órdenes. No podemos olvidar que uno de los postulados básicos de las ideas iluministas fue el de la preeminencia de la ley escrita, entendida como concreción de la voluntad general y como valla infranqueable contra la arbitrariedad. Se entendía que estas leyes, producto de la razón y de los intereses generales, contribuían fundamentalmente a la seguridad, ya que permitían a los ciudadanos tener un conocimiento anticipado de lo prohibido y lo permitido, los ámbitos de libertad y disponibilidad, las relaciones entre los hombres y los bienes y los mecanismos atributivos de responsabilidad.

De ahí la concepción –explicable histórica y políticamente– de la preeminencia de la ley y la consecuente desconfianza, si no franca hostilidad, hacia la interpretación.

Luego de la codificación napoleónica, donde se ordenaron sistemáticamente preceptos que se reputaban claros, precisos e insuperables y se realizaron las ideas sustentadas, entre otros, por Montesquieu, Rousseau y Beccaria, se entendió que tales leyes ofrecían soluciones a las diversas situaciones de la vida de relación, por lo que no era necesario otro método aplicativo que una subsunción mecánica de los hechos singulares a la hipótesis general. Incluso el surgimiento del tribunal de casación aparece como un instituto destinado a vi-

gilar y defender esa tesis⁸⁶, siendo su evolución posterior reveladora de la evolución de los criterios aplicativos.

Es sabido que a poco de la publicación del Código Civil en Francia, comenzó a perfilarse una tarea de explicación del texto legal, que culminaría en la denominada Escuela de la Exégesis, paradigma de lo que dio en denominarse como culto de la ley y origen de lo que se desarrollaría con el tiempo hacia la dogmática. En esos primeros estudios encontramos ya la interpretación gramatical y la búsqueda, como criterio fundamental, de lo que se denominó como “voluntad del legislador”, que se entendía como voluntad del soberano. Igualmente, se perfilaron los estudios sobre la analogía y se avanzó hacia lo que conocemos como los principios generales del derecho.

En Alemania, sobre la base de los aportes de Savigny se desarrolló lo que se conoce como dirección dogmática, la que no habla de la ley, sino de las normas, entendiendo a éstas como significaciones lógicas coordinadas, capaces de permitir, en su articulación, cualquier caso posible. Para una correcta interpretación, se proponían los métodos gramatical, lógico, histórico y sistemático, a los que a través de los trabajos de Ihering se agrega el teleológico.

Centrándonos en la materia penal que nos ocupa, se desarrolló en Alemania desde principios de siglo la denominada dogmática jurídico penal que, prácticamente, se identificó con la ciencia del Derecho Penal y que ejerció y ejerce notable influencia en Iberoamérica. En lo fundamental, esta elaboración contribuyó a una precisa construcción de la teoría del delito, entendida como categoría analítica y estratificada imprescindible para la atribución de responsabilidad penal y, por ende, de directa aplicación para la interpretación de los hechos conducentes a la imposición de sanción punitiva.

La interpretación dogmática parte, como base indiscutible, del derecho vigente (dogma), entendido como totalidad, para inferir del mismo su sentido organizado, englobándolo en categorías aplicables a las diversas situaciones

⁸⁶ VESCOVI, Enrique, *Antecedentes históricos de la casación*, en *Temas de casación y recurso extraordinario*, Platense, La Plata, 1982, ps. 8/9. Destaca el autor que la casación, como surge en Francia, tiende primeramente a la defensa del Rey y del legislador, para corregir los excesos interpretativos o los apartamientos efectuados por los órganos judiciales, a los que en todo caso se los consideraba “inferiores y delegados”, implicando por ello “la omnipotencia de la ley y la desconfianza a los órganos aplicativos”.

previstas. Esto implica, como lo vio con claridad Novoa Monreal, una tarea de acopio, análisis, ordenación, simplificación, construcción de conceptos generales, jerarquización y verificación.

Con evidencia, no es el propósito de este trabajo pasar una revista a las diferentes escuelas que han propuesto teorías interpretativas, sino señalar algunas direcciones que resultan necesarias para lo que entiendo como una correcta manera de abordar esta fundamental cuestión.

En la evolución de las ideas al respecto, resulta insoslayable la referencia a Kelsen, no sólo por la decisiva influencia de sus trabajos, sino porque es de elemental justicia advertir que las actuales elaboraciones parten de los puntos a los que arribó el autor citado. En lo que nos interesa señalar, corresponde al jurista vienés el mérito de haber resaltado el proceso de determinación creciente que va desde las normas generales hasta la singular que resuelve el caso concreto, a través de los órganos pertinentes creados por el propio ordenamiento jurídico, comprendido como totalidad articulada. Dice Kelsen: “La norma general que, a ciertos supuestos abstractamente determinados enlaza ciertas consecuencias determinadas también de manera abstracta, tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse a la realidad”⁸⁷. Y para esta tarea, resulta imprescindible la interpretación, comprendida como verificación del sentido de la normatividad aplicable, dentro del marco estructural general. Como lo destacó en su difundida *Teoría pura...*, el aplicador ante el caso “opta” dentro del ámbito de posibilidades legales, ejerciendo –como jurisdicción– un acto de poder, creador de la norma individual.

Las teorías posteriores se han preocupado por analizar los elementos que integran para esa selección determinativa, que se sabe no mecánica y rígida, sino influida por múltiples factores condicionantes.

En este aspecto, se han destacado por igual la influencia de los factores socio-culturales-históricos (Alf Ross), las relaciones del poder (Foucault), las implicancias de los sistemas de signos (Vernengo), las cuestiones lingüísticas (Nino), etcétera.

⁸⁷ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. García Mainez), Universidad Autónoma de México, México, 1969, p. 160.

Las menciones precedentes no son causales, ya que entiendo que los factores indicados, entre otros, resultan de básica consideración para el estudio del tema.

En relación al primer aspecto, “para poder comprender e interpretar el sentido de las normas jurídicas generales” es necesario ubicarlas “en el contexto del orden jurídico positivo”, el que a su vez se halla inmerso en una “tradicción de cultura”. Ahora bien: dentro de las sociedades complejas contemporáneas la cuestión refiere también al tema de la comunicación, ya que desde tal punto de vista las normas “comunican” directivas, encontrándose articuladas en un vasto sistema de saber donde, en realidad, los destinatarios no son los ciudadanos (que, por lo general, no sólo no las comprenden adecuadamente, sino que ni tan siquiera las conocen), sino ese particular grupo que denominamos los juristas. Esto implica que las leyes son comunicaciones comprensibles dentro de un cierto “código” de conceptos, principios, tradiciones, categorías, ficciones, esquemas mentales, etcétera, que manejan, con frecuencia sibilísticamente, quienes se dedican al derecho. “Los hombres del derecho juegan el papel de descifradores de los mensajes jurídicos expresados por las normas...”⁸⁸

Este enfoque nos lleva a la pregunta sobre quiénes interpretan. A esta altura de la exposición, la respuesta es obvia: los hombres de derecho. Dentro de tan vasta denominación, comprendemos a los teóricos que en sus obras precisan el sentido de los preceptos y los articulan sistemáticamente, a los profesores universitarios que transmiten el saber y determinados enfoques sobre el mismo, a los abogados prácticos que asesoran a sus clientes y plantean judicialmente sus peticiones, a los representantes de los ministerios públicos, a los asesores de reparticiones ejecutivas y, por supuesto, a los jueces que, en definitiva, declaran jurisdiccionalmente lo que deciden correspondiente a la situación fáctica considerada.

⁸⁸ PETZOL-PERNIA, Hermann, *Algunas notas sobre la noción de interpretación jurídica de Alf Ross*, en *Alf Ross: estudios en su homenaje*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1984, ps. 318/319. Igualmente: ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho* (trad. J. Barbosa), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 164.

Ahora bien: tanto por la posición social de los dueños de este saber como por los intereses que se representan, es evidente que esta interpretación no es aséptica, sino que representa, en cada momento histórico y conforme a las cambiantes condiciones de fuerzas, factores de poder. El más notorio, pero no el único, es el representado por los jueces, que forman parte institucional del gobierno de un Estado, pero que tampoco puede ser comprendido como algo monolítico y mecánico (por ejemplo, como representantes de la clase dominante), sino en relación a líneas de fuerza que conforman esa “microfísica del poder” de que habló Foucault y que, desde otra óptica y en relación a la sociedad democrática, estudia Bobbio cuando se refiere a la actual y dominante vigencia de relaciones político-sociales de índole contractual⁸⁹.

Puesto en clave lo anterior, corresponde atender a una segunda pregunta fundamental: ¿Qué es lo que se interpreta? Responder: las normas, es decir: nada y quedarnos en un estado anterior al interrogante. Es menester, para avanzar, detenernos en la forma expresiva que es, en el mundo contemporáneo, la palabra escrita y, especialmente, su fundamental ambigüedad que es otra –y no la menos relevante– de las razones que explican la insoslayable necesidad de la interpretación.

Los mensajes transmitidos por las normas están concretados en expresiones verbales, es decir, en las convenciones sociales que otorgan determinados significados a ciertos símbolos. Como dice Nino: “No es del todo exagerado sostener que los jueces se encuentran vinculados con el derecho legislado, no por un conjunto de normas, sino por una serie de oraciones cuyo significado es asignado de acuerdo con ciertas reglas semánticas y sintácticas, las haya tomado o no en cuenta el propio legislador”⁹⁰.

El derecho se expresa mediante el habla habitual, no obstante utilizar pa-

⁸⁹ BOBBIO, *El futuro de la democracia* (trad. Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

⁹⁰ NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 245. Del mismo autor ver también *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, donde se indica: “Ningún sistema jurídico puede proveer soluciones unívocas para todo caso posible”, lo que lleva a que las decisiones jurídicas impliquen siempre adopciones valorativas en la justificación de las normas mentadas como justificaciones de lo decidido.

labras a las que dota de contenido específico. Esto ocasiona que en la generalidad de los casos los términos empleados no tengan la univocidad propia de un lenguaje científico estricto y que incluso las mismas palabras, en diferentes contextos jurídicos (vgr.: acción, legalidad, tercero, instancia, interés, juicio, etc.) signifiquen cosas muy diversas.

Existe una tensión y una articulación permanente entre el lenguaje habitual y el lenguaje profesional jurídico, lo que redundará en una especial especificidad asentada sobre lo ambiguo de la relación. Precisamente, tal característica deviene en que las palabras y las frases que conforman las normas, puedan tener significados diferentes, derivados de la imprecisión misma del lenguaje, lo que unido a la ya señalada distancia entre la abstracción legal y la situación de hecho concreta, no sólo posibilita sino que hace imprescindible la interpretación para la aplicación.

Ahora bien: desde antiguo el saber jurídico se preocupó por encontrar reglas para tal interpretación que, como indica Vernengo, no son sino pautas de derivación, es decir, normas que desde lo general van concretándose hacia lo singular, desembocando en lo individual aplicable al caso concreto. Esto lleva a reafirmar la idea de la plenitud jerárquicamente ordenada del sistema jurídico, que si bien es un medio formalizado de control social que, en definitiva responde a las relaciones de poder dadas históricamente, aparece como un hecho social específico gobernado por sus propias leyes que, como conjunto, no son un resultado mecánico (una superestructura) de los factores sociales condicionantes.

Con todos sus defectos y limitaciones, la interpretación de las leyes positivas es un intento de racionalidad y previsibilidad. Para advertir la dirección correcta de la aplicación fundada, es menester tener en cuenta –más allá de los requerimientos dogmáticos específicos– las pautas generales sobre las que se asienta un determinado orden jurídico, pautas que traducen una concepción del hombre, del poder y de la vida de relación, plasmadas en la normatividad fundamental que, en nuestra tradición cultural, conocemos como Constitución.

2. LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

El sistema jurídico de un Estado de Derecho, se estructura en torno a normas fundamentales en las que aparecen consagrados los derechos de sus habitantes, los límites del poder y la organización de su gobierno. Implica la supremacía de ese conjunto normativo por sobre el resto de ordenamiento (y de quienes lo ejecutan) y la consecuente idea de la preeminencia legal por sobre los voluntarismos particulares.

Lo que normalmente se entiende por Estado de Derecho es la caracterización de un tipo de organización política dentro de la cual, todos sus integrantes, sin excepciones, se hallan igualmente sometidos a reglas de derecho objetivo, las que definen con claridad el campo de lo lícito y de lo ilícito y las condiciones de ejercicio del poder. Históricamente, esto se asoció con la idea del imperio de la ley, en oposición a la voluntad omnímoda de los monarcas absolutos. Y dentro de lo que dio en denominarse como “constitucionalismo”, la ley fundamental es el conjunto de disposiciones escritas básicas conocidas como constitución, que rige por igual para gobernados y gobernantes.

Aunque con buenos argumentos numerosos autores refieren los orígenes del constitucionalismo a Inglaterra, no puede discutirse que la primera constitución escrita aparece con los Estados Unidos de Norteamérica donde, con certera frase de Tocqueville, “después de haber encerrado al gobierno en un círculo de acción claramente trazado, se trataba de saber cómo podría moverse”⁹¹.

La exactitud de esta caracterización exige de mayores comentarios, ya que como bien lo destacó Sánchez Viamonte “la historia del constitucionalismo es, también, la historia de las limitaciones al poder público”⁹², lo que con respecto a la materia penal es de diáfana claridad, mostrando una línea evolutiva que no sólo encontramos dentro del constitucionalismo del siglo XIX –que marca las líneas fundamentales– inspirado en las ideas del Ilumi-

⁹¹ TOCQUEVILLE, *La democracia en América* (trad. L. Cuéllar), Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 120.

⁹² SANCHEZ VIAMONTE, voz *Constitucionalismo*, en E. J. O., t. III, ps. 1041/55.

nismo anterior, sino que llega hasta nuestros días, como lo evidencian las recientes constituciones provinciales argentinas y la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.

Retengamos estas ideas sobre las que pronto se volverá.

En consecuencia, es una idea aceptada sin discusiones dentro del actual desarrollo de las ciencias jurídicas, que el Estado de Derecho se basa y asienta sobre la Constitución, entendida como la normatividad fundamental, de la cual dimana, en un sucesivo y creciente grado de particularización, el resto del ordenamiento.

Los estudios de Kelsen sobre esta materia continúan presentándose como los de mayor rigurosidad. Refiriéndose al proceso de derivación de validez de las diferentes normas del orden jurídico, señala Kelsen que la validez de la Constitución “es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico”⁹³, que se convierte en el pilar del conjunto del derecho positivo de un Estado.

Ahora bien: mientras la interpretación, conducente a la aplicación, de las normas particulares del orden jurídico se realiza en lo básico mediante una referencia a la Constitución, cuando se trata de ésta surgen las dificultades, ya que al ser la norma superior y fundante el proceso de derivación concluye en sus disposiciones, sin que resulte posible remitirse a otro nivel jurídico de grado superior. De ahí que todas las consideraciones que se han señalado en torno al problema interpretativo, adquieren aquí una especial relevancia, al extremo de que puede afirmarse que la constitucional constituye la interpretación por antonomasia.

Sobre los preceptos constitucionales se dijo:

El carácter fundamental y supremo que reviste el derecho de la Constitución, se traduce técnicamente en normas de gran estabilidad a la vez que flexibilidad, redactadas en un estilo diferente al de las leyes ordinarias, como que se trata de preceptos destinados a regir durante largo tiempo, de reforma difícil, y cuya generalidad les

⁹³ KELSEN, ob. cit., p. 135.

permite comprender, en el curso del tiempo, situaciones muchas veces no contempladas por el constituyente⁹⁴.

Es interesante destacar que el doctor Linares Quintana, autor de la cita precedente, articula la interpretación constitucional en relación al proyecto político general que ese texto fundamental procura instrumentar, lo que implica un análisis teleológico que resulta coherente no sólo con respecto al contenido y estructuración de las normas que la integran, sino también con referencia a la evolución histórica dentro de la que surge y se explica y al sistema de ideas directrices que le dieron sentido y dinámica. Acorde con esto comprende como criterios guías para una adecuada interpretación: restricción de poderes públicos y afianzamiento de la libertad individual: “La finalidad suprema y última de la norma constitucional –dice– es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre, frente al Estado y a los demás habitantes”; amplitud, liberalidad y practicidad en la aplicación del sentido de tales normas; comprensión de las palabras y frases empleadas, sin marginar ni suprimir las ideas mentadas; interpretación totalizadora e integral; adaptación a las circunstancias históricas y sociales de la evolución de los tiempos; idea restrictiva sobre excepciones y privilegios.

Desde otra perspectiva de análisis, es útil mencionar los aportes elaborados por Novoa Monreal, que desmitificando concepciones tradicionales sobre el derecho, acentúa su carácter fundamentalmente instrumental para el logro de un determinado orden social⁹⁵. En esta inteligencia, la Constitución responde a un claro propósito de elaborar las bases fundantes de un sistema de convivencia que se asienta sobre la dignidad y libertad individual, sobre derechos reconocidos como esenciales para todos los habitantes y de garantías que los protejan, de una concepción de la soberanía popular ejercida a través de sistemas de gobierno representativos y divididos en funciones específicas y recíprocamente controladas, en una estructura de limitación del poder, cuyas bases residen en el conjunto de los habitantes, destinatarios finales de todo el sistema.

En consecuencia, la idea, con sus múltiples significaciones y dinámicas posi-

⁹⁴ LINARES QUINTANA, voz *Interpretación constitucional*, en E. J. O., t. XVI, p. 481 y ss.

⁹⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Crítica y desmitificación del Derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985.

bilidades siempre abiertas, del Estado republicano democrático de derecho, es el núcleo del proyecto de organización político-jurídica de la Constitución Nacional.

La afirmación anterior, que se justifica por los numerosos y congruentes antecedentes que, como firmes tendencias advertibles desde el movimiento revolucionario de mayo de 1810 confluyen en el dictado de la Constitución de 1853, conduce a que deba prestarse atención a los peculiares avatares de nuestra historia, signada –desgraciadamente– por múltiples apartamientos autoritarios de esa línea política. Tal dato resulta insoslayable, ya que de no tenérselo en cuenta, hace imposible de desentrañar la misma evolución jurídica. Las fracturas al orden constitucional, producidas a través de golpes de Estado, no pudieron menos que repercutir negativamente en el permanente proceso de interpretación y derivación constitucional, ya que de hecho se daban alternativas de poder marginadas de las disposiciones fundamentales.

Es un dato objetivo el de que, en muchos casos, ocasiones y en diversa medida, la Constitución Nacional, como plasmación de un sistema positivo de ideas, distó de ser cumplida. A más de los notorios ejemplos de fracturas del orden institucional, debe advertirse que algunas de sus disposiciones, como las relativas al juicio criminal por jurados, no fueron nunca cumplidas. De la misma forma, leyes como la del procedimiento penal del fuero federal, se apartaron en un todo del espíritu constitucional.

Estas circunstancias produjeron una singular debilidad de la interpretación constitucional, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina que, salvo excepciones, se caracterizaron por una visión mediocre y restrictiva más que por un trabajo enriquecedor y ampliatorio, lo que, por supuesto, repercutió directamente en la aplicación del derecho.

Como regla general, podría proponerse la idea de que una auténtica interpretación constitucional todavía está necesitada de realización en nuestro ámbito jurídico y que los valiosos antecedentes de pensadores como Joaquín V. González, Sánchez Viamonte o Linares Quintana necesitan de continuación y profundización.

Desde otro punto de vista del análisis del problema, es posible didácticamente distinguir entre lo que podemos denominar como interpretación nega-

tiva y positiva del texto constitucional, la primera es la más frecuente y habitual y consiste en la descalificación de una ley o resolución que se aparta de los mandatos constitucionales; la segunda, en vías de realización y aun difícil de definir con precisión, consistiría en un ahondamiento teleológico, una guía de acción, para compaginar de la manera más armónica lo querido por la Constitución con las leyes y resoluciones.

Esta importante tendencia puede encontrarse en el pensamiento jurídico español post franquista y ha llevado a la caracterización de una interpretación “según Constitución”, en procura de hallar el sentido profundo del sistema, que ilumina la interpretación de cada norma en particular, con especial referencia a las de índole penal. En este aspecto se ha expresado que las leyes deben ser comprendidas de modo que se las haga compatibles “no sólo con concretos preceptos constitucionales, sino también con la idea de derecho que anida en el conjunto del texto constitucional”⁹⁶.

Dado que la materia penal aparece como la última frontera de protección del orden jurídico y como la manifestación de más aguda reacción estatal formalizada ante la transgresión de la normatividad imperante, es lógico que en esta zona repercutan de manera más directa, evidente y representativa las ideas fundamentales en torno a las cuales se ha estructurado y mantenido el sistema de convivencia. En ningún otro aspecto tanto como en el penal se plasma la auténtica verdad (la del castigo) de un sistema jurídico.

La experiencia histórica ha demostrado con harta elocuencia que en largos y variados períodos la fuerza coactiva del Estado ha sido empleada para el mantenimiento de determinadas estructuras sociales a través de los ordenamientos penales, que no eran otra cosa que el vehículo de acción del poder institucionalizado. Las “ceremonias del castigo” (Foucault) en las que culminaba la ejecución punitiva, producto de un proceso que era en sí mismo, y desde su inicio, una forma de castigo y de reafirmación de la autoridad como valor fundante, demostraban a las claras la misión conferida, explícita o implícitamente, al aparato penal.

⁹⁶ COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, t. I, p. 47.

En definitiva: el derecho punitivo no era otra cosa que un sistema de opresión y de castigo, un medio eficaz de reafirmación autoritaria.

No extraña entonces que gran parte del pensamiento iluminista dedicase considerable parte de sus esfuerzos a señalar los abusos de tal sistema y a propiciar reformas que, en lo básico, postulaban la humanización, la racionalidad, la limitación y la tecnificación del ordenamiento y que las constituciones que surgieron de los cambios políticos imbuidos de esas ideas, prestaran especial atención a la materia penal.

Surgen así en las constituciones republicanas los denominados sistemas garantizadores, que se ocupan de establecer qué conductas puede el legislador tipificar como delito y qué condiciones deben reunirse, y a través de qué mecanismos, para afirmar la responsabilidad penal de un sujeto y la consecuente imposición de pena. De ahí que haya podido decirse, sin exageración, que el Derecho Procesal no es sino una implementación operativa de los preceptos constitucionales, lo que, por otra parte también explica que las constituciones más modernas se preocupen por definir normas concretas y específicas en el tema de garantías.

En consecuencia: en ninguna otra materia tanto como en ésta, la interpretación constitucional se hace no sólo necesaria, sino imprescindible.

Más aún: puede pensarse que en nuestro país, y más allá de algunos casos positivos, todavía es mucho lo por recorrer en un camino que no ha sido demasiado bien transitado, tanto en lo que refiere a la legislación y la interpretación doctrinaria, como en lo que atañe a la aplicación jurisprudencial, en más de un aspecto decepcionante. Esta tarea refiere por igual a un ahondamiento en las bases del sistema penal de la democracia y la consecuente implementación de reformas profundas sobre la totalidad de la legislación respectiva, como a una constante tarea aplicativa. En tal sentido, la tarea doctrinaria tiene mucho que aportar, pudiendo advertirse positivos intentos en los últimos tiempos. Donde tal vez sea más necesario sumar esfuerzos es en la zona de práctica concreta, ya que es ahí donde se produce el punto de toque, de real verificación de todo el sistema. Si los jueces no aplican el Derecho Penal según el espíritu de la Constitución, todo el sistema deja de respon-

der al esquema debido. Y en esta labor, los abogados, a través del pleno y consciente ejercicio del derecho de defensa, como protagonistas privilegiados del fenómeno procesal, deben procurar la correcta aplicación del derecho, afinando permanentemente la interpretación operativa de la normatividad en función de los postulados de nuestra Ley Fundamental. Porque, como ya se señaló, la tarea interpretativa, como condición aplicativa, si bien desemboca en el acto final de decisión jurisdiccional que compete a los órganos pertinentes, no se produce sino dentro del proceso y en éste, cada uno de los intervinientes, aporta elementos para el pronunciamiento conclusivo.

La principal y más alta labor de todo hombre de derecho, es la de intentar ser un fiel intérprete de la Constitución, procurando hacer vigente real no sólo sus expresas disposiciones, sino la plenitud de su sentido.

3. LA BUSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO Y LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Un tema sobre el que repercute de manera directa todo lo dicho en torno a la interpretación de las normas procesales de derivación constitucional y su relación con la actividad de la defensa, es el de la prueba irregular, es decir, del valor acreditante otorgado a aquellas constancias incorporadas al proceso al margen o con quebrantamiento de las garantías fundamentales.

Desde antiguo la doctrina penal gustó de repetir que una de las finalidades del proceso era la obtención de la verdad real y que la actividad investigativa tendía –como expresamente lo declaran algunas normas procesales– a alcanzar una reconstrucción histórica del objeto procesal.

Sin entrar en una discusión epistemológica de esa idea, de indiscutible prosapia inquisitiva y sobre la que muchas objeciones pueden formularse, resulta claro que, aun admitiendo tal finalidad, que se relaciona directamente con la cuestión de la eficacia, la misma se encuentra clara y terminantemente limitada por el sistema de garantías que estructuran, de acuerdo con la Constitución, la realización penal.

No cuesta comprender que si se parte, como históricamente ha ocurrido,

de una concepción represiva que privilegia la eficiencia de la averiguación, todo lo que implique trabas a la misma será considerado como un obstáculo molesto del que hay que desembarazarse lo antes posible. Y ya sabemos que en la implacable lógica de tal posición, se acudirá a cualquier método que permita la averiguación: organización de una red de espionaje, fomento de las delaciones y denuncias anónimas, recompensas por la información, intervención de comunicaciones, sobornos, amenazas y presiones, allanamientos sin recaudos, apremios a los detenidos, etcétera. El catálogo es largo y para conformarlo basta acudir a rápidos vistazos históricos. Y siempre, el justificativo de tal tipo de actos, es reivindicar la necesidad de la eficiencia.

La Constitución Nacional, las constituciones provinciales y la legislación procesal, ponen condiciones y límites a la realización, límites que están dados por aquellos principios en torno a los cuales se ha organizado el Estado de Derecho republicano y democrático y cuyo quebrantamiento, por los motivos que fueren aducidos, resquebraja las bases mismas del sistema sobre el cual se asienta el proyecto o modelo de convivencia plasmado por esa normatividad instituyente.

De tal manera, pretender combatir el delito con procedimientos delictivos, a más de un contrasentido lógico y ético, implicaría una lesión a los bienes fundamentales para cuya defensa existe el Estado y que, en última instancia, constituyen su última justificación y razón de ser.

Que un delincuente delinca (ya lo vio Durkheim) es algo, si se quiere, esperable y "normal". Pero que el Estado lo haga, a través de sus órganos, es algo que resquebraja el sistema jurídico íntegro. Y que los jueces "legitimen" tal proceder, implica que no son jueces de la Constitución. En otras páginas expresé que nada hay más escandaloso que quienes administran justicia no sean "justos"⁹⁷, cosa que, dramática y reiteradamente, acontece con mucho mayor frecuencia que la deseable.

Sabemos que nada más peligroso para la libertad y para el mantenimiento de formas civilizadas de convivencia, que el denominado terrorismo de Esta-

⁹⁷ VAZQUEZ ROSSI, *Crisis de la justicia penal. Diagnóstico y propuestas*, en *Doctrina Penal*, Nº 39, Buenos Aires, julio-septiembre 1987, ps. 439/453.

do. La enorme potencialidad de los medios oficiales, la fuerza del aparato, los recursos de que puede disponer para una represión indiscriminada, superan con creces los de cualquier organización delictiva, por lo que su capacidad aniquilante de la seguridad y de la libertad, resultan estremecedoras y apabullantes.

De ahí que todo cuidado, todo énfasis en limitar racional y jurídicamente ese potencial de terror, resulte una tarea que, al menos en nuestra sufrida Latinoamérica, exige urgencia, cuidado y constante vigilancia,

Por fortuna en nuestro país, junto a tantas experiencias decepcionantes, que a veces conducen a una suerte de fatiga nihilista, existen de tanto en tanto, en menor cantidad de la deseable, algunos buenos pronunciamientos democráticos del menos democrático de los poderes del Estado. Es conocido, respecto al tema de los apremios ilegales, el caso "Montenegro", a raíz del cual, en las postrimerías del proceso militar de 1976/83, la propia Corte que había tantas veces convalidado el régimen de terror, parece reaccionar ante lo mismo que había aceptado, sentando la doctrina de la descalificación de aquellos actos procesales producidos en contra de las expresas garantías constitucionales. Pero mayor significación adquieren otros fallos, que en el contexto democrático, avanzan sobre cuestiones directamente relacionadas con las garantías fundamentales, ahondando en una doctrina que, en lo básico, atiende a la privación jurídica de efectos de todo acto introductivo de prueba, cuando el mismo se ha realizado en violación de un precepto garantizador.

La cuestión de la prueba irregular o violatoria ha ocupado con razón a la última doctrina ya que el tema dista de ser, en nuestro medio, meramente académico, para adquirir una importancia decisiva, que compromete la perspectiva desde la cual se procura la realización penal y la implementación de criterios racionales en la administración de justicia punitiva.

El punto se circunscribió básicamente a casos de allanamientos sin los debidos recaudos, pero las consideraciones sobre el tema excedieron con amplitud y profundidad ese análisis concreto para abarcar la problemática general del debido proceso.

El primer elemento relevante que se advierte en la jurisprudencia de-

mocrática es el propósito de poner firmes límites a las actividades preventivas y, como consecuencia, descalificar procesalmente aquellos procedimientos efectuados al margen del esquema constitucional garantizador.

Antes de seguir profundizando la cuestión señalemos una característica que, de modo objetivo, se advierte sin dificultad en nuestros modos de realización penal. Por lo común, la investigación de los ilícitos penales, se realiza a través de la actividad policial. Es esta autoridad administrativa la que, de oficio o por denuncia, investiga los hechos delictivos, reuniendo las constancias pertinentes e individualizando a los presuntos autores. Sobre tal base, se confecciona el denominado sumario preventivo, que una vez completado es elevado a los órganos judiciales que, en la mayoría de los casos, se limitan a judicializar las constancias, repitiendo y, en el mejor de los supuestos, ahondando lo ya investigado. Esto significa que, de hecho, la actividad policial es la que determina plenamente la plataforma fáctica y el conjunto probatorio.

La consecuencia evidente de este modo de actuación real de la justicia penal es la de que el auténtico control de la persecución penal se encuentra en poder de estos particulares órganos administrativos, quienes, por diversas razones y con modalidades que han ofrecido y ofrecen abundante material a los estudios criminológicos, seleccionan la clientela penal, en un auténtico y no reglado ejercicio del principio de oportunidad.

A la Administración de Justicia llega lo que la policía quiere que llegue y, más aún, en las condiciones y circunstancias que tal ente elige.

Esa investigación policial en más de una ocasión se estructuró sobre el sistemático empleo de medios repugnantes a las garantías constitucionales. Es decir: a más de los males inherentes a la propia normatividad, se daban desviaciones de tal normatividad. Y tal hecho, público y notorio, era subrepticamente tolerado (cuando no directamente estimulado y siempre justificado como necesario y eficaz) por las autoridades, administrativas y judiciales. Estas últimas, desestimaban toda denuncia por violaciones a las garantías o, si se procedía, se hacía de tal manera que todo caía en vía muerta y, procesalmente, como se expresa en "Montenegro", se valoraban como elementos positivos de la incriminación las constancias aportadas irregularmente.

Para quebrar esta corruptela, no hay otra solución realizativa que la privación de efectos del acto ilegal y/o irregular, es decir, lo que la doctrina ha denominado como “cláusula de exclusión”.

Esta doctrina se impuso en la Corte en el caso “Fiorentino”⁹⁸, del 27 de noviembre de 1984. El hecho relevante consistió, como es sabido, en un operativo policial mediante el cual se secuestraron cigarrillos de marihuana en el domicilio de los padres del imputado, allanamiento efectuado sin la orden judicial pertinente, pero –se adujo– con el consentimiento de los moradores. En el dictamen del Procurador General se definió la cuestión de “la determinación de la naturaleza de la garantía constitucional, cuya protección se requiere”, lo que lleva al tema de estricta interpretación constitucional de “establecer el alcance de la aptitud protectora de esa garantía, aptitud que la ley sólo instrumenta”. Citándose el precedente del caso “Siri” (f. 239, p. 459) se afirma correctamente que “las garantías individuales existen y protegen a los ciudadanos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias” que –agrego– no pueden nunca desconocerlas, limitarlas ni colocarles cortapisas que las desnaturalicen. También se menciona la calificada opinión al respecto de Joaquín V. González, quien enfatizaba sobre que cada uno de los artículos de la Ley Fundamental tiene, por sí, plena fuerza obligatoria para gobernantes y gobernados, por lo que “los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto”.

El dictamen aborda luego el nudo problemático del tema considerado y que radica en el valor probatorio de un procedimiento ilegal, aseverándose – en exacta doctrina– que lo obtenido de esa manera no puede ser fundamento de una sentencia condenatoria. Y esto, porque además de lo ya apuntado, “por un imperativo legal arraigado en un principio ético, para cumplir su misión de reprimir el delito, el Estado no puede aprovechar de acciones ilícitas”. De tal manera, toda vez que el Estado de Derecho implica que éste es el centro de imputación de la legalidad, que así mismo lo engloba y constriñe y obli-

⁹⁸ El caso “Fiorentino”, al igual que “Monticelli de Prozillo” y “Barboza. Carlos Alberto”, obran en *Doctrina Penal*, Nº 29, Buenos Aires, enero-marzo 1985, p. 76 y ss.

ga, jamás –mientras se mantenga tal Estado– puede apelarse, por el pretexto o motivo que fuere, a procedimientos que vulneren la legalidad o se marginen de ella. La eficacia en la investigación y castigo del delito, no puede hacerse con conductas delictivas, “...el éxito de una investigación penal no puede ni debe basarse en la realización de conductas antijurídicas, ya que de tal modo para evitar un daño se realiza otro, con el agravante de que sus autores son precisamente quienes fueron comisionados por la sociedad para custodiar la legalidad”.

Y aquí llegamos al aspecto central que fue exhaustivamente considerado en el caso “Monticelli de Prozillo”, fallado el 10 de agosto de 1984 por la Sala I de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, integrada por los doctores Gil Lavedra, Arslanián y Torlasco, acerca del cual este último expresó: “A mi juicio, no puede hablarse del conflicto entre dos intereses: el de la sociedad en que se reprima el delito y el del individuo en ser protegido de acuerdo a las garantías que la Constitución le otorga. En efecto, la sociedad tiene interés legítimo, como comunidad civilizada organizada, en que no se perpetren actos vulnerantes de la legalidad –delitos– y, ante su consumación, dispone penalidades”. Pero éstas sólo pueden imponerse a través del debido proceso, es decir, el realizado ante los jueces naturales y fundado en ley anterior al hecho, con pleno ejercicio de la defensa y total observancia de las formas sustanciales derivadas de la Constitución. Entonces, “mal puede hablarse [...] del interés social frustrado cuando por no haberse observado las formalidades procesales que hacen a una garantía fundamental corresponda un juicio absolutorio del acusado”. Por el contrario, de acuerdo con los más remotos antecedentes de nuestra evolución jurídica y espíritu que alentó en los hombres de Mayo y a los Constituyentes, “el castigo de un individuo sólo es pensable para nuestra sociedad jurídicamente organizada en el marco de la observancia de la ley y, fundamentalmente, de la Constitución”, por lo que no puede hablarse de aparentes conflictos, ni de intereses contrapuestos. “Sólo la observancia acabada de las leyes satisfará el interés social, acallará el estrépito del delito y cumplirá la voluntad constituyente y constituida de la Nación”.

Entiendo que a través de lo expresado en las dos opiniones precedentes, a

las que deberían agregarse otras igualmente valiosas de similar período, se formula un pensamiento interpretativo que coloca el planteo y solución de estos temas en su exacta dimensión. Y ello por: a) para la solución de conflictos derivados de la realización penal, se tiene como guía insoslayable la Constitución Nacional; b) las normas fundamentales se entienden como prevalecientes por sobre cualquier otra regulación, tienen virtualidad operativa y son de aplicación obligatoria para todo órgano jurisdiccional; c) el esquema opositivo entre el interés social en la represión del delito y el del individuo sometido a proceso en que se cumplan las garantías, es un falso dilema, ya que es la sociedad jurídicamente organizada la comprometida en una justa composición de los conflictos; y d) el Estado, como guardián y depositario de la legalidad, no puede aprovecharse de procedimientos efectuados al margen de tal legalidad, correspondiendo la descalificación jurídica de tales actos.

Como se advierte sin esfuerzo, el precedente esquema excede con creces la problemática de los allanamientos sin orden judicial para inscribirse dentro del más amplio y fundamental de una justa y regular realización penal, comprensiva del cumplimiento estricto del conjunto garantizador, dentro del cual, por cierto, ocupa un lugar preponderante lo relativo a la defensa.

Y de lo que en manera especial conviene retener, en la medida en que ello implica una visión correcta sobre el encuadre de los elementos involucrados dentro del proceso penal, es lo relativo a la oposición entre eficacia y garantía, entre condena y absolución, entre represión y libertad, entre averiguación y límites de actividad.

Es dable advertir que la doctrina predominante ha hablado en el país del conflicto u oposición de intereses, lo que, por otra parte, ha ocupado no sólo a pensadores jurídicos de otros ámbitos, sino también a realizadores fílmicos y televisivos.

Esta dicotomía de intereses fue expuesta con claridad por Vélez Mariconde, continuada por Clariá Olmedo y, actualmente, mantenida por Maier, quien sostiene que la regla de la persecución penal pública (inquisición) “como función esencial del Estado”, se encuentra limitada, “a manera de correctivo”, por “valores otorgados a la persona humana”, que dentro de la

gradación ideológica de nuestro sistema, se encuentran en un primer plano”⁹⁹.

Entiendo que si bien resulta indiscutible que, en el nivel de realidad de las concretas personas involucradas dentro de una cuestión penal (como cualquiera de las ventiladas en un proceso) se dan intereses y posiciones contrapuestos, ello no debe llevar a confundir el problema, ya que el mismo debe plantearse en relación a los fines del proceso dentro del Estado democrático de derecho y para ello, como condición esencial de legalidad, debe mantenerse el más pleno acatamiento al texto y espíritu constitucionales. En consecuencia: si como lo definió con insuperable claridad una centuria atrás Francisco Carrara, el derecho es tutela jurídica y el delito lesión a tal derecho, la realización procesal, como método racional aplicativo de la normatividad pertinente, es, en lo fundamental, un fenómeno jurídico privilegiado que arbitra los medios para la investigación y discusión en orden a la determinación de responsabilidad penal. Y para hacerlo, acorde con el principio de derivación y concordancia constitucional, es menester cumplimentar estrictas condiciones que no son otras que los límites establecidos a la persecución penal y, más aún, al poder del Estado. De ahí entonces que si empíricamente puede hablarse de un conflicto, desde un estricto punto de vista normativo ello es un contrasentido, ya que el mantenimiento de la legalidad, tanto en los niveles sustantivos como adjetivos, es la finalidad básica del Estado y su misma razón de ser, lo que le da su justificación. De tal manera, el interés social generado históricamente como plasmación de un modelo de convivencia concretado a través de los preceptos constitucionales, se encuentra en plenitud reconocido cuando se cumple sin fisuras con lo establecido en estas normas. La justa y regular aplicación del derecho excluye un conflicto entre interés individual y social, ya que ambos, sintéticamente, están englobados en la realización del debido proceso que, como se vio, abarca a cada uno y a todos los elementos del esquema garantizador, que impide el desborde autoritario, preocupación básica de nuestra Constitución Nacional que, en todo problema de la naturaleza de los considerados, exige una interpretación orientada hacia la libertad.

⁹⁹ MAIER, *Inviolabilidad de domicilio*, en *Doctrina Penal*, N° 29, Buenos Aires, enero-marzo 1985, p. 59 y ss.

CAPITULO V

EL CONCEPTO JURIDICO DE DEFENSA

Puestos en claro los fundamentos del derecho de defensa y su necesaria estructuración dentro del proceso, habiéndose puntualizado suficientemente que la defensa es defensa en juicio y los requisitos, presupuestos y bases que como garantía insoslayable implican al instituto, toca ahora acometer la tarea de precisar su conceptualización jurídica.

En tal aspecto, puede adelantarse desde ya que en el actual desenvolvimiento normativo, jurisprudencial y doctrinario, el concepto de defensa debe ser entendido como uno de aquellos con rango fundamental dentro del ordenamiento procesal. Más aún; la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado y la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia, dentro del Estado de Derecho, hacen que no pueda concebirse la idea de proceso penal sin la debida defensa, así como no puede pensarse tal proceso sin las nociones de acción y jurisdicción. La defensa es un elemento esencial, un requisito insoslayable de validez y su correcta conceptualización resulta necesaria no sólo a los efectos de la claridad teórica, sino en función interpretativa y práctica.

Al mismo tiempo, es menester señalar que dentro del desenvolvimiento

doctrinario este instituto ha ido abriéndose camino paulatinamente en la misma medida en que lo han hecho otras nociones que, gracias a trabajos investigativos de singular seriedad, forman parte de las actuales concepciones sobre el procedimiento penal. A este estadio de conocimientos se ha llegado entre nosotros gracias a los aportes de los procesalistas alemanes (especialmente Beling, Rosenfeld, Graf Zu Dohna, Goldschmidt y Eberhard Schmidt) y, particularmente, italianos (Luchini, Carnelutti, Manzini, Florián y el más reciente e influyente Leone), quienes repercutieron decisivamente sobre nuestro medio, contribuyendo a superar el influjo de la preponderancia hispánica (y ciertamente, no de la mejor doctrina española) de vieja data. Así surgieron los aportes de tratadistas argentinos de la importancia de Levene, Oderigo, Bartoloni Ferro, Vélez Mariconde y Clariá Olmedo quienes, a su vez, en mucho incidieron en reformas legislativas que actualizaron los códigos procesales.

La disposición de tan vasto y calificado material permite una tarea de síntesis, procurando reunir (como se indicó en la Introducción) los aportes de la doctrina procesal en torno al tema que nos ocupa y centralizando el estudio del mismo desde la indicada perspectiva. Pero es de justicia señalar que en más de un caso extraña la poca atención prestada por tratadistas tradicionales a la cuestión de la defensa. Por lo general, se habla extensamente del Ministerio Público, de la jurisdicción y aun del imputado, pero sólo en forma muy ligera se hacen aproximaciones y menciones sobre la defensa.

Con justificada motivación se quejaba Carnelutti de la escasa elaboración científica de las nociones de defensa y defensor¹⁰⁰, insistiendo en el rango central que tales conceptos tienen dentro de la estructuración teórica del proceso. Al mismo tiempo, debe advertirse que más de un autor habla genéricamente del “defensor”, pero sin ahondar previamente —como bien lo hace Leone— en la determinación del derecho de defensa, el que, desde un punto de vista estrictamente lógico, precede a la configuración conceptual del sujeto que ejerce tal derecho.

En la medida en que sostenemos una idea estructural del proceso, es evi-

¹⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ejea, Buenos Aires, 1961.

dente que ninguna de las partes integrantes pueden entenderse y analizarse sino en función de la totalidad significativa que les da sentido, explicación y coherencia. De ahí que sea menester una liminar referencia a los conceptos de acción y jurisdicción antes de pasar de lleno al tema de la defensa.

1. LA JURISDICCION

Recuerda el doctor Eduardo Carlos¹⁰¹ que el término “jurisdicción” deriva del vocablo latino *iurisdictio*, que puede traducirse por “decir o mostrar el derecho”. Esto implica que el acto de “mostrar” o, más bien, declarar, es lógicamente posterior a la existencia del derecho en cuestión. Así como hay órganos encargados de la elaboración de la ley, hay otro a quien le está encomendado mostrarlo, decirlo o declararlo. De ahí la definición de Couture¹⁰², coincidente con Alsina y los más destacados procesalistas, de la jurisdicción como “función pública de hacer justicia”, entendiendo por tal la actividad del Estado de conocer y fallar los asuntos conforme a las leyes previamente vigentes. En tal aspecto, y dentro de la teoría de la división de poderes, la jurisdicción se distingue de la legislación y de la administración.

Históricamente, la organización y estructuración del poder jurisdiccional en el sentido previamente indicado corresponde a un estadio adelantado de civilización y establece la delimitación jurídica del Estado. Más aún; el ya citado Carlos entiende que desde una perspectiva sociológica, el surgimiento de la facultad de administrar justicia marcaría la primera manifestación del poder estatal: “En el instante mismo en que los conflictos individuales, suscitados en la vida colectiva, son resueltos por un tercero que actúa como órgano superior y distinto de los sujetos activos intervinientes en la controversia, en ese preciso momento es posible señalar la aparición del Estado”. Lo transcripto lleva también a indicar que la existencia de un poder jurisdiccional, por rudimentario que sea, significa el paso de un estadio de reacción puramente individual a otro más alto donde los niveles de abstracción, generalidad y objetividad apa-

¹⁰¹ CARLOS, voz *Jurisdicción*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, p. 538.

¹⁰² COUTURE, ob. cit. en nota 66.

recen presentes. En tal aspecto, históricamente, el juez ha precedido al legislador y luego ambas funciones, junto a la ejecutiva, se acumularon en los monarcas absolutos. Las ideas filosófico-políticas a que hemos precedentemente aludido, que se desarrollaron durante los siglos XVII y XVIII y que desembocaron en los movimientos libertarios de los Estados Unidos y Francia, incidieron decisivamente en la concepción del poder jurisdiccional como sometido al primado legal. Así, la preponderancia de la ley, el reconocimiento de los derechos individuales y la separación de poderes, aparecen como requisitos del Estado de Derecho y modelan la actual estructuración de lo jurisdiccional.

La doctrina procesal (Rocco, Segni, Alcalá-Zamora y Castillo, Alsina, Couture y Carlos, entre otros) han destacado con acierto y precisión la peculiaridad del tema jurisdiccional en relación a una teoría general del derecho. Así se ha señalado (como también lo hace Soler en *Las palabras de la ley*) la necesidad de una previa delimitación de lo normativo, en relación a dos aspectos fundamentales: a) las características de previsión general, abstracta y obligatoria de la norma jurídica para la regulación de las conductas sociales; y b) el hecho de vigencia y eficacia de tal regulación, explicando que, por lo general, tales normas son cumplidas espontáneamente por los individuos en su vida de relación. Tener en claro estos dos elementos resulta imprescindible para comprender el ámbito de acción del poder jurisdiccional; éste, al contrario (pero necesariamente integrado) de lo propio de la ley, actúa en aquellos casos en que: a) una situación de hecho determinada, concreta e individual surge como problema en relación a la norma; b) la previsión de la norma en relación al caso concreto ha sido cuestionada, invocada o inobservada. Como resume Carlos: "...en la función jurisdiccional, cuando los intereses que aquel mandato jurídico tutela han quedado insatisfechos porque hay duda acerca de su existencia, o por el contrario, aun cuando el precepto sea claro, no se cumpla por mala voluntad del obligado, el juez interviene para decidir el conflicto con fuerza de cosa juzgada".

Esto significa que el problema de la administración de justicia surge en el ámbito de la aplicación del derecho. La generalidad inherente a la norma se particulariza en relación a la singularidad de la situación en análisis, en-

contrándonos ante el supuesto que Calamandrei¹⁰³ denominó con acierto como “la formulación del derecho para el caso singular”. Asimismo, el prestigioso autor italiano ha destacado en relación a la actividad jurisdiccional el principio rector del Estado contemporáneo de la prohibición de hacerse justicia por mano propia y la exclusividad en la aplicación de las normas materiales al caso concreto. De ahí que sea pertinente a este tema lo dicho anteriormente en torno al proceso y que, aplicando las ideas desarrolladas a la temática punitiva, pueda citarse a Rubianes cuando afirma que “la idea de conflicto es inseparable de la función jurisdiccional, pues precisamente la necesidad de resolverlos es lo que ha originado la institución de esa actividad del Estado. Lo que interesa a la sociedad es que mediante la función jurisdiccional se resuelvan los choques de intereses, tutelando al que es lesionado, desconocido, al sancionar el incumplimiento de normas jurídicas”¹⁰⁴.

La idea de jurisdicción encuentra su fundamento en la soberanía del Estado y en el carácter coactivo propio de la norma jurídica. Ambas notas se hacen especialmente perceptibles en relación al ordenamiento penal. Por su peculiaridad, por los intereses (bienes jurídicos) y por su función dentro de la sociedad, toda la materia punitiva aparece indisolublemente ligada a la manifestación pública de lo jurídico y en relación directa con el Estado.

Ya se dijo que las leyes penales establecen clara y expresamente sanciones para los comportamientos descriptos en los tipos penales. Pero, como indica un difundido tratado introductorio:

No basta [...] que en general se establezca una sanción para el caso de homicidio o robo. Es esencial al derecho positivo que para el caso de robo u homicidio otro individuo (que actúa como funcionario u órgano del Derecho) compruebe el efectivo acaecimiento del hecho antecedente y aplique en consecuencia la sanción. Para ello dicho órgano debe desarrollar cierta actividad, proceder a ciertos actos (proceso) dirigidos, 1º) a conocer la existencia o inexistencia del

¹⁰³ CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Ejea, Buenos Aires, 1943.

¹⁰⁴ RUBIANES, Carlos J., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1976, t. I.

hecho antecedente y 2º) ejecutar la consecuencia jurídica en la persona o los bienes del infractor [...] Al dictar, como resultado del proceso, la sentencia válida o ejecutarla válidamente contra el infractor, el juez ejerce su función propia: la jurisdicción¹⁰⁵.

Lo dicho lleva a la necesidad de estructurar claramente lo que Clariá Olmedo, denomina con acierto “Poderes para la realización procesal penal”, entendiendo por tales la ahora tratada jurisdicción, junto a la acción y a la defensa. Estos poderes son los que impelen a los sujetos encargados de la realización del Derecho Penal, en lo que el procesalista cordobés entiende como “la actuación concreta para la reconstrucción del orden jurídico”.

La idea misma de justicia, como valor supremo del derecho, se encuentra también en la base de la concepción de la jurisdicción. Porque la función del juzgamiento pretende asegurar la imparcialidad, la decisión ecuaníme, la resolución fundada a través de la determinación precisa de la norma en su aplicación al caso concreto y la meritada ponderación de todos los elementos e intereses enfrentados e interrelacionados en la causa. Por eso Clariá Olmedo entiende con verdad que la jurisdicción es el primero de los poderes para la realización jurídica y que esta función del Estado se ordena como “un deber público material fundado en la imposición de garantizar la justicia”, siendo, en definitiva, la garantía de justicia de que habla la Constitución.

Ahora bien: esta tarea de “hacer justicia”, este elemento fundamental del orden jurídico dirigido a dar certeza en la aplicación concreta del caso singular, esta articulación lógica de derivación de lo general a lo individual que fuera destacada por la doctrina contemporánea¹⁰⁶, ha sido planteada

¹⁰⁵ AFTALION, Enrique, GARCIA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.

¹⁰⁶ Así: Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (trad. Moisés Nilve), Eudeba, Buenos Aires, 1960, dice en la página 151 sobre la Jurisdicción: “Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción prescripto también de manera abstracta por la norma general. Esta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris dictio* o acto de decir el derecho no tiene el

hasta el momento en sus aspectos globales. Toca ahora, con especial referencia a la cuestión que guía el desarrollo del presente trabajo, analizar –aunque más no sea someramente, ya que el tratamiento en detalle es tema de los tratados de Derecho Procesal– cómo se descompone y concreta la actividad jurisdiccional.

La doctrina tradicional señaló como elementos de la jurisdicción cinco aspectos predominantes, a saber: la *notio*, la *vocatio*, la *coertio*, el *iudicium* y la *executio*¹⁰⁷. Más modernamente: agrupando estos sentidos, se ha hablado de “potestad de cognición”, “coercitividad o de ejecución” y “decisoria”. La primera correspondería a lo que también ha sido denominado como “instrucción” y que correspondería a la colección de las circunstancias de hecho indispensables para el análisis concreto del o los hechos del caso. Antes de decidir, se debe saber. Ahora bien: esta actividad de conocimiento, para poder ejercerse plenamente y dada la índole específica de la materia tratada, necesita de la potestad coercitiva, que, como indica Rubianes siguiendo a Carnelutti, es “la posibilidad de disponer de la fuerza para vencer cualquier resistencia de una voluntad contraria”. Esta facultad, derivada del interés público y del ya señalado objeto procesal, se extiende a lo largo de todo el proceso y se basa también en la nota de coactividad inherente a la norma jurídica en general y, en especial, a las de carácter público. Por último, la dos potestades precedentes, se integran y dirigen hacia la decisoria, facultad en la que se traduce plenamente el poder jurisdiccional; ella establece si el hecho investigado es o no

carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción”.

“La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación de derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley”.

¹⁰⁷ RUBIANES, ob. cit., p. 160, dice que la *notio*, es el derecho a conocer de una cuestión litigiosa determinada; *vocatio*, facultad de obligar a las partes a comparecer; *coertio*, el empleo legal de la fuerza; *iudicium*, o decisión de la sentencia; y *executio*, ejecución de las resoluciones judiciales.

delito y las responsabilidades consecuentes. Pero no sólo en la sentencia final aparece esta facultad decisoria, sino que también a lo largo del proceso encontramos múltiples momentos en que se hace presente, tales como el dictado del auto de procesamiento, el sobreseimiento, la admisión de diligencias probatorias, etcétera.

Ahora bien: es evidente que estas facultades del órgano jurisdiccional aparecen profundamente interrelacionadas y que si se propone una distinción sobre las mismas es para hacer más claros los aspectos fundamentales de este poder realizativo y también para ayudar a una comprensión de sus manifestaciones. Pero estos distintos aspectos de una misma facultad orgánica y unitaria, no son otra cosa que expresiones del accionar legal a través de la estructura que lo hace posible y en el seno de la cual se dan las decisiones conforme a derecho y por ello válidas.

En relación a la jurisdicción actúa la acción y la defensa.

2. LA ACCION

Ante la jurisdicción, con miras a la decisión, se presentan la acción y la defensa. La jurisdicción se ordena como la objetividad imparcial y serena del derecho, más allá de todo partidismo. La acción y la defensa, surgen como propuestas divergentes para que esa decisión (la norma individual) sea tomada en uno u otro sentido. Pero claro está que en el Estado de Derecho y en el proceso moderno, tanto la acción como la defensa integran la estructura de la función estatal de aplicación de la ley, representando una y otra los intereses (persecución penal, defensa individual) contrapuestos (pero no en pugna) según el énfasis derivado de las diferentes perspectivas en que se sitúan.

En principio, la acción penal se da como la facultad o poder de requerir de la jurisdicción el debido pronunciamiento sobre la punición del presunto delito. De ahí que la mayoría de los autores hablen de una "excitación" de la jurisdicción, con miras al conocimiento, la coacción, la decisión y la ejecución.

Sobre la naturaleza de esta peculiar facultad se han elaborado múltiples teorías, las que en general se reflejan en las definiciones propuestas. En el *Di-*

gesto romano puede leerse que “la acción no es más que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe”, idea que relaciona este elemento con el derecho subjetivo y que en el campo penal representaría la pretensión punitiva del Estado. Esta concepción está presente en la definición de Manzini, para quien “la acción penal es la actividad procesal de ministerio público dirigida a obtener del juez una decisión en mérito a la pretensión punitiva del Estado, proveniente de un delito”¹⁰⁸; también De Marsico, quien dice que “la acción penal es el derecho subjetivo de pedir al juez la aplicación de la ley penal para la actuación de su poder-deber de castigar”. Intentando rebasar los marcos de estas posiciones y tratando de interpretar conceptualmente las peculiaridades de la acción en el actual proceso penal, Leone concluye señalando que “la acción penal debe definirse como el requerimiento por parte del ministerio público de una decisión del juez sobre una *notitia criminis* que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal”.

Como derivación lógica de la antedicha definición, Leone señala las siguientes características definatorias de la acción: a) es obligatoria; b) determina la obligación del juez de emitir decisión requerida a partir de la *notitia criminis*; y c) sujeta al imputado a las condiciones para la actuación de la ley. A su vez, de esto derivan dos conclusiones fundamentales, las que remiten a todo lo expuesto sobre la característica estructural del proceso; ellas son: “La pena no puede ser infligida sin proceso; el proceso no puede ser iniciado sin la manifestación de voluntad denominada acción penal”.

Surge ya claro la profunda interdependencia de los conceptos de jurisdicción y de acción (y luego veremos también que el de defensa). La única manera de hacer actuar el poder jurisdiccional para la aplicación de la ley penal a través del proceso es mediante la acción; ésta, persigue básicamente dos finalidades: lograr la intervención del juzgador y obtener la actuación de la ley.

¹⁰⁸ Todas estas definiciones han sido tomadas por Leone en *Tratado de Derecho Procesal Penal* (trad. de Sentís Melendo), Ejea, Buenos Aires, 1963, t. I, p. 130 y ss. Por su parte, este autor, elabora una teoría que aparece como superación de las anteriores con respecto a la naturaleza jurídica de la acción, tomando en cuenta el aspecto de derecho subjetivo con la facultad potestativa.

En relación a lo precedente, debe enfatizarse sobre la autonomía del derecho de acción en cuanto poder provocador del proceso y la decisión jurisdiccional; esta idea destaca la facultad de poner en movimiento la intervención del juez y su relativa independencia con respecto al derecho sustancial. Así, la acción es “derecho de perseguir en juicio”, un medio para la obtención de la tutela jurídica del Estado. En tal aspecto y desde esta mira estrictamente procesal, la acción se desvincula en cierta medida de la pretensión punitiva y se convierte en un derecho de obrar judicialmente. En realidad, el derecho de castigar del Estado lo ejercerá el juez con su sentencia al aplicar la norma al caso concreto. Lo que hace el titular de la acción (Ministerio Público) es poner, ante la *notitia criminis*, en funcionamiento el aparato del proceso y, de ser procedente, formular la pertinente acusación, lo que se perfila con claridad en el nuevo Código nacional.

En resumen, como lo pusieron de manifiesto los procesalistas italianos y lo ha destacado la actual doctrina argentina, la acción aparece como un derecho, facultad o poder propio, diferente del derecho que quiere hacerse valer.

Por último, en el proceso penal, la acción corresponde al Estado por intermedio del Ministerio Público. Esto deriva del carácter público del Derecho Penal y de la misma función integradora-realizativa. Al mismo tiempo, por la aludida razón, tal poder sólo puede ejercerse en las situaciones y bajo las formas y condiciones que la ley establece y determina.

Clariá Olmedo ha indicado que esta formulación del concepto de acción como activación del poder jurisdiccional puede ser entendida en relación al derecho de defensa, ya que este elemento será el primero con miras a la existencia de un juicio válido. Esto implicará, a la vez, la prohibición de que el juez actúe de oficio y la posibilidad de conocer con seguridad la imputación que se formula al sujeto. En tal aspecto, “la acción pone límites a la jurisdicción en cuanto a la realidad juzgable”. Y si bien es el mismo Estado quien ejerce la titularidad de la jurisdicción y de la acción, lo hace a través de órganos claramente diferenciados.

Sin embargo, este impecable esquema lógico, ofrece en la práctica algunas deficiencias que no pueden eludirse. La relación jurídica, como sistema in-

teractuante entre las partes y el juez, que se encuentra presente con claridad en el proceso civil, está ausente en el penal, al menos en lo que concierne a todo lo que es precedente del juicio propiamente dicho.

Es sabido que la solución de compromiso entre el sistema inquisitivo, de eficiencia averiguativa, y el acusatorio de libre discusión, arbitrado por el que se denominó sistema mixto articulado por el Código francés de 1808, dividió a los procedimientos penales en dos zonas claramente diferenciadas, sobre las que resulta difícil encontrar patrones comunes.

En la realidad del funcionamiento del sistema mixto, que la mayor parte de la doctrina entiende como el vigente en nuestro país, el predominio de una u otra de las etapas depende, en lo fundamental, de aquello que habrá de incidir en la decisión conclusiva. Así, en el Código según el Proyecto de Obarrio, en el de Santa Fe y, en general, en todo sistema escriturista, la instrucción es, de hecho, la etapa fundamental, ya que el plenario es una discusión, en ocasiones meramente retórica (la acusación repite los autos de mérito instructorio), sobre la prueba rendida en el sumario, sin intervención ni contralor de parte. Por el contrario, en los digestos que disciplinan el juicio oral, este período procesal será el determinante para el pronunciamiento, ya que el mismo deberá asentarse sobre las constancias introducidas en la audiencia de debate. A su vez, las legislaciones más actualizadas, acentúan el carácter preparatorio de todo lo preliminar al juicio, encomendando esa actividad ya no al juez instructor, sino al fiscal.

Pero en cualquiera de los sistemas es indudable que antes de pasar a la etapa de meritación en orden a la decisión de fondo, existe una etapa de preparación, en la que –modernamente– se reúnen los elementos que constituirán la base de la acusación. Dentro de la ordenación del sistema mixto, las constancias instructorias fundamentan la acusación, modificando el esquema inquisitivo puro en el que esto culminaba en la sentencia.

Esta etapa preparatoria ha dado lugar a algunas perplejidades doctrinarias en orden al ejercicio de la acción penal pública, lo que aumenta la confusión que se desprende de la regulación dentro de la legislación penal sustantiva. Sin ninguna duda, el tema de la acción penal pública es uno de los más arduos y de los menos resueltos dentro de nuestro pensamiento jurídico.

Sin entrar ahora en la consideración de las diferentes posiciones sobre la naturaleza jurídica de la acción penal pública y la consecuente incidencia práctica de las mismas, y caracterizándola someramente como el poder-deber de requerir la actuación y decisión jurisdiccional en relación a un hecho presuntamente delictivo y a los autores del mismo¹⁰⁹, puede reputarse clara la circunstancia de que, desde un punto de vista conceptual, todo lo concerniente al ejercicio de la acción debe estar al cuidado de un órgano específico, diferente del jurisdiccional. La relación jurídico-procesal exige que uno sea el sujeto requirente y otro el decisor.

La legislación penal argentina optó (y sobre la bondad de tal decisión es pertinente dudar) por establecer la regla de la persecución penal pública en todos los casos en que se tiene noticia del delito, como se desprende del artículo 71 del Código Penal, repetido por la legislación procesal. Sin perjuicio de apuntar que esa pretensión de universal accionar contra el delito es utópica (es conocido el fenómeno denominado como de la cifra negra, es decir, la diferencia entre los hechos delictivos efectivamente acontecidos y los que llegan a los estrados judiciales) y que en la verdad del sistema ocurre que se da un proceso de criminalización secundario o de selección, con preponderancia del funcionamiento sobre sólo cierto tipo de hechos –por lo general los menos complejos– y cierto tipo de autores –sectores marginales–, se piensa que es preciso arbitrar medios para una racional persecución penal. En tal sentido, se ha hablado de aumentar el catálogo de los delitos dependientes de instancia privada y de acción de ejercicio privado, de dar relevancia al perdón del ofendido, de implementar la suspensión del proceso, de arbitrar el principio de oportunidad, etcétera, todas soluciones de *lege ferenda* que ocupan a los especialistas.

Pero este apasionante tema de política penal no debe distraernos de lo que estamos considerando respecto del ejercicio de la acción como se encuentra legislado en el sistema vigente y que, como dijimos, implica graves confusiones, las que se ven aumentadas en aquellos códigos que aún mantienen la

¹⁰⁹ He tratado con amplitud esta cuestión en *Curso de Derecho Procesal Penal*, Cap. VIII, en especial, ps. 214/219.

actuación oficiosa del juez de instrucción. La acción, como expresión de un requerimiento de decisión, debe corresponder en forma estricta al Ministerio Público, a quien cabe igualmente reunir los elementos de acreditación que sostengan la acusación. En este aspecto, el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, elaborado por Julio Maier, avanza en el camino correcto y se aproxima a la ya expuesta idea de lograr un procedimiento acusatorio, lo que, como igualmente se apuntó, redundará sobre la simetría de la relación procesal y, de tal manera, posibilita el mejor ejercicio del derecho de defensa.

3. LA DEFENSA

Dentro de la lógica del esquema desarrollado, la defensa contraría a la acción ante la jurisdicción. Así, como fue destacado por Carnelutti¹¹⁰, el concepto de defensa es opuesto y complementario del de acusación. La defensa es oposición a la acción. En el proceso, acción, defensa y jurisdicción se implican mutuamente y una no se concibe sin las otras.

Carnelutti, acogiéndose a una línea de pensamiento de resonancias hegelianas, entiende que el tema nos coloca ante una disposición dialéctica de elementos que remite a la tríada lógica de la acción como tesis, la defensa como antítesis y la decisión jurisdiccional como síntesis. En consecuencia, si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de elemental lógica y de debida legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la acción, es de igual rango y necesidad que ésta. De ahí entonces que esta igualdad –de muy importantes consecuencias– deba concebirse como uno de los principios básicos de la mecánica del proceso penal. Al igual que la acción, la defensa es una propuesta de decisión; también en forma similar a la acusación, es una investigación de circunstancias de hecho y valoración de pruebas y exposición razonada y fundada del derecho aplicable a las circunstancias fácticas del caso. Como dice Carnelutti, “si la acusación es, por tanto,

¹¹⁰ CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal* (trad. de Sentís Melendo), Ejea, Buenos Aires, 1950, vol. I.

el desarrollo racional de la pretensión penal, la defensa es su razonada contestación”, destacándose el concepto de “contestación” como opuesto e interrelacionado al de pretensión; “contestación de la pretensión es la exigencia del no castigo del imputado”.

Los fundamentos jurídicos filosóficos de este concepto ya han sido expuestos en la parte pertinente del presente trabajo, debiendo ahora destacarse –como se hizo con respecto a la acción– la autonomía de la configuración de la defensa como oposición o contestación con respecto a lo contestado u opuesto, es decir, a la situación concreta y material del caso. De ahí que no pueda nunca argumentarse en contra del derecho de defensa invocándose que la situación de que se trate está plenamente comprobada o repugna a sentimientos éticos y también que deba afirmarse que nada hay más peligroso para la correcta aplicación del derecho y aún para la civilidad, que la perniciosa confusión entre defensor e imputado o, más precisamente entre derecho de defensa y hecho ilícito defendido.

Si se piensa la acción como un derecho a tutela jurídica, la defensa también puede ser entendida, desde la perspectiva contraria, como similar derecho a esa tutela. De ahí el énfasis con que se han destacado las interrelaciones entre acción y defensa, ya que ambas son manifestaciones de la legalidad del debido proceso y poderes para la plena realización de la actividad integradora.

Para Manzini¹¹¹ debe distinguirse en el concepto de defensa un sentido lato o general y un sentido estricto; en el primero, “es la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado”; desde un punto de vista objetivo, aparece como un “canon general de nuestro ordenamiento jurídico”. La defensa entendida en sentido estricto, es la actividad que se contrapone a la acción penal ejercida por el Ministerio Público.

Manzini distingue también en relación al concepto de defensa, lo que puede entenderse (punto de vista instrumental) como medios de actividad proce-

¹¹¹ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ejea, Buenos Aires, 1951, t. II.

sal del conjunto de razones (punto de vista contenidista) de hecho y de derecho en favor de la posición del imputado.

Ha sido el autor argentino Jorge Clariá Olmedo uno de los procesalistas que con mayor amplitud y rigor ha desarrollado sistemáticamente el tema de la defensa penal, al extremo de que corresponda en justicia remitirse a sus completos estudios para tener una acabada visión del tema¹¹².

Para Clariá Olmedo, acción y defensa son poderes sustanciales que corresponden a los titulares de los respectivos intereses comprometidos ante la jurisdicción; el poder de defensa deriva del reconocimiento de la libertad individual y si bien refiere directamente al interés del imputado, el mismo Estado en cuanto garantizador del derecho está comprometido en su efectivo cumplimiento, aun en contra de la voluntad del sujeto. Por eso, así como la jurisdicción no se concibe sin la acción, tampoco puede haber pronunciamiento válido en materia penal sin intervención de la defensa.

Desde un punto de vista general, el poder de defensa es definido por el procesalista cordobés como la facultad de “impedir, resistir y prevenir cualquier restricción injusta a la libertad individual, y al pleno ejercicio de los derechos que las personas tienen otorgados por imperio del orden jurídico pleno” (t. I, p. 307); así puede conceptualizarse como la legítima oposición a la persecución penal y como la actividad tendiente a la acreditación de la inocencia o a la invocación de circunstancias que atenúen la responsabilidad.

Asimismo, la doctrina contemporánea ha destacado que la defensa es uno de los poderes esenciales para la realización procesal penal y que, en tal sentido, el genérico derecho a la defensa en juicio consagrado por la Constitución, se convierte a través de los ordenamientos procesales en un verdadero poder, de índole sustancial, sin cuyo ejercicio no puede haber pronunciamiento válido.

De lo dicho y como ya se señaló anteriormente, es posible distinguir con respecto al concepto de defensa dos sentidos que se suponen e implican mutuamente:

¹¹² CLARIA OLMEDO, *Tratado* cit., en especial, t. I y IV.

a) *Sentido amplio*: deriva en forma directa de los fundamentos constitucionales y aparece como manifestación de los valores de libertad individual y seguridad jurídica; se relaciona con el concepto de “debido proceso” y abarca la totalidad de las garantías que rodean al mismo; exige el cumplimiento de los requisitos de legalidad del desenvolvimiento procesal, cuyas principales características analizamos en capítulos precedentes: derecho del imputado a conocer la imputación, derecho a ser oído, o derecho de intervención y audiencia, derecho a ser juzgado por el juez natural, con las debidas formalidades de fondo y forma, derecho al ofrecimiento de prueba y a la discusión de las razones y, finalmente, a sentencia fundada¹¹³.

b) *Sentido restringido o estricto*: concebido como contestación de la acusación, como contrario de la acción, en tal aspecto, es la actividad ejercida en las oportunidades procesales debidas tendiente a la exposición de las razones en favor del interés y el derecho del imputado y destinadas al logro de sus posiciones dentro de la causa; se expresa procesalmente a través de actos tales como la declaración indagatoria, las intervenciones pertinentes durante el debate contestando la requisitoria fiscal, el ofrecimiento de pruebas y los recursos.

Asimismo, debe señalarse que el derecho de defensa, por su especial índole, surge desde el momento mismo de la imputación, aun en sede preventivo, desarrollándose y perfeccionándose a lo largo de todo el proceso; las distintas manifestaciones en las diversas etapas y situaciones, serán analizadas posteriormente.

¹¹³ CUNEO LIBARONA, Mariano, *Defensor. Defensa penal. Sentencia (nulidades)*, en *La Ley*, Buenos Aires, marzo 1960, t. 97, p. 865. Este autor destaca la necesidad, expresamente reconocida por la Corte Suprema de Justicia, de que la defensa debe ser un acto “real y positivo” para cada juzgamiento. Sobre el particular, dice: “Debe reputarse que hay una afección a la defensa o que hay omisión de ella, cada vez que por distintas razones se haya producido una restricción o una privación tal que el procesado no haya podido hacer valer –dentro de las formas sustanciales del juicio– sus derechos, haciéndose oír, produciendo prueba o deduciendo recursos legales. Estos derechos, el derecho a una acusación formalmente correcta y a una sentencia de igual condición, el derecho al juez natural (e imparcial), integran, básicamente, los derechos de la defensa penal”.

4. DEFENSA MATERIAL Y DEFENSA TECNICA

Tradicionalmente, se ha distinguido entre la denominada defensa material, que es la ejercida por el mismo imputado, y la defensa formal o, más precisamente, técnica, a cargo de un letrado.

De acuerdo a las normas constitucionales, todo habitante tiene el derecho a la “defensa en juicio”; ya se vio que, básicamente, esta idea remite a la de debido proceso y a las garantías que lo rodean. En consecuencia, toda persona penalmente perseguida, tiene el derecho de que tal persecución se efectúe con todos los recaudos del ordenamiento punitivo.

El derecho de defensa en sentido material es el que todo hombre en cuanto tal, por ser sujeto de derechos y por estar éstos normativa y concretamente establecidos en las normas fundamentales, tiene, en primer término, de ser juzgado por sus jueces naturales en proceso legal; también implica su incoercibilidad con miras a declaraciones en su contra y el derecho a ser oído.

Es evidente que en el cumplimiento de todos estos requisitos está interesado el Estado (o, al menos, debiera estarlo) en cuanto órgano de la legalidad, ya que en el moderno Estado de Derecho el reconocimiento como valor fundamental y la debida protección de los derechos individuales corresponde, precisamente, a las autoridades públicas. En tal sentido, el aseguramiento, respeto y otorgamiento de facilidades para la defensa material del imputado en el proceso penal, es una obligación legal estricta que todo ciudadano tiene facultad de reclamar.

En los códigos procesales se distinguen netamente como posibilidades la autodefensa del imputado o la efectuada por medio de letrado. Esta facultad del imputado de defenderse por sí mismo se encuentra limitada por los requerimientos y exigencias de la eficacia de la defensa y del normal curso del proceso siendo un supuesto excepcional el de la propia defensa técnica.

Estos requerimientos indican por igual la importancia sustancial otorgada al derecho de defensa y la necesidad de que el mismo sea ejercido en las condiciones apropiadas, teniendo en cuenta el propio interés del imputado. En este aspecto, el C. P. P. de Buenos Aires es claramente enfático. En su artículo 1º manda: “Todo acusado será defendido por el defensor de pobres, quien

intervendrá en el proceso hasta que sea sustituido por el abogado de la matrícula que propusiere aquél. Esta sustitución no se considerará operada mientras el defensor particular no haya aceptado y constituido domicilio. Al acusado, en el acto de la indagatoria, se le hará saber esto y el derecho que tiene a nombrar defensor”. Igualmente, el artículo 84 del C. P. P. S. F. dice que: “El imputado tendrá derecho a hacerse asistir y defender por abogado de la matrícula”, legislando en idéntico sentido los códigos adscriptos al procedimiento penal mixto lo que se acentúa en el nuevo Código Federal, que prevé la obligatoria actuación de defender desde el mismo inicio de la persecución penal.

En consecuencia, a la luz de las normas en vigor y de la interpretación jurisprudencial y doctrinaria, reafirmadas por la práctica corriente, puede establecerse como principio general que todo imputado debe ser defendido en el proceso penal por un abogado y sólo como excepción es dable admitir que el justiciable haga su propia defensa.

Las razones de esto derivan directamente del carácter eminente y crecientemente técnico del derecho y de razones de igualdad entre las partes, ya que el representante del Ministerio Público es un letrado. La defensa, para su efectividad, para no desnaturalizar su sentido, debe serlo técnica, careciendo de importancia a los fines analizados que se trate de defensor de confianza o de oficio, ya que lo que está en juego es la idoneidad, capacidad y eficacia para el correcto ejercicio de ese derecho-poder. En consecuencia, todas las consideraciones posteriores estarán centradas en torno a la defensa técnica.

5. CONCLUSION

De lo expuesto, puede concluirse que el concepto jurídico de defensa engloba lo caracterizado como derecho de defensa en sentido amplio, es decir: garantía del debido proceso y demás requisitos constitucionales; y el sentido restringido o estricto que concibe la defensa como opuesta a la acción ante la jurisdicción. Ambos sentidos se implican necesariamente. Titular de este de-

recho es el imputado, quien puede ejercerlo por sí mismo o bien otorgar el cometido técnico de su desempeño a un letrado.

Desde el señalado punto de vista del sujeto penalmente accionado, la defensa es un derecho fundamental. Desde la perspectiva objetiva de las normas que rigen el proceso, es uno de los poderes sustanciales establecidos con miras a la correcta y legal administración de justicia; en tal sentido, se encuentra situado en el mismo plano jerárquico que la acción y su objetivo tiende al pronunciamiento jurisdiccional.

El ejercicio de ese derecho y la manifestación de tal poder, se traducen procesalmente en una serie de actividades dirigidas al razonado mejoramiento de la situación procesal del imputado.

Por todo esto puede decirse que la defensa es a la vez un derecho, un poder y una actividad.

CAPITULO VI

EL IMPUTADO, LA DEFENSA Y EL DEFENSOR

Dilucidado en las páginas precedentes lo relativo a la conceptualización jurídica de la defensa penal, toca ahora avanzar en este intento de concretar adecuadamente la visión analítica del tema. Es obvio que todo lo relacionado con la defensa se da en torno a alguien que necesita de tal defensa. Ese sujeto, figura verdaderamente central del proceso penal, es el imputado. Al respecto, no está de más recordar que así como los médicos no se las ven con “enfermedades” sino con “enfermos”, los abogados penalistas no están ante meros “casos” o ante la académica aplicación de normas a hechos, sino en relación concreta con hombres amenazados en sus bienes más valiosos. Todo el proceso penal se desarrolla en torno a esas dos grandes partes, a veces dramáticamente enfrentadas, que son por un lado el representante de la vindicta jurídica y, por el otro, el eventual transgresor de la norma penal, amenazado por la gravedad de la sanción que sobre él se cierne a través de la pretensión punitiva.

Ya se ha hablado suficientemente (dentro de la óptica de este trabajo) de la acción; toca ahora hacerlo de quien soporta tal acción.

1. EL IMPUTADO

El titular del derecho de defensa es el imputado. Así, el eventual transgresor de una norma del ordenamiento penal, pone en movimiento con su conducta un complejo movimiento derivado y generado del poder punitivo del Estado; pero tal pretensión punitiva se da dentro de carriles de legalidad que a la vez que someten y constriñen a quien se imputa la comisión de un ilícito, hacen actuar derechos específicos que le corresponden en cuanto ciudadano sometido a la amenaza de una pena.

La denominación de “imputado” para el sujeto que analizamos no indica aquí otra cosa que la persona sometida a la persecución penal por la presunta comisión de un delito; básicamente, señala –como dice Rubianes– a alguien “como supuesto autor de un hecho con apariencia delictuosa”. Se es imputado desde los primeros momentos de la investigación hasta la sentencia definitiva, que confirmará o anulará el estado de inocencia, absolviendo o condenando respectivamente.

Muchos son los sinónimos o, al menos, términos con significaciones y connotaciones casi idénticas a “imputado”: reo, prevenido, encartado, encausado, justiciable, procesado, acusado, etcétera. La palabra imputado pareciera actualmente ser la más genérica, abarcando las distintas situaciones procesales a que se ve sometido el penalmente perseguido.

Pero habida cuenta de esta generalidad, conviene recordar en relación al curso del proceso las distintas situaciones aludidas; así, el sujeto en cuestión será:

a) *Imputado*, el supuesto autor de un hecho con apariencia delictuosa, desde el inicio de la investigación provocada por la *notitia criminis* hasta la definición de la situación procesal. Para nuestros códigos más modernos, es “cualquier persona que sea detenida o indicada como partícipe de un hecho delictuoso”; esta caracterización surge del articulado de los códigos que hablan de la “calidad del imputado”. En consecuencia, tal calidad se asume desde el primer momento de la investigación, en virtud de cualquier acto que implique persecución penal en contra de una persona. Y desde ese mismo inicial momento, nace –con las limitaciones que oportunamente se verán– el dere-

cho de defensa. Puede, por último, afirmarse que la situación de imputación se define cuando, luego de la declaración indagatoria, se hace conocer al sujeto el delito que, *prima facie*, se le atribuye.

b) *Procesado*. Los códigos antiguos hablan indistintamente de imputado y procesado; sin embargo, la doctrina coincide en que la idea de “procesado” implica un grado mayor de definición del sujeto con respecto al proceso y surge de una decisión jurisdiccional del magistrado instructor que pondera los elementos reunidos en las fases iniciales de la investigación. Los códigos más actualizados, establecen que el juez instructor, dentro de un término de carácter ordenatorio contado generalmente a partir de la declaración indagatoria, dispondrá el procesamiento del imputado “siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe del mismo” (art. 285, C. P. C. L. P.; concuerdan: Santa Fe, 325 y Santiago del Estero, La Rioja, Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, San Juan, Salta y Catamarca). Para esta resolución, que inviste la forma de auto, no es necesaria la certeza exigida para la sentencia, siendo entendida por los comentaristas como una decisión de probabilidad. Vélez Mariconde entiende que implica la concreta verificación del delito y la presunta culpabilidad del imputado como partícipe del mismo, criterio que no compartimos plenamente, ya que en todos los aspectos el procesamiento es un avance procesal en la delimitación de las cuestiones investigadas, pero siempre habida cuenta (ya que hasta ese momento no ha producido acusación ni verdadera oportunidad de descargo) de que se trata de una decisión provisoria de probabilidad. El nuevo Código Procesal Penal de la nación distingue (art. 31) entre imputado, acusado y condenado. Por la particular estructura de la etapa preparatoria, elimina el procesamiento.

Para algunos autores (Levene, Clariá Olmedo) es una medida que, básicamente, deja de lado el estado de incertidumbre y otorga al imputado el formal carácter de parte, perfeccionando la relación procesal.

c) *Acusado*. Concluida la etapa preparatoria, ya fuere la realizada a través de la instrucción formal tradicional, o mediante el procedimiento de investigación del Ministerio Público, debe resolverse sobre el curso de la acción. Los

viejos códigos culminaban esto con el dictado de un auto de clausura del sumario, pasando el expediente al fiscal para que formulase su acusación. Modernamente, entre instrucción y contradictorio, opera una etapa intermedia que es diferentemente regulada en los diversos digestos, pero que en lo básico arbitra métodos para el análisis de la seriedad de las constancias reunidas y de la inexistencia de causales de excepción en orden hacia el tránsito de la etapa del juicio. En dicho momento procesal se determinará si el órgano acusatorio petitiona el sobreseimiento del imputado, o bien si requiere la apertura del juicio. En este último caso, el imputado se transformará en acusado, lo que si bien no modifica sustancialmente su situación jurídica, especialmente en aquellos códigos que regulan el auto de procesamiento, generará una particular dinámica procesal de especiales proyecciones, con concretas cargas y facultades para la defensa.

En realidad, dentro del esquema antedicho, la calidad de imputado, procesado y acusado implica un progresivo avance de la relación procesal y una cada vez más precisa delimitación de las presunciones que obran en contra del sujeto; paralelamente, a medida que se concreta la imputación, se determina también con mayor claridad la actividad de defensa.

A los fines terminológicos aclaremos que empleamos el término imputado como la denominación general relativa al sujeto que es penalmente perseguido; en los casos en que se usen las palabras “procesado” o “acusado”, lo serán con el significado estricto previamente determinado.

Maier, en su proyecto, formula declaraciones sobre la terminología empleada (art. 31) señalando que es imputado todo aquel que es penalmente perseguido, acusado, la persona contra quien se ha dictado un auto de apertura del juicio; y condenado, quien adquirió esta calidad por sentencia firme. Por su especial regulación procesal, no habla de procesado.

Carnelutti (*Lecciones*, p. 195) dice que:

Imputado es una persona sujeta, a los fines de su castigo, al juicio penal. No puede haber, sin un imputado, un juicio penal, puesto que éste se hace, no con fines teóricos, para resolver una duda, sino con fines prácticos, para infligir una pena.

Al mismo tiempo, destaca que no puede haber un imputado sin juicio penal. Así, el imputado se convierte en el sujeto pasivo de la pretensión penal y, por ende, en parte esencial. Precisamente en torno a estos dos elementos gira gran parte de la problemática actual sobre el imputado, con especial incidencia sobre el tema de la defensa. Por una parte, y particularmente durante la faz instructoria, el imputado es un verdadero sujeto pasivo, sometido a las coacciones propias de la investigación. Pero por la otra, ya desde el primer momento en que una persona es “detenida o indicada como partícipe de un hecho delictuoso”, aparece como sujeto titular de diversas facultades, pudiendo ejercitar los derechos acordados por el ordenamiento procesal, obviamente en correlación con las disposiciones y garantías constitucionales.

Sin embargo, su situación ofrece dentro de la moderna organización procesal (procedimiento penal mixto) ciertas especificidades que no pueden dejar de considerarse. Es evidente que su actual postura (y esto fue acertadamente destacado por Manzini) es una suerte de término medio entre la pasividad completa del sistema inquisitivo (mero objeto de investigación) y la activa igualdad frente al Ministerio Público del sistema acusatorio. Porque si bien desde el inicio de la investigación puede hacer valer sus derechos, es cierto sin ninguna duda que se encuentra en un estado de sujeción con respecto a las necesidades de la instrucción y que su posición es considerablemente inferior, hasta llegar a la etapa del debate, en relación al Ministerio Público.

Como lo han señalado los comentaristas de los códigos enrolados en el sistema mixto,

...para adquirir la calidad de imputado es necesario que la autoridad judicial por intermedio del organismo que tiene jurisdicción o aquel otro que tiene el ejercicio de la acción, hayan cumplido un acto de procedimiento en contra de alguien¹¹⁴.

Así mismo, Vélez Mariconde ha definido al imputado como:

...supuesto partícipe de un delito contra el cual se ejerce la acción

¹¹⁴ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. y CASTRO, R. A., *Procedimiento penal mixto*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1969, t. I.

penal, y que por eso ocupa la posición del sujeto de la relación procesal¹¹⁵.

A su vez Clariá Olmedo destaca que el imputado es quien soporta el peso de la imputación y que asume esta calidad desde el primer momento de la investigación, surgiendo desde ahí el derecho de defensa.

En la doctrina italiana, Leone pone de relieve con todo vigor el carácter, de parte esencial revestido por el imputado dentro de la relación procesal. También, la calidad de imputado implica un “estado de sujeción” a los efectos producidos por el ejercicio de la acción penal. Pero esta sujeción, como ya se indicó, hace nacer derechos y otorga un papel determinado dentro del proceso. Por tal razón, Leone abandona la caracterización del imputado como sujeto pasivo, entendiéndolo como “parte”.

Resta ahora analizar situaciones que implican la determinación de la calidad de imputado.

De acuerdo con la legislación procesal vigente, dos son las hipótesis de las cuales surge esta característica que determina la existencia de medidas de persecución penal:

d) *Detención*. Es la alternativa más claramente indicativa de que la maquinaria punitiva ha dirigido sus pesados engranajes contra un ciudadano. Vázquez Iruzubieta y Castro observan que:

...“cualquier persona” (aunque desde un punto de vista estricto no sea técnicamente imputado) que “se encuentre privada de su libertad por un acto policial [...] podrá hacer valer todos los derechos que el código acuerda al imputado, aun cuando todavía carezca de tal situación jurídica”.

Esta detención (privación de la libertad) o arresto puede producirse, como en la mayoría de los casos sucede, por la autoridad policial sin orden de la autoridad judicial; corresponde entonces que aquélla ponga al detenido a dis-

¹¹⁵ VELEZ MARICONDE, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 1956. También de este mismo autor: *El derecho del imputado al sobreseimiento*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1951-II, Sec. Doctrina.

posición de ésta dentro de un término perentorio. La otra alternativa, es que dicha detención se produzca cumplimentándose una orden de la autoridad judicial, quedando en consecuencia el detenido a su disposición en forma automática.

Leone afirma con acierto:

Creemos que la cualidad de imputado –que determina un conjunto de garantías– se adquiere desde el momento del arresto, y no en el momento posterior en que el arrestado es puesto a disposición de la autoridad judicial.

El viejo Código Federal legisla sobre el tema de la siguiente manera:

El jefe de policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan in fraganti delito, y aquellas contra quienes haya indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del juez competente. Concuerdan los artículos 2º, 6º, 364, 365 y 370.

El C. P. P. de Buenos Aires legisla sobre el tema en sus artículos 171, 172, 91, inciso 2º y 178.

Los códigos del procedimiento penal mixto distinguen claramente los casos de detención con orden judicial (C. P. P. L. P., arts. 267 y 268) de los sin orden judicial; este último supuesto, implica el deber para los funcionarios policiales de proceder a la detención en los casos de que se intentare cometer un delito, cuando hubiere indicios vehementes de culpabilidad y ante una situación de flagrancia (C. P. P. L. P., art. 269; Córdoba, 329 y 331; C. P. P. S. F., 303, etc.).

Por último, debe señalarse que la detención es, básicamente, una medida preventiva de restricción de la libertad personal. Los tratadistas la conciben como una medida transitoria de carácter precautorio que, por su gravedad y por el bien que afecta, debe resolverse dentro del menor tiempo posible; tal resolución, en relación al delito de que se trate y a los antecedentes del imputado, puede darse en forma de libertad provisional o prisión preventiva o bien, por falta de mérito, la disposición de libertad.

La restante hipótesis de que la detención sea consecuencia de decisión ju-

dicial no ofrece dificultad, ya que en tal caso aparece con toda claridad una meritación de elementos incriminantes por parte del poder jurisdiccional que imputa al sujeto un determinado hecho delictivo. Esta es la situación que norma el artículo 302 del C. P. P. S. F., el 327 del C. P. P. C., etcétera.

Sobre esto, comentan Vázquez Iruzubieta y Castro:

Pero si una regla puede darse –al margen del supuesto de flagrancia– para proceder a la detención del imputado como primer acto de procedimiento cumplido en contra de sus derechos constitucionales declarados, es la establecida [...] cuando existen suficientes motivos para que un juez de instrucción deba recibir indagatoria. A lo que corresponde agregar, cuando se imputa un delito conminado con pena privativa de libertad y ante la improcedencia de otros medios menos gravosos.

Estos motivos son, fundamentalmente, los que justifican la imputación, es decir, la existencia de elementos suficientes para “sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible” (art. 316, C. P. P. S. F.).

e) *Indicación como partícipe de un hecho delictuoso*. Se asume también la calidad de imputado cuando, “por un acto cualquiera de procedimiento” (art. 63, C. P. P. L. P.) el sujeto soporta la atribución de un presunto delito. El artículo 68 *in fine* del C. P. P. S. F. explicita: “...o indicada como autor o partícipe de un hecho delictuoso, en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra”. Esto implica un considerable grado de amplitud, afirmado por la concordancia del artículo 299 del C. P. P. S. F., que autoriza la presentación espontánea a toda persona que “tuviere noticia de haber sido imputada” en un determinado proceso.

En resumen: puede concluirse que la calidad de imputado se asume por la atribución procesal de un delito; tal atribución no necesita de ninguna formalidad especial, pero debe quedar perfectamente en claro que tiene que tratarse de “acto de procedimiento”, es decir, surgido del Ministerio Público o del propio juez.

2. DERECHOS DEL IMPUTADO

Ya hemos señalado que en el moderno proceso penal, el imputado, si bien sometido a diversas sujeciones, no es mero objeto de investigación, sino sujeto, parte esencial, investido de diversos derechos, todos los cuales refieren básicamente al derecho y garantías de la defensa en juicio, principalmente manifestados a la denominada defensa material.

En consecuencia, el derecho del imputado es el derecho de defensa, siendo aplicable todo lo anteriormente dicho.

El C. P. P. de Buenos Aires dedica todo el Título I del Libro Primero a la defensa, destacando sus comentadores la gran preocupación de este cuerpo legal por el citado derecho. Al respecto, se señala que es el único código del país que se inicia con la prolija reglamentación de esta institución fundamental, en una metodología que tal vez pueda merecer críticas técnico-sistemáticas, pero que indica a las claras una elogiada preocupación para normar adecuadamente la garantía constitucional.

Más allá de la regulación de los diferentes códigos, los derechos del imputado, que la Constitución de la provincia de Córdoba detalla prolija, completa y explícitamente, son de directa derivación constitucional, por lo que cabe remitirse a lo ya considerado cuando tratamos de este tema, al igual que lo considerado en orden a la regulación internacional. En esta inteligencia, podría decirse de manera sintética, pero a la vez abarcativa, que los derechos del imputado son los que entendemos como el derecho de defensa en sentido amplio o, si se prefiere, a ser legalmente enjuiciado, en un proceso regular y racional, con las oportunidades y medios para hacer valer sus posiciones.

Sin embargo, por motivos de claridad y hasta de énfasis, conviene atender en detalle a estos derechos, que se integran dentro del referido sistema garantizador:

A) Ser informado de la atribución

El primer requerimiento para poder responder a una imputación y efectuar una defensa, es el de estar en conocimiento de lo que se atribuye. Es de

elemental evidencia señalar que si no se conoce el tenor de una acusación, resulta prácticamente imposible una respuesta.

En las manifestaciones extremas del proceso inquisitivo, la nota dominante del secreto comprendía también, y hasta diríamos de una manera especial, al imputado, que no sabía de la imputación, los motivos de la misma ni las pruebas que obraban en su contra. Algunos resabios de esta actitud aún perduran en algunas prácticas judiciales.

Por lo general, los códigos actuales regulan lo atinente al deber de informar al imputado sobre lo atribuido, al hablar de la declaración indagatoria. A modo de ejemplo de lo que es el preciso sentido de este deber transcribo la primera parte del artículo 41 del proyecto del doctor Maier:

Antes de comenzar la declaración se comunicará detalladamente al imputado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y las disposiciones penales que se juzgan aplicables.

Es notorio que la citada disposición avanza sobre la normatividad existente y contradice, descalificándolas, las habituales prácticas en las que poco y nada se dice al justiciable sobre lo que motiva su convocatoria a prestar declaración.

Por cierto que este derecho a la adecuada información sobre la atribución delictiva es de especial importancia y relevancia en orden a la defensa técnica, en las oportunidades de sus presentaciones fundamentales, o tendrá un adecuado y circunstanciado conocimiento de las bases y elementos de la acusación.

Si bien la legislación vigente y el proyecto de nuevo código federal tratan de este tema en relación a la declaración convocada del imputado, entiendo que el derecho de información, como uno de los inherentes a la defensa, surge desde que se asume la calidad de imputado, pudiendo hacerlo valer en las actuaciones preventivas que le conciernen o a través de su comparecencia espontánea ante el órgano investigador.

B) Declarar sobre los hechos

La declaración del imputado es la fundamental manifestación del derecho de defensa material.

Dentro del proceso inquisitivo, no se la entendía como tal, sino como un medio de averiguación, cuya culminación era la confesión, para cuyo logro se disciplinaba el uso legal de coacciones que llegaban al tormento. Desaparecida oficialmente esta práctica, se mantuvo sin embargo un sentido probatorio para este acto, lo que se evidencia en la misma denominación de “indagatoria”. Incluso es un hecho sabido, que las declaraciones en sede policial, que generalmente se conocen como simple interrogatorio sumario, han sido y, en menor medida, siguen siéndolo, un medio probatorio coactivo que, en no pocas ocasiones, se logra mediante apremios de diverso tipo.

De ahí que deba ponerse el necesario énfasis en señalar la característica de medio defensivo propio y personal del imputado que revisten sus declaraciones, lo que lleva como consecuencia a establecer su total voluntariedad.

En la organización actual de nuestro procedimiento, puede indicarse que el imputado comparece a declarar convocado (declaración indagatoria en la etapa instructoria, declaración en la audiencia del juicio oral) o bien en forma voluntaria (presentación espontánea, solicitud de nuevas declaraciones). En todos los casos, el imputado puede prestarse o negarse a declarar; si lo hace, no puede exigírsele juramento de decir verdad, ni pueden efectuársele recomendaciones, reconvenciones, promesas o género alguno de coacción física o moral. Tiene la más amplia libertad para expresarse sobre los puntos que crea convenientes y aun manifestando su voluntad de declarar, puede negarse a responder sobre determinados puntos.

El derecho a presentarse ante el instructor nace ante la circunstancia de tener el sujeto interesado noticias de que se ha iniciado un proceso que le concierne o de que ha sido imputado en el mismo, a fin de que formule las explicaciones o aclaraciones que estime oportunas; esta declaración, por decisión del magistrado interviniente, puede adquirir los efectos de la indagatoria.

La convocatoria a prestar declaración indagatoria, en cambio, se produce cuando, ante una imputación con seriedad suficiente como para generar un

estado de sospecha en contra del imputado, el instructor produce la correspondiente citación, ya fuere en libertad o por orden de detención.

En la circunstancia antedicha y, como ya fue señalado, el imputado puede acceder o negarse a declarar; la negativa en el caso, que no puede producir efectos en contra de su situación ni valorarse negativamente, no implica de ninguna manera una renuncia a futuras declaraciones, las que puede producir y repetir a lo largo del proceso y en las diversas etapas.

C) Realizar indicaciones probatorias

Tanto a través de las declaraciones como mediante instancias a las autoridades pertinentes, el imputado puede efectuar indicaciones tendientes a la demostración de hechos relativos al objeto procesal.

Esta facultad implica carearse con los testigos de cargo, prestarse a la reconstrucción del hecho, indicar testigos, agregar documentos, reconocer los que se le atribuyan y realizar las diligencias pertinentes a peritaciones dispuestas, como así también todo aquello que, a través de la actividad probatoria, resulte pertinente.

Se discute si las indicaciones resultan de realización obligatoria para el instructor. La doctrina tradicional, influida por las características autoritarias del sistema inquisitivo, respondía negativamente. Entiendo en cambio que, si bien quien dirige el procedimiento preparatorio está investido de un poder discrecional, el mismo no puede ser jamás de índole arbitraria, por lo que no cabe negarse a la realización de cualquier prueba que resulte pertinente y útil a la averiguación de los hechos, quedando descalificado un proceso en el cual se hubiese omitido llevar a cabo diligencias que, en principio, aparecían como relevantes para la determinación del objeto procesal.

D) Contar con asistencia técnica

En el estado actual de la disciplina procesal, no se concibe la defensa sin su necesario complemento de un asesoramiento y asistencia técnica. En tal sentido, el designar defensor es una manifestación del derecho de defensa

material, como ya lo señalamos al tratar de la jurisprudencia al respecto, y como lo veremos en detalle al hablar del defensor.

La persona sometida a proceso penal, desde el momento en que surge la imputación y a lo largo y durante todo el desarrollo del proceso, en cualquier grado y momento, debe contar con asistencia y representación letrada, acarreado la carencia de ésta una situación de indefensión, generadora de nulidad.

El imputado tiene el derecho personalísimo de designar un defensor de su confianza, pudiendo sus allegados hacerle conocer la propuesta de alguno. En caso de que no pueda, no quiera o demore en la institución de su abogado, deberá procederse sin tardanza a proveerlo de un defensor oficial.

Es lógico que este derecho sería ilusorio y meramente retórico si no se possibilitase paralelamente la inmediata actuación del defensor, a quien no pueden ponerse trabas en su labor.

El abogado interviene desde el primer momento de la investigación. Como expresa con claridad el artículo 40 de la moderna Constitución de la provincia de Córdoba, “desde el primer momento de la persecución penal”, lo que por cierto comprende las actividades preventivas. Al mismo tiempo, debe quedar perfectamente en claro que la excepcional medida de la incomunicación (que durante tanto tiempo se empleaba como regla) no puede, en caso alguno, abarcar a las relaciones entre el imputado y su defensor.

La presencia y asesoramiento del defensor se hace especialmente necesaria para indicar a su pupilo los alcances del acto, la conveniencia o inconveniencia de que declare o guarde silencio, las consecuencias de sus dichos, etcétera.

Por supuesto que este derecho a la comunicación con su abogado se mantiene durante todo el curso del proceso, lo que no ofrece dificultad alguna si el imputado se encuentra en libertad; pero en aquellos casos en que el justiciable se encontrase detenido, las condiciones de tal privación de libertad no pueden ser nunca trabas al contacto con el abogado, quien podrá visitarlo libremente en el establecimiento de detención, debiéndose contar en tales lugares con sitios apropiados para un diálogo privado.

El artículo 8º, inciso *d* del Pacto de San José de Costa Rica habla del derecho del inculpado de “comunicarse libre y privadamente con su defensor”.

El derecho a contar con una apropiada defensa técnica implica así mismo el libre ejercicio de todos aquellos actos procesales a cargo del defensor y que impliquen las articulaciones necesarias al cometido, tales como contestación de los escritos fiscales, alegatos, ofrecimiento de pruebas, impugnaciones, etcétera.

E) Ser juzgado regularmente, en tiempo razonable

Podríamos señalar que el imputado tiene el derecho del cumplimiento efectivo del sistema garantizador, lo que significa que el proceso se haga por hechos descritos como delitos con anterioridad a su comisión por ley sustantiva vigente y por los que no haya sido anterior o paralelamente juzgado; que la causa se desarrolle ante jueces de la Constitución y con ejercicio de los poderes de acción, que concreten la acusación, y de defensa que pueda contestarla.

De la misma manera, la condición jurídica de inocencia, de que se encuentra investido el imputado y que sólo cesa por pronunciamiento jurisdiccional condenatorio firme, significa que debe ser tratado como tal y no sometido a otros constreñimientos que aquellos indispensables que no puede haber delitos que, de por sí, impliquen encarcelamiento, que los medios de privación de libertad (arresto, detención, prisión preventiva) deben ser interpretados y aplicados en forma excepcional y limitada a casos donde se hagan realmente necesarios, al igual que medidas tales como la incomunicación.

Todo hecho presuntamente delictivo y la consecuente imputación, generan un estado social de insatisfacción y de necesidad de una resolución conclusiva que defina, en un sentido afirmativo o negativo, el juicio de responsabilidad. En tal aspecto, el imputado tiene el derecho a que su causa sea tramitada no sólo dentro de la regularidad del cumplimiento del sistema garantizador, sino también en plazos razonables. Esto abarca tanto al desarrollo de los actos y etapas procesales, como el dictado de las resoluciones, debiendo establecerse en las legislaciones respectivas –como ocurre en algunos casos– términos más allá de los cuales no puede mantenerse ni prolongarse la causa.

El imputado, que concurre al proceso de manera coactiva y que carece de disponibilidad sustancial y procesal, tiene el derecho de que su causa se resuelva en un tiempo razonable, lo que a su vez coincide con el interés social al que sirve el enjuiciamiento penal. La declaración conclusiva de certeza, que pone fin a la imputación a través de un pronunciamiento absolutorio o condenatorio, implica el cese de la incertidumbre. En esta definición, juega el principio del *in dubio pro reo* (supra, Cap. IX) que, partiendo del presupuesto jurídico, que juega como antecedente lógico, del estado de inocencia del imputado, lleva a que sólo cuando los elementos incriminantes alcanzan a definir un conocimiento en grado de certeza pueda pronunciarse el juicio afirmativo de responsabilidad penal respecto del hecho atribuido.

De la misma forma, toda vez que el proceso penal no puede ser nunca una pena ni un anticipo de tal, todos los gravámenes de índole procesal no pueden tener otra finalidad que el aseguramiento de la comparecencia al proceso y deben limitarse estrictamente a esta necesidad. De ahí que las medidas privativas de libertad, de interpretación restrictiva, deban emplearse del modo menos irritativo y cesar en cuanto dejen de ser imprescindibles, idea que la doctrina italiana conoce como el principio del *favor libertatis*¹¹⁶.

3. EL DEFENSOR

Así como el fiscal representa el poder de acción, el defensor ejerce en nombre del imputado el poder de defensa.

Para Carnelutti (*Lecciones...*), la evolución del juicio penal señala una progresiva aproximación entre el acusador y el defensor, en cuanto a su jerarquía y plano de actuación. Asimismo, el maestro italiano reseña que la figura del defensor es la de un intérprete, un intercesor llamado por (*ad-vocat*) el imputado para que evite o mitigue el castigo. Pero por otra parte, el requeri-

¹¹⁶ LEONE, ob. cit., t. I, p. 188. "El *favor libertatis* debe entenderse como el principio en virtud del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la rápida restitución de la libertad personal al imputado que esté privado de ella, cuando vengan a faltar las condiciones que legitimen el estado de privación de la libertad".

miento de que el imputado cuente con un defensor técnico, se deriva de la necesidad de la igualdad lógica entre acusación y defensa y de razones de eficacia procesal.

En frases dignas de recordar, dice Carnelutti:

...el que ha de ser juzgado está, por lo general, privado de la fuerza y de la habilidad necesarias para expresar sus razones y cuanto más progresa la técnica del juicio penal, más se agrava esta incapacidad. De una parte, el interés en juego es a menudo tan alto para el imputado que, a causa de la excesiva tensión, como una corriente eléctrica, está expuesto a hacer saltar los aparatos: quien tenga alguna experiencia de juicios penales, sabe todo lo difícil que es al imputado y, por lo demás, también a las otras partes contener la pasión o aun solamente la emoción que les quita el dominio de sí mismos. De otro lado, el juicio, aun cuando esté racionalmente construido, es siempre un complicado y delicado mecanismo, que sin una adecuada preparación no se consigue manejar; pero el imputado, por lo general, no la posee. El está, por eso, exactamente en la posición de quien no sabe hablar la lengua que se necesita para hacerse entender¹¹⁷.

Lo dicho, lleva a destacar el papel de intérprete, representante, intercesor o nuncio que reviste el defensor con respecto al imputado. Habida cuenta de estos elementos y de las complejas relaciones procesales que se establecen entre imputado y defensor, Carnelutti, al igual que otros autores, se muestra perplejo con respecto a la naturaleza jurídica de una figura a la que califica de “híbrida”; recurriendo a conceptos tomados del procedimiento civil, habla de una “intervención accesoria” o “intervención por adhesión”.

Para Manzini:

Defensor es el que interviene en el proceso penal para desplegar en él una función de asistencia jurídica en favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal en la aplicación de una fi-

¹¹⁷ CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, Ejea, Buenos Aires, 1950, t. I, ps. 234-235.

nalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés particular¹¹⁸.

De acuerdo con esta idea, Manzini destaca con énfasis que el defensor penal “no es patrocinador de la delincuencia”, sino custodio del derecho y de la justicia en cuanto estos valores puedan encontrarse lesionados o amenazados en la persona del imputado. De ahí que corresponda al defensor todo lo que, en cuanto a los hechos y al derecho, pueda contribuir a dirimir o disminuir la culpabilidad y eventual responsabilidad del acusado.

Guarneri¹¹⁹, después de señalar que el concepto de defensa es correlativo y dialécticamente integrado al de acusación, dice que ambos institutos interesan directamente y derivan del poder del Estado. Con respecto al defensor, su naturaleza es “poliédrica”, ya que a veces se presenta como “representante”, otras como “asistente” y, finalmente, como “sustituto procesal”. Analizando estos conceptos Guarneri indica que, ante todo, el defensor penal aparece como un representante “obligatoriamente dispuesto por la ley”, y destinado a tutelar técnicamente el interés del acusado.

En las relaciones entre el imputado y su defensor, éste tiene con respecto a aquél una doble autonomía: en las modalidades y técnicas de la defensa y en el ejercicio de los derechos de impugnación. En tal sentido, los derechos y deberes del defensor, de ninguna manera pueden identificarse con los del imputado.

Sobre el particular, dice Guarneri:

El defensor no es un simple mandatario del acusado, sino que integra la tutela del mismo desde el punto de vista técnico, tanto en cuestión de hecho como desde el punto de vista jurídico, respecto del cual el defensor es el *dominus litis*, por ser él quien establece el sistema de defensa, quien promueve y trata las excepciones procesales y quien presenta los medios de prueba. Además, la defensa es autónoma, porque el defensor está autorizado a desenvolverse libremente.

¹¹⁸ MANZINI, ob. cit., t. II, Cap. VI, p. 559 y ss.

¹¹⁹ GUARNERI, ob. cit.

En consecuencia, el defensor cumple papeles de representación, asistencia y sustitución. De ahí, lógicamente, la concepción del autor citado como “parte defensa”, que se presenta como la titularidad de un conjunto de derechos procesales contrarios a la acusación en función del contradictorio legal.

Para Leone, el defensor cumple una función de asistencia y otra de representación¹²⁰, obedeciendo en ambos papeles a las exigencias técnicas del proceso. Pero si se intenta elaborar con rigor conceptual la naturaleza jurídica del defensor penal, se comprende que las diferentes notas o ideas propuestas no han hecho otra cosa que tocar sólo un aspecto del problema, sin resolverlo en su integridad. Para lograrlo, es menester advertir que a medida que avanza el progreso técnico del proceso penal, cada vez se hacen mayores el papel y actividad del defensor y menor el rol del imputado.

Dice Leone:

Nos encontramos así ante un sujeto que actúa, en presencia y en estrecha unión con la parte, en nombre propio y en interés de ella; dando lugar a una actividad que culmina con la actividad de la parte, constituyendo un momento indefectible de ella. Y puesto que esta posición [...] no puede encuadrarse en ninguna de las categorías investidas para definir la posición de un sujeto distinto de la parte, no hay otra solución que la de reconocer en el defensor uno de los sujetos en los cuales se articula la parte.

Así, basándose en las ideas similarmente desarrolladas de Vargha (el defensor como un *alter ego* procesal del imputado), Storch (imputado y defensor constituyen una sola personalidad de derecho procesal), De Marsico (el defensor como consorte procesal de imputado) y Mendioli (dos actividades integradas recíprocamente), Leone concluye proponiendo como única teoría analíticamente válida de la realidad de la situación procesal considerada, la de “parte defendida”.

En la doctrina argentina ha predominado la idea de asistencia y representación con respecto a la naturaleza jurídica de la figura del defensor. Así,

¹²⁰ LEONE, ob. cit., t. I, p. 574.

Vélez Mariconde, quien destaca que en la actividad del defensor se aúna la tutela del interés particular del imputado con el ejercicio de una función de interés público. También señala el autor de los *Estudios...* el fundamental ingrediente técnico de la tarea desempeñada y el hecho de que no es posible incorporar al proceso penal nociones del civil en cuanto al concepto de representación, ya que en el terreno tratado el defensor no se desempeña “en lugar” del imputado, sino a su lado. En este aspecto, Vélez Mariconde parece inclinarse hacia la admisión de una idea de “simultaneidad”. Así mismo, el citado procesalista analiza la cuestión de la misión que le cabe al defensor, destacando que éste sólo puede actuar a favor del imputado, en una tarea deliberadamente “unilateral”, como “guardador de los derechos e intereses” de su defendido¹²¹. Sobre esta característica, glosa Rubianes:

El defensor ha de obrar, no imparcialmente, sino tendiendo a favorecer al imputado, ya propugnando su inocencia, o al menos una responsabilidad más atenuada. Su actividad parcial siempre debe ser presidida o impulsada para lograr el mayor beneficio posible al procesado, ya que ha sido puesto en el proceso para defender los intereses del imputado. Tanto es así que hasta la ley penal lo sanciona cuando perjudica deliberadamente la causa que le estuviere confiada¹²².

Rubianes considera que el defensor es un auxiliar de la justicia que “complementa al imputado”. Para tal complementación, es indispensable el requisito de idoneidad técnica, es decir, que debe tratarse de un abogado, de un letrado que coloca sus conocimientos al servicio de los objetivos de la defensa. De este modo, el defensor integra la personalidad de parte del imputado en relación, como lo indica Vélez Mariconde, a la actividad defensiva. Por eso, ambas personas reconocen una compenetración recíproca, conformando la denominada “parte defensiva”. Esto, si bien subraya la particularidad específica –sin equivalentes en el proceso civil– del defensor penal, no puede conducir a una total identificación, ya que es obvio que mientras el imputado está

¹²¹ VELEZ MARICONDE, ob. cit., t. II, p. 179.

¹²² RUBIANES, ob. cit., t. II, p. 107.

sujeto a la relación procesal y a la decisión jurisdiccional, el defensor actúa un derecho en relación a hechos que le son materialmente extraños.

Clariá Olmedo¹²³ distingue en torno al concepto del defensor un sentido amplio y otro restringido. El primero, hace referencia a “todo profesional del derecho que pone al servicio de quienes tienen intereses comprometidos en un proceso, su actividad profesional y sus conocimientos jurídicos”. Básicamente, esta significación destaca la necesidad de contar con un asesoramiento letrado, indispensable para una actuación idónea dentro del medio técnico que es el proceso. Desde un punto de vista estricto, Clariá Olmedo considera que dentro de nuestra tradición forense el defensor sólo se concibe en relación al juicio penal, en el que su intervención resulta imprescindible para tutelar los intereses y derechos del imputado.

Luego de reseñar la evolución histórica del instituto¹²⁴, el autor aludido analiza las “notas diferenciales” de este personaje de singulares características, cuya actividad “significa una trascendental contribución para el correcto desenvolvimiento del proceso en su tendencia hacia la verdad y la justicia”.

4. DEFENSOR PARTICULAR O DE CONFIANZA

Es el abogado expresamente designado por el imputado para que ejerza su defensa en la causa. Implica una elección y una decisión del imputado y por eso se ha dicho que es el verdadero defensor en sentido estricto.

Como señala Ossorio y Florit¹²⁵, “cuando una persona necesita el asesoramiento o la defensa de un letrado y elige al que más le agrada entre los aboga-

¹²³ CLARIA OLMEDO, ob. cit. en nota 62, t. III, p. 127.

¹²⁴ El autor citado reseña la evolución desde los comienzos griegos en que el imputado ejercía personalmente su defensa, pasando por los tiempos medios en que el defensor carecía prácticamente de toda intervención en el proceso inquisitivo, hasta llegar a la época moderna en que se consagra la necesidad esencial de esta figura. También indica que resabios de la adhesión al defensor parecer quedar en algunos códigos que limitan exageradamente su gestión en el período instructorio (ps. 131-134).

¹²⁵ OSSORIO y FLORIT, Manuel, voz. *Defensor de confianza*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. VI, p. 89.

dos que ejercen la profesión, no hay duda de que le otorga una confianza personal”. Carnelutti¹²⁶ también destaca el fundamental aspecto de confianza que motiva y trae aparejada la decisión de designar a un determinado profesional para que asuma la delicada tarea de la defensa penal; de ahí la justicia y conveniencia de esta posibilidad de elección, ya que, como dice el maestro italiano, “lo que la ley prefiere es que esta defensa sea ejercida por quien goce de la confianza del imputado”.

En similar forma, este elemento es destacado por Clariá Olmedo, quien considera que esa confianza es un contenido de vinculación personal entre defensor e imputado. Después de analizar la peculiaridad de esta relación, concluye afirmando que lo que debe dejarse bien sentado “es la función de garantía judicial que cumple la designación del defensor, como consecuencia de la previa elección del imputado”.

La casi totalidad de los autores que han considerado el tema del defensor particular lo han relacionado con la significación jurídico-político-social que implica el libre ejercicio de la abogacía, advirtiendo como lo hacen Alcalá Zamora y Castillo y Levene¹²⁷, que los sistemas de corte autocrático procuren degradar y limitar la función de la abogacía y de convertir a los letrados en una suerte de funcionarios públicos al servicio de las directivas del gobierno.

En lo que se refiere a las condiciones para poder ser objeto de la designación, se coincide en que debe tratarse de un abogado debidamente inscripto, es decir, un técnico con título habilitante que figure en los registros correspondientes. Estos requisitos han sido objeto de las pertinentes reglamentaciones, pero todos ellos tienden a asegurar la seriedad y jerarquía de la profesión.

También debe señalarse –aunque por cierto esto no hace a los requerimientos formales– la necesidad de que quien se desempeñe como defensor penal cuente con conocimientos específicos, dedicación y reales posibilidades de desenvolvimiento idóneo. Las exigencias crecientemente técnicas del proceso y la materia en análisis, como así también los altos intereses en debate,

¹²⁶ CARNELUTTI, ob. cit., p. 240 y ss.

¹²⁷ ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO y LEVENE, Ricardo (h), *Derecho Procesal Penal*, Kraft, Buenos Aires, 1945.

exigen, indudablemente, un nivel de especialización y jerarquía que no puede desconocerse.

Al mismo tiempo, es menester indicar también que en este terreno cobra especial significación no sólo la capacidad técnica del defensor, sino también su sensibilidad, su capacidad de comprensión, su nivel cultural general y los que de una manera general podríamos denominar como patrones éticos de conducta. Porque la personalidad íntegra del hombre que se desempeña como letrado a cargo de la defensa obra y se manifiesta en su alta tarea, tarea que exige, a la vez, una profunda compenetración con el defendido y un distanciamiento con todas las circunstancias de hecho del delito. Sólo así logrará éxito en su misión y será, verdaderamente, como señalaba Manzini, una ayuda de la justicia y no un patrocinador de la delincuencia.

El defensor particular se introduce en el proceso a propuesta del imputado; el juez determina su nombramiento y el letrado debe aceptar el cargo. Todos los códigos hablan del ya indicado derecho del imputado a nombrar defensor y la doctrina más autorizada coincide en señalar la obligatoriedad legal para el juez de nombrar como tal al defensor designado por el imputado, si reúne las condiciones exigidas. En consecuencia, salvo en el muy poco frecuente caso de autodefensa, el tribunal debe invitar al imputado a que elija defensor; si lo hace, corresponde de inmediato el nombramiento y, en caso contrario, la designación del defensor oficial.

Los diversos códigos procesales no coinciden en cuanto al momento oportuno para esta designación. Con respecto al C. P. C. J. F., el artículo 9º nada dice al respecto, pero el 255 establece la regla de que, luego de la indagatoria, el juez debe comunicar al imputado su derecho a nombrar defensor. En cambio, el C. P. P. de Buenos Aires brinda especial atención al derecho de defensa y, en correcta interpretación de Clariá Olmedo, la mencionada facultad opera desde el inicio mismo de las actuaciones, aun antes de la indagatoria. El C. P. P. S. F. otorga derechos al imputado a partir de su detención o de cualquier acto inicial del proceso (art. 68), por lo que se desprende que desde los señalados momentos puede contar con la asistencia de defensor. En su artículo 85 prevé, en los casos de incomunicación, la

designación a propuesta de terceros, lo que se hará saber al imputado antes de comenzar la declaración indagatoria.

En consecuencia, puede sentarse como regla la facultad de designar defensor de confianza desde el momento inicial del procedimiento; esta facultad implica también la de cambiar de defensor en cualquier estado del proceso, hasta su finalización. El defensor puede también ser separado (art. 88, C. P. P. S. F.) por el juez en el caso de “notorias omisiones o negligencias”. Por último, puede renunciar a su cargo, aunque está obligado a “continuar en su desempeño hasta que el imputado proponga otro o le haya sido designado de oficio” (art. 89, C. P. P. S. F.).

5. DEFENSA DE OFICIO

La fundamental importancia del papel de defensor y el cabal ejercicio del derecho de defensa conducen a que, en todos los casos (salvo el supuesto excepcional de autodefensa técnica) el imputado deba contar con la asistencia de un letrado que represente y proteja sus intereses.

Por lo general, al menos en aquellos casos de importancia, el imputado elegirá a un defensor particular, al que le cabe la denominación de abogado de confianza, y que es instituido por el interesado, quien le ha conferido el respectivo mandato sobre la base de razones de conocimiento, idoneidad, prestigio, etcétera.

Pero como ya se ha indicado, hay supuestos en los que el imputado no quiere o no puede designar defensor particular, surgiendo así el tema de la denominada defensa de oficio o defensa oficial. Es evidente que el instituto deriva de todo lo dicho en relación a la importancia que el mismo orden jurídico otorga a la defensa técnica, al extremo de arbitrar los medios para proveerla a quien, por cualquier razón, no está en condiciones de una contratación particular.

Este tipo de defensa, que también ha sido denominada como de pobres, ha sido organizada de diversas maneras a lo largo del tiempo. Así, se ha dispuesto la creación de un cuerpo de defensores oficiales, con carácter de fun-

cionarios judiciales, retribuidos por el Estado; o bien, se ha encomendado a abogados de la matrícula del colegio respectivo, ya fuere con carácter de carga pública, entre todos los inscriptos, determinados por turnos, series o sorteos o entre un grupo elegido año a año, a manera de conjuceces o también de listas de ingreso voluntario.

También se ha propiciado que sean los colegios profesionales los que implementen y controlen un servicio de asistencia y patrocinio gratuito para atender las necesidades judiciales de aquella clientela sin recursos para afrontar la contratación de un abogado particular.

Es de advertir que la cuestión no es nueva. Ya en *Las Partidas* (Partida III, Título VI, ley 6^o) se mandaba que los jueces deben dar abogado a la viuda, al huérfano y a las demás personas desvalidas y pobres, las que si no tuvieren dinero para pagar los estipendios, serán igualmente defendidas. En nuestra historia institucional, el artículo 353 de la ley 50, regula la cuestión y la ley 1893 estableció que lo atinente a la defensa de pobres estará a cargo de defensores oficiales, nombrados por el Poder Ejecutivo y con cargo al presupuesto, sistema que, con pequeñas variantes, ha sido el que predominó dentro de nuestra legislación.

Pero con ser añejo el linaje del problema, es notorio que en la actualidad ha adquirido mayor importancia, conectado con posiciones críticas en torno al funcionamiento y real operatividad del sistema penal. Se objeta a los sistemas de enjuiciamiento vigentes el hecho de ser selectivos, tanto respecto de los ilícitos que investigan y juzgan (por lo general, los de menor importancia y escasa relevancia) como a los sujetos involucrados, mayoritariamente pertenecientes a las capas bajas y de menores recursos del conjunto social. Esta selección inicial se agrava más aún con respecto al desarrollo del proceso y a su finalización con una resolución condenatoria. Se ha observado que mientras cierto tipo de grandes crímenes, fundamentalmente de índole económica (delincuencia de cuello blanco) no son con frecuencia objetos de actividad jurisdiccional, y aun cuando lleguen a los estrados judiciales, no alcanzan una resolución conclusiva y, si esto ocurre, se finaliza en un sobreseimiento o absolucón o en condenas desproporcionadamente leves respecto de la enti-

dad del hecho, el delincuente habitual, o que pertenece a niveles bajos, resulta inexorablemente condenado, siendo este tipo de gente el que compone la casi totalidad de la población carcelaria.

Por cierto que el problema es complejo y su causación obedece a elementos de muy diversos tipos, que exceden ampliamente los límites del tema en desarrollo. Pero es un dato de experiencia el de que en numerosos casos, la defensa oficial no cumple un papel ni tan siquiera de mediana eficiencia, desempeñando su tarea dentro de las limitaciones burocráticas y la rutina. Esto lleva a que, de hecho, cierto tipo de clientela penal mayoritaria, carezca de hecho de una eficaz defensa técnica, con las consecuencias previsibles.

Terminológicamente, el concepto correcto que corresponde a la materia analizada es el de “designación de oficio” (art. 90, C. P. P. S. F.), ya que lo que procede por parte del tribunal es la decisión de una designación de defensor a quien, por cualquier razón, no lo tiene. Tal designación puede recaer en el mencionado representante del Ministerio Público (defensor general) o en un abogado de la matrícula, en los regímenes procesales que así lo establecen.

Clariá Olmedo¹²⁸ prefiere hablar de “defensor oficial”, entendiendo por tal a “la persona que habrá de nombrar el tribunal para la asistencia técnica del imputado, cuando éste no elija defensor de confianza”. También destaca que esta designación se impone a los fines de que “el imputado no quede huérfano de defensa”, siendo, en consecuencia, una directa manifestación del derecho-poder de defensa.

Para el caso de que no se trate de un funcionario del Ministerio Público, en aquellos supuestos en que la designación recae sobre un abogado de la matrícula, la misma tiene carácter de carga pública. Todo esto, en opinión de Clariá Olmedo, indica que el instituto es “una forma subsidiaria de proveer a la defensa técnica”, ya se trate de que quien la necesite carezca de medios para costearse un abogado particular, o que, por cualquier circunstancia, no se decide por ninguno; también corresponde la designación en los supuestos en que el letrado particular abandona la defensa o la ejerce remisamente. Todo esto demuestra a las claras el sentido tutelar de esta institución que, si bien en

¹²⁸ CLARIA OLMEDO, ob. cit., p. 178.

la práctica y por excesos de labor no siempre se desempeña con toda la idoneidad que es dable esperar, implica, como concepción y finalidad, una clara muestra de la importancia otorgada por el Estado a la defensa en juicio.

La defensa oficial, se ha organizado a través de las denominadas asesorías o defensorías letradas, que integran lo que generalmente se conoce como "Ministerio Pupilar", variando su régimen en las distintas provincias.

Los códigos procesales regulan el instituto del defensor oficial (o "de pobres", como dice el de Buenos Aires) en relación a los derechos del imputado y el ejercicio de la defensa.

En realidad, como acontece con tantos otros institutos de nuestro ordenamiento procesal penal, el sistema mayoritariamente imperante no ha dado buenos resultados y en la mayor parte de los casos, el imputado que no ha designado defensor de confianza adolece en la causa de un estado de verdadera indefensión. Por otra parte, la misma estructuración que, como en la provincia de Santa Fe hace depender funcionalmente a los defensores oficiales del Ministerio Público, genera un desdibujamiento de estos funcionarios que, llega, incluso, a generar dudas sobre la constitucionalidad de tal tipo de organización, en la que los defensores tienen subordinación jerárquica del procurador general.

Las apuntadas deficiencias, cuyo conocimiento podría calificarse como público y notorio, hace necesario implementar nuevas modalidades para atender aquellos numerosos casos de justiciables carentes de recursos. En tal aspecto, entiendo que es un importante paso el proyecto que al respecto obra en las propuestas modificatorias de la justicia penal federal y que, en lo básico, podría servir de modelo para implementarlo en otras jurisdicciones, ya que a sus méritos técnicos y realizativos, une el de generar una importante incumbencia profesional.

En el proyecto queda en claro que la actuación de defensa técnica a todo lo largo del proceso es uno de los requisitos esenciales de la regularidad de éste.

Respecto a las facultades, deberes y responsabilidades del defensor, no se distingue entre el de confianza y el de oficio. Se establece que el defensor de oficio se encuentra regulado por todos los preceptos referidos al desempeño

de aquel sujeto procesal. Y en lo que atañe a quienes pueden ser instituidos como defensores oficiales, el proyecto se remite a lo dispuesto por la ley orgánica.

El Libro Cuarto del Proyecto de Ley de Organización Judicial de la Nación en Materia Penal trata de lo que se denomina *Servicio Oficial de Defensa*. Todo abogado con título para el desempeño de su profesión en el país, “pertenecerá al servicio oficial de defensa”, siendo obligatoria la prestación de este servicio en el ámbito territorial del colegio de abogados a que pertenezca. En el caso de actuar en varias jurisdicciones, deberá optar por una, haciendo saber de su elección. Esta tarea será remunerada conforme a las leyes de aranceles profesionales, y la organización del servicio oficial de justicia en cada circunscripción correrá por cuenta del colegio respectivo, quien deberá garantizar la eficiencia del mismo. Así, le corresponderá confeccionar la lista de voluntarios y el padrón de abogados, asignar los casos, atender los asuntos urgentes hasta tanto el abogado designado intervenga, para lo cual deberá tener un servicio de guardia, asistir a los abogados que atiendan los casos y todo lo atinente a la administración y contralor del servicio. El colegio o cuerpo correspondiente, deberá habilitar una oficina específica para todo esto, con un encargado que durará dos años, y donde se harán las comunicaciones y notificaciones, hasta tanto el abogado actuante en el caso establezca su domicilio especial.

Los asuntos se distribuirán, en primer lugar, entre los integrantes de la lista de voluntarios, la que requerirá para los inscriptos título, antigüedad y experiencia en asuntos penales. Los casos serán asignados por procedimientos que permitan una distribución equitativa. En defecto de la lista o cuando por razones de eficiencia del servicio no se pueda encomendar el trámite a algún abogado inscripto en la lista voluntaria, “se designará a un integrante del padrón de abogados”.

El designado no podrá rehusar la prestación del servicio, salvo causales de grave objeción de conciencia, impedimentos físicos insuperables o intereses contrapuestos. A su vez, el asistido sólo podrá solicitar la sustitución del designado por manifiesta inidoneidad, negligencia grave o intereses contrapuestos.

La supervisión general del Servicio corresponde a la Federación Argentina de Colegios de Abogados, "asumiendo la responsabilidad por su eficacia" sobre todo el país, con amplias facultades.

Los recursos del Servicio Oficial provendrán del Estado nacional, de las contribuciones de los abogados, de una deducción de los honorarios percibidos en el desempeño oficial y de donaciones. El tesoro será administrado por la Federación, quien distribuirá los fondos para las distintas oficinas en relación a sus necesidades, debiendo para ello elaborarse un presupuesto anual. El ministro encargado del área de justicia, controlará el manejo de fondos.

Los honorarios serán regulados por el órgano jurisdiccional competente y una vez firmes, el abogado cobrará el 75% de los mismos, del tesoro, siendo el 25% restante su contribución. "El servicio subrogará al abogado en todos los derechos sobre el honorario", gestionando su cobro al defendido, pero el Servicio no ejecutará a quienes carezcan de medios económicos suficientes para sus necesidades de subsistencia y atención familiar.

Como conclusiones de esta regulación, pueden proponerse las siguientes notas distintivas:

1º) Toda vez que el proyecto se inscribe dentro de una configuración eminentemente democrática, con escrupulosa observancia de las garantías constitucionales, potencia y procura la plena operatividad de los derechos del imputado, entendido como pleno sujeto de derechos y no como un mero objeto de persecución penal. En este aspecto, se superan viejas deficiencias advertidas en alguna legislación procesal penal argentina y, de un modo especial, las existentes en el Código de 1888, con modificaciones que alteran su estructura esencial.

2º) Dentro de lo anterior y con respecto al fundamental derecho de defensa, se legisla sobre el mismo con la necesidad, amplitud y, particularmente, eficiencia, de tal manera que no quede como una mera declamación o reconocimiento retórico, desvirtuado –como con desgraciada frecuencia ha acontecido– el sentido constitucional. Merece especial mención sobre esto, el énfasis puesto en hacer obligatorio el ejercicio de la defensa desde el inicio del procedimiento.

3º) En lo que atañe a la titularidad, manifestaciones y ejercicio de la defensa, se sigue el esquema clásico, consistente en: a) corresponde de un modo personal al imputado, que la desempeña en sus aspectos materiales en todas sus propias e insustituibles intervenciones, con amplias facultades; b) la defensa técnica, como derivación de lo material, se entiende como imprescindible, regulándose de manera amplia, y correspondiendo la designación de abogado de confianza al imputado; y c) en aquellos casos en que no quiera o no pueda o demore en proceder a tal designación, se prevé a la defensa oficial, que aparece entonces como una función pública subsidiaria.

4º) Esta función pública subsidiaria es organizada en el proyecto de manera diferente a la tradicionalmente imperante (funcionarios judiciales), procurando a la vez superar los conocidos problemas de burocratización e ineficiencia y de permitir que, de hecho, el imputado cuente con un abogado particular, cuya única diferencia con el de confianza, es que es retribuido por el sistema creado al efecto.

5º) Se otorga la organización del Servicio a los órganos encargados del control de la matrícula, especialmente a los colegios profesionales, lo que acentúa la tendencia señalada en el apartado anterior y evidencia una destacable confianza en organismos que durante años han tenido una relevante labor en defensa de las libertades públicas y el mejoramiento de la justicia. Por otra parte, al reservarse la realización y fiscalización de la defensa a los abogados particulares, se distingue claramente el servicio de defensa, que atañe al interés del individuo, de los órganos de persecución y juzgamiento penal, eminentemente públicos.

6º) Dentro de los límites de toda regulación normativa, se tiende a que la defensa oficial sea eficaz, personalizada y responsable, aplicada a cada caso en particular, y con medios apropiados.

Todo esto permite concluir que, verdaderamente, el proyecto ha sido acertado en este punto, al igual que en todas sus principales características, y hace fundada la esperanza de que ha de contribuir al ideal de una mejor justicia penal, en la medida en que los hombres de derecho comprendamos su sentido y breguemos por realizarlo.

CAPITULO VII

DEFENSA Y EXCEPCION

Dentro de la teoría del proceso, el tema de la defensa ha tenido un tratamiento similar al de la acción, comprendiéndose la como contrapartida simétrica. Esto se advierte de manera clara en el esquema carnelutiano al que hemos hecho referencia. Pero como ocurre con frecuencia en el estudio de las disciplinas jurídicas, a poco que se recorran las páginas dedicadas a la cuestión, se advertirán discrepancias terminológicas que, en este caso, son meramente tales. Para no entrar en un debate que ofrece escasos motivos de interés, digamos simplemente que, de una manera general y amplia, frente a la acción, aparece el derecho procesal de contradicción que, para muchos, es de idéntica naturaleza que la acción o, si se prefiere, un desdoblamiento de la misma. Así, por ejemplo, Barrios De Angelis, utilizando el término excepción en el sentido amplio de contradicción, manifiesta que: “Comprendemos en el mismo rubro a la acción (estatuto del actor) y a la excepción (estatuto del demandado), porque consideramos que no existen entre ambos conjuntos de situaciones jurídicas diferencias esenciales”¹²⁹, pudiendo distinguírselas porque mientras la primera tiene por finalidad la exclusión de la insatisfacción, la segunda tiende a evitar la satisfacción injusta, véase asimismo su diferenciación

¹²⁹ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Teoría del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 159.

teniendo en cuenta que la acción es de índole promotiva, a más de resultar la contradicción sucesiva o cronológicamente segunda.

Por su parte Devis Echandía, citando a Rocco, también ubica la contradicción como una derivación del derecho de acción, agregando:

El derecho de contradicción, lo mismo que el de acción, pertenece a toda persona [...] por el solo hecho de ser demandada, o de resultar imputada o sindicada en un proceso penal, y se identifica con el derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante o a la imputación que se le hace en el proceso penal¹³⁰.

Respondiendo, más allá del interés individual de quien lo ejerce, al interés social reconocido y declarado constitucionalmente, que quiere que nadie resulte condenado sin ser oído en un pie de igualdad con el acusador y sin las correspondientes oportunidades de alegar, probar e impugnar.

Así enfocado, este derecho de contradicción es de índole predominantemente abstracta, ya que resulta independiente de la situación jurídica sustantiva en que el sujeto se encuentra y de la decisión conclusiva a que en definitiva se llegue, conforme con el mérito de la acusación y de la defensa. Toda persona que es penalmente perseguida, por el solo hecho de la imputación y cualquiera fuere la naturaleza y seriedad de la misma, está investida, a través de los medios legales pertinentes, de la facultad de contradecir la atribución, derecho que surge con la imputación misma y va delimitándose con mayor claridad a medida que tal imputación se convierte en acusación.

La facultad de contradicción es lo que genéricamente se denomina como defensa, cuya naturaleza, fundamentos y características hemos considerado en las páginas anteriores. Ahora bien: como desde antiguo ha sabido la doctrina procesal, cabe hacer una distinción en lo que se entiende como defensa de mérito o sobre el fondo de la causa, es decir, el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho tendientes a invalidar la pretensión punitiva o a mejorar la situación del imputado, y defensa formal obstativa del desarrollo de la ac-

¹³⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, t. I, p. 221.

ción, o excepción. Como se advierte, la diferencia radica en el contenido, curso y dirección de la contradicción. Es así que mientras la defensa atiende a que en el caso los hechos no están probados, o no acontecieron como los presenta la acusación, o el imputado no es el autor de la conducta atribuida, o la norma sustantiva no es aplicable, o se encuentra presente alguno de los elementos negativos del delito, etcétera, la excepción, sin entrar sobre esos temas del fondo o materia del caso, entenderá que la causa no puede constituirse o proseguir por alguna circunstancia que impide el desarrollo de la relación jurídico-procesal.

1. EL CONCEPTO DE EXCEPCION

La palabra es de origen latino: *exceptio*. Desde antiguo significa el motivo jurídico mediante el cual el accionado intenta detener o hacer ineficaz la acción. En consecuencia, nos encontramos frente a un instituto de naturaleza procesal, que se presenta como un medio a través del cual la contradicción opone impedimentos válidos a la misma constitución y/o desarrollo de la relación, obstaculizando que se considere el fondo de la causa o cuestiones de mérito, atinentes a las hipótesis relativas a la regulación del derecho sustantivo.

El tema aparece ya dentro del Derecho Romano, pasa por el Derecho Canónico y es considerado en las legislaciones procesales modernas. De acuerdo con las modalidades de éstas, la doctrina ha definido y caracterizado al instituto de manera diversa, entendiéndolo de un modo amplio o estricto y proponiendo diversas clasificaciones. Por su mayor operatividad dentro del proceso civil, han sido los teóricos de esta materia quienes han dedicado más numerosas y profundas páginas a esta cuestión, advirtiéndose en el campo del proceso penal un cierto descuido.

Como señalamos, un punto en el que existe pleno acuerdo doctrinal y que aparece como nota distintiva de la excepción, es que la misma implica la alegación de elementos que refieren a la procedencia del procedimiento y que, habida cuenta de los mismos, impiden que se entre en la consideración del fondo, materia y objeto del proceso. De esta manera, se establecería una diferencia-

ción clara con la defensa de mérito, ya que lo que aquí se cuestionan son los denominados presupuestos procesales y los requisitos de viabilidad de la acción.

Ya hemos visto que ante la interpretación de una acción y la consecuente pretensión, el sujeto accionado puede reaccionar ejerciendo sus defensas de fondo, es decir, alegando sobre el mérito de la prueba y sobre las circunstancias de hecho y de derecho pertinentes, o bien excepcionando, lo que en lo básico significa impugnar la facultad misma de desarrollo proyectivo de la causa.

El mexicano Briseño Sierra ha ubicado el tema de las excepciones dentro del cuadro de las posibles reacciones que es dable esperar, hipotética y lógicamente, del accionado; producida la interposición de la acción, el sujeto contra quien se proyecta, puede desentenderse de la misma (proceder omisivo), aceptar lo que se pretende (allanamiento), accionar a su vez por la misma causa (reconvención), llegar a un acuerdo (conciliación), cuestionar los fundamentos y razones de la pretensión (defensa de mérito), o bien dirigir su ataque a la inobservancia de algunos de los requisitos formales básicos (excepción)¹³¹.

Claro está que dentro de este esquema de posibilidades abstractas resulta necesario efectuar precisiones según las pautas legales de cada ordenamiento; habrá que ver el valor que se otorga a la rebeldía, las condiciones en que puedan darse la reconvención y el allanamiento, cuándo es posible reconvenir, etcétera.

En relación a la materia penal, según los principios de indisponibilidad sustancial y procesal, como así también el de oficialidad y necesidad de la promoción de la acción pública, el accionado carece de varias de las posibilidades antedichas, ya que ineludiblemente deberá comparecer al proceso y ejercer sus defensas. Esto implica que, más allá de su voluntad, quien aparezca como imputado será compelido a través de los medios legales (citación o detención) a tomar intervención en la causa. De igual forma, el proceso deberá desarrollarse hasta su conclusión por pronunciamiento jurisdiccional

¹³¹ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Cárdenas, México, 1969, t. II. En nuestro medio, este esquema ha sido desarrollado con precisión por Adolfo Alvarado Velloso en numerosas monografías y conferencias.

(sobreseimiento, sentencia), siendo elemento esencial de la tramitación regular (debido proceso) las oportunidades de defensa material y técnica, ya que el imputado no puede ser condenado (ni aun por su voluntad) sin la tramitación del “juicio previo” del que habla la Constitución.

La excepción constituye una manifestación del derecho constitucional de defensa, diversa de la defensa de mérito pero que se ejerce en el mismo sentido.

Vélez Mariconde caracterizó al instituto como “defensa de forma”, aclarando que se dirige a impugnar, en forma provisional o definitiva, la constitución o el desenvolvimiento de la relación procesal, sobre la base de la existencia de algún obstáculo o deficiencia que la imposibilita u obstruye, sin consideración al objeto sustancial¹³². En esta línea, Clariá Olmedo, señaló que las excepciones son medios procesales de oponerse al empuje de la acción, resistiendo a la prosecución del proceso; dirigiéndose en tal sentido a paralizarlo o extinguirlo, impidiendo el pronunciamiento sobre el fondo¹³³.

Sobre la base de estas ideas, que implican una visión coincidente de la doctrina, pueden proponerse las siguientes características del instituto: a) es una derivación de la facultad de contradicción y como tal su fundamento es el derecho constitucional de defensa; b) se presenta como medio procesal, destinado a impugnar, objetar o cuestionar la regularidad de la constitución y/o desenvolvimiento, en forma definitiva o transitoria, de la relación jurídico-procesal; y c) de admitírsela, impide la consideración de la relación jurídica sustancial y la consecuente decisión de fondo o mérito, por lo que aparece como de resolución previa al tema material.

2. REGULACION LEGAL

Como ya fue indicado, el instituto de las excepciones aparece ligado al desenvolvimiento de la legislación y doctrina procesal civil. Dentro de este ámbito, se regularon las que se conocen como “dilatatorias”: incompetencia, falta de

¹³² VELEZ MARICONDE, ob. cit., t. II, p. 385.

¹³³ CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. IV, p. 547 y ss.

personería, litispendencia, defecto legal y arraigo, cuya promoción suspende el curso del procedimiento, haciendo que el mismo se detenga hasta tanto sea removido el obstáculo y/o se radique la acción como corresponda; y las “perentorias”: cosa juzgada, transacción y prescripción que, ante el agotamiento de la acción, implican la definitiva imposibilidad de la tramitación judicial.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 346 a 348), enumera como excepciones la incompetencia, la falta de personería, la carencia de legitimación para actuar, la litispendencia, el defecto legal en el modo de proponer la demanda, la cosa juzgada, la transacción, conciliación y desistimiento del derecho, las denominadas defensas temporales de la legislación sustantiva civil, la prescripción y el arraigo. La sola mención de lo precedente (que en cierta medida justificaría la posición de Devis Echandía de que las excepciones, más que a la acción, tienden a enervar la pretensión), evidencia que en lo enumerado abundan los supuestos inaplicables al proceso penal. Sin embargo, a grandes rasgos y con las lógicas adaptaciones, el sistema ha sido adoptado por alguna legislación procesal penal, tal como el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1888, que sigue la fuente de la Ley de Enjuiciamiento española, la que a su vez se inspiró en la legislación procesal civil de la época.

El mencionado digesto trata del tema (Título XXIII del Libro II) bajo el nombre de *Artículos de previo y especial pronunciamiento*, lo que alude al ya indicado carácter del instituto de ser predominantemente formal y tendiente a impedir o diferir el pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo, ya que la interposición y tramitación suspenden la consideración material del objeto procesal. Las excepciones previstas son falta de jurisdicción, falta de personalidad en el acusador o sus representantes, falta de acción, cosa juzgada, amnistía o indulto, litispendencia, condonación o perdón del ofendido en los delitos de acción privada, y prescripción de la acción o de la pena.

Esta enumeración casuística fue objetada por la doctrina, la que también planteó con razón críticas sobre algunas de las causales, como la inclusión del indulto.

Los códigos modernos corrigieron esa metodología. El de Córdoba regu-

la el tema en su artículo 346, previendo como únicas excepciones la falta de jurisdicción o de competencia; la falta de acción, porque ésta no pudo promoverse, no fue iniciada legalmente o no puede proseguir; y la extinción de la pretensión penal. El esquema es seguido por los digestos de Mendoza, San Juan, La Pampa, Entre Ríos, Salta, Jujuy, Catamarca, Santiago del Estero, Chaco, Corrientes y La Rioja. El artículo 360 del Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe menciona como excepciones la de incompetencia; falta de acción, porque no se pudo promover o no fue legalmente promovida o no pudiere ser seguida, o estuviera extinguida y pendencia de causa penal. El Proyecto Maier legisla sobre el tema en los artículos 268, inciso 2º; 85 y 98, siguiendo, en lo básico, el esquema del Código cordobés.

La materia de excepciones aparece situada dentro de un capítulo específico, hacia el final de las disposiciones relativas a la etapa instructoria o dentro de la etapa intermedia, lo que se explica por la circunstancia conocida de su finalidad de evitar entrar en el tratamiento y decisión de fondo, lo que significa que, a diferencia de la defensa de mérito, que en su explicitación técnica tiene oportunidades procesales determinadas, por lo general las excepciones pueden ser interpuestas durante toda la etapa instructoria, claro está que sin perjuicio de que, por su mismo carácter y finalidad, evitando desgastes procesales, las excepciones pueden interponerse desde el inicio del procedimiento, su ubicación sistemática más correcta es la de encontrarse regulada, como facultad del imputado y su defensa, dentro del período intermedio, tendiente a meritar la seriedad de la acusación y depurar la causa, antes del juicio, de toda cuestión incidental.

3. DE LAS EXCEPCIONES PENALES EN PARTICULAR

Lo tratado hasta el momento de una manera general, adquirirá mayor nitidez al considerar las particularidades operativas de los diferentes tipos de excepciones penales contemplados dentro de las legislaciones procesales actualizadas. Al respecto debe repararse en que la metodología seguida por los digestos modernos es comprensiva de las diferentes situaciones que pueden

presentarse, planteando supuestos genéricos que abarcan las diferentes hipótesis –no siempre correctas– que trataban casuísticamente las antiguas legislaciones.

De acuerdo con el esquema vigente, las excepciones penales pueden agruparse en:

A) Relativas al órgano jurisdiccional (falta de jurisdicción y de competencia)

Desde un punto de vista estricto, la falta de jurisdicción (que el código de Santa Fe no contempla) resultaría pertinente cuando el órgano que actúa jurisdiccionalmente no es tal, por carecer de esa investidura o haberla perdido. También podría abarcar los supuestos comprendidos dentro de la idea de jurisdicción como ámbito dentro del cual se ejerce el poder, lo que en este caso referiría al tema de la jurisdicción ordinaria o provincial y excepcional o federal, lo que en cierto sentido podría identificarse o confundirse con las respectivas competencias.

Más aplicación y uso práctico tiene la excepción de incompetencia. Se da cuando, no obstante existir jurisdicción, la misma no se ha determinado conforme con las reglas distributivas, ya fuere por razón del territorio, la materia o la conexidad.

Se trata de una excepción de las denominadas dilatorias. Como ha señalado la jurisprudencia (C. N. Fed., Sala Crim. y Correc., 21/VI/68, *La Ley*, t. 134, p. 1090), esta excepción no extingue la relación procesal constituida, sino que la suspende, hasta tanto la causa se instaure válidamente ante el órgano jurisdiccional que en definitiva resulte competente. Porque si se hace lugar a la excepción, lo que corresponde es la remisión de los autos al juez que se tiene por competente, es decir, el que tiene concreta aptitud para actuar en el caso, acorde con la garantía constitucional del juez natural y las leyes que instrumentan, según este principio, los ámbitos de actuación de los magistrados.

Los códigos procesales regulan las denominadas “cuestiones de competencia” mediante métodos específicos, conocidos desde antiguo y que son: la inhibitoria, que promueve la cuestión ante el órgano jurisdiccional que se reputa competente, para que aceptando tal competencia, se dirija al entendi-

do como incompetente reclamándole el apartamiento del caso y la remisión del mismo; y la declinatoria, interpuesta ante el que se considera incompetente, para que se aparte del caso y lo envíe a quien corresponda. Ambos medios no pueden ser usados ni simultánea ni sucesivamente, debiendo optarse por uno u otro. La excepción de incompetencia se identifica con la declinatoria.

B) Relativas a la acción

a) *Falta de acción*. En un primer aspecto, esta excepción se relaciona con los principios constitucionales de legalidad y reserva (arts. 18 y 19, C. N.) y con la circunstancia de que el ordenamiento penal sustantivo es un orden legal y estricto (tipo garantía) de ilicitudes yuxtapuestas, es decir, discontinuas. De ahí que asista razón a Núñez cuando caracteriza al instituto como destinado a plantear “la carencia de potestad para perseguir penalmente”¹³⁴, lo que ocurre cuando la conducta es evidente y notoriamente no ubicable o subsumible dentro de una figura penal descrita en ley sustantiva vigente con anterioridad a la ocurrencia real del hecho. Como dice Leone, si en el caso no nos hallamos “ante un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal”, no habrá acción, ya que no corresponde actividad persecutoria (investigativa ni de debate) sino a causa y por razón de una situación fáctica descrita como delito¹³⁵.

Es obvio entonces que, como lo explicitamos antes, no podrá procederse penalmente si la imputación no refiere a una acción u omisión definida con anterioridad a la comisión del hecho como delito en ley (en sentido formal y material) vigente. Ello se desprende del orden constitucional, de las normas fundamentales y de la propia sistemática y límites del poder penal.

Si se atribuye un hecho que no se encuentra descrito como delito, la denuncia, querrela o requerimiento de instrucción, deberán desestimarse; si ha habido sumario de prevención, el mismo deberá archivers; y en las hipótesis de que, por alguna circunstancia, hubiere habido actividad instructoria, co-

¹³⁴ NUÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado*, Lerner, Córdoba, 1978, p. 303.

¹³⁵ LEONE, ob. cit., t. I, p. 126.

responderá el dictado de sobreseimiento por la causal de no encuadrar el hecho en figura sustantiva.

Pero para comprender lo señalado y no incurrir en confusiones, tiene que quedar en claro que la cuestión considerada no es un tema valorativo de mérito, propio de una decisión sobre el fondo. De lo que aquí se trata es de una evidente falta de correlación entre el comportamiento atribuido y la descripción legal, como sería el caso de que se imputase no haber satisfecho una obligación civil, haber pronunciado una blasfemia, haber tenido relaciones sexuales sin casarse, tener un mal comportamiento público, etcétera. Repitiendo: no puede haber proceso penal si no es por causa de actos u omisiones, dolosos o culposos, que al momento del hecho y durante la tramitación de la causa, estén previstos como delitos, pero no cuando a tal conclusión se llegue por el análisis técnico normativo de la figura, o por una cuestión probatoria, o por la existencia de una causal negativa, es decir, por algún aspecto inherente al fondo o materia del objeto procesal. En resumen, corresponderá el planteo de la excepción cuando se intente desarrollar un proceso penal por un hecho que no figure en el catálogo delictivo, o que figurando haya sido cometido antes de que la ley lo reputara tal, o que durante el curso del proceso haya sido desincriminado. En cambio, el medio deviene inadmisibles cuando lo que se arguya es la inexistencia del delito o la consideración de causas de justificación, inimputabilidad, o inculpabilidad.

La jurisprudencia ha sostenido, en lo básico, los antedichos puntos. Así se ha señalado que: “La circunstancia de que el hecho incriminado pueda no constituir delito, no es base ni fundamento legal a la excepción de falta de acción, salvo que resulte patente y obvio que los hechos imputados no caigan bajo ninguna de las figuras delictivas típicas establecidas por el legislador” (C. N. P. Económico, Sala I, 30/VIII/66. “La inexistencia del delito no puede plantearse por vía de excepción de falta de acción [...] toda vez que es una cuestión de fondo objeto del proceso, y sólo susceptible de ser decidida en el momento de dictarse sentencia” (C. N. Crim. y Correc., Sala IV, 1968)¹³⁶.

¹³⁶ Otros pronunciamientos sobre el tema pueden consultarse en *La Ley*, Digesto Jurídico 2, t. IX, *Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1981, p. 1092 y ss.

Respecto de otras hipótesis, la excepción resultará pertinente cuando se cuestione la titularidad para el ejercicio de la misma. Así, el Ministerio Público no podrá accionar por delitos que sean de acción de ejercicio privado ni, dentro de los sistemas que admiten al querellante conjunto en los delitos de acción pública, podrá presentarse como tal un particular que no sea el ofendido por el delito. Sobre esto se ha dicho: “La excepción de falta de acción prevista en el inciso 3º del artículo 443 del Código Procesal Criminal, se relaciona con la existencia o inexistencia del derecho del acusador para ejercer en nombre propio la pretensión punitiva” (C. N. Crim. y Correc., Sala V, 13/VI/69, *Jurisprudencia Argentina*, 3/69, p. 477).

Desde tal punto de vista, la excepción sería procedente para cuestionar la presencia y continuación en el proceso de un acusador que carezca de facultades para deducir y mantener la acción criminal, comprendiendo por cierto los distintos supuestos en orden a las acreditaciones de personería.

Un problema interesante no considerado por la doctrina ni tampoco resuelto jurisprudencialmente, es el relativo a casos en los cuales, por cualquier circunstancia, no se dé la necesaria congruencia entre la acusación y el acusado, planteándose la cuestión que los procesalistas civiles consideran en torno al tema de la legitimación pasiva. Esto es difícil de imaginar en un delito de acción pública, pero podría suceder que, por error, la requisitoria fiscal se dirigiese contra quien no ha sido procesado, o dándose una discrepancia entre la identidad del imputado y del acusado. Más posible es el caso de que en un delito de acción de ejercicio privado se querellase a quien, notoriamente, nada tiene que ver con el hecho, o bien, en aquellos supuestos en que los digestos, como el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, que regulen un procedimiento investigativo (art. 520), se modifique la dirección atributiva de la querrela. En tales temas correspondería remitirse a lo estudiado por los procesalistas civiles.

b) *Obstáculo a la promoción.* Es lo relativo a circunstancias que impiden que la acción se desarrolle a través del proceso penal. Derivan de la existencia de privilegios constitucionales o de inmunidades en razón del cargo o función desempeñado por el sujeto imputado. En tales casos, la acción encontrará un

impedimento para la prosecución, no pudiendo proseguir la causa si, en forma previa y a través de procedimientos específicos contemplados en las leyes respectivas, no se produce el desafuero respecto de los legisladores nacionales y provinciales, y el juicio político, jury de enjuiciamiento o antijuicio para los miembros del Poder Ejecutivo y magistrados judiciales (en algunas jurisdicciones, también los integrantes del Ministerio Público).

Los códigos comprenden también dentro de esta causal las denominadas cuestiones prejudiciales y previas. Respecto de las primeras, es sabido que la prejudicialidad significa que, para resolver la cuestión penal, debe existir una decisión anterior de un juez no penal que haga estado sobre la existencia o inexistencia de una circunstancia de hecho que aparece como elemento esencial para la determinación del delito de que se trate, siendo tal decisión vinculante. Dentro de nuestro actual ordenamiento jurídico, la única causal de prejudicialidad es la establecida en el artículo 1104, inciso 1º del Código Civil y que concierne a la validez o nulidad de los matrimonios, lo que tiene incidencia sobre la configuración del delito de bigamia (arts. 134, 135 y 136, Cód. Penal). Esto implica que si se radica una acción por este delito, podría interponerse la excepción, que paralizaría el proceso hasta tanto el juez civil declarase la validez del primer matrimonio (claro está, si éste ha sido cuestionado), ya que éste sería la base o requisito previo para el posterior desarrollo de la acción penal. El inciso 2º de la norma civil citada establece también como cuestión prejudicial la calificación de las quiebras, pero tal norma ha perdido vigencia por la sanción del artículo 242 de la ley 19.551 que manda que la acción penal que correspondiere es independiente de la calificación hecha por el juez comercial. Pero claro está que debe existir la declaración de quiebra, que se convierte así en una cuestión previa no penal.

También entrarían dentro de este tema los no muy frecuentes supuestos de cuestiones previas o, con la denominación italiana, “prejudiciales facultativas”; operaría el instituto en aquellas hipótesis dentro de las cuales la determinación del hecho delictivo deriva de la resolución de una cuestión sometida a otro proceso penal sin que correspondiera acumulación, o a la competencia de otro juez civil, laboral o administrativo, etcétera, cuando dicha cuestión constituye un antecedente lógico-jurídico del eventual delito.

c) *Defectos en la interposición.* Corresponde esta excepción en aquellos casos de incumplimiento de alguno de los requisitos legales establecidos para la promoción de la acción, cuestión que, en alguna forma, podría identificarse con la de las condiciones de procedibilidad, y que en ciertos casos puede presentar zonas de confusión con la falta de acción.

El caso típico sería el que podría plantearse ante un delito dependiente de instancia privada (art. 72, Cód. Penal), cuando el proceso se haya llevado adelante sin haberse habilitado la instancia a través de la correspondiente denuncia del ofendido.

Distinta es la situación en aquellos supuestos en que la causa se promovió de oficio por el órgano instructor, dentro de las jurisdicciones que, como la de Córdoba y la mayoría de las provincias, se rigen por códigos que otorgan la facultad de inicio de la instrucción únicamente al Ministerio Público y a la actividad prevencional. En realidad, aquí correspondería hablar de falta de acción, ya que el órgano actuante no la tiene.

Dentro del supuesto que contemplamos, el viejo Código Federal, siguiendo un esquema procesal civil, regula lo que denomina como “falta de personalidad en el acusador o sus representantes” (inc. 2º del art. 443), lo que debe conceptualizarse de un modo distinto de la excepción de falta de acción legislada en el inciso 3º del mismo artículo. Esto refiere a hipótesis de falta de personalidad o capacidad del querellante conjunto en los delitos de acción pública y exclusivo en los de acción privada, o de defectos en el poder del respectivo mandatario.

En idéntica inteligencia podría encontrarse este motivo para excepcionar ante una pieza acusatoria que no reuniese los requisitos formales mínimos como para posibilitar la debida contestación, de una manera similar a lo que ocurre dentro del ámbito civil con el defecto legal.

Por último, debe mencionarse que Ricardo Núñez¹³⁷, siguiendo al Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, ubica dentro de la causal que consideramos lo que el antiguo Código Federal denomina como excepción de litispendencia (art. 443, inc. 6º) y que ocurre cuando el imputado estuviese so-

¹³⁷ NUÑEZ, ob. cit.

metido a un proceso anterior por los mismos hechos. El autor cordobés enumera igualmente el caso de cosa juzgada (garantía *non bis in idem*), idea que no comparto, ya que, como se verá más adelante, lo que en tal supuesto ocurre es que nos encontramos ante una extinción de la acción.

d) *Suspensión de la acción*. Núñez ubica dentro de esta causal lo que anteriormente hemos estudiado como obstáculos al desenvolvimiento.

Sin perjuicio de ello, entiendo que dentro de esta hipótesis se encuentra el caso de incapacidad mental sobreviniente en el imputado.

e) *Extinción de la acción*. El presunto hecho delictivo deja de ser motivo de persecución penal. El poder de instar la investigación con miras al pronunciamiento jurisdiccional, cesa. Nos encontramos ante claros casos de excepciones perentorias, ya que de admitírsela, el proceso se cierra irrevocablemente, sin que pueda abrírselo otra vez.

La acción penal se extingue en los siguientes casos:

1) *Muerte del imputado*. Habida cuenta de que la responsabilidad penal es de índole subjetiva y personal, va de suyo que ante el fallecimiento de la persona a quien se atribuye un delito, hace cesar el interés punitivo, despojando a la acción de toda base y finalidad, ya que ninguna clase de pena puede transferirse a los herederos. Esta causal opera a todo lo largo del proceso.

2) *Amnistía*. La potestad punitiva es facultad exclusiva del Estado que, en ciertas condiciones y por los medios legales pertinentes, puede determinar la no perseguibilidad de algún o algunos delitos. Ello sucede a través de una decisión del Poder Legislativo que establece suspender la aplicación de algún segmento de la ley penal vigente (a la que no se deroga) por un determinado tiempo, sobre la base de motivos de índole político-criminal. De esta manera, se impide la aplicación de la figura penal en cuestión a hechos ya ocurridos y por un período puntual. En consecuencia, extingue las acciones en curso o que pudieren promoverse por tales hechos.

Los efectos procesales de la amnistía son que no podrá iniciarse causa por las conductas de que se trate y, para el supuesto de que el proceso se encontrase ya en curso, corresponderá el dictado de sobreseimiento definitivo.

Es de destacar que el inciso 5º del artículo 443 del viejo Código Federal, habla de “amnistía o indulto”, siendo esto último un notorio error, ya que el indulto, a diferencia de la amnistía, es un acto del Poder Ejecutivo que significa el perdón de la pena ya dictada en un proceso fenecido, por lo cual no se extingue la acción, sino el cumplimiento de la faz ejecutiva, lo que también ocurre en forma parcial respecto de la conmutación.

3) *Prescripción*. Es una causa de extinción de la acción por vencimiento del período temporal posible para la persecución de un delito ya ocurrido; opera mediante el transcurso del tiempo, de acuerdo con las reglas establecidas en la ley penal sustantiva, abarcando el lapso ocurrido entre la realización del hecho y la concreta actividad procesal realizada para su investigación y juzgamiento.

A diferencia de la amnistía, que es de índole general (se dicta en relación a ciertos delitos, sin alusión a sus concretos autores) la prescripción es de índole individual, ya que beneficia en cada caso al concreto imputado sobre quien recae.

Como en tantos otros institutos de nuestra disciplina, sobre éste se abaten polémicas que, a lo largo de los años, han contribuido a hacer confusa y poco previsible la viabilidad de la excepción. Estas discusiones abarcan, en primer lugar, la naturaleza jurídica de la prescripción, que se encuentra regulada en el Código Penal pero que, al igual que todo lo que acontece con la acción, es de eminente naturaleza realizativa. Tampoco ha sido pacífico el tratamiento de los fundamentos, ya que se ha hablado de los efectos naturales del mero transcurso del tiempo que atenúan, hasta diluirlo, al interés represivo, la carencia de necesidad de pena, tanto por la distancia temporal entre el hecho y la eventual sanción como por la circunstancia de la espontánea resocialización de quien no ha cometido un nuevo delito, aduciéndose igualmente razones de seguridad jurídica. Está en claro que estas discusiones, que a veces se diluyeron en bizantinismos, siguieron las evoluciones legales y que, por cierto, no resultan ociosas, ya que implican determinadas opciones importantes de política criminal. Esto se advierte de una manera especial, de singular relevancia práctica y que atañe de manera directa a nuestro tema concreto, en torno a los motivos de interrupción de la prescripción.

Las principales discusiones sobre la cuestión se han suscitado, doctrinaria y jurisprudencialmente, sobre la delicada cuestión de determinar cuáles son los actos persecutorios que tienen entidad suficiente para entender válidamente interrumpido el término de la prescripción. Como se sabe, el artículo 67 del Código Penal, habla de que la prescripción se interrumpe “por la secuela del juicio”, expresión a decir verdad bastante poco feliz y que ha sido objeto de diversas interpretaciones.

Eduardo Jauchen, reseñando la evolución doctrinaria, recuerda que tal expresión es introducida en el Código Penal en 1949 con la reforma de la ley 13.569 que la incorpora como causal interruptiva¹³⁸, basándose en el Proyecto Coll-Gómez donde, en la exposición de motivos, se señalaba que resultaba imposible admitir, como contradicción lógica, que pudiese desarrollarse el plazo prescriptivo de la acción “cuando ésta estaba en movimiento”.

Desde un punto de vista terminológico, la palabra “secuela” significa consecuencia o resultado, estando claro que, en cambio, a lo que el texto legal alude es a un comienzo más que a una consecuencia. Respecto de “juicio”, el término puede interpretarse de una manera amplia, como sinónimo de proceso, o bien en sentido estricto, esto es, lo concerniente a la etapa del contradictorio o plenario, período que la doctrina moderna entiende correctamente como el auténticamente procesal, ya que se estima que los actos preparatorios –la instrucción tradicional, o la investigación a cargo del Ministerio Público– son de índole investigativa, introductiva, de base para la acusación pública, que sería el acto de instancia o acción propiamente dicha. De acuerdo con esto, la secuela del juicio sería únicamente tal acusación, en su forma clásica o como requisitoria de elevación a juicio.

Dentro de otras legislaciones la redacción de los preceptos ha evitado estos equívocos (Cód. Penal alemán, art. 68; Cód. de Instrucción Criminal francés, art. 637; Cód. Penal español, art. 114), entendiéndose en todos ellos que el curso de la prescripción se interrumpe ante la realización de concretos actos de persecución penal en contra del imputado.

¹³⁸ JAUCHEN, Eduardo M., *La secuela de juicio como causal de interrupción de la prescripción de la acción penal*, Zeus, Rosario, 1987, p. 44.

Así, en torno a las ambigüedades resultantes de la utilización de la palabra “secuela” (que el Diccionario de la Real Academia Española define como “consecuencia o resulta de una cosa”) y de la interpretación jurídica de “juicio”, se presentan en la doctrina dos posiciones, a las que cabe caracterizar como extensiva y restrictiva. La primera, mayoritariamente seguida por la jurisprudencia, entiende que de lo que se trata es de actos idóneos, concretos y efectivos de persecución penal, que impliquen sin lugar a dudas la voluntad de los órganos públicos habilitados de averiguar y juzgar un hecho delictivo en relación a un autor. Y la segunda, en cambio, sostiene que de una interpretación gramatical de la palabra juicio, entendida como la que designa la etapa de discusión o plenario, se sigue que es únicamente la apertura de esta instancia la que tiene idoneidad para interrumpir la prescripción. En esta última posición se enrola decididamente Ricardo Núñez¹³⁹, quien argumenta sobre los alcances técnicos del vocablo juicio, cuyo significado excluye que pueda abarcarse el período preparatorio.

Resulta indudable que las razones antedichas, a las que habría que agregar lo correspondiente a una perspectiva de énfasis defensivo, hacen que la postura restrictiva aparezca como sólida y convincente y que resulta difícil inclinarse en su contra. Sin embargo, creo que una interpretación serena e integral de la cuestión, conduce a una solución opuesta a la mantenida por Núñez y bien explicitada por Jauchen. En efecto: si la ley penal se hubiera limitado a hablar de “juicio”, es claro que no habría dudas al respecto, pero el agregado del desafortunado sustantivo “secuela” implica un agregado que introduce la idea de algo distinto, consecuente o precedente del mismo juicio, que debe ser así comprendido como una expresión sinónima de enjuiciamiento, es decir, del mecanismo legal para llegar a la determinación sobre la aplicación de la ley sustantiva, que no es otro que el proceso, con sus diferentes etapas. Y como sabemos que, por las características de la materia, dentro del sistema mixto, el juicio debe ser necesariamente precedido por una etapa preparatoria, va de suyo que todo acto inicial de persecución, que dirija la atribución de-

¹³⁹ NUÑEZ, *Interrupción de la prescripción por la secuela del juicio*, en *La Ley*, t. 63, p. 559.

lictiva hacia un sujeto individualizado, es idónea para interrumpir el curso temporal de prescripción.

De la misma manera, el concepto de acción que sustentamos¹⁴⁰, como requerimiento de investigación sobre un hecho presuntamente delictivo, relativamente independiente de la materialidad del suceso y distinto de la pretensión punitiva, que es tan sólo uno de sus contenidos direccionales posibles, nos confirma en esta posición. En tal sentido, se sostiene que la prescripción, por la causal considerada, se interrumpe por el requerimiento de instrucción que indique un imputado, por la convocatoria a prestar declaración indagatoria y, especialmente, por el procesamiento. Incluso en el sistema elaborado en el Proyecto Maier, donde se habla de los actos de “preparación de la acción pública”, la lectura del articulado correspondiente indica que la acción comienza a desarrollarse procesalmente a partir del inicio de la persecución penal pública por el Ministerio Público. El segundo párrafo del artículo 229 reza que: “El ejercicio de la acción penal pública no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley”, lo que reafirma el criterio que sustentamos.

Uno de los argumentos que con fuerza cierta utilizan los que adscriben al criterio restrictivo y que encuentra fundamentos en la práctica judicial, es el relativo a las inmovilizaciones del procedimiento. Es claro que no puede dejarse a un imputado en la situación ambigua y gravosa de una indeterminación derivada de la inactividad judicial. Para ello es necesario que se establezcan plazos para la realización instructoria y que, sin perjuicio de que el plazo de prescripción se reanude a partir de la última diligencia idónea de persecución penal, debe arbitrarse un método de perención, cuyo vencimiento desemboque en el sobreseimiento del imputado que tiene el derecho de una resolución sobre su situación.

4) *Cosa juzgada*. Esta causal es una aplicación de la garantía del *non bis in idem* o prohibición de múltiple persecución y juzgamiento penal por los mismos hechos, que aparece consagrada entre las normas fundamentales o principios básicos del ordenamiento realizativo penal.

¹⁴⁰ VAZQUEZ ROSSI, ob. cit. en nota 78, Cap. VIII, p. 211 y ss.

Si, como se ha dicho, la acción aparece en lo básico como una actividad requirente de la jurisdicción para que ésta resuelva la aplicación del derecho al caso concreto, va de suyo que, al cumplirse con tal finalidad mediante la obtención de la decisión conclusiva, la acción se ha agotado, ha conseguido su finalidad esencial no pudiendo de ninguna manera renacer en lo que hace a la misma plataforma fáctica.

Para que esta excepción resulte procedente, tiene que haberse dado un pronunciamiento conclusivo, ya que de encontrarse otro proceso en trámite correspondería hablar de litispendencia y, según las características, de acumulación o de cuestión previa si aquélla no fuere procedente. El pronunciamiento puede ser sentencia, absolutoria o condenatoria, o sobreseimiento.

La garantía, que la excepción considerada hace operativa, impide la persecución penal múltiple de la misma persona por los mismos hechos, sin que para el caso importe la calificación o título legal de la misma, ya que lo que debe tomarse en cuenta es lo determinado por el objeto procesal.

f) *Renuncia de la acción.* El artículo 59 del Código Penal, que regula los casos de extinción de la acción, prevé en su último inciso “la renuncia del agraviado respecto de los delitos de acción privada”, lo que también aparece legislado en la casuística del antiguo Código Federal, en el inciso 7º del artículo 443 como “condonación o perdón del ofendido”, y que, como es evidente, refiere a los casos de delitos de acciones de ejercicio privado tratadas en el artículo 73 del Código Penal.

A contrario de la regla de legalidad o de necesidad, oficialidad e indisponibilidad de la acción penal pública (art. 71, Cód. Penal), la acción de ejercicio privado es de exclusiva incumbencia del particular ofendido por el delito, quien tiene disponibilidad sustantiva y procesal para el ejercicio de la misma, pudiendo instaurar la querrela, conciliar y desistir por lo que, resulta lógico, también renunciar a llevarla a cabo, como si se tratase de una cuestión civil. En consecuencia: si se ha operado el perdón del ofendido o la renuncia al ejercicio de la acción, ésta, al igual que la pretensión punitiva, se han extinguido, siendo procedente la excepción si se produjese un nuevo intento.

4. LAS EXCEPCIONES NO LEGISLADAS

La redacción de los artículos pertinentes de los códigos procesales indican, en forma clara, que el catálogo de causales de excepciones es taxativo y cerrado, sin que puedan admitirse otras que las expresamente legisladas. Sin embargo, al igual que lo que acontece dentro del campo civil, se ha discutido si ello es en realidad así, ya que se argumenta que existirían otros supuestos de procedencia más allá de los establecidos. A modo de ejemplo, bástenos recordar lo ya apuntado respecto a que dentro del proceso penal podrían darse situaciones similares a las que el proceso civil conoce como defecto legal u oscuro libelo, que acontece cuando una determinada pieza procesal partiva no reúne los requisitos mínimos exigidos por las normas pertinentes o carece de la suficiente claridad como para poder ser comprendido; pensemos, verbigracia, en una requisitoria de elevación a juicio que omitiese la identificación del imputado, la relación circunstanciada de los hechos relevantes o la calificación legal de los mismos.

En los procesos que disciplinan la acción civil resarcitoria anexa a la penal, por lo general se admite el arraigo.

Pero fuera de este supuesto que, por otra parte, es regulado de manera independiente, pienso que resulta posible subsumir las diferentes situaciones que exceden los límites tratados en el punto anterior dentro de esas mismas causales genéricas que los códigos modernos tratan. Ello, sin perjuicio de que determinadas situaciones de irregularidad procesal o que atañen a los presupuestos, encontrarían eficaz solución por la vía de la inadmisibilidad y, especialmente, de la nulidad.

Poniendo luz sobre los temas, los comentaristas del sistema procesal mixto expresan:

...el artículo extiende una enumeración que, de ninguna manera agota taxativamente las posibilidades de excepcionar que las partes puedan tener a favor de la defensa de sus derechos. Porque distinguiendo como corresponde el instituto de la excepción, como forma puramente procesal de defensa y, por otra parte, el contenido de la

excepción como materia diversamente variable, se advertirá que [...] la enumeración es incompleta¹⁴¹.

En esta precisa opinión se formula con claridad la necesaria distinción de índole conceptual que permite avanzar hacia la comprensión de la operatividad del instituto, distinción que, con frecuencia, no ha sido debidamente tenida en cuenta y que, por ello, ha tenido incidencia sobre cierto grado de confusión en los análisis pertinentes de la doctrina.

A lo que aluden los citados comentaristas es a la necesidad de diferenciar la noción procesal de excepción del instrumento técnico específico regulado como un determinado procedimiento por los códigos de la materia. Lo primero corresponde a lo que Clariá Olmedo estudia dentro de la idea de excepción en sentido amplio y que refiere a la oposición al empuje o curso de la acción. Y en tal sentido, es toda articulación que implique el examen y decisión de un motivo que impide la decisión sobre el fondo del tema investigado, o que resulte necesariamente previo a ello. Ejemplo de un problema de esta índole, que excede el marco de lo que hasta ahora hemos considerado, podría ser lo atinente a la incorporación de una prueba irregularmente introducida o producida al margen de la legalidad sustantiva y de las correspondientes garantías constitucionales, lo que en nuestra práctica judicial se ha resuelto por la vía de la nulidad. También se ubicaría dentro de esto todo lo concerniente a los presupuestos procesales, tema al que nos dedicaremos en particular.

Resumiendo: de esta manera y por lo dicho, todo motivo o causal que en el curso del proceso aparezca válidamente como una cuestión impeditiva de una legal decisión sobre el fondo o materia de la causa judicial, que obste por cualquier razón a la consideración de los aspectos concernientes a la determinación del hecho y de la responsabilidad en el mismo del sujeto imputado, operará como excepción en un sentido amplio, con independencia de que el artículo se encuentra previsto en forma expresa como causal del procedimiento técnico de excepción.

¹⁴¹ VAZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, ob. cit., t. II, p. 378.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES

Se ha aludido reiteradamente a la vinculación entre el tema de las excepciones y el de los presupuestos procesales, por lo que toca ahora atender con más detalle a este delicado problema, ya que el mismo, en definitiva, refiere nada menos que a un válido y regular desarrollo de la relación jurídica establecida a través de la estructura y secuencia procesal penal y a sus fundamentos constitucionales.

La doctrina, como en tantas otras ocasiones señalamos, no presenta unanimidad sobre el tema y las posiciones varían de acuerdo con concepciones más generales sobre el proceso. Sin embargo, es posible proponer de una manera introductiva que los presupuestos procesales son aquellos supuestos previos, ordenados a modo de requisitos cuya presencia es imprescindible para la constitución y desarrollo de la relación que conduce al juzgamiento, el marco y curso dentro del cual se emitirá la decisión de mérito sobre la materia juzgable. Sin la presencia de estos elementos, no puede examinarse ni decidirse la cuestión de fondo.

En esta inteligencia, Baumann, resumiendo una línea preponderante dentro de la doctrina alemana, caracteriza a los presupuestos procesales como aquellas condiciones imprescindibles para “que se pueda dictar en el proceso una decisión sobre el fondo del asunto”, enumerando como tales lo atinente a la jurisdicción y competencia del órgano jurisdiccional actuante, la instancia penal, la prescripción, la litispendencia, la cosa juzgada, la inmunidad y la capacidad procesal¹⁴², lo que evidencia la íntima relación con lo anteriormente considerado en torno a las excepciones, ya que éstas no son en consecuencia sino medios para impugnar la legítima constitución o desarrollo del proceso por faltar o ser deficiente alguno de sus elementos constitutivos.

De esta manera, se pone suficientemente en claro que los presupuestos procesales constituyen el marco o encuadre jurídico dentro del cual se establece la relación procesal penal suscitada; no podrá decidirse sobre los hechos

¹⁴² BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal* (trad. de la 3ª edición alemana por Conrado Finzi), Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 256.

atribuidos al sujeto imputado ni pronunciarse juicio sobre la consecuente procedencia de la sanción punitiva, si de advierte la carencia o la deficiente constitución de alguna de esas condiciones.

Por su parte Leone, resumiendo las arduas elaboraciones de la teoría italiana, distingue entre estos presupuestos de la relación procesal (promoción de la acción, órgano jurisdiccional, persona con calidad y capacidad de imputado y diversificación entre partes y juez) con aquellos que denomina los requisitos de validez de la relación procesal y con las condiciones de procedibilidad¹⁴³. Presupuestos procesales propiamente dichos “son los elementos de cuya existencia depende el nacimiento de la relación procesal; sin los cuales, por consiguiente, no surge el poder-deber del juez de emitir una decisión”, ya que son condicionantes de la relación procesal, al extremo de que impiden la decisión de mérito, que, de pronunciarse, se reputaría como inexistente.

En cambio, los requisitos de validez no atañen a la constitución de la relación, que es existente, sino a su regularidad, llevando a que el juez se entienda impedido de dictar una decisión tanto “sobre la promovibilidad o prosequibilidad de la acción como sobre el mérito”. En ambos casos, se trata de una decisión procesal, no material.

Resume Leone que antes o previo al examen de mérito sobre el fondo del asunto, el juez debe examinar la existencia de los presupuestos procesales, los presupuestos de validez de la relación procesal y la existencia de las condiciones de procedibilidad. Estas últimas son “las que indispensablemente deben mediar para que la acción procesal sea ejercida válidamente”¹⁴⁴, conforme a lo estudiado con anterioridad en puntos precedentes.

Es de notar que los códigos tratan de estas cuestiones en relación a la nulidad, lo que también estudiaremos, y que aparece como el punto hacia el que converge el problema, ya que en definitiva de lo que se trata es de privar de efectos procesales a la relación o actos mal o irregularmente constituidos.

¹⁴³ LEONE, ob. cit., p. 233 y ss.

¹⁴⁴ LEONE, ob. cit., p. 234.

En lo que atañe a los presupuestos procesales, por lo general la mencionada sanción procesal ocurrirá cuando haya deficiencias en el órgano jurisdiccional, la intervención del Ministerio Público y la defensa del imputado, es decir, los tres sujetos esenciales de la relación jurídica.

En lo que refiere a los presupuestos de validez, se habla de violación u omisión de las denominadas formas sustanciales y que se conectan con las normas fundamentales de directa derivación constitucional.

En los últimos tiempos se ha dibujado una clara línea jurisprudencial dirigida a descalificar procedimientos, por lo general directamente relacionados con la actividad investigativa y la incorporación probatoria, que vulneraban dichos presupuestos de validez, tales como los casos “Montenegro” (declaraciones coactivas del propio imputado), “Rojas Molina” (necesidad de la asistencia técnica), “Fiorentino” (inviolabilidad del domicilio), etcétera¹⁴⁵ que, en relación al tema que estudiamos, implican en lo básico que la invalidación de los procedimientos cuestionados quita regularidad al debido proceso, que deja de ser el “debido” según Constitución, privando de efectos a las consecuencias de los actos y, por ello, vedando que se arribe a una definición sobre el fondo del asunto.

6. EXCEPCION Y NULIDAD

A través de las consideraciones hechas a lo largo de este capítulo, se advierte sin esfuerzo que existen marcadas diferencias entre la regulación civil y penal del instituto de la excepción. En lo fundamental, tales diferencias derivan de la materia juzgada, del énfasis garantizador constitucional y de los modos de desarrollarse la relación y del consecuente papel de los sujetos

¹⁴⁵ El importante tema de la invalidez y descalificación de la prueba irregular se encuentra considerado, con análisis de los fallos más importantes, en Minvielle, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1987 y *Allanamiento ilegal: violación del derecho a la intimidad y de las garantías del debido proceso*, en *Doctrina Penal*, Nº 38, Buenos Aires, 1987, p. 295 y ss. y José I. Cafferata Nores, *Los frutos del árbol envenenado (La prueba obtenida por quebrantamiento constitucional)*, en *Doctrina Penal*, Nº 35, Buenos Aires, 1986, p. 491; Maier, ob. cit., p. 59.

esenciales, como así también de los principios de oficialidad e indisponibilidad imperantes.

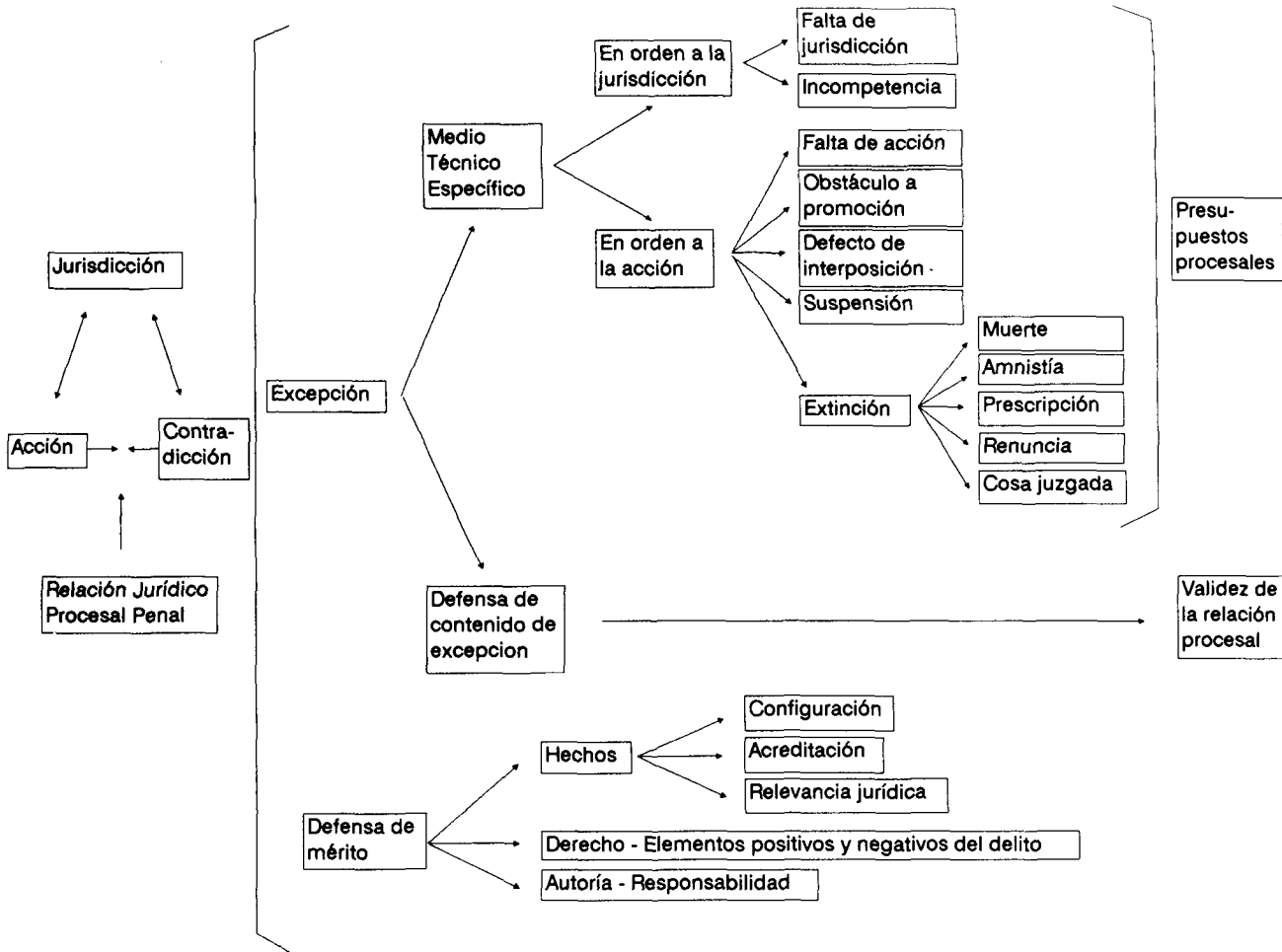
No extraña entonces que por estas razones pueda advertirse cierta tendencia renuente hacia el medio técnico de las excepciones dentro del proceso penal, línea que, poniendo en foco de atención el aspecto procedimental olvidada, o no considera con todos sus matices, los aspectos de contenido y sentido instrumental de la misma. Pero sin entrar a discutir si es más adecuado exceptuar o bien introducir un incidente o un planteo de nulidad, entiendo que ya ha quedado aclarada la significación del instituto que, en lo básico, atiende a lograr la finalidad de impedir que se produzca el pronunciamiento de mérito sobre la base de carencias o irregularidades que descalifican la legalidad y válida constitución y/o desarrollo de la relación procesal. De admitirse este medio, en definitiva lo que se logra es la consecuencia de privación de efectos, por lo que nos encontramos dentro del terreno de la nulidad. A modo de ejemplos, podemos señalar que si se procesa a un individuo que goza de inmunidad, este acto puede ser impugnado diciendo de nulidad o bien por la existencia de un obstáculo a la promoción de la acción por vía de excepción, lo que también acontece por un proceso sustanciado ante órgano jurisdiccional incompetente, o ante un caso en el que la instancia no fue habilitada, o la acción está prescripta, o los hechos ya han sido objeto de pronunciamiento, o se ha cercenado el derecho de defensa, o se ha introducido una prueba en violación de disposiciones sustantivas, etcétera.

Habrán casos, en relación a la causal y al desarrollo del caso, en que pueda recurrirse al medio técnico de la excepción y otros en que será atinado el incidente de nulidad, pero el resultado –de prosperar– será el mismo: la consideración previa a la cuestión de fondo y la privación de efectos de la relación.

Leone distingue en este orden de efectos lo que entiende como inexistencia, es decir, la inidoneidad de todo el desarrollo secuencial del proceso o de una fase del mismo, que opera en los supuestos de falta de presupuestos procesales; y la nulidad absoluta, propiamente dicha, cuando lo que se da es una irregularidad que atañe a la válida relación procesal; y esto puede ocurrir por

un determinado acto, pero que por su influencia sobre la válida relación, irradia sobre la totalidad, invalidándola. Por último, esto se distingue de la nulidad relativa, que sólo toca a un acto, por lo que resulta posible el saneamiento.

De lo que aquí interesa destacar es que tanto en los supuestos de inexistencia como de nulidad absoluta, se llega a la consecuencia de que la relación procesal no se ha constituido, o no lo ha sido válidamente, por lo que no cabe conocerse ni decidirse sobre el fondo o mérito, lo que sólo puede darse cuando el proceso ha sido regularmente tramitado. Dentro de esos parámetros de legalidad se planteará la defensa de mérito.



CAPITULO VIII

LAS FUNCIONES DEL DEFENSOR

Puesto de relieve el papel principal desempeñado por quien ejerce la tarea del derecho-poder de defensa en el proceso penal, es menester considerar en detalle sus funciones. Estas pueden ser enfocadas desde una perspectiva global o bien como derechos y tareas en las distintas instancias del proceso. A los efectos de una mejor claridad expositiva y de acuerdo con la metodología del presente trabajo, se comenzará con la visión general para considerar seguidamente las diferentes particularidades.

1. ASISTENCIA DEL IMPUTADO

No hay autor que no haya tomado en consideración este aspecto de la misión del defensor. Esta asistencia, preponderantemente técnico profesional, excede en ocasiones este ámbito para convertirse también en un apoyo humano. De ahí que exista precisión en las afirmaciones de Clariá Olmedo de que tal asistencia "...puede prestarse mediante el aporte de la experiencia, de la serenidad y del oportuno consejo durante la comunicación con el imputado fuera del proceso o dentro de él cuando la ley lo permita".

Esta función de asistencia se desenvuelve en diferentes niveles que contri-

buyen a delimitar con fuertes trazos la peculiaridad del defensor penal, y debe ser entendido no sólo como el aporte de necesarias aclaraciones teóricas sobre el papel desempeñado por el letrado, sino también como indicaciones prácticas para un eficaz e idóneo cumplimiento de la tarea.

En primer lugar, corresponde al defensor una fluida comunicación con su defendido. Esto implica, por un lado, que no se establezcan cortapisas ni trabas a las visitas del profesional a los lugares de detención y, por el otro, que el abogado no sea remiso en sus necesarios contactos con el imputado. Sólo así podrá ejercitar cabalmente su función y compenetrarse de los elementos de conocimiento sobre las circunstancias del hecho de la causa y la personalidad de su defendido. Esto significa dejar sentado con claridad que el primer requisito de la labor defensiva es una adecuada información que, en lo posible, no puede limitarse únicamente a los datos de las actuaciones, ya que con frecuencia el propio interesado podrá ofrecer elementos de importancia para la actividad a desarrollar por el letrado.

Sobre esa base y sobre la suministrada por el haber científico y la experiencia del profesional, éste podrá asesorar correctamente al imputado, informándolo sobre las normas sustanciales y procesales en relación al hecho y las peculiaridades de su caso. De allí surgirán las orientaciones para los actos de la defensa material y el propio defensor podrá recoger elementos para verter en su defensa técnica.

Asimismo, esta asistencia implica la vigilancia del abogado interviniente en los diversos actos, verificando el cumplimiento de los términos, el diligenciamiento correcto de las incidencias y manifestando una atención constante hacia el curso del proceso. Por último, esta función se concreta a través de la presencia del abogado en todos aquellos actos que, como la declaración indagatoria, exigen el comparendo personal del imputado.

2. FUNCION DE REPRESENTACION

Para algunos autores, esta función deriva de la asistencia y en general todos coinciden en que ambas se interrelacionan íntimamente. La representación implica la actuación del defensor sin la presencia del imputado y en

nombre de éste. Es decir: el abogado a cargo de la defensa de un imputado realiza diversos actos efectuados en nombre, representación e interés del sujeto defendido. Lógicamente, los efectos de tales intervenciones –dentro de los márgenes legales– recaen sobre el imputado.

Mientras la función de asistencia da preeminencia a los aspectos personales, la de representación acentúa el sentido técnico del ejercicio del derecho de defensa. Sus manifestaciones a lo largo del proceso son diversas, pero las más notorias son aquellas que se concretan en la contestación de la requisitoria fiscal, en el ofrecimiento y control de la prueba, en los informes de vista de causa y en las expresiones de agravios.

Como regla, puede establecerse que el abogado defensor ejerce funciones de representación siempre que interviene en el proceso en actos que no tienen carácter personalísimo con respecto al imputado (declaración indagatoria, careos, reconocimiento de documentos, reconstrucción de hechos, etc.).

Otra clara manifestación del carácter representativo de la función defensiva, lo constituye el hecho de que las diversas notificaciones se llevan a cabo en el domicilio constituido por el letrado dentro del radio del juzgado.

De lo expuesto, se comprende que estas funciones de asistencia y representación se compenetran, lo que se advertirá a través de las diversas manifestaciones de las mismas en las distintas instancias del proceso.

3. MANIFESTACIONES DE LAS FUNCIONES DEL DEFENSOR EN LA ETAPA PREPARATORIA

Es sabido que el proceso penal, a diferencia del civil, tiene un desenvolvimiento secuencial que permite distinguir etapas o períodos diferenciados, gobernados por principios organizativos y finalidades particulares. En lo básico, puede hablarse de una estructuración mediante sistemas yuxtapuestos, ya que mientras la instrucción responde a los esquemas inquisitivos, el juicio se adecua a una mecánica acusatoria. Esta división proviene del Código francés de 1808 y, en lo básico, se extendió por la mayor parte de Europa e influyó en los

países latinoamericanos. Dentro de nuestro ámbito, el modelo seguido fue el italiano y, a partir de la sanción del Código de la Provincia de Córdoba, permite hablar de un sistema mixto. En realidad, esta denominación corresponde únicamente, en sentido estricto, a los digestos que disciplinan la primera etapa como meramente preparatoria, siendo fundamental la relativa al debate oral, público, continuo y concentrado, con intermediación probatoria y ante un tribunal colegiado de única instancia, ya que en aquellos códigos que, como el antiguo federal o el de la provincia de Santa Fe, que consagran el juicio escrito, lo determinante es lo que ocurre durante la instrucción.

La existencia de una etapa preparatoria, previa a la discusión y al juzgamiento, aparece como una necesidad derivada de la misma naturaleza de la cuestión punitiva. En la medida en que el Estado monopoliza la función penal, le corresponde arbitrar los medios para fundamentar la acusación. Por otra parte, tanto por los intereses comprometidos dentro de los conflictos penales, como por las características de la sociedad contemporánea, un régimen acusatorio puro, que implicara la realización exclusiva del juicio instado a través de acciones privadas o populares, resulta difícil, sino imposible de imaginar.

De ahí la apuntada necesidad preparatoria, cuyo reconocimiento legal aparece como una constante de la legislación comparada. Donde se advierten diferencias, es con respecto a la organización de la misma, ya que mientras en algunos sistemas (como el italiano) esta preparación se efectiviza a través de lo conocido como *instrucción formal*, en otros (derecho anglosajón, Ordenanza Procesal Penal Alemana, Proyecto Maier) la investigación preliminar corresponde al Ministerio Público, siendo también diferentes las modalidades y facultades de que está investido este órgano.

La instrucción formal ha sido destacada por Leone como una peculiaridad del procedimiento penal, sin equivalente dentro del ámbito civil; para el profesor italiano, su fin estriba en la comprobación, mediante exámenes preliminares, de si existen elementos formales y sustanciales para abrir la etapa del juicio. En nuestra doctrina y en relación al sistema mixto, Clariá Olmedo definió la instrucción del modo siguiente:

La primera y preparatoria etapa del proceso penal, cumplida por escrito y con limitada intervención de la defensa, con el objeto de reunir y seleccionar la prueba sobre el supuesto de hecho imputado, suficiente para realizar el juicio sobre la base de una acusación o evitarlo mediante el sobreseimiento¹⁴⁶.

Acontecido en la realidad un hecho definible como, en principio, delictivo y llegada la noticia del mismo (denuncia, querrela en los casos procedentes, conocimiento por parte de los órganos pertinentes) a la autoridad preventora o al Ministerio Público (hay todavía algunos códigos que admiten la iniciación de oficio por parte del juez instructor), se realizará, en el primer supuesto, el sumario policial y, en el segundo, el requerimiento de instrucción. En el esquema de actuación directa por parte del Ministerio Público, éste intervendrá de oficio en la preparación investigativa.

A partir de cualquiera de esos inicios, se desenvolverán una serie de actos de adquisición y determinación probatoria, como así también de medidas cautelares, relacionados con el hecho y sus protagonistas. La iniciativa de los mismos corresponderá a quien dirige la instrucción, quien tiene un amplio margen discrecional para la orientación de la pesquisa y la implementación de la investigación.

La idea (con frecuencia distorsionada en la práctica) es la de una actuación rápida y eficaz, destinada a reunir los elementos básicos para la acusación y a evitar que se oculten, pierdan o destruyan las pruebas relevantes. De ahí la tradicional denominación de “sumario” que persiste en algunos códigos y la necesidad de una precisa regulación legal sobre su término.

Es de toda evidencia que esta etapa preparatoria tendrá una incidencia determinante sobre el posterior curso del proceso. En los códigos tradicionales, que permitían que se fallase sobre la base de las constancias sumariales, la instrucción inquisitiva era el momento decisivo. En los digestos modernos, que disciplinan el juicio como etapa fundamental, también este período tendrá una relevancia preponderante, toda vez que define la acusación y el material probatorio que la sustenta.

¹⁴⁶ CLARIA OLMEDO, ob. cit.

De ahí que desde la perspectiva de la defensa, existen sobradas razones que justifican la intervención profesional desde el mismo inicio de la causa. Sobre el particular, debe recordarse que, dentro de la lógica del sistema inquisitivo, el papel del defensor en la etapa investigativa era prácticamente inexistente, abundando preceptos restrictivos que, de hecho, imposibilitaban toda actividad defensiva: el secreto sumarial, la incomunicación del imputado, que abarcaba el contacto con su abogado, la carencia de informaciones, la completa discrecionalidad del órgano investigador y la ausencia de medios legales que permitiesen la formulación de instancias, caracterizaban tanto a los actos preliminares (sumario prevencional) como a la instrucción formal, configuraban un panorama –que aún perdura en varios digestos– de acentuada restricción a la defensa. Incluso actos fundamentales de defensa material, como la declaración indagatoria, los careos y la reconstrucción del hecho, eran entendidos más como averiguaciones, con resabios de la prueba de confesión.

No sin trabajo fue abriéndose paso en la doctrina y en las reformas legales la idea de que esta preeminencia de finalidades investigativas no puede hacerse al margen del cumplimiento de las garantías constitucionales de que se encuentra investido el imputado y entre las que se halla, como elemento central, *el derecho de defensa*. En esta inteligencia debe enfatizarse sobre la circunstancia de que esta garantía abarca el inicio mismo del procedimiento. La experiencia indica que es, precisamente, en este momento, cuando por lo común se producen los excesos y apartamientos de lo debido.

Todo imputado, con anterioridad a la primera declaración, tiene el derecho de contar con el asesoramiento de un defensor de confianza u oficial, el que deberá estar presente en la audiencia.

Durante la etapa preparatoria las funciones del defensor tendrán una especial relevancia en orden a la asistencia del imputado, asesorándolo sobre las modalidades del proceso, las características de la atribución delictiva y la actitud a asumir durante la investigación. El defensor deberá concurrir a todos aquellos actos de defensa material, vigilando su regularidad y haciendo las observaciones pertinentes.

En orden a la prueba, será misión del defensor conocer la que va introdu-

ciéndose y aportar aquellas que estime convenientes; para esto, efectuará las indicaciones al órgano investigador y agregará las documentales que estime de procedencia.

Un aspecto central de la actividad defensiva durante la instrucción, especialmente dentro de los códigos tradicionales, es la relativa a *la libertad del imputado*. Es sabido que al respecto se ha producido una importante evolución que podríamos sintetizar como de la detención a la libertad. Durante muchos años, la regla que gobernaba la comparecencia del imputado al proceso era la detención, la que producía por obra del personal policial o por disposición del propio juez instructor, pudiendo luego recuperarse la libertad, de manera provisional, mediante el instituto de la excarcelación.

Esta circunstancia permitía afirmar que de todas las manifestaciones de la función defensiva, la relacionada con la obtención o recuperación de la libertad era la más importante, frecuente y conocida.

En la organización tradicional la privación cautelar de la libertad operaba de hecho como una suerte de anticipo de pena ante la mera apariencia del delito, desempeñando de esta manera el proceso una función coactiva y represiva que, en ocasiones, era más gravosa que la misma eventual imposición de una sanción punitiva definitiva. Más aún: podría afirmarse que la privación de libertad ambulatoria del imputado y su inicial incomunicación, resultaban consustanciales de la estructura inquisitiva. Esta situación dio lugar a notorios y escandalosos abusos, que a más de desnaturalizar el sentido del proceso penal, las normas constitucionales al respecto y la finalidad de la pena, implicaban de hecho que la represión ocurría con anterioridad a la condena. Por otra parte, el problema se hacía aún más grave ante el fenómeno de la morosidad judicial, ocurriendo de tal manera que la notoria mayoría de la población carcelaria era formada por los denominados presos sin condena, lo que fue analizado a través de importantes trabajos doctrinarios¹⁴⁷.

Precisamente, el movimiento renovador en torno a las cuestiones proce-

¹⁴⁷ CARRANZA E., MORA, L. P., HOUED M. y ZAFFARONI, E. R., *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, en *Doctrina Penal*, N° 20, Buenos Aires, octubre-diciembre 1982, ps. 643-669.

sales penales surgió de la apuntada circunstancia, generándose una relevante reflexión crítica que llevó a impulsar reformas legislativas y a un replanteo general de los mecanismos realizativos¹⁴⁸.

La privación cautelar de la libertad se regulaba a través de la detención y de la prisión preventiva, siendo esta última dictada a través de un auto de mérito instructorio que transformaba la primera cuando, luego de prestarse declaración indagatoria por un hecho conminado en la ley penal sustantiva con pena privativa de libertad, se estimaban existentes elementos de convicción suficientes para tener al imputado como probable autor del delito en cuestión.

El modo de recuperar la libertad, mediante cautela juratoria, personal o real es la excarcelación, tramitado sumariamente por vía incidental.

La tendencia moderna es la de la comparecencia del imputado al proceso en estado de libertad, lo que se regula a través del instituto de la eximición de prisión y, más actualizadamente, de la citación¹⁴⁹.

En aquellos digestos que disciplinan la instrucción formal, se dan resoluciones judiciales de mérito, impugnables a través del recurso de apelación. Así los autos de procesamiento y los relativos a la detención y prisión preventiva son recurribles ante la alzada. De tal manera, resulta esta una importante manifestación de defensa técnica, donde el abogado habrá de ponderar las razones que justifiquen utilizar estas medidas las que, por lo general, resultan necesarias cuando se trata de alcanzar modificaciones o nulidades que signifiquen un mejoramiento en la situación del imputado o bien el otorgamiento de su libertad.

Por último, durante la etapa preparatoria el defensor podrá articular excepciones, en los casos en que fueren procedentes, y, cuando resulte evidente la aplicación de algunas de las causales respectivas, peticionar el sobreseimiento.

¹⁴⁸ VAZQUEZ ROSSI, *El proceso penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1986.

¹⁴⁹ CAFFERATA NORES, *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983.

4. EL DEFENSOR EN EL JUICIO

Las constancias incriminantes reunidas durante la etapa preparatoria no culminarán, como en el proceso inquisitivo puro, en la sentencia; por el contrario, servirán –dentro del sistema mixto– para fundamentar la acusación pública.

El paso de la instrucción al juicio se lleva a cabo modernamente a través de la denominada *etapa intermedia*, que hace de puente o enlace entre dos procedimientos gobernados por principios diferentes.

Se trata de hacer un examen crítico de la procedencia formal y de la seriedad de los elementos reunidos a los fines de analizar si están dados los presupuestos para abrir la etapa plenaria o definitiva.

En los viejos códigos, el juez de instrucción era el encargado de estimar cumplidos los fines de este período y así lo declaraba a través de un auto fundado, inapelable, remitiéndose las actuaciones al juez de sentencia.

La implementación del juicio oral llevó a la necesidad de la modificación consistente en un procedimiento intermedio que, a partir de la sanción del Código de Córdoba, se extendió a los gestos enrolados dentro del sistema mixto.

En el sistema argentino, el sujeto procesal que asume un papel preponderante en este período es el Ministerio Público, a quien se corre traslado de lo actuado a los fines de que determine si son precisas nuevas diligencias probatorias, si corresponde el sobreseimiento del imputado o bien si se requerirá el juicio. Por el contrario, en el Proyecto Maier, el fiscal que ha llevado a cabo la investigación preparatoria formula su acusación, la que será examinada por un tribunal de etapa intermedia (distinto del de juzgamiento).

De todas maneras, lo que puede reputarse suficientemente claro dentro de la legislación procesal penal moderna, es que la transición desde la etapa preparatoria hacia la definitiva del juicio, necesita de un momento de enlace, en el que se merite la presencia de condiciones objetivas que justifiquen la realización plenaria. Es que el juicio oral y público es un acto de extrema importancia, tanto para los en él directamente involucrados como para la sociedad en general.

Esta etapa intermedia será el momento lógico para el examen de la presencia de los requisitos derivados de los presupuestos procesales, de las excepciones eventualmente planteadas y de todo lo atinente a las intervenciones y legitimaciones partivas, como también para el examen de si hay bases razonables para la acusación. En el sistema de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, de la legislación anglosajona y del Proyecto Maier, la consideración de estos aspectos formales y sustanciales corresponderá a un jurado o tribunal de acusación o etapa intermedia, y en el sistema mixto clásico será el Ministerio Público. Pero tanto en una como en otra organización las cuestiones puntuales sometidas a análisis serán tres, a saber: a) si la etapa preparatoria está completada adecuadamente y no faltan diligencias investigativas pertinentes; b) si no existen algunos de los motivos evidentes que conduzcan al sobreseimiento del imputado, básicamente aquellos que se relacionan con el tema propio de las excepciones; y c) en el supuesto de que la investigación esté completa y no haya obstáculos formales, si hay elementos serios para la acusación pública. Dado este último caso, se admitirá formalmente la acusación o se producirá la requisitoria de elevación a juicio, que inexorablemente deberá contener la individualización del imputado, las circunstancias de hecho relevantes, la mención del material probatorio incriminante colectado, y la calificación legal propuesta.

En los sistemas tradicionales, especialmente aquellos que no disciplinaban la etapa intermedia y que finalizaban la instrucción a través de un auto de clausura que ponía fin a la misma y derivaba la causa a plenario, la defensa carecía de intervención al respecto. Tampoco dentro del sistema mixto clásico el papel defensivo es muy amplio, limitándose a la observación de defectos formales, a la interposición de excepciones y al pedido de sobreseimiento, reservándose —como es lógico— las cuestiones de fondo para la etapa del juicio.

Por juicio en sentido estricto entendemos la etapa procesal fundamental, en el que se analizan las posiciones y fundamentos de la acusación y de la defensa y se introduce el material probatorio, produciéndose a su finalización la decisión conclusiva sobre el objeto de la causa.

Así como la etapa preparatoria, especialmente en la organización de la

instrucción formal, refleja en un todo la estructuración inquisitiva, el juicio se organiza según un esquema acusatorio comenzando, precisamente, con la pieza que sostiene la acusación.

La antigua denominación de "plenario" da adecuada idea de que en esta etapa, de verdadero juzgamiento, el órgano jurisdiccional actúa como tal, es decir, declarando el derecho al caso concreto, y las partes se desenvuelven en la plenitud de sus facultades.

Por otra parte, la reserva que ha imperado durante la preparación, cede paso a la publicidad, ya que en la medida en que el juzgamiento es un acto de gobierno (circunstancia en la que no se repara ni destaca con la necesaria frecuencia), el régimen republicano de gobierno exige su publicidad. De la misma manera, por causa de lo anterior e igualmente por requerimientos técnicos, la realización de esta etapa procesal debe llevarse a cabo mediante audiencias orales, única forma idónea de posibilitar, a la vez, la asistencia y contralor popular y de que los jueces tomen contacto inmediato y directo con las constancias que las partes introducen y discuten.

Por último, y aunque más no fuere en forma tangencial, cabe una referencia hacia el *órgano de juzgamiento*. En los sistemas tradicionales, el debate escrito se concretaba ante un juez letrado unipersonal, cuyos fallos eran impugnables a través del recurso de apelación, tramitado ante una cámara de apelación, compuesta por tres vocales que revisaban los hechos y el derecho aplicado, todo conforme a los documentos del expediente. Este es el sistema de doble instancia, propio de procedimientos escritos. A través de la sanción del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, el juicio oral se realiza ante un tribunal de tres jueces letrados con rango de camaristas, los que se pronuncian sobre la base de los elementos irreproducibles aportados durante las audiencias. Esta decisión es inapelable, ya que la propia mecánica procedimental seguida hace imposible la reproducción y reiteración propia del examen de documentos inherente a la apelación escriturista. Como se verá luego con mayor detalle, el pronunciamiento sólo será atacable por la vía de la casación y, en su caso, por los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad.

Los constituyentes del 53, fieles a los antecedentes que basaron la confi-

guración del modelo de organización política elegida, hicieron expresa referencia al juzgamiento penal a través de jurados (arts. 24, 67, inc. 11 y 102, C. N.), en completa coherencia con el sentido de las restantes disposiciones fundamentales. Sin embargo, jamás se legisló al respecto, a pesar de diferentes y fundados proyectos, en una omisión que respondía al sostenimiento de ideas divergentes de las expresadas en el texto constitucional. En el Proyecto del nuevo Código Procesal Penal de la Nación se regula al respecto, previéndose el juzgamiento a través de un tribunal formado por dos jueces letrados permanentes, un conjuer letrado, y dos jurados legos, intentando a la vez respetar el mandato constitucional, impedir la burocratización y asegurar el debido aporte técnico.

Lo que resulta indudable en la hora actual de la evolución y conciencia jurídica del país es que no puede mantenerse un sistema de juzgamiento a través de un acopio de actas, principalmente incorporadas durante la etapa instructoria sin control de partes, y por la decisión de un juez unipersonal.

De ahí entonces que en las referencias que se efectúan se tome en cuenta, como modelo básico, el del juicio oral y público.

Durante esta etapa, el desarrollo procesal es eminentemente contradictorio, ya que en el mismo los sujetos titulares de los poderes de acción y defensa confrontan, en un pie de igualdad, sus respectivas posiciones.

La defensa llegará al debate con el conocimiento de los elementos incorporados durante la etapa instructoria y en el período preparatorio del debate ofrecerá la prueba que estime conducente a su posición, la que se producirá durante las audiencias respectivas. Al responder a la requisitoria fiscal de elevación a juicio, explicitará su argumentación defensiva, atendiendo a las circunstancias de los hechos relevantes y a los análisis interpretativos en orden a una aplicación del derecho favorable a los intereses del acusado. Por último, en el alegato final, contestando la pretensión punitiva del Ministerio Público, expondrá sus conclusiones, solicitando un pronunciamiento definitivo de absolución o el que resulte razonablemente mejor para el justiciable.

Todos estos actos de defensa técnica, realizados en representación del imputado, constituyen manifestaciones claras de la tarea defensiva durante la

etapa del juicio, en la que el defensor adquiere un papel relevante y protagonista, derivado de la misma lógica y dinámica de esta etapa.

Plenario, debate, discusión, contradictorio, son todos términos que en una u otra forma contribuyen a la conceptualización de este momento procesal, verdaderamente central y trascendente, durante el cual el defensor –representando técnicamente al imputado– expondrá con la amplitud debida las razones que le asisten. Durante esta etapa las nociones ya estudiadas de acción, defensa y jurisdicción como necesaria tríada lógica alcanzan su plena explicitación. Por otra parte, las garantías constitucionales que rodean al proceso penal, se hacen aquí evidentes, al extremo de que algunos autores, como Leone, consideran con acierto que el debate es, en sí mismo, una manifestación de garantía. Dice el maestro italiano:

En relación a la decisión de condena, el debate constituye una garantía; y no sólo para el imputado, que en la plenitud de ejercicio del contradictorio puede desplegar en el debate el máximo de actividad defensiva, sino también para la sociedad misma, que queda satisfecha en su ansia de justicia por el libre y amplio despliegue de todas las actividades de las partes¹⁵⁰.

Es decir que, esta manifestación procesal (como lo destacamos en los capítulos iniciales) tiene profundas implicancias filosóficas y políticas y no puede concebirse sino dentro de una organización jurídica asentada sobre el respeto de los derechos de las personas y orientada en sus actos decisivos por las valoraciones y metodologías de lo racional y razonable. De ahí que no extrañe que el florecimiento de esta forma procesal se haya dado siempre en sociedades abiertas, evolucionadas y libres y que, por el contrario, las configuraciones inquisitorias deriven del autoritarismo.

En relación a esta nota de “razonabilidad” –que preside tanto la instancia del debate como la tarea del defensor– Leone cita a Foschini, quien destaca elementos que juzgamos de fundamental importancia para el tema en análisis, no sólo por su significación teórica, sino como orientación práctica para la

¹⁵⁰ LEONE, *Tratado* cit., t. II, p. 334 y ss.

función del defensor en esta etapa. Dice Foschini¹⁵¹ que el contradictorio debe ser concebido como “convencimiento”, ya que, básicamente, consiste en que cada uno de los sujetos debe ofrecer su propio pensamiento a la meditación y consideración del otro. El debate se resuelve a través de las tareas destinadas a que cada parte haga vivir a las demás el personal razonamiento, recibiendo a su vez el de los otros “de manera que en cada uno de los sujetos viven los pensamientos de todos”, coexisten las supuestas verdades y, por consiguiente, desvanecido todo obstáculo relativo a la individualidad de los sujetos, puede verificarse aquella síntesis de la síntesis, aquel “juicio colectivo de los juicios individuales”.

Así, para Foschini, el debate implica una verdadera ascensión de lo individual a lo universal, lográndose en tal ascenso la conquista de la verdad, principal objetivo del proceso penal. De ahí que este autor rechace la idea tradicional del contradictorio como lucha (idea que considera con resabios de las primitivas concepciones derivadas de la autotutela) y, en cambio, sostenga que es un intercambio recíproco, una intercomunicación de acción y defensa que tiende, como toda auténtica creación, a la paz. Y concluye: “El contradictorio, por consiguiente, como juicio complejo, se revela constituido por una pluralidad de juicios de opinión, que se resumen y compendian en un juicio decisorio”. Como se ve, se ha producido un notorio avance teórico en la senda marcada por las ideas de Carnelutti.

En resumen: el defensor en esta etapa desarrollará su tarea contestando a la requisitoria fiscal; ofreciendo prueba y actuando en la producción de la misma; y, por último, realizando los alegatos finales.

Dentro de la dinámica del proceso, la discusión final adquiere la preponderancia de un acto verdaderamente central, en torno al cual confluye todo lo anterior. En ese momento, las partes tienen ante sí la plenitud de las bases para la argumentación y pueden efectuar una valoración conclusiva con miras a la sentencia.

El artículo 398 C. P. P. S. F. habla de “informe sobre el mérito de la causa”, siguiendo en lo esencial la metodología de los procedimientos escritos

¹⁵¹ FOSCHINI, *Dibattimento*, citado por Leone, t. II, p. 335.

(C. P. C. J. F., art. 415; C. P. P. Bs. As., art. 258). Este sistema –semejante al juicio ordinario en materia civil– ubica el trámite hacia el término del plenario, luego que el Ministerio Público ha presentado su requisitoria, la defensa, evacuado el correspondiente traslado con exposición de sus razones, la causa abierta a prueba y ésta producida.

En cambio, los más modernos códigos de procedimiento enrolados dentro del sistema mixto, hablan con toda lógica de “discusión final” (C. P. P. L. P., art. 362; C. P. P. C., art. 442; C. P. P. E. R., art. 400; etc.), normando que, una vez finalizada la recepción de la prueba, se concederá sucesivamente la palabra a las partes para que concreten sus alegatos y formulen sus acusaciones y defensas.

En esa perspectiva, los tratadistas han destacado la importancia de tal momento procesal. Leone enfatiza sobre el carácter de “última fase” de esta confrontación en la que se discuten todos los aspectos del contenido de la causa, encomendados a “la sensibilidad y sagacidad del defensor”¹⁵². En parecido sentido se había pronunciado Manzini, haciendo resaltar que las conclusiones de esta discusión son exigidas bajo pena de nulidad.

Entre los autores argentinos, ha sido Clariá Olmedo quien mayor atención dedicó al tema¹⁵³, caracterizando la discusión final como “un conjunto de exámenes y valoraciones” que las partes proponen sobre los elementos aportados durante el debate y de acuerdo con la orientación proporcionada por la posición en que cada una se encuentra. Esta exposición, en el sistema mixto, debe efectuarse en forma oral y ante el público, señalando el autor citado una precisa puntualización de los principales tópicos de las intervenciones y el orden de presentación de las mismas.

En consecuencia, y con respecto al procedimiento mixto, puede concluirse fijándose las siguientes características: a) aparece como la culminación necesaria y fundamental de la actividad procesal de las partes; b) en tal sentido y desde el punto de vista del imputado y del derecho de defensa, constituye la oportunidad central y privilegiada en la que con mayor amplitud podrá expo-

¹⁵² LEONE, *Tratado* cit., t. III, p. 407.

¹⁵³ CLARIA OLMEDO, *Tratado* cit., t. VI.

ner sus razones, correspondiéndole la palabra final; c) en lo que hace al contenido de la exposición, la misma abarca por igual consideraciones sobre el hecho y el derecho e implica la valoración crítica de todas las constancias arri-madas y también el encuadre legal y teórico del caso, y d) los alegatos deberán efectuarse indefectiblemente en forma oral y pública, labrándose de los mis-mos el acta respectiva.

De ahí que sea oportuno señalar que aún dentro del sistema escriturista el informe sobre el mérito de la causa reviste especial trascendencia y constituye una oportunidad para el ejercicio de las funciones del defensor que éste no puede, de ninguna manera, dejar de utilizar diligentemente. En relación a esto, es oportuno recordar que el procedimiento penal clásico distingue con cla-ridad etapas netamente diferenciales, las que por obra de acertada jurisprudencia han sido ubicadas en un orden de importancia creciente; así, la prevención policial cobra un valor meramente preparatorio y de reunión de datos; la instrucción aparece como una verdadera investigación judicial dirigida a la comprobación del presunto hecho típico y la eventual autoría, que cul-minará con la delimitación, encuadre y definición concretada en el auto de procesamiento; finalmente, este cúmulo de elementos, ingresará a la discu-sión propia de la faz plenaria, presentándose los escritos de acusación y defen-sa. Pero debe observarse que tanto el fiscal como el defensor, elaborarán sus respectivos trabajos sobre la base de las constancias reunidas durante la etapa instructoria, lo que significa, en la realidad, un neto predominio del Ministe-rio Público; como se sabe, la instrucción se caracteriza por un marcado énfasis inquisitivo y por una limitada esfera de acción de la defensa. Y precisamen-te es por eso que durante el plenario, en la generalidad de las situaciones, una defensa bien llevada debe acudir a una nueva producción de pruebas y a una revaloración de las anteriores.

Esto permite afirmar que un caso penal correctamente desenvuelto, a través del indicio que nos da la materialidad del expediente, es aquel en que el número de páginas correspondientes al plenario excede a las de la instrucción y éstas a las de la prevención.

Al momento de los alegatos, las partes tendrán ante sí todo el material

reunido a lo largo del desarrollo de la causa y podrán intentar una exacta ponderación y análisis de los hechos acreditados, procurando la síntesis capaz de englobar los distintos elementos que configuran o no una conducta delictiva y la consecuente responsabilidad penal.

En la elaboración del alegato por parte del defensor, deberá entrar en consideración todo lo referente al mérito de la prueba, repasándose el curso del proceso a la luz de las normas rituales que lo originan y de los principios que lo inspiran, ubicándose tal material en permanente relación con la legislación de fondo. En tal sentido, no debe nunca olvidarse que el proceso penal encuentra su último y definitivo sentido desde y en relación a la perspectiva del Derecho Penal y todos los hechos y circunstancias fácticas deben valorarse de acuerdo con las normas sustantivas que les dan sentido.

5. EL DEFENSOR Y LA ACTIVIDAD IMPUGNATIVA

Es sabido que los recursos son medios procesales dirigidos a provocar un nuevo examen de una cuestión resuelta jurisdiccionalmente, para que el mismo órgano que la dictó u otro de grado superior modifique o anule la decisión impugnada.

La doctrina procesal ha dedicado muchas y buenas páginas a un tema que, desde los puntos de vista teórico y práctico, se conecta de manera íntima con las preocupaciones por evitar errores judiciales, por reparar los mismos y por asegurar una justa composición de los conflictos. De ahí la denominación de “remedios” usada con frecuencia para denominar a estos medios impugnativos, ya que ante la eventual “enfermedad” de una errónea o injusta decisión, se establecen métodos tendientes a lograr la reparación.

Son nociones conocidas las que indican que los recursos son taxativos y legales, es decir, existen únicamente los que el propio sistema procesal regula, en las oportunidades y con las formalidades establecidas; operan contra decisiones jurisdiccionales y son atribuidos a las partes, en la medida en que el pronunciamiento que se cuestiona causa un perjuicio concreto al recurrente. Sobre tal base se han propuesto distinciones entre recursos ordinarios y ex-

traordinarios, entre los concedidos de modo libre o en relación, con efectos suspensivos o devolutivos, etcétera, las que más que de una manera general, tienen sentido en relación a cada ordenamiento en particular.

Es de evidencia que el defensor, en cuanto parte procesal necesaria, está investido de la facultad recursiva, que en muchos casos también pertenece de manera directa al imputado, y que la cuestión adquiere notoria importancia en el desenvolvimiento de la tarea profesional.

Hay unanimidad doctrinaria en entender que la antedicha facultad debe interpretarse como una de las garantías de jerarquía constitucional del debido proceso. Cualquiera fuere la organización del mismo, deben encontrarse previstos medios efectivos de lograr instancias revisoras de las decisiones jurisdiccionales. Al respecto, el artículo 8º, inciso *h* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054) establece el derecho de todo imputado de utilizar recursos legales ante jueces o tribunales superiores, que puedan corregir los defectos o injusticias de los fallos de instancia.

Es de antigua data el debate sobre el número y tipo de recursos y sobre la disyuntiva existente entre el logro de un proceso rápido, eficaz y expeditivo y otro que asegure la revisión de las decisiones, asegurando un mayor contralor que, en definitiva, garantice la racionalidad del juzgamiento. Es evidente que la multiplicación de recursos quiebra la continuidad del proceso, contribuye a la morosidad del desarrollo y debilita la ejecutoriedad. Pero es cierto también que implica vallas a la arbitrariedad, a la emotividad y al apresuramiento, permitiendo que los muy frecuentes errores judiciales tengan remedios efectivos.

De ahí entonces que, como en tantos otros terrenos de la problemática jurídica, resulte imprescindible efectuar opciones, asumiendo los riesgos, los aciertos y los defectos de la que se elija. Por otra parte, no es difícil advertir que la organización recursiva se encuentra estrechamente ligada al sistema general, al tipo de proceso, dentro del que opera. Un proceso escrito, ante jueces unipersonales exige, como ya se dijo, el recurso de apelación; por el contrario, el juzgamiento en audiencias ante tribunales colegiados, es por naturaleza de instancia única y sólo hará posible la impugnación por la vía de la casación.

Un recurso que aparece en todos los digestos es el de *reposición* o revocatoria, que tiene la particularidad de ser interpuesto y tramitado ante el mismo órgano que dictó la resolución. Procede contra providencias o decretos dictados sin sustanciación (es decir, sin previa tramitación), por lo general vinculadas al desarrollo secuencial de los procedimientos. Procura que el emisor de la decisión la revoque por contrario imperio. La fundamentación debe ser contemporánea de la interposición, lo que se efectúa de manera inmediata en las audiencias y, normalmente, dentro del breve plazo de tres días en un acto procesal escrito.

El *recurso de apelación* es el más difundido dentro de las organizaciones que prevén la segunda instancia y es propio de los sistemas escrituristas. En los códigos del sistema mixto, se lo mantiene contra las resoluciones de mérito instructorio.

Como se sabe, el recurso de apelación en los procedimientos escritos, como el de Santa Fe sólo corresponde contra sentencias definitivas o contra resoluciones “interlocutorias que deciden algún artículo o causen gravamen irreparable” (C. P. C. J. F., art. 501); aquí se trata del primer supuesto. Dentro del procedimiento tradicional, producida la sentencia de primera instancia, el Ministerio Público, el imputado o su defensa, pueden apelar de la misma ante el superior, o tribunal de segunda instancia. Dentro de esta organización, la apelación contra sentencia se concederá libremente y con ambos efectos, es decir, suspendiendo los efectos y no pudiendo ejecutarse la resolución. Los autos se remitirán al tribunal correspondiente, iniciándose en consecuencia el procedimiento de segunda instancia. Corrido traslado al apelante, éste deberá dentro de los términos correspondientes, expresar agravios contra la decisión del inferior.

En el supuesto de que la apelación haya sido interpuesta por la defensa, la expresión de agravios deberá explicitar claramente las razones de hecho y de derecho que llevan a disentir con el fallo apelado. Esto explica que el debate no se articula como un mero replanteo de lo anterior, sino como una discusión cuyo objeto fundamental está dado por el ámbito decisorio que se impugna. Es decir: los motivos por los que se juzga que la sentencia no se ajusta a dere-

cho, debiendo, en consecuencia, ser revocada o, eventualmente, nulificada. Sobre esto, la jurisprudencia ha insistido en las características que debe revestir la expresión de agravios para ser verdaderamente tal, es decir, la exacta puntualización de los agravios como causa de cuestionamiento de una decisión jurisdiccional.

El tema de tales causas que justifiquen el aludido cuestionamiento es un planteo que excede los límites del presente trabajo, pero puede señalarse, aunque más no sea como una ligera alusión a una problemática de alto interés, que esos motivos pueden referir al planteo sobre los hechos y a la prueba producida, a la aplicación del derecho de fondo, a la fundamentación de la resolución y, en general, a la razonabilidad y poder de convicción del fallo. Esto significa que el defensor deberá efectuar un atento estudio de la sentencia y sobre tal base desarrollar su línea argumental buscando hacer patente las debilidades de la resolución del inferior, dejando perfectamente en claro las discrepancias de las que se agravia y peticionando concretamente lo que busca se revoque.

Las decisiones de los tribunales de única instancia en juicio oral, son atacadas a través del *recurso de casación*, que aparece como un medio impugnativo ordinario dentro de este sistema.

Procede contra sentencias definitivas de los tribunales colegiados de instancia única o contra autos que pongan fin a la acción, o a la pena, o hacen imposible que continúen o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena. A diferencia del recurso de apelación, el de casación se limita a los aspectos jurídicos, no entrando en consideración de lo fáctico, ya que la declaración de certeza sobre los hechos dada en el fallo impugnado resulta inmovible. Así, este medio impugnativo de origen francés y desarrollado en la doctrina alemana e italiana, ataca a las decisiones por inobservancia o errónea aplicación de la ley de fondo o de disposiciones procesales o por excesos de poder. Se circunscribe a las cuestiones jurídicas, procurando asegurar mediante el recurso la correcta aplicación del derecho a los casos concretos y la unidad interpretativa.

El recurso surgió por primera vez legislado dentro de nuestro ámbito en el

Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, que a su vez se inspiró en la legislación italiana; el modelo fue seguido por las restantes provincias que adoptaron el sistema mixto y ahora aparece, con influencias de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, en el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación.

En las diversas provincias se encuentra previsto el recurso *extraordinario de inconstitucionalidad*, por violación de las normas de las respectivas leyes fundamentales. En el orden nacional y habida cuenta de cuestión federal bastante, existe el recurso extraordinario por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, disciplinado en la ley 48 y perfilado a través de la doctrina judicial del máximo órgano jurisdiccional.

Puede concluirse señalándose que el aspecto recursivo reviste una notoria importancia dentro de la actividad de defensa y que es un acto eminentemente técnico, sujeto a formalidades, donde la delimitación de los agravios que la resolución recurrida ocasiona reviste especial pertinencia, como así también la fundamentación de los mismos. En este terreno, el conocimiento jurídico, tanto de las normas sustantivas como de las procesales, adquiere un primer nivel.

A modo de síntesis, podemos proponer la siguiente enumeración, no taxativa, de las diferentes actividades de la defensa técnica a lo largo del proceso:

- 1) Estudio de antecedentes y conocimiento del caso.
- 2) Asistencia general del imputado, asesorándolo y acompañándolo en los actos de defensa material.
- 3) Cuando corresponda, actividades destinadas a la libertad provisional: eximición de prisión, excarcelación, cesación de prisión.
- 4) Contralor de la prueba introducida de oficio y proposición de diligencias probatorias; valoración de la existente.
- 5) Contestación de la requisitoria de elevación a juicio y formulación de las posiciones defensivas a través de las alegaciones pertinentes.
- 6) Interposición y fundamentación de recursos.

CAPITULO IX

EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO* EN RELACION A LA DEFENSA

El principio *in dubio pro reo* pareciera ser de aquellos conceptos aún necesitados de precisión. La práctica forense muestra, con mayor frecuencia que la deseable, una utilización desacertada de esta locución, atribuyéndole sentido jurídico no siempre correcto. Es sabido que muchos defensores lo emplean como una suerte de apelación sentimental, destinada a conmover los buenos sentimientos del juzgador y, también, que a más de un juez cabe el reproche de no acertar con la significación exacta de la máxima.

Por otra parte, esta idea de que en la duda debe estarse a lo más conveniente para el imputado, implica arduas cuestiones que desmienten su aparente sencillez. En su torno giran fundamentales concepciones sobre la materia punitiva y aparece relacionada estrechamente con las normas básicas del procedimiento penal. De ahí entonces que no carezca de interés y actualidad un intento de situar y precisar el ámbito del problema, indagando sobre su verdadero sentido, con especial referencia a la tarea defensiva.

Una de las dificultades, y en cierta medida fuente de errores, ha sido la dispar utilización terminológica y conceptual del principio, ubicándolo en diversos contextos y atribuyéndole diferente operatividad. Distinguir estos niveles

resulta entonces insoslayable, tanto desde un punto de vista lógico, como también histórico.

Una analítica del *in dubio pro reo* que tome en cuenta las principales posiciones doctrinarias, permite señalar cuatro sentidos básicos¹⁵⁴, a saber: la protección del inocente, la interpretación de la ley, la carga de la prueba y la valoración de la misma. Comenzaremos por el más difuso y amplio, avanzando hacia las delimitaciones más estrictas.

1. LA PROTECCION DEL INOCENTE. EL VALOR LIBERTAD

La primera idea que sustenta el principio en análisis es la del valor de la libertad, y el consecuente afán de protección del inocente de toda arbitrariedad. La formulación del aforismo en este contexto refiere a la hipótesis de que, ante la duda sobre la responsabilidad de un individuo en relación a un ilícito, debe estarse a lo que sea más favorable a su libertad. Marciano, en el Digesto, lo expresa clara y concisamente: “En la duda prevalece la libertad” (*in oscuro, libertatem prævalere*)¹⁵⁵.

La raíz de esta concepción se hunde en las fecundas tierras del humanitarismo liberal y aparece coherente con la posición general de los principales teóricos políticos de la modernidad que reaccionaban contra los firmes resabios feudales, caracterizados en el campo de lo jurídico penal, por el poder ilimitado del juzgador y por la desvalida posición del imputado. Esta situación explica la actitud escéptica –cuando no francamente hostil– al desenvolvimiento de la pretensión punitiva estatal, marcada por frecuentes arbitrariedades que hacían justificable la máxima de “antes absolver a un culpable que condenar a un inocente”. Tal concepción preside la generalidad del enfoque de Beccaria en su célebre opúsculo sobre los delitos y las penas y da sentido, como planteo guía, a las posteriores formulaciones del principio en los maestros toscanos.

¹⁵⁴ *Novissimo Digesto Italiano*, t. VIII.

¹⁵⁵ PEÑA GUZMAN, Luis Alberto, voz. *In dubio pro reo*, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XV, p. 261.

En una materia como la tratada por el derecho criminal en la que se encuentran en juego los bienes más preciosos para el individuo, el aforismo *in dubio pro reo* desempeña un papel de fundamental importancia, apareciendo como idea orientadora de las garantías básicas que deben rodear al proceso penal. En tal sentido, se conecta estrechamente con los principios rectores que han conformado las normas constitucionales sobre el particular. Porque la máxima en análisis, cobra cabal sentido dentro del contexto legal y principista de las concepciones jurídicas liberales, elaboradas a través de siglos de duros combates por la seguridad del individuo frente al poder avasallante de los Estados absolutos. De ahí que si bien las primeras formulaciones de esta regla se remontan hasta los juristas romanos, es evidente que su pleno desarrollo conceptual se da con plenitud en la época moderna, correspondiendo en consecuencia tener presente toda esa larga evolución que va desde Grocio a Rousseau, pasando, entre otros, por Locke y Montesquieu.

Por eso y en lo básico –y antes de avanzar hacia un intento de mayor clarificación técnico-jurídica– puede afirmarse que estamos ante un postulado de índole filosófica, ante un principio verdaderamente orientador que busca regir el terreno de lo punitivo, y que demuestra una vez más que la iusfilosofía no es, de ninguna manera, exterior al derecho positivo y que, la cabal comprensión de éste exige la aclaración de sus supuestos integradores.

En sus aspectos más generales, el *in dubio pro reo* deriva directamente del convencimiento de la dignidad individual y de la consecuente necesidad de una especial protección de la misma en aquellos casos en que es objeto de una imputación delictiva. Así, en esa peculiar relación que se establece entre la pretensión punitiva del poder organizado y el individuo acusado, deben jugar especiales reglas tendientes a proteger al segundo contra la fuerza del primero, asegurando no sólo lo que hace estrictamente a la defensa, sino también, otorgando una suerte de margen suplementario en procura de ese difícil equilibrio entre los valores en disputa.

Jiménez de Asúa¹⁵⁶, en relación a lo anteriormente expuesto, ha dicho so-

¹⁵⁶ JIMENEZ DE ASUA, *Tratado* cit., t. II.

bre el denominado Derecho Penal Liberal: “...lo primero que tiene en cuenta el legislador es una serie de garantías para que únicamente sean reprimidos los actos que se estiman delitos y para que no se castigue arbitrariamente a quienes han infringido la ley”. De esta actitud, se derivarían el *nullum crimen sine lege* y las garantías básicas del derecho de defensa, como así también un espíritu restrictivo sobre la aplicación de las normas penales.

Dentro de esta lógica y del contexto ideológico que sitúa el tema, la primera formulación del *in dubio pro reo* deriva directamente del denominado “Principio de inocencia”; así lo entiende Vélez Mariconde¹⁵⁷, para quien “el principio de inocencia exige que para condenar al acusado el juez tenga la convicción de su culpabilidad, de modo que en caso de duda deba absolverlo”. Esta posición es seguida y desarrollada por Rubianes¹⁵⁸. Este autor recuerda, como fundamentales antecedentes, la *Declaración de Derechos*, de Virginia, 1776; la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de la Asamblea Nacional de Francia, 1789; y las líneas doctrinarias del constitucionalismo individualista-liberal del siglo XIX. Estos aportes ya considerados, establecen con claridad la norma de que “todo hombre se supone inocente hasta que ha sido declarado culpable”, y que obra explícitamente en declaraciones internacionales y en numerosas constituciones.

También Clariá Olmedo¹⁵⁹ otorga a este principio el sentido de una garantía fundamental y previa, de la que derivarían armoniosamente las reglas que regulan el proceso penal. En tal sentido, el destacado procesalista dice: “El estado de inocencia es un fuerte baluarte para la garantía de libertad individual, fundamentando la regla de la incoercibilidad del imputado, la oficialidad en la producción de las pruebas y todos los corolarios de ambos”.

¹⁵⁷ VELEZ MARICONDE, *Estudios cit.*, t. II.

¹⁵⁸ RUBIANES, *ob. cit.*, t. I.

¹⁵⁹ CLARIA OLMEDO, *ob. cit.*, t. I.

2. INOCENCIA Y SOSPECHA

Las ideas que han conformado el proceso penal en torno a los valores de la dignidad individual y la seguridad jurídica y que llevaron a la formulación de los principios de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*, fueron implícitamente dejadas de lado y deliberadamente criticadas por los ideólogos de las concepciones estatistas y autoritarias. Pero también es cierto que la cuestión “ofrece densa dificultad” y que esa presunción de inocencia ha sido cuestionada con argumentos, cuanto menos, inquietantes.

En la evolución de las ideas penales, los oponentes en principio más firmes a la hipótesis de inocencia del imputado fueron los positivistas. Para Garófalo, tal presunción derivaba de erróneos enfoques y contribuía a trabar la tarea de los organismos judiciales, favoreciendo en demasía a los procesados. También es sabido que otros miembros de esta dirección, fieles a su concepción del delincuente como enfermo social, preconizaron medidas de seguridad que dejaban por completo de lado las garantías procesales derivadas de la visión general individualista-racionalista.

Por su parte Manzini¹⁶⁰ calificó al principio de inocencia como “burdamente paradójico e irracional”, representando teóricamente lo que, tal vez sin saberlo, piensan la mayor parte de los funcionarios policiales en su diario trato con eventuales delincuentes. Para el citado autor, el proceso penal, a través de la prisión preventiva, el secreto del sumario y otros actos semejantes, indicaría a las claras que nos encontramos, desde todo punto de vista, ante una presunción de culpabilidad. Y como dice Rubianes, glosando disposiciones de códigos vigentes, el argumento de Manzini es, a primera vista, impactante, ya que “con referencia al sorprendido in fraganti delicto, o contra quien hubiese indicios vehementes o suficientes para creerlo responsable del hecho, más bien surgiría una presunción de culpabilidad”.

Sin embargo, el autor citado, siguiendo a Vélez Mariconde, distingue certeramente entre “presunción” y “estado”, señalando que el imputado es jurídicamente inocente hasta tanto no sea declarado culpable a través de sen-

¹⁶⁰ MANZINI, ob. cit., t. I.

tencia firme. Dice Rubianes: “El imputado es, pues, inocente durante toda la sustanciación del proceso y tal estado sólo cambia por la sentencia final que lo declara culpable. Ello no impide que, en forma más o menos intensa, aparezca en el proceso una presunción de culpabilidad, que justifique medidas en su contra”. Dentro de esta estructura, el principio de inocencia jugaría a favor del imputado a través de los recaudos –de jerarquía constitucional– imprescindibles para arribar a la sentencia que, como resolución definitiva, determine la culpabilidad del sujeto. Tales recaudos establecen reglas precisas en torno a la situación del imputado, a la interpretación de la ley, al ejercicio del derecho de defensa y a la valoración de las pruebas. De ahí que la aparente paradoja señalada por Manzini se resuelve en distinguir entre la denominada “presunción” derivada de datos e indicios originados en la noticia del crimen, y el muy distinto estado jurídico del penalmente accionado.

Incluso el mismo momento resolutivo que concreta la situación del sujeto mediante el auto de procesamiento, ha sido correctamente entendido como una mera señalización de probabilidad, que surge como consecuencia de valorar objetivamente suficiente los elementos reunidos para entender que, en principio, ha existido un acto delictivo al cual el procesado estaría vinculado. Pero, tal resolución, no sería otra cosa que la determinación de la existencia de “elementos de convicción suficientes” (art. 325, C. P. P. S. F.) en torno a la comisión de un ilícito en el cual “el imputado pudo tener responsabilidad penal como autor o partícipe”.

En consecuencia, si bien puede aceptarse por razones terminológicas la crítica de Manzini a la “presunción” de inocencia, es menester insistir en la plena validez jurídica del estado de tal. Y en tal aspecto, mantienen toda su vigencia las palabras de Carrara¹⁶¹, quien entendía este principio como necesario freno al arbitrio judicial, expresando que: “Sin pruebas acabadas de culpabilidad todo hombre debe ser presumido inocente”. Por su parte Lucchini encontraba como base para el principio de inocencia la misma racionalidad del proceso, ya que si los fines objetivos y prácticos de éste

¹⁶¹ CARRARA, *Il Diritto Penale e la procedura penale*; LUCCHINI, *Elementi di Diritto Penale*, citados por VAZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO en *Procedimiento penal mixto*, t. I, p. 23.

consisten en “el descubrimiento de la verdad respecto de la imputación del delito, es natural que se contraponga a él la hipótesis de que el imputado sea inocente”.

El denominado “estado de inocencia” está consagrado en casi todos los códigos.

Es obvio entonces que un análisis dogmático sobre el tema no puede, de ninguna manera, prescindir de este principio. Por otra parte, se deriva del mismo, en estricta lógica jurídica, una serie de muy importantes consecuencias, entre las que, ciertamente, se encuentra el *in dubio pro reo*.

3. INTERPRETACION DE LA LEY PENAL

El segundo sentido en que se ha hablado del principio en análisis, refiere al delicado y nada fácil problema relativo a la interpretación de la ley penal. Dentro de este ámbito, la máxima mandaría que, ante un caso de oscuridad o insuficiente claridad sobre lo que dispone el precepto legal, el juzgador debe interpretar en el sentido más favorable para el acusado. En consecuencia, el elemento guía en la búsqueda de la significación de la norma consistiría en el criterio de perjuicio o favor para el reo, de acuerdo con la idea de los juristas latinos de *favorabilia sunt amplianda et odiosa sunt restringenda*. Y como las leyes penales, en la casi totalidad de los casos, resultan adversas al imputado, se hace imprescindible el *in dubio pro reo*.

Es obvio que el contexto en que se sitúa el problema, no refiere a cuestiones procesales sino que, a través de la teoría de la interpretación, se inscribe dentro de los temas del Derecho Penal, por lo que debe acudir a la principal doctrina imperante sobre el particular.

Jiménez de Asúa analiza la cuestión de la denominada “interpretación restrictiva” de la ley penal, señalando que la misma “imperó y aún impera, al menos en la letra de las leyes punitivas, aunque la práctica la desconoce y la doctrina la repudia”¹⁶². Para el profuso autor español, la interpretación debe

¹⁶² JIMENEZ DE ASUA, ob. cit., p. 167. Ver también p. 461 y ss.

buscar la voluntad real de la ley penal y sólo cuando después de una “cuidadosa pesquisa literal y finalista no se llega a un resultado concluyente y la duda sobre la voluntad y pensamiento de la ley persiste, ésta deberá interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando le es favorable”.

Dentro de esta línea, Sebastián Soler¹⁶³ considera que el *in dubio pro reo* no obra como principio de interpretación de la ley penal, sino que refiere únicamente a los aspectos procesales de la valoración de la prueba. Afirmando su posición, cita los antecedentes de Grispigni, Manzini, Garraud, Florián y Cuello Calón, diciendo luego que “la sistemática aplicación de este principio importaría tanto como negar toda interpretación, pues como justamente dice Grispigni, bastaría demostrar en el caso la posibilidad de varias interpretaciones, para que se impusiera necesariamente al juez una sola como posible: la más favorable, aun no siendo la más conforme a la voluntad de la ley”. Como corolario, concluye Soler indicando que la tarea interpretativa de la ley penal debe, por sobre toda otra consideración, ser verdadera; en consecuencia, no importa analizar si tal interpretación resulta declarativa, ampliatoria o restrictiva.

Ricardo Núñez¹⁶⁴ comienza el tratamiento del tema con un acertado resumen de los principales rasgos de la evolución histórica en torno a esta cuestión, explicando la justificada hostilidad de todos aquellos enrolados en la defensa de los derechos individuales contra los excesos interpretativos de los despotismos absolutistas. Al respecto, recuerda Núñez el énfasis con que Beccaria negó a los jueces toda facultad de interpretar las leyes (“no hay cosa más peligrosa que el axioma común de que es necesario consultar al espíritu de la ley”), reaccionando contra la común y arbitraria práctica judicial anterior a fines del siglo XVIII. También Montesquieu en sus célebres *Cartas persas* y *El espíritu de las leyes* criticó la que denomina “manía de las glosas” y en similar sentido se pronunció Voltaire. Todos estos autores, dice Núñez, coincidie-

¹⁶³ SOLER, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 153.

¹⁶⁴ NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 198. Igualmente, ver lo tratado sobre interpretación, supra, parágrafo 3.

ron en la defensa de la seguridad jurídica y en procurar encontrar fórmulas eficaces para lograr garantías de precisión de los hechos castigados. Esta tendencia se tradujo y concretó en los códigos influidos por la Revolución Francesa y en la doctrina consecuente.

Ahora bien: habida cuenta de la necesidad de evitar los excesos y peligros de referencia, no puede negarse que el problema de la interpretación de la ley penal es cuestión de insoslayable necesidad. En tal sentido, Núñez cita al jurista latino Celso, quien en el *Digesto* expresó que: “Saber las leyes no es entender sus palabras, sino penetrar el sentido y la mente de ellas”. Esto se hace especialmente aplicable al Derecho Penal, el que por sus peculiaridades exige una atención y metodologías específicas; éstas son de tal importancia para el maestro cordobés, que lo llevan a calificar la problemática interpretativa “como el único tema propio de un tratado de Derecho Penal”.

Al respecto ya hemos tenido ocasión de considerar las delicadas cuestiones que están comprendidas dentro del tema de la interpretación normativa y de advertir que la disposición aparentemente más clara y precisa puede dar lugar a diferentes captaciones de sentido, tanto en relación a aspectos terminológicos y sistemáticos, como valorativos. También se indicó la importancia, en todos los casos, de una interpretación según la Constitución, como guía permanente e insoslayable para la cabal comprensión del derecho y su aplicación al caso concreto.

Luego de dejar así sentado este enfoque, dice Núñez que surge el problema de si, “frente a la discrepancia entre la letra y el espíritu de la ley penal determinado mediante la interpretación, ha de funcionar o no a favor del imputado el principio *in dubio pro reo*”. De ahí la pregunta sobre si tal máxima vale como principio rector de la interpretación penal. Como es sabido, en sentido afirmativo se pronuncian Carrara y Haus y, entre nosotros, Obarrio, Rivarola, Coll y, especialmente, Peco, al igual que Gómez¹⁶⁵.

Y concluye el prestigioso tratadista: “Históricamente, la admisión del principio *in dubio pro reo* como límite de la interpretación gravosa para el acu-

¹⁶⁵ GOMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1939/42, t. I, p. 144.

sado debe mirarse como un resguardo más de la libertad individual, la que presupone la determinación consciente de la persona frente a la prohibición y sus consecuencias. Pero científicamente, su lugar se encuentra en el problema de la culpabilidad, aunque transformada la situación de duda en la de error o ignorancia del derecho por parte del autor”.

El peruano Luis Bramont Arias¹⁶⁶, tratando específicamente el tema que nos ocupa, titula el párrafo pertinente diciendo: “Por qué el principio *in dubio pro reo* no es principio de interpretación”, frase que, obvio resulta, indica una respuesta negativa al interrogante sobre el campo de aplicación de la máxima. También hace el mencionado escritor una concisa reseña del desarrollo histórico de las más relevantes posiciones recordando que fueron los positivistas quienes acuñaron, como oposición al *in dubio pro reo*, el *in duda pro societate*.

Para Bramont Arias, coincidente con Jiménez de Asúa, lo que importa es determinar del modo más exacto la voluntad de la ley; sobre esto afirma: “El intérprete judicial no tiene por qué favorecer ni perjudicar al reo, sino sencillamente buscar, por todos los medios a su alcance, la exacta y verdadera significación del precepto, sin preocuparse de si favorece o perjudica”.

Haciendo una revista de las posiciones de la doctrina puede llegarse a la conclusión de que este tema no ha tenido respuestas uniformes y que las posiciones sustentadas varían acordes con los enfoques propuestos en el estudio del tema.

En la actual teoría alemana el problema ha ocupado a gran parte de los tratadistas. Jescheck¹⁶⁷ lo estudió dentro del capítulo titulado *Ley Penal y Estado de Derecho*, donde analiza la función garantizadora y de seguridad jurídica de la normatividad punitiva, gobernada por el principio de legalidad. Si bien se inclina, dentro de la posición mayoritaria, por ubicar la aplicación del principio en el ámbito realizativo y con operatividad ante situaciones probatorias inciertas, no desconoce que, ante la dificultad de discernir lo que es el de-

¹⁶⁶ BRAMONT ARIAS, Luis, *La ley penal*.

¹⁶⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal* (trad. Mir Puig y Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1981, t. I, ps. 193/202.

recho de lo que son los hechos, máxime cuando las disposiciones punitivas descansan sobre presupuestos materiales (cuestión que ha desvelado a los estudiosos de la casación), debe admitirse que sólo cuando existe certeza sobre los mismos podrá arribarse a un juicio afirmativo de responsabilidad.

En síntesis, Jescheck concluye sosteniendo la aplicación del principio sobre todos y cada uno de los presupuestos necesarios para la declaración de culpabilidad, lo que en este sentido, entiendo, abarca una interpretación del derecho.

En lo que hace a la legislación, existen códigos penales, como los de Bolivia, Nicaragua, Ecuador y Costa Rica que establecen el criterio restrictivo para la interpretación de sus normas. Cabe recordar así mismo, que la derogada Constitución Argentina de 1949 normaba en su artículo 29 el principio de *in dubio pro reo*. Por último, debe señalarse que los autores que se pronuncian en nuestro país a favor de la aplicación del principio en el nivel interpretativo sustancial, invocan el artículo 13 del Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal, artículo que da categoría de norma expresa a la máxima, en concordancia con el artículo 12 del mismo cuerpo legal que prohíbe toda interpretación extensiva. Algunos fallos de la jurisprudencia, citados por Jiménez de Asúa y Eusebio Gómez, confirmarían esta línea.

4. EL FAVOR LIBERTATIS

Si las determinaciones en torno a los temas precedentemente analizados no son coincidentes en la doctrina, lo contrario ocurre cuando se circunscribe la cuestión al ámbito procesal, donde la máxima *in dubio pro reo* resulta indiscutida. Y esto, no sólo en torno al campo de la valoración de la prueba, sino también en lo que hace a la misma interpretación de las normas rituales y, especialmente, cuando éstas conciernen al ejercicio de derechos o al establecimiento de sanciones.

El artículo 7º del Código de la Provincia de Santa Fe, manda lo siguiente: "Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este código, o que establezca sanciones procesa-

les, deberá ser interpretado restrictivamente”. En parecido sentido, legislan el artículo 3° de Entre Ríos y los demás provinciales.

La doctrina y la interpretación jurisprudencial han coincidido en el carácter de estricta garantía procesal que reviste la norma en análisis, aunque se ha disentido con respecto a la ubicación de la misma dentro del cuerpo procesal. Así, en el Proyecto Clariá Olmedo se ha considerado el tema en relación a la situación del imputado, lo que, en definitiva, no haría más que remarcar la estrecha vinculación de esta cuestión dentro de la problemática del *in dubio pro reo*.

El origen ideológico de la disposición se remonta también al contexto que anteriormente se ha señalado y los principales intérpretes destacaron que esta garantía brota de la misma racionalidad del proceso penal. Es oportuno agregar que nuevamente surge conjugado en este aspecto el estado de inocencia del imputado con las presunciones sobre la realización de un hecho delictivo.

La aplicación práctica de este principio se da principalmente en institutos como el de la excarcelación, donde los supuestos que no dan lugar a la misma deben interpretarse restrictivamente; también se aplica, a favor del procesado, en todo lo relativo a la ejercitación del derecho de defensa.

En relación a estas cuestiones, Leone¹⁶⁸ considera que el denominado *favor libertatis* establece la necesidad y el principio guía de que todos los institutos procesales tiendan a la más rápida y mejor restitución de la libertad personal, coartada –en los casos debidos– por la aplicación de medidas cautelares sobre el sujeto (en nuestro ordenamiento procesal, arresto, detención y prisión preventiva). Tal *favor libertatis* debe complementarse e integrarse con lo que el procesalista italiano distingue como *favor rei*, que sería el principio orientador de la actividad procesal dirigido hacia el logro del estado de certeza sobre la carencia de responsabilidad del imputado.

En consecuencia, es evidente que el tema se conecta, desde todo punto de vista, con las exigencias constitucionales del debido proceso, el derecho de defensa, la obtención de certeza y el estado de inocencia.

¹⁶⁸ LEONE, ob. cit., t. I, p. 65.

5. LA CARGA DE LA PRUEBA

Es de advertir que también en relación a la carga de la prueba el principio *in dubio pro reo* reconoce venerables antecedentes; más aún: a la luz de los testimonios de que se dispone, puede afirmarse que el aforismo encontró primer campo de aplicación en relación a la materia ahora considerada. Al respecto debe recordarse que dentro del ámbito del Derecho Romano tenía amplia influencia la idea, expuesta por Gayo, de que “los demandados son considerados más favorablemente que los actores” y con frecuencia se citaba la Constitución del emperador Antonino Pío en el sentido de que “no probando el actor, ganará el demandado”.

Tal formulación del principio, aplicado al ámbito penal, fue ampliamente receptada por los teóricos iluministas y encontró elaboración estricta en los procesalistas contemporáneos. En este sentido, Beling¹⁶⁹ dice que dentro del proceso penal, corresponde atribuir la carga material de la prueba a la parte actora. En igual sentido, Schmidt¹⁷⁰ entiende que la aplicación del principio jurídico *in dubio pro reo* determina el pronunciamiento del juzgador en el caso de incertidumbre con relación a los hechos objeto de prueba, pronunciamiento que debe reconocer la duda como circunstancia impeditiva de la pretensión punitiva.

Es evidente que esta posición constituye la antípoda de la imperante en el proceso punitivo medieval (con tantos puntos de contacto con los autoritarismos contemporáneos), donde no era el actor quien debía probar la culpa del imputado, sino éste, por el contrario, el que debía luchar –muchas veces con escasas posibilidades y probabilidades de éxito– por demostrar su eventual inocencia. Y a decir verdad, puede pensarse que algunos resabios de tal mecánica, aún perduran en la estructuración y práctica del moderno proceso penal en las fases de la prevención y la instrucción.

¹⁶⁹ BELING, *Derecho* cit. Señala este autor alemán: “Si en una cuestión de importancia penal material, la práctica de la prueba no ha conseguido pleno esclarecimiento, el contenido de la sentencia sobre el fondo debe formarse como si esta cuestión se hubiese resuelto a favor del acusado”. Y esto, de acuerdo con la idea de que en el proceso penal “la carga material de la prueba incumbe al actor”.

¹⁷⁰ SCHMIDT, Eberhard, *Derecho Procesal Penal*.

En la postura de Beling y Schmidt, Rubianes, siguiendo a Vélez Mariconde, quien a su vez se inspira en Florián, hace derivar en buena lógica el principio metodológico fundamental de la carga de la prueba, del estado jurídico de inocencia del imputado. Al respecto, afirma Rubianes: “El imputado no tiene el deber ni la carga de probar su inocencia, aunque se lo faculte a ello, pues goza de una situación jurídica que no requiere ser constituida”. Ello significa que es el Ministerio Público, titular de la acción penal, quien deberá arrimar al proceso los diversos medios de convicción capaces de generar la certeza de culpabilidad, idónea para destruir el precedente estado de inocencia.

El artículo 468 del Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal establece que: “En todos los casos, incumbe a la acusación la prueba de los hechos para justificar la criminalidad del procesado”; concuerda con esta disposición, el artículo 224 del código ritual de la provincia de Buenos Aires.

Planteado desde esta perspectiva, el tema se inscribe dentro de la problemática de la acción penal y sus diversas manifestaciones dentro del proceso; asimismo, toca también a la cuestión de las facultades y límites de la jurisdicción y, en última instancia, refiere al más vasto ámbito del *ius puniendi*.

Precisamente, por esa amplitud y también por razones de precisión técnico-metodológicas, Leone se muestra adverso a recoger, con el sentido indicado, el principio del *in dubio pro reo* en relación a la carga de la prueba. En realidad, lo que el maestro italiano señala, es una delimitación terminológica-conceptual, que lo lleva a rechazar la idea de la admisibilidad de la carga probatoria dentro del proceso penal, donde debe imperar el principio de la investigación integral de la verdad material.

Correspondería reflexionar sobre un concepto muchas veces repetido por la doctrina procesal y admitido acriticamente de manera generalizada: el de la obtención de la verdad real como finalidad del proceso penal, a lo que ya se ha hecho referencia. Este tema merece una consideración en profundidad, que excede el marco del presente trabajo, pero debe al menos mencionarse que la cuestión hunde sus raíces en el proceso inquisitivo que, a su vez, está influido

por concepciones religiosas, por el valor de la confesión y por el sentido de la expiación. En esa lógica, el obtener el reconocimiento de lo sucedido se convertía en un objetivo que subordinaba a su consecución todo lo demás.

En la hora actual, podemos pensar que no es esa, en manera alguna, la finalidad del proceso penal y también que la misma idea de “verdad real” es no sólo excesiva, sino errónea. Lo que en el proceso penal puede lograrse, en el mejor de los casos, es una determinada verdad judicial, es decir, una verosimilitud aceptable conforme a pautas procesales, donde determinados hechos se tienen por ciertos y otros no, conforme con reglas probatorias, limitadas por preceptos garantizadores.

En consecuencia, lo que importa en el proceso no es la obtención de una verdad que con toda seguridad excede las posibilidades técnicas (por no decir humanas), sino una acreditación determinada, lograda a través de mecanismos jurídicos, sobre los que influyen los medios probatorios, las garantías constitucionales (como se vio al analizar lo relativo a los fallos en torno a allanamientos ilegales) y los criterios convencionales de tener por ciertas determinadas afirmaciones sobre circunstancias relevantes a la aplicación normativa.

En tal contexto, el principio del *in dubio pro reo* juega no sólo un aspecto esencial, sino que también desempeña un criterio rector para el tránsito atributivo de responsabilidad.

6. LA VALORACION DE LA PRUEBA

Llegamos ahora al terreno en el cual el principio *in dubio pro reo* resulta pacíficamente admitido por la doctrina y la jurisprudencia. Incluso los mismos tratadistas que se habían pronunciado reacios a sostener la vigencia de la máxima en relación a la presunción de inocencia, la interpretación de la ley y la carga de la prueba, lo aceptan e incluso preconizan, en todo aquello que se refiere a la consideración del análisis y valoración de las circunstancias de hecho investigadas en el proceso. Tanto la más influyente doctrina extranjera como la nacional, coinciden en ubicar el principio en torno a la regulación de

la prueba, considerando que la oportunidad procesal en que adquiere pleno vigor es la etapa del juicio.

Manzini sostuvo reiteradamente que el *in dubio pro reo* se refiere únicamente a la valoración de la prueba; también Leone entiende, como ya se dijo, que el principio carece de validez en relación a la interpretación, correspondiendo, en cambio, resolver la eventual duda a favor del imputado cuando la misma refiere a las circunstancias de hecho objeto de la prueba.

Vélez Mariconde y Rubianes, de acuerdo con el desarrollo lógico-metodológico anteriormente indicado, derivan el principio del estado de inocencia, señalando el segundo de los nombrados: “Para condenar al imputado, el juez debe tener la certeza, la convicción de que es responsable de un hecho delictuoso, porque se debe destruir el estado de inocencia en que se sustenta su condición jurídica”. Consecuentemente, para absolverlo, no es necesario que tenga la certeza de la inocencia, ya que en caso de duda corresponde resolver a su favor.

Por su parte, Clariá Olmedo trata del tema en la Sección Tercera de su Tomo Primero bajo la denominación general de *Principio de Investigación Integral*, entendiéndolo por tal la finalidad específica del proceso penal, el que, como es sabido, se dirige hacia el descubrimiento de la verdad, tanto en lo que respecta al hecho, como en lo que refiere al o los sujetos inculcados. Y esta verdad, es la realmente ocurrida, lo materialmente acontecido, y lo ciertamente sucedido. La prueba debe reconstruir esos hechos y la valoración de la misma, en función de indicadora de la verdad buscada, lleva al final juicio afirmativo o negativo sobre la culpabilidad del imputado.

Pero como el mismo distinguido procesalista se cuida de advertir, este criterio orientador de la búsqueda de la verdad mediante la investigación integral, podría “llevar a consecuencias terribles” si no se lo ubica dentro de rigurosos y precisos límites que eviten toda distorsión y exceso. Estas necesarias limitaciones (en las que el mismo Estado se encuentra interesado) están dadas por las denominadas reglas de garantías (o normas fundamentales), basadas en la necesidad de certeza; tales normas son el *in dubio pro reo* y los requisitos de la insoslayable motivación de la sentencia, que conocen a lo que denominé como “verdad judicial”.

Así ubicado el principio en análisis, Clariá Olmedo entiende que el mismo tiene raigambre constitucional y que, como orientación encuadradora de la actividad procesal, lleva a que “sólo puede condenarse cuando [...] el juez haya alcanzado la certeza acerca de la culpabilidad del acusado. Certeza como estado firme que se obtiene cuando se ha conseguido eliminar, por considerarlos indignos, todos los motivos contrarios a la demostración de la culpabilidad. Basta el estado de probabilidad para que se deba absolver”.

De acuerdo con esta posición, el *in dubio pro reo* funciona como un instituto destinado a evitar el pronunciamiento condenatorio si no ha sido posible arribar a un grado de certeza objetiva (que deberá ser claramente demostrado en la fundamentación) sobre la culpabilidad del sujeto. Y esto, porque es requisito indispensable la plena y razonable (y razonada) acreditación de todas las circunstancias jurídicamente relevantes del caso, a través de una científica verificación. Si tal comprobación no se da, no puede considerarse destruido el precedente estado de inocencia.

Raúl Víctor Danielsen, en su medulosa monografía sobre la cuestión¹⁷¹ entiende que la regla del *in dubio pro reo* aparece como un principio jurídico constituido por el conjunto de tres elementos, a saber: a) psicológicos; b) fáctico-empíricos; y c) normativo-valorativos. Estos tres componentes se articulan de una manera armónica, conduciendo a que: “Cuando en la práctica de la prueba el juez no ha conseguido pleno esclarecimiento, el contenido de la sentencia sobre el fondo debe formarse como si esta cuestión se hubiese resuelto a favor del acusado”. Y esta decisión no surge como resultado de una actitud de generosidad o altruismo ni tampoco prejuzga acerca de la eventual inocencia o culpabilidad del imputado, sino que deriva –como ya se indicó– de los fundamentos y propósitos racionales del proceso. En este sentido, guarda relación (y concordancias normativas) con las ideas directrices que presiden el ordenamiento procesal y también, como apunta Danielsen, con el modo habitual del suceder de los hechos y la comprobación de la verdad. En este último aspecto, coincidentemente con las posiciones de Clariá Olmedo, tal verdad

¹⁷¹ DANIELSEN, Raúl Víctor, *El principio in dubio pro reo en el proceso penal*, en *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina 1975, p. 124 y ss.

debe aparecer en la conciencia del juzgador con la claridad de certeza, entendiéndola como “la convicción de la necesaria vinculación causal, de la imposibilidad de que las cosas sean de otro modo”. Consecuentemente, se da sobre esta materia la prohibición de “inferir consecuencias penales en contra del acusado de estados psicológicos oscuros e irracionales”.

Desde la perspectiva que señalamos, el *in dubio pro reo* se conecta con los valores jurídicos de seguridad, justicia y comprobación fundada de lo verdadero. Entonces, el principio es una regla decisoria que opera sobre la materia relativa a la acreditación de los hechos relativos a las normas. Así, al darse circunstancias que provocan dudas sobre la realidad fáctica, el juez debe entender presente el elemento impeditivo de la pretensión punitiva, absolviendo al acusado. Y esto, porque es el Estado mismo quien no puede condenar en caso de incertidumbre, ya que en materia procesal adquiere validez e idoneidad decisoria únicamente lo comprobado.

En síntesis, la resolución judicial sobre el fondo debe basarse inexcusablemente sobre la prueba colectada, la que tiene que constituir fundamento objetivo, comprobable y cierto de la motivación que lleve a la decisión. La condena procede únicamente ante la situación de que el juez comprueba como existentes todos los hechos que dieron origen como “sospecha” a la actividad procesal y que presenten valor e idoneidad para destruir el “estado de inocencia”.

La línea jurisprudencial predominante ha marcado el rumbo de las ideas antedichas. Así, la Suprema Corte de Buenos Aires ha expresado: “La regla según la cual en la duda ha de estarse a favor del reo, solamente opera cuando la prueba –considerada en conjunto– lleva a una situación de incertidumbre”¹⁷².

¹⁷² Otros fallos que marcan claramente la línea señalada pueden encontrarse reseñados en *La Ley*, Actualización de Jurisprudencia, t. XV, p. 484. En lo que respecta a la reciente jurisprudencia de la provincia de Santa Fe, la misma ha sentado claramente que el principio refiere a los hechos y su valoración y que el mismo, ante la situación de incertidumbre, debe ser aplicado por imperio del artículo 5º del C. P. P. En autos “B. A. G. s./abuso deshonesto” del 5/7/76, la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones de Santa Fe ha sostenido: “El principio *in dubio pro reo* no es algo opuesto a la crítica probatoria informada en el sistema de la sana crítica (art. 297 y conss. C. P. P.); tampoco importa opciones para el juzgador, si a través de

En los códigos procesales penales de las provincias, este principio aparece consagrado expresamente¹⁷³. La ley ritual de Santa Fe lo establece en su artículo 5º, delimitando con toda claridad que la norma refiere al “caso de duda sobre los hechos”, enrolándose de esta manera en la que hemos visto como tendencia predominante.

7. ALGUNAS IDEAS A MODO DE CONCLUSION

De la exposición precedente puede proponerse a modo de conclusión que el principio *in dubio pro reo* ha sido invocado en dos grandes sentidos: a) se da en torno a esta regla un enfoque que podríamos calificar como amplio y que preside un criterio orientador y estructurador del proceso penal; esta perspectiva, reseñada en los puntos 1, 2, 3, 4 y 5 del presente capítulo, se liga estrechamente a la formación teórica y política del Derecho Penal, en sus aspectos sustantivos y procesales, de inspiración individualista-liberal y reconoce sus fuentes normativas en los derechos y garantías de jerarquía constitucional; b) en segundo lugar, la máxima ha cobrado un sentido que puede denominarse restringido y técnicamente delimitado y circunscripto. En tal aspecto, debe reconocerse que la tendencia predominante en la actualidad, dentro de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia circunscriben el principio al ámbito procesal y, dentro de éste, al tema de la valoración y apreciación de la prueba efectuada por el juzgador. Así, el *in dubio pro reo* en un criterio técnico-jurídico que opera sobre la acreditación del hecho y la autoría y que establece pautas orientadoras sobre la ponderación de las circunstancias fácticas con miras al pronunciamiento decisorio.

Ahora bien: a pesar de la señalada diferenciación de sentidos y del predo-

la obligatoria aplicación de las reglas de la sana crítica se llega a un punto muerto en lo que hace a la certeza de la prueba de algunos de los extremos de la responsabilidad penal, el juez debe aplicar aquel principio”. Ver *Zeus*, colección jurisprudencial: t. X, p. 87 y *Repertorio*, t. I, p. 303.

¹⁷³ El *in dubio pro reo* aparece consagrado en el artículo 5º del Código de Santa Fe; en el 4º de Entre Ríos, al igual que en los de La Pampa, Mendoza, Córdoba, San Juan, Santiago del Estero, La Rioja y Salta; el de Catamarca lo norma en el artículo 2º y el de Jujuy en el 5º. Ya se indicó que el Código para la Justicia Federal lo recoge en el artículo 13.

minio contemporáneo de la tendencia técnica, es menester insistir en que el aspecto restringido del enfoque no puede desgajarse del contexto del denominado aspecto amplio, cuya perspectiva da la verdadera significación de la máxima. Y dentro de esta visión, la cuestión refiere a la teoría y consecuente metodología fundamental del proceso como manifestación realizativa de las ideas jurídico-filosóficas sobre el hombre, como sujeto de derechos, y sus relaciones con el Estado, como titular de las potestades públicas. Como ha observado Guarneri, “es evidente que cuanto más orientado se encuentre el Estado hacia principios de base individualista y liberal, más fuerte serán las garantías que establezca en favor del acusado”, garantías entre las que, sin duda alguna, figura el *in dubio pro reo*.

Puesto en claro lo anterior, resta referirse a la cuestión que, siguiendo una terminología, tradicional, podemos denominar como la naturaleza jurídica de la máxima. La misma diversidad de denominaciones y/o caracterizaciones que ha recibido el *in dubio pro reo* como “máxima”, “brocardo”, “adagio”, “principio”, “regla”, etcétera, muestra que en torno a su estricta conceptualización poco es lo que se ha avanzado y que la ambigüedad e imprecisión que al inicio de este trabajo se señalara, impera con una extensión realmente poco científica y por sus consecuencias, notoriamente perjudicial.

A la luz del tratamiento que del tema hacen los principales autores ya citados, pareciera que la denominación predominante es la del *in dubio pro reo* como un principio. ¿Pero esto qué significa realmente? Sin contar con que el mismo concepto de principio jurídico es de por sí una noción poco precisa, cabe interrogarse sobre si el que analizamos pertenece a lo que la doctrina considera los principios generales del derecho, cualquiera sea la posición doctrinaria que sobre el particular se defienda¹⁷⁴.

¹⁷⁴ REIMUNDIN, Ricardo, *La concepción de los principios generales del Derecho y la fórmula del artículo 16 de nuestro Código Civil*, en *Jurisprudencia Argentina*, agosto 31 de 1977, Nº 5.009. Es de destacar que el tema de los “principios del derecho” ha sido especialmente tratado por los civilistas, a quienes en mucho se deben las concepciones elaboradas por la Teoría General y la Filosofía Jurídica. Con respecto a las diferentes ideas que se dan en torno al tema, el autor citado resume: “Los partidarios de la interpretación iusnaturalista de los principios generales del Derecho, entienden que hay que acudir al ideal de Justicia para suplir las imprevisiones del Derecho Positivo; para esta dirección doctrinal, los principios genera-

En general puede decirse que este es un tema de filosofía jurídica y que el mismo refiere a la integración del orden jurídico y a sus bases y orientaciones. Se ha buscado su fundamento en especulaciones iusnaturalistas (el orden general, los presupuestos racionales, la idea de justicia, etc.) y, desde un punto de vista de orientación positivista, en una reconstrucción sistemática de la estructura jurídica imperante en una determinada sociedad. Este último enfoque puede ser considerado como el de mayor aceptación en la actualidad¹⁷⁵ y lleva a entender a tales principios como los fundamentos de apoyo del derecho vigente, de manera que “el intérprete pueda sacar [...] mediante sucesivas abstracciones del conjunto de las normas particulares la solución legal que se busca”. Con respecto al orden procesal, Couture¹⁷⁶ precisa que se trata de un “enunciado lógico extraído de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas de procedimiento, en forma de dar a la solución constante de éstas el carácter de una regla de validez general”.

De acuerdo con esto, tales principios serían presupuestos o bases implícitas del ordenamiento normativo, fundamentos de toda la estructura normativa y verdaderos presupuestos generales que establecen una coherencia de fondo a cuya luz surgen criterios interpretativos. En consecuencia, teniendo en cuenta el sentido del *in dubio pro reo*, podría concluirse que el mismo es uno de tales principios en el ordenamiento procesal penal. Pero al mismo tiempo, debe advertirse que al aparecer esta máxima como expresamente establecida en los códigos rituales, resulta desde todo punto de vista acertada la caracterización propuesta en el Código Procesal Penal de Santa Fe como “Norma fundamental”. Es decir que, por un lado, el principio adquiere plena

les del Derecho, son los del Derecho Natural, que se consideran como básicos de todo orden social. De acuerdo con esta doctrina [...] el Derecho Natural configuraría una fuente supletoria del Derecho Positivo. Frente a esta corriente ha surgido una interpretación positivista según la cual estos principios se reducen a los que informan una determinada legislación positiva y ellos son obtenidos por vía de generalización a partir de ciertas normas particulares y concretas”. Resulta obvio señalar que adherimos a esta concepción.

¹⁷⁵ ROSS, ob. cit. Este autor escandinavo vinculado al ámbito del derecho anglosajón, ha preconizado en ensayos de penetrante agudeza, la necesidad de un enfoque realista y analítico del fenómeno jurídico, considerándolo como lo que verdaderamente es. En tal aspecto representa una línea ampliamente positiva cuyo desarrollo brinda posibilidades sumamente interesantes.

¹⁷⁶ COUTURE, *Vocabulario Jurídico*.

vigencia normativa, con todas las consecuencias que esto implica y, por el otro, el ubicárselo junto a las otras máximas y garantías constitucionales, se destaca su carácter basal y orientador, su jerarquía y valor interpretativo.

Pero una vez aclarado lo precedente, debe avanzarse un paso más en el análisis y plantear el interrogante sobre la zona de operatividad de la norma de referencia, guiándonos en tal tarea por la orientación de una teoría realista del derecho¹⁷⁷. Dentro de tal perspectiva, la regla aparece como una directiva para el juzgador¹⁷⁸ y se halla vinculada a las necesidades y requisitos racionales de la debida fundamentación de la sentencia, entendida como una expresión objetiva de decisiones que articulan armónicamente los hechos analizados con las normas aplicables. De ahí que, en última instancia, el tema remita a los requisitos del pronunciamiento y que pueda conectarse con la cuestión de la arbitrariedad.

Por último, debe concluirse que si bien el alto desarrollo actual de la teoría y práctica del proceso ha contribuido a colocar en sus estrictos límites y en su correcta ubicación conceptual muchos principios durante largo tiempo teñidos de ambigüedad y carcomidos de indeterminación, también es cierto que esa técnica no puede olvidar –por su mismo origen y finalidad– a los concretos protagonistas sobre los que opera. En tal sentido, el derecho –como hecho histórico– es una regulación que se asienta sobre la convicción y defensa de la radical dignidad del hombre, dignidad que es menester proteger con medios jurídicos idóneos en casos que, como los que se implican en el proceso penal, están en juego valores fundamentales.

Porque la pena, cualquiera sea la posición que sobre ella se sustente, sigue siendo un mal. Un mal que sólo puede infligirse en casos que, sin ninguna duda, la hagan imprescindible.

¹⁷⁷ El ya citado Ross entiende que: “El contenido real de una norma de conducta es una directiva para el juez, mientras que la directiva al particular es una norma jurídica derivada, o norma en sentido figurado, deducida de aquélla” (ob. cit., p. 33).

¹⁷⁸ Los realistas anglosajones han insistido en que el destinatario de las normas es el técnico encargado de aplicarlas.

CAPITULO X

LA TECNICA DE LA DEFENSA PENAL

En la medida en que el derecho es una ciencia que nos permite conocer sistemáticamente una determinada realidad de especial índole, se da una técnica destinada al empleo de tales conocimientos con fines prácticos. En tal sentido, y como se declaró en la *Introducción* del presente trabajo, lo atinente a la defensa penal implica una aplicación de los elementos del derecho sustantivo y adjetivo dirigido al objetivo de la defensa jurídica de un imputado.

Todo el esquema precedentemente tratado puede ser empleado con miras a la finalidad señalada, pero resta ahora concretar lo estudiado en particular relación a los planteos necesarios para una eficaz tarea técnica propia de la función del defensor en la ejercitación de su derecho-poder de representación y asistencia del encausado.

Por cierto que no se trata de ofrecer un recetario o conjunto de modelos ni tampoco de un vano intento de agotar un tema de múltiples variables. Sería presuntuosa o inútil la empresa de quien quisiera establecer apriorísticamente la modalidad adecuada de una tarea defensiva. Y esto, no sólo porque hacerlo llevaría a formular una suerte de vasta enciclopedia, sino porque también cada caso difiere de los otros y, más aún, cada letrado tiene su personal

estilo, ajustado, por otra parte, a su formación, convicciones y peculiaridades de trabajo y a las características del medio en el que desenvuelve su labor.

Pero hechas estas imprescindibles salvedades, puede afirmarse que no carece de utilidad el propósito de agrupar informaciones que podrían entenderse como básicas y fundamentales, aplicables a las señaladas variantes y encaminadas a tratar de evitar errores que, muchas veces provocados por las urgencias profesionales, los curiales pueden inadvertidamente cometer.

Por otra parte, una labor profesional de las modalidades de las del abogado, no se agota sólo en el estudio e invocación del derecho. Es sabido –y no señalarlo sería mantenernos en la oscuridad de las cómodas ficciones– hasta qué punto su inserción y relaciones sociales, sus vinculaciones con los factores de poder, su prestigio dentro del foro en que actúa y otros semejantes elementos, pueden contribuir a lograr los resultados que procura. Claro está que un análisis de esas características sería tema sociológico y resultaría al menos deseable que todo lo atinente a la administración de justicia y a la labor profesional se diera en un carril de estricta objetividad.

Tratamos ahora de ofrecer un cuadro de las principales cuestiones que nos parece oportuno considerar; sin ánimo de formular reglas, sino sólo de proponer indicaciones, esbozamos los siguientes puntos:

1. CONOCIMIENTO DE HECHOS Y PROTAGONISTAS

El primer deber del defensor es lograr el más exacto conocimiento de todas las circunstancias fácticas del suceso de autos y también de las características personales de los en él implicados. Esto podrá conseguirlo a través de contactos con el imputado y con sus allegados, recogiendo cuanta información pueda resultar pertinente. Por cierto que en este terreno deberá tanto lograr la confianza plena de su defendido, como saber discernir lo verdaderamente importante para su tarea técnica. Con respecto a lo primero, es asaz frecuente que el propio interesado se muestre renuente a comunicar a su defensor toda la verdad, ya fuere por recelos, vergüenza o incapacidad de recordar con exactitud. En lo que hace a lo segundo, muchas veces se agobia al abogado

con un cúmulo de datos e impresiones cargados de emotividad (por cierto sumamente comprensibles) que en muy poco pueden contribuir a arrojar luz sobre los aspectos jurídicos del caso. De ahí que el defensor deba tratar de hacer comprender a su defendido la situación en que se encuentra y a partir de esa ubicación, tratar de centrar la comunicación en aquello que verdaderamente haga al caso.

Junto a esta información de tipo personal, el letrado deberá recabar la colectada en las actuaciones. Esto significa que la primera tarea del defensor será el estudio minucioso del expediente, confrontando lo actuado con los datos que por otro conducto pueda tener y procurando que todo detalle que resulte idóneo para fortalecer la posición del imputado llegue a obrar en autos. Por eso, esta tarea de doble conocimiento se relacionará estrechamente con el tema probatorio, permitiendo valorar las constancias obrantes y meritar la conveniencia de proponer otras. También de esa imprescindible información sobre los hechos se desprenderá el posterior encuadre jurídico y la contestación técnica a la acusación fiscal.

Resulta especialmente recomendable la posibilidad de que el defensor tome intervención en la causa desde su mismo comienzo, ya que así, a través de su presencia en actos de la importancia de la declaración indagatoria y de su estudio de las testimoniales, periciales, informativas, etcétera, que vayan produciéndose, seguirá el curso del sumario en su mismo desenvolvimiento, pudiendo contribuir también al mejor cauce a través de la proposición de las diligencias que la ley le autoriza.

En el supuesto de que el defensor sea llamado a la causa cuando ésta ha tenido ya su primer desarrollo, será más urgente para el letrado atender cuidadosamente a todo lo actuado.

El cabal acceso a la realidad estudiada es el primer e imprescindible requisito de toda defensa penal. Si bien es cierto que todos los hechos giran procesalmente en relación al derecho, no lo es menos que el derecho manda hechos. Analizar conductas, comprender verdaderamente cómo se produjo la acción que eventualmente se cometió, tener en cuenta las diversas particularidades

de las circunstancias y sus protagonistas, resulta la base necesaria sobre la cual se asentará la posterior construcción.

2. EL ENCUADRE JURIDICO DEL CASO

Sobre la antedicha plataforma fáctica, el defensor deberá realizar el encuadre jurídico del caso en cuestión. Ya señalamos que Manzini insistía en su influyente *Tratado de Derecho Procesal Penal*, que los hechos siempre deben entenderse en función de la estructura normativa que les da sentido.

De una manera primaria y simplista, puede decirse que la primera individualización jurídica de la situación considerada está dada por las calificaciones legales que se van produciendo a lo largo del proceso, con creciente grado de delimitación técnica: así, la prevención policial, la calificación de su conducta hecha conocer al imputado en la declaración indagatoria, el auto de procesamiento y la acusación fiscal, irán concretando la o las figuras penales que se atribuyen al encausado y sobre las cuales la sentencia dará el veredicto definitivo.

Así, el defensor sabrá desde los momentos iniciales por qué delito se persigue a su defendido, pudiendo en consecuencia articular los hechos en relación a las normas cuya aplicación se pretende. Debe observarse que la importancia de tal conocimiento tiene eminente sentido práctico, ya que el accionar procesal del letrado dependerá directamente de la figura penal de que se trata. Esto significa no sólo el considerar la procedencia o improcedencia de la libertad provisional del imputado, sino también –siempre en relación a las peculiaridades del hecho– las diligencias probatorias y demás medidas idóneas para los hechos y los sujetos intervinientes, como así mismo –si se juzga procedente– la discusión de la calificación legal mediante los recursos procedentes.

Pero aclarado esto, debe observarse que al hablar del encuadre jurídico del caso nos referimos a un tema más hondo y complejo que lo hasta ahora esbozado. Porque lo que mentamos con la aludida expresión es una tarea que supone el conocimiento científico de la dogmática penal, tarea que no sola-

mente implica el correcto análisis de la figura penal de la parte especial que resulte pertinente, sino la funcional aplicación de la entera teoría del delito.

Porque si bien, como ya se destacara, “en la entraña de las instituciones penales palpita la vida misma en sus tonalidades más diversas y en su dramatismo más intenso”¹⁷⁹, esa vida, esa conducta en interferencia intersubjetiva, ha sido objeto de un arduo proceso de alto nivel científico que constituye la ciencia del Derecho Penal y que desde los tiempos de Carrara hasta nuestros días fue minuciosamente elaborada a través de la obra de autores de la talla de Liszt, Beling, Mezger, Mayer, Binding, Sauer, Welzel, etcétera y, entre nosotros, Soler, Núñez, Fontán Balestra, Bacigalupo y Zaffaroni. Tal ciencia no sólo trabajó los conceptos fundamentales del Derecho Penal, sino contribuyó poderosamente a dar seguridad y objetividad a la aplicación del derecho. Con ejemplar claridad Zaffaroni definió al método dogmático:

Frente a un conjunto de disposiciones legales el jurista se encuentra en la misma situación que el físico: debe tomar los datos, analizarlos (dogmas), establecer las similitudes y diferencias y reducir lo que opera igual bajo una apariencia preanalítica de diversidad. Luego debe elaborar una teoría (construcción) en que cada uno de ellos encuentre su ubicación y explicación. Por último debe plantearse hipótesis a efectos de verificar si esa teoría funciona de acuerdo a la totalidad, si no hay elementos que no hallan explicación adecuada o sea, si alguna parte del “todo” la contradice (en otras palabras: la teoría –construcción– no puede estar en contradicción con los textos legales). Este es el proceso de verificación. Por supuesto que la construcción no puede estar tampoco en contradicción consigo misma (requiere ser lógicamente completa). En síntesis: el jurista debe elaborar un sistema no contradictorio de proposiciones, cuyo valor de verdad sea “verdadero”¹⁸⁰.

¹⁷⁹ FRIAS CABALLERO, Jorge, *Temas de Derecho Penal*, en *La Ley*, Buenos Aires, 1970. La indicación bibliográfica de esta obra, se efectúa también con especial referencia a los ejemplos de defensas penales realizadas por el autor e incluidas en este trabajo. Las mismas pueden considerarse como muy adecuados modelos.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973. También dentro de

Todo esto hace a lo que se conoce como “teoría del delito” y constituye la fundamentación teórico-práctica de todo otro ulterior análisis. En consecuencia, una vez entendido de qué conducta se trata en la comisión del eventual hecho delictivo, habrá que considerar las particularidades de la acción, si tal acción responde a la descripción del tipo, cuáles son las peculiaridades del tipo de que se trate, si esa acción típica es antijurídica y no existe causal de justificación, si el supuesto reproche penal puede efectuarse a título de dolo o culpa y si el sujeto es imputable, o bien si nos encontramos ante hipótesis de inimputabilidad. Así mismo deberá considerarse lo atinente a la autoría y participación, el proceso del *iter criminis* y la eventual concurrencia de figuras delictivas. Por último, a los efectos de la graduación de la posible pena, las diversas circunstancias del delito y las características personales del sujeto.

La mera enumeración de lo anterior muestra a las claras la complejidad de una cuestión en la que es preciso, sin ninguna duda, una sólida formación intelectual. En tal sentido, el profesional actuante en esta materia deberá frecuentar a los tratadistas, frecuentación que de ninguna manera podrá obviar con el uso de manuales o comentarios. La claridad conceptual, la posibilidad de un correcto encuadre jurídico de la defensa, sólo se logra con el manejo fluido de las nociones centrales de la doctrina penal. Una vez lograda esta base, sí puede recurrirse como buenas ayudas a aquellas obras destinadas principalmente a la tarea profesional que brindan los elementos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios en forma ordenada y sintética.

En resumen: será imprescindible para el letrado contar para el correcto manejo de todo lo atinente a la teoría del delito con una formación científica que excede a la corrientemente obtenida en nuestras universidades y que, por cierto, no puede suplirse con la práctica.

Para el encuadre jurídico del caso, el defensor deberá tomar en cuenta en relación a la conducta presuntamente delictiva todos los elementos configurantes del concepto dogmático de delito. Para ello le será útil contar con es-

esta metodología corresponde citar a Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1974. En esta obra (p. 167) el autor, dentro de su personal teoría, propone diversas *Reglas para la solución de casos*.

quemadas expositivos que a modo de síntesis ofrezcan un panorama complejo del tema capaz de no hacer olvidar ningún componente que pueda resultar esencial para el planteo de la defensa¹⁸¹. Así la figura en concreto de que se trate podrá ser correctamente interrelacionada con la totalidad de la sistemática de la ley penal y comprendida adecuadamente en función de los elementos del delito.

Zaffaroni, siguiendo una divulgada metodología pedagógica desarrollada principalmente en las universidades alemanas y norteamericanas e introducida entre nosotros por Luis Jiménez de Asúa, plantea hacia el fin de su polémica *Teoría del Delito* una serie de indicaciones para la resolución de casos penales. Estas indicaciones son denominadas con acierto como “pasos analíticos”, los que para el distinguido jurista revisten especial trascendencia. En nuestra opinión, tales casos son los siguientes:

a) Análisis de la conducción o acción, que implica la afirmación genérica del delito y la exclusión de toda causal de ausencia de conducta. Sólo comprobado esto podrá pasarse a los posteriores niveles de análisis.

b) Consideración de la tipicidad de la conducta, determinando con toda claridad si la conducta en cuestión se adecua a la delimitación o configuración típica de la ley penal: si falta cualquiera de los elementos del tipo, de acuerdo con los principios de legalidad y reserva, no habrá delito. Así mismo, el tipo (“abstracción formulada por el legislador, que reúne en un concepto los elementos esenciales de un hecho delictivo determinado”), determina el momento consumativo, por lo que de esto también se extraerán elementos para la cuestión de la tentativa.

Puede afirmarse que el tema de la tipicidad, tanto en su aspecto garantizador como descriptivo, resulta verdaderamente central en el planteo de la defensa penal.

¹⁸¹ Como ejemplar ayuda para esta tarea, recomendamos la excelente síntesis de Carlos Creus, *Síntesis de Derecho Penal. Parte General*, Zeus, Rosario, 1974. También por su importancia y por la mejor expresión en nuestro medio de la dirección finalista ver Eugenio R. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1978. En fecha reciente han aparecido trabajos que, en nuestro medio, desarrollan la técnica del estudio de casos.

El defensor tendrá que tener especialmente en cuenta lo que constituye el núcleo del tipo y los elementos descriptivos, normativos y subjetivos. Así mismo, deberá extremar su atención para advertir si no se da algún supuesto de falta de tipicidad, ya que con frecuencia conductas que aparentemente se presentan como comprendidas *prima facie* en un tipo penal determinado, se descubren luego como no correspondientes.

c) Antijuridicidad o, para el caso del defensor, análisis de la presencia o ausencia de probables causas de justificación. Como se sabe y más allá de discusiones doctrinarias, tales causas son cumplimiento de deber, ejercicio del derecho y ejercicio legítimo de autoridad, estado de necesidad y legítima defensa.

d) Cuestiones relativas a la imputabilidad o análisis de los aspectos subjetivos. Esto implica atender a las características del autor del presunto hecho delictivo. Como ha dicho la doctrina, es la “capacidad de ser culpable”, de acuerdo con patrones legales que remiten a criterios bio-psicológicos, tomando en cuenta la madurez y la salud mental del sujeto en el momento de la comisión del hecho.

Como en tantas otras cuestiones del Derecho Penal, el alegar sobre una presunta inimputabilidad presenta delicados problemas de prueba, principalmente referidos a pericias y dictámenes médicos-psiquiátricos. Por otra parte, resulta una cuestión aún en pleno estudio, de la que temas como el de la denominada imputabilidad disminuida siguen ocupando a los especialistas.

En general puede concluirse que se dan causales de inimputabilidad dentro de nuestro régimen legal en los supuestos de insuficiencia de facultades y alteración morbose de las mismas, cuando tales supuestos impidan al sujeto comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Así mismo el artículo 34, inciso 1º del Código Penal habla de estado de inconsciencia, trastorno mental transitorio e inimputabilidad por razones de edad.

e) Culpabilidad: Determinada la existencia de una conducta que se ajusta al tipo de la ley penal, que no se encuentra amparada por una causal de justificación y que ha sido ejecutada por una persona imputable, corresponde con-

siderar la delicada y trascendente cuestión que llevará al juicio de reprochabilidad, con la consecuente responsabilidad.

En nuestro sistema jurídico penal rige sin discusión el principio de *nulla poena sine culpa*.

f) En lo que refiere al encuadre legal, el defensor también deberá atender a las cuestiones de unidad o pluralidad de la atribución delictiva y a las cuestiones de autoría y participación. Esto último se hace especialmente delicado en aquellos casos en los cuales el autor material ha excedido o cambiado el propósito verosímelmente tenido por el partícipe o instigador y también en todos aquellos supuestos en que siendo varios los sujetos puede variar la responsabilidad penal en relación a la culpabilidad de cada protagonista. Es evidente que las circunstancias de hecho serán las que llevarán a uno y otro encuadre.

Finalmente, también deberá considerarse si se está en presencia de un delito continuado o ante un caso de concurso real.

g) El encuadre jurídico del caso tomará en cuenta los elementos de la parte general con las disposiciones de la parte esencial del Código Penal, a manera de necesaria síntesis. Pero debe señalarse que, así mismo y como ya se vio en todo el desarrollo anterior del presente trabajo, tales planteos tendrán que encuadrarse dentro de una armónica articulación con las normas procesales, de donde se desprende la obvia conclusión de que el caso, en su planteo jurídico, tendrá que concebirse como una estructura orgánica.

3. LOGICA Y OBJETIVO DE LA DEFENSA

Del conocimiento del caso y del encuadre jurídico del mismo, el defensor tendrá que determinar el objetivo a perseguir, el que se concretará en la petición que efectuará al poder jurisdiccional en representación de su defendido. Tal petición, verdadero fin de su trabajo técnico, será el que organice lógicamente los puntos y actividades de la defensa como contestación u oposición a la acción seguida por el Ministerio Público. Esto implica la adecuada presentación de sus razones de hecho y de derecho, los argumentos centrales de su

exposición, la invocación de pruebas y las citas jurisprudenciales y doctrinarias de las que echará mano. En resumen, se trata de un planteo estratégico con miras a la consecución de la finalidad propuesta, finalidad que es preciso explicitar con claridad y seguir en todas las instancias del proceso. Esto evitará incurrir en perniciosas contradicciones o vacilaciones o en debilidades que desmejorarán la posición del imputado. Por otra parte, tal petición tiene que surgir de las constancias y particularidades de la causa y no aparecer como una mera apelación sentimental o como un descolgado petitorio sin justificación.

Si bien cada defensor tiene y debe tener su personal estilo, la defensa debe presentarse de la manera más objetiva posible, haciendo que sean los hechos los que hablen por sí mismos, evitándose toda digresión inconducente y ciñéndose a un desarrollo orientado por las reglas de la lógica. En tal aspecto, la presentación de los hechos debe ser clara, concisa y encuadrada dentro de una verosimilitud. No debe olvidarse que sobre esa base fáctica argumental el juzgador deberá efectuar sus meritaciones y decisiones. Porque en lo fundamental, la defensa, ya sea como escrito o como alegato oral, es una exposición razonada dirigida al tribunal.

En resumen: el objetivo propuesto (absolución, condena por delito culposo, mínimo de pena, circunstancias atenuantes, etc.) deberá encuadrar teleológicamente el desenvolvimiento lógico de esa arma dialéctica que es toda defensa.

4. INDICACIONES GENERALES

Zaffaroni, en la última parte de su trabajo, propone a modo de conclusión algunas indicaciones de carácter general con miras a la correcta exposición del caso. Las mismas resultan pertinentes para la estructuración de la defensa y, en general, coinciden en enfatizar sobre una necesaria característica: claridad. Al mismo tiempo, indica que no se debe abundar en cuestiones que resulten sencillas, sino afrontar aquellas que presenten dificultades; toda cita debe ir acompañada del correspondiente razonamiento que la haga pertinente y la exposición debe adecuarse a un curso lógico; y “saber confesar las limitacio-

nes de conocimiento y no encubrirlas con fórmulas vagas y aparentemente «salvadoras»”.

Por nuestra parte, entendemos que la tarea del defensor puede estructurarse en relación a los elementos principales que, sólo a modo de propuesta tentativa, enumeramos a continuación :

a) Determinación precisa del tema del debate. Para esto, el defensor tendrá que tomar especialmente en cuenta la pretensión del fiscal, determinando exactamente los puntos de divergencia no sólo en lo que refiere a la solicitud, sino a la base principal sobre la que se asienta la acusación. No olvidemos nunca que el tribunal decidirá sobre la causa en función de los argumentos (y de su correspondiente corroboración) de una y otra parte, por lo que, por razones de claridad, síntesis y economía expositiva, debe evidenciarse lo que se encuentra en discusión.

b) Examen general de la legalidad de las actuaciones. Esto refiere al control formal de los distintos actos del proceso, con especial referencia a las constancias inculpativas y a la realización correcta de los actos fundamentales, tales como la declaración indagatoria, auto de procesamiento, etcétera, advirtiéndose también si hay motivos para la interposición de excepciones.

c) Exposición sucinta de los hechos de la causa, ajustados a la versión que de los mismos propone la defensa de acuerdo a su posición dentro del debate.

d) Análisis y valoración de las constancias arrimadas (cuerpo del delito, pericias, declaraciones indagatorias y testimoniales, indicios, etc.), cuestionando las que refieren a un propósito inculpativo y destacando las conducentes a las tesis defensivas.

e) Conclusiones claras sobre lo probado y no probado en relación a los hechos de la causa.

f) Encuadre jurídico de los hechos precedentes, articulando los mismos en relación a las leyes aplicables y con atenta consideración de los elementos del delito de acuerdo con la figura de que se trate. Apoyo meritado en citas jurisprudenciales y doctrina, pero sin incurrir en el atiborramiento inútil, cuando no contraproducente.

g) Conclusiones finales sobre los hechos en relación al derecho, cerrando

la exposición reafirmando lo que era el objetivo del debate como se expuso en el punto c) y haciendo las peticiones.

En general, todos los puntos señalados responden a un esquema básico aplicable a la mayoría de las exposiciones de defensa. En tal aspecto es útil y redundante en la mejor presentación, una neta separación de cada uno de los puntos que se exponen, los que deberán finalizar con conclusiones parciales sobre cada particular que lleven lógicamente a la conclusión definitiva.

CAPITULO XI

EL DEFENSOR ANTE LA CUESTION CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Es de evidencia que el tema que ocupa las páginas del presente trabajo se circunscribe a los aspectos punitivos. Sin embargo, la experiencia tribunalicia indica que en el proceso moderno, junto a las cuestiones que pone en marcha la acción penal, encontramos con frecuencia pretensiones resarcitorias que tienen en ocasiones pareja sino superior importancia para los intereses que representa el defensor.

De ahí que haya entendido que el enfoque y tratamiento propuestos no resultarían completos sin una referencia a la acción civil dentro del proceso penal, lo que nos lleva a la consideración, en este capítulo, de los delicados problemas a que se alude en el título.

1. EL DELITO COMO HECHO DAÑOSO

La conducta que el orden jurídico selecciona abstractamente, describe a través de elementos configurantes, y a cuya comisión u omisión asocia la imposición de una pena, conocida como “delito”, aparece como caracterizable

por dos elementos configurantes, a saber: como una desobediencia a lo querido por el derecho, y como productiva de un perjuicio o daño. Podría decirse que en torno a estos dos aspectos giró desde antiguo la noción de delito y que la actual teoría dogmática jurídica penal sigue tratando de los mismos bajo diferentes formulaciones. Como resume Jescheck: “El delito se presenta a la vez como lesión de un bien jurídico y como lesión de un deber”¹⁸².

En la evolución histórica, tanto en lo que refiere a la legislación, como a la doctrina y la jurisprudencia, podemos advertir que ha habido épocas en las que se ha potenciado mayormente uno u otro de esos aspectos, pero en realidad siempre ambos han estado presentes e interrelacionados. Así, se ha atendido al disvalor de la acción y al disvalor del resultado, pero sin que se haya podido tomar en cuenta en forma exclusiva y excluyente uno solo de estos elementos.

Desde la perspectiva en que interesa abordar el tema dentro de estas páginas, es menester atender a la circunstancia del delito como productor de resultados dañosos. Precisamente, cuando en el comienzo del proceso de criminalización, el legislador selecciona determinadas conductas hipotéticas, que describe mediante los tipos pertinentes, atiende a definir comportamientos que se estiman perjudiciales para la vida de relación. Un Derecho Penal racional, propio del Estado de Derecho, guiado por el principio de mínima intervención, recurrirá a este poder punitivo sólo ante aquellas situaciones que exijan la protección de aquellos valores realmente básicos para la convivencia, que es necesario tutelar con la máxima reacción del orden jurídico, que es la pena pública. Y tal objeto de protección, estará dado por lo que se conoce como “bienes jurídicos”. Se trata de intereses socialmente valiosos, cuya tutela resulta de especial trascendencia para asegurar condiciones aceptables dentro de las cuales puedan desenvolverse la vida de relación comunitaria, así como la vida, la integridad corporal, la libertad, el orden constitucional, la propiedad, la buena fe en las transacciones, la regularidad administrativa, etcétera. Por cierto que estos catálogos son histórica y culturalmente variables y por ello reflejan las tendencias que predominan en una sociedad determinada. En las reformas contemporáneas, se habla con insistencia de desincriminar con-

¹⁸² JESCHECK, ob. cit., t. I, p. 11.

ductas que, se entiende, ya no afectan la vida de relación (por ejemplo, ciertas figuras vinculadas a aspectos sexuales, el duelo, el aborto consentido, etc.) y de incriminar comportamientos antes no previstos y considerados ahora socialmente perjudiciales, tales como los denominados delitos ecológicos, los cometidos por entidades financieras, contra el orden económico, etcétera.

Lo que puede considerarse suficientemente en claro a través de las elaboraciones doctrinarias, es que una conducta que no afecte bienes jurídicos, no puede recibir válido reproche penal. Sostener lo contrario, implica potenciar el reproche a la desobediencia, actitud característica de todos los sistemas autoritarios.

Desde este punto de vista, la misión que legitima al Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, entendidos como aquellos valores que, conforme al orden constitucional, responden al modelo de sociedad perfilado a través de las normas fundamentales.

Delito, en consecuencia, será aquella acción o conducta contraria al orden jurídico, descripta a través del correspondiente tipo, imputable y reprochable a su autor y provocadora de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico protegido.

Así puede decirse que el delito es una acción provocadora de efectos dañosos, ya que, precisamente, lo que ha querido evitarse a través de la prevención general resultante de incriminar una determinada conducta, es que no se produzcan en la vida real acciones de ese tipo, por entenderse socialmente perjudiciales.

Y si bien la producción de un resultado no es de por sí determinante de la existencia de un delito¹⁸³, e incluso puede haber reprochabilidad ante un resultado frustrado (tentativa), en la mayor parte de los casos, la ejecución de una acción delictiva desembocará en un daño de mayor o menor gravedad, tal como la muerte o lesión de una persona, el desapoderamiento de un bien, la

¹⁸³ "Para el ilícito es necesario el vínculo entre finalidad y resultado", Diethart Zielinski, *El resultado en el concepto final de ilícito* (trad. M. Sancinetti), en *Doctrina Penal*, Nº 42, Buenos Aires, abril-junio 1988, p. 286.

indebida restricción de la libertad, la ofensa al honor, la irregularidad en la prestación administrativa, etcétera.

Más aún: puede pensarse que dentro de una concepción democrática y constitucional de un Derecho Penal de mínima intervención, no pueden resultar incriminadas acciones que en una forma u otra impliquen de manera cierta lesión o peligro de bienes jurídicos, con la consecuente posibilidad real de daños a terceros.

Y al mismo tiempo, toda vez que, como en diferentes ocasiones señalamos, el Derecho Penal debe reservarse como frontera última para sancionar aquel "comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social"¹⁸⁴ y que afecta de manera intolerable bienes jurídicos importantes, puede concluirse que, desde esta óptica, todo delito puede entenderse como un hecho dañoso.

Ahora bien: por el carácter público del Derecho Penal, esta dañosidad es, en primer lugar, de tal índole. Pero al mismo tiempo, en la mayoría de los casos, se produce también una concreta afectación de bienes particulares, en los cuales aparecen víctimas determinadas ofendidas y perjudicadas por el delito en cuestión.

Durante gran parte de su evolución histórica, el derecho penal atendió principalmente a la producción de daños y a la consecuente reparación de los mismos, a través de métodos compositivos de diversa índole. Sólo cuando se produce en la Edad Media la expropiación por parte del incipiente Estado de la función penal particular, el tema punitivo se concibe como castigo de la desobediencia y adquiere su carácter público que no abandonaría más. En la actualidad, la doctrina ha planteado la necesidad de atender a los intereses individuales afectados y, consecuentemente, arbitrar medios mediante los cuales el directamente ofendido, la víctima del delito, puede tener un papel de importancia en el proceso y en la resolución de conflictos que le conciernen directamente. Una de esas vías, es la de la acción civil dentro del proceso penal.

¹⁸⁴ BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1984, p. 2.

2. LA ACCION CIVIL

A los efectos de introducir dentro del proceso penal la cuestión civil, se ha arbitrado una regulación a través de la cual quien ha sido perjudicado por los resultados dañosos de un hecho presuntamente delictivo se encuentra legitimado para intervenir en la causa y demandar la reparación de los daños. Esta acción, a diferencia de la penal en la mayoría de los casos, es privada y por ello disponible, pudiendo o no ejercerse.

Los presupuestos que permiten esta actuación son: a) que se haya ejercido la acción penal, generándose un proceso de tal índole y que el mismo se encuentre en curso; b) que el hecho investigado haya generado perjuicios que hayan afectado los intereses de quien se presenta y que se atribuya responsabilidad primaria por la causación de los daños al imputado; y c) que no se haya accionado en sede civil por los mismos hechos.

El tema, a contrario de lo que la doctrina ha confundido con frecuencia, es de estricta índole procesal, ya que de lo que se trata es de obtener una legitimación que permita instar en procura de una resolución que atienda a los intereses expuestos en las pretensiones, las que tendrán o no acogimiento en la sentencia conforme a las normas sustantivas aplicables.

Así como la acción penal será ejercida por el Ministerio Público ante la noticia de un delito, caracterizándose como una actividad requirente o formulante de investigación que se concretará en la acusación formal y finalmente en la pretensión punitiva, la acción civil en sede penal podrá ser llevada adelante por el particular que se dice dañado por los mismos hechos que han dado lugar a la acción penal, a los efectos de intervenir en la causa realizando las instancias tendientes a la acreditación de sus intereses y formulando la demanda resarcitoria.

Los extremos precedentemente indicados deberán ser invocados y sumariamente acreditados en la instancia de constitución de parte civil que, conforme a la legislación vigente, se efectúa durante la etapa preparatoria.

En consecuencia, cuando en un proceso penal en trámite (instado por el ejercicio de la acción penal), el particular que se dice damnificado por los hechos atribuidos, se presenta en tiempo oportuno en esa causa para constituirse como parte legitimada y como tal tener el papel pertinente en orden a

sus pretensiones resarcitorias (no punitivas), se genera una tramitación anexa a la penal. Esto es lo que ha sido denominado como proceso complejo, ya que a la específica tramitación principal realizativa del derecho de fondo punitivo, se le agrega la secundaria y eventual que, por los mismos hechos, se orienta a la obtención de una declaración jurisdiccional de responsabilidad que determine el resarcimiento de los daños producidos por el delito.

La acción civil da así vida a una relación procesal civil anexa a la relación procesal penal instada por la acción penal.

Los fundamentos sustantivos de la pretensión que habrá de sostenerse a través de la acción, se encuentran en el artículo 29 del Código Penal, que establece la facultad del juez penal para expedirse sobre la restitución, las indemnizaciones de daños materiales y morales, y las costas procesales.

Se discutió en doctrina los alcances de este artículo 29 del Código Penal y si sus disposiciones podían ser aplicadas de oficio por el juez; de la misma forma, si la norma contradecía y modificaba la del artículo 1096 del Código Civil; la interpretación correcta es negativa respecto de la facultad de disponer de oficio el resarcimiento, no sólo porque esto resultaría violatorio del principio genérico de la defensa en juicio (no puede haber acto jurisdiccional sin acción ni contradicción), sino porque, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1096, se consagra el ejercicio específico y particular de ambas acciones. Como dice Creus, este precepto “de ninguna manera exige el ejercicio separado de las mismas, en distintos procesos y, en su caso, ante jueces diferentes”¹⁸⁵, pero al mismo tiempo establece la necesidad de instancias particulares en orden a la tramitación y resolución de la cuestión civil.

La acción civil dentro del proceso penal sigue el modelo italiano, aceptado por el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba de 1939, el que, a su vez, recogió antecedentes de otros códigos provinciales, pero llevando la regulación a un punto que ahora parece mayoritariamente aceptado y hacia el que también se inclina el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

¹⁸⁵ CREUS, Carlos, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985. Del mismo autor y editorial, puede consultarse también *Influencias del proceso penal sobre el proceso civil*, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1979.

Respecto de la pretensión resarcitoria, además del citado artículo 29 del Código Penal, la misma encuentra base en lo dispuesto en los artículos pertinentes del Código Civil que regulan la responsabilidad por los hechos ilícitos, siendo de especial aplicación al tema el artículo 1068 de esta legislación.

3. LAS PARTES CIVILES DENTRO DEL PROCESO PENAL

De acuerdo con lo anteriormente tratado y atendiendo a la legislación vigente, el proceso complejo implica la intervención de partes civiles. Dada la accesoriedad de la acción y relación procesal anexa a la penal, éstas son sujetos eventuales, ya que no resultan necesarios para el desarrollo del proceso penal.

Quien dará vida a esta relación, poniendo en funcionamiento el mecanismo procesal previsto, será el *actor civil* que es aquel sujeto particular que diciéndose damnificado directo por los daños ocasionados por el hecho delictivo investigado y que ha dado lugar a la acción penal, pretende y obtiene su legitimación en dicho proceso a los efectos de demandar el resarcimiento contra el imputado y, en su caso, contra aquellos que sin ser imputados, puedan resultar responsables conforme a la legislación sustantiva civil y comercial.

La acción deberá dirigirse necesariamente contra el imputado, que de esta manera agrega a su condición de accionado penal, la de accionado civil.

También, de manera eventual, la acción, además del imputado como accionado necesario, puede dirigirse hacia responsables civiles. Se trata de personas ajenas a la relación procesal civil anexa, ya que de acuerdo con la ley civil sustantiva responden patrimonialmente por actos del accionado directo. Esta es la figura que se conoce como *tercero civilmente responsable* y las pretensiones que contra él o ellos se instauren se basarán en las disposiciones que disciplinan la responsabilidad indirecta.

Estos terceros pueden concurrir al proceso por ser accionados por el actor a través de la citación correspondiente, o bien presentarse en forma espontánea mediante constitución.

Por último debe mencionarse la figura del *citado en garantía*, que para el caso es la del asegurador, que concurre para el eventual cumplimiento de sus

obligaciones de índole comercial derivadas del contrato de seguro. Al respecto de este particular sujeto eventual, señala Creus: “El citado en garantía es parte civil en el proceso penal, pero no es parte demandada, porque su obligación de garantía no lo convierte en responsable de los daños producidos por el delito, sino que lo coloca como simple garante del cumplimiento de la obligación resarcitoria por su asegurador hasta el límite pactado...”¹⁸⁶

De esta manera, encontramos dentro del proceso penal complejo una relación civil anexa en la que, por causa de los efectos dañosos del delito investigado y juzgado en la relación penal, intervienen como actores los sujetos que se titulan damnificados accionando tanto contra el causante directo de los perjuicios como contra aquellos que responden de tales daños de manera indirecta y/o bien por obligaciones contractuales.

Como se advierte, puede ocurrir, como de hecho sucede en causas generalmente derivadas de delitos culposos, que la relación procesal civil inserta en el proceso penal, de índole accesoria, adquiera una complejidad e importancia mucho mayores que las originarias, con múltiples partes, lo que crea dificultades no siempre sencillas de resolver.

4. LA DEFENSA CIVIL

Dado que en este trabajo no pretendemos efectuar la difícil analítica del tema íntegro de la acción y demanda civil dentro del proceso penal, sino circunscribirnos a lo que atañe a la defensa, debemos ingresar directamente en lo que ahora nos concierne y que es la situación del imputado penal que se convierte en accionado civil y la consecuente tarea del defensor que a su intervención como contradictor de la acción punitiva suma la correspondiente a los aspectos resarcitorios. Y esto, porque como regulan los códigos, la designación de defensor implica de por sí el otorgamiento de mandato para intervenir en la cuestión civil introducida en el proceso penal, lo que significa que deberá atenderse a ambas relaciones.

¹⁸⁶ CREUS, ob. cit, p. 137.

Señalemos al respecto que, como ya se esbozó, no resulta infrecuente que los aspectos patrimoniales tratados dentro del proceso complejo adquieran una importancia similar o mayor que los estrictamente penales. Piénsese a modo de ejemplo en una causa derivada de un accidente de tránsito que dé lugar a una causa por lesiones leves culposas, pero en que concomitantemente se hayan producido daños en los vehículos, de considerable valor patrimonial. O en las indemnizaciones pretendidas por la muerte o grave afectación en la salud y/o capacidad de una persona derivada de una mala práctica médica. En estos y en tantos otros supuestos similares, las sumas en juego como eventual reparación de perjuicios adquirirán una magnitud considerable, cuya incidencia sobre los intereses del involucrado tendrán una trascendencia indudable, obligando al defensor al más atento y diligente de los cuidados.

El accionado penal se convertirá en accionado civil cuando en el mismo proceso se presenta un sujeto que pretenda constituirse en parte de tal carácter a los efectos de hacer valer y reconocer sus pretensiones. Para asumir este papel procesal resulta imprescindible que sea previamente imputado, no siendo necesario que se le haya dictado procesamiento. También, conforme con la legislación de fondo, deberá tener capacidad.

La relación procesal civil anexa a la penal surgirá a partir de la instancia de constitución, en la cual quien se pretende damnificado por el hecho imputado, o sus herederos, ejercen la acción contra quien ha sido previamente determinado como imputado a través de la actividad jurisdiccional penal. La admisión deberá necesariamente notificarse a la defensa, a los efectos de su conocimiento y de que, eventualmente, pueda deducir *incidente de oposición*. Este sigue el trámite dispuesto para las excepciones, siendo su materia similar, y tiende a impedir la acción con respecto a quien se impugna. Los plazos para deducir esta oposición varían en los diferentes códigos, pero está claro que, en todos los casos, la cuestión debe quedar resuelta previamente a la apertura del juicio. Respecto de los motivos que justifiquen el incidente de oposición, la legislación no aporta mayores elementos y la doctrina es asaz dubitativa al respecto. Para tratar de arribar a una correcta solución al respecto, es menester detenerse a pensar en el sentido del instituto y en su finalidad. Es evidente que si la ley ha previsto tal tipo de trámite, es con la intención de depurar la cuestión lo antes

posible, evitando un inútil y dispendioso desgaste procesal; al mismo tiempo, ya que las cuestiones de mérito se tratarán en la sentencia. Esto lleva a la conclusión de que el incidente de oposición debe interpretarse en un todo acorde con lo anteriormente estudiado respecto a la defensa de excepción, ya que su sentido es, estrictamente, éste. En consecuencia, los motivos que basan la oposición son todos aquellos que se han estudiado respecto de las excepciones y que, en lo fundamental, refieren a los presupuestos procesales. De esta manera, se entiende que se podrá obstar a la constitución del actor civil por cualquiera de las circunstancias que impliquen falta o defecto de la acción emprendida, incluyéndose expresamente en esta materia el agotamiento de la misma por extinción de la obligación y por aspectos relacionados con la competencia.

Si no se ha deducido o no ha prosperado el incidente de oposición, queda establecida entre actor y accionado la relación procesal civil anexa al proceso penal. Es lógico entonces que el accionado esté legitimado en todos los aspectos para ejercer su válido derecho de contradicción, lo que se manifestará a través de las diferentes manifestaciones técnicas del mismo.

El actor civil desarrollará los fundamentos y concretará su pretensión resarcitoria a través de la *demanda civil* que, a diferencia de la constitución que tuvo lugar en la etapa preparatoria, se realiza en el juicio.

La demanda deberá contener un relato circunstanciado de los hechos relevantes aducidos, con especial relación a los daños ocasionados y a la atribución de responsabilidad hacia el imputado-demandado que genere la obligación resarcitoria que se pretende, conforme con las disposiciones legales que se invoquen como sustento normativo. En tal aspecto, no se diferencia mayormente de la demanda en el proceso civil, siendo aplicables al respecto los conceptos sobre el tema.

La no interposición en tiempo de la demanda, implica el desistimiento tácito.

De acuerdo con el sistema legal que regule el momento, dentro del juicio, en que se interpone la demanda civil, corresponderá el de la *contestación de la demanda*. Así en los códigos escrituristas, se prevé que el defensor responderá conjuntamente a la acusación (Federal) o requisitoria de elevación a jui-

cio (Santa Fe), mientras que en los debates orales corresponderá al momento de las conclusiones.

De todas maneras, el defensor deberá, en cualquier caso, producir una razonada respuesta de la pieza. Por lo común, la base fáctica pertinente a las pretensiones punitiva y resarcitoria, será idéntica, resultando por ende pertinente todo lo relativo a los aspectos generales de la defensa, los que, como se dijo, atienden a las diversas cuestiones que niegan o disminuyen la responsabilidad del justiciable sobre los hechos que se le atribuyen. Pero al mismo tiempo, pueden presentarse temas de específica incidencia civil, tales como los relativos a la plena acreditación de los daños, que deben ser ciertos y concretos, a las modalidades de los perjuicios pretendidos y a los montos del resarcimiento.

Ya indicamos que la defensa penal conlleva el mandato para ejercer la civil, pero esta circunstancia no obsta a que cuando se trata de dos abogados uno pueda ser especializado en temas indemnizatorios, dividiéndose de esta manera la tarea si la importancia de la causa lo justifica.

Por último debe recordarse que los plazos para los diferentes actos procesales relativos a la regulación de la relación anexa, son siempre de índole perentoria, implicando su término el decaimiento del derecho de que se trate.

Resumiendo sobre las facultades de la defensa civil en el proceso penal, pueden sintetizarse las que trata Ricardo Núñez: oposición a la constitución del actor civil; interposición de excepciones; solicitar pronto despacho; impugnar de nulidad; ser notificado y asistir a registros, reconocimientos, inspecciones, declaraciones testimoniales y pericias; proponer pruebas que hagan a sus intereses; ser citado y comparecer al juicio, interviniendo en el debate; y recurrir las resoluciones judiciales en los límites de su intervención¹⁸⁷.

¹⁸⁷ NUÑEZ, Ricardo, *La acción civil en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1982.

CAPITULO XII

EL DEFENSOR DENTRO DEL CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION

La sanción de la ley 23.984 que implementó un nuevo sistema de enjuiciamiento para la justicia penal de la Nación significó una modificación importante que, en la plenitud de sus efectos prácticos, aún se encuentra en curso de consolidación¹⁸⁸. Al respecto, es sabido que la realidad procesal se asienta no sólo sobre encuadres legales sino también sobre una normatividad más difusa y espontánea hecha de costumbres y hábitos. Esto tal vez explique lo reacio que se manifiestan muchos sectores de operadores judiciales cuando se sienten amenazados por reformas que modifican la seguridad de lo ya aprendido y consolidado; también, la circunstancia de que no basta la vigencia de una nueva preceptiva para modificar verdaderamente modos de actuación que parecen haber sido internalizados como pautas culturales.

De tal forma, aun cuando dentro de la tradición jurídica del país encontramos una notoria mayoría de provincias que desde más de medio siglo atrás fueron adoptando, siguiendo el modelo cordobés, el régimen procesal mixto, en el ámbito

¹⁸⁸ VAZQUEZ ROSSI, Jorge; PESSOA, Nelson y CHIARA DIAZ, Carlos, *Código Procesal Penal de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, Cap. I.

de la justicia nacional la incorporación de un digesto realizativo, relativamente moderno, apareció como una novedad que generó expectativas, resistencias y no pocos desconciertos. Sin embargo, y a pesar de varios vaticinios escépticos (cuando no agoreros), la nueva sistemática es una realidad, cuyo funcionamiento va haciéndose cada vez más fluido.

Los puntos que a continuación se tratan destacan algunas de las situaciones de mayor importancia de la garantía y derecho de defensa en relación a cómo se encuentran reguladas dentro del digesto federal, haciendo confluír los conceptos e ideas que se desarrollaron en las páginas anteriores de un modo general, hacia las concretas situaciones contempladas en el Código.

1. TITULARIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa es una garantía constitucional que corresponde a toda persona enfrentada a un proceso judicial, con especial relevancia a quien afronta un enjuiciamiento penal. De ahí que dada la gravedad y trascendencia de los intereses en juego y de la necesidad de equilibrar el poder estatal de la actuación persecutoria oficial, resulta imprescindible potenciar todo lo relativo al ejercicio de la defensa en causa penal.

Resulta lógico que la titularidad de la defensa corresponda a quien se ve constreñido a intervenir en el proceso sobre materia punitiva y sobre quien, eventualmente, recaerá el pronunciamiento sancionatorio. Por ende, el titular del derecho de defensa es el imputado, entendiéndose por tal a la persona física penalmente accionada o, si se prefiere, quien sobre la base de un estado de sospecha en orden a la autoría o participación en una acción u omisión descrita como delito en ley anterior al hecho, soporta la persecución y el juicio en el que se determinará la real existencia del hecho y la consecuente responsabilidad que le corresponde.

El actual Código eliminó la figura del imputado no procesado y el carácter de procesado derivado de la simple convocatoria a indagatoria existentes en el anterior, adoptando la sistemática mayoritariamente aceptada en el país a través de la difusión del proceso mixto impuesto por el Código de Córdoba de 1939. Así mismo, hace surgir la calidad de imputado no de una declaración formal sino de la existencia de actos persecutorios inequívocos, como son la detención o la indicación como partícipe de un hecho delictivo ante autoridad competente.

Ello surge con claridad del artículo 72, que guarda estricta concordancia con los restantes digestos del sistema.

Lo relevante del precepto radica en que de la calidad de imputado derivan los derechos de que está investido como sujeto esencial de la relación procesal, siendo el principal, precisamente, el de defensa.

El Código no regula el derecho de defensa en su inicio, donde trata de las *Garantías fundamentales*, lo que hubiera sido correcto. Claro está que ello no empece en manera alguna a la positividad de tal garantía, toda vez que surge del texto constitucional, de los pactos internacionales y del conjunto de disposiciones que le otorgan, dentro del mismo cuerpo, plena operatividad. Igualmente, una interpretación sistemática permite deducirla sin esfuerzo del artículo 1º.

En las páginas precedentes estudiamos la distinción entre defensa material y técnica. La primera corresponde de modo exclusivo al imputado que, como parte material, es postulado como autor de la infracción punible y tiene un interés directo en la resolución de la causa. Los actos de defensa material son el conocimiento de la imputación de que es objeto, las declaraciones, las indicaciones probatorias y la realización de careos y reconstrucción del hecho; también dentro de esta categoría se encuentra el derecho de designar defensor particular o de confianza, lo que aparece consagrado en el artículo 104 que, así mismo, prevé –para el supuesto de que así no fuere– la intervención del defensor oficial.

Pero antes de pasar a la consideración de esos aspectos conviene insistir en lo que es el tema central del presente apartado: todo lo relativo a la defensa, tanto en su aspecto amplio, es decir, el cumplimiento de las garantías integrativas de la noción valorativa de debido proceso, como en el específico aspecto de contradicción procesal a la atribución delictiva, corresponde y se estructura en función del imputado.

2. LA DEFENSA TECNICA

La misma puede ser ejercida por: a) El defensor particular o de confianza; b) el defensor oficial y, c) personalmente. En este aspecto, hay total concordancia con la mayoría de los códigos modernos que, a diferencia de los de antiguo linaje que privilegiaban el tercer aspecto, convierte en regla la asistencia profesional y en excepcional la autodefensa. Las razones de esto ya han sido suficientemente

explicitadas, pero no cabe duda de que el contar con el aporte de un idóneo resulta, dentro de la actual configuración de la cuestión, un requisito insoslayable para la plena operatividad de la garantía.

Tanto las complejidades jurídicas del proceso y de la dogmática como las situaciones de tensión propias de quien se encuentra involucrado en una causa de esta naturaleza, hacen aconsejable y aun obligan a la intervención del defensor y del consecuente ejercicio de los actos de defensa técnica.

Ya hemos analizado que esta defensa técnica se concreta en la asistencia o asesoramiento del imputado y en representación o actuación judicial en favor de los intereses confiados.

A) Manifestaciones de asistencia

El Código introduce importantes adiciones relativas a los aspectos de la función de asistencia, los que implican tanto el acatamiento del espíritu del pacto de San José de Costa Rica como una novedad respecto de la legislación anterior. Este es el que concierne a la *entrevista previa* a la declaración indagatoria que pueden mantener defensor y defendido.

El artículo 197 establece que: "...el defensor podrá entrevistarse con su asistido" con anterioridad a los actos a que se alude en los artículos 184 (sumario policial) y 294 (declaración indagatoria), es decir, aquellos que aparecen como los básicos del ejercicio de la defensa material. La novedad e importancia del precepto refiere a los supuestos de incomunicación, ya que dentro de aquellos supuestos en que el imputado está en libertad o detenido y comunicado, resulta evidente que un defensor diligente mantendrá contacto para asesorar a su defendido. Pero es el caso que el artículo 205, tercer párrafo, reza:

"En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comunique con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal", pudiendo enumerarse como tales los careos, la reconstrucción del hecho, el reconocimiento de documentos, la realización de un cuerpo de escritura y todos aquellos que impliquen una disposición voluntaria y activa del sujeto.

Los preceptos aludidos permiten afirmar dos aspectos relevantes, a saber: que se potencia el sentido de acto de defensa de la declaración y demás mani-

festaciones personales del imputado, y se otorga la debida importancia a la actividad de asistencia profesional. Al respecto debemos recordar que si bien lo indicado había sido unánimemente sentado por la doctrina desde tiempo atrás, las prácticas judiciales distaban de adaptarse a ello. Sobre la base de legislaciones que consagraban, casi como regla, la absoluta incomunicación del imputado, se impedía todo contacto con el defensor, limitado a ser tan sólo un testigo del acto sin intervención de ningún género. Paralelamente, la indagatoria (su propia denominación denuncia a las claras la progenie inquisitiva) era entendida como un medio probatorio, buscándose la admisión de la atribución por parte del declarante, lo que se agudizaba en los casos de declaraciones ante las autoridades policiales¹⁸⁹.

Los muchos abusos y aun graves violaciones contra la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo y de la prohibición de tormentos y tratos intimidatorios o degradantes, ha ido paulatinamente llevando a modificaciones legales, en algunos casos impulsadas por fallos jurisprudenciales, que tanto quitan valor o impiden declaraciones en sede prevencional y/o exigen en todos los supuestos la presencia del defensor, como ocurre en el Código de Córdoba.

Al mismo tiempo, el precepto del digesto nacional reconoce la dignidad e importancia de la función del abogado que, de ningún modo, puede ser tenido como un obstáculo para la debida investigación de los hechos y, en cambio, sí como un necesario asistente del imputado, a quien puede aconsejar válidamente antes del acto.

Es obvio que tal tarea de consejo resulta normal cuando el imputado se encuentra en libertad, siendo ésta una de las manifestaciones fundamentales de la labor de la abogacía en cuanto aparece como consejo técnico, lo que por cierto no se limita a los momentos iniciales sino que se mantiene, y con frecuencia se intensifica, ante el suceder de las tramitaciones, cobrando especial relevancia al momento de arribarse a la etapa del juicio.

Lo dicho adquiere especial relevancia toda vez que, por lo común, la doctrina procesal acentúa en su tratamiento todo lo concerniente a las actividades técnicas

¹⁸⁹ Al respecto, es ampliamente ilustrativo el voto del juez Warren en "Miranda vs. Arizona" (384 US 436-1966), que puede consultarse en: MILLER, Jonathan; GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 430. Similares planteos pueden leerse en los fallos "Montenegro" y "Francomano" de la Corte nacional (ob. cit., ps. 416 y 425).

de representación, ya que la preceptiva refiere a ello. Pero es evidente que tal representación carecerá de la necesaria solidez de cimientos si no se asienta sobre la de asistencia, ya que el conocimiento de hechos, las particularidades del caso, y las líneas probatorias y argumentativas irán surgiendo de los datos suministrados por el propio imputado, quien es, obviamente, quien más sabe de lo acontecido.

B) Funciones de representación

Pasando ahora a los actos de representación, es posible señalar como los más relevantes dentro de la relación procesal a los siguientes:

a) *Los vinculados con la libertad del imputado.* Al respecto es preciso distinguir entre la situación en la que el imputado toma conocimiento de la imputación encontrándose en libertad de aquellos en que se encuentra privado de la misma; en el primer supuesto, la actividad del abogado debe dirigirse a asegurar el mantenimiento de la libertad ambulatoria, lo que efectuará mediante el instituto de la *exención de prisión* que tiende, precisamente, a evitar el encarcelamiento. El Código lo consagra en el artículo 316, manteniendo lo que se encontraba en el digesto anteriormente vigente como artículo 376 bajo la denominación de “*eximición de prisión*” y que fuera introducido como importante novedad dentro del procedimiento penal federal por la ley 20.516 de 1973¹⁹⁰.

A diferencia de la excarcelación, la exención de prisión ocurre antes de que se haya producido una detención, tendiendo precisamente a evitarla. La importancia del instituto incorporado por la ley 20.516 radicó en la modificación de una situación extremadamente gravosa que implicaba la regla de que quien era convocado al proceso penal lo hacía inexorablemente en estado de detención, lo que había sido modificado por los códigos provinciales adelantados mediante el instituto de la citación, pero que hasta la fecha indicada no se daba dentro del digesto federal que, al respecto y como en tantos otros aspectos, se mantenía fiel a las características inquisitivas que lo definían.

Si bien el incidente de exención de prisión puede ser presentado por el propio imputado, lo habitual es que se promueva a través de un abogado, que no necesita legitimación a través de una previa designación, ya que el artículo 316 habla de la interposición “por sí o por terceros”. Para que proceda es preciso que la

¹⁹⁰ LEDESMA, Guillermo, *Eximición de prisión y excarcelación*, Platero, Buenos Aires, 1975.

petición se funde en la existencia de una imputación ya existente “en causa penal determinada”, es decir ya iniciada o, teniendo en cuenta la amplitud de la regulación¹⁹¹, aun ante la posibilidad de la imputación. Si se desconoce el juez de la causa, puede radicarse la solicitud ante el magistrado en turno, que la remitirá al que corresponda. Como ya se señaló, el imputado debe encontrarse en libertad y sin que se haya dictado en su contra auto de prisión preventiva.

Presentado el incidente y llegado al juez competente, éste deberá hacer la calificación legal de los hechos atribuidos y conforme a las pautas objetivas en orden a la gravedad del delito imputado y/o al pronóstico de condena (lo que analizaremos al tratar de la excarcelación) determinará la procedencia, resolviendo mediante auto y, en caso afirmativo, disponiendo la libertad provisional bajo la caución que entienda corresponda, librándose luego el acta respectiva.

En los supuestos en los que el justiciable se encuentra detenido, el instituto que opera es el de la *excarcelación*, regulado en el artículo 317 concordante con el anterior, y que es el medio para la obtención de la libertad provisional, es decir, para recuperar la libertad ambulatoria cuando el imputado ha sido previamente privado de ella por una medida cautelar.

La progenie del instituto es de más antigua data que el de la exención de prisión y con diferentes modalidades se encuentra presente en todos los códigos procesales, apareciendo como el primer medio para impedir, en casos determinados, que el imputado permanezca privado de su libertad durante la tramitación procesal. Como se sabe, la cuestión del encarcelamiento preventivo es una de las más delicadas dentro de la política procesal. La práctica inquisitiva de hacer de tal instituto la regla, extendida por todo el ámbito latinoamericano¹⁹², fue en su momento denunciada como un verdadero abuso, que de hecho, a través de este verdadero anticipo punitivo, contrario al estado jurídico de inocencia y a la prohibición de condena sin juicio previo, implicaba la utilización del proceso como un medio formal de control social. Paulatinamente, el reconocimiento del derecho a la libertad durante la tramitación, fue abriéndose paso a través de una hermenéutica constitucional y del trabajo doctrinario¹⁹³ que denunció abusos, con-

¹⁹¹ DONNA, Edgardo y MAIZA, María Cecilia, *Código Procesal Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 365.

¹⁹² CARRANZA y otros, *El preso sin condena...* cit.

¹⁹³ PESSOA, Nelson, *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

tradiciones lógicas y legales y, poco a poco, cimentó el criterio de que la libertad procesal es la regla y el encarcelamiento preventivo la excepción.

Al mismo tiempo, no puede desconocerse que en la realidad se dan supuestos en que las medidas asegurativas personales aparecen como una exigencia para la efectividad de la investigación y para la imposición de la eventual sanción, lo que explica que en un primer momento de la actividad persecutoria se haga necesaria la privación cautelar de libertad, la que debe cesar cuando se modifican las situaciones que la exigen. De igual modo, en la medida en que el Derecho Penal estructure su sistema sancionatorio de modo casi exclusivo sobre la pena de prisión, es también evidente que la imposición de la misma lleva a la necesidad de la cautela¹⁹⁴.

En consecuencia, nos encontramos ante medidas cautelares de índole coercitiva que aparecen como restricciones más o menos graves a derechos personales del imputado, impuestas para asegurar los fines del proceso y la actuación de la ley sustantiva. Obviamente, elementales razones llevan a insistir que deben guardar proporcionalidad respecto de lo que se pretende asegurar y no ser jamás más gravosas que la eventual sanción que pudiere corresponder, criterio que se encuentra presente en la regulación de diferentes supuestos del digesto. Otros caracteres definitorios de estas medidas son los de tener una finalidad instrumental, justificarse como necesarias en el caso concreto, encontrarse legalmente limitadas y de interpretación restrictiva.

El Código Nacional establece que la excarcelación será procedente cuando, según la calificación legal, la pena abstractamente conminada en el delito imputado no supere un máximo de ocho años o bien si se estima, en principio, que será procedente una condena de ejecución condicional (arts. 317, inc. 1º, y 316, segundo párrafo, C. P. P. N., y 26, C. P.).

En realidad, este último criterio es el mayoritariamente aceptado doctrinaria y legalmente como base del instituto de la libertad provisional, toda vez que por los motivos expuestos respecto de la justificación y características de las medidas cautelares, resulta lógico que aquel que no sufrirá una privación efectiva de libertad tampoco deberá ser constreñido con detención.

Entre los supuestos de procedencia excarcelatoria el Código regula situaciones

¹⁹⁴ VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Las medidas cautelares en el proceso penal*, en *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires*, 1991, vol. II, Nº 3, p. 209.

que otros digestos ubican dentro de la denominación más correcta de casos de *cesación de prisión*¹⁹⁵. Así, en el inciso 2° del artículo 317 se habla de que la excarcelación podrá concederse “cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo previsto...” en la ley sustantiva para el o los delitos atribuidos.

El sentido de la disposición surge de sí mismo, ya que resultaría absurdo que la cautela sobrepasase aquello que asegura y que una medida preventiva se extendiese más allá del tiempo fijado en la respectiva sanción punitiva de la ley sustantiva. Por otro lado, de acuerdo con la misma ley sustantiva (art. 270, C. P.) la hipótesis señalada convertiría la prisión preventiva en ilegal, por lo que, aun en ausencia de pedido de parte, corresponde la inmediata soltura de oficio¹⁹⁶.

Debe advertirse que la norma en análisis evidencia uno de los más graves problemas de nuestra justicia punitiva, cual es el de la desmesurada duración de los procedimientos. La sola posibilidad —a lo que el precepto alude de manera expresa— de que un justiciable agote en detención provisional el máximo de la pena que corresponde al hecho atribuido, implica de por sí un escándalo sin justificación alguna.

El tercer inciso provoca mayores perplejidades, ya que alude a que la excarcelación (debiera decirse la cesación de la prisión) procederá “cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, que a primera vista resultare adecuada”. Al respecto bien observa D’Albora que recién habrá requerimiento fiscal de pena cuando el representante del Ministerio Público concrete su pretensión punitiva en el momento final del debate, es decir, al exponer sus conclusiones¹⁹⁷, por lo que la operatividad es reducida. Pareciera que el precepto tendría mucho más sentido en el anterior régimen escrito, cuando el plenario se hacía sobre la base de la pieza acusatoria fiscal en el que éste ya solicitaba la pena. Pero cabe interpretar la disposición también para el supuesto en el que el título jurídico por el que la fiscalía requiere el juicio difiere del que impidió anteriormente la excarcelación y de acuerdo con las pautas objetivas del inciso 1° o con la estimación del inciso 5° permitan la soltura.

¹⁹⁵ OLAZABAL, Julio de, *La libertad del imputado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992.

¹⁹⁶ CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Procedencia de la excarcelación por el tiempo de prisión preventiva sufrida aun a falta de disposición legal expresa*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1980-III-381.

¹⁹⁷ D’ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 309.

El inciso 4° contempla la situación en la cual, de acuerdo con el pronunciamiento condenatorio, el justiciable haya cumplido la pena, pero la sentencia ha sido impugnada. La norma es atinada, ya que el artículo 442 del Código Procesal Penal de la Nación establece la regla del efecto suspensivo derivado de la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios, por lo que el precepto en consideración sería una de las excepciones. Pero al mismo tiempo debe tenerse en cuenta que dentro de la sistemática inherente al sistema mixto, la sentencia pronunciada por el tribunal colegiado lo es de única instancia, no susceptible de apelación y sólo revisable por la vía extraordinaria de la casación y/o del recurso de inconstitucionalidad, por lo que la norma en análisis resulta coherente.

El último inciso considera el supuesto de que el tiempo transcurrido en privación cautelar de libertad es suficiente, de acuerdo con la imputación, para la obtención de la libertad condicional en caso de condena, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Código Procesal. Las razones de la norma son de la misma índole que las ya estudiadas respecto de que de ningún modo la situación de quien se encuentra enjuiciado puede ser más gravosa de la que resultaría de una condena.

Respecto del *trámite* tanto la exención de prisión como la excarcelación se interponen mediante escrito del que se corre traslado al fiscal a través de un incidente, en el que el juez o tribunal competente dicta resolución, siendo la emanada del juez de instrucción recurrible en apelación por la defensa y por el fiscal, generándose en tal caso un trámite de segunda instancia ante la Cámara de Apelaciones que corresponda.

b) *Suspensión del proceso*. Corresponde mencionar que, a través de la sanción de la ley 24.316, se ha incorporado la institución de la *probation*¹⁹⁸. La misma, incorporada al Código Penal (aunque su naturaleza y función es eminentemente procesal) a través de los artículos 76 bis, ter y quater, dispone que el imputado de un delito de acción pública con pena cuyo máximo no exceda de tres años de prisión, *podrá solicitar la suspensión del juicio*, por el plazo que fije el tribunal (de uno a tres años); una vez transcurrido el mismo y habiendo el justiciable cumplido con los compromisos contraídos (reparación del daño, reglas de conducta y no comisión de nuevos delitos), *se extinguirá la acción*.

El instituto, aunque con una regulación que puede merecer críticas, aparece

¹⁹⁸ OLAZABAL, Julio de, *Suspensión del proceso a prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

como un verdadero progreso dentro de nuestra legislación punitiva, ubicándose dentro de los medios para eliminar procedimientos innecesarios y buscando alternativas de prevención diferentes de las tradicionales; en el caso, se evita el pronunciamiento y las incidencias procedimentales que conducen al mismo. De tal modo, no sólo se elimina un gravamen para el imputado sino que se descarga a los tribunales de causas menores que, por lo común, son las existentes en mayor número.

c) *Actividad probatoria*. Es indudable que el proceso penal entero puede ser entendido como un conjunto de procedimientos tendientes a la determinación de la verdad, aun entendiendo tan venerable término con la máxima prudencia y con plena conciencia de su relatividad. Pero nadie discute que toda relación procesal se integra, como actividades específicas de sus integrantes, con actos de postulación, acreditación, alegación y decisión. En tal esquema constituyente del fenómeno proceso –ha sido afirmado como hecho básico en el caso de la materia penal– un suceso de apariencia delictiva, deberá ser comprobado en todos sus extremos, al igual que la autoría del mismo y la consecuente responsabilidad que corresponda.

A partir de la noticia del delito que, llegada a los órganos competentes, habilitará la promoción de la acción penal y, de haber mérito, a su posterior y progresivo desenvolvimiento, se concretará una actividad investigativa propia y específica del proceso penal, sobre cuya base y luego de la discusión, se arribará al pronunciamiento conclusivo que efectuará, según corresponda, un juicio afirmativo o negativo sobre la responsabilidad del imputado.

De ahí que todo lo que concierna a la determinación del hecho y su autor, sus características y particularidades, adquiere una importancia fundamental. Por eso puede afirmarse que la cuestión probatoria es una de las materias preponderantes dentro del proceso penal y que todo lo que refiere a las características de los diferentes medios, los modos de incorporación y la valoración definen temas de capital importancia¹⁹⁹.

Dada la oficialidad de la acción pública, a quien concierne la determinación de los extremos fácticos de la imputación es al Ministerio Público que, como titular de dicha acción, sostendrá su demanda de justicia sobre la base de los

¹⁹⁹ JAUCHEN, Eduardo, *La prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992. En el libro citado obra la pertinente bibliografía sobre el tema.

elementos colectados durante la pertinente investigación. No es al imputado a quien corresponde probar su inocencia sino a la acusación la culpabilidad.

El sistema mixto divide el proceso en dos etapas netamente diferenciadas, con características diversas y asentadas sobre principios derivados de antecedentes disímiles²⁰⁰. La primera tiende, precisamente, a obtener las bases para la posterior acusación. El Código vigente optó por el método tradicional de la denominada “instrucción formal”, a cargo de un juez de instrucción, dotado de amplias facultades discrecionales en lo que respecta a la dirección de los procedimientos y la incorporación probatoria.

Lo señalado lleva a destacar que durante la etapa preparatoria el diseño e introducción probatoria corren fundamentalmente a cargo del instructor, siendo la actividad de las partes más reducida.

El artículo 193 define la finalidad general de la instrucción, que en lo básico atañe a la comprobación del hecho delictuoso y a la individualización de los autores, que se engloban bajo el objetivo del *descubrimiento de la verdad*, tarea que el artículo 194 confía al juez de instrucción. Sin perjuicio de ello, el artículo 199 otorga a las partes la facultad de *proponer diligencias*; como ya se vio, ello puede ser hecho de modo personal por el propio imputado, pero es evidente que el defensor, en su tarea de representación técnica, será quien por lo común aporte elementos conducentes a mejorar la posición del justiciable.

A este respecto conviene insistir en que puede ser en extremo relevante la actividad probatoria desarrollada por la defensa durante la etapa instructoria, tanto intentando un pronunciamiento desincriminatorio o, cuando ello no fuera posible, fortaleciendo la situación del imputado para la posterior etapa del juicio.

Al margen de lo indicado, es también de importancia lo atinente al control de la prueba producida durante la instrucción. El artículo 200 sienta la regla de que los defensores tienen derecho a asistir a toda diligencia definitiva e irreproducible, tales como registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones de hecho, pericias e inspecciones, debiendo ser notificados (art. 201). Fuera de estos supuestos y durante la tramitación instructoria, los defensores pueden asistir a las diferentes diligencias.

Pero es durante la etapa del juicio cuando la defensa adquiere un protagonismo que también refiere a la actividad probatoria.

²⁰⁰ VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, t. I.

Al producirse la citación a juicio del artículo 354 las partes examinarán las actuaciones y ofrecerán las pruebas, dentro del plazo improrrogable de diez días; el siguiente precepto regula sobre tal ofrecimiento.

La decisión sobre la prueba que se introducirá al debate es una tarea eminentemente técnica que el defensor realizará según las características del caso y conforme tanto con los elementos ya obrantes como con aquellos de los que tomó conocimiento por su propia actividad o por los datos suministrados por su defendido.

Por último señalemos que el Código trata de todo lo relativo a los medios de prueba en el Título III del Libro II.

d) *Alegaciones y peticiones.* La defensa técnica, en su manifestación de representación, encuentra sus expresiones más nítidas en las presentaciones, escritas u orales, en que concreta y fundamenta posiciones respecto de la situación de su defendido. Ya hemos considerado las atinentes a la libertad del imputado y ahora atenderemos a las que hacen a la situación básica del justiciable respecto de la atribución delictiva.

En tal aspecto, podemos mencionar la *petición de sobreseimiento*.

Como se sabe, el sobreseimiento es una resolución que impide, provisoria o definitivamente, la prosecución del proceso, desincriminando al imputado. El Código vigente eliminó de su preceptiva el sobreseimiento provisional, apareciendo únicamente el definitivo, regulado en el artículo 335. En consecuencia, sus efectos operan como un cierre definitivo e irrevocable del proceso respecto de la persona y por el delito que se dicta, haciendo cosa juzgada al respecto.

El sobreseimiento dentro de un proceso puede ser parcial en relación a distintos imputados, continuando la causa para quienes no son sobreseídos, o bien respecto de determinadas imputaciones. Es total cuando corresponde a todas las imputaciones y a todos los sujetos.

Según el artículo 336 procede cuando la acción se ha extinguido, cuando el hecho no existió, cuando no obstante haber existido no encuadra dentro de una figura penal vigente, cuando el hecho no ha sido cometido por el imputado y cuando se dan causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o excusas absolutorias.

Es decir que el sobreseimiento puede darse por situaciones de mérito o bien

por faltar o haberse extinguido la acción, conectándose la cuestión con el tema de las excepciones.

Para que pueda plantearse el sobreseimiento es preciso que el imputado haya sido indagado, ya que si el instructor considera que no se ha arribado al estado de sospecha que justifica la convocatoria para ese acto el estado jurídico de inocencia no ha sido cuestionado en manera alguna y la presunta atribución delictiva no ha sido concretada en una imputación formal ni definida de manera alguna, lo que imposibilita un pronunciamiento desincriminante sencillamente porque no ha habido incriminación.

Se ha discutido cuál es el grado de conocimiento judicial que se requiere para el dictado de este pronunciamiento desincriminante que pone fin al proceso de un modo que podríamos calificar como anticipado. Otros digestos regulan expresamente la cuestión hablando de que el sobreseimiento procederá cuando fuere *evidente* la existencia de alguna de las causales que enumeran, mención que no efectúa el Código que nos ocupa. Pero de acuerdo con criterios que rigen el desenvolvimiento procesal debemos entender que, para que el instituto opere, los supuestos legales de procedencia deben lucir notorios y hacer innecesaria la ulterior y más profunda instancia del juicio. Se sobresee porque se entiende como innecesaria la discusión propia del juicio y porque resultaría un dispendio inútil la realización del debate oral cuando está perfectamente en claro que, inevitablemente, se llegará a una decisión absolutoria.

De acuerdo con lo señalado es obvio que para el defensor la obtención de un dictado jurisdiccional de sobreseimiento es, por regla, una de las posibilidades más favorables para la situación del justiciable, la que deberá intentar, fundadamente, cuando crea que de acuerdo con los elementos de juicio obrantes el mismo es procedente.

Según las circunstancias, los momentos de interposición del pedido de sobreseimiento varían de acuerdo con la existencia clara de elementos defensivos. Según el artículo 334 el referido pronunciamiento puede dictarse *en cualquier estado de la instrucción*, lo que resulta lógico porque el efecto procesal del instituto es el de hacer innecesaria la etapa del juicio, lo que lleva a que si durante el debate se acreditan algunos de los motivos para sobreseer lo que corresponderá será la absolución. La excepción a esta regla está dada por el inciso 1º del artículo 336, ya que la extinción de la acción, ya fuere por prescripción, amnistía o muerte

del imputado, suspende la prosecución de la causa aun cuando la misma se encuentre transitando la etapa del juicio.

Así mismo, el Código disciplina una *etapa intermedia* que la doctrina denomina como de crítica instructoria. Dentro de los plazos legales y cuando el instructor haya dispuesto el procesamiento del imputado y estime concluida la investigación, correrá vista a las partes acusadoras para que expidan sobre el mérito de la instrucción formulando, en su caso, acusación (arts. 346 y 347, C. P. P. N.) En el supuesto de que el fiscal requiera elevación a juicio, el pertinente escrito será notificado al defensor, quien podrá deducir excepciones y/o petitionar el sobreseimiento, sobre lo que resolverá el juez de instrucción.

Respecto de la defensa, el auto de sobreseimiento es apelable cuando se discrepe respecto al orden y procedencia de la causal invocada o cuando se imponga al imputado una medida de seguridad.

Por último debe señalarse, abonando lo indicado con anterioridad respecto a la importancia del sobreseimiento para el justiciable, que cuando el sobreseimiento se dicta acogiendo las causales de inexistencia de delito o de responsabilidad en el mismo por parte del imputado, se hará con la declaración expresa de que *el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado* (art. 336 *in fine*)²⁰¹.

Pero es indudable que el papel protagónico del defensor se da en *la etapa del juicio* y dentro de ella y de modo concreto en la *formulación de conclusiones*.

Si bien se ha destacado que la labor defensiva es de notoria importancia desde el mismo inicio de una causa penal, no puede desconocerse que será durante el juicio cuando las partes cobren su pleno protagonismo y a través de sus intervenciones, tanto en el control de la prueba, con especial mención al interrogatorio de peritos y testigos, como en sus alegaciones, desplegarán sus máximos esfuerzos y capacidades para definir la suerte de la litis. Y en este sentido, el juicio oral es el auténtico escenario para el desarrollo del drama judicial y la verdadera prueba de fuego para los profesionales que en él intervienen²⁰².

²⁰¹ VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Protección jurídica del honor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, Cap. XVI.

²⁰² Dice D'Albora (ob. cit., p. 396) que la audiencia de debate y, en particular, la formulación de conclusiones "constituye el momento culminante de la contradicción plena y procura el análisis tanto de la prueba recogida como de los corolarios de contenido jurídico".

Ello es tan así que con frecuencia ocurre dentro de la práctica forense que para debates de importancia se recurra a especialistas de reconocida solvencia, quienes intervienen dentro del proceso recién en el momento del juicio. Es que será allí cuando el análisis de los hechos, la capacidad de advertir y destacar los aspectos relevantes, de extraer de las constancias obrantes los puntos de mayor significación y de encuadrar lo fáctico dentro de los elementos jurídicos, efectuando el estudio dogmático del caso, revelarán al especialista y, más allá de los resultados finales, evidenciarán el grado de responsabilidad y preparación para el cumplimiento de la delicada misión encomendada.

El Código de la Nación, fiel a la estructura del sistema mixto incorporado en Iberoamérica a partir del Código de Córdoba de 1939, consagra como instancia fundamental el juicio oral, público, concentrado y con intermediación probatoria, ante un tribunal colegiado integrado por tres jueces técnicos, presidido por uno de ellos²⁰³. La cuestión se encuentra regulada en el Libro III del digesto y abarca los actos preliminares y el debate. La asistencia del defensor, al igual que la del fiscal, es obligatoria, por lo que estos sujetos aparecen como esenciales.

Terminada la recepción de las pruebas, el presidente del tribunal concederá la palabra a las partes, comenzando por las actoras, a los efectos de que aleguen y produzcan sus acusaciones y defensas (art. 393, C. P. P. N.). Es de observar que en esa intervención el fiscal concretará su pretensión punitiva, solicitando –en su caso– concreta imposición de pena al imputado, por lo que la postura acusadora y acusatoria se definirá cabalmente, lo que tiene la mayor incidencia para la posición y consecuente respuesta que a continuación producirá el defensor²⁰⁴.

En esta alegación final, en la que se analizará el mérito de la prueba, las características del hecho, los elementos del tipo y demás aspectos relevantes, el defensor responderá las piezas acusatorias y sostendrá lo que, conforme a los

²⁰³ En considerable medida, el sentido del juicio como expresión del sistema acusatorio queda resentido en el digesto que nos ocupa por la preponderancia (de raíz inquisitiva) del tribunal, que lleva a que, de hecho, el mismo tenga un protagonismo superior al de las partes. La posibilidad de interrogar a peritos e intérpretes debiera ser de índole supletoria y, en todo caso, producirse luego de que la fiscalía y la defensa agotaran sus preguntas.

²⁰⁴ Entre nosotros, Julio Maier ha insistido en la idea de introducir lo que se denomina como “cesura del juicio”, dividiendo el debate en una zona correspondiente al hecho y su autoría y, de resultar el imputado responsable, otra en la que se analice lo pertinente a la concreta sanción punitiva que, conforme a las características del delito y antecedentes del autor, corresponda.

elementos del caso, resulte lo más conveniente para su representado quien tiene, finalmente, la última palabra.

Otras peticiones. Por supuesto que las intervenciones consideradas son las más importantes, pero es evidente que la tarea representativa en orden no se agota en lo tratado. Resulta imposible hacer una lista exhaustiva, ya que las circunstancias variarán de caso en caso, pero lo cierto es que la función de representación implica, preponderantemente, tareas de alegación sobre diferentes aspectos y de solicitudes al tribunal, todas tendientes al logro del mejoramiento de la situación del imputado dentro de la causa y con el objetivo final de un pronunciamiento absolutorio o bien –cuando el mismo resulte imposible– de una condena en las condiciones más favorables.

De igual modo, no debe olvidarse todo lo atinente a la tramitación civil en los supuestos en que interviene un actor civil ejerciendo una pretensión resarcitoria.

e) *Interposición, sostenimiento y fundamentación de recursos.* Es sabido que los recursos son los medios impugnativos, de naturaleza procesal, expresamente previstos en la ley, mediante los cuales las partes cuestionan por razones de mérito y/o forma un pronunciamiento jurisdiccional que les ocasiona un gravamen o perjuicio, peticionando ante el mismo órgano que lo dictó o ante otro de grado superior, se modifique o prive de efectos la decisión atacada.

Los recursos, también conocidos como remedios, son procedimientos de índole técnica, sujetos a condiciones de procedencia que los disciplinan de un modo estricto, fijando las condiciones de tiempo y modo en que pueden ser interpuestos, a quiénes y en qué casos corresponden, y cuáles son sus requisitos formales y sustanciales y efectos.

Los recursos proceden contra resoluciones judiciales (proveídos o decretos, autos y sentencias) y corresponden a la parte legitimada para interponerlo en la medida en que el decisorio le ocasione un perjuicio o gravamen, a fin de que el mismo sea modificado o dejado sin efecto.

El Código los disciplina en el Libro IV, tratando inicialmente de la generalidad de la cuestión y sentando en el artículo 432 la regla de que “las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley”, lo que corresponde a los principios de taxatividad y formalidad de estos medios, concordante con el artículo 438 que exige el cumplimiento de requisitos de tiempo y forma, bajo sanción de inadmisibilidad.

Entrando en la consideración de los recursos en particular, el digesto considera en primer lugar el de *reposición*, también conocido como revocatoria (art. 446) que procede contra resoluciones dictadas sin sustanciación, esto es, sin previo trámite contradictorio de la cuestión que, por lo general, son proveídos. Se interpone y funda ante el propio órgano que dictó la resolución a los fines de que éste examine nuevamente lo decidido. Así mismo, este recurso es el único que procede durante la etapa del juicio (art. 440).

El recurso de *apelación*, propio del trámite escrito y de una organización jerárquica de la Justicia, ha sido limitado en el Código vigente a los supuestos específicamente contemplados en el artículo 449, los que excluyen la sentencia, que en el anterior digesto era impugnabile por este medio, haciendo habitual el procedimiento de segunda instancia, ahora reducido a los autos dictados por el juez de instrucción.

La apelación se interpone ante el juez que dictó la resolución y concedido el recurso se emplazará a las partes a que comparezcan ante la alzada a los efectos de mantenerlo (art. 451); si dentro del término del emplazamiento no comparece el apelante, se declarará desierto el recurso. Si el recurso es mantenido, se fijará audiencia a los efectos de informar, lo que podrá efectuarse mediante escrito o bien de modo oral.

Respecto de las sentencias dictadas por el tribunal de juicio oral de única instancia, las mismas, por definición, no son cuestionables por la vía de la apelación sino a través de la *casación*.

Este particular recurso, que remonta sus orígenes al Derecho francés y que en materia penal llega a nuestro país de acuerdo con el modelo italiano seguido por los proyectistas del Código de Córdoba de 1939²⁰⁵ tiene la particularidad de, a diferencia del de apelación, versar exclusivamente sobre la interpretación y aplicación del Derecho, tomando como inalterable la plataforma fáctica fijada por la decisión del tribunal de juicio oral.

De igual modo, aparece como un medio impugnativo específico, acotado a supuestos determinados y en alguna medida excepcionales, cuales son los relativos a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva en el caso concreto

²⁰⁵ DE LA RUA, Fernando, *El recurso de casación*, Zavalía, Buenos Aires, 1968; del mismo autor, *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

o por inobservancia de las normas fundamentales de los procedimientos legales (art. 456).

Al respecto debe señalarse que la introducción en el ámbito nacional del juicio oral, vigente en la casi totalidad de las provincias, produjo un cambio en el modo normal de la tramitación de las causas que, dentro del anterior digesto, transitaban casi inevitablemente la doble instancia a través del empleo sistemático del recurso de apelación contra las sentencias, hoy desaparecido.

El recurso de casación será interpuesto ante el tribunal que dictó la resolución mediante escrito de letrado en el que se expondrán fundadamente los motivos, lo que se encuentra dispuesto en el artículo 463. Si el recurso es concedido, se emplazará a los interesados y se elevarán las actuaciones al Tribunal de Casación ante el cual deberán mantenerlo y ampliarlo a través del procedimiento establecido en los artículos 464 a 468.

Es de advertir que el recurso de casación redujo también el recurso extraordinario federal por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación establecido en el artículo 14 de la ley 48 toda vez que, por un lado, algunas de las materias propias del mencionado remedio han sido abarcadas por la casación; por otro, las cuestiones de hecho han sido casi excluidas por la mecánica del juicio oral, y, por último, puede pensarse que por el principio de superior tribunal y de agotar la vía prevista, antes de llegar a la Corte es preciso agotar previamente la casación²⁰⁶.

De todas maneras es obvio que el tema al que aludimos es de extrema complejidad y exige análisis sistemáticos específicos que exceden los niveles de este trabajo. Lo que sí debe tenerse en claro es que todo lo relativo a la interposición y mantenimiento de los recursos es una tarea de suma importancia en la labor del defensor. El determinar los casos en que corresponde plantearlos es una cuestión discrecional, cuyos elementos responden a las circunstancias de cada situación, evaluando las alternativas. Pero de lo que no puede dudarse es de la exigencia de fundamentación jurídica de las impugnaciones, las que por lo general implican el análisis más amplio y profundo de los puntos considerados.

²⁰⁶ Sobre la jurisprudencia de la Corte en relación a las garantías constitucionales de directa operatividad en el proceso penal puede consultarse: MILLER, GELLI y CAYUSO, ob. cit. en nota 189.

3. EL NUMERO DE DEFENSORES

Al igual que otros códigos provinciales, el *digesto* nacional limita el número de defensores de confianza a dos. El artículo 105 establece que “el imputado no podrá ser defendido simultáneamente por más de dos abogados”. La norma es de dudosa constitucionalidad y aunque ha sido defendida teóricamente por razones de orden procesal²⁰⁷, realmente no encuentra justificación, toda vez que cualquiera sea el número de los profesionales intervinientes pueden con facilidad establecerse mecanismos de unificación en cuanto a notificaciones y actuaciones que de ningún modo compliquen el trámite.

En causas complejas puede ser aconsejable la presencia de varios profesionales, lo que se acentúa en aquellos supuestos en los cuales quienes actuaron durante la etapa instructoria recurren luego al aporte de otros abogados para el desempeño en el debate oral.

Respecto del número de imputados que pueden ser simultáneamente defendidos por un mismo abogado, no existe limitación alguna, salvo los supuestos de incompatibilidad (art. 109). Esta misma hipótesis evidencia que en caso de una defensa común numerosa resultaría de todo punto de vista conveniente, aun por razones funcionales y de buen desempeño profesional, que actuaran más de dos defensores. Para comprender lo señalado, baste pensar en una causa en que los defendidos son varios y donde se suceden las declaraciones indagatorias, los careos, reconstrucciones del hecho, audiencias testimoniales, etcétera, que hacen materialmente imposible que sólo dos abogados puedan asistir a todos esos actos y, simultáneamente, estudiar el caso y ocuparse de los restantes.

El Código establece la regla de que una vez aceptado el cargo el ejercicio de la defensa es obligatorio para el abogado, lo que significa –dada la importancia del ministerio– la responsabilidad derivada de su actuación profesional. Así mismo, la segunda parte del precepto pareciera dirigirse a contemplar supuestos de designación oficial, a los que ya hemos hecho referencia al considerar los modos de implementar la defensa de oficio.

El artículo 111 establece la posibilidad de que el abogado defensor designado pueda, en casos de necesidad derivados de impedimentos, acudir a abogados

²⁰⁷ Así D'ALBORA, ob. cit., p. 121, quien señala que “se procura evitar entorpecimientos y dilaciones en el trámite...”

sustitutos, con consentimiento del imputado, regla que confirma lo que se ha señalado respecto a que sería más conveniente eliminar la limitación del número de defensores.

Por último, habida cuenta de que la designación de defensor de confianza es un derecho del imputado, éste puede modificar tal designación las veces que lo crea conveniente, sin perjuicio de la continuidad del trámite; tal facultad no se encuentra obstaculizada por la circunstancia de que haya intervenido el defensor oficial.

BIBLIOGRAFIA

- AFTALION, Enrique; GARCIA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.
- ALCALA ZAMORA y CASTILLO, Niceto y LEVENE (h), Ricardo, *Derecho Procesal Penal*, Kraft, Buenos Aires, 1945.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989.
- AYAN, Manuel N., *Recursos en materia penal*, Lerner, Córdoba, 1985.
- BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1984.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Teoría del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, trad. de la 3ª ed. alemana por Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BECCARIA, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de Cesáreo Bernaldo de Quirós, José M. Cajica, Puebla, México, 1957.
- BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Roberto Goldschmidt y Ricardo Núñez, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1943.
- BERGALLI, Roberto, *Estado democrático y cuestión judicial*, Buenos Aires, 1984.
- BERGALLI, Roberto y BUSTOS, Juan (directores), *El poder penal del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

- BERISTAIN, Antonio, *El delincuente en la democracia*, Universidad, Buenos Aires, 1985.
- BERTOLINO, Pedro, *El debido proceso penal*, Platense, La Plata, 1986.
- *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, trad. de F. Gutiérrez Alviz, Bosch, Barcelona, 1977.
- BIDART CAMPOS, Germán José, *Doctrina del Estado democrático*, Ejea, Buenos Aires, 1961.
- BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1954.
- *La abogacía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Valdés, Eudeba, Buenos Aires, 1965.
- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, trad. de Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.
- BRAMONTARIAS, Luis, *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Librería Mundial, Lima, 1950.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Cárdenas, México, 1969.
- CAFFERATA NORES, José I., *El imputado*, Lerner, Córdoba, 1983.
- *Los frutos del árbol envenenado (la prueba obtenida por quebrantamiento constitucional)*, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1986.
- *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983.
- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1943.
- *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960.
- CALVETE, Adolfo, *Prescripción de la acción penal*, D. I. N., Buenos Aires, 1989.
- CARLOS, Eduardo B., *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1959.
- voz *Jurisdicción*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII.
- voz *Proceso*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXIII.
- CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ejea, Buenos Aires, 1961.

- CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1950.
- CARRANZA, Elías; MORA, Luis P.; HOUED, Mario y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, octubre-diciembre de 1982.
- CARRARA, Francesco, *Opúsculos de Derecho Criminal*, trad. de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, Arayú, Buenos Aires, 1955.
- *Programa de Derecho Criminal*, trad. de José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1977.
- CARRIO, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984.
- *El sistema americano de Derechos Humanos*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.
- CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, trad. de la edición alemana de 1932 por Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.
- CAVALLERO, Ricardo y HENDLER, Edmundo, *Justicia y participación*, Universidad, Buenos Aires, 1988.
- CLARIA OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1984.
- *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980.
- COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.
- COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1948.
- *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1958.
- *La Constitución y el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1948.
- CREUS, Carlos, *Influencias del proceso penal sobre el proceso civil*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1979.
- *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.
- *Reparación del daño producido por el delito*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- *Sinopsis de Derecho Penal. Parte general*, Zeus, Rosario, 1974.
- CUNEO LIBARONA, Mariano, *Defensor. Defensa penal. Sentencia (nulidades)*, en *La Ley*, t. 97, p. 865.

- CHIARA DIAZ, Carlos A.; MILL DE PEREYRA, Rita y PESSOA, Nelson, *Juicio oral y procedimientos especiales en el Código Procesal Penal de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- D'ALBORA, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- DANIELSEN, Raúl Víctor, *El principio "in dubio pro reo" en el proceso penal*, en *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, 1975-124.
- DE LA RUA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Universidad, Buenos Aires, 1984.
- DONNA, Edgardo Alberto y MAIZA, María Cecilia, *Código procesal penal*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- ENTELMAN, Ricardo, *El discurso político*, Hachette, Buenos Aires, 1982.
- ENZENSBERGER, Hans Magnus, *Política y delito*, trad. de Lucas Salas, Seix Barral, Barcelona, 1966.
- FENECH, Miguel, *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1982.
- FERNANDEZ PARDO, Carlos Alberto, *Teoría política y modernidad*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1977.
- FLECHTHEIM, Ossip K., *Teoría pura del Derecho y teoría marxista del Derecho*, trad. de Ernesto Volkening, Instituto Hans Kelsen, Temis, Bogotá, 1984.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1980.
- *Vigilar y castigar*. trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1978.
- FRIAS CABALLEFO, Jorge, *Temas de Derecho Penal*, La Ley, Buenos Aires, 1970.
- GOMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1939/1942.
- GONZALEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1951.
- GROS ESPIELL, Héctor, *Universalismo y regionalismo en la protección de los Derechos Humanos*, en *Estudios sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

- GUARNERI, José, *Las partes en el proceso penal*, trad. de Cesáreo Bernaldo de Quirós, José M. Cajica, Puebla, 1952.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho natural y Ciencia Política*, trad. de Juan Luis Vernal, Sudamericana, Buenos Aires, 1975.
- HENDLER, Edmundo, *Los tabúes sexuales en el Código Penal argentino*, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1982.
- JAUCHEN, Eduardo M., *La "secuela del juicio" como causal de interrupción de la prescripción de la acción penal*, en *Zeus*, t. 44, D-49.
- *La prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de J. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1956.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Enrique García Mainez, Universidad Autónoma de México, 1969.
- *Teoría pura del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1960.
- KOZICKI, Enrique, *De la dimensión jurídica en la vida*, en *Derecho y psicoanálisis*, Hachette, Buenos Aires, 1987.
- LASKI, Harold, *El liberalismo europeo*, trad. de Victoriano Miguélez, Fondo de Cultura Económica, México, 1961.
- LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1969.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1956.
- voz *Interpretación constitucional*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVI.
- *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1944.
- LUYPEN, W., *Fenomenología del Derecho Natural*, trad. de Pedro Martín y de la Cámara, Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1968.
- MAIER, Julio B. J., *Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX*, en *El poder penal del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- *Derecho Procesal Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

- MAIER, Julio B. J., *Exposición de motivos al proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, en *Cuadernos de Doctrina Penal*, Nº 1, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- *Inviolabilidad del domicilio*, en *Doctrina Penal*, Nº 29, Buenos Aires, enero-marzo, 1985.
 - *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1951.
- MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, trad. de Manuel Gurrea, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1952.
- MASKIN, Héctor, *El sistema europeo de Derechos Humanos*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.
- MERLEAU-PONTY, Maurice, *Humanismo y terror*, trad. de León Rozitchner, Siglo XX, Buenos Aires, 1956.
- MILLER, Jonathan; GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- MINVIELLE, Bernadette, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal*, en *Doctrina Penal*, Nº 41, Buenos Aires, 1988.
- *La prueba ilícita en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1987.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
 - *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Crítica y desmitificación del Derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985.
- NUÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado*, Lerner, Córdoba, 1978.
- *Derecho Penal argentino*, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1959.
 - *Interrupción de la prescripción por la secuela del juicio*, en *La Ley*, t. 63, p. 559.
 - *La acción civil en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1982.
 - *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 1976, t. II.
- OLAZABAL, Julio de, *La libertad del imputado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.
- *Suspensión del proceso a prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

- OPPENHEIM, Félix, *Los principios morales en la Filosofía Política*, trad. de Ramírez Arazza y J. Utrillo, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- OSSORIO y FLORIT, Manuel, voz *Defensor de confianza*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VI.
- PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1988/1989.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Liberdades públicas e processo penal*, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1982.
- PEÑA GUZMAN, Luis Alberto, voz "*In dubio pro reo*", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XV.
- PEREZ, Felipe D., *Tratado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema, con transcripción de los fallos*, Ideas, Buenos Aires, 1941.
- PETZOL-PERNIA, Hernán, *Algunas notas sobre la noción de interpretación jurídica de Alf Ross*, en *Alf Ross, estudios en su homenaje*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1984.
- POUND, Roscoe, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Barrancos y Vedia, Tea, Buenos Aires, 1972.
- RABOSSO, Eduardo, *La Carta Internacional de Derechos Humanos*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.
- RADBRUCH, Gustavo y GUINNER, Enrique, *Historia de la criminalidad (ensayo de una criminología histórica)*, trad. de Arturo Majada, Bosch, Barcelona, 1955.
- RAMELLA, Pablo A., *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- RECASENS SICHES, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento filosófico*, Labor, Barcelona, 1936.
- *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1959.
- voz *Interpretación del Derecho*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVI.
- REIMUNDIN, Ricardo, *La concepción de los principios generales del Derecho y la fórmula del artículo 16 de nuestro Código Civil*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1977-III-713.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, trad. de Cesáreo Bernaldo de Quirós, José M. Cajica, Puebla, México, 1957.
- ROXIN, Claus; ARZT, Gunther y TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, trad. de L. Arroyo Zapatero y J. L. Gómez Colomer, Ariel, Barcelona, 1989.
- RUBIANES, Carlos J., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1976.
- SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Derecho Constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1956.
– voz *Constitucionalismo*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III.
- SENTIS MELENDO, Santiago, *La prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1978.
- SILVA JARDIM, Afranio, *Direito Processual Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1987.
- SILVA, Armando V., voz *Defensa en juicio*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. IV.
- SMITH, Juan Carlos, voz *Fenomenología*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XII.
- SOLER, Sebastián, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Eudeba, Buenos Aires, 1966.
– *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970.
– *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
– *Ley, historia y libertad*, Losada, Buenos Aires, 1943.
- SOSA, Gualberto Lucas, *Recaudos constitucionales para una sentencia válida. Contenido y motivación*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1981-III-781.
- TERAN LOMAS, Roberto, *Actualidad del pensamiento de Carrara*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. N. L.*, Santa Fe, 1951.
– *Beccaria y los conceptos fundamentales del Derecho Penal*, en *La Ley*, t. 32, p. 983.
- TERTULIANO, *Apología contra los gentiles*, trad. de Fr. Pedro Manero, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1947.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, trad. de L. Cuéllar, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- TORRES BAS, Raúl Eduardo, *El sobreseimiento*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos y CASTRO, Roberto A., *Procedimiento penal mixto*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1969.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
– *El Derecho Penal de la democracia*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993.

- VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Las medidas cautelares en el proceso penal*, en *Revista de Jurisprudencia Provincial*, vol. II, N° 3, Santa Fe, 1991.
- *Protección jurídica del honor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
 - *Crisis de la justicia penal. Diagnóstico y propuesta*, en *Doctrina Penal*, N° 39, Buenos Aires, julio-septiembre de 1987.
 - *Curso de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.
 - *El Derecho Penal de la democracia*, en *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, 1987.
 - *El proceso penal*, Universidad, Buenos Aires, 1986.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge E.; PESSOA, Nelson y CHIARA DIAZ, Carlos A., *Código Procesal Penal de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Lerner, Córdoba, 1981.
- *El derecho del imputado al sobreseimiento*, en *Jurisprudencia Argentina*, Sec. Doctrina, 1951.
 - *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Universidad Nacional, Córdoba, 1956.
- VERNENGO, Roberto José, *Curso de Teoría General del Derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.
- VESCOVI, Enrique, *Antecedentes históricos de la casación*, en *Temas de casación y recurso extraordinario*, Platense, La Plata, 1982.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1978.
- *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973.
 - *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1980.
- ZARINI, Helio J., *Constitución de la Nación Argentina concordada con sus reformas y antecedentes*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- *La Constitución Argentina en la doctrina judicial*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- ZAVALLIA, Clodomiro, *Derecho federal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.
- ZIELINSKI, Diethart, *El resultado en el concepto final del ilícito*, trad. de M. Sancinetti, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, abril-junio, 1988.
- ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Derecho Privado, Jaén, 1979.

INDICE GENERAL

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN	7
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	9
INTRODUCCIÓN	11

CAPITULO I

CIVILIZACION Y BARBARIE

.....	19
-------	----

CAPITULO II

LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE DEFENSA

1. Sobre el sentido de la evolución histórica	31
2. Fundamentos filosóficos	36
A) El Derecho Natural	37
B) Beccaria	40
C) Carrara	43
D) La reacción positivista	46

E) El renacimiento iusfilosófico.....	49
F) La fenomenología existencial.....	51
G) El valor esencial de la persona como fundamento del derecho de defensa y sus garantías.....	54
3. Fundamentos políticos.....	46
A) La Carta Magna.....	58
B) La independencia norteamericana.....	59
C) La Revolución Francesa.....	61
D) Influencia política de la Revolución Francesa.....	62
E) El Estado democrático.....	63
4. Fundamentos normativos.....	65
A) Declaraciones y convenios internacionales.....	65
B) La Constitución Nacional.....	71
C) Las constituciones provinciales.....	75

CAPITULO III

EL DERECHO DE DEFENSA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO

1. Sobre la naturaleza jurídica del derecho de defensa.....	77
2. La defensa en juicio según la interpretación jurisprudencial.....	81
3. Teoría del proceso.....	84
4. Requisitos constitucionales del proceso penal.....	90
5. El cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales como una manifestación del derecho de defensa.....	94

CAPITULO IV

EL DEFENSOR Y LA CONSTITUCION

1. Interpretación.....	102
2. La interpretación constitucional.....	112
3. La búsqueda de la verdad en el proceso y las garantías constitucionales.....	118

CAPITULO V
EL CONCEPTO JURIDICO DE DEFENSA

1. La jurisdicción	129
2. La acción	134
3. La defensa	139
4. Defensa material y defensa técnica	143
5. Conclusión	144

CAPITULO VI
EL IMPUTADO, LA DEFENSA Y EL DEFENSOR

1. El imputado	148
2. Derechos del imputado	155
A) Ser informado de la atribución	155
B) Declarar sobre los hechos	157
C) Realizar indicaciones probatorias.....	158
D) Contar con asistencia técnica.....	158
E) Ser juzgado regularmente, en tiempo razonable.....	160
3. El defensor.....	161
4. Defensor particular o de confianza.....	166
5. Defensa de oficio.....	169

CAPITULO VII
DEFENSA Y EXCEPCION

1. El concepto de excepción.....	171
2. Regulación legal.....	181
3. De las excepciones penales en particular.....	183
A) Relativas al órgano jurisdiccional (falta de jurisdicción y de competencia) .	184
B) Relativas a la acción.....	185
a) Falta de acción	185

b) Obstáculo a la promoción	187
c) Defectos de la interposición	189
d) Suspensión en la acción	190
e) Extinción de la acción	190
1) Muerte del imputado	190
2) Amnistía	190
3) Prescripción	191
4) Cosa juzgada	194
f) Renuncia de la acción	195
4. Las excepciones no legisladas	196
5. Presupuestos procesales	198
6. Excepción y nulidad	200

CAPITULO VIII

LAS FUNCIONES DEL DEFENSOR

1. Asistencia del imputado	205
2. Función de representación	206
3. Manifestaciones de las funciones del defensor en la etapa preparatoria	207
4. El defensor en el juicio	213
5. El defensor y la actividad impugnativa	221

CAPITULO IX

EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO* EN RELACION A LA DEFENSA

1. La protección del inocente. El valor libertad	228
2. Inocencia y sospecha	231
3. Interpretación de la ley penal	233
4. El <i>favor libertatis</i>	237
5. La carga de la prueba	239
6. La valoración de la prueba	241
7. Algunas ideas a modo de conclusión	245

CAPITULO X
LA TECNICA DE LA DEFENSA PENAL

1. Conocimiento de hechos y protagonistas	250
2. El encuadre jurídico del caso	252
3. Lógica y objetivo de la defensa	257
4. Indicaciones generales	258

CAPITULO XI
EL DEFENSOR ANTE LA CUESTION CIVIL EN EL PROCESO PENAL

1. El delito como hecho dañoso	261
2. La acción civil	265
3. Las partes civiles dentro del proceso penal	267
4. La defensa civil	268

CAPITULO XII
EL DEFENSOR DENTRO DEL CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION

.....	273
1. Titularidad del derecho de defensa	274
2. La defensa técnica	275
A) Manifestaciones de asistencia	276
B) Funciones de representación	278
a) Los vinculados con la libertad del imputado	278
b) Suspensión del proceso	282
c) Actividad probatoria	283
d) Alegaciones y peticiones	285
e) Interposición, sostenimiento y fundamentación de recursos	289
3. El número de defensores	292
BIBLIOGRAFÍA	295

LA COMPOSICION Y DIAGRAMACION SE REALIZO EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINO DE IMPRIMIR
EL 19 DE ABRIL DE 1996 EN LOS TALLERES GRAFICOS
DE IMPRENTA LUX S.R.L., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE