

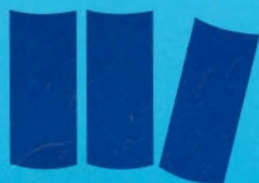
PUBLICACIONES DEL
INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS
EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES

Iniciación al Proceso Penal Acusatorio

(Para Auxiliares de la Justicia)

Alberto M. Binder

INECIP



CAMPOMANES LIBROS

Alberto M. Binder

Iniciación al
Proceso
Penal
Acusatorio

(Para Auxiliares de la Justicia)

ISBN:987-98182-0-2

Se terminó de imprimir
en el mes de Mayo de 2000,
en Gráfica Sur Editora SRL,
Uruguay 473, Ciudad de Buenos Aires.

Tirada: 1.000 ejemplares.



*Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina*

Tabla de contenido

Tabla de contenido	3
I. Introducción	6
Presupuestos metodológicos	7
1. <i>La Política Criminal como marco de referencia</i> <i>ineludible del proceso penal</i>	11
La orientación de este texto	11
2. <i>Política Criminal y Sociedad</i>	15
3. <i>El dinamismo de la Política Criminal:</i> <i>Formulación - configuración</i>	21
II. La estructura del Proceso Penal	28
1. <i>La investigación preliminar</i>	33
Autorizaciones jurisdiccionales	39
El sistema acusatorio	43
2. <i>La fase intermedia</i>	47
3. <i>Características generales del juicio penal</i> <i>democrático</i>	60
a) El juicio oral	61
b) El juicio público	68
c) El juicio por jurados	72
Modelo de jurado anglosajón	72
Modelo de jurado escabinado	73
d) El desarrollo del juicio oral	74
La cesura divide el juicio en dos Partes	78
El ingreso de información al juicio	85
e) La producción de la sentencia	87
La construcción de la norma	88
La valoración de la prueba	88
4. <i>La impugnación de la sentencia</i>	93
Impugnabilidad subjetiva e impugnabilidad	

objetiva	96
El recurso de apelación	100
El recurso de casación	101
5. <i>La ejecución de la sentencia</i>	105
Introducción	105
a) La ejecución de la pena de prisión	106
Control formal de la ejecución de la pena	108
b) La ejecución de la pena de multa	110
c) La ejecución de las costas	111
6. <i>La revisión de la sentencia firme</i>	114
Indemnización por condena injusta	123
7. <i>Bibliografía</i>	125
8. <i>Apéndice</i>	
8-A Función práctica de la dogmática	129
8-B Entre la demanda de seguridad y la res- puesta violenta.	141
9. <i>Documentos</i>	146

Prólogo

Este pequeño texto, anterior y preparatorio de lo que luego fue "Introducción al Derecho Procesal Penal", tiene todavía un carácter más elemental que aquel. Se trata antes que nada de una breve iniciación para quienes no sigan la carrera de leyes, que puede "ubicar" rápidamente en los principios y reglas del sistema acusatorio. No tiene otras pretensiones que brindar ese conocimiento básico y rápidamente facilitar a los estudiantes la lectura de otros libros o ayudarlos a orientarse en los nuevos procesos penales acusatorios en los que pueden actuar como peritos, policías, auxiliares sociales, etc.

Su contenido es simple, así como espero que sea simple su lectura y útil como instrumento de perfeccionamiento del sistema de justicia penal.

I

Introducción

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

Presupuestos metodológicos

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

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

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

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

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

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

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

Hará falta pues, para hacerlo "productivo", una cuota extra de esfuerzo y de lucidez para comprender a fondo lo que se intenta transmitir. Otro tanto será necesario para llevar a cabo las tareas que se proponen como control de esa comprensión o como ayuda, sea para fijar los conocimientos adquiridos, sea

para convertirlos en una verdadera “herramienta útil”, siempre al alcance de la mano.

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

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

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

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

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

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



Anote al margen la idea principal del texto adyacente.



Subraye o destaque la/s palabra/s clave del párrafo adyacente.



Explique con sus propias palabras el punto señalado.



Enuncie un caso-ejemplo de esta hipótesis.



Tome partido en este dilema y defienda su postura con, al menos, dos argumentos de peso. (Utilice el espacio en blanco, al final del capítulo).



¿Está Ud. de acuerdo con esta afirmación? ¿Por qué? (Utilice el espacio en blanco, al final del capítulo.)



Argumente sobre este punto considerándose hipotéticamente víctima/agraviado, acusado/condenado y *por último*, simple *miembro* de la *sociedad donde ocurre* un conflicto. (Utilice el espacio en blanco, al final del capítulo.)

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

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

I INTRODUCCION.

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

II LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL.

1. La Investigación Preliminar.
2. La Fase Intermedia.
3. Características básicas del Juicio penal democrático.

- a. El Juicio oral.
- b. El Juicio público.
- c. El Juicio perjurados.
- d. El desarrollo del Juicio oral.
- 4. La impugnación de la sentencia.
- 5. La ejecución de la sentencia.
 - a. La ejecución de la sentencia de prisión.
 - b. La ejecución de la sentencia de multa.
 - c. La ejecución de las costas.
- 6. La revisión de la sentencia firme.

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

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

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

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

La orientación de este texto



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

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

Prácticamente, nunca se ha puesto en duda que se trata de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mientras el Derecho Penal, especialmente en lo que concierne a la "Teoría del Delito", ha alcanzado un grado de desarrollo importante -y existe un consenso apreciable sobre muchos de

sus conceptos y sobre la estructuración del esquema de análisis de los presupuestos de la pena-, el Derecho Procesal Penal no ha elaborado aún una sistematización de análisis (ya profundidad científica).

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

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

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

2. Política Criminal y Sociedad

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

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

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

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



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

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

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

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

Por tal motivo, dentro de este ámbito conviene distinguir,.

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

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

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



Siempre existirán uno o más modelos de Política Criminal a los que esa realidad responde -nivel b)-. No olvidemos *que se trata* siempre de decisiones eminentemente valorativas. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que la elaboración de un modelo puede servir tanto para explicar la realidad, como para criticarla con referencia al modelo elaborado.

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

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

HAGAMOS UN EJERCICIO COMO EJEMPLO

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

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

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

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

Estaríamos en el nivel

Podemos criticar, luego, ese modelo autoritario desde otro modelo alternativo que preserva de un modo más eficaz ciertos valores que nos parecen importantes, como por ejemplo la libertad y la dignidad humanas.

Establecemos aquí un «deber ser» al cual la realidad, según nuestro criterio, no se ajusta.

En ese caso estaríamos en el nivel

Asimismo, es posible analizar los innumerables *problemas técnicos* que plantea el desarrollo de la Política Criminal de nues-

tro Estado hipotético. Por ejemplo: analizar si se debe utilizar o no tipos abiertos; si se ajusta esa política a la ley fundamental de ese país; cómo funciona el juicio sumario, etc.

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

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

Nos hallamos entonces en el nivel



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

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

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



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

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

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



Tales instrumentos son muchos pero, sin duda, los más impor-

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

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

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

Las reglas de conveniencia conforman *estrategias*, éstas implican la planificación del uso adecuado (conveniente y conforme a las reglas técnicas) de los instrumentos, de modo que permitan alcanzar de un modo «económico» (entendiendo "economía", en un sentido amplio, con el significado de "racionalización de los medios") ciertos objetivos o metas prefijadas. Las decisiones relativas a las estrategias -y, por lo tanto, a los objetivos que las motivan- son también parte de la Política Criminal.

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



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

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

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

3. El dinamismo de la Política Criminal: formulación-configuración

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

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

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

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

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



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



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

Este dinamismo de la Política Criminal demuestra que también

ella es sin fenómeno complejo. La diversidad de los sujetos que intervienen en la producción de la Política Criminal hace que, en realidad, no sea del todo correcto hablar de una Política Criminal.

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

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

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

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

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

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

El concepto general d est capítulo es, pues, la co-responsabi-

lidad o co-operatividad de las normas penales y procesales en el desarrollo de la Política Criminal. Esto significa que ambas ramas del orden jurídico regulan en forma conjunta el poder punitivo del Estado.

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

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

VOLVAMOS A NUESTRO EJEMPLO

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

En ese Estado habrá una decisión inicial (ver. de los legisladores) que establece diversas conductas prohibidas relativas al consumo de drogas.

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

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

- los órganos de persecución (policía) aprovechan estas prohibiciones para ejercer un control "preventivo" sobre sectores sociales considerados "peligrosos";
- ciertos jueces aplican sanciones drásticas porque consideran que la droga es el mayor de los males de nuestra sociedad;
- otros consideran que es inválido castigar acciones que no tienen trascendencia a terceros y que, por lo tanto, el consu-

mo privado de estupefacientes es un asunto personal, protegido por el ámbito jurídico de la privacidad;

- las instituciones privadas realizan campañas de prevención;

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

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

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

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and extend across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.

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

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

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

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

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



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

El estudio del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal se debe encarar a partir de elementos que permitan comprender

lo que es la Política Criminal.

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

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

Empero, es importante que el estudioso inicie un camino de reflexión y crítica personal, orientado a un modelo propio de Política Criminal, que lo tenga siempre presente y que aprenda a luchar por él.

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



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

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

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

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

El lector debería, pues, construir un modelo propio de Política Criminal y desde él releer este libro. Ojalá que, si alguna vez ese modelo adquiere efectiva vigencia, el ahora lector y estudioso se halle preparado para defender la dignidad humana y la justicia desde el poder y no abandone entonces sus creencias -como tantos lo han hecho- en aras del "pragmatismo" o de las presiones coyunturales de la política inmediata.

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

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

II

La estructura del Proceso Penal

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



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

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

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

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

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

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

En una cuarta fase, se controla el resultado de ese Juicio –que es la sentencia-, a través de distintos medios de impugnación –o “recursos”

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

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



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

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

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

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

La organización del proceso no es algo distinto o independiente de la vigencia. de las garantías principios básicos, al

contrario, muchas veces ellos son los que sucumben ante las modalidades organización procesal



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

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



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

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



Si todo proceso penal tiene una organización, esa organización responde a una "lógica". La lógica de la organización del proceso penal *no es una mem "racionalidad"* guiada por el principio de eficacia administrativa. La *justicia penal no es un proceso de tramitación de expedientes.*

La "lógica" procesal es una lógica que corresponde al trata-

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

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

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

1. La investigación preliminar

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

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

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

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

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

por referencias, etc.).

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

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



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



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



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

En líneas generales, la obligación de denunciar está ligada a situaciones particulares y eso es algo completamente diferente

de una obligación genérica, que terminaría convirtiendo a todos los ciudadanos en sospechosos y en delatores al mismo tiempo.

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

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

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

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

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

por ejemplo, en el pago de las costas si tal cosa se comprueba⁷.

En algunas ocasiones, quien hace la denuncia es directamente *la víctima*, y no sólo se limita a «dar noticia» del hecho sino que, además, solicita intervenir en el proceso penal como «*querellante*», o «acusador particular».

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



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

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

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



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

El pedido del Fiscal, consistente en que se inicie juicio respec-

to de una persona determinada y por un hecho

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

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

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

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



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

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

1. actividades puras de investigación;
2. decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento;
3. anticipos de prueba, es decir, prueba que no puede esperar a ser producida en el debate;
4. decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales.



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

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



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



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

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

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

Autorizaciones jurisdiccionales

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

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

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

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

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

do o sobre un testigo.

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

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



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

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



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

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

Todo lo que sucede con anterioridad no es más que la recolección de los elementos que, en el juicio, servirán para pro-

bar la imputación. Ese es, precisamente, el sentido del calificativo de «*preparatoria de la acusación*» que recibe esta etapa.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, no es posible esperar al juicio para producir la prueba. Veamos algunos ejemplos:

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

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



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

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



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

Contrariando este principio, los sistemas procesales latinoam-

americanos suelen funcionar, en gran medida, sobre la base de una «conversión automática» en «prueba» de aquellos elementos reunidos en la investigación, sin que éstos sean producidos directamente en el juicio.

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

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

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

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



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

Las tendencias más modernas se orientan a acabar con la rémora del Juez de Instrucción, producto del compromiso con

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

El Sistema acusatorio



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

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

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

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

Ahora bien, la Investigación Preliminar o Procedimiento Preparatorio no es únicamente un problema «de los jueces y los

fiscales». En esta etapa participan también los otros sujetos procesales.



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

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



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

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



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



Pero puede ocurrir que el Fiscal no encuentre elementos para

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La Fase Intermedia

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

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

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

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

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

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

Imaginemos «los efectos sociales de un Proceso penal en el

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



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



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

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

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

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

Supongamos que el requerimiento fiscal consiste en el sobreseimiento a una acusación. En cualquiera de los dos ca-

sos mencionados arriba, ese requerimiento debe cumplir con ciertas formalidades, cuya razón de ser radica en la búsqueda de precisión en la decisión judicial.

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

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

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

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



Pero la Fase Intermedia no agota su función en el control for-

mal. Ella sirve, también y principalmente, para realizar un control «sustancial» sobre esos actos conclusivos,

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

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

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

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



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

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

validez del pedido.



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



Existe la posibilidad, también, de que esta fase del procedimiento sea necesaria u optativa. En el primer caso, tendrá lugar

siempre e indefectiblemente. En el segundo, sólo si alguno de los sujetos procesales realiza una objeción a los actos o requerimientos conclusivos, plantea una excepción en este momento o considera oportuno realizar una discusión anticipada.

No existen razones determinantes para optar por un sistema o por otro. El primero -donde la Fase Intermedia es *necesaria* permite que ésta cumpla, al mismo tiempo, alguna otra función. El segundo -donde la Fase Intermedia es *optativa* permite evitarla cuando no existe objeción alguna y, por lo tanto, ahorra el precioso tiempo del proceso.

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

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

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



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

Este principio considera conveniente que el proceso penal no

sufra marchas y contramarchas, avances y retrocesos, sino un desarrollo lineal, que adquiere su plenitud por concentración, durante el Juicio.

Los mecanismos procesales que permiten esta crítica del trabajo instructorio también variarán según los sistemas procesales y según la intensidad que caracterice a esta Fase Intermedia.

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

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

En síntesis:

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

Esta determinación no se exige sólo por una razón de preci-

sión o «prolijidad», sino porque existe un principio garantizador, ligado al principio de defensa, según el cual la sentencia que se dicte luego del Juicio sólo podrá versar sobre los hechos por los cuales el Juicio fue abierto.

La delimitación del hecho que será objeto del Juicio, pues, cumple una función garantizadora porque evita acusaciones sorpresivas y permite una defensa adecuada.



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



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

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



Si éste es acusatorio en un sentido absoluto, la Acusación obligará a la apertura a Juicio y la decisión judicial se limitará a un

control formal que asegure el desarrollo normal de aquél.



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



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



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

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

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

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

Se han planteado dudas y discusiones acerca de cuál ha de ser

la resolución adecuada cuando no se ha llegado al grado de certeza que requiere el sobreseimiento, pero tampoco existen razones suficientes como para fundar una acusación y la investigación se halla agotada.

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

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

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

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



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



La solución correcta para los casos de incertidumbre insuperable es, también, el sobreseimiento. No sólo por derivación de la regla del «in dubio pro reo», sino porque existe un dere-

cho de las personas a que su situación procesal adquiriera, en un tiempo razonable, un carácter definitivo. El sometimiento a proceso es, siempre, un menoscabo; y ese menoscabo no se puede extender en el tiempo más allá de lo razonable. Menos aún cuando no existe ninguna expectativa seriamente fundada de que la situación de incertidumbre pueda cambiar.

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

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

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

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

En conclusión: la transición e re la Instrucción —con sus características especiales y sus propios principios— y el Juicio es, quizás, la parte s delicada del proceso. El hecho

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

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

3. *Características generales del juicio penal democrático*

Este capítulo estará dedicado a la organización del Juicio penal y a su producto genuino, la sentencia.

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

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



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



El Juicio es la etapa principal del proceso penal porque es allí donde se «resuelve» -mejor dicho, se «redefine» el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal. Este carácter definitivo resulta sumamente importante para comprender la «lógica» del juicio oral. Aquellos que están inmersos en el sistema escrito no suelen comprender este carácter del Juicio penal, precisamente porque los Juicios escritos no tienen esta

característica; por el contrario, éstos son esencialmente revisables, provisorios, por efecto del recurso de apelación y su uso indiscriminado.



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

a. El Juicio oral

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



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

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

La importancia de la oralidad deriva de que ella constituye el

único modo eficaz que nuestra cultura ha encontrado hasta el momento, capaz de darle verdadera «positividad» o vigencia a los principios políticos mencionados. ¿De qué nos valdría proclamar la publicidad, la inmediación o la personalización de la judicatura si, luego, no contamos con medios eficaces para llevarlas a la práctica⁷. Por tratarse de una condición necesaria para la eficacia de estos principios, la oralidad se convierte en un instrumento de primer orden y según esa importancia debe ser estudiado.

La oralidad representa, fundamentalmente, un medio de comunicación. Implica la utilización de la palabra hablada -o, si se prefiere, «no escrita»- como medio de comunicación entre las partes y el Juez, y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba.



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

Sin embargo, en pleno siglo XIX, Jeremías Bentham afirmaba que no hay nada más contrario a la verdad que una afirmación de ese tipo. El Juicio oral -explicaba- es el modo más natural de resolver los conflictos humanos e, incluso, es el modo de administrar Justicia en los grupos pequeños o en la familia. En efecto, a nadie se le ocurriría, si existe una controversia o un conflicto dentro de la familia, formar un expediente, nombrar a uno de los miembros de la familia como instructor, levantar actas de los testimonios, pedirle opinión escrita a cada uno de

los miembros de la familia. Todas estas actividades, que parecen ridículas y artificiosas en un contexto familiar, no lo son menos cuando se trata de construir un proceso penal en el marco de una sociedad.

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

Normalmente, se suele explicar el proceso penal -y, en especial, el Juicio- como una actividad o un conjunto de actividades de adquisición de conocimientos. De esta manera, el proceso penal se convierte en un conjunto de «actos encaminados a reconstruir los hechos del modo más aproximado posible a la verdad histórica»; luego, sobre la base de esa verdad, se aplicará la solución prevista por el orden jurídico.

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

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



Dentro de este contexto, la inmediación se manifiesta como la condición básica para que esos actos y esas relaciones permie-

tan llegar a «la verdad» del modo más seguro posible, ya que la comunicación entre las personas y la información -que ingresa por diversos canales o «medios de prueba»- se realiza en presencia de todas las partes involucradas -en especial, con la presencia obligada de quienes deberán dictar una sentencia luego de observar la prueba-, (los Jueces y los jurados).

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

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

En síntesis:

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

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

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

Veamos un ejemplo: a la Justicia Penal llega el conflicto provocado por la muerte de una persona y el dolor que ello genera. De la Justicia penal sale, en el mejor de los casos, un nuevo conflicto, que es el de la persona que deberá pasar una gran parte de su vida en prisión, con el dolor que ello genera. Puede ocurrir que «salga» otro conflicto, como sería el surgido de la muerte mencionada más la impunidad del agresor; también, en el peor de los casos, el conflicto surgido de la condena de un inocente o de una condena merecida pero excesivamente rigurosa.

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

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

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



En primer lugar, deben estar presentes todos los que, de algún modo, tienen que cumplir un papel relevante en ese proceso de redefinición: son imprescindibles los protagonistas del con-

flicto - principalmente el imputado y la víctima, pero también los encargados por el Estado de producir o conducir el proceso de redefinición (los fiscales y, particularmente, el Juez)-. También es importante que concurren todos los elementos que, de algún modo, contribuirán a este proceso de absorción institucional del conflicto inicial reduciendo su contenido de violencia a niveles socialmente admisibles -sea por su baja intensidad, sea por su alta cuota de institucionalidad-.

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

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



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



Por otra parte, si la «absorción institucional» del conflicto inicial no tiene un menor contenido de violencia o un mayor contenido de legitimación, la sociedad descreerá de la función pacificadora de la Justicia, ya que las decisiones de ésta producen mayor disgusto o alarma social que el conflicto inicial. El Derecho penal implica una *economía de la violencia social*; vemos aquí cómo esa función se realiza, fundamentalmente, a

través de la actividad de los jueces. Esto demuestra, una vez más, la coresponsabilidad entre las normas penales y los sistemas procesales en la configuración de la Política Criminal, tal como se ha expresado en la Introducción.



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

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



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



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

de hecho muchas garantías individuales sino que, a causa de la delegación de funciones, ha convertido a la independencia judicial en una de las mayores hipocresías que puede sostener un sistema jurídico.

b. El Juicio público.

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

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

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

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



No ahondaremos aquí la discusión sobre los fundamentos o la función de la pena estatal, los que aparecen en cualquier buen

manual de Derecho Penal. Sin embargo, para analizar una de las funciones de la publicidad, debemos comprender que esos efectos sociales no sólo se producen por medio de la conminación abstracta de las penas, sino también y especialmente a través de la aplicación concreta de los castigos.



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

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



El Juicio público implica un modo particular de insertar a la Justicia en el medio social. Supone que ésta cumple con su tarea de transmitir mensajes sociales acerca de la efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia. Por esa razón, Carrara insistía en que, si el Juicio es secreto y la población no tiene posibilidades de percibirlo como algo «justa», no interesa demasiado que la sentencia sea justa en sí ya que, a los efectos sociales, lo mismo da una sentencia injusta que otra percibida como injusta sin serlo.

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

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

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

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



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



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

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



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



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

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

En conclusión:

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

c. El juicio por jurados

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

¿Qué significa, en términos generales? El Juicio por jurados se basa en el hecho de que la decisión sobre si una persona debe ser sometida a una pena o debe quedar libre es tan trascendente que debe ser tomada *en conjunto* entre los jueces constitucionales y miembros de la misma sociedad en la que tuvo lugar el conflicto original.

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

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

**Modelo
jurado
anglosajón**



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

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



El fundamento de este modelo de «corte» de la decisión no reside en la división entre «juicios sobre los hechos» y «juicios sobre el derecho» -detrás de él se encuentra la decisión de otorgarle a la comunidad la decisión primaria sobre si una persona será sometida o no a la fuerza estatal. La naturaleza política del veredicto de culpabilidad -y también su origen histórico- tienen que ver con este tipo de división en la decisión conjunta. Por el contrario, la diferenciación entre «hechos» y «Derecho» está influida por consideraciones más modernas sobre el Derecho, donde la actividad de judicial es primordialmente una actividad de subsunción de un «hecho» en el supuesto normativo.

Modelo de jurado cabinado

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

El número de jueces de un tipo y otro es variable; existen modelos con preeminencia de los jueces técnicos y otros con

preeminencia de los jueces legos, siempre dentro de un número total de jueces que es, a su vez, variable.

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

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

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

d. El desarrollo del Juicio oral

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

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



Esto hace que jueces, fiscales, defensores, testigos, peritos, documentos, cosas, etc., además del propio acusado, deban

coincidir temporal y espacialmente en un ambiente, que es la sala de audiencias.



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

La preparación del Juicio es, pues, la primera fase del Juicio oral cuyo cometido consiste en la preparación de todos los elementos del debate, en la depuración final de todas aquellas circunstancias que pudieran anularlo o tornarlo inútil. Es el momento de la integración del tribunal, del ofrecimiento de la prueba- es, en fin, la etapa de la organización del Juicio.

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

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

mente la etapa de preparación del Juicio abarca una y otra, con diferentes intensidades.

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



Según cada organización judicial concreta, esta actividad tendrá mayor o menor importancia. En una organización judicial de tipo rígido, los jueces estarán predeterminados por la asignación del caso a un «Tribunal» o a una «Cámara». Pero si la organización judicial sigue un modelo más dinámico (por ejemplo, si el tribunal -en sentido amplio- está formado por todos los jueces con determinada competencia territorial, o bien se integra con jueces legos -«escabinos»-) la actividad de integración será más importante, ya que sólo en ese momento se conocerá el nombre concreto de los jueces del caso.

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

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



La segunda actividad de preparación -de gran importancia- es *el ofrecimiento de prueba*. Este consiste en el señalamiento concreto de los medios de prueba que utilizarán las partes para corroborar sus respectivas hipótesis. «Ofrecer prueba» significa indicar qué elementos de prueba se utilizarán en el

debate. El Tribunal analiza ese ofrecimiento de prueba y prepara su «producción» futura (ordena citaciones y peritajes, organiza el traslado de elementos materiales, etc.).

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



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



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

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



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

La acusación puede versar sobre diversos hechos, o bien puede contener imputaciones a diversas personas. También se puede tratar de varios casos relacionados con el mismo imputado.

tado, o pueden existir otras formas de «conexidad» o relación entre casos. En tales circunstancias el tribunal también puede ordenar el debate, ampliándolo hacia casos conexos o dividiéndolo según los hechos separables.

También existe otra forma de dividir el debate, conocida como *cesura del juicio penal*. La cesura es un mecanismo procesal que permite dividir el debate en dos partes: una dedicada al análisis de la existencia del hecho y el discernimiento de la culpabilidad, y la otra dedicada a la determinación o individualización de la pena.

La cesura divide el juicio en dos partes

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

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



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

La aplicación de la pena es la consecuencia más directa de la decisión judicial penal y muchas veces ha sido tomada de un modo superficial o meramente «matemático», como si el imponer ocho, quince o veinte años de prisión no fuera un asun-

to de importancia (desde el punto de vista de quien debe sufrir esos años de encierro, quizás sea el más importante).

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

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

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

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

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



Como ya hemos visto, el debate es un punto de encuentro. En la dinámica del proceso penal hallamos un juego entre la diferenciación -producto de la asignación de distintas, funciones a

cada uno de los sujetos procesales- y el encuentro personal de todos esos sujetos en el debate o vista principal. Este juego no siempre respetado por los sistemas procesales concretos- es el que asegura, en gran medida, que la verdad o la construcción de la solución del caso surgirán como producto de un diálogo, de un verdadero «proceso dialéctico».

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



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

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

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

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

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

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

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

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

La apertura consiste, fundamentalmente, en la constatación de las mínimas condiciones de validez del debate y en la fijación -

con precisión- del objeto del debate. Por tal razón, uno de los actos iniciales es la *lectura de la acusación y del auto de apertura a Juicio*. Estos son los instrumentos que «fijan» sobre qué se va a discutir.

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

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

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



Pero, ¿cuál es la razón para limitar este principio a la fijación del hecho justiciable? Una calificación jurídica -como la subsunción del hecho a la norma- ¿no podría, también, afectar el derecho de defensa -que exige certidumbre acerca de la imputación- si tiene lugar en forma sorpresivo y en ningún momento estuvo en consideración en el debate?

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

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

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



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

Lo cierto es que no se puede saber con precisión sobre qué

se va a debatir hasta que no esté fijada la controversia. Y la controversia se establece entre la acusación y la defensa.



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

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

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

Como se puede apreciar, el Juicio oral responde a una lógica muy sencilla, y eso es lo que ha hecho que se convierta en el modelo dominante de Justicia Penal. En cualquier conflicto, de cualquier naturaleza, procederíamos del mismo modo: escuchar a uno y otro de los involucrados a fin de averiguar el objeto de la controversia.

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

pótesis procesales está en relación directa con la información vinculada a esa proposición.

ingreso de información al Juicio

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

Las formas más comunes de ingreso de la información son las siguientes: a través de *testigos* (personas que, a su vez, han obtenido la información a través de su percepción directa), por medio de *peritos* (personas especialmente calificadas respecto de un conocimiento particular, que explican un fenómeno que no es asequible al Tribunal según su común capacidad de análisis), por la observación de *documentos* (cualquier tipo de soporte material -papel, cinta magnetofónica, registro electrónico, video, etc. -, que contiene información) y, por último, cosas (elementos materiales que han tenido alguna vinculación con los hechos que se intenta comprobar). En principio, es admisible cualquier otro canal de información, siempre que no sea ilícito, que sea susceptible de control por parte de los sujetos procesales y no afecte la dignidad de las personas.



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

La organización de la producción de la prueba se rige por principios de orden y de eficacia. Todos los sujetos procesa-

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

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

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

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

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



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

permitir que los distintos sujetos procesales discutan -dentro de un marco de orden y disciplina, claro está-.

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

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

e) La producción de la sentencia

Comienza así la tercera parte principal del Juicio penal, que es *la producción de la sentencia*.



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

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

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

**La construcción
de la norma**

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

**La valoración
de la prueba**

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

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

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

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



La diferencia entre uno y otro no reside en que uno sea «racional» y el otro «emocional» sino, simplemente, en la exteriorización -necesaria o no- del razonamiento del Juez. Lo que varía es el grado de control sobre este razonamiento; es por eso que, muchas veces, se ha afirmado que el sistema de la sana crítica racional es un sistema «intermedio» entre la prueba legal y la íntima convicción. Del primero extrae la idea de control (que se manifiesta en la exigencia de fundamentación); del segundo, la idea de libertad (que se materializa en la falta de reglas de tasación de la prueba y el sometimiento a los solos principios lógicos de un raciocinio común).

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

En síntesis:

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

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

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

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

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

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

En síntesis:

La sentencia es un producto formal, no sólo por la impor-

tancia que tiene respecto de la solución del caso sino porque se trata del objeto principal de los recursos, y el resultado al que tiende todo el proceso.



Por esta razón, se suelen establecer para dictarla requisitos formales como la correcta identificación del Tribunal, del imputado y de los demás sujetos procesales; la correcta y precisa descripción del hecho que se ha juzgado (recuérdese el principio de congruencia); la explicación de las razones que han llevado al Tribunal a construir el hecho justiciable en un determinado sentido, así como las razones jurídicas que los han llevado a construir la norma jurídica aplicable al caso («fundamentación» o «motivación»)- además, por supuesto, debe constar la decisión concreta (el «fallo»), es decir, el núcleo de la decisión -condena o absolución- con todas sus consecuencias legales pena, reparaciones civiles, responsabilidad por los gastos («costas»), cómputo de la pena, etc.-.

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

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

Algo muy diferente es la excepción que aparece en varios códigos, en el sentido de que *los fundamentos de la sentencia* pueden ser puestos por escrito varios días después: esto no

significa, de ningún modo, que el fallo -es decir, la decisión central de la sentencia- pueda ser postergado.

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



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

4. *La impugnación de la sentencia*

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



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

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

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

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

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

- a) la sociedad debe controlar cómo sus jueces administran Justicia;
- b) el sistema de Justicia Penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol para permitir el planeamiento institucional;
- c) los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada;
- d) al Estado le interesa controlar cómo sus jueces aplican el Derecho.

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

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

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

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

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

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



Por esta razón, los medios de impugnación pueden ser analizados desde dos perspectivas fundamentales: -como un derecho de impugnación ligado al valor de la seguridad jurídica y como un medio de evitar los errores judiciales en el caso concreto, y -desde la perspectiva de la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas -o cumplan con su función pacificadora- y de que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo.

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

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

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

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

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

Estos términos se deben entender, básicamente, como el esta-

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



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

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

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

**Impugnabilidad
subjetiva
e impugnabilidad
objetiva**

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

La organización del sistema de recursos es algo que depende de cada sistema procesal en particular y que debe ser analizada en relación con la totalidad del proceso penal. Ha existido una suerte de «esencialismo» de los recursos («el recurso de apelación es tal cosa», «el recurso de casación es, necesariamente, está otra»...) que ha impedido un tratamiento de los recursos «moderno», necesariamente funcional.

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

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

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



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

Por supuesto, para satisfacer las exigencias de amplitud del

Convenio de San José es necesario que los sistemas no sean excesivamente estrictos en la determinación del «agravio».

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



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

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

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

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



En su evolución histórica, por ejemplo, el recurso de apelación -que permite que otro tribunal dicte un nuevo fallo integral sobre el caso- estuvo ligado a sistemas procesales en los

que no se respetaba completamente el principio de inmediación. Se trataba fundamentalmente de procesos «por registro» escritos-, en los que el «tribunal de segunda instancia» se limitaba a leer esos registros para, sobre la base de esos registros, dictar un nuevo fallo integral. Su tarea consistía, en realidad, en una nueva valoración de la prueba.



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

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

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

Esta tensión se ha manifestado en las tendencias hacia una mayor amplitud del recurso de casación o en la tendencia a compatibilizar el recurso de apelación con sistemas procesales basados en la inmediación.

El recurso de apelación

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

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

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

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

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

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



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

El recurso de casación

En cuanto al recurso de casación, no resulta tan importante determinar su origen y evolución histórica cuanto señalar que, por lo general, está ligado a sistemas procesales más respetuosos del sistema de intermediación.

Aquí el problema es el siguiente: el Juez de primera instancia ha tenido una observación directa de la prueba y, sobre la base de esa observación directa ha dictado un fallo, en el que construyó los «hechos» y determinó o definió el derecho aplicable

al caso. Ese fallo se materializó en una sentencia que, como hemos visto y corresponde a las garantías judiciales mínimas, debe estar fundada, es decir, expresar los razonamientos que permitieron al Juez arribar al fallo. ¿Cómo controlar ese fallo sin afectar el principio de inmediación? He aquí el problema.

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

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

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



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



La segunda consecuencia es que el recurso de casación no puede controlar la valoración de la prueba entendida como proceso interno del Juez. Lo único que puede controlar es *la expresión* que el Juez ha hecho de ese proceso dentro de la

fundamentación de su sentencia. De este modo, el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos que normalmente aceptamos como propios de un pensamiento correcto.

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

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

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

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

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

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

5. La ejecución de la sentencia

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

Introducción

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

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

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

Los problemas que plantea la ejecución de la sentencia no son problemas menores. Muchas veces, los sistemas judiciales se

han desentendido de esos problemas, alegando que se trataba de problemas de índole «administrativa» y que la actividad de los jueces finaliza con el dictado del fallo.

Tal perspectiva es claramente errónea, superficializa la tarea de los jueces y da lugar a que ellos se desentiendan de las consecuencias de sus decisiones, con menoscabo de la propia actividad decisorio. Esa indiferencia, como veremos a continuación, es más grave en el caso de la ejecución de la pena de prisión.

a. La ejecución de la pena de prisión

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

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



En primer lugar, ella ha sido -en gran medida- la causa de que los condenados a prisión pasen a ser «objetos olvidados» en un depósito totalmente insalubre, donde carecen de todo derecho y son considerados intrínsecamente como «enemigos»: enemigos de la sociedad, enemigos de los guardiacárceles, enemigos de los jueces, enemigos entre ellos mismos. Supone la degradación absoluta de un ser humano, considerado como un «otro» absoluto y, como consecuencia de ello, las

instituciones se sienten legitimadas a ejercer sobre ellos cualquier tipo de violencia.

En segundo lugar, esa indiferencia ha depreciado la misma actividad de los jueces, al alejarlos de las consecuencias de sus propias decisiones. Mucho se ha hablado últimamente de los procesos de legitimación o «autolegitimación» de la Justicia. Esos procesos de legitimación no son auténticos, en la medida en que no buscan fortalecer los fines de las instituciones de administración de Justicia, sino generar una «ideología judicial» inmune a los cambios y exigencias sociales, y autoconvencida de su propia misión, «histórica» y «cuasi-sacerdotal».



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

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



Hablar de «judicializar la ejecución» significa generar mecanismos procesales concretos para que el Juez pueda *vigilar* que la pena de prisión cumpla con sus finalidades genuinas -y el condenado *quejarse* cuando así no ocurra-. Hemos escuchado

muchas veces que a la ejecución de la pena se le asignan ciertas finalidades tales como la *resocialización*, la *reeducación*, la *reinserción*, etc.-, todas ellas de prevención especial.

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

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

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

*Control formal
de la ejecución
de la pena*

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

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



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

- ☐ **El control del respeto a los derechos fundamentales de**

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

- ☐ **El control sobre las sanciones disciplinarias**, de modo que éstas no se conviertan en un doble castigo -es decir, un castigo dentro del castigo de la prisión-impuesto, en realidad, por el hecho pasado o por las características personales del condenado.
- ☐ **El control sobre la Administración Penitenciaria**, para que cumpla con sus objetivos y no degrade la vida carcelaria. En cierto modo, el Juez de Ejecución es el control externo del sistema penitenciario, con poder suficiente como para modificar, inclusive, las prácticas administrativas de las cárceles.

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

b. La ejecución de la pena de multa

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

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

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

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

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

Para ello existen diversos mecanismos: en primer lugar, se debe permitir un pago fraccionado de esa multa, según la capacidad

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

c. La ejecución de las costas

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

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

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



En principio, si bien el imputado vencido debe hacerse cargo de las costas, el Estado se preocupará de adelantar sus gastos (por ejemplo, en peritajes) ya que ello está íntimamente vinculado al principio de defensa en juicio. Asimismo, si la víctima ha participado en el proceso penal, por más que la imputación no tenga finalmente éxito, no siempre será puesta a cargo de las costas puesto que, en muchas ocasiones, se considerará

que ella estaba ejerciendo un derecho justificado de reclamar la actuación de los organismos de persecución penal del Estado. Otras veces, por más que el imputado sea absuelto- no se considerará al Estado como vencido y, en consecuencia, no se lo hará responsable de las costas.

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

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

Los sistemas procesales suelen regular estos problemas en mayor o menor medida, aunque existe una contraproducente-tendencia a no efectuar regulaciones precisas sobre la cuestión de las costas. Esto ha contribuido, en cierto modo, a fomentar utilizaciones irresponsables del proceso penal (por ejemplo, como método extorsivo o en el papel de una «agencia ejecutiva de cobro de deudas»), que desnaturalizan su esencia. Por otra parte, los jueces penales siempre han sido proclives a restarle importancia a la cuestión y, de ese modo, también ellos han fomentado esa distorsión impune del proceso penal.

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

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

6. *La revisión de la sentencia firme*

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



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

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

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

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

- a) cuando la valoración jurídica del caso ha cambiado en virtud del principio de retroactividad de la ley más benigna;

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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



La respuesta también debe ser afirmativa. El ejercicio del poder penal del Estado es un poder de tan alta intensidad, que sólo se comprende una verdadera limitación, garantizadora de los derechos de las personas, si ese poder sólo se puede ejercer una vez. Dicho de un modo figurado, el Estado «tiene una escopeta con un solo cartucho- si queremos que los ciudadanos vivan en una situación de seguridad, debemos afrontar colectivamente los costos de aquellos casos en los que el disparo se inutiliza por las malas artes del imputado». En términos globales, es más peligroso admitir el poder del Estado para revisar las absoluciones.

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



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



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

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

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



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

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



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

Este principio general que requiere de «información nueva» se suele plasmar en los distintos sistemas procesales por medio de ejemplos tradicionales o que, según la experiencia histórica, constituyen los casos tradicionales de revisión.

Ellos son:

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

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



Existe también una modalidad «indirecta» de revisión, que se habilita cuando otra sentencia -penal o de otro tipo- que le había servido de base es, por su parte, revisada. Por ejemplo: una sentencia había declarado válido un matrimonio y sobre esa base se dictó una condena por bigamia; si luego se declara nulo el primer matrimonio, la condena por bigamia es revisada.



Un tercer caso de revisión se da cuando el Juez ha dictado deliberadamente una sentencia en contra de la información perteneciente a la causa o en contra de la ley. El caso más común es el del *prevaricato* -delito funcional de los jueces-.

También pueden existir casos en los que el delito de prevaricato no sea tipificado como tal, pero exista una grave infracción a los deberes del Juez. Supongamos como ejemplo el caso de un Juez que dictó una sentencia que ha quedado firme pero, en realidad, lo hizo antes de haber sido nombrado formalmente o luego de haber sido destituido.

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

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

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

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



Esta última es la posición correcta. Una condena, aun dejando de lado todos sus efectos jurídicos, siempre significa un estigma, más gravoso aún si se trata de un inocente injustamente condenado. Por lo tanto, la revisión de la sentencia se puede plantear en cualquier momento, aun cuando la pena hubiere terminado de cumplirse, cuando el delito hubiere prescrito, etc.



Se discute, también, si la revisión debe ser una acción personal o puede ser planteada, por ejemplo, por los herederos del condenado difunto. Entiendo que la condena de un inocente es un acto extremadamente irritante e inadmisibles en un estado

de derecho. Por lo tanto, no se debe poner límite alguno a la revisión y se debe permitir restaurar la memoria de un condenado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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



Si no es necesario realizar una instrucción suplementaria, el Tribunal competente -que ha declarado admisible el recurso-

se abocará al fondo del problema y revisará la sentencia condenatoria. Si fuera posible dictar la nueva sentencia solo con los nuevos elementos de prueba -aquellos que tienen una virtualidad propia como para modificar el fallo (es el mencionado caso de la aparición con vida d- supuesto muerto), el tribunal procederá a *cambiar* la sentencia. Si, por el contrario, se tratare de nuevos elementos de prueba que sólo adquieren valor en conjunción con los ya incorporados o bien se trata del Juez inicuo, el Tribunal *anulará* el fallo anterior y mandará que se realice un nuevo juicio, que seguirá las reglas comunes - «reenvío»-.

De un modo sintético, éstas son las reglas procesales relativas a la revisión del fallo firme. Normalmente, se pone en marcha a petición del interesado; pero nada obsta para que sea el Tribunal quien desencadene, de oficio, la revisión. Insisto: la sola posibilidad de condenar a un inocente o la imposición de una pena injusta es algo tan irritante para el estado de derecho que *no pueden existir limitaciones en la instancia*. Inclusive, cualquier persona podría realizar el planteo ante los tribunales, ya que no sólo se halla en juego el interés del damnificado por el fallo injusto, sino la credibilidad de la administración de Justicia como institución social.

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

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

Indemnización Una de las consecuencias más importantes de una condena revisada es la *indemnización al condenado que ha sufrido injustamente*. Esta indemnización ha adquirido el carácter de un

derecho humano básico, establecido en el *Pacto de San José de Costa Rica*, la cual establece:

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

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

7. Bibliografía

Por último, esta sección busca abrir el panorama intelectual del alumno lo que es imprescindible dado el carácter introductorio de este libro. Por esta misma razón la selección que aquí incluiremos no sigue otro criterio que el de señalar caminos posibles, puertas que el alumno deberá traspasar por sí mismo si se halla interesado. La selección bibliográfica responde, pues, a un criterio pedagógico puramente personal. Cada profesor sugerirá otras obras que le parezcan significativas o estimulantes. Lo importante es que el alumno sienta que su superación intelectual es posible, que ésta siempre comporta una aventura y un riesgo, pero que no existe otra forma de crecer que no sea con audacia y asumiendo esos riesgos. La universidad no debe jamás matar vocaciones Intelectuales. Ese quizás sea su peor pecado.

AA.VV.: «La realidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal», en *La implementación de la reforma procesal penal*, C.D./CPU-N.CS, Chile, 1996.

BARCELLONA, Pietro: *El uso alternativo del Derecho*, Fontanella.

—, y COTRURRI: *El Estado y los juristas*, Fontanella, 1976.

BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, trad. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986.

BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, trad. Fenech, Labor, Barcelona, 1945.

BINDER, Alberto: *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

—, *El proceso penal*, Ilanud, Costa Rica, 1992.

—, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BOVINO, Alberto: *Problema del Derecho procesal penal con-*

- temporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- CAFFERATA NORES, José I.: *La excarcelación*, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- , *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- , *Temas de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- , *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983.
- CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1977/98.
- , *Opúsculo de Derecho criminal*, Temis, Bogotá.
- CARRIÓN, Alejandro: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A.: *Tratado de Derecho procesal penal*, 7 vols., Ediar, Buenos Aires, 1960—1968.
- , *Derecho procesal penal*, 3 vols., Lerner, Córdoba, 1984-1985.
- D'ÁLBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación*, comentado, 3a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- DE LA RÚA, Fernando: *El recurso de casación*, Zavalía, Buenos Aires, 1973.
- , *Proceso y justicia*, L.E.A., Buenos Aires, 1980.
- DUSSELL, Enrique: *Ética de la liberación*, Trotta, Madrid, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1996.
- , *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987.
- FLORIÁN, Eugenio: *Elementos de Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1933.
- GOLDSCHMIDT, James: *Principios generales del proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1961.
- , *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936.
- GORANSKY, Mirna: «Un juicio sin jurados», AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- LEVENE, Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

- MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- , *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Editores del Puerto, 1995.
- , *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Ediciones L.E.A., Buenos Aires, 1981.
- , *La ordenanza procesal penal alemana*, 2 vol., Depalma, Buenos Aires, 1978-1982.
- , y otros: *El Ministerio Público en el proceso penal*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, 4 vols., trad. S. Sentís Mellendo y M. Ayerza Redín, Ejea, Buenos Aires, 1951.
- NÚÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal comentado*, Lerner, Córdoba, 1986.
- ODERIGO, Mario A.: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973.
- PASTOR, Daniel: «El encarcelamiento preventivo», AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- ROXIN, ARTZ y TIEDEMAN: *Introducción al Derecho penal y Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1984.
- ROXIN y otros: *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- RUBIANES, Carlos: *Manual de Derecho procesal penal*, 4 vols., Depalma, Buenos Aires, 1976-1986.
- SCHMIDT, Eberhard: *Fundamentos constitucionales del Derecho procesal penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- SUPERTI, Héctor: *Derecho procesal penal*, Juris, Buenos Aires, 1998.
- TOCORA, Fernando: *Política criminal contemporánea*, Temis, Bogotá, 1997.
- VAN DIKE, Vernon: *Ciencia política: un análisis filosófico*, Tecnos, Madrid, 1962.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: *Curso de Derecho procesal penal*,

Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.

—, *Derecho procesal penal*, 2 tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995-97

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, 3 vols., Lerner, Córdoba, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio: *Sistemas penales y derechos humanos en América latina*, Depalma, Buenos Aires, 1984—1986. y otros: *El sistema penal argentino*, Ad—Hoc, Buenos Aires, 1992.

8. APÉNDICE 8-A

FUNCION PRACTICA DE LA DOGMATICA PENAL

Posiblemente quien lea estas páginas ya sepa la respuesta al interrogante del subtítulo, por lo menos en términos conceptuales. No, teoría y práctica no constituyen mundos separados sino que, al contrario, se influyen mutuamente y de un modo constante.

Pero si el lector es juez, por ejemplo, cuando llegue a su despacho se encontrará con cientos de procesos sin resolver, decenas de decisiones que tomar ese mismo día, instrucciones que emitir a los integrantes del Juzgado, varias entrevistas que conceder y todo ello en casos sencillos, casos complejos, casos urgentes y otros respecto de los cuales toda la ciudadanía está pendiente.

El juez de nuestro ejemplo sabe perfectamente que no le alcanza con dictar una resolución muy bien fundamentada y abandonar los otros cien casos. El será juzgado por la bondad de sus resoluciones, por la claridad en la exposición de los motivos, por la rapidez del despacho, por la humanidad del trato al imputado, testigos y víctimas. En fin, una enorme tarea práctica que ningún ser humano podría cumplir satisfactoriamente. ¿Qué espacio me queda para fundar teóricamente las decisiones, actualizarme y profundizar en cada tema? pensará nuestro juez. Además de todo esto, cansado llegara a su casa y allí lo esperarán un sinnúmero de otros problemas, económicos, familiares, domésticos, etc.; y si nuestro juez, con gran disciplina, todavía encuentra espacio mental para dedicarle algún tiempo a la lectura teórica, probablemente carezca de los libros adecuados. Así el sueño lo vencerá mientras, quizás, recuerde algún tema sobre el que tenía dudas y sobre el que deberá fallar sin mayores elementos. ¿Qué podrá significar en ese con-

texto preciso la afirmación de que la teoría y la práctica no constituyen mundos diferentes? ¿Es verdadera? ¿Es realista?. Si el lector es un fiscal probablemente le ocurra algo similar, agravado por el hecho de que sus dictámenes -si se fundan en razones «teóricos»- rara vez son apreciados, por lo que a las dificultades se le suma la sensación de un trabajo inútil. Y lo mismo le sucederá al abogado defensor, pero con la agravante de que su cliente o los familiares de su defendido le dirán que más que presentar escritos enjundiosos ellos lo que quieren es que hable con tal o cual persona, con quien tramita la causa, con el juez o el secretario.

En definitiva, quienes están inmersos en la vida judicial cotidiana sentirán que más que un análisis teórico lo que necesitan saber son los ritos, los caminos para acceder a las personas, los formalismos propios de las presentaciones judiciales, los gestos necesarios. Todo eso que podemos englobar bajo el rótulo de la «cultura judicial cotidiana». ¿Es realista, en ese contenido, la idea de que la práctica y la teoría deben ir de la mano?.

Y todos los jueces, fiscales, defensores y profesores recordarán que cuando eran estudiantes les sucedía algo similar: «lo importante es saber el código, si es de memoria mejor». Por más que el estudiante tuviera alguna inquietud teórica, luego los exámenes se referían a algún detalle de la legislación vigente y pasar los exámenes es el principal objetivo de cualquier estudiante del mundo.

Además, quien recién egresa percibe que lo que le han enseñado en la Universidad no le sirve para mucho y entonces le echa la culpa a una «enseñanza teórica» que en realidad nunca ha recibido.

Si ahora el lector cambia de dimensión y decide hojear cualquier manual moderno de derecho penal encontrará discusiones acerca de la estructura del tipo penal, sobre la imputación objetiva, la teoría limitada de la culpabilidad, el error de prohibición, el error sobre las excusas absolutorias, la adecuación social de la conducta, la teoría del riesgo permitido, la influen-

cia de la concepción sobre el fundamento de la pena en la solución de los problemas dogmáticos, el problema del tipo subjetivo del delito imprudente... y, perplejo, se preguntará: ¿Qué tiene que ver esto con la práctica? Sentirá que esos problemas que llenan páginas y páginas de la literatura moderna no tienen ninguna conexión con su trabajo diario, con sus inquietudes y menos aún con sus necesidades de capacitación. ¿Tiene razón?

Carece de sentido proclamar la indisoluble unión de la dogmática penal y la práctica penal sin considerar el ambiente o medio real en el que se debe materializar esa unión. Porque lo cierto es que existe un abismo entre los desarrollos doctrinales modernos y la práctica penal concreta.

«... lo cierto es que existe un abismo entre los desarrollos doctrinales modernos y la práctica penal concreta.»

Si pretendemos hablar del tema como si ese abismo no existiera, sólo estaríamos repitiendo palabras gastadas que todos sentirán que no nos sirven para mejorar la . práctica. Si, por el contrario, nos dejamos ganar por el escepticismo y pensamos que nada se puede hacer porque todo se ha hecho así desde hace mucho tiempo y nadie va a cambiar de mentalidad a esta altura de su vida, nos conviene dejar de leer estas líneas en este mismo momento.

los cambios no se producen de un modo mágico ni repentino y muchas veces responden a largos procesos evolutivos. Pero esos procesos se nutren de decisiones personales de cambiar y esas decisiones se pueden tomar ya, aquí y ahora, desde este preciso instante.

El problema sigue pendiente. ¿Cómo romper este real o aparente círculo vicioso? ¿Cómo encarar este tema para que nos motive a una reflexión profunda, tanto personal como colectivamente? «La teoría y la práctica penal no constituyen mundos separados, al contrario, ellas se influyen mutuamente y de un modo constante». ¿Será verdad?

Las cuatro dimensiones «prácticas» de la dogmática penal.

El punto de partida esencial para un acercamiento entre la dogmática penal y la práctica penal consiste en la toma de conciencia de que la dogmática penal debe tener una referencia obligada y directa a la «realidad». Aquí la palabra realidad tiene diversos significados. En primer lugar significa el conjunto de normas penales contenidas en la Constitución, en el Código Penal y en la legislación complementaria.

En segundo lugar «realidad» significa la práctica concreta de los tribunales que se evidencia en la jurisprudencia en todos los niveles de la judicatura. En tercer lugar significa las prácticas concretas de los otros sujetos procesales. Y, por último, también implica los efectos sociales del ejercicio del poder penal y la percepción social del funcionamiento de la justicia penal.

Que la dogmática penal se debe referenciar a la realidad significa que debe tomar en cuenta todas esas dimensiones. Por supuesto que ella no se ocupa del mismo modo de todos estos sectores de la realidad, pero sí se relacionar*á*, directa o indirectamente, con todos ellos.

Esta referencia a la «realidad» se logra a través de cuatro funciones básicas:

a) Función racionalizadora.

Weizel nos dice: «Misión de la ciencia penal es desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídico-penales en su conexión interna, es decir, sistemáticamente. Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitario y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad».

El derecho penal se refiere al uso que hará el Estado del poder penal. Y la realidad del poder penal es tan fuerte, tan violenta (basta con recorrer una cárcel para darse cuenta de ello) que

todos los funcionarios y magistrados encargados de aplicar ese poder penal deben tratar de evitar su arbitrariedad.

Por eso, la dogmática penal se ha propuesto elaborar un «modelo para la toma de decisiones», es decir, ha tratado de desarrollar un método que le sirva al juez -primordialmente, pero no sólo a él- para tomar las decisiones relativas al ejercicio del poder penal del modo más seguro posible.

Cualquier juez sabe que tomar la decisión de encerrar a una persona en prisión no es fácil, que siempre queda el temor de haberse equivocado, de no haber prestado la atención debida a algún detalle, de no haber dado, la suficiente importancia a un elemento de prueba. dogmática penal no puedo asegurar que todas la decisiones sean correctas pero puede ayudar a disminuir el margen de error.

La dogmática penal busca que el juez razone de un modo ordenado y económico, evitando el desgaste jurisdiccional. Por eso, tal como veremos en la segunda parte, se presenta como un sistema de preguntas que funcionan a manera de filtros y sólo cuando se ha respondido adecuadamente a todas esas preguntas (ordenadas alrededor de los grandes temas de ilicitud, de la culpabilidad y de la punibilidad) se llegará a la conclusión de que se puede imponer una pena y con qué intensidad.

El proceso de interpretación del derecho no es un proceso en abstracto; al contrario, se hace siempre por referencia a un caso concreto que busca una solución. la dogmática penal, a través de su función sistematizadora, hace más comprensible el derecho penal. Por eso ha elaborado un conjunto de instrumentos conceptuales al servicio de una interpretación más precisa del derecho vigente.

Y toda esta labor está al servicio de una administración de justicia más justa e igualitaria.

Por supuesto la utilización de la dogmática penal no es garantía por sí misma, como si pudiéramos reducir el derecho a una matemática social. Pero en la medida en que el método de análisis de un caso es más preciso, más detallado y más ordenado, se reduce el margen de arbitrariedad y se traslucen las

necesidades de justicia de cada caso concreto.

«El proceso de interpretación del derecho no es un proceso en abstracto; al contrario, se hace siempre por referencia a un caso concreto que busca una solución»

Pero aquí es necesario ser honestos: no es cierto que un juez, porque así lo decida, mañana mismo podría empezar a utilizar los elementos conceptuales propios de la dogmática penal. Necesitará un pequeño período de actualización (la segunda parte de esta nota busca orientarlo en ese sentido), pero pronto verá que este esfuerzo inicial adicional se traducirá en una verdadera ganancia de tiempo y trabajo.

los casos judiciales tienden a repetirse, porque en cada época o momento social tienden a repetirse los tipos de delitos que se cometen. la profundización de un determinado tipo de caso facilitará las respuestas a otros que presentan las mismas características. Además, le permitirá al juez comprender mejor en qué nivel se ubican los requerimientos de los otros sujetos procesales (el defensor o el fiscal, por ejemplo).

De este modo, la utilización correcta de la teoría del delito se convierte en un elemento de economía procesal evidente y altamente necesario en sistemas judiciales en donde los recursos, en especial los recursos humanos, son muy escasos.

b) Función de traslado

Existe otra dimensión práctica de la dogmática penal de gran trascendencia. la Constitución, los Pactos Internacionales y el mismo Código Penal toman grandes decisiones de política criminal, tanto en el sentido de las garantías como en el de la distribución del poder penal.

Suele ocurrir que estas grandes decisiones quedan escritas en los textos pero poca vigencia tienen en la realidad cotidiana de la práctica judicial. Es aquí en donde la dogmática penal cumple una función integradora del orden jurídico, haciendo que esas grandes decisiones sean trasladadas al caso concreto sin distorsiones.

Por eso la dogmática penal moderna no sólo se ocupa de la racionalidad o lógica del sistema, sino fundamentalmente de esa función de traslado. Si los instrumentos conceptuales de la dogmática penal no sirven para que esas grandes decisiones tengan una vigencia absoluta en el caso concreto, más allá de la racionalidad del sistema, algo estará fallando.

Esta función de traslado es una de las funciones más importantes de la dogmática penal y contribuye a la legitimidad y credibilidad de la administración de justicia penal, ya que ella sólo será legítima y, por lo tanto creíble, si se trata de una administración de justicia que cumple con la Constitución.

¿De qué sirve, por ejemplo, el establecimiento del principio de legalidad, si luego en el caso concreto se practica la analogía in malam partem? ¿De qué sirve la admisión del principio de culpabilidad, si luego se condena por presunciones o por simples resultados o se le priva al error de todos sus efectos? ¿De qué sirve que el Código Penal diferencie entre autores, cómplices, instigadores, etc. si, luego en la práctica, no se harán estas distinciones?

«¿De qué sirve la admisión del principio de culpabilidad, si luego se condena por presunciones o por simples resultados ...?»

El orden jurídico penal no puede funcionar como un conjunto de leyes inconexas; ello se traduce siempre en arbitrariedad, tratamiento desigual, etc. Por eso la utilización de la dogmática penal por parte de los jueces es una de las mejores formas de dotar al orden jurídico de la flexibilidad, completud, adaptabilidad y coherencia propias de un verdadero sistema jurídico.

Es por ello que la dogmática penal se ordena de arriba hacia abajo, es decir, desde las grandes decisiones político-criminales hacia los detalles de la sistematización legislativa. Un defecto corriente de nuestros sistemas de administración de justicia es que se suele aplicar sólo la legislación de segundo grado (Código Penal, por ejemplo) sin tener en cuenta que esa legislación sólo tiende validez si formal y materialmente se adecua a la legislación superior, en especial a la Constitución. La dogmática penal, construida desde la Constitución, es un

modo de depurar a la legislación secundaria de todos los vicios constitucionales que conlleva, en especial cuando ha cambiado una Constitución sin haber cambiado el Código Penal.

c) Función de control

Todo sistema judicial debe tener un sistema de control de las decisiones, en especial el sistema de justicia penal. Desde la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, que establece el derecho a un recurso, la existencia de algún tipo de control se ha convertido en una condición de legitimidad de cualquier sistema judicial.

Pero muchas veces nos conformamos con un sistema de control formal, antes que sustancial: con la existencia de prácticas rutinarias respecto a los recursos (apelaciones, consultas, casación), que no se traducen en un control real de las resoluciones judiciales y, al contrario, dilatan el proceso sin beneficio para nadie.

«Pero muchas veces nos conformamos con un sistema de control formal, antes que sustancial ...»

El sistema de control de las decisiones esta íntimamente ligado a la garantía de fundamentación de las resoluciones judiciales. Si observamos con honestidad la realidad de la fundamentación de las resoluciones judiciales podremos observar que, en verdad, ellas carecen de toda fundamentación.

Si les quitamos a las sentencias, por ejemplo, todo lo que tienen de relato del hecho, de síntesis de los recursos de las partes, de enunciados formales, descubriremos que, en lo que se refiere a fundamentación pura no suelen pasar de diez a quince renglones. Además, esa escueta fundamentación no suele ser ni tan clara ni tan precisa como para decir que, efectivamente, esa decisión está fundamentada.

la dogmática penal, con su sistema de análisis estratificado y preciso, está al servicio de una verdadera fundamentación y por ello al servicio de un verdadero control de las resoluciones judiciales. Por otra parte, muchos recursos no significan

necesariamente un mayor control; sino que, una mejor fundamentación siempre permite un mayor control.

d) Función ordenadora de la discusión procesal

El proceso penal, si está correctamente estructurado, implica una discusión de los hechos y acerca del derecho aplicable. Por supuesto, esta discusión no está totalmente separada porque la subsunción de los hechos al derecho y la selección del derecho aplicable es un camino de ida y vuelta de los hechos a la norma y de la norma a los hechos.

«El proceso penal, si está correctamente estructurado, implica una discusión de los hechos y acerca del derecho aplicable.»

Lo cierto es que nuestros sistemas procesales no se caracterizan por una profunda discusión en ninguno de los dos niveles. Y ello se debe, por un lado, a la falta de una estructura acusatorio; por otro lado, a la falta de un lenguaje común y técnicamente preciso por parte de todos los sujetos procesales.

Cuántas veces un juez no ha sentido que no termina de entender qué es lo que un defensor o fiscal quiere probar o discutir. ¿Qué el hecho no existió? ¿Qué no es típico? ¿Qué el imputado actuó en legítima defensa? ¿O simplemente que es una buena persona y se equivocó?

los planteas judiciales suelen ser tan difusos y confusos que cuesta establecer el verdadero objeto de la controversia. lo mismo ocurre con los recursos, aún en aquéllos de mayor contenido técnico como es el de casación. la dogmática común brinda un espacio conceptual y lingüístico común al servicio de la controversia judicial y de la profundización del carácter acusatorio de un buen sistema de justicia penal.

Las cuatro dimensiones «teóricas» de la práctica penal.

Hasta aquí hemos visto cómo la dogmática penal, en especial la teoría del delito, cumple cuatro funciones prácticas esenciales (racionalización, traslado, control y ordenatoria). Pero en la

práctica penal también encontramos actividades o dimensiones que son ininteligibles sin una determinada orientación «teórica».

a) Selección de casos

Más allá de la discusión sobre el grado de alcance que debe tener el principio de legalidad procesal (todos los delitos deben ser perseguidos), todo sistema procesal tiene mecanismos de selección de casos.

La desestimación, los casos de sobreseimientos, la extinción de la acción, o las simples prácticas de hecho (abandono relativo del caso) son formas de seleccionar los casos a los que se les dará prioridad. ¿Sobre qué bases se hará esta selección? Sin duda sobre alguna forma de análisis del caso, según ciertos criterios.

Esos criterios podrán ser informales e intuitivos, pero siempre se hace sobre la base de otros criterios. «Estos casos no porque no llegarán a nada», estos otros tampoco porque son «insignificantes», éstos porque son muy «difíciles» y otros tantos criterios correctos, incorrectos y a veces ilegales.

Pero lo cierto es que este proceso de selección se hace siempre, consciente- O inconscientemente, sobre un determinado horizonte teórico. Cuanto más consciente sea ese proceso mayor facilidad, racionalidad, legalidad y justicia tendrá ese proceso de selección de los casos. la dogmática penal otorga, precisamente, los elementos conceptuales necesarios para facilitar esa tarea.

b) La selección de la prueba

Sea correcto o no, lo cierto es que buena parte de la actividad de la justicia penal se refiere a la recolección de pruebas. Es imposible realizar una investigación sin un análisis jurídico del caso que se debe investigar. ¿Qué se tratará de probar? ¿Qué elementos requiere la adecuación típica?

Todas estas cuestiones influyen directamente sobre cualquier estrategia de investigación (en realidad no puede existir una estrategia de investigación sin una comprensión previa del caso) y todo ello repercutirá directamente sobre el resultado Final de la actividad judicial.

«Es imposible realizar una investigación sin un análisis jurídico del caso que se debe Investigar.»

Nuevamente, consciente o inconscientemente, siempre se hará la comprensión sobre un horizonte teórico que, si es consciente y ordenado, mucho mejor.

c) La valoración de la prueba

Exactamente lo mismo ocurrirá con la valoración de la prueba, una de las bases estructurales de toda la actividad judicial. Si modernamente se ha abandonado o se busca abandonar el sistema de pruebas tasadas o legales, porque significa maniatar al juez, se proclaman las bondades de un sistema de libre convicción con expresión fundamentada del raciocinio sobre la prueba (sana crítica), es evidente que el juez necesita un hilo conductor para la valoración de la prueba.

Ese hilo conductor siempre será algún tipo de referencia al significado jurídico de los hechos. Nuevamente aquí el horizonte teórico es ineludible. la dogmática penal se constituye en el mejor hilo conductor para hacer de un sistema libre de valoración de la prueba un verdadero sistema racional (sana crítica).

d) Ordenamiento del proceso

El proceso penal necesita un orden para ser eficaz.

Si se deja que la rutina imponga ese orden el proceso suele ser ineficaz. Si se deja que los «papeles» impongan el orden (lógica del sumario) el proceso se convierte en algo muerto, Rígidamente, alejado de la realidad.

El orden procesal es un orden de prioridad en las discusiones

(de lo incidental a lo sustancial) que debe apuntar siempre a llegar al fondo del asunto. Por el contrario, los procesos penales «laberínticos» son aquéllos que siempre priorizan lo incidental por sobre el fondo del asunto.

Este ordenamiento procesal sólo es posible de realizar sobre la base, nuevamente, de una comprensión teórica del caso, que se hará consciente o intuitivamente.

«El proceso penal necesita un orden para ser eficaz»

Vemos que todos quienes trabajan en la actividad judicial están aplicando, consciente o inconscientemente, elementos teóricos continuamente. Mientras no se racionalice esa utilización ni se la haga transparente, no sólo la administración de justicia se vuelve más arbitraria sino que se produce un enorme desgaste judicial por planteas insustanciales, por marchas y contramarchas del proceso, por recursos inútiles, por repeticiones, por desorden procesal.

Si se aplicaran los instrumentos teóricos de la dogmática penal lograríamos simplificar la actividad judicial cotidiana y algo todavía más importante: lograríamos que muchas personas no pasen inútilmente (y en ocasiones, ilegalmente) años de su vida en la cárcel.

APENDICE 8-B

ENTRE LA DEMANDA DE SEGURIDAD Y LA RESPUESTA VIOLENTA

1. Cuando se plantea el problema de la seguridad, en especial cuando se trata de la seguridad de las grandes ciudades, pronto sentimos que nos hallamos ante un problema sin solución. Y es posible que ello sea cierto en un último sentido. Sin embargo, antes de ingresar tan rápidamente en el desaliento nos conviene desbrozar el camino de círculos viciosos, prejuicios y caminos trillados que nos dejan inermes y muchas veces sin esperanza.

2. En primer lugar, creo necesario analizar con mayor precisión en que consiste la demanda de seguridad. En segundo lugar, reflexionar sobre su legitimidad, en especial cuando se la relaciona con los principios de una sociedad democrática. En tercer lugar, quisiera indicar algunos de los contenidos de una política de seguridad para concluir, finalmente, debatiendo sobre las posibilidades y límites de esa política.

3. Creo que debemos comenzar por definir el problema tratando de no confundir ese problema con la falta de una solución. La definición del problema nos debe servir para hallar diversos cursos de acción. Si confundimos la ausencia de uno de esos cursos de acción con el problema mismo, nos quedamos sin definición del problema y probablemente sin curso de acción, es decir, construimos un falso problema. Por ejemplo sin decimos «existe inseguridad porque la policía es permisivo» no estamos definiendo el problema sino señalando la ausencia de un tipo determinado de curso de acción (una actuación policial no permisivo o de «mano dura») pero ¿Cuál es el problema? Lo hemos dejado sin definición y por lo tanto carecemos de diversos cursos de acción. Así solemos construir muchos de los círculos viciosos que impiden construir verda-

deras políticas de seguridad.

4. Por otra parte, debemos considerar los distintos niveles de problemas. El problema debe tener elementos que estén a nuestro alcance resolver, es decir, variables que tengan algún tipo de control. Puede ser que un elemento o variable sea controlable pero en otro nivel. Confundir los niveles de problemas es otro modo de construir aporías que impiden la construcción de verdaderas soluciones. Por ejemplo, una mala ley puede ser un elemento o variable del problema, pero seguramente no es una variable controlable en determinados niveles, aunque sí en otros, por ejemplo para los legisladores.

5. Muchas veces creemos que la demanda de seguridad nace del vacío. No es así, ella es la reacción que tienen los ciudadanos frente al nivel de conflictividad que los rodea y al modo como el Estado interviene en esos conflictos. Este es un paso importante en la definición del problema pues muchas veces no se toma conciencia de que vivimos en una sociedad que ha aumentado enormemente sus niveles de conflicto. A ese conflicto lo podemos nombrar de muchas maneras (desempleo, delito, violencia doméstica, exclusión, etc.), pero no por ello pierden sus características comunes de contradicción de intereses.

6. ¿Qué de hacer una sociedad con sus conflictos? Muchas y diversas acciones, ya que no hay que creer que un conflicto es siempre algo dañino para el grupo social. Por ejemplo, que no se acepte vivir sumisamente en la miseria o en el desempleo es algo positivo. Que no se acepte la consolidación de valores que cristalizan la desigualdad también lo es. Pero una sociedad no puede vivir indiferente a esos conflictos o conformarse con ponerles nombres diferentes.

7. Generalmente, tras esas políticas «distráidas» o que se conforman con nombrar a los conflictos existe una forma autoritaria y poco eficaz: de lo que se trata es de mantener el «orden» y para ello usar las fuerzas legítimas. De este modo se pretende que si el orden es un orden democrático y si la fuerza es legítima la política de seguridad ya está construida. Por

razonar de esta manera llegamos a casi una completa identificación de la política de seguridad con el problema policial. Y el problema policial es un instrumento de la política de seguridad -no siempre el más importante. Por eso debemos aclarar que la primera dimensión del problema de seguridad es el aumento de la conflictividad en la mayor parte de los sectores sociales y no el problema policial.

8. La otra dimensión del mismo problema, es decir, de la demanda de seguridad, proviene del hecho que en la enorme mayoría de estos conflictos siempre prevalece el que tiene poder. Es decir, se resuelven en términos de abuso de poder. Es tanto abuso de poder que alguien se apodera de la propiedad de otro, o que use su fuerza física para agredirme, o el poder de estar organizado en bandas o de estar amparado por el poder o de gozar de privilegios por estar en la función pública. Todas son formas de abuso de poder. Por eso, si analizamos bien, los ciudadanos nos están diciendo que quieren vivir con muchos menos conflictos y que esos conflictos no se resuelvan siempre a favor del que puede abusar del poder que tiene.

9. En definitiva, una política de seguridad está enmarcada por dos fenómenos básicos: uno la hiperconflictividad social el otro la impunidad estructural.

10. ¿Cómo debe una sociedad democrática enfrentar este problema? En primer lugar, abandonando el paradigma simplista e inútil de la restauración del orden, por más que sea el «orden democrático». El modelo de la restauración del orden convierte todo el problema en un problema de autoridad e inicia el camino del uso creciente de la violencia. Por ello la primera condición de legitimidad proviene de la diversificación de respuestas, de modo tal que la violenta sea la última y no la primera.

11. Ello nos lleva al problema de la ineficiencia. Solemos recurrir rápidamente a la violencia como un modo de esconder los graves problemas de ineficiencia que existen en todos los niveles de intervención en los conflictos. Los programas de

prevención suelen tener graves deficiencias de diseño o de gestión, no existen formas de mediación comunitaria, no existen tribunales vecinales, no hay modo de recurrir a la justicia, no se investiga, los procesos demoran años, en fin, el universo de la ineficiencia es enorme y se lo pretende ocultar usando una violencia, las más de las veces simbólica. Del mismo modo que se utilizan los gritos o los golpes en los grupos pequeños para ocultar la falta de capacidad para enfrentar los problemas por otros medios.

12. Por eso podemos decir que las llamadas políticas de mano dura son políticas mentirosas, porque no se hacen cargo de la necesidad de diversificar las formas de solución, es decir, no abordan el problema de la hiperconflictividad y en segundo lugar porque no se hacen cargo del universo de ineficiencia. Con su simplismo autoritario terminan por agravar el problema ya que introducen una nueva forma de abuso de poder, generalmente el de las fuerzas policiales.

13. Una política de seguridad verdaderamente democrática debe aprender a definir el problema en toda su complejidad y diversidad. Por ello debe hacerlo definiendo unidades locales. No se trata de hablar de la inseguridad en términos generales sino en zonas determinadas, ya que los tipos de conflictos y las modalidades de abuso de poder serán diferentes.

14. Para ello, al igual que toda política pública, debe contar con información. Contar con información sobre los modos de conflictos es el primer paso. A partir de allí debemos contar con información de los recursos disponibles para intervenir en esos conflictos (tanto a nivel municipal, provincial, nacional o internacional). Con ellos se debe tener capacidad de construir una estrategia de intervención que asuma la mayor cantidad de variables posibles y se haga cargo de los problemas de gestión (incluido el financiamiento de la gestión). Aparecerán problemas particulares, tales como la construcción del consenso, la impaciencia social, la indiferencia o la incredulidad, en fin, una gama de situaciones que en cada lugar y momento deberán ser tomados en cuenta.

15. En la construcción de esta estrategia de respuesta es donde aparece con nitidez el problema policial. Porque a medida que realizamos una política de seguridad orientada a los problemas concretos y locales aparece con mayor nitidez el grado de ineficiencia y burocratización del instrumento policial, así como del judicial. Estos son dos de los problemas estructurales del universo de ineficiencia que deben ser encarados con urgencia. Por eso una política de seguridad no puede desatender al problema policial así como al problema de la justicia que aparecen como los dos obstáculos principales para la construcción de nuevas políticas de seguridad.

16. Finalmente, no debemos creer que todo es un problema de seguridad. En la base de esta cuestión se encuentra un problema mayor: el modo como nuestra sociedad y nuestra cultura está dispuesta a construir la paz, que entiende por ella y cuales son sus condiciones. Vivir en paz es un anhelo milenario. El problema principal es como lograr vivir en paz, una paz para todos, no sustentada en el miedo ni en la sumisión. Y todos sabemos una verdad elemental que en estos tiempos se oculta con tesón: si no hay justicia en las relaciones sociales la paz siempre se escurrirá en las grietas de una sociedad sin igualdad y sin dignidad. Este último no es un problema de seguridad.

9. DOCUMENTOS

Declaración Universal de Derechos Humanos.

A.G. res. 217 A (I 11), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948).

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

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.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de someterse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitradas en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.VIII.82 doc. 6 rev. I p. 17 (1992).

Artículo IX.

Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.

Artículo X.

Derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia. Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.

Artículo XVIII.

Derecho de justicia.

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo XXV.

Derecho de protección contra la detención arbitraria.

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligacio-

nes de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Artículo XXVI.

Derecho a proceso regular.

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, Sede sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimpreso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.Wil.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992).

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso

no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarlos.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

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;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a

declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de someterse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitradas. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Artículo 11

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

Adoptado por la Asamblea General en su resolución 341169, de 17 de diciembre de 1979

Artículo 1

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

Comentario:

- a) La expresión «funcionarios encargados de hacer cumplir la ley» incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.
- b) En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.
- c) En el servicio a la comunidad se procura incluir especialmente la prestación de servicios de asistencia a los miembros de la comunidad que, por razones personales, económicas, sociales o emergencias de otra índole, necesitan ayuda inmediata.
- d) Esta disposición obedece al propósito de abarcar no solamente todos los actos violentos, de depredación y nocivos, sino también toda la gama de prohibiciones previstas en la legislación penal. Se extiende, además, a la conducta de personas que no pueden incurrir en responsabilidad penal.

Artículo 2

En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

Comentario:

a) Los derechos humanos de que se trata están determinados y protegidos por el derecho nacional y el internacional. Entre los instrumentos internacionales pertinentes están la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Convención de Viena sobre relaciones consulares. b) En los comentarios de los distintos países sobre esta disposición deben indicarse las disposiciones regionales o nacionales que determinen y protejan esos derechos.

Artículo 3

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

Comentario:

a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza

en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuara, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites. b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr. c) El uso de armas de fuego se considera una medida externa, Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.

Artículo 4

Las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario.

Comentario:

Por la naturaleza de sus funciones, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley obtienen información que puede referirse a la vida privada de las personas o redundar en perjuicio de los intereses, especialmente la reputación, de otros. Se tendrá gran cuidado en la protección y el uso de tal informa-

ción, que sólo debe revelarse en cumplimiento del deber o para atender las necesidades de la justicia. Toda revelación de tal información con otros fines es totalmente impropia.

Artículo 5

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Comentario:

a) Esta prohibición dimana de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General, y en la que se estipula que:

«[Todo acto de esa naturaleza], constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos [y otros instrumentos internacionales de derechos humanos].» b) En la Declaración se define la tortura de la siguiente manera:

«[...] se entenderá por tortura todo acto por el cual el funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán torturas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con

las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.» c) El término «tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» no ha sido definido por la Asamblea General, pero deberá interpretarse que extiende la protección más amplia posible contra todo abuso, sea físico o mental.

Artículo 6

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise.

Comentario:

- a) La «atención médica», que se refiere a los servicios que presta cualquier tipo de personal médico, incluidos los médicos en ejercicio inscritos en el colegio respectivo y el personal paramédico, se proporcionará cuando se necesite o solicite.
- b) Si bien es probable que el personal médico esté adscrito a los órganos de cumplimiento de la ley, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben tener en cuenta la opinión de ese personal cuando recomiende que se dé a la persona en custodia el tratamiento apropiado por medio de personal médico no adscrito a los órganos de cumplimiento de la ley o en consulta con él.
- c) Se entiende que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley proporcionarán también atención médica a las víctimas de una violación de la ley o de un accidente ocurrido en el curso de una violación de la ley.

Artículo 7

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción.

También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán.

Comentario:

- a) Cualquier acto de corrupción, lo mismo que cualquier

otro abuso de autoridad, es incompatible con la profesión de funcionario encargado de hacer cumplir la ley. Debe aplicarse la ley con todo rigor a cualquier funcionario encargado de hacerla cumplir que cometa un acto de corrupción, ya que los gobiernos no pueden pretender hacer cumplir la ley a sus ciudadanos si no pueden, o no quieren, aplicada contra sus propios agentes y en sus propios organismos.

b) Si bien la definición de corrupción deberá estar sujeta al derecho nacional, debe entenderse que abarca tanto la comisión u omisión de un acto por parte del responsable, en el desempeño de sus funciones o con motivo de éstas, en virtud de dádivas, promesas o estímulos, exigidos o aceptados, como la recepción indebida de éstos una vez realizado u omitido el acto.

c) Debe entenderse que la expresión «acto de corrupción» anteriormente mencionada abarca la tentativa de corrupción.

Artículo 8

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán la ley y el presente Código. También harán cuanto esté a su alcance por impedir toda violación de ellos y por oponerse rigurosamente a tal violación.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del presente Código informarán de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

Comentario:

a) El presente Código se aplicará en todos los casos en que se haya incorporado a la legislación o la práctica nacionales. Si la legislación o la práctica contienen disposiciones más estrictas que las del presente Código, se aplicarán esas disposiciones más estrictas. b) El artículo tiene por objeto mantener el equilibrio entre la necesidad de que haya disciplina interna en el

organismo del que dependa principalmente la seguridad pública, por una parte, y la de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos básicos, por otra. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley informarán de las violaciones a sus superiores inmediatos y sólo adoptarán otras medidas legítimas sin respetar la escala jerárquica si no se dispone de otras posibilidades de rectificación o si éstas no son eficaces. Se entiende que no se aplicarán sanciones administrativas ni de otro tipo a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley por haber informado de que ha ocurrido o va a ocurrir una violación del presente Código. c) El término «autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas» se refiere a toda autoridad o todo organismo existente con arreglo a la legislación nacional, ya forme parte del órgano de cumplimiento de la ley o sea independiente de éste, que tenga facultades estatutarias, consuetudinarias o de otra índole para examinar reclamaciones y denuncias de violaciones dentro del ámbito del presente Código. d) En algunos países puede considerarse que los medios de información para las masas cumplen funciones de control análogas a las descritas en el inciso c supra. En consecuencia, podría estar justificado que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, como último recurso y con arreglo a las leyes y costumbres de su país y a las disposiciones del artículo 4 del presente Código, señalaran las violaciones a la atención de la opinión pública a través de los medios de información para las masas. e) Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que observen las disposiciones del presente Código merecen el respeto, el apoyo total y la colaboración de la comunidad y del organismo de ejecución de la ley en que prestan sus servicios, así como de los demás funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Directrices sobre la Función de los Fiscales.

Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990

Considerando que los pueblos del mundo afirman en la Carta de las Naciones Unidas, entre otras cosas, su resolución de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia, y proclaman como uno de sus propósitos la realización de la cooperación internacional en el desarrollo y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra los principios de la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia y el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial,

Considerando que en muchos casos la realidad todavía no corresponde a los ideales en que se fundan esos principios,

Considerando que la organización y la administración de la justicia en cada país debe inspirarse en esos principios y que han de adaptarse medidas para hacerlos plenamente realidad,

Considerando que los fiscales desempeñan un papel fundamental en la administración de justicia, y que las normas que rigen el desempeño de sus importantes funciones deben fomentar el respeto y el cumplimiento de los principios mencionados y contribuir de esa manera a un sistema penal justo y equitativo y a la protección eficaz de los ciudadanos contra la delincuencia,

Considerando que es fundamental asegurar que los fiscales posean las calificaciones profesionales necesarias para el desempeño de sus funciones, mejorando los métodos de contratación y capacitación jurídica y profesional, y proporcionando todos los medios necesarios para que puedan desempeñar correctamente su función en la lucha contra la delincuencia, en particular sus nuevas formas y dimensiones,

Considerando que la Asamblea General, en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, aprobó el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, siguiendo una recomendación del Quinto Congreso de las Naciones Unidas so-

bre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Considerando que el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 16, pidió al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que incluyese entre sus prioridades la elaboración de directrices sobre la independencia de los jueces y la selección, la capacitación y la condición de los jueces y fiscales, Considerando que el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito Tratamiento del Delincuente aprobó los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, que la Asamblea General hizo suyos en las resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de diciembre de 1985,

Considerando que en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder se recomienda la adopción de medidas en los planos nacional e internacional a los fines de mejorar el acceso de las víctimas de delitos a la justicia y a un trato justo, al resarcimiento, la indemnización y la asistencia,

Considerando que en su resolución 7 el Séptimo Congreso exhortó al Comité a que examinase la necesidad de establecer directrices relativas, entre otras cosas, a la selección, la formación profesional y la condición de los fiscales, sus funciones y la conducta que de ellos se espera, los medios de mejorar su contribución al buen funcionamiento del sistema de justicia penal y su cooperación con la policía, el alcance de sus facultades discrecionales y su papel en el procedimiento penal, y a que presentase informes al respecto a los futuros congresos de las Naciones Unidas,

Las Directrices siguientes, formuladas para asistir a los Estados Miembros en su función de garantizar y promover la eficacia, imparcialidad y equidad de los fiscales en el procedimiento penal deben ser respetadas y tenidas en cuenta por los gobiernos en el marco de sus leyes y prácticas nacionales y deben señalarse a la atención de los fiscales y de otras personas tales como jueces, abogados y miembros del poder ejecutivo y legislativo, y del público en general. Las presentes Directrices se han preparado básicamente con miras a los fiscales del ministerio público, aunque son asimismo aplicables, cuando proceda, a los fiscales nombrados a título particular.

Calificaciones, selección y capacitación

1. Las personas designadas como fiscales serán personas probas e idóneas, con formación y calificaciones adecuadas.

2. Los Estados adoptarán las medidas necesarias para que:

a) Los criterios de selección de los fiscales contengan salvaguardias contra designaciones basadas en predilecciones o prejuicios y excluyan toda discriminación en contra de una persona por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, procedencia nacional, social o étnica, situación económica, nacimiento, situación económica u otra condición, con la excepción de que no se considerará discriminatorio exigir que el candidato que postule al cargo de fiscal sea nacional del país;

b) Los fiscales tendrán una formación y capacitación adecuadas y serán conscientes de los ideales y obligaciones éticas correspondientes a su cargo, de la protección que la Constitución y las leyes brindan a los derechos del sospechoso y de la víctima, y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Situación y condiciones de servicio.

3. Los fiscales, en su calidad de miembros esenciales de la administración de justicia, mantendrán en todo momento el honor y la dignidad de su profesión.

4. Los Estados garantizarán que los fiscales puedan ejercer sus funciones profesionales sin intimidación, trabas, hostigamiento, injerencias indebidas o riesgo injustificado de incurrir en responsabilidad civil, penal o de otra índole.

5. Las autoridades proporcionarán protección física a los fiscales y a sus familias en caso de que su seguridad personal se vea amenazada como consecuencia del desempeño de sus funciones. 6. Las leyes o las normas o reglamentaciones de conocimiento público se establecerán para condiciones razonables de servicio, una remuneración adecuada y, cuando corresponda, seguridad en el cargo, pensión y edad de jubilación.

7. El ascenso de los fiscales, cuando exista ese sistema, se basará en factores objetivos, especialmente en su idoneidad, capacidad, probidad y experiencia, y las decisiones que se adopten al respecto se atenderán a un procedimiento equitativo e imparcial.

Libertad de expresión y asociación

8. Los fiscales, al igual que los demás ciudadanos, gozarán de libertad de expresión, creencias, asociación y reunión. En particular, tendrán derecho a tomar parte en debates públicos sobre cuestiones relativas a las leyes, la administración de justicia y el fomento y la protección de los derechos humanos y a adherirse a organizaciones locales, nacionales o internacionales o constituir las y a asistir a sus reuniones, sin que sufran relegación profesional por razón de sus actividades lícitas o de su calidad de miembros de organizaciones lícitas. En el ejercicio de esos derechos, los fiscales procederán siempre de conformidad con las leyes y los principios y normas éticas reconocidos en su profesión.

9. Los fiscales podrán constituir asociaciones profesionales u otras organizaciones, o incorporarse a ellas, con el propósito de representar sus intereses, promover la capacitación profesional y proteger sus derechos.

Función de los fiscales en el procedimiento penal

10. El cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales.

11. Los fiscales desempeñarán un papel activo en el procedimiento penal, incluida la iniciación de procedimiento y, cuando así lo autorice la ley o se ajuste a la práctica local, en la investigación de delitos, la supervisión de la legalidad de esas investigaciones, la supervisión de la ejecución de fallos judiciales y el ejercicio de otras funciones como representantes del interés público.

12. Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.

13. En cumplimiento de sus obligaciones, los fiscales:

a) Desempeñarán sus funciones de manera imparcial y evitarán todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole; b) Protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima, y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, prescindiendo de que sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso; c) Mantendrán el carácter confidencial de los materiales que obren en su poder, salvo que

requiera otra cosa el cumplimiento de su deber o las necesidades de la justicia; d) Considerarán las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurarán que se informe a las víctimas de sus derechos con arreglo a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder.

14. Los fiscales no iniciarán ni continuarán un procedimiento, o bien, harán todo lo posible por interrumpirlo, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada.

15. Los fiscales prestarán la debida atención al enjuiciamiento de los funcionarios públicos que hayan cometido delitos, especialmente en los casos de corrupción, abuso de poder, violaciones graves de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el derecho internacional y, cuando lo autoricen las leyes o se ajuste a la práctica local, a la investigación de esos delitos.

16. Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia.

Facultades discrecionales

17. En los países donde los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, la ley, las normas o los reglamentos publicados proporcionarán directrices para promover la equidad y coherencia de los criterios que se adopten al tomar decisiones en el proceso de acusación, incluido el ejercicio de la acción o la renuncia al enjuiciamiento.

Alternativas del enjuiciamiento

18. De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpido condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando

plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión.

19. En los países donde los fiscales están investidos de facultades discrecionales para pronunciarse sobre el enjuiciamiento de un menor, deberá tenerse especialmente en cuenta el carácter y la gravedad del delito, la protección de la sociedad y la personalidad y los antecedentes del menor. Cuando se pronuncien, los fiscales tendrán especialmente en cuenta las posibles alternativas de enjuiciamiento de conformidad con las leyes y procedimientos pertinentes en materia de justicia de menores. Los fiscales harán todo lo posible por emprender acciones contra menores únicamente en los casos que sea estrictamente necesario.

Relaciones con otros organismos o instituciones gubernamentales.

20. A fin de asegurar la equidad y eficacia del procedimiento, los fiscales harán lo posible por cooperar con la policía, los tribunales, los abogados, los defensores públicos y otros organismos o instituciones gubernamentales.

Actuaciones disciplinadas

21. Las faltas de carácter disciplinario cometidas por los fiscales estarán previstas en la ley o en los reglamentos. Las reclamaciones contra los fiscales en las que se alegue que han actuado claramente fuera del marco de las normas profesionales se sustanciarán pronta e imparcialmente con arreglo a procedimiento pertinente. Los fiscales tendrán derecho a una audiencia imparcial. Las decisiones estarán sometidas a revisión independiente.

22. Las actuaciones disciplinarias contra los fiscales garantizarán una evaluación y decisión objetivas. Se determinarán de conformidad con la ley, el código de conducta profesional y otras reglas y normas éticas establecidas y teniendo presentes estas Directrices.

Observancia de las Directrices

23. Los fiscales respetarán las presentes Directrices. Además, harán todo lo que esté en su poder por evitar que se infrinjan y se opondrán activamente a ello. 24. Los fiscales que tengan motivos para estimar que se ha cometido, o que está por someterse, una violación de las presentes Directrices lo comunicarán a sus superiores jerárquicos y, cuando sea necesario, a otras autoridades u órganos competentes, con facultades en materia de revisión o recurso.

Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Considerando que la labor de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley constituye un servicio social de gran importancia y, en consecuencia, es preciso mantener y, siempre que sea necesario, mejorar las condiciones de trabajo y la situación de estos funcionarios,

Considerando que la amenaza a la vida y a la seguridad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe considerarse como una amenaza a la estabilidad de toda la sociedad,

Considerando que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley desempeñan un papel fundamental en la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, tal como se garantiza en la Declaración Universal de Derechos Humanos y se reafirma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Teniendo presente que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos prevén las circunstancias en las que los funcionarios de establecimientos penitenciarios podrán recurrir a la fuerza en el ejercicio de sus funciones,

Teniendo presente que el artículo 3 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley estipula que esos funcionarios podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiere el desempeño de sus tareas,

Teniendo presente que en la reunión preparatoria del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrada en Varenna, Italia, se convino en los elementos que debían tenerse en cuenta en la continuación de los trabajos sobre las limitaciones en el uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley,

Teniendo presente que el Séptimo Congreso, en su resolución 14,

entre otras cosas, subraya que el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe conciliarse con el debido respeto de los derechos humanos, Teniendo presente que el Consejo Económico y Social, en su resolución 1986/10, sección IX, de 21 de mayo de 1986, invitó a los Estados Miembros a que prestaran especial atención en la aplicación del Código a la cuestión del uso de la fuerza y armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y que la Asamblea General, en su resolución 41/149, de 4 de diciembre de 1986, entre otras cosas, acogió con satisfacción esta recomendación formulada por el Consejo,

Considerando que es oportuno, teniendo debidamente en cuenta su seguridad personal, atender al papel de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la administración de justicia y la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, a su responsabilidad de mantener la seguridad pública la paz social, y a la importancia de sus calificaciones, capacitación conducta,

Los Principios Básicos que se enuncian a continuación, formulados para asistir a los Estados Miembros en sus actividades destinadas a asegurar y fomentar el papel que corresponde a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de sus respectivas legislaciones y prácticas nacionales, y deben señalarse a la atención de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de otras personas como jueces, fiscales, abogados y miembros del poder ejecutivo y legislativo, y del público en general.

Disposiciones generales

1. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán y aplicarán normas y reglamentaciones sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Al establecer esas normas y disposiciones, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley examinarán continuamente las cuestiones éticas relacionadas con el empleo de la fuerza y de armas de fuego.

2. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible y

dotarán a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberán figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo autoprotector, por ejemplo escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la necesidad de armas de cualquier tipo.

3. Se hará una cuidadosa evaluación de la fabricación y distribución de armas no letales incapacitantes a fin de reducir al mínimo el riesgo de causar lesiones a personas ajenas a los hechos y se controlará con todo cuidado el uso de tales armas.

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garantice de ninguna manera el logro del resultado previsto.

5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia médica a las personas heridas o afectadas; d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas. 6. Cuando al emplear la fuerza o armas de fuego los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ocasionen lesiones o muerte comunicarán el hecho inmediatamente a sus superiores de conformidad con el principio 22.

7. Los gobiernos adoptarán las medidas necesarias para que en la legislación se castigue como delito el empleo arbitrado o abusivo de la fuerza o de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

8. No se podrán invocar circunstancias excepcionales tales como

la inestabilidad política interna o cualquier otra situación pública de emergencia para justificar el quebrantamiento de estos Principios Básicos.

Disposiciones especiales

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro o ponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

11. Las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que:

a) Especifiquen las circunstancias en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; b) Aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; c) Prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado; d) Reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; e) Señalen los avisos de advertencia que

deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego; f) Establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran a empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.

Actuación en caso de reuniones ilícitas

12. Dado que todas las personas están autorizadas a participar en reuniones lícitas y pacíficas, de conformidad con los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los gobiernos y los organismos y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley reconocerán que la fuerza y las armas de fuego pueden utilizarse solamente de conformidad con los principios 13 y 14.

13. Al dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario.

14. Al dispersar reuniones violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se abstendrán de emplear las armas de fuego en esos casos, salvo en las circunstancias previstas en el principio 9.

Vigilancia de personas bajo custodia o detenidas

15. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán la fuerza, salvo cuando sea estrictamente necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos o cuando corra peligro la integridad física de las personas.

16. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán armas de fuego, salvo en defensa propia o en defensa de terceros cuando haya peligro inminente de muerte o lesiones graves, o cuando sea estrictamente necesario para impedir la fuga de una persona sometida a custodia o detención que presente el peligro que se refiere el principio 9.

17. Los principios precedentes se aplicarán sin perjuicio de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios de

deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego; f) Establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran a empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.

Actuación en caso de reuniones ilícitas

12. Dado que todas las personas están autorizadas a participar en reuniones lícitas y pacíficas, de conformidad con los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los gobiernos y los organismos y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley reconocerán que la fuerza y las armas de fuego pueden utilizarse solamente de conformidad con los principios 13 y 14.

13. Al dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario.

14. Al dispersar reuniones violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se abstendrán de emplear las armas de fuego en esos casos, salvo en las circunstancias previstas en el principio 9.

Vigilancia de personas bajo custodia o detenidas

15. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán la fuerza, salvo cuando sea estrictamente necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos o cuando corra peligro la integridad física de las personas.

16. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán armas de fuego, salvo en defensa propia o en defensa de terceros cuando haya peligro inminente de muerte o lesiones graves, o cuando sea estrictamente necesario para impedir la fuga de una persona sometida a custodia o detención que presente el peligro que se refiere el principio 9.

17. Los principios precedentes se aplicarán sin perjuicio de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios de

establecimientos penitenciarios, tal como se enuncian en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, sobre todo las reglas 33, 34 y 54.

Calificaciones, capacitación y asesoramiento

18. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley procurarán que todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sean seleccionados mediante procedimientos adecuados, posean aptitudes éticas, psicológicas y físicas apropiadas para el ejercicio eficaz de sus funciones y reciban capacitación profesional continua y completa. Tales aptitudes para el ejercicio de esas funciones serán objeto de examen periódico.

19. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley procurarán que todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley reciban capacitación en el empleo de la fuerza y sean examinados de conformidad con normas de evaluación adecuadas. Los funcionarios que deban portar armas de fuego deben estar autorizados para hacerlo sólo tras haber finalizado la capacitación especializada en su empleo.

20. En la capacitación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los gobiernos y los organismos correspondientes prestarán especial atención a las cuestiones de ética policial derechos humanos, especialmente en el proceso de indagación, a los medios que puedan sustituir el empleo de la fuerza y de armas de fuego, por ejemplo, la solución pacífica de los conflictos, e estudio del comportamiento de las multitudes y las técnicas de persuasión, negociación y mediación, así como a los medios técnicos, con miras a limitar el empleo de la fuerza y armas de fuego. Los organismos encargados de hacer cumplir la ley deben examinar sus programas de capacitación y procedimientos operativos a la luz de casos concretos.

21. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley proporcionarán orientación a los funcionarios que intervengan en situaciones en las que se empleen la fuerza o armas de fuego para sobrellevar las tensiones propias de esas situaciones.

Procedimientos de presentación de informes y recursos

22. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán procedimientos eficaces para la presentación de

informes y recursos en relación con todos los casos mencionados en los principios 6 y 11. Para los casos con respecto a los cuales se informe de conformidad con esos principios, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley asegurarán que se establezca un procedimiento de revisión eficaz y que autoridades administrativas o judiciales independientes estén dotadas de competencia en circunstancias apropiadas. En caso de muerte lesiones graves u otras consecuencias de importancia, se enviar rápidamente un informe detallado a las autoridades competentes para la revisión administrativa y la supervisión judicial. 23. Las personas afectadas por el empleo de la fuerza y de armas de fuego o sus representantes legales tendrán acceso a un proceso independiente, incluido un proceso judicial. En caso de muerte de esas personas, esta disposición se aplicará a sus herederos.

24. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que los funcionarios superiores asuman la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren, o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza y de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso.

25. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que no se imponga ninguna sanción penal o disciplinaria contra los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que, en cumplimiento del Código de conducta pertinente y de estos Principios Básicos, se nieguen a ejecutar una orden de emplear la fuerza o armas de fuego o denuncien ese empleo por otros funcionarios.

26. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no podrán alegar obediencia de órdenes superiores si tenían conocimiento de que la orden de emplear la fuerza o armas de fuego, a raíz de la cual se ha ocasionado la muerte o heridas graves a una persona, era manifiestamente ilícita y tuvieron una oportunidad razonable de negarse a cumplirla. De cualquier modo, también serán responsables los superiores que dieron las órdenes ilícitas.

* De conformidad con el comentado al artículo 1 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, la expresión «funcionarios encargados de hacer cumplir la ley» incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos,

que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención. En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende los funcionarios de esos servicios.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokyo)

Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110,
de 14 de diciembre de 1990

I. Principios generales

1. Objetivos fundamentales

1.1 Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.

1.2 Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomenta entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.

1.3 Las Reglas se aplicarán teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal.

1.4 Al aplicar las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

2. Alcance de las medidas no privativas de la libertad

2.1 Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán «delinquentes», independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados.

2.2 Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

2.3 A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

2.4 Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente.

2.5 Se considerará la posibilidad de ocuparse de los delinquentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardias y las normas jurídicas.

2.6 Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.

2.7 La utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar

ni a diferir las iniciativas en ese sentido.

3. Salvaguardias legales

3.1 La introducción, definición y aplicación de medidas no privativas de la libertad estarán prescritas por la ley.

3.2 La selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas.

3.3 La autoridad judicial u otra autoridad independiente competente ejercerá sus facultades discrecionales en todas las fases del procedimiento, actuando con plena responsabilidad y exclusivamente de conformidad con la ley.

3.4 Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento.

3.5 Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente.

3.6 El delincuente estará facultado para presentar peticiones o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente sobre cuestiones que afecten a sus derechos individuales en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

3.7 Se preverán disposiciones adecuadas para el recurso y, si es posible, la reparación en caso de agravio relacionado con un incumplimiento de las normas sobre derechos humanos internacionalmente reconocidos.

3.8 Las medidas no privativas de la libertad no supondrán ninguna experimentación médica o psicológica con el delincuente, ni riesgo

indebido de daños físicos o mentales.

3.9 La dignidad del delincuente sometido a medidas no privativas de la libertad será protegida en todo momento.

3.10 Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, los derechos del delincuente no podrán ser objeto de restricciones que excedan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida.

3.11 Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad se respetarán tanto el derecho del delincuente como el de su familia a la intimidad.

3.12 El expediente personal del delincuente se mantendrá de manera estrictamente confidencial e inaccesible a terceros. Sólo tendrán acceso al expediente las personas directamente interesadas en la tramitación del caso u otras personas debidamente autorizadas.

4. Cláusula de salvaguardia

4.1 Ninguna de las disposiciones en las presentes Reglas será interpretada de modo que excluya la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁷⁹, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)⁸², el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión³⁵ ni de ningún otro instrumento o norma sobre derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional que guarden relación con el tratamiento del delincuente y con la protección de sus derechos humanos fundamentales.

II. Fase anterior al juicio

5. Disposiciones previas al juicio

5.1. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos con-

tra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.

6. La prisión preventiva como último recurso

6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.

III. Fase de juicio y sentencia

7. Informes de investigación social

7.1 Cuando exista la posibilidad de preparar informes de investigación social, la autoridad judicial podrá valerse de un informe preparado por un funcionario u organismo competente y autorizado. El informe contendrá información sobre el entorno social del delincuente que sea pertinente al tipo de infracción que comete habitualmente el individuo y a los delitos que se le imputan. También deberá contener información y recomendaciones que sean pertinentes al procedimiento de fijación de condenas. Deberá ceñirse a los hechos y ser objetivo e imparcial; toda apreciación per-

sonal tendrá que formularse claramente como tal.

8. Imposición de sanciones

8.1 La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda.

8.2 Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes:

- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
- b) Libertad condicional;
- c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días;
- e) Incautación o confiscación;
- f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- i) Imposición de servicios a la comunidad;
- j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- k) Arresto domiciliado;
- l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

IV. Fase posterior a la sentencia

9. Medidas posteriores a la sentencia

9.1 Se pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delinquentes para su pronta reinserción social.

9.2 Podrán aplicarse medidas posteriores a la sentencia como las siguientes:

- a) Permisos y centros de transición;
- b) Liberación con fines laborales o educativos;
- c) Distintas formas de libertad condicional;
- d) La remisión;
- e) El indulto.

9.3 La decisión con respecto a las medidas posteriores a la sentencia, excepto en el caso del indulto, será sometida a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, si lo solicita el delincuente. 9.4 Se considerarán cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de la libertad.

V. Aplicación de las medidas no privativas de la libertad

10. Régimen de vigilancia

10.1 El objetivo de la supervisión es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social de manera que se reduzca a un mínimo la probabilidad de que vuelva a la delincuencia.

10.2 Si la medida no privativa de la libertad entraña un régimen de vigilancia, la vigilancia será ejercida por una autoridad competente, en las condiciones concretas que haya prescrito la ley.

10.3 En el marco de cada medida no privativa de la libertad, se determinará cuál es el tipo más adecuado de vigilancia y tratamiento para cada caso particular con el propósito de ayudar al delincuente enmendar su conducta delictiva. El régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario.

10.4 Se brindará a los delincuentes, cuando sea necesario, asistencia psicológica, social y material y oportunidades para fortalecer los vínculos con la comunidad y facilitar su reinserción social.

11. Duración

11.1 La duración de las medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley.

11.2 Estará prevista la interrupción anticipada de la medida en caso de que el delincuente haya reaccionado positivamente a ella.

12. Obligaciones

12.1 Cuando la autoridad competente decida las obligaciones que deberá cumplir el delincuente, tendrá en cuenta las necesidades de la sociedad y las necesidades y los derechos del delincuente y de la víctima.

12.2 Las obligaciones que ha de cumplir el delincuente serán prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tendrán por objeto reducir las posibilidades de reincidencia en el comportamiento delictivo e incrementar las posibilidades de reinserción social del delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima.

12.3 Al comienzo de la aplicación de una medida no privativa de la libertad, el delincuente recibirá una explicación, oral y escrita, de las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos.

12.4 La autoridad competente podrá modificar las obligaciones impuestas de conformidad con lo previsto en la legislación y según el progreso realizado por el delincuente.

13. Proceso de tratamiento

13.1 En el marco de una medida no privativa de la libertad determinada, cuando corresponda, se establecerán diversos sistemas, por ejemplo, ayuda psicosocial individualizada, terapia de grupo, programas residenciales y tratamiento especializado de distintas categorías de delincuentes, para atender a sus necesidades de manera más eficaz.

13.2 El tratamiento deberá ser dirigido por profesionales con adecuada formación y experiencia práctica.

13.3 Cuando se decida que el tratamiento es necesario, se hará todo lo posible por comprender la personalidad, las aptitudes, la inteligencia y los valores del delincuente, y especialmente las circunstancias que lo llevaron a la comisión del delito.

13.4 La autoridad competente podrá hacer participar a la comunidad y a los sistemas de apoyo social en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

13.5 El número de casos asignados se mantendrá, en lo posible, dentro de límites compatibles con la aplicación eficaz de los programas de tratamiento.

13.6 La autoridad competente abrirá y mantendrá un expediente para cada delincuente.

14. Disciplina e incumplimiento de las obligaciones

14.1 El incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente puede dar lugar a la modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad.

14.2 La modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad corresponderá a la autoridad competente; procederá a ello solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos aducidos por el funcionario supervisor y por el delincuente.

14.3 El fracaso de una medida no privativa de la libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad.

14.4 En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de la libertad que sea adecuada. Sólo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas.

14.5 En caso de que el delincuente no cumpla las obligaciones

impuestas, la ley determinará a quién corresponde dictar la orden de detenerlo o de mantenerlo bajo supervisión. 14.6 En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, el delincuente podrá recurrir ante una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente.

VI. Personal

15. Contratación

15.1 En la contratación del personal no se hará discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio nacimiento o cualquier otra condición. Los criterios para la contratación del personal tendrán en cuenta la política nacional en favor de los sectores desfavorecidos y la diversidad de los delincuentes que haya que supervisar.

15.2 Las personas designadas para aplicar las medidas no privativas de la libertad deberán ser personas aptas para la función y, cuando sea posible, tener formación profesional y experiencia práctica adecuadas. Estas calificaciones se especificarán claramente.

15.3 Para conseguir y contratar personal profesional calificado se harán nombramientos con categoría de funcionario público, sueldos adecuados y prestaciones sociales que estén en consonancia con la naturaleza del trabajo y se ofrecerán amplias oportunidades de progreso profesional y ascenso.

16. Capacitación del personal

16.1 El objetivo de la capacitación será explicar claramente al personal sus funciones en lo que atañe a la rehabilitación de delincuente, la garantía de los derechos de los delincuentes y la protección de la sociedad. Mediante capacitación, el personal también deberá comprender la necesidad de cooperar y coordinar las actividades con los organismos interesados.

16.2 Antes de entrar en funciones, el personal recibirá capacita-

ción que comprenda información sobre el carácter de las medidas no privativas de la libertad, los objetivos de la supervisión y las distintas modalidades de aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

16.3 Después de la entrada en funciones, el personal mantendrá mejorará sus conocimientos y aptitudes profesionales asistiendo a cursos de capacitación durante el servicio y a cursos de actualización. Se proporcionarán instalaciones adecuadas a ese efecto.

VII Voluntarios y otros recursos comunitarios

17. Participación de la sociedad

17.1 La participación de la sociedad debe alentarse pues constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes sometidos a medidas no privativas de la libertad y sus familias y la comunidad. Deberá complementar la acción de la administración de la justicia penal.

17.2 La participación de la sociedad será considerada una oportunidad para que los miembros de la comunidad contribuyen a su protección.

18. Comprensión y cooperación de la sociedad

18.1 Debe alentarse a los organismos gubernamentales, al sector privado y a la comunidad en general para que apoyen a las organizaciones de voluntarios que fomenten la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

18.2 Se organizarán regularmente conferencias, seminarios, simposios y otras actividades para hacer cobrar conciencia de la necesidad de que la sociedad participe en la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

18.3 Se utilizarán todos los medios de comunicación para propiciar una actitud constructiva en la comunidad, que dé lugar a acti-

vidades que propicien una aplicación más amplia del régimen no privativo de la libertad y la reinserción social de los delincuentes.

18.4 Se hará todo lo posible por informar a la sociedad acerca de la importancia de su función en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

19. Voluntarios

19.1 Los voluntarios serán seleccionados cuidadosamente y contratados en función de las aptitudes y del interés que demuestren en su labor. Se impartirá capacitación adecuada para el desempeño de las funciones específicas que les hayan sido encomendadas y contarán con el apoyo y asesoramiento de la autoridad competente, a la que tendrán oportunidad de consultar.

19.2 Los voluntarios alentarán a los delincuentes y a sus familias a establecer vínculos significativos y contactos más amplos con la comunidad, brindándoles asesoramiento y otras formas adecuadas de asistencia acorde con sus capacidades y las necesidades del delincuente.

19.3 Los voluntarios estarán asegurados contra accidentes, lesiones y daños a terceros en el ejercicio de sus funciones. Les serán reembolsados los gastos autorizados que hayan efectuado durante su trabajo. Gozarán del reconocimiento público por los servicios que presten en pro del bienestar de la comunidad.

VIII. Investigación, planificación y formulación y evaluación de políticas

20. Investigación y planificación

20.1 Como aspecto esencial del proceso de planificación, se hará lo posible para que las entidades tanto públicas como privadas colaboren en la organización y el fomento de la investigación sobre la aplicación a los delincuentes de un régimen no privativo de la libertad.

20.2 Se harán investigaciones periódicas de los problemas que afectan a los destinatarios de las medidas, los profesionales, la comunidad y los órganos normativos.

20.3 Dentro del sistema de justicia penal se crearán mecanismos de investigación e información para reunir y analizar datos y estadísticas sobre la aplicación a los delincuentes de un régimen no privativo de la libertad.

21. Formulación de la política y elaboración de programas

21.1 Se planificarán y aplicarán sistemáticamente programas de medidas no privativas de la libertad como parte integrante del sistema de justicia penal en el marco del proceso nacional de desarrollo.

21.2 Se efectuarán evaluaciones periódicas con miras a lograr una aplicación más eficaz de las medidas no privativas de la libertad.

21.3 Se realizarán estudios periódicos para evaluar los objetivos, e funcionamiento y la eficacia de las medidas no privativas de la libertad.

22. Vínculos con organismos y actividades pertinentes

22.1 Se crearán a diversos niveles mecanismos apropiados para facilitar el establecimiento de vínculos entre los servicios encargados de las medidas no privativas de la libertad, otras ramas del sistema de justicia penal, y los organismos de desarrollo y bienestar social tanto gubernamentales como no gubernamentales, en sectores como la salud, la vivienda, la educación, el trabajo y los medios de comunicación.

23. Cooperación internacional

23.1 Se hará lo posible por promover la cooperación científica entre los países en cuanto al régimen sin internamiento. Deberán reforzarse la investigación, la capacitación, la asistencia técnica y el intercambio de información entre los Estados Miembros sobre medidas no privativas de la libertad, por conducto de los institutos

de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente y en estrecha colaboración con la Subdivisión d Prevención del Delito y Justicia Penal del Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de la Secretaría de las Naciones Unidas.

23.2 Deberán fomentarse los estudios comparados y la armonización de las disposiciones legislativas para ampliar la gama de opciones sin internamiento y facilitar su aplicación a través de las fronteras nacionales, de conformidad con el Tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

A.G. res. 40134, annex, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 214,
ONU Doc. A/40153 (1985).

A) LAS VÍCTIMAS DE DELITOS

1. Se entenderá por «víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse «víctimas a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión «víctima» se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Acceso a la justicia y trato justo

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas

apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Resarcimiento

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasi oficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Indemnización

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente de delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentarán el establecimiento, el reforzamiento y la amplia-

ción de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Asistencia

14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 supra.

B) LAS VÍCTIMAS DEL ABUSO DE PODER

18. Se entenderá por «víctimas» las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

