

1. LA NATURALEZA DEL ORGANO JURISDICCIONAL

El órgano jurisdiccional (Poder Judicial) es una de las agencias del Sistema Penal. Es la agencia que formal y materialmente resuelve de manera definitiva a quiénes les corresponde la "etiqueta" de "infractores penales".

Esta competencia aparece en la Carta Política, dentro del señalamiento general, cuando se dispone en su artículo 153:

"Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario."

1.1. LOS PODERES DEL JUEZ¹

Para el ejercicio de esta competencia, el órgano juzgador es titular de diversos poderes, emanados de la misma Constitución y desarrollados en las leyes. Se trata de las diferentes potestades que le son atribuidas para el cumplimiento de su cometido.

Los poderes del Juez no pueden ser ejercidos sin la previa autorización legal ni más allá de la autorización legal; las hipótesis contrarias configurarían un abuso de su autoridad que es reprochado por el mismo Ordenamiento Jurídico.

Las limitaciones fundamentales las encontramos en la Carta Política, tanto en las normas dirigidas específicamente a la delimitación de la función que él ejerce (que es de naturaleza pública) como en las que tutelan positivamente los derechos humanos. Tratándose del ejercicio de la función jurisdiccional en materia penal, aun cuando se consagran normas especialmente relacionadas con la aplicación de una sanción de esta naturaleza, resultan de trascendencia todas las demás garantías, pues si bien lo que se juzga en esta vía son los actos, a quien se castiga es a la persona humana.

En primer término, es importante destacar que la función jurisdiccional no escapa del ámbito de la exigencia constitucional del Principio de Legalidad, inherente a la Función Pública en un sistema democrático. Ello, evidentemente, sin excluir la presencia de características propias de estas competencias que se establecen en la misma constitución.

Esta función se encuentra expresamente limitada por las normas que se consagran en el artículo 11 de la Carta Política, cuando se establece:

¹ Usamos el término "Juez" en sentido genérico: órgano juzgador, tribunal, juzgado, alcaldía...

"Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal es pública."

E, igualmente, por las normas que confirman su independencia y reiteran su sometimiento a la Constitución y a la Ley, que se establecen imperativamente en el artículo 154 de la misma Constitución diciendo:

"El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos."

1.2. LOS DEBERES DEL JUEZ

Los imperativos delimitantes y determinadores de la función jurisdiccional constituyen fuentes de deberes para el Juez, quien debe observarlos rigurosamente en el ejercicio de su función. Pero, es conveniente advertir, además, que el Ordenamiento no se limita a la consagración de esos deberes en forma abstracta, también establece deberes en forma específica; por ejemplo, el deber de fundamentar los autos y las sentencias.

2. LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL DEL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL PENAL

Según se establece en el artículo 41 de la Constitución, la función jurisdiccional debe ejercerse de conformidad con las leyes. Leyes que, a la vez, deben guardar absoluta armonía con sus mismos preceptos.

Para el caso específico del ejercicio de la coerción, sobre todo la que se ejerce a través del órgano penal, se remite en forma expresa a la garantía del debido proceso, entendiendo como tal: una forma jurídica de protección integrada por principios, garantías y derechos subjetivos de exigido cumplimiento en la aplicación del castigo penal.

2.1. LA NATURALEZA DEL PROCESO PENAL

De conformidad con la Carta Política y como una garantía de la Libertad, ninguna persona puede ser castigada si no se ha establecido su culpabilidad mediante el debido proceso. Ello implica que debe demostrarse su autoría en relación con una acción, típica, antijurídica y culpable.

Esta garantía se relativiza según los alcances que se le atribuyan al concepto "debido proceso", alcances que, en un sistema republicano, deberán ser los que ordena la Constitución. En el caso de nuestra Nación, además, con la consideración obligada de la interpretación que en el ejercicio de su competencia fije la Sala Constitucional².

El debido proceso constituye una garantía compleja, integrada por varios principios, garantías y derechos que, en el tanto en que se encuentran contemplados en la Constitución³ se manifiestan en el Ordenamiento Positivo como fundamentales. Dichos principios, además, como elementos que son de una misma garantía, no pueden ser aplicados con prescindencia unos de otros sino, siempre, con la consideración de la existencia de todos, de tal manera que la garantía del debido proceso no resulte en ninguna forma menoscabada.

Entre estos principios, como ya lo advertimos, se encuentra el derecho a la legalidad del proceso, entendiendo que esa legalidad debe constituirse en medio para garantizar el respeto de los derechos fundamentales, nunca en un impedimento para su ejercicio. Las normas jurídicas, como lo ha explicado la Sala Constitucional, deben ser instrumentos facilitadores de ese ejercicio; ello es lo que da sentido a la existencia del Derecho.

2.2. NECESIDAD CONSTITUCIONAL DE UN PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACION DEL CASTIGO PENAL

La misma existencia de los derechos fundamentales implica la necesidad de la "positivización" de un procedimiento adecuado para la aplicación de una sanción.

² Según se establece en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma." ("*erga omnes*": para todos)

En el caso específico del "debido proceso", es importante tener en consideración, que, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala Tercera Penal está obligada a consultar a la Sala Constitucional cuando está ante un recurso de revisión por presuntos vicios en el debido proceso y que, según lo ha interpretado reiteradamente este órgano supremo, es su competencia valorar si los vicios alegados son vicios que conceptualmente entran dentro del ámbito de las violaciones del debido proceso, con independencia de la materialidad de su concurrencia, aspecto este último que corresponde examinar a la Sala Tercera Penal.

³ El concepto Constitución en relación con la protección de los derechos fundamentales debe entenderse en el sentido amplio, es decir, incluyendo tanto la Constitución Formal (el conjunto de normas escritas conocido como "Constitución" como la Constitución Material, concepto ampliado que incluye y da rango superior a otras normas no necesariamente contempladas en la primera (por ejemplo, los pactos de derechos humanos, la jurisprudencia constitucional, algunos principios generales de Derecho...)

Dentro de este marco garantizador, el Legislador debe optar por la clase de procedimientos que resulten más idóneos para el establecimiento de la verdad real con la correlativa y necesaria exclusión de cualquier norma o relación normativa que pueda degradar o poner en riesgo de degradar, de alguna manera, a la persona humana.⁴

2.3. LA INTERPRETACION DE LA LEY PENAL

La función jurisdiccional, sin duda de gran trascendencia, implica por su misma naturaleza, la concurrencia en quien la ejerce de la condición de operador jurídico. El Juez debe determinar el momento y los casos en los cuales debe aplicar cada norma, así como los límites de su misma aplicación; el Juez debe hacer constantemente una labor de interpretación.

En la doctrina se entiende la interpretación, fundamentalmente, en dos formas: como actividad de discernimiento cuando la norma está obscura y como actividad de valoración, de los hechos y las normas en forma correlacionada, para la realización de la Justicia.

Como entendemos que la aplicación de la Constitución implica la consideración de la teoría-realidad siempre y que el Derecho debe ser instrumento de solución de conflictos (pues ello es lo que verdaderamente lo podría justificar), conceptuamos la actividad de la interpretación en la segunda de las formas enunciadas.

Así, determinamos la interpretación como actividad consubstancial con el mismo ejercicio de la función jurisdiccional y, consecuentemente, como actividad que tampoco puede exceder los límites que en ese caso se deben observar. De esta forma, los derechos fundamentales se constituyen en fronteras insalvables en la misma actividad de la interpretación, a veces considerados como tales, en forma expresa, dentro del mismo ordenamiento jurídico.

Entre los principios más elaborados como límites de la función jurisdiccional que cubren la actividad de la interpretación, según la concepción que desarrollamos, encontramos los siguientes.

⁴ Dado el contenido material de esta clase de sanciones y las consecuencias que tradicionalmente han tenido.

2.3.1 La prohibición de la analogía

Se entiende por aplicación analógica del derecho aquella que hace el operador jurídico cuando, encontrándose ante una laguna, es decir, ante una situación que debe resolver y para la cual el Ordenamiento no ofrece una solución normativa específica, recurre a una norma establecida para solucionar situaciones parecidas.

Esta posibilidad, especialmente necesaria e importante en el Derecho Civil, dentro del cual el Juez no puede dejar de resolver conflictos por la inexistencia de norma expresa prevista específicamente para ellos, se encuentra proscrita del Derecho Penal Republicano. Ello es fácil de comprender si se considera la vigencia del principio de legalidad y una de las características del Derecho Penal Republicano: la discontinuidad, (contraria a la continuidad propia del Derecho Civil). Zaffaroni explica claramente los alcances de esta prohibición cuando dice:

"Si por analogía en derecho penal se entiende completar el texto legal en forma de entenderlo como prohibiendo lo que la ley no prohíbe, considerando antijurídico lo que la ley justifica, o reprochable lo que no reprocha, o en general punible lo que no pena, basando la conclusión en que prohíbe, no justifica o reprocha conductas similares, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración científico jurídica del derecho penal. Ello obedece a que sólo la ley del Estado es la que resuelve en qué casos éste tiene ingerencia resocializadora afectando los bienes jurídicos del penado con la pena, no pudiendo el juez "completar" los supuestos. Como el derecho penal es discontinuo, la misma seguridad jurídica, que requiere que el juez acuda a la analogía en el derecho civil, exige aquí que se abstenga de tal procedimiento⁵."

La prohibición de la aplicación analógica se deriva de la misma vigencia del principio de legalidad pero, además se establece expresamente en el artículo 2º del Código Penal advirtiéndose:

"No podrá imponerse sanción alguna mediante la aplicación analógica de la ley penal."

Artículos que desarrollan las garantías previstas bajo los numerales 11 y 39 de la Constitución Política⁶.

⁵ Eugenio R. Manual de Derecho Penal. Parte General. EDIAR. Buenos Aires, 1988. Pág. 135.

⁶ No siempre se considera la analogía como una forma de interpretación del Derecho; parte de la Doctrina la conceptúa como una forma de integración del derecho. Esa distinta posibilidad doctrinal está relacionada con la forma restrictiva de la concepción de la interpretación de la norma jurídica.

2.3.2. El principio de la "no retroactividad en perjuicio"

Se dispone en el artículo 34 de la Constitución Política:

"A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas."

Y, se establece en los artículos 11 y 12 del Código Penal:

"Los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión."

"Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue."

Esta garantía, con un contenido garantizador político trascendental, determina drásticamente la proyección de los efectos de la norma (en el tanto en que perjudiquen a la persona) hacia el futuro, excluyendo así el período del pasado del ámbito temporal dentro del cual el Juez puede legítimamente examinar hechos y, como operador jurídico (mediante sus diversos actos, entre ellos, la interpretación), afectar en forma negativa a las personas.

2.3.3. El principio "in dubio pro reo"

Se trata de un principio de aceptación generalizada en el derecho procesal penal, no así en el campo del derecho penal sustantivo, bajo el argumento de que es un principio para la valoración de la prueba.

Lo asumimos como límite para la interpretación del Derecho Penal Substantivo en igual sentido que Zaffaroni cuando dice:

"...entendemos que el principio "in dubio pro reo" nos señala la actitud que necesariamente debemos de adoptar para entender una expresión legal que tiene sentido doble o múltiple, pero puede desplazarse ante la contradicción de la ley así entendida con el resto del sistema."

Encontramos la analogía como límite de la interpretación en, entre otros: Zaffaroni, Eugenio R. **Manual de Derecho Penal**. Parte General. EDIAR. Buenos Aires, 1988. Págs. 134, 135.

⁷ Ibid., pág. 137.

2.3.4. El principio de la interpretación restrictiva en beneficio de la libertad

Este principio lo encontramos regulado expresamente en el artículo 3º del Código Procesal Penal. Se dispone:

"Será interpretada restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad personal, o que limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso, o que establezca sanciones procesales."

2.3.5. El principio de humanidad

Los postulados del Derecho Penal propio de un sistema republicano, excluyen por su misma esencia la posibilidad de las penas crueles o degradantes.

En nuestro ordenamiento se encuentran expresamente prohibidas de conformidad con el artículo 42 de la Constitución Política y el párrafo segundo del artículo 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Aunque generalmente este principio se analiza en relación con los límites de la voluntad legislativa, su vigencia y eficacia también alcanza al campo de la aplicación y ejecución de la sanción penal v.g., el caso de la interpretación sobre los límites de la competencia de las autoridades encargadas de la ejecución de la sanción penal, cuando se está en una situación concreta de inhumanidad de la pena⁸.

2.3.6. El principio de la intrascendencia o personalidad de la pena

La pena no debe trascender de la persona que es responsable de la comisión o la participación en el delito.

Este principio, igual que el anterior, es fácilmente reconocido en el ámbito de los límites de la voluntad legislativa y generalmente excluido del ámbito de la doctrina de la aplicación y ejecución de la pena y, consecuentemente, de la teoría de la interpretación.

⁸ En este sentido, Zaffaroni, *Ibid*, pág. 139. Un ejemplo es el caso de una persona con una enfermedad terminal sometida a la ejecución de una pena en condiciones que evidentemente no alcanzan el nivel de suficiencia que requiere cualquier persona y, menos aún un enfermo así.

El principio es de cómoda observancia en el nivel fenomenológico de las abstracciones⁹.

Es en el campo de la aplicación y la ejecución del Derecho Penal donde la aplicación del principio se vuelve difícil. Constituye un hecho notorio que, generalmente, los efectos de la aplicación de la pena inciden gravemente en la situación económica, social y moral de las familias de los castigados.

Este problema desde siempre ha sido ignorado por las agencias del Sistema Penal.

3. "RECONSTRUCCION DEL HECHO IMPUTADO" O "CONSTRUCCION DE UN NUEVO HECHO"

3.1 LA CONCEPCION-PRESUPUESTO DEL ESTABLECIMIENTO POSITIVO DE LOS IMPERATIVOS PROCESALES

Desde el punto de vista técnico-jurídico, el proceso:

*"...Está construido e integrado por el legislador como instrumento técnico por medio de las **normas procesales**, conformándose a las exigencias constitucionales, y destinado a la elaboración del orden jurídico en su fase o momento de oficial realización (indirecta), consistente en concretar el derecho sustantivo frente al caso particular..."*¹⁰ (El destacado no es del texto original).

Se presenta como una forma legal que muestra como contenido:

*"...hipótesis de conductas que integran una sucesión de actividades que deben o pueden cumplirse conforme a un orden metódico y en persecución de un resultado, estableciendo las condiciones, formas y modos necesarios para su eficacia y las consecuencias de su inobservancia..."*¹¹

⁹ En un sistema declarado republicano es muy posible que no encontremos normas que contradigan este principio y, para el caso de que las hubiere, posiblemente también existen los medios para declararlas inaplicables.

¹⁰ Clariá Olmedo. **Derecho Procesal**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989. Tomo I, pág.26

¹¹ Ibid.

Como fenómeno sociológico y político, el proceso es el medio para hacer valer el derecho cuando los imperativos que lo constituyen no han cumplido su objetivo primario y fundamental: evitar que la conducta ilícita se realice.

3.2. LA RELATIVIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE LA VERDAD REAL DEL HECHO-PRESUPUESTO DE LA APLICACION DE LA SANCION PENAL

"Aun cuando en la Doctrina se exponen diversas conceptualizaciones sobre el proceso, estas, generalmente, guardan diferencias que, sobre todo, son de matices o puntos de énfasis, las cuales, más bien, determinan su complementariedad.

Por ello, pensamos que es de mayor importancia llamar la atención sobre la misma concepción básica del proceso como fenómeno humano, en su manifestación concreta."

Si atendemos al mandato constitucional expresado claramente en el artículo 39 de la Constitución, podemos leer que se ordena:

"A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de la culpabilidad.

..." (El destacado no es del texto original).

Ciertamente, de esta disposición y otras igualmente importantes, se desprenden todos los derechos que se encuentran protegidos por la garantía del debido proceso. Sin ir a ninguna otra norma tenemos ya, dentro de los límites de este mismo artículo, no sólo los imperativos de la necesidad de la existencia y ejecución de un proceso, de previo a la aplicación de un castigo penal sino, igualmente, el señalamiento de los propósitos inmediatos, lógicos y consecuentes del proceso: el establecimiento de la verdad real sobre el hecho acusado y la aplicación del castigo si se comprueba la comisión concreta del ilícito.

Por su misma naturaleza y como fenómeno temporalmente posterior al hecho investigado, el proceso siempre implica una valoración del hecho también *a posteriori*. Como tal, muestra como objetivo inmediato la re-construcción del hecho acusado, en el tanto en que se trata del establecimiento de la verdad real sobre la existencia o inexistencia del hecho pretérito que constituye el presupuesto legal para la aplicación de una sanción penal.

Como fenómeno sociológico y político, el proceso es el medio para hacer valer el derecho cuando los imperativos que lo constituyen no han cumplido su objetivo primario y fundamental: evitar que la conducta ilícita se realice.

3.2. LA RELATIVIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE LA VERDAD REAL DEL HECHO-PRESUPUESTO DE LA APLICACION DE LA SANCION PENAL

"Aun cuando en la Doctrina se exponen diversas conceptualizaciones sobre el proceso, estas, generalmente, guardan diferencias que, sobre todo, son de matices o puntos de énfasis, las cuales, más bien, determinan su complementariedad.

Por ello, pensamos que es de mayor importancia llamar la atención sobre la misma concepción básica del proceso como fenómeno humano, en su manifestación concreta."

Si atendemos al mandato constitucional expresado claramente en el artículo 39 de la Constitución, podemos leer que se ordena:

"A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de la culpabilidad.

..." (El destacado no es del texto original).

Ciertamente, de esta disposición y otras igualmente importantes, se desprenden todos los derechos que se encuentran protegidos por la garantía del debido proceso. Sin ir a ninguna otra norma tenemos ya, dentro de los límites de este mismo artículo, no sólo los imperativos de la necesidad de la existencia y ejecución de un proceso, de previo a la aplicación de un castigo penal sino, igualmente, el señalamiento de los propósitos inmediatos, lógicos y consecuentes del proceso: el establecimiento de la verdad real sobre el hecho acusado y la aplicación del castigo si se comprueba la comisión concreta del ilícito.

Por su misma naturaleza y como fenómeno temporalmente posterior al hecho investigado, el proceso siempre implica una valoración del hecho también *a posteriori*. Como tal, muestra como objetivo inmediato la re-construcción del hecho acusado, en el tanto en que se trata del establecimiento de la verdad real sobre la existencia o inexistencia del hecho pretérito que constituye el presupuesto legal para la aplicación de una sanción penal.

La regulación normativa del proceso penal se encuentra orientada al establecimiento fiel de la verdad del hecho, es decir, a la puesta en conocimiento del órgano juzgador de la verdad de su existencia y de la verdad de la forma en que se dio ese hecho.

Mas, parece desprenderse de la práctica que este hecho normalmente se presume como cierto en el mismo inicio de la "investigación judicial", de donde el "establecimiento de la verdad" fácilmente resulta orientado por tal presunción, constituyéndose más claramente la reconstrucción del **hecho presumido** en objetivo del proceso penal que la misma averiguación de la verdad real.

Pero, aún más, si tenemos en consideración que el presupuesto para la aplicación de la eventual sanción es, más que el hecho y el resultado, el acto humano mismo, nos damos cuenta de que la re-construcción del hecho, en todo caso, no necesariamente equivale a la re-construcción del acto. Nos damos cuenta que, mediante la "re-construcción del hecho", lo que se hace es construir un nuevo hecho, un nuevo acto del cual ahora, *a posteriori*, es evidente que el imputado no tiene dominio. Si bien el imputado es uno de los protagonistas (junto con la víctima) de la "representación" del hecho durante el proceso y, con ello, del nuevo acto, no es él quien va a dirigir la escena ni tampoco es su arbitrio el que va a orientar el curso del proceso. Son otros sujetos: el Acusador, el Defensor y, sobre ellos, el Juzgador.

4. LA DIVERSIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS

El Ordenamiento Jurídico muestra una diversidad convencional de los hechos expresamente sometidos al castigo penal. Igualmente, presenta una variedad de procedimientos, mediante los cuales el órgano jurisdiccional puede examinar la verdad de los actos eventualmente imputados en cada caso concreto.

4.1. LA DISTINCION POSITIVA

En la Parte General del Código Penal se encuentra plasmada la diferenciación fundamental sobre la naturaleza del órgano o la persona legitimada para activar el funcionamiento del aparato jurisdiccional en relación con las imputaciones concretas.

De conformidad con el artículo 80, el Legislador distinguió entre delitos de **acción pública y delitos de acción privada**. Mediante el artículo 80 bis se determina positivamente una diferenciación en relación con los delitos de acción pública. Así, se distingue entre delitos de acción pública que son conocidos jurisdiccionalmente a **instancia pública** (es decir que cualquiera puede interponer la denuncia y que se

pueden iniciar con el mero conocimiento de la *noticia criminal*¹²⁾ y delitos de acción pública, que son los ilícitos que únicamente pueden ser conocidos jurisdiccionalmente a instancia privada¹³⁾.

Esa diferenciación se proyecta en las regulaciones procedimentales. Podemos corroborar que, mediante el Código de Procedimientos Penales, el Legislador distingue varios tipos de procedimiento.

¹²⁾ Es decir, con el sólo hecho de que el Ministerio Público, en alguna forma, tenga conocimiento sobre la presunta comisión de un hecho que podría adecuarse a un tipo penal.

¹³⁾ Se dispone en el artículo 81 del Código Penal, en lo que interesa para este curso:

"Son delitos privados o de acción privada:

- a) La injuria;
- b) La calumnia;
- c) La difamación;
- ch) El incumplimiento de deberes familiares en sus diversas formas;
- d) La propaganda desleal; y
- e) Aquellos que leyes especiales califiquen como tales.

Estos delitos pueden ser perdonados por el ofendido o sus representantes legales..."

Y se establece en el artículo 81 bis:

"Son delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada:

a) El estupro, la sodomía, el contagio venéreo y la violación, en ésta cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se trate de uno de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 156;

b) Los abusos deshonestos y el rapto, cuando no concurren las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158;

c) El hurto, el robo sin violencia en las personas, la estafa, las demás defraudaciones previstas en las Secciones IV y V del Título VII, Libro II y los daños, siempre que el imputado sea ascendiente descendiente del ofendido, su cónyuge, hermano, tío o sobrino, por consanguinidad o afinidad; padre o hijo adoptivo, hijo de crianza, concubinario o manceba de éste, si han llevado públicamente vida marital por más de un año; también cuando esos delitos sean cometidos por el bienhechor, en perjuicio de su protegido; y

ch) Aquellos que leyes especiales califiquen como tales..."

Así, para los delitos de acción pública¹⁴, se señalan dos procedimientos: el "ordinario", llamado "De instrucción formal", para el juzgamiento de imputaciones que tienen por objeto tipos penales cuyos mínimos excedan los tres años (artículos del Código de Procedimientos Penales) y el denominado "De citación directa", para el conocimiento de los casos en que el máximo de la pena señalada para los tipos penales (cuya comisión se imputa) no exceda de los tres años (especificado en los artículos 401 y siguientes).

Los procedimientos antes citados se categorizan como los comunes, a los que se contraponen, como procedimientos especiales, los propios para el juzgamiento de las faltas y contravenciones (especificado en los artículos 423 y siguientes) y para el conocimiento de las imputaciones de delitos de acción privada (la "querrela", artículos 428 y siguientes del Código de Procedimientos Penales).

4.2. LA CARENCIA DE LA POTESTAD DE LA ACCION EN EL ORGANO JUZGADOR

No obstante la trascendencia de los alcances de la función jurisdiccional, el órgano juzgador no puede iniciar por sí mismo la investigación procesal de ningún asunto. El Ordenamiento Jurídico encarga la función de "acusar" al Ministerio Público¹⁵.

La forma en que esta función se introduce en la dinámica del proceso varía según la categorización de los delitos ya enunciada y la diversidad de los procesos ya descrita.

En lo fundamental, debemos observar que, cuando se trata de un proceso para juzgar las imputaciones de delitos de **acción pública**, el Ministerio Público es el *órgano acusador*, lo que quiere decir que, es el órgano competente para iniciar el proceso y es el que se va a mantener en él hasta su finalización (sin perjuicio de la presencia de un actor civil). En tratándose de delitos de **acción privada**, en cambio, la persona particular es la que se va a constituir en órgano acusador.

¹⁴ Según luego se explicará, el Legislador distinguió, presuntamente atendiendo fundamentalmente a la gravedad de las conductas lesivas, entre delitos y faltas y contravenciones. Así como, en razón de la naturaleza de las conductas tipificadas como delitos, distinguió entre: **delitos de acción pública** y **delitos de acción privada** y, en relación con los primeros, entre aquellos que son **de acción pública a instancia pública** y los que son **de acción pública a instancia privada**.

¹⁵ Y, en casos especialmente señalados también a la Procuraduría General de la República. Consúltense: artículo 5º del Código de Procedimientos Penales y Ley N°6815 del 27 de octubre de 1982.

4.3. LAS FASES ESENCIALES

Los cuatro procedimientos citados muestran dos fases fundamentales: la instrucción o información, que es la actividad mediante la cual se recaban todos los elementos sobre los cuales podría fundamentarse la necesidad de la discusión oral ante un juez o tribunal penal (la celebración del juicio) y, la etapa misma del juicio que se conoce como el "juicio propiamente dicho"¹⁶. Conviene a los fines de este trabajo (de naturaleza didáctica) tomar como modelo el proceso llamado "De instrucción formal".

4.3.1 La etapa de información o de instrucción

Esta fase proceso teóricamente está caracterizada por una actividad de investigación que, como tal, tiene por objetivo inmediato la "...búsqueda, aseguramiento y valoración de elementos probatorios..."¹⁷

Se trata de una fase de actividad investigativa dirigida por el Juez (aunque deba participar en ella el Ministerio Público), mediante la cual este órgano debe determinar si existe la necesidad real, de conformidad con el Ordenamiento Jurídico, de llevar la situación planteada al juicio oral o, por el contrario, si la existencia misma del proceso no se justifica o, en todo caso, si este debe detenerse.

No obstante la trascendencia de la actividad investigativa, que implica la posibilidad de la afectación concreta y legítimamente formal de la libertad de la persona, en la práctica, es posible observar que en la mayoría de los casos la actividad realizada no trasciende la simple tramitación, como si se tratara del cumplimiento de un mero requisito para ascender a la etapa de juicio ¿acaso porque la presunción de la existencia real del delito denunciado se impone sobre el interés y el deber de investigar realmente la verdad de dicha presunción?

Existen momentos fundamentales en esta fase procesal, determinados por su mismo propósito: el momento de la valoración de la denuncia o la *noticia criminal* (posibilidad de desestimación); el momento del requerimiento de instrucción; el

¹⁶ Cafferata Nores, José I. *Temas de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, pág.201.

¹⁷ *Ibidem*.

momento del procesamiento y, finalmente, el de la decisión de la elevación del caso a juicio.

a. El momento de la valoración de la denuncia

Las denuncias pueden ser presentadas ante el Ministerio Público, ante el Juzgado de Instrucción o ante el Organismo de Investigación Judicial. Para la presentación de la denuncia no es preciso que el denunciante pueda identificar el sujeto que eventualmente asumirá la condición de imputado. En este primer nivel la Ley otorga la oportunidad de la valoración del objeto de la denuncia pudiendo darse, según las condiciones que este presente, la desestimación¹⁸.

La solicitud de desestimación y su eventual declaración, implicarán, fundamentalmente, la no iniciación del proceso penal y excluirá en relación con la persona denunciada (si ésta ha sido identificada) la posibilidad de cualquier coacción o restricción legal; esta persona no estará obligada ni siquiera a rendir una declaración en condición de imputado porque tal condición, en relación con el hecho concreto imputado, sería excluida.

Cuando se opta por la desestimación el órgano jurisdiccional únicamente se limita a la aprobación de lo decidido por el Ministerio Público o al planteamiento de la discrepancia ante el órgano superior.

b. El momento del "Requerimiento de Instrucción Formal"

El órgano jurisdiccional, como se advirtió, no puede actuar de oficio. La decisión de iniciar el proceso corresponde al Ministerio Público y se

¹⁸ De conformidad con el artículo 158, párrafo primero, del Código de Procedimientos Penales, corresponde al Ministerio Público la solicitud de la desestimación de una denuncia. Según el párrafo segundo del mismo artículo, la denuncia "...Será desestimada cuando los hechos en que se funda no constituyen delito o no se puede proceder..."

La desestimación no puede ser declarada judicialmente si el órgano jurisdiccional, específicamente el Juez de Instrucción, no la aprueba. En caso de discrepancia entre ambos órganos, debe resolver el órgano superior.

La experiencia cotidiana, teniendo como referencia, sobre todo los resultados de muchos juicios orales parece demostrar que la desestimación no es razonablemente utilizada.

manifiesta en un acto formal, específicamente denominado "Requerimiento de Instrucción Formal"¹⁹.

Por medio de este acto, el Ministerio Público pone en movimiento la agencia judicial del Sistema Penal. Con él se inicia formalmente la fase de la instrucción, etapa dentro de la cual la declaración indagatoria del denunciado, del "imputado", constituye un acto fundamental.

En el mismo régimen procesal encontramos también los requisitos que debe cumplir la declaración indagatoria. Uno de ellos es precisamente la auto-identificación del imputado que incluye, entre otros aspectos: antecedentes, domicilio, oficio, enfermedades, nombres de los padres... datos todos cuyo propósito formal y generalmente aceptado es la correcta identificación aunque, igualmente, llevan a la identificación de su status social y, con ello, al riesgo de la ideologización del proceso como un medio para la corroboración del hecho de que el etiquetamiento ciertamente funciona.

c. El momento de la decisión del procesamiento

De conformidad con el CPP, dentro de los seis días siguientes a la declaración indagatoria, el Juez Instructor debe decidir si el proceso debe continuar o si no hay razón para proseguir.

El régimen jurídico del proceso penal establece la posibilidad de dos especies de decisión, cada una con forma de manifestación propia. Este órgano puede concluir que no hay mérito para seguir la instrucción o, bien, que se puede establecer un **juicio de probabilidad** respecto a la existencia del hecho y de la culpabilidad respecto a ese hecho, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional deberá dictar un procesamiento²⁰.

La decisión del procesamiento tiene como presupuesto la probabilidad de que el delito realmente se haya cometido y que la persona que aparece como imputada es responsable. Esta decisión implica un "juicio", un razonamiento, mediante el cual el órgano instructor concluye no sobre la certeza de la culpabilidad del imputado sino sobre la convicción de la probabilidad, de conformidad con lo que muestra el

¹⁹ Básicamente, el "Requerimiento de Instrucción Formal" es una solicitud, fundamentada en una relación de hechos debidamente articulada y con la calificación jurídica que corresponde, de que se inicie un proceso penal. En el artículo 170 del CPP se establecen los elementos esenciales que deben concurrir en esta solicitud.

²⁰ La Ley señala las hipótesis en que debe tomarse cada decisión de estas, así como la forma mediante la cual debe manifestarse.

expediente. Es importante llamar la atención sobre el hecho de que si bien no se requiere la certeza de la culpabilidad sí se requiere la certeza de la probabilidad pues, de frente a las garantías constitucionales, no se podría legitimar una decisión arbitraria.

Se trata de una decisión ciertamente importante; es el primer momento en que, por mandato legal expreso, aparece provisional pero imperativamente constreñida la Libertad; la Ley ordena que con el dictado del procesamiento se dicte igualmente la prisión preventiva²¹.

La etapa de la instrucción se clausura mediante el acto conocido como "requerimiento de elevación a juicio" que es el pronunciamiento del Ministerio Público sobre si la causa debe pasar a la etapa de juicio, es decir, a la etapa en que el imputado va a ser juzgado definitivamente.

De conformidad con la Ley, cualquiera de estas decisiones fundamentales debe estar respaldada en los autos. De conformidad con la Constitución y la Ley, no podría fundamentarse ninguna de ellas, por ejemplo, en un presentimiento, en un dicho extra expediente, en una noticia sin confirmar, en la intuición del juez... Cualquiera de estas decisiones fundamentales debe estar determinada esencialmente por el material probatorio aportado en el mismo expediente.

Consecuentemente, aun cuando se debe tener siempre como referencia el principio de la presunción de la inocencia, es evidente que, para el verdadero resguardo de la libertad del imputado y de la misma garantía de la inocencia, la actividad desplegada por su representante profesional en el proceso tiene mucha trascendencia²².

²¹ Esta constricción de la Libertad, sin embargo, se atenúa en el tanto en que, a la vez, el Ordenamiento otorga al imputado el derecho a la excarcelación, según las condiciones en él mismo señaladas.

²² La experiencia podría mostrarnos una escena patética en la que podemos imaginar los personajes elementales: un juez, un imputado y un acusador y una relación fenomenológica injusta que podría llevar a un resultado de la misma naturaleza. Una relación que parece presentarse así:

- a. El acusador ve ante sí a un ser humano culpable.
- b. El juez ve a un ser humano que es visto como culpable.
- c. El juez orienta, o deja que el proceso se oriente, como un proceso para encontrar -y elaborar- ¿casos? elementos probatorios para fundamentar la presunta realidad de esa presunción.
- d. El juez y el acusador no ven al ser humano inocente que tienen ante sí, no interesan las pruebas de la inocencia porque las que interesan son las de la culpabilidad.
- e. Nadie buscó las pruebas de la inocencia (y, en estricto sentido no serían necesarias porque todos somos inocentes) pero, buscando las pruebas de lo que sí requiere demostración juez y acusador no se percatan de la existencia verdadera de la condición que realmente no las requiere y que es la que debe reconocerse en sentencia.

Los pronunciamientos jurisdiccionales legalmente deberán depender de lo que se establezca en el expediente, consecuentemente, según las condiciones de cada caso concreto, la forma en que el defensor ejerza su actividad va a ser determinante para la elevación del caso a juicio y, eventualmente, para el establecimiento de la culpabilidad o el reconocimiento de la inocencia del imputado.

4.3.2 La etapa de juicio

La fase del juicio es el proceso mediante el cual el órgano jurisdiccional va a establecer, finalmente y en forma definitiva, no la inocencia del imputado (aun cuando, de hecho, se desarrolla como si de eso se tratara aunque debe presumírsele inocente por mandato constitucional) sino la validez o invalidez de la imputación y, con ello, la de la intervención en el ámbito de los derechos fundamentales del imputado mediante la aplicación de una sanción penal.

Ciertamente, de conformidad con la misma naturaleza de las cosas, el establecimiento de la inocencia no constituye el objeto del proceso porque, según la Constitución, todas las personas somos inocentes de por sí, inocentes hasta que no se pruebe que carecemos de esa cualidad²³.

En esta etapa hay dos momentos fundamentales: el del ofrecimiento y la admisión de la prueba y aquel en que se concreta, en una única y compleja situación fenomenológica, todo el proceso: el debate.

El bagaje probatorio que, como hemos advertido es de fundamental importancia en todo el proceso, adquiere en esta momento mayor trascendencia pues sobre él deberá fundamentar su decisión órgano jurisdiccional.

Conviene recordar aquí que, si bien, en esta República, de conformidad con su derecho positivo, todas las personas tenemos la condición de inocentes y el derecho a que esa condición se nos reconozca, se da una idea más próxima al tratamiento real de este derecho (no el verdaderamente constitucional) cuando se expresa como el "derecho

²³ Sin embargo, extrañamente, en las sentencias, tanto para condenar como para absolver, se usa la frase "se declara a..." ¿No debería decirse, cuando se trata de un inocente "...se reconoce a...inocente...?"

a la *presunción* de la inocencia", de donde, el proceso penal se constituye en el conjunto de secuencias temporales, espaciales y de actos lógicamente relacionados en que la condición de inocencia del imputado (aun contra su voluntad) resultará expuesta para su análisis pormenorizado, con una intensidad determinada según las circunstancias.

La prueba que se ofrece, la que se admite por el órgano jurisdiccional y la que este ordene para mejor proveer en esta etapa se va evacuar en un momento estelar: el debate o la audiencia oral y pública.

En esta audiencia todas las partes intervinientes tienen un rol que desempeñar: el órgano juzgador (Juez o Tribunal), el órgano acusador (Ministerio Público), el órgano defensor (Abogado Defensor) y, eventualmente, los órganos representantes en la demanda civil²⁴.

Dentro de esta actuación inter-relacionada, el imputado continúa desempeñando el rol, según lo ha venido haciendo durante todo el proceso en su condición de acusado, en forma pasiva, dependiendo de su representante profesional; a veces de una manera tan extremadamente pasiva que, menos que protagonista, pareciera un espectador de la obra quien, sin embargo, finalmente, según como se haya representado el hecho (presuntamente realizado) en la escena del debate, podría recibir el castigo para cuya aplicación se llegó a la culminación del proceso.

5. LA LIMITACION DE LA LIBERTAD DURANTE EL PROCESO PENAL

5.1. LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

La libertad no es un estado concedido por las leyes, es el estado natural de la persona humana (véanse, entre otras, el acta número 102 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949). Las leyes, en consecuencia, sólo pueden restringir este estado en casos muy especiales, teniendo como punto de referencia este mismo derecho y otros también fundamentales; la libertad sólo puede limitarse en el tanto en que no sólo se protegen los derechos de un individuo sino los de todos.

²⁴ La comisión de un delito puede presentar consecuencias de naturaleza civil, en cuyo caso, existe la posibilidad legal de que puedan ser examinadas dentro del proceso penal, mediante la "acción civil resarcitoria" siguiendo el procedimiento legal expresamente señalado para ello.

Dado que la Libertad no la otorga el Ordenamiento sino que es protegida por él, resulta de evidente trascendencia más que su consagración literal en la Constitución, la limitación substancial del poder público para la privación de ella. De esta manera, la libertad aparecerá en la Constitución con un contenido implícito: la autorización de su restricción únicamente para casos muy excepcionales y previo el quebranto de la condición de la inocencia del individuo.

Fácilmente se puede inferir que la "condición de inocente" es consubstancial con la "condición de libre" y que para cuestionar o arrebatar la inocencia o la libertad deben darse concreta y fehacientemente las circunstancias hipotéticas que admite la Constitución Política.

Las leyes no crean libertad. Son valiosas y el respeto de la Libertad por ellas constituye uno de los factores más importantes para reconocer que se está ante un Estado de Derecho. Las leyes, igualmente, no crean la condición de la inocencia, ella existe por la misma naturaleza de la persona humana y el Derecho, en una República, la protege y garantiza; para ello no se necesita de un texto que específicamente lo prevea.

5.2. EL PRINCIPIO DE LA PRESUNCION DE LA INOCENCIA

La Libertad y la Inocencia, ambos estados, uno implícito en el otro, integran la base fundamental de las Garantías Individuales, que son las que dan razón de ser a nuestra Constitución pues, ella tiene sentido en cuanto está conceptuada y promulgada para hombres libres. En forma específica encontramos esta protección en los artículos 20, 22, 37, 39 y 48 de la Carta Magna.

Expresamente, aunque no se mencione la palabra "inocencia" encontramos el principio en el artículo 39 de la Carta Política, cuando se dispone:

"A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionada por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercer su defensa y, mediante la necesaria demostración de la culpabilidad..."

La pérdida de la Inocencia es lo que justifica la de la Libertad, si ambos son estados naturales y la pérdida del primero lleva a la del segundo, es la Sociedad o el Estado quien debe demostrar la existencia de causas para ello. El Constituyente, en perfecta armonía con la protección de la Libertad así lo comprendió.

Refiriéndose a la norma equivalente a esta en la Constitución de 1871, explicó el Representante Jiménez Quesada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949:

"...es el Estado que va a convencer al inculgado y no éste al Estado de su inocencia." (acta número 109 de la Asamblea).

Es así que, dentro de nuestro marco constitucional, esencialmente coherente con la propia naturaleza humana (al menos, teóricamente), el individuo no pierde su libertad hasta que el Estado no le demuestre que ha perdido su condición de inocente mediante la prueba de la culpabilidad²⁵.

Dada la existencia de la Libertad y consubstancial con ella la de la "condición de inocente", la permisión para restringir la Libertad, como podemos observar, se presenta en forma excepcional, teniendo como supuesto de cumplimiento previo la declaración concreta de la culpabilidad.

5.3. LA EXCEPCION DE LA PRISION PREVENTIVA

No obstante, existen situaciones en las cuales, sin que el individuo haya perdido su condición de inocente, dentro de los límites de la Constitución, es posible entender que el Legislador está autorizado para restringir legalmente la Libertad.

Pero estas situaciones son muy excepcionales y tienen como límite, más que la literalidad del artículo 37 (que exige la existencia previa de un indicio comprobado) el sistema constitucional que protege la Libertad, y la Lógica misma.

Las excepciones son excepciones; no se deben interpretar en forma amplia de tal manera que se pierda la perspectiva y se les llegue a tratar como si ellas fueran los principios y a estos como si constituyeran las excepciones; con mayor razón si se está ante derechos constitucionales. Así, de acuerdo con las normas constitucionales expresas y el mismo espíritu de la Constitución, la necesidad de sujeción coactiva, sin pérdida de la inocencia, no se puede establecer genéricamente sino en relación con cada caso concreto, considerando tanto al individuo, así, singularizado, como las circunstancias fácticas particulares.

Así, evidentemente, no sería conforme con la Constitución una prohibición genérica del ejercicio del derecho a la excarcelación teniendo como criterio un determinado tipo penal, como se hizo, por ejemplo, en la primera versión de la Ley de Psicotrópicos, hipótesis inconstitucional afirmada y explicada como tal por Vélez Mariconde cuando nos dice:

²⁵ "Prueba" que debería practicarse sin perder la referencia a la persona como ser inocente.

*"...La ley no puede resolver adecuadamente el problema en toda su extensión, mediante normas generales, abstractas y rígidas que carecerían de base constitucional. Como el imputado es inocente mientras no se declare la culpabilidad por sentencia firme, él no puede ser privado de libertad, durante la tramitación del proceso, sino cuando ello sea necesario, esa necesidad en principio, sólo puede ser reconocida por el órgano jurisdiccional."*²⁶ (El destacado no es del texto original).

6. LA SIGNIFICACION DEL PRINCIPIO DE LA CERTEZA COMO REQUISITO PARA LA CONDENATORIA

Hablamos del Derecho a la Libertad. En consecuencia, el poder del juez no puede ejercerse por probabilidades o posibilidades. Un juicio de "posibilidad", en relación con la imputación de un hecho a una persona, podría hacerse respecto a una generalidad de personas aun cuando estas no figuraran o debieran figurar en el proceso. Un juicio de "probabilidad", por otro lado, tampoco determina que realmente un hecho punible se ha dado.

El principio de la Libertad exige su protección. De tal manera, su restricción definitiva sólo puede ser admitida por el sistema político cuando se haya establecido no la "probable existencia de la culpabilidad del autor" sino la "existencia de la culpabilidad del autor".

²⁶ Vélez Mariconde, Alfredo. Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba, pág.38.

La prohibición de la excarcelación en forma genérica (prescindiendo de la comprobación concreta de las circunstancias que pueden justificar -dentro del marco de la Constitución- la privación de la Libertad) implica que: serán privados tanto aquellas personas en relación con las cuales, eventualmente, podría justificarse esta medida como, otros que nunca deberían haber sido limitados. Si la privación de la libertad es una garantía individual ¿cómo puede admitirse que el Derecho pueda someter genéricamente?

Evidentemente, no debe pretender examinarse el problema de la imposibilidad constitucional de una prohibición genérica de la excarcelación con vista únicamente del artículo 39 de la Constitución.

Es claro que los conceptos de pena y delito tienen una función limitante cuyo sentido es garantizar la no existencia de perjuicio. Pero, tanto es perjuicio la privación de la libertad impuesta a título de pena, como la privación de la libertad a título de medida cautelar. La diferente conceptualización, lógicamente, no nos puede llevar a afirmar que, la protección constitucional debe variar según varíe el concepto formal de la privación de la Libertad.

La propia naturaleza de las cosas determina que ello sea así. Cuando analizamos la comisión concreta de un hecho descrito en la Ley Penal, estamos hablando de una categoría de hechos producidos por la persona humana, en los cuales intervienen muchas variables y respecto a los cuales, lógicamente, se excluye la posibilidad real de aplicar genéricamente un mismo patrón. Finalmente, es claro que la probabilidad de comisión de un hecho no dice nada sobre la real comisión del hecho, y es, lógicamente sobre realidades que debe aplicarse el Derecho²⁷.

7. LA ACTIVIDAD DE LA DEFENSA

El Ordenamiento reconoce el derecho a la defensa como un derecho fundamental.

Este derecho adquiere mayor relevancia frente a la acción del Sistema Penal manifestada mediante la agencia del Poder Judicial.

El imputado tiene derecho a la defensa. Pero, el legislador consideró que el grado de complejidad de las cosas a resolver, tanto en la dimensión normativa como en la fáctica, determina la necesidad de un ejercicio del derecho a la defensa en forma técnica. Así, el creciente y no siempre necesario proceso de complejidad a que ha sido sometido el Derecho Penal por sus operadores ha determinado una nueva necesidad, la de la asistencia profesional²⁸.

Situados en la coyuntura presente, es claro que, de conformidad con nuestro ordenamiento, toda persona tiene derecho a la defensa. La persona humana debe tener la garantía política del ejercicio de este derecho en forma plena, sin más limitaciones que las estrictamente necesarias para la realización ordenada del proceso según su propósito fundamental.

Para un aseguramiento de igualdad de oportunidades, al menos en el nivel normativo, el Ordenamiento desarrolla este derecho dando la posibilidad de acudir a la Defensa Pública, sea que se esté ante la imputación de un hecho que constituye delito o, bien, de uno que constituye una contravención.

²⁷ De no ser así, el Derecho desaparecería como límite del poder.

²⁸ Hecho cuya consideración pareciera estar implícita en la despreocupación por la claridad de las leyes que se promulgan.

Con independencia de un estudio de causas, es evidente que en nuestro mundo social la experiencia demuestra un curso distinto de la coerción del Sistema Penal, según sea la disponibilidad de la defensa.

7.1. EN CUANTO AL MOMENTO EN QUE INTERVIENE EL DEFENSOR

La posibilidad de la formalización de una relación profesional entre el defensor público y la persona que requiere su asistencia no se da hasta que la segunda no tenga "oficialmente" la condición de imputada, es decir, cuando ya figura como tal en un expediente judicial. Sin embargo, es claro que, antes de que la persona adquiera dicha condición se pueden distinguir al menos tres momentos, dos de ellos eventuales, en los que la actividad de la defensa profesional podría determinar el destino del proceso.

- a. El momento en que la Policía Administrativa "selecciona" mediante la realización de un "cumplimiento".

La intervención del profesional en este momento, en el que aún el examen de la conducta presuntamente antisocial no trasciende el ámbito administrativo, puede determinar una diferencia importante; por ejemplo, que una persona no sea sometida injustamente a un proceso penal²⁹.

- b. El momento en que la Policía Judicial "selecciona", por denuncia de un ciudadano o en cumplimiento de una orden judicial.

El ejercicio de las competencias encargadas por el Ordenamiento Jurídico a la Policía Judicial permite que eventualmente este órgano pueda discernir y determinar, mediante la individualización expresa o tácita, quiénes son los que presuntamente deben entrar o mantenerse en el proceso. Evidentemente, la disponibilidad de la defensa técnica en este momento también puede determinar una diferencia en cuanto a los efectos del sistema penal.

- c. El momento de la posibilidad de la desestimación.

En esta fase preliminar, en la que existe la posibilidad de la desestimación (posibilidad muchas veces ignorada por el eventual imputado y generalmente descuidada cuando conoce de su existencia) la asistencia profesional, según las circunstancias del caso concreto, también puede ser relevante. Una intervención profesional legalmente

²⁹ Sobre todo, en el tanto en que la ausencia de la asistencia profesional podría facilitar un abuso policial o una errónea interpretación policial de la situación.

adecuada podría clarificar la situación denunciada y determinar la improcedencia legal del proceso³⁰.

7.2. DURANTE EL PROCESO

La relevancia de la defensa técnica tiene ciertas oportunidades estelares para su manifestación: el debate expreso o no previo al dictado del "auto de procesamiento" y posterior a él, si se cuestiona ante el órgano superior; el debate, expreso o no, previo al "requerimiento de elevación a juicio" y al dictado mismo del auto de elevación a juicio y posterior a él, si se impugna este auto ante el órgano superior y, finalmente, la oportunidad de la audiencia oral, en la que el protagonismo profesional puede facilitar, sin perjuicio de la responsabilidad de los demás órganos participantes, que la audiencia misma se exponga como una experiencia patética o, bien, como una forma idónea para la realización, acaso siempre formal, de la Justicia.

Por último, es importante no olvidar que, con excepción del servicio que pueda obtenerse de la Oficina de Defensores Públicos, la disponibilidad de la asistencia profesional, evidentemente, va a estar determinada, en general, por la condición económica del denunciado.

3. EL CUESTIONAMIENTO DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES

Las decisiones de los jueces pueden impugnarse, es decir, objetarse por sus contenidos y alcances. Este derecho a la impugnación es ejercicio del derecho a la defensa pero se deriva además del principio del Derecho a la Justicia, previsto en el artículo 41 de la Constitución Pública. Se dispone bajo este numeral:

"Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."

Por ello, las formas de objetar las resoluciones jurisdiccionales son las previstas en las leyes.

³⁰ La experiencia demuestra que son frecuentes los casos en los cuales el proceso se inicia y avanza hasta llegar a la etapa de juicio, estableciéndose en el debate que, con un mejor análisis ese proceso pudo haberse evitado.

constituirse en obstáculos para el ejercicio de esos derechos sino en medios facilitadores para ejercerlos.

Expresamente se dispone en el artículo 447:

"Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos.

El derecho a recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las partes litigantes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas."

En el mismo código encontramos diversas formas para la objeción de las resoluciones jurisdiccionales en tratándose de procesos penales³¹.

Se establecen, en forma taxativa, varias posibilidades procesales de cuestionamiento de estas decisiones. Se conocen como "recursos ordinarios": la revocatoria, la apelación y la casación y como "remedio extraordinario"; el recurso de revisión.

Es claro que la actividad de la impugnación, como parte de la actividad de defensa, es parte del rol que debe desempeñar la persona que ejerce la defensa técnica, frente a las decisiones del Juez, especialmente cuando se trata de decisiones abusivas de este órgano³².

³¹ Artículos 447 y siguientes.

³² No queremos alentar con ello las dilataciones de los procesos por intereses ajenos a la Justicia. La actividad del patrocinador profesional -abogado defensor- debe desarrollarse en aras del interés de una adecuada defensa y ello puede implicar en algún momento la posibilidad de la impugnación en relación con una resolución dictada conforme con el Derecho (aun cuando posteriormente ese recurso sea declarado sin lugar) así como, eventualmente, podría ser conveniente para un imputado la no impugnación de una resolución dictada en su contra, aun cuando tuviere un vicio. En todo caso, el Ordenamiento Jurídico prevé sanciones procesales para las partes que abusen dentro del proceso.