

PROCESO PENAL Y GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS: ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS

Adolfo GELSI BIDART

SUMARIO: I. *Exigencia de garantía y proceso penal.* II. *La dependencia temporal del proceso.* III. *Prevención y sanción.* IV. *La garantía procesal integral, ¿es posible?* V. *Perspectiva.*

I. EXIGENCIA DE GARANTÍA Y PROCESO PENAL

1. *Garantía*

La garantía no aparece tan sólo como un “augurio” constitucional en los capítulos destinados a enumerar los derechos y los deberes, más aquéllos que éstos, aunque ambos van unidos en *la misma raíz* de lo humano e incluso —en parte— en el mismo sujeto: el que tiene un derecho humano a..., tiene, al propio tiempo, el deber humano de ejercerlo de tal modo que no exceda de los límites que los derechos de los demás y el “bien común” imponen.

El requerimiento de garantía deriva de la limitación humana, que nunca puede exhibir algo en plenitud, en el caso, de seguro ejercicio. La garantía está referida al valor certeza o certidumbre o *seguridad* valor subordinado o de acceso para otros valores de más significación; la certidumbre en sí misma no puede, en ningún caso, preceder o preferir a la solidaridad, a la justicia, a la fraternidad.

Sin embargo, en el plano de la *práctica* o del “pragma” la conexión derecho-garantía, deber-garantía, se presenta como ineludible. No basta el derecho o deber declarado, si su ejercicio no se garantiza, lo cual puede significar, si no se evitan las perturbaciones u obstáculos que pueden oponerse a la realización, i. e., al pasaje a la realidad de uno u otro.

Habrà de señalarse el apuntalamiento mutuo de la vigencia coexistencial de los derechos, así como de los del “ser” por los del “tener”.

2. Garantía “específica” y proceso

Será menester, también, establecer medios específicos de garantía, desde la autotutela por el propio sujeto titular del derecho o deber garantido (v. gr. derecho de retención, legítima defensa, estado de necesidad, etcétera) a la heterotutela, por parte de otro sujeto expresamente predispuesto a esa función (v. gr. función policial o de prevención, función de vigilancia de la administración, etcétera).

El medio que procura —civilizadamente, pero basado en impulso natural, de recurrir a instancia superior— *aunar auto y heterotutela*, es el *proceso*, por cuanto parte del ejercicio de un “derecho-humano-garantía” que es la acción, que va al encuentro de un “deber-humano-garantía” la jurisdicción; ambos ejercidos simultáneamente y mutuamente condicionados, en lo que consiste el proceso.

La garantía propiamente dicha, no el “reflejo” garantizador por la vigencia de los diferentes derechos o de la existencia y ejercicio de unos en cuanto a los otros, supone, pues: 1) un elemento o factor *diferente*, destacable, del derecho o deber que se garantiza; 2) la finalidad, en aquél, de asegurar la vigencia real, de éste y, por ende, su calidad de *medio-sustentador* del mismo.

En el caso del proceso, se conjugan, complementándose, el poder de requerir la garantía y el poder de acordarla, a través de un *procedere* en el que ambos necesariamente van unidos para lograr conjuntamente, en el pedir (*petitio*, *pretentio*) y en el resolver (*solutio*); en este último pueden y suelen participar ambos poderes; en el desenvolvimiento de la garantía (*quod est processus*) ambos actúan, indispensablemente.

II. LA DEPENDENCIA TEMPORAL DEL PROCESO

1. “Control social” y tiempo

Uno de los problemas principales —y tal vez menos advertidos— del llamado control social, que en definitiva procura referirse a encauzar, ordenar, el desenvolvimiento de la sociedad, es el problema temporal. Lo cual no es de extrañar, pues se trata de un tema de las personas, y éstas no son sino en el tiempo o no son —más radicalmente— sino *tiempo*.

La *irrasibilidad* del tiempo (*fugit irreparabile tempus*) tiene como consecuencia la dificultad insuperable de un efectivo control social, condenado a llegar siempre tarde, con lo cual, la cuestión radica en acercar lo más posible

los sistemas de control a la vida social (paralelismo, pero influyente) y privilegiar la *prevención* de lo que puede venir —una de las preocupaciones básicas de la vida moderna.

A su vez, la *contemporaneidad de las generaciones* —que ha provocado desde siempre, la confrontación anacrónica de las juventudes pasada y presente y el mutuo cuestionamiento de la experiencia vivida y la que comienza a vivir—, implica un entrecruzamiento de tiempos vitales y, como derivado, una confusión en los enfoques de realización y, como consecuencia, en esta misma.

La opinión más pesimista señalaría como comprobación, la imposibilidad del control social diluido en el tiempo, sin base suficiente para su realización. Sin llegar a tal punto, es indispensable, sin embargo, subrayar esta dificultad: el no tomarla en cuenta es el origen de muchos fracasos.

2. *El antecedente determinante*

Todo proceso se inicia a raíz de determinados hechos que han ocurrido y, en el caso del proceso penal, que presuntivamente serían delictivos: su existencia, pues, está preceptivamente impuesta por esta “apariencia criminosa”

Lo cual hace particularmente importante acotar, en el plano del derecho, *qué puede* legítimamente hacer y *por quién* o quiénes, para aportar los elementos que no sólo permitan sino hagan necesaria la iniciación del proceso penal.

Aquí aparece la dependencia procesal de lo que realicen antes del proceso quienes están conectados con él, sea que lo integren (Ministerio Público) o sea sus auxiliares (policía u otros organismos públicos). Sea que la instrucción se realice preferentemente por el juzgado o por el Ministerio Público o por ambos con la defensa —los sujetos procesales, como tales, dependen de denuncias que otros formulan y, cuando el delito no es flagrante, de investigaciones que han de realizarse, forzosamente, por el organismo policial.

El punto de vista actual de la ciencia en actuación interdisciplinaria, escapa al simplicísimo esquema “sociedad *versus* (presunto o real) delincuente”. Lo que importa a la sociedad es averiguar si detrás de la “apariencia criminal” existe o no un delito y quiénes son sus autores y sus víctimas.

A la sociedad le interesa la *víctima*, el *delincuente* y todo el *entorno social* sacudido por el crimen, partiendo de la base de la inocencia de cada persona mientras no se demuestre lo contrario y de la necesidad de proteger a las víctimas pasadas y futuras y a todo el conjunto social atacado por el delito.

De ahí que la actuación policial sea elemento indispensable para prevenir el delito y para averiguar su comisión y sus autores, cuando se ha cometido.

Pero, sobre la base de técnicas mejores, el “destronamiento” de la reina de las pruebas (confesión) y evitando todo desborde “Si —como dice la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26/6/1789)— se considera indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar (la disponibilidad) de la persona, debe ser severamente reprimido por la ley” (artículo 9); al propio tiempo, quien es “convocado o detenido en virtud de la ley, debe obedecer al instante y es culpable en caso de resistencia” (artículo 7). Ambas normas señalan los límites de la autoridad y de quien está sujeto a la misma en los casos que hemos llamado de “apariencia criminosa”.

3. *Las consecuencias del proceso*

Los problemas principales para la adecuación del instrumento del proceso a la realidad, son el “antes” y el “después” sin perjuicio de que las cuestiones procesales propiamente dichas sean las que se refieren al “durante” del proceso.

Éste es un presente necesariamente condicionado por lo que ha ocurrido en el pasado, efectuado por quienes (en parte al menos) no lo integran. A su vez, la finalidad perseguida —como siempre ocurre con el fin del acto o de la actividad, que obtenido, conserva a ésta o a aquél— se encuentra fuera del proceso mismo y en su parte mayor y más directa, entregado a quienes no participan del proceso.

Por el proceso penal se persigue la determinación de la existencia o no, del delito y de su o sus autores, para declarar inocencia y responsabilidad y establecer las consecuencias de esta última.

Sanción que tiene por finalidad (sin entrar a las diferentes escuelas, *grosso modo*) la *reinserción social* del delincuente, al par que la disuación individual y general, de la comisión de otros crímenes.

Esta tarea extraordinariamente delicada, que abarca la pluralidad de sanciones —no exclusivamente la privación de libertad y el modo de cumplir cada una de ellas y la pluralidad de fiscalizaciones, etcétera— queda en parte principal fuera del proceso, entregada a la administración.

Si el pasado condiciona la existencia misma del proceso penal, el porvenir lo hace con relación a su eficacia.

De donde su “ser eficaz” connatural a todo instrumento o medio, escapa en gran medida al proceso mismo. Puede así convertirlo en elemento utilizado por quien no lo constituye y llevado a la realización de su objetivo por quienes igualmente no forman parte de él y pueden, eventualmente, tener otro objetivo o, al menos, interpretar el objetivo procesal, de manera diversa de la que corresponde.

III. PREVENCIÓN Y SANCIÓN

Prevención policial y también procesal

Es connatural a la *función policial*, la prevención delictiva y, efectivamente, en la medida en que pueda eliminarse la posibilidad de guerras exteriores, cada vez más los gobiernos deben estar volcados hacia la seguridad interna y personal, que la civilización urbanística, de hecho, pone constantemente en riesgo o en daño cierto.

Pero esta preocupación *universal* por la prevención, no exclusiva del delito, sino en lo educativo, en la salud, en la no contaminación del ambiente, etcétera, también característica de nuestra época, puede y debe canalizarse, además, en el ámbito de lo procesal.

De tutela (o garantía) preventiva, además de tutela sancionatoria, se habla hoy en materia procesal, que en lo no penal suele traducirse en los procesos declarativos, en parte en los provocatorios, en los procesos con sentencia condicional o de futuro.

También ha de traducirse, en toda materia, incluso penal, en los sistemas preventivos de la *conciliación* preceptiva, incluso por iniciativa del conciliador, en ámbitos proclives a la eventual comisión de delitos; en la actuación con relación al enjuiciamiento de *sujetos peligrosos* (¡pero con cuánta prudencia!); en la conciliación previa a la formalización de algunos procesos penales (v. gr. difamación en injuria; ciertos delitos económicos, como los promovidos por cheques sin provisión de fondos); en la intervención procesal por desarreglos de carácter mental, etcétera.

Toda una tarea, que también puede ser procesal, sea en la prevención del delito, sean en la prevención o sustitución del proceso penal, cuando otros medios que satisfacen mejor a la víctima o realizan mejor que la sanción penal, la solución del conflicto social pueden arbitrarse.

IV. LA GARANTÍA PROCESAL INTEGRAL ¿ES POSIBLE?

1. Una interrogante insoslayable en nuestra época

Esta interrogante —si es posible dar garantía integral con el proceso— plantea la existencia de la *crisis del proceso*.

Advertimos sus condicionamientos y sus limitaciones, por una parte; por otra, la humanidad no ha conocido, a lo largo de su historia, otro medio su-

perior, para la solución de los conflictos y la aplicación del derecho al caso concreto si no pueden o quieren hacerlo los involucrados en él.

La cuestión es: ¿habrá llegado el momento de abandonar el proceso y sustituirlo ... no sabemos por qué? O, ¿será necesario puntualizar y modificar algunos de sus aspectos, para que esté menos condicionado y menos limitado y de tal manera pueda cumplir mejor (nunca será, como es obvio, perfectamente) sus objetivos?

Tal vez una extensión mayor de su actividad en el antes y después y una modificación interior de su modo de actuar, más conforme con su propia naturaleza, pueden conducir a una solución más cercana a la que pretendemos.

2. La “procesalización” del proceso penal

Comenzando por lo segundo, se hace necesario, en cada país, replantear el “procedere”, para que sea más conforme con la naturaleza del proceso, *actus triem personarum*, acto de tres personas.

Esto requiere: *a*) la máxima unificación posible, de instrucción y plenario (o de sumario y “juicio”), para evitar trámites del proceso que no son tales, porque sólo actúa en ellos un solo integrante del proceso (juez de instrucción o Ministerio Público); *b*) la eliminación del proceso de toda diligencia que no sea realizada tripartitamente (juez u ambas partes); *c*) la indelegabilidad en todas las actuaciones o, positivamente, la actuación personal y directa de cada uno de los tres sujetos procesales; *d*) la inmediación entre los mismos y de éstos con los sujetos complementarios del proceso; *e*) la realización pública del proceso para sus tres integrantes principales y para la opinión pública, al menos en sus tramos sustanciales.

3. La extensión de la actividad procesal

En esta orientación cada vez más adoptada en los últimos tiempos, se encuentra la posibilidad de efectuar alguna corrección a las dificultades actuales.

En primer término, procurar que el proceso surja apenas se tiene el conocimiento de la apariencia, más o menos próxima a la realidad del delito.

Sin entrar en las diferentes escuelas —instrucción por el Ministerio Público o por el juez instructor,— aquí la solución parece estar en dar cada vez mejor intervención a *los tres* (no sólo a uno) *sujetos principales* del proceso. Desde nuestro punto de vista correspondería, en cuanto sea posible, esa intervención que si no se logra, sólo derivará en elemento preparatorio y, si se alcanza, se

integrará, en principio, en el proceso, sin perjuicio de ulteriores ampliaciones o aún reiteraciones, según la iniciativa procesal de cada uno de los sujetos principales.

A su vez, la indagación policial precedente *no* ingresa en el proceso, ni siquiera como antecedente, aunque de hecho condicione, en muchos casos, la ulterior actuación procesal válida.

En segundo lugar, con relación a las consecuencias del proceso, la solución está en integrar efectivamente a la *ejecución* como etapa procesal. No sólo para determinar el *quantum* de la pena; el lugar de su realización, etcétera, sino básicamente para efectuar la fiscalización del modo de su cumplimiento.

Sin perjuicio de admitir la policía judicial como auxiliar de la justicia, el nombre (aquí el adjetivo) no cambia la naturaleza de las cosas y mantenemos la exclusión de sus actuaciones, como tales, con excepción de la de carácter técnico ordenadas y fiscalizadas procesalmente.

También concordamos en que sea la *administración* la encargada de la ejecución de las penas, pero con los correctivos que ya en varias partes se vienen aplicando:

- a) Pluralidad de sanciones exclusivas o complementarias; aquí se “destrona” a la privación de libertad como única sanción, cuyo fracaso generalizado en cuanto a resocialización o reeducación, reclama elementos sustitutivos o de complementación.
- b) Colaboración del trabajo voluntario para la reeducación.
- c) Especialización del juez de ejecución.
- d) Funciones permanentes y amplias del juez en el modo, el cómo de la ejecución.
- e) Preferencia de la ley procesal sobre la ley penitenciaria.

V. PERSPECTIVA

Los límites procesales

- a) El proceso no puede serlo todo, a pesar de la reminiscencia del abate Sieyès que proclamaba Goldschmidt.
- b) El proceso es un *medio* y no un fin en sí, un instrumento al servicio del derecho sustantivo que, por la aplicación de éste, procura dar solución a los conflictos, cuestiones o problemas que concretamente se plantean en la vida social. Se pone en funcionamiento porque algo ocurre en el

ámbito social y para que algo se realice en el mismo, fuera, por ende, en uno y otro caso, del proceso.

- c) El proceso está inserto en la vida social y en la medida en que pueda satisfacer sus necesidades y actuar influyendo eficazmente en la misma, cumple con sus limitados objetivos.
- d) Sólo que, como debe necesariamente complementarse por la intervención de otros organismos sociales para su propio desenvolvimiento (pericias *lato sensu*), para poder iniciarse y para cumplir su finalidad —especialmente en esto— no puede aspirar a un ámbito de actuación sino al subordinado (dependiente) subrogado (suplente, cuando fracasa lo que “debe ser”) y limitado en sus consecuencias, que le marca su propia naturaleza.

Dentro de tales límites, para llevar a cabo más adecuadamente su misión, debe hacer prevalecer la autoridad jurídica que se le confiere, poniendo bajo su disposición a los organismos administrativos que están al servicio de su iniciación adecuada, su complementación en el desarrollo y el cumplimiento acertado de sus decisiones (ejecución).

- e) Todo lo cual puede lograrse con base en una constante *alerta procesal* que no *delegue* funciones, sólo acepte complementaciones *bajo la autoridad del proceso* y ejerza efectivamente ésta, definiendo y vigilando dichas actividades complementarias para que lleven a la realidad la mejora de la existente que el proceso persigue.¹

¹ Comunicación al Congreso de ILANUD, Santo Domingo (República Dominicana) diciembre de 1989. Se reitera para el 8° Congreso Provincial de Derecho Procesal-Santa Fe, 1993 y el XIV Congreso Mexicano de Derecho, noviembre 11, 1994.