

PARA LA HUMANIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

Adolfo GELSI BIDART

SUMARIO: I. *¿Por qué proceso penal y no otra cosa?* II. *Derechos, deberes y garantías humanas y proceso penal.* III. *Peculiaridades, limitaciones y perspectivas del proceso penal.*

I. ¿POR QUÉ PROCESO PENAL Y NO OTRA COSA?

1. *La extrema ilicitud y —sin embargo— los grados*

a) El fenómeno penal puede ubicarse desde el punto de vista del sistema jurídico en el plano de la extrema ilicitud, teniendo en cuenta que ésta se da no meramente en el conjunto del ordenamiento (derecho-no derecho), sino, a veces, sólo en alguno de los sectores (sí en lo civil, no en lo penal, *v. gr.*). En ciertas ocasiones lo penal sirve, se usa, para reforzar la ilicitud de otro sector, por el agravar de las consecuencias (*v. gr.*, delito de cheques sin fondo).

De lo que no puede dudarse es que estamos aquí en la última frontera del derecho o de la civilidad. Va unida a las máximas sanciones que admite la comunidad, que se imponen como consecuencia razonable de lo adecuado (sin perjuicio de la disputa sobre el ser de medios para finalidades diversas: defensa social, reeducación, etcétera) y como posible prevención para otros delitos que cometerían sea el mismo sujeto u otros de la misma sociedad.

b) Pero los límites —siempre artificiales— que se trazan en el tiempo y en la “calidad” de las actividades, obligan a darse cuenta de que hay grados en la ilicitud y, en especial, en las consecuencias que para el directamente atacado y para la sociedad, en reflejo, tiene cada actuación calificada de ilícita.

Lo cual trae consigo una des-formalización del delito y una posible exclusión de algunos de los que se cometen de la persecución penal (principio de la oportunidad social y de la eventualidad procesal).

Los conceptos de libertad y de responsabilidad están en la base de la coordinación de derechos y deberes en el ordenamiento jurídico. La libertad de

ejercicio de unos y otros, que los vincula con el ser del hombre mismo,¹ está (socialmente) delimitada por la responsabilidad frente a quienes se realiza el ejercicio y pueden verse perjudicados por él.

La responsabilidad, a su vez, se traduce en diferentes consecuencias, que no siempre nominalmente (*v. gr.* sanción penal) tienen la misma gravedad que en su contenido (*v. gr.* multa penal e indemnización civil por daños causados).

Por otra parte, la “gravedad” de la infracción está sujeta —al igual que la que corresponde a la sanción— a evaluaciones diversas según se tome en cuenta al perjudicado y a la sociedad que lo califica según parámetros genéricos no siempre coincidentes con los de aquél; así también las consecuencias de la responsabilidad varían según el enfoque del perjudicado, del autor de la infracción y de la sociedad en su conjunto.

c) Desde otro punto de vista, la base actual de todo sistema jurídico —derechos y deberes humanos y las garantías pertinentes— introduce un punto de referencia esencial que al par requiere un mayor rigor para la promoción de aquéllos y una constante conexión con la realidad humana a la que debe servir el ordenamiento del derecho.

Esto provoca una constante humanización del derecho, vale decir, un alejamiento del hombre abstracto y una valorización de cada hombre y de la circunstancia en que se encuentra. Lo cual puede hacer variar, específicamente en materia penal, el enfoque de la cuestión.

Se debe encarar, no el acto aislado, sino la persona que lo realiza y los factores que explican su realización, lo cual supone trascender el hecho, remitiéndolo a su autor y a las circunstancias en que lleva a cabo la acción.²

Esto conduce a una aproximación mayor a la realidad —el acto aislado es una mera hipótesis o una abstracción— y permite en el ámbito penal acercarse al ideal de reeducación y de prevención, que el derecho penal encara.

2. La “necesidad” del proceso penal

a) La respuesta a la pregunta ¿por qué proceso penal y no otra cosa? emana de lo ya sugerido (n.l.c.) y es de naturaleza esencialmente jurídica y no sociológica o política —sí filosófica— aunque cada una de las ciencias respectivas tiene algo que indicar al respecto.

1 Vaz Ferreira, Carlos, “Los problemas de la libertad y los del determinismo”; “La libertad es un problema para seres”; “el ser por el hecho de ser es libre”, p. 38.

2 “Los actos son ejecutados”; “surgen desde una persona en el tiempo”. “La persona es el ejecutor” de los actos (Heidegger, Martín, “*History of the concept of time*”, trad. de Th. Kiesel, pp. 127-28; las 1as. son citas de Scheler “*Del formalismo en la ética y de la ética material de los valores*”).

El “poder” podría —ha podido, lo cual significa que aún lo hace y lo hará— elegir otros medios en la “defensa de la frontera” de la civilidad y cuando esto acontece, a menudo se está eligiendo el factor que sirve a algo no comprendido en el difícil concepto evocado (“civilidad”).

b) Sólo una concepción integral del derecho, cuyo “test” o síntoma fundamental se advierte justamente en estas zonas límites de la convivencia social, fundamenta la necesidad de un proceso penal.

Pues permite la defensa, la garantía (el “garantismo”) del imputado, e impone a todos y, en especial a la autoridad interviniente, un modo “civil, propio de los *cives*”, de actuar para determinar lo que ha ocurrido y cómo ha de ponerse remedio a la situación existente.

Un remedio ineficaz en cuanto al pasado, claro está (no puede desandarse lo hecho); que sólo parcialmente sirve al presente, en la medida en que se utilicen de forma adecuada los medios disponibles; tal vez influyente en el siempre incierto porvenir.

c) Aquí, por ende, se abre la perspectiva del “Estado social de derecho” y la preocupación actual acerca de los derechos y deberes humanos y de sus garantías peculiares.

II. DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS HUMANAS Y PROCESO PENAL

1. *El proceso y más allá*

a) No siempre el “poder” se aparta del proceso para apartarse del reconocimiento efectivo de los derechos humanos.

A veces se hace hincapié en el excesivo rigor de la justicia para utilizar otros medios “en el servicio del hombre”.

No pensamos que sea el caso de la paz,³ “*Mandamientos del abogado*”, núm. 7. por cuanto ésta suele tener en la aplicación de la justicia un antecedente eficaz; porque más difícilmente puede encarnarse la justicia sin un estado de paz; porque en el *suum cuique tribuere* se encuentra la paz.

Por otra parte, entendemos que la conciliación, incluso la transacción, son *modus operandi* de la justicia con frecuencia mejores que la propia sentencia, pues hay un acuerdo entre quienes mejor conocen y más están afectados por el conflicto.

b) Pensamos, más bien, en la intervención de otros poderes de gobierno del Estado o del propio Poder Judicial, sea del tribunal interviniente en el proceso

3 Couture, *Mandamientos del abogado*, núm. 7.

(v. gr. suspensión condicional de la pena; perdón judicial) o del Superior Tribunal (v. gr. gracia en Uruguay, aunque en general se atribuye al jefe de Estado). Indulto, gracia, amnistía, parecen querer trascender al proceso, a la justicia determinada por los tribunales, comparándose a otros valores (¿solidaridad, fraternidad, misericordia...?).

c) En el caso de Uruguay, la intervención de la eventual gracia tiene algunas características principales: ejercicio del poder supremo sin fundamentaciones explícitas; su ejercicio por la Suprema Corte de Justicia; eventualidad reglamentada en periodos fijados por la propia Suprema Corte y que puede abarcar a todo proceso, dentro de límites legales, siempre que no haya sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Desde el punto de vista de la práctica forense, es una expectativa tan reclamada por imputados y defensores, que a ello se debe en buena medida, la resistencia de éstos ante el proceso penal por audiencias establecido: ¡con cuántas limitaciones! por el Código del Proceso Penal (1981); ahora con menos importancia, atento a la flexibilización del régimen por la Suprema Corte, en cuanto a oportunidades, antes sólo limitadas a una época del año.

2. *Persona y proceso penal*

a) Decir que, a veces, se puede ir más allá de lo propio del proceso indica, implícitamente, que éste ha de ser el modo habitual y necesario de la aplicación del derecho penal.

La extrema significación social de los problemas involucrados, siempre, además, individualizados en el centro de todo el derecho, la o las personas concretas involucradas (presuntos autores, víctimas y personas correlacionadas con ellos), impone el “modo procesal” del actuar para resolver (?) la situación planteada.

El modo procesal implica en cuanto a las personas: A) autoridad imparcial, que sólo procede para la aplicación del derecho, al servicio de los que se ejercen ante y con ella; B) éstas, personas que promueven derechos e invocan deberes y C) actúan en plano de igualdad entre ellas y con similares oportunidades de hacerlo, incluso con relación a la autoridad; D) con referencia a hechos acaecidos y que tienen sentido para el ordenamiento jurídico; E) todo ello para establecer la solución de derecho que corresponde en el caso concreto.

b) El *modus operandi* del proceso contencioso se basa: A) en la “igualdad de oportunidades” y la imparcialidad de las soluciones a adoptar, B) también, en el plano del conocimiento (de lo que ocurrió y de significación

jurídica), en la visión con enfoques diversos que permite un saber que se acerca más a la realidad compleja.

Esto se aplica a todo proceso, incluso el voluntario; siempre habrá al menos dos enfoques diversos (juez-parte; sin contar con la pluralidad de personas que tienen intereses diversos aunque no contradictorios o excluyentes).

c) El problema de cuál es el interés perseguido en el proceso penal llevó a Carnelutti⁴ a calificarlo de proceso voluntario, por cuanto, en definitiva, se trataría de resolver el problema del imputado, con su reeducación; no habría intereses contrapuestos entre el actor demandado, sino tal finalidad idéntica entre ambos;⁵ se mantendría la forma contenciosa, como garantía de derechos y deberes involucrados.

d) Esto plantea, a su vez, un problema que puede denominarse de la universal “personalización” del proceso y que, en el plano de “la” garantía que es el proceso, significa que la humanización de éste, i. e., la integral ratificación de los derechos humanos en el mismo, el reconocimiento de la persona humana como tal, requiere que el sujeto del interés sea, al propio tiempo, el sujeto de su ejercicio procesal.

O sea que no sean “otros” exclusivamente quienes lo promuevan, sino que al mismo se le otorgue la plena calidad de sujeto procesal. No se reconoce la total calidad de sujeto a una persona en el proceso, si no se le confiere, efectivamente, la calidad de sujeto procesal y, por tanto, la posibilidad de actuar como tal.

Por ende, en cuanto a quienes han de asumir los resultados del proceso penal —fundamentalmente el imputado— no basta con establecer que el objeto del proceso penal es determinar si hubo delito, si ése fue su autor y cuáles consecuencias jurídicas derivan de las respuestas a dar a tales preguntas.

El imputado es el centro del proceso penal (absolución *lato sensu* o condena) pero, según sea la reglamentación positiva, puede considerarse o no como sujeto. Y dado que la “constitución” del proceso es siempre entre sujetos que lo fundan y principalmente lo desarrollan, puede quedar más bajo la “sujeción” procesal que —aún sufriendola como toda persona sometida a la ley y a la autoridad que la hace cumplir— o en el plano de una (relativamente) libre actividad para contribuir a la conducción y dirección del proceso e influir directamente en sus resultados.

4 Carnelutti, “Contra la cosa juzgada penal”, en *Cuestiones sobre el proceso penal* (trad. Sentis Melendo, pp. 837-80).

5 Sobre el punto, Y. Gelsi “Sentencia en la y cosa juzgada” (separata de la *Rev. Universidad de Santa Fe*, 1974).

3. *El imputado sujeto del proceso*

a) Se ha hablado del imputado como “objeto” del proceso. Éste (en el sentido estricto del derecho procesal) indica sobre qué recae el proceso, qué se pretende resolver, según lo acaecido y el derecho aplicable y la pretensión planteada.

Aquella afirmación podría significar que, en todo proceso, cualquiera sea la materia referida, el tema central es una situación de vida que, por ende, implica hechos de o referidos a personas y en el proceso penal el imputado estaría incluido en la misma. El estudio de ésta lo incluiría, pero no le correspondería a él participar en la dilucidación de conflicto que emerge, según el sistema jurídico, de la misma.

Al respecto cabe una doble precisión y orientación: el imputado no puede ser reducido a exclusivo objeto del proceso: A) ni en el sentido del mero conocimiento de lo que ocurrió: ni B) menos, en el significado de lo que es utilizado, algo de que se sirve otro como un medio para la finalidad procesal perseguida.⁶

b) De ahí que deban adoptarse medidas para que pueda asumir eficazmente su calidad de persona en el proceso (actuante en el mismo) y del proceso (cofundador y principal entre los protagonistas del mismo).⁷

La verdadera “personalización” del imputado en el proceso significa el pleno reconocimiento del mismo como sujeto procesal activo.

Ha de recordarse, para solucionarlo, además, que el proceso en toda época (y hoy más tal vez) es un instrumento eminentemente jurídico en su forma (cómo actuar) y en su contenido (sobre qué actuar); en el plano de su iniciativa (por qué: conflicto planteado), su finalidad (para qué) y su eventual resultado (determinación de conductas futuras que lo trascienden).

c) Toda la reglamentación procesal ha de mirarse desde tal enfoque, para todos los que actúen en el proceso: autoridad judicial, sujetos constituyentes del proceso, sujetos complementarios.

Cabe, especialmente, indicar algunos aspectos fundamentales:

Participación en el proceso desde que comiencen las actuaciones: conocimiento directo de lo que se hace y actuación en el hacer de la búsqueda de lo ocurrido.

⁶ Heidegger, Martín, *op. cit.*, p. 161: Es necesario “aclarar el sentido de ser del sujeto y delimitarlo del que corresponda al objeto” (plano del conocimiento). Y menos corresponderá encargar a un hombre en el plano pragmático, como objeto entendido en el sentido de lo que “sirve para”, “conduce a”, es referente (p. 186) o “utilizable” (p. 1881).

⁷ “Hay que escaparse de modos de hacer a un sujeto, objeto” (Unamuno, Miguel de, en *Cancionero*, p. 105 de “Antropología” de Alianza Editores).

Con las solas excepciones de las medidas cautelares y las de urgencia para las cuales rigen los criterios comunes a todo proceso (conocimiento inmediato *ex post facto*, posibilidad de reiteración: posibilidad de medidas complementarias).

Asistencia letrada permanente, también desde el principio de las actuaciones: superación de la ficción del “testigo en causa propia”.

Preferencia por la asistencia (imputado con defensa), sobre la representación y la gestión independiente del letrado: sin perjuicio del defensor “de oficio”, cuando se ignora al eventual infractor.

Superación de la rígida separación entra la actuación de uno (Ministerio Público o juez instructor) de los integrantes del proceso para lograr “su” prueba y la actuación efectivamente procesal (acto de tres personas) que simplemente asimila lo ya actuado o intenta repetirlo o sustituirlo (instrucción y plenario).

4. Las personas y el tiempo pre-procesal y procesal

a) No es necesario subrayar la esencial conexión entre personas (humana) y tiempo, también reflejada en derecho, en el que nada puede explicarse con alguna aproximación (ley, sentencia, contrato, etcétera), sin poner el acento sobre el enfoque temporal.⁸

Como todo proceso está necesariamente referido a un pasado concreto, que es indispensable rehacer, reconstruir para “juzgarlo”, con todas las dificultades que ello siempre supone, unido a que una de las partes tiene, casi siempre, una gran resistencia a facilitararlo y otra no ha participado (salvo si se admite la querrela de parte) en los hechos ocurridos.

Lo cual, unido a la significación social del delito y a la presunción de inocencia, lleva a acordar a la parte acusadora o al juez sumariante, un tiempo pre y extra procesal, para hacer su propia investigación y, si parece dar *prima facie* resultado, permitirle iniciar el proceso.

Vale decir: instrucción preliminar con diligencias preparatorias de naturaleza probatoria, tramitadas unilateralmente por uno de los órganos públicos que constituyen el proceso (juez o acusador público), para determinar si es procedente no tal resultado del proceso, sino el proceso mismo.

⁸ Para la filosofía existencial, el hombre es tiempo o historia (de sí mismo). Así, Ortega *Sobre la razón histórica*, por ejemplo Heidegger, M. (*op. cit.*), a) señala que el Dasein (ser ahí es “camino para ser”, “ser esto en su tiempo”, “histórico” y “temporal” (p. 153); el hombre “el mismo [...] es tiempo” (p. 197). Implica “estar presente” lo cual “no es otra cosa que el mismo tiempo” (p. 214). b) Pero “el tiempo que yo mismo soy en cada tiempo, yace en una diferente duración acorde con como yo soy este tiempo” (p. 231); (*cf.* p. 255 y 257). c) “El hombre en cuanto tiempo temporaliza su ser” (p. 319).

Lo cual significa que la instrucción preliminar propiamente dicha, que en cuanto a su consistencia tiene por contenido parte sustancial y a veces íntegra de la prueba del proceso, queda al margen del proceso, por cuanto su unilateralidad integral o casi total, la excluye por sí mismo del proceso judicial. Luego habrá de volverse —*da capo*— a la misma tarea, pero en el plano y con la forma procesal debida.

b) Esto trae consigo una dificultad insuperable.

O bien (como se dijo) se incluye —de derecho o de hecho (influencia que muy pocas veces podrá eliminarse)— sin más o con formularias ratificaciones, lo actuado, en el plenario.

O bien se procura reiterarlo, repetirlo, lo cual es imposible (el tiempo no vuelve y las personas y su hacer cambian con su transcurso).

O bien se procura hacerlo todo de nuevo integralmente, lo cual puede realizarse formalmente, pero ¿con cuánta posibilidad de acierto en la reconstrucción, aun suponiendo que no haya influencias externas para cambiar lo que ya se dijo o hizo?⁹

c) El cambio inexorablemente del tiempo y, por tanto, de la persona, importa también de manera fundamental, en lo que es el imputado, centro (como se dijo) del proceso penal y cuyo actuar “desde la persona y su circunstancia social (origen, educación, creencias, ubicación social, circunstancia individual de la infracción, etcétera)”, es el que se juzga.

Para juzgarlo, no en su persona, reiteramos, sino desde su persona,¹⁰ para comprender mejor lo que hizo y calificar mejor su significación en el momento en que se realizó; tiempo vivido (edad); contenido del tiempo pasado; tiempo social en que se llevó a cabo la infracción; tiempo, instante de la realización; etcétera.

El juicio debe trasplantarse al pasado que no es social ni psicológicamente, como el hoy, tanto en el plano de lo que se hizo como en su significado para su autor y sus circundantes y la comunidad en su conjunto.

E incluso debe proyectarse hacia el porvenir, cuando se enfoca el problema de la pena, en especial en su ejecución y en las posibilidades de lograr “la

9 Simenon, Georges, no sólo ingenioso autor de intrigas, sino acertado observador psicológico, dice al respecto (*Maigret aux Assises*, cap. II): El agente de la policía judicial “en su despacho se enfrentaba todavía con la realidad [...] Luego pasaban meses, a veces un año y hasta dos y se encontraba [...] en la sala de testigos con las personas que él había interrogado tiempo atrás [...] ¿Eran verdaderamente los mismos seres humanos? Aquí se subraya pura y simplemente el cambio de cada persona, su querer, sus sentimientos su más o menos frágil memoria; añádase lo que el mundo circundante les aporta.

10 Pues, como dijo Borges “los jueces no son el juez” (*Una mañana de 1549*, v. 12-13). Carnelutti (*op. cit.*, *ibid.* y *Cómo se hace un proceso penal*), recuerda la dificultad de cumplir con el *nolite judicare* del Evangelio y con el deber de hacerlo en el proceso, que incumbe al juez. Pensamos que el criterio puede ser el del texto: no la persona, sino desde la misma.

profilaxis del delito” y la “reeducación” del delincuente, como lo quiere la Constitución (artículo 26).

d) A esto se añade el famoso problema de la lentitud de los juicios, que en el caso del proceso penal constituye una auténtica tragedia, y transforma a éste en un “juego de anticipaciones” y, para el caso de error, si la pena es de privación de libertad, en irreparable.

Aquí está la explicación de errores y mitos que suelen predominar en la opinión pública, en cuanto al proceso penal:

La justicia colectiva por mano propia¹¹

La confusión entre enjuiciamiento o procesamiento y condena.

La repulsa a la excarcelación provisional.

La confusión entre prisión preventiva y pena de privación de libertad.

La sentida necesidad de pagar en dinero la privación de libertad injustificada.

e) Esa misma lentitud provoca sucesivos cambios en las autoridades (Ministerio Público y juez) que intervienen en el mismo proceso, lo cual agrava —una nueva modificación y nada menos que de la autoridad judicial y del acusador oficial— el transcurso del tiempo, a menudo en vano y el desencuentro de los tiempos personales que tienen que constituir el tiempo procesal.

5. Personalización concreta y no humanismo, abstracto

Resulta necesario superar el humanismo abstracto que elabora un hombre “no jurídico”, el delincuente, en cuanto ha realizado un hecho enmarcado en una figura jurídica con límites, después infranqueables.

Es necesario advertir: “el hombre, los hombres, perpetua oscilación. La diversidad de caracteres, temperamentos, historias [...] hace del hombre, los hombres y el plural se resuelve, se disuelve en un singular: yo, tú, él, desvanecidos, apenas pronunciados”.¹²

El derecho puede, en parte, lograrlo en el proceso penal con jueces en número suficiente; adecuadamente preparados no sólo en normas, sino en el conocimiento y la comunicación con las personas; que se asesoren convenientemente; que no olviden el contacto directo y suficiente con aquellos que deben juzgar y con los elementos que se lo permiten realizar; que no se aíslen de

11 Así el Comisario —personaje de Leonardo Sciascia— que “al oír los gritos de la multitud [...] llegó a (tener) miedo (de) que optaran por la justicia expeditiva (frente a la justicia lenta y [...] verse obligado a defender la justicia lenta” (*Il cavaliere e la morte* trad. R. Pochter, ed. Tasque, 1989, p. 75).

12 Debemos “eludir las trampas del humanismo abstracto”, dice Octavio Paz (*Postdata*, 16a. ed., Ed. Siglo XXI, p. 11).

la realidad en general y de la muy concreta y generalmente lamentable que se les presenta en el proceso.¹³

III. PECULIARIDADES, LIMITACIONES Y PERSPECTIVAS DEL PROCESO PENAL

1. *Lo general y lo peculiar*

a) El proceso penal participa de las características de todo proceso, no del proceso civil, como a veces se piensa, aunque éste ha sido, tradicionalmente, el más elaborado desde el punto de vista doctrinal y —a veces— el mejor reglamentado positivamente.

El dar más importancia —como corresponde— a lo sustantivo que a lo procesal condujo, sin embargo, a lo que estimamos un error de enfoque; encarar el problema procesal desde cada disciplina sustantiva; en el caso del derecho penal, con más significación que en las restantes, por cuanto se trata de un proceso necesario, único medio para la aplicación de las consecuencias de la infracción a la ley penal.

Sólo en los últimos decenios —y no por toda la doctrina— se ha procedido a considerar el problema procesal de manera unificada, para señalar después, en qué la “circunstancias” sustantivas, reclama alguna modificación en la estructura procesal general.

b) Todo proceso, también el penal, puede encararse desde diferentes puntos de vista:

Pluralidad de personas intervinientes en forma necesaria para dejarlo constituido y diferente calidad o naturaleza de los constituyentes: autoridad y personas sujetas a la misma.

Contraposición de intereses, al menos en el plantamiento formal (proceso contencioso).

Derechos alegados que surgen en relación con ciertos acontecimientos concretos de la realidad, encarados por el ordenamiento jurídico.

Solicitudes de solución concreta al problema planteado (pretensión).

Solución realizada por las partes constitutivas del proceso o por sola la autoridad (conciliación o fallo).

Aplicación de lo resuelto (ejecución)

Tiempo requerido y distribución del mismo (duración y etapas).

¹³ A los jueces se les llevaba los acusados “y todo lo que conocían de ellos lo descubrían en los papeles de un sumario” y la “dignidad de sus funciones los aislaba del resto del mundo [como] [...] en un islote aparte” (Simenon, G., *op. y loc. cit.*).

c) Todo ello habrá de darse en cada proceso. La materia de cada uno —el tema y su naturaleza— podrá incidir y provocar ajustes diferenciados en cada uno de estos aspectos, desde quienes constituyen el proceso hasta el orden de las etapas y la aplicación de lo resuelto.

2. La “circunstancia” penal

a) El tema penal tiene una significación social y jurídica peculiarísima (derechos y deberes humanos involucrados; frontera última del sistema jurídico) que influye directamente en la constitución personal del proceso y en la ordenación de etapas.

b) Así, en cuanto a lo primero, resulta clara la necesidad de la especialización del tribunal, que en Uruguay ha comenzado a extenderse, de la capital hacia el resto del país, después del siglo y medio de estancamiento. Aquí el segundo aspecto a mejorar de acuerdo con la “procesalización” del cumplimiento, es el de la especialización del juez de ejecución, para el requerimiento de esta etapa esencial en cuanto a los resultados pretendidos.

En cuanto al demandado, el tema está en la extensión al máximo posible, de la participación procesal y de la asistencia letrada irrestricta, desde el comienzo de las actuaciones.

En la problemática del actor, el interés social radica en el ejercicio de la acción penal por un órgano público, sea permanente, sea *ad-hoc*, que seguimos considerando preferible a la solución del querellante.

Aquí se plantean diferentes problemas;

¿El querellante como sustituto del Ministerio Público si éste desiste (solución de la Ley de Prensa) o como parte coadyuvante o como auxiliar extraprocesal?

¿La víctima participando en la solución del problema de fondo (*v. gr.* pago de cheques sin fondos; pago de perjuicios; remisión por casamiento en ciertos delitos, etcétera), siempre con la participación del Ministerio Público y la intervención del juez, para evitar soluciones de fuerza?

¿La víctima tiene derecho de iniciativa probatoria (así en el CPP)?

¿La víctima sólo puede pedir medidas cautelares con relación a los daños y perjuicios ocasionados por el delito?

En lo referente al actor, la orientación que ha de prevalecer es en el sentido de su ejercicio integral en toda etapa del proceso, de acuerdo con la noción básica de éste que en nuestro concepto exige la vigencia del llamado “principio acusatorio”, como lo determina la Constitución (artículo 22).

c) El problema práctico más importante es el de la ordenación de las etapas procesales.

Por la significación de lo penal y de la mera iniciación del proceso —por una parte—, la ignorancia de los hechos por el actor y la más acentuada tendencia a tergiversarlos por el demandado, todo derivado de lo dicho acerca de la trascendencia del fenómeno penal y de su derivado necesario —el proceso— tradicionalmente se ha planteado la división tajante entre la instrucción (cuasi-proceso) y el proceso propiamente dicho (juicio, plenario, audiencia).

Primero habría que determinar si corresponde iniciar el proceso (auto de enjuiciamiento o de procesamiento) y, en caso afirmativo, plantear el requerimiento pertinente que luego se concretará antes del fallo. Esto, tanto en favor de la sociedad —el actor debe elaborar su prueba, pues no pudo, antes, determinarla como del demandado— que sólo debe ser sujeto al proceso cuando existe razonable prueba de que ha participado en el delito.

El CPP adopta esta solución poniéndola en manos del juez instructor, pero exigiendo casi una prueba exhaustiva, reflejada en la interlocutoria de enjuiciamiento.

Una 2a. solución que es la de la Constitución (artículo 15) requiere una comprobación *prima facie*, la llamada “semiplena prueba”, que el CPP denomina “razonable convicción”.

Se suele afirmar que esta fórmula es inexcusable y que la alternativa sólo se presenta en cuanto a quien dirige la instrucción: si el juez o el Ministerio Público y se considera —con razón— que esta última es más acorde con el principio acusatorio.

Esta solución, en nuestro concepto, choca con algunos supuestos de la humanización del proceso penal.

No es una verdadera etapa procesal, pues predomina lo unilateral a pesar de recaer sobre el tema central del proceso: qué ocurrió y quiénes participaron en los hechos que importan. No hay, por ende, verdadera garantía para las dos partes y para el mismo juez.

Aunque se establezca que esto no importa para el proceso, es innegable la influencia que sobre las personas procesales ejerce esta etapa que existió como antecedente.

Desde el punto de vista social no hay para el procesado diferencia significativa.

No se aprovecha el momento más aproximado al delito para investigarlo y en la segunda etapa se reitera, se repite (lo cual es imposible) lo actuado hasta el momento; en rigor se le sustituye con toda influencia positiva o negativa que esto importa.

La diferencia con la casi totalidad de los demás procesos (sin perjuicio de los, en parte, asimilados; menores “delincuentes”, procesos aduaneros) radica en que las partes al iniciar el proceso plantean los hechos e indican las pruebas que poseen, sin perjuicio de las que el juez establezca (así en el CGP) y aquellos casos en que se permite prueba ulterior.

La prueba es siempre “averiguación”, como la calificaba el CPC, sólo que en los demás procesos, lo que hay que averiguar —hipótesis de trabajo— está predeterminado por las partes, en tanto que en el proceso penal sólo se tiene una información, generalmente derivada de terceros (policía, otras autoridades, testigos presenciales, a veces el propio denunciante), que es sólo un punto de partida de la investigación, para concluir si ocurrió un delito, cuál y por quiénes fue cometido y a quiénes perjudicó.

De ahí que sea menester cambiar parcialmente el orden habitual —planteamiento del objeto del proceso, comprobación, solución— comenzando por el interrogante señalado en cuanto a hechos concretos qué habrían ocurrido, para reconstruirlos en la medida de lo posible y extraer de ellos pretensiones y contrapretensiones, para alcanzar la conclusión pertinente.

Si se piensa, de todos modos, que las pruebas que valen (en el doble sentido del valor jurídico y del contenido demostrativo) son las que se hacen en el proceso —y esto cualquiera sea su materia— parece lógico que la investigación se realice, desde el principio, procesalmente, no se ve razón para realizar una primera que luego no sirve y una segunda alejada en el tiempo e influida por aquella que, por así decirlo, “contamina” la prueba que efectivamente importa para el proceso.

No conviene realizar con similar contenido, una investigación unilateral. Parece que la solución más adecuada es comenzar, desde la primera actuación, con la prueba procesal, es decir, la que puede tener por iniciativa la de cualquiera de los sujetos procesales y en cuyo diligenciamiento participen, para garantía de todos, los tres sujetos constituyentes del proceso penal.

3. *La orientación constitucional*

La orientación constitucional —y la de las declaraciones americanas y universales— es clara en algunos sentidos principales.

a) El principio acusatorio tiene que predominar en el proceso penal: vale decir, que no corresponde al juez la iniciativa del mismo: en éste, como en todos, se presentan pretensiones a ser resueltas a través del trámite y con la solución final que se establezca (artículo 22).

b) Se garantiza la igualdad de partes, se elimina toda la discriminación entre ellas (artículo 20), se prohíbe el juicio criminal en rebeldía (artículo 21) y la prisión indebida (artículo 17).

c) El proceso penal es legal y necesario (artículo 12 y 15).

d) Se da especial significación al tiempo procesal, fijando plazos breves para la primer declaración y para el comienzo de la instrucción (artículo 16).

e) Se da garantía especial para evitar la prisión indebida (*habeas corpus*, artículo 17).

f) “Quedan abolidas las pesquisas secretas” (publicidad, artículo 22).

4. *Perspectiva*

a) Una reestructuración del proceso penal puede llevarse a cabo mediante el criterio de su integral “procesalización”, conforme a las orientaciones constitucionales.

Esto significa —desde otro punto de vista— unificar al máximo su modo de proceder, eliminar formalismos, dar preferencia a los aspectos más significativos del proceso y aproximándolo, en todo lo factible, a la realidad.

b) Los aspectos más importantes a subrayar, que es lo que procura el Anteproyecto 1990 son: eliminar la tajante división entre instrucción y plenario, procurando la efectiva participación (iniciativa y diligenciamiento de la prueba) de los tres sujetos principales, desde que se denuncia la existencia de un delito. No hay juez instructor o Ministerio Público instructor, sino iniciación de la etapa probatoria, sirviendo al proceso toda diligencia efectuada por los tres sujetos de consumo.

El juez no es inquisidor, sino que está sujeto a la iniciativa del actor para iniciar cualquier etapa del proceso: la prueba, el ejuiciamiento o el fallo.

La publicidad interna es total desde el comienzo, con las excepciones de las medidas urgentes o cautelares, pero sujetándose las mismas a las reglas generales de aquéllas. La publicidad externa acompañará en todo lo posible el transcurso del proceso y, en todo caso, la audiencia final antes del fallo.

Se amplía la posibilidad (sujeta a lo que se establezca en las normas penales) de conciliación y de oportunidad, así como la diversificación de las penas.

En cuanto a la ejecución, su “procesalización” requiere para su adecuada aplicación, la especialidad y dedicación exclusiva del juez (juez de ejecución) y la continuada participación del defensor.

c) “El juez no está sentado en su silla para complacer, violando la ley, sino para hacer justicia, obedeciéndola”,¹⁴ pero para lograrlo tiene que participar de un efectivo proceso, con el actor y el demandado, no permitiendo que ni instrucciones administrativas (generalmente de la policía), ni instrucciones cuasiprocesales (de uno de los sujetos principales del proceso), influyan y orienten al proceso mismo.

La solución de un proceso integral desde el inicio de las primeras actuaciones, parece ser un modo de actuar que permite acercarse más a la realidad concreta que se juzga y, por ende, a un juicio mejor.

14 Platón, *Apología de Sócrates*, XXIV (4a. ed., Buenos Aires, Editorial Estrada, a cargo de S. Marasso, p. 41.)