

UNIFORMIDAD FUNDAMENTAL DE LA LEGISLACION PROCESAL PENAL DE AMERICA LATINA

Ponencia de los Profesores
*Alfredo Vélez Mariconde y
Jorge A. Claria Olmedo.*

1. Programa - 2. Tendencia Inquisitiva - 3. Base dogmática común - 4. El principio de inocencia: I. Situación del imputado; II. Coerción personal del imputado: A) Detención; B) Incomunicación; C) Prisión preventiva; D) Excarcelación. - 5. La inviolabilidad de la defensa: I. Contenido y extensión; II. Declaración Indagatoria; III. Carácter de la Instrucción - 6. Principios de Política Procesal: I. Juicio oral: Sistema de libre convicción 7. Conclusión.

1. PROGRAMA

El tema fijado por la Comisión Organizadora de estas nuevas Jornadas —de notable generalidad y amplitud, como debía ser para abrir el debate— revela una preocupación similar a la que nos impulsó en Argentina, desde nuestros primeros pasos por la senda poco transitada del derecho procesal. Nació cuando advertimos el profundo abismo que existe entre la Constitución y la ley procesal penal. No podía ser de otro modo: la primera es propia de un Estado liberal, que se basa en el respeto a la dignidad y libertad del individuo, mientras que la segunda es copia casi liberal de la Compilación Española de 1.879, la cual está imbuída, naturalmente, del opuesto espíritu autoritario de la monarquía absoluta e ignora los derechos individuales que fueron consagrados por la Corte Magna.



Como siempre ha sido indiscutible (aunque no faltan aún quienes se resistan a comprenderlo) que entre la Constitución y la Ley que disciplina el proceso Penal debe existir un íntimo ligamen, puesto que la segunda es el instrumento jurídico indispensable para hacer efectivos los principios y garantías que consagra la Ley Suprema del orden jurídico (de otro modo, ellos son puras declamaciones), esa estridente discordancia justifica la lucha por un nuevo régimen de enjuiciamiento penal, empeñada en Argentina desde comienzos de este siglo. Lo acreditan —principalmente— las voces de Tomás Jofré y Rodolfo Rivarola, nuestros primeros maestros.

El primer triunfo total de la doctrina moderna se produjo en 1.940, cuando la provincia de Córdoba puso en vigencia un código de Procedimiento Penal que se ajusta al tipo mixto establecido por el Código Francés de 1.808, al que le corrigió, en la segunda mitad del siglo pasado, la legislación Europea continental. Posteriormente el sistema fue seguido por varias provincias argentinas; en el orden nacional se han hecho algunas tentativas, entre las que puede citarse el proyecto que elaboró en 1.960 Vélez Mariconde. Actualmente trabaja en la redacción de un nuevo Código, una comisión Especial que preside Claria Olmedo.

Ese fenómeno institucional argentino —que nos permitimos recordar como exponente de una evolución que está a un paso del triunfo total— es similar al que se observa en América Latina con mayor o menor energía y sin computar desfallecimientos del régimen político —que generalmente obedecen a factores económicos— las Constituciones de los Estados que la integran responden a esa tendencia liberal (diversas normas consagran la libertad y los derechos individuales, definen el proceso penal como un instrumento de justicia, quieren que el imputado sea un sujeto incoercible y, expresa o implícitamente, afirman los principios de inocencia y de inviolabilidad de la defensa en juicio), mientras que las leyes procesales penales de la gran mayoría de ellos sigue fiel al tipo inquisitivo que se consolidó bajo la égida de la monarquía absoluta.

Ponemos en evidencia este contraste, desde luego, porque no se trata de resolver tan sólo —con criterios de política procesal— si es posible o conveniente uniformar las leyes procesales penales vigentes en Latinoamérica. Además de su indiscutible atraso, incluso con respecto a las leyes de la Madre Patria, es ineludible demostrar esa discordancia con los principios fundamentales del orden jurídico.

Pero la generalidad y consecuente amplitud del tema aconseja una previa selección. No sería posible considerar ahora todas las cuestiones

que él suscita, unas sobre organización judicial y otras referentes a la estructura del proceso. La consideración de todas ellas exigiría un tiempo del que no podrán disponer las Jornadas.

Ante esta imposibilidad material, es preciso adoptar un programa mínimo que podrá ser ampliado en posteriores Congresos: En primer lugar, es indispensable prestar atención a los problemas —estrictamente dogmáticos— más importantes y urgentes, los cuales surgen cuando se compara la gran mayoría de leyes procesales penales que rigen en América Latina, de tipo acentuadamente inquisitivo, con los principios liberales y democráticos que consagran nuestras Constituciones.

En segundo término, examinaremos las cuestiones más graves de política procesal, a fin de sostener la necesidad de adoptar el procedimiento oral en la etapa definitiva del proceso, y el sistema de libre convicción o sana crítica racional.

Esto es lo poco que tratamos de hacer ahora; poco con relación a la cantidad de asuntos que deberán resolverse.

2. TENDENCIA INQUISITIVA

Para considerar los primeros problemas en el plano dogmático que parece ineludible, tal vez convenga recordar que, en su mayor parte, nuestros países están adormecidos por el espíritu inquisitorial que triunfó en la segunda mitad de la Edad Media e imperó en España hasta la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882. Es el mismo espíritu que rigió en nuestra época colonial porque lo heredamos de la Madre Patria, y que todavía inficiona nuestras instituciones procesales a pesar de que ella adoptó, mediante esa Ley, nuevos rumbos de tipo acusatorio. Adviértase que, implícitamente, no hablamos de Brasil, cuyo Código de Proceso Penal no tiene ya esa tendencia:

Poco se piensa en la dignidad del hombre, aunque la Constitución haya proscrito la tortura (sin computar los evidentes abusos que en tal sentido se cometen).

No se observa que la *incomunicación* está convertida en una tortura moral inadmisibles, tanto por su finalidad (debilitar la voluntad del detenido y conseguir así la confesión) como por su duración (diez días o más).

Como si la *libertad personal* no figurara en el ideario imperante, nadie recuerda (al margen de la teoría del derecho natural) que ella es



un derecho subjetivo individual que la Ley Suprema acuerda al individuo.

Ni se repara en qué, según el espíritu liberal de nuestra constitución, el *proceso penal* no puede ser considerado como un medio de reprimir sino como un instrumento jurídico para descubrir la verdad y hacer justicia.

Se olvida en absoluto que el *imputado es inocente*, pues no se lo puede considerar culpable si así no lo declara la sentencia firme del juez natural.

Precisamente por esto, la *prisión preventiva* y la *excarcelación* están disciplinadas como si la primera fuera el comienzo anticipado del castigo que se impone a quien no ha sido declarado culpable.

El *procedimiento es escrito* en todo el curso del proceso, porque se cree (erróneamente) que así se asegura mejor la represión del delincuente.

El *sumario es absolutamente secreto* porque no se piensa que de ese modo se convierte en letra muerta el principio constitucional que impone la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Y como especie de postrer arrepentimiento del legislador, se establece el *sistema de prueba legal o tarifada*, dispuesto a costa de sacrificar la conciencia del magistrado.

He aquí el esquema de las instituciones que están inficionadas por el espíritu inquisitivo, el que, con total olvido de la libertad y de los derechos individuales, se basó en el célebre dogma unilateral de que *salus publica suprema lex est*.

Sin aceptar tampoco el polo opuesto (creer que el proceso es un medio para tutelar la libertad o la inocencia), la doctrina moderna sostiene —desde hace un siglo— que la ley procesal debe procurar un equilibrio entre el interés de la colectividad (por la represión justa de quien resulte culpable después de un proceso en que haya tenido oportunidad de defenderse) y el interés del individuo (por la libertad personal que el proceso amenaza).

Aunque este equilibrio sea sólo un principio abstracto que debemos tratar de realizar en cada una de las instituciones procesales que se disciplinan, no hay duda que él acredita el dualismo que la mejor doctrina afirma: además de ser un instrumento para descubrir la verdad y ac-

tuar concretamente la ley sustantiva, el proceso penal constituye una garantía individual, tanto porque se interpone entre el delito y la posible sanción, cuanto porque da oportunidad a la defensa.

Ante esta desviación fundamental, será fácil encontrar —en los mandatos de toda Constitución liberal y democrática, en la experiencia de los pueblos más progresistas y en la doctrina moderna— las armas y el vigor que necesitamos para luchar ventajosamente con las fuerzas retrógradas, porque éstas sólo esgrimen el silencio que nace de la insensibilidad jurídica y la desidia que inculca la comodidad seductora de los prácticos.

3. BASE DOGMÁTICA COMUN

Es cierto que no todas las Constituciones de los países de Latinoamérica han establecido con igual vigor, claridad y precisión, los llamados derechos o garantías individuales; y también debemos reconocer que las vicisitudes políticas los han hecho o los hacen olvidar con frecuencia alarmante. Pero si prestamos atención a los principios fundamentales que ahora nos interesa, consagrados expresa o implícitamente; si auscultamos el espíritu que impera en todo Estado liberal y democrático, y no computamos quiebras políticas que nos llevarían a otros campos, pronto anotaremos que el régimen procesal penal tiene en América Latina una ineludible base dogmática común, generalmente olvidada.

Para reconocerla no parece necesario emprender la ardua tarea de analizar los preceptos de las múltiples Constituciones vigentes.

Por otra parte, quien pretenda interpretar erróneamente las normas básicas a que nos referimos, en virtud del silencio o de la timidez de algunas de nuestras Leyes supremas, tiene que recordar la *Carta de Organización de los Estados Americanos*, aprobada en Bogotá durante Junio de 1.948, pues ellos proclamaron entonces su adhesión a los derechos fundamentales de la persona humana (art. 5, d) y j).

Además, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* —formulada por las Naciones Unidas el 10 de Diciembre del mismo año— declaró “esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de derecho”, y que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su *defensa*” (art. 11, I). Se in-

curriría así —el considerar en primer término el principio de inocencia —en la exageración verbal imputable a la doctrina que se elaboró después de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, porque no se trata de una verdadera presunción sino de un estado jurídico de que goza el imputado hasta que no es declarado culpable; pero se afirmó con energía el principio acerca de cuya sustancia no cabe discusión, lo mismo que el *derecho a la libertad personal* (o de circular libremente) (art. 13,I y la proscripción de toda clase de torturas (art. 5).

La mayoría de nuestras leyes procesales penales ignoran en absoluto estos dogmas básicos, que el mundo conquistó —después de cruentos sacrificios de la personalidad humana— con las revoluciones de América del Norte y de Francia. América Latina se ha emancipado políticamente hace más de un siglo pero sigue esclavizada al régimen inquisitivo que se infiltró en la vieja legislación española. Y lo más notable es que España se liberó de ese sistema en 1.882, mientras que muchos de nuestros países siguen fieles a lo que significa contradicción fundamental.

Sin ambages ni rubores, un poco por ignorancia y otro poco por apego a las tradiciones —como dijo Jofré— hemos mantenido el sistema inquisitivo.

Con esta adhesión se ha triturado la base constitucional que debió tenerse presente; se ha renegado del íntimo ligamen que debe existir entre los principios fundamentales que presiden el orden jurídico-penal; y las leyes que reglamentan el proceso penal; se ha olvidado que ese nexo debe ser íntimo, profundo y auténtico, por la sencilla razón de que la ley procesal no hace más que dar vida efectiva y práctica a los postulados constitucionales.

En virtud de esa flagrante negación del aludido ligamen dogmático (no de mera política procesal), los derechos individuales no son más que declamaciones de las Constituciones, resultando letra muerta por falta de previsiones legales adecuadas.

Esta discordancia fundamental es un índice muy grave de inmadurez y atraso de nuestras instituciones procesales, un fenómeno que nuestro Instituto Latinoamericano debe combatir con energía y sin desmayos porque afecta nuestra cultura jurídica.

En definitiva, limitándonos ahora a los problemas fundamentales, sin desconocer que nuestras Constituciones no son siempre idénticas, pe-

ro que en esto nos presta ayuda franca la citada Declaración de los Derechos Universales, podemos concluir que la base dogmática común de América está integrada por los siguientes principios:

1º - *Nadie puede ser penado sin proceso legal previo*, el que debe tramitarse públicamente (y por consiguiente en forma oral);

2º - *Nadie puede ser considerado culpable si así no lo declara la sentencia firme del Juez natural (principio de inocencia o de no culpabilidad)*.

Del dogma constitucional emanan estas reglas, que será examinadas brevemente: al imputado se lo debe tratar como sujeto *incoercible de la relación procesal* (o del proceso, si no se admite la teoría de la relación), y no como mero objeto de persecución (no puede ser obligado de ningún modo a declarar contra sí mismo; todo medio de *tortura física y moral* están proscritos); su *coerción personal* no puede implicar jamás el comienzo de ejecución anticipada de una pena no impuesta, sino que debe ser preventiva, cautelar y provisional; la *incomunicación* del imputado detenido sólo puede dirigirse a evitar que aquél oculte cosas pertinentes al delito, o se ponga de acuerdo con sus cómplices o soborne a los testigos; nunca puede ser una tortura moral impuesta para debilitar los frenos inhibitorios de la voluntad y arrancar la confesión.

3º - En el curso del proceso, la *defensa del imputado es inviolable*, de donde resulta: a) la ley debe asegurar que esa actividad se puede desarrollar desde el primer momento, y no solamente en el juicio plenario; b) la instrucción preparatoria (o sumario) no puede ser absolutamente secreta.

4. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA

1 - Aun cuando no todas nuestras leyes Supremas lo establecen expresamente (se encuentra así en la Constitución del Ecuador, art. y en la de muchas provincias argentinas), es evidente que —en el ordenamiento jurídico de todo Estado liberal— nadie puede ser considerado culpable mientras no lo declare así la sentencia firme del Juez natural. En esta forma lo ha consagrado la Constitución de la República Italiana, y por eso se alude a un principio de no culpabilidad. Lo mismo puede decirse que el imputado es inocente mientras una sentencia no lo declare culpable.



Inocente quiere decir no culpable.

Lo importante —para responder a críticas infundadas— es anotar que no se trata de una presunción legal a favor del imputado, sino que éste goza de un estado de inocencia mientras no es destruido por una sentencia que declare su culpabilidad.

2 - El principio surge claramente de otro que constituye una primaria garantía de justicia; establecida en casi todas nuestras Constituciones nadie puede ser penado sin previo juicio legal (los norteamericanos dicen debido proceso legal).

En efecto, si el juicio lógico idóneo para declarar que el imputado es culpable y destruir así el derecho subjetivo a la libertad personal, está contenido en la sentencia que pone fin a la actividad procesal prevista, es indudable que el imputado se mantiene en estado de inocencia mientras en ese acto jurisdiccional no se declare su culpabilidad.

Por otra parte, ya hemos visto cómo lo ha consagrado expresamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Olvidar su formulación incorrecta no significa desconocer que el principio de inocencia constituye uno de los pedestales del ordenamiento jurídico-penal.

3 - Nos limitaremos ahora a poner de relieve sus consecuencias en el orden legislativo.

I - Situación del Imputado.

Si el imputado es inocente mientras no sea declarado culpable por sentencia firme, de este dogma surge una primera consecuencia, que se proyecta en todo el curso del proceso, desde el primer momento hasta el final: para la ley procesal debe ser un sujeto de la relación procesal (o del proceso, si no se admite esta concepción), y nunca un objeto de persecución.

Decir que el imputado debe ser sujeto de la relación procesal significa elevarlo de nivel, dignificarlo, reconocer que debe ser una persona con derechos y con deberes; no una víctima olvidada, a quien se detiene e incomunica desde la primera sospecha, con la idea no oculta de que confiese.

La regla de que el imputado debe ser titular efectivo del derecho de defensa —aunque a éste se lo estudia por separado— no es más que una consecuencia del principio que examinamos.

II - Coerción personal del imputado.

En segundo lugar, el principio de inocencia suministra al legislador el verdadero fundamento y el carácter de toda restricción a la libertad del imputado: si éste es inocente hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad, su libertad sólo puede ser restringida a título de cautela o como medida de seguridad, sólo cuando sea *indispensable* para asegurar la actuación efectiva de la ley penal. El Estado no tiene otro título jurídico para restringir el derecho subjetivo a la libertad personal.

Con otras palabras —aprovechando una expresión que Chiovenda usa cuando habla del embargo preventivo— la detención provisional del imputado (anterior a la sentencia condenatoria) sólo puede ser autorizada cuando se compruebe la *necesidad, efectiva y actual*, de evitar el peligro de un “daño jurídico”; es decir, el peligro de que el imputado realice maniobras capaces de ocultar la verdad (acordarse con sus cómplices o sobornar testigos u ocultar los rastros del delito), o el peligro de que se fugue, evitando el juicio plenario (que no se puede realizar en rebeldía) la ejecución de la pena, o el peligro, derivado de sus antecedentes, de que prosiga en actividad delictiva.

Cuando ese peligro no exista, la detención provisional carecerá de fundamento y dejará de ser lo único que en virtud de la Constitución puede ser: una medida cautelar.

De la naturaleza cautelar de la coerción personal del imputado —si bien se mira— surgen los siguientes criterios particulares, referentes a detención, prisión preventiva y excarcelación.

A) Detención.

Para reafirmar los principios Constitucionales antes mencionados y abatir la idea inquisitiva dominante, el legislador no debe autorizar la detención del imputado (como medida originaria) cuando el delito investigado no esté reprimido con pena privativa de la libertad o si lo estuviere, cuando aparezca procedente *prima facie* una condena de ejecución condicional.

En ambos casos —lógicamente equiparables— el órgano estatal que pueda recibir declaración del imputado deberá limitarse a ordenar su *citación*, a no ser que existan motivos para presumir que aquél no cumplirá la orden, o que tratará de borrar o desfigurar los rastros del delito, o que se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o que inducirá a fal-

sas declaraciones testificales; sin perjuicio, claro está, de que dicho funcionario ordene subsidiariamente la detención del citado que no compareciere ni justificare un legítimo impedimento.

El principio general aludido se justifica por la naturaleza cautelar de la coerción. La excepción porque la necesidad de la medida debe surgir de un juicio concreto del funcionario autorizado.

Pero como el estado de detención no se puede prolongar indefinidamente, sino que debe cesar o convertirse en prisión preventiva, es también necesario que la ley procesal establezca un término para que el magistrado se pronuncie al respecto.

B) *Incomunicación.*

Por el tiempo que las leyes procesales (generalmente) la autorizan (5 a 10 días), la incomunicación es en la actualidad un medio de tortura moral que se dispone para arrancar la confesión del imputado.

No es preciso mayor examen de esta institución —de corte netamente inquisitivo— para advertir lo que se debe aconsejar (por lo menos) una profunda modificación: nuestras Constituciones exigen que el imputado sea un sujeto incoercible (nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo), mientras que, por otra parte, han proscrito en absoluto toda clase de tormentos.

Ambas cláusulas constitucionales demuestran que la incomunicación sólo puede ser un medio para evitar —en el primer momento de la investigación (dos o tres días)— que el imputado se ponga de acuerdo con sus cómplices o procure borrar los rastros del delito, o intente sobornar a los testigos. No puede ser otra cosa.

C) *Prisión preventiva.*

En cuanto a la prisión preventiva —que presupone una declaración jurisdiccional sobre la presunta o probable culpabilidad del imputado— se imponen tres reglas:

a) Por la misma razón antes señalada, esta medida cautelar sólo se concibe cuando el delito que se imputa está reprimido con pena privativa de la libertad. Es elemental. En caso contrario no se puede encarcelar a una persona a título de cautela, pues la prisión preventiva no tendría entonces fundamento alguno.

b) Pero esa previsión no es suficiente. Si reconocemos verdaderamente el carácter cautelar de la prisión preventiva y vencemos el prejuicio de tipo inquisitorial arriba aludido (el imputado debe estar siempre preso) será preciso concluir que esa medida debe ser autorizada cuando exista el peligro de que el imputado eluda la acción de la justicia, ya sea porque la ley sustantiva lo amenaza con una pena grave, ya sea porque sus antecedentes permitan presumir ese peligro.

Con razón dice Jofré, de acuerdo con Carrara, que la prisión preventiva se justifica sólo en las causas graves, porque en las leves, el procesado no tiene interés en la fuga, de manera que el peligro de ésta es más imaginario que real: nadie abandona su hogar, su pueblo, el centro de sus afecciones y el medio al cual ha adaptado sus actividades, por el peligro de ser condenado a uno o dos años de prisión.

En verdad, cuando la pena que se anuncia como probable es leve, cuando la amenaza no excede de ese límite, el temor de sufrirla no alcanza a vencer el sentimiento de afrontar el proceso o la responsabilidad hasta el grado de aconsejar la fuga. De esta derivan perjuicios reales e inmediatos, tanto para el procesado como para su familia, que son mucho más poderosos que los perjuicios presuntos y futuros que podría acarrear una condena.

Podemos concluir que en este caso —cuando se atribuye un delito con pena privativa de la libertad que no es superior a dos años— la prisión preventiva no es necesaria, y que en principio, pues, no debe ser autorizada, salvo que se trate de un caso excepcional, en que la excarcelación no proceda.

c) Por último —sobre todo si el procedimiento es escrito, pues con el oral se acelera mucho el trámite del proceso— es necesario que el legislador ponga un límite temporal a la prisión preventiva, a fin de evitar que su prolongación excesiva la prive de razón de ser, de legitimidad. Como medida exquisitamente cautelar, sólo es concebible cuando responde a la más estricta necesidad y ésta desaparece, naturalmente, con el simple transcurso del tiempo.

Algunos códigos modernos han establecido una limitación rígida que bien puede ser exagerada. Nosotros pensamos que, por lo menos, el encarcelamiento preventivo debe cesar tan pronto como el Tribunal estime que, en caso de condenar al procesado, no le impondría una pena mayor de la que a ese título ha sufrido. Es un programa mínimo del que no se puede prescindir.



D) Excarcelación.

Sabemos que, desde la antigüedad, la excarcelación ha sido y es un instrumento que en cierto modo corrige los efectos perjudiciales de la pena preventiva, permitiendo que el imputado recobre la libertad que ha perdido en el primer momento de la investigación.

El Instituto Latinoamericano tuvo oportunidad de ocuparse de esta cuestión en Caracas, cuando se efectuaron las últimas Jornadas. Sin embargo, para completar el cuadro de las medidas de coerción personal, cuando se las considera bajo el principio que emerge de la Carta Magna—que preside la organización de un Estado cuando se reconoce la libertad individual como un derecho que puede restringirse en los límites de la necesidad, pero que no puede aniquilarse sino por sentencia firme— conviene insistir sobre algunas reglas que no todas las leyes procesales tienen presente.

a) En primer término, la excarcelación debe ser concedida—sin que pueda influir para nada el número de los delitos que se investigan— siempre que el Juez estime “prima facie” que, si al procesado se le condenase, se le impondría condena de ejecución condicional.

Esto debe ser así porque, en tal supuesto, el Tribunal no advierte una amenaza de pena efectiva de prisión, capaz de justificar el encarcelamiento preventivo. Vale decir que éste no tendría en tal hipótesis ninguna razón de ser.

Un código argentino (Jujuy, 308) ha trasladado este problema al área de la prisión preventiva, estableciendo que éste no debe dictarse cuando fuera procedente, *prima facie* condena de ejecución condicional. En sustancia, coincidimos; pero no aparece oportuno enervar el encarcelamiento preventivo en el primer momento, cuando tal vez no estén sentados los antecedentes que justifican ese tipo de condena.

b) En segundo lugar, la libertad caucionada debe concederse también por principio, cuando el delito o los delitos atribuidos al procesado no están reprimidos con una pena grave de prisión efectiva, tan grave como para que la ley pueda presumir que aquel tratará de eludir la acción de la justicia, después de cierto límite, a pesar de la caución real, personal o juratoria que preste para asegurar que comparecerá al llamamiento judicial.

La determinación de ese límite constituye el punto crítico del problema, porque está saturado del concepto imperante sobre la libertad

personal y los fines del proceso, y por eso impregnado del espíritu que anime al instituto en examen.

Apreciamos la cuestión en toda su magnitud y profundidad siempre que no nos domine el espíritu inquisitorial hasta el punto de hacernos olvidar los principios fundamentales antes recordados: que la libertad personal es un derecho subjetivo acordado por nuestras Constituciones, y que también estas Cartas Magnas consagran el principio de que al procesado no se le puede considerar culpable si no lo declara así una sentencia firme de juez natural.

Si ponemos las cosas en su lugar —trastornado por ese espíritu despótico y unilateral— no seremos insensibles frente a la pérdida de la libertad personal antes de que una sentencia del juez natural declare la culpabilidad del acusado.

Puesto que el encarcelamiento preventivo sólo se justifica como un medio de evitar que el procesado torne imposible la actuación efectiva de la ley (sustantiva o procesal), lo decisivo es prever desde qué momento la entidad de la amenaza penal (por el máximo de la pena que podrá imponer el juez) constituye un factor moral capaz de aconsejar la fuga a pesar de cualquier caución.

Planteado así el problema, en seguida se advierte que aun cuando no nos pongamos a la altura del régimen norteamericano —donde al procesado se le niega la excarcelación sólo cuando se le atribuye un delito muy grave— debemos fijar un tope razonable que podría oscilar entre seis y ocho años, presumiendo que cuando la amenaza excede ese límite el procesado tratará de eludir la acción de la justicia a pesar de la caución que se exija.

Sin embargo, esa solución abstracta y rígida no satisface totalmente al principio fundamental, interpretándolo correctamente. Además de establecer esa presunción legal, es indispensable facultar al Juez a que realice una *valoración concreta* de las diversas circunstancias (objetivas y subjetivas) que son susceptibles de influir, en cada caso, sobre la *conducta futura* del procesado. El dogma exige una valoración concreta, y por otra parte, lo que debe tenerse en cuenta no es la conducta que aquél haya observado probablemente en el pasado (mera hipótesis que se concreta en el auto de procesamiento o de prisión preventiva), sino lo que probablemente observará en el futuro, cuando el Juez lo cite a juicio u ordene la ejecución de la pena que se le haya impuesto.

En definitiva, este complejo problema debe resolverse mediante una norma general que haga procedente la excarcelación cuando la pena conminada en abstracto no sea superior a seis u ocho años de prisión, y consagrando dos excepciones que dependerán del criterio del Juez: la excarcelación podrá ser negada cuando haya *graves indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o de que continuará su actividad delictiva.*

El juicio de probabilidad, en el primer caso (indicio de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia), puede fundarse en la *peligrosidad* de aquel, en su falta de *residencia*, en haber sido declarado *rebelde* o tener una condena anterior.

En el segundo caso (indicios de que continuará su actividad delictiva), se procurará evitar un daño jurídico futuro, que es posible prever debido a los *antecedentes del procesado* o de sus manifestaciones.

Pero lo que no se puede hacer es prohibir la excarcelación de los procesados porque se les atribuyan determinados delitos (en Argentina, los de corrupción, prostitución, rapto calificado, robo de automotores, etc.), pues entonces se olvida en absoluto el único y verdadero fundamento de la prisión preventiva.

Si ésta sólo puede ser una medida cautelar siendo ilegítima toda previsión legal que la convierta en una pena anticipada a la sentencia que declare la culpabilidad del encausado; si sólo se justifica, como tal, cuando existe el peligro (que ella quiere evitar) de que el procesado eluda la acción de la justicia o de que continúe su actividad delictiva; y si para reconocer que ese peligro existe sólo puede tenerse en cuenta la magnitud de la pena que lo amenaza (pues la fuga del imputado se concibe como consecuencia de su temor a que se le aplique una pena grave) o la probabilidad de que prosiga su actividad antijurídica, la negativa a conceder la excarcelación no se puede basar en la naturaleza del delito que motiva el procesamiento.

5 - LA INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA

La garantía judicial para todos los habitantes de la Nación, consagrada por las Constituciones americanas, tiene su más clara expresión en la exigencia del *juicio previo a la pena* y en la *inviolabilidad de la defensa* del perseguido penalmente. Este último principio está en realidad comprendido en el primero, pero los constituyentes han querido ser más

explícitos y amplios en la formulación del precepto básico: la defensa de la persona y de los derechos no puede ser alterada en ningún proceso judicial. Sólo es lícito limitarla con criterio de *estricta necesidad* cuando lo requiera la protección de otro interés fundamental, pero respetando sus manifestaciones esenciales.

Las prohibiciones de obligar a *declarar contra sí mismo* en materia penal y de *condenar sin audiencia*, que muchas constituciones consagran en forma expresa, no son sino reafirmaciones del principio de defensa, y permiten advertir la preocupación en asegurar su vigencia frente al desenvolvimiento de la labor legislativa y judicial. Jurídicamente concebida, la idea de justicia aparece enmarcada en las constituciones por la exigencia de seguridad para los derechos del hombre. La defensa es instrumento para que esa seguridad sea obtenida, por lo cual su plena realización en juicio constituye un ingrediente del interés social que el proceso penal debe tutelar.

1. Contenido y extensión.

La defensa se manifiesta primariamente en el *derecho al proceso* como presupuesto de la pena, en el cual el perseguido puede intervenir con amplitud suficiente para hacer valer sus intereses jurídicos emanados del principio de libertad. Es un derecho proclamado por todas las constituciones, y reiterado en todas las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, expresa o implícitamente.

La *intervención* se proyecta en una serie de derechos inalterables del imputado cuyo ejercicio debe permitirse en todas las etapas y momentos del proceso, cualquiera fuere la estructura procedimental de éste. En el sistema mixto comúnmente seguido por los códigos procesales americanos, el principio capta también, en consecuencia, el período de la instrucción, y debe dársele entrada aún en la investigación preliminar, aun cuando esté a cargo del Ministerio fiscal o de la Policía.

De aquí que los códigos más modernos autoricen al imputado a hacer valer los derechos que la Constitución y la ley le acuerda desde el *primer acto de procedimiento* dirigido en su contra y hasta la terminación del proceso. Es una regla que debe ser extendida a todas las legislaciones por cuanto es fiel expresión de la garantía judicial. Los mayores o menores límites que puedan establecerse en los distintos momentos de las investigaciones preliminar o formal (por el órgano policial, fiscal o jurisdiccional) sólo pueden tener fundamento en la ur-



gente necesidad de asegurar las pruebas y de evitar que continúen produciéndose las consecuencias perjudiciales del hecho. En el resto del proceso, la defensa no podrá ser alterada por las normas que reglamenten su ejercicio; pero es lícito limitarla para impedir el abuso del derecho con menoscabo de otros intereses, aun los del mismo imputado, en cuanto están comprendidos en el interés social por la justa aplicación de la ley; prohibición de la autodefensa.

Muchos códigos americanos infringen la garantía de defensa en juicio al exceder los límites justificables para la restricción del ejercicio de la defensa del imputado durante las actuaciones sumariales. Quedan algunos para los cuales la instrucción es *absolutamente secreta*, no admitiendo durante ella debates ni defensas, y otros que si bien abandonan esa intolerable norma inquisitiva, permiten que el Tribunal realice toda la investigación en secreto mediante prórrogas sucesivas para la reserva de las actuaciones. Quedan aún códigos americanos que reglamentan la declaración indagatoria como un medio decididamente destinado a obtener pruebas de cargo, sin que se provea a la defensa técnica del imputado. Agréguese a todo ello el valor definitivo que pueden tener algunas pruebas importantes recogidas por el instructor, y aún durante la investigación preliminar a cargo de una policía administrativa.

Los derechos que no pueden negarse al imputado para el normal ejercicio de su defensa en el proceso penal, resultantes de la necesidad de su intervención, se muestran en la *audiencia*, en la *prueba*, en la *discusión* y en la *asistencia técnica* (defensa formal). La tutela del interés social trueca algunas de esas manifestaciones en imperativos para el tribunal, como son las de conseguir la efectiva participación del imputado en el proceso (prohibición del juicio en rebeldía), el nombramiento oportuno del defensor, y el llamamiento para la declaración indagatoria del sospechado de participación. El interés social requiere que el imputado pueda defenderse materialmente y sea defendido técnicamente, todo desde el comienzo del proceso.

La imparcialidad debe ser característica de todo funcionario o autoridad que realiza la investigación penal. Con más razón ha de serlo con respecto al juez de Instrucción. De aquí que a éste le deba estar prohibido iniciar de oficio las investigaciones, y que corresponda imponérsele la audiencia del imputado y la recepción de pruebas fundamentales por él, previo a *toto mérito* incriminador: procesamiento o clausura de la investigación. El contradictorio exige que la defensa téc-

nica (defensor) pueda controlar la recepción de toda prueba que constituya la plataforma fáctica del fallo. Dicha exigencia impone que ciertos actos de la instrucción —los considerados *definitivos e irreproducibles*— para que puedan ingresar más adelante al debate, sean practicados con amplia posibilidad de participación con respecto a los defensores de las partes, aun cuando se estuviere en el momento reservado de las investigaciones.

La contradicción se integra fundamentalmente con la posibilidad de oponerse a la imputación alegando los extremos formales o sustanciales para impedir un pronunciamiento inválido o para perseguir un pronunciamiento absolutorio o menos perjudicial. La solución es clara y ampliamente receptada por los códigos americanos durante la fase del juicio plenario, a lo menos formalmente, pero no ocurre lo mismo para todos durante el período anterior. Antes del juicio, este aspecto del contradictorio sólo puede tener vigencia cuando la acusación es precedida de la posibilidad dada al imputado para que declare libremente sobre el hecho que se le atribuye y que debe serle debidamente intimado. Y cuando el proceso requiere instrucción jurisdiccional—lo que debería ser la regla— también corresponde dar a la defensa técnica oportunidad para discutir acerca de la procedencia de la acusación, oponiéndose a la elevación de la causa a juicio mediante alegación de cuestiones previas o de cuestiones sobre el mérito.

II - Declaración Indagatoria.

De lo expuesto debe destacarse fundamentalmente la *naturaleza e importancia* de la declaración indagatoria, vale decir, de la exposición que formalmente no puede impedirse que haga el imputado antes de producirse el acto de acusación, y sin perjuicio de que esté autorizado a declarar después cuantas veces considere oportuno mientras el dicho sea pertinente. Ese acto no ha de tener ya la significación de que su nombre podría obtenerse, porque el imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Esto ha orientado a una parte de la doctrina y a algunas legislaciones a sustituirlo por el de *interrogatorio* o el de *declaración del imputado*. Estamos de acuerdo con este último, pero teniendo en cuenta que se trata de una declaración formal en el sentido de su indispensabilidad como acto del proceso aunque no contenga exposición sobre los hechos.

Por exigencia constitucional, ese acto formal tendiente a provocar la declaración defensiva del imputado sobre el hecho que se le atribuye

ye debe estar regulado por los códigos procesales de manera que no pueda ser utilizado como *medio de prueba*. Ha de tratarse de un acto de defensa cuyo cumplimiento se impone al Tribunal como presupuesto de todo mérito de condena o de probable culpabilidad con respecto al mismo hecho. Para el imputado debe representar una oportunidad de exponer libremente cuanto considere conveniente para su defensa, sin que su silencio pueda ser valorado como una presunción en su contra. Si al declarar confiesa lisa y llanamente, significará que en forma libre ha decidido no defenderse; pero esa confesión no puede ser provocada por ninguno de los otros sujetos procesales.

Para dar cumplimiento cabal a la garantía constitucional, en consecuencia, la declaración indagatoria del imputado debe responder a las siguientes características y circunstancias:

1 - Para que pueda ser hecho valer en contra del imputado, el acto debe cumplirse en *sede judicial* (Juzgado de instrucción, o Ministerio fiscal si estuviere judicializado). Queda excluída la declaración ante la autoridad policial, a lo menos mientras ésta se mantenga dentro de la órbita del Poder Ejecutivo aun para su función judicial. La policía podrá recibir interrogatorio al imputado en la forma y con las condiciones que se consideren adecuadas, pero el acta que la contenga nunca podrá servir para fundamentar la condena. Igual solución corresponderá con respecto al Ministerio fiscal mientras sea órgano dependiente del Poder Ejecutivo.

2 - El defensor debe estar *nombrado antes del acto de la declaración de indagatoria* para que pueda ser efectiva la posibilidad del control técnico del acto si él o el imputado lo pidiere. Más adelante veremos qué corresponde proveer a la defensa técnica en la primera oportunidad.

3 - La declaración indagatoria de la instrucción debe ser un *presupuesto del procesamiento*. Este tiene que referirse al mismo hecho por el cual se ha indagado, entendiendo por tal el núcleo fáctico de la imputación intimada. No corresponde confundir el procesamiento en cuanto mérito de probable culpabilidad del imputado, con el llamamiento para declaración indagatoria.

4 - La intimación sobre el hecho debe ser producida con *anterioridad a la declaración sobre él*, y ser *clara, completa, precisa y específica*. Se autorizará a indicar, y aun a exhibir, las pruebas de cargo reunidas, mientras no se corra el riesgo de perjudicar la investigación.

5 - Si el imputado resuelve declarar, deberá ser *invitado a exponer libremente* todo cuanto considere pertinente con relación al hecho intimado. Queda excluido, pues, el interrogatorio del juez preordenado por la ley o nó, sin perjuicio de que pueda producirse después de la exposición libre del imputado, para complementarla o aclarar contradicciones, es decir para favorecer la defensa.

Estas reglas son aplicables también a la declaración que debe recibirse al imputado durante el debate oral, en lo pertinente.

No responden a estas exigencias constitucionales los códigos, que, atados aun en este aspecto a los lineamientos inquisitivos del proceso penal, regulan una indagatoria sin *asistencia del defensor*, expresamente *privada de intimación previa*, y estableciendo un *interrogatorio* que tiende a sorprender al imputado mientras intenta defenderse. Algunos códigos contienen todavía la *promesa* de declarar con verdad, los *cargos* y las *reconvenciones*.

III - Carácter de la Instrucción.

El secreto absoluto de la instrucción responde al principio inquisitivo *salus publica suprema lex est*. No lo tolera el sistema republicano de gobierno, y resulta proscripto por todas las constituciones americanas, porque es un criterio absoluto que excluye toda consideración al interés individual. Tampoco es aceptable desde un punto de vista utilitario, por que la adecuada intervención de la defensa favorece el descubrimiento de la verdad que se persigue durante todo el proceso.

Ello no impide, sin embargo, que las exigencias de la investigación den paso a *excepciones tolerables* tendientes a limitar el derecho de participación del penalmente perseguido, orientadas a impedir la destrucción, ocultamiento o desvirtuación de las pruebas. Cuando ese peligro desaparece, la reserva de las diligencias practicadas y de las actuaciones labradas no se justifica, y en adelante debe ser de regla que la defensa participe en el cumplimiento de los actos si el defensor pudiese asistir. Si esos actos fueren definitivos e irreproductibles, el defensor debe tener un verdadero *derecho de asistencia*, cualquiera fuere la oportunidad en que se realicen; de lo contrario, no podrían ser después introducidos válidamente al debate.

De aquí que sostengamos el carácter *limitadamente público y contradictorio* de las investigaciones de la instrucción. La solución legisla-



tiva de esta regla con relación al imputado y su defensor puede resolverse conforme a los siguientes criterios.

1 - Reserva de las actuaciones sumariales hasta una vez *cumplido el acto de la declaración de indagatoria*, con posibilidad de prolongarla por un plazo prudencial y concreto cuando lo exijan razones atendibles pero nunca mayor al previsto para *resolver el procesamiento* en lo que respecta a la actividad ya cumplida para no limitar el derecho a impugnar esa resolución. Todo sin perjuicio de lo expresado para el acto de la indagatoria.

2 - Nulidad de los actos definitivos e irreproducible practicados sin que se haya proveído eficientemente a la posibilidad de que el *defensor asista*, cualquiera fuere la oportunidad en que se practique, es decir, aun durante el *período de reserva* de las actuaciones.

3 - Mientras la investigación no se mantenga en secreto, autorización de asistencia del defensor a *los demás actos que se practiquen*, salvo que esa participación pueda causar inconveniente para el descubrimiento de la verdad.

4 - Nombramiento del defensor del imputado en *la primera oportunidad*, sea el de confianza por él elegido o el oficial, entendiéndose por primera oportunidad cuando el imputado se encuentre ante el juez, lo que en todo caso debe ocurrir *antes de dar comienzo al acto de la declaración indagatoria*.

Por otra parte, estimamos que la instrucción penal no debe tener *iniciación de oficio*, y que en un procedimiento mixto conforme está orientada toda la legislación latinoamericana, los actos de investigación que en ella se cumplen deben tener un *valor meramente preparatorio*.

La garantía de imparcialidad del juez de instrucción exige que la investigación tenga por base un caso concreto presentado formalmente ante él, es decir, introducido a la jurisdicción por un acto que constituya la *promoción de la acción penal*: requerimiento fiscal o comunicación policial. Debe quedar excluído el llamado "auto cabeza de proceso" por el cual el procedimiento jurisdiccional de abre de oficio, y también la denuncia en cuanto mera *notitia criminis* con directo valor de *promoción jurisdiccional*.

La investigación practicada por el juez de instrucción (y en su caso por el Ministerio fiscal) sólo puede servir para *fundamentar una acusación o determinar un sobreseimiento*; es decir, para decidir sobre la

procedencia del juicio o sobre la imposibilidad definitiva de su realización. Los actos cumplidos durante ella nunca podrán ser utilizados para *fundamentar directamente la sentencia*, por lo menos la de condena, sin perjuicio de que los elementos recogidos en la instrucción con las formalidades establecidas, puedan ser legalmente introducidas al debate y sometidos al contralor de las partes.

6. PRINCIPIOS DE POLITICA PROCESAL

Los criterios que debe disciplinar el proceso penal para que cumpla correctamente con sus fines específicos (el descubrimiento de la verdad y la actuación del derecho sustantivo), no se nutren únicamente de los principios constitucionales antes indicados. Basándose en ellos, se tiene en cuenta también la *política procesal*, conforme a la cual se obtienen reglas complementarias que descansan en la lógica y en la experiencia, y que por eso tienen, generalmente, *significación universal*. Sólo en algunos casos —como ocurre con el jurado popular— la tradición adquiere una fuerza invencible, alimentada por un sentido falsamente democrático.

En este plano de política procesal se plantean múltiples problemas que a veces responden también a normas constitucionales sobre organización judicial (juez técnico o popular; tribunal unipersonal o colegiado; situación institucional del Ministerio Público; corresponde o no crear una auténtica policía Judicial), sobre ejercicio de las acciones civil y penal, sobre el sistema de procedimiento (acusatorio, inquisitivo o mixto; oral o escrito) y sobre régimen de valoración de la prueba.

Pero consecuentes con el criterio expresado al comienzo, en esta oportunidad sólo nos vamos a ocupar de dos cuestiones fundamentales: la necesidad de establecer el *procedimiento oral en la fase definitiva del proceso*, y la de proscribir las normas legales sobre la valoración de las pruebas, estableciendo un sistema de *libre convicción o sana crítica racional*.

A continuación examinaremos brevemente los problemas fundamentales que acabamos de indicar, postergando la consideración de otros que también podrían ser interesantes.

I.- Juicio oral.

El atraso en que se ha visto sumida la legislación procesal penal latino americana condujo a mantener hasta el presente el arcaico proce-

dimiento con *juicio plenario escrito* en muchos de los códigos vigentes, con el agravante de verse reducida la recepción de las pruebas en atención al *valor definitivo* reconocido a las investigaciones de la instrucción. Algunos Estados han conseguido superarlo, poniéndose a tono con los sistemas europeos más adelantados. Es necesario que ese ejemplo sea seguido con entusiasmo para colocar la técnica del proceso de acuerdo con las exigencias políticas y sociales de la actualidad. No parece necesario recordar ahora los beneficios del sistema.

El régimen de la oralidad podrá tener sus excepciones fundamentadas en consideraciones geográficas o de falta de desarrollo cultural o técnicos; pero no puede negarse que en un gran número de países funciona adecuadamente, sin otros reparos que los naturales, ya se trate de centros urbanos con población más densa, ya de iguales o mayores extensiones territoriales ya de de promedios y tipos de criminalidad semejantes a los manifestados en nuestro medio.

Los sacrificios económicos que el cambio habría de significar no puede ser computado como serio impedimento. Todo pueblo democrático *debe hacerlos* en aras de una mejor justicia. Por otra parte, esos sacrificios *no son extremos*, y la colectividad se verá ampliamente compensado con los beneficios que proporcionará el nuevo régimen.

Muchas constituciones americanas prevén la institución del jurado popular, como imposición o como posibilidad, para concluir el proceso penal. Aceptamos que en la mayoría de los países, no se han dado ni se darán las condiciones aptas para su normal y ventajoso funcionamiento, y sostenemos también que no constituye una acertada solución republicana para la realización de la justicia. Pero esas normas constitucionales dejan por lo menos un saldo de exigencia que una buena política procesal no debe desconocer. La justicia penal tiene que ser *administrada ante el pueblo*, y ello requiere la *publicidad de los debates y la sentencia* para que sea efectivo el contralor social. Lo exige el régimen republicano y representativo de gobierno, y en particular esa exigencia está consolidada por las previsiones sobre jurados populares.

Esa publicidad resulta letra muerta en el procedimiento escrito. Lo ha demostrado la práctica permanente desde hace largos años, y no podrá corregirse jamás. De aquí que uno de los argumentos más importantes en favor de la oralidad sea el de *hacer efectiva la publicidad popular* de los debates y del pronunciamiento de la sentencia penal. Es claro que en el procedimiento mixto ello debe coordinarse con una investigación previa de carácter meramente preparatorio.

Propiciamos un juicio cuya culminación sea un *debate oral y público*, que se desenvuelva con *amplio contradictorio* de las partes y en *forma continua*, carácter éste que debe extenderse a todo el momento *decisorio*. La sentencia debe ser *definitiva en cuanto al mérito sobre los hechos* (única instancia) e impugnabile en casación (por vicio en el mérito jurídico o por nulidad), en inconstitucionalidad o en revisión (en caso de condena). Un juicio oral ante *Tribunal técnico*, por regla *colegiado*, que valore las pruebas conforme al régimen de la *sana crítica racional* liberado de preconceptos legales, problema este último que desarrollaremos con cierta amplitud más adelante.

No se trata solamente de advertir la eficacia de la oralidad en cuanto medio sea para una más directa y fiel transmisión del pensamiento. Se trata de un medio verdaderamente eficaz para conseguir la *inmediación y la celeridad procesal* sin menoscabo del derecho de defensa, y sin afectar en nada la actividad acusatoria y la suficiente serenidad e información del juzgador.

Para que así ocurra se requiere, ciertamente, un rito regulado en función de esos requerimientos, lo que supone una actividad preliminar adecuada. Tanto el Tribunal como los órganos de la acusación y de la defensa, deben concurrir al debate *suficientemente informados* sobre los pormenores de la causa y previendo los posibles cambios o alternativas que pudieren sobrevenir. Para ello la audiencia habrá de ser fijada con un intervalo limitado en su máximo y mínimo que permita al Presidente ubicarla en consideración a las circunstancias particulares de la causa y de la general labor del Tribunal. De esta manera, tanto los vocales del cuerpo juzgador como el acusador y el defensor asistirán al debate unidos de los elementos necesarios para orientar sus conclusiones, las que irán adecuando conforme al resultado de los actos cumplidos para la obtención del hecho que constituirá la plataforma fáctica del fallo y su correspondiente encuadramiento jurídico. Las partes podrán discutir de viva voz inmediatamente después de recibidas las pruebas, y los vocales del Tribunal apreciarán individualmente esos argumentos mientras se exponen, para pasar enseguida a deliberar. Allí cada uno de los jueces pondrá de manifiesto sus provisionarias conclusiones ante los otros, y analizadas y votadas cada una de las cuestiones previamente propuestas, se obtendrá el pronunciamiento colectivo que sin demora debe ser hecho público por su lectura en la audiencia.

En conclusión, la oralidad de los debates resulta de la esencia misma del *sistema acusatorio* que debe orientar el juicio penal. Por ella tie-

nen vigencia efectiva la *publicidad y la inmediación*, y resulta un eficaz procedimiento para *descubrir la verdad* acerca del supuesto hecho, delictuoso, es decir, para la satisfacción de la inmediata finalidad del proceso. Si se sostuviera que la averiguación de la verdad es un método para alcanzar el fin específico del proceso, la oralidad habrá de ser el *modo más adecuado* para obtener la plataforma fáctica con respecto a la cual el juzgador penal debe actuar el derecho sustantivo.

II - Libre convicción.

Se ha dicho ya que el régimen de tipo acusatorio ante Tribunales técnicos exige que los jueces estén liberados de *prevaloraciones legales* para la obtención de su convencimiento en cuanto al mérito de los hechos. Pero ello no habrá de significar que se los faculte a ocultar su razonamiento para determinarse conforme al subjetivismo de su fuero *íntimo* (íntima convicción).

Propiciamos como único sistema adecuado para la valoración de las pruebas en el proceso penal, el que las legislaciones modernas han dado en denominar el de *libre convicción* o de *sana crítica racional*. Para nosotros ambas expresiones tienen la misma significación en lo sustancial. La tienen también otras similares, como las de recto entendimiento humano, convicción sincera sobre la verdad de los hechos, o convencimiento en conciencia. La diferencia sólo se encuentra en cuanto al enfoque con que se aprecia un mismo objeto en examen. La sana crítica es el método que el Tribunal debe seguir para determinarse o convencerse libremente. Se trata de un *examen crítico* de los elementos probatorios introducidos legalmente al proceso, que debe desembocar en un convencimiento racional liberado de toda limitación prevista por la ley en cuanto pueda *prohibir u obligar a dar por cierto* el hecho en contra de las conclusiones probatorias obtenidas.

El documento sentencial debe exhibir los argumentos tenidos en cuenta (motivos) por el juzgador al fallar, es decir, la crítica razonada que constituye el fundamento de la resolución. Esa crítica debe conformarse a un *valor socializado* que responda al modo ordinario, y en su caso extraordinario, de obrar de las personas y de las cosas, con apoyo en las *reglas de la lógica, de la sicología y de la experiencia*. Objetividad controlada del pensamiento, que excluye la arbitrariedad.

La *prueba tasada*, que aun mantienen la generalidad de los códigos latinoamericanos con procedimiento escrito, pudo tener su explicación

ante la necesidad de poner límite al tiránico poder que en el régimen inquisitivo se atribuía al Tribunal para la obtención de la prueba. Surgió —como dijéramos ya— a modo de tardío arrepentimiento frente a las ilimitadas atribuciones del inquisidor en la práctica de la investigación, directa y exclusivamente orientada a demostrar la culpa de quien desde el primer momento del proceso era considerado responsable, y por ello “reo” sin derecho a la defensa ni a la libertad. En esa orientación legislativa se han inspirado muchos de los códigos latinoamericanos aún vigentes, surgidos precisamente cuando en Europa continental ya había sido abandonada definitivamente. La han moderado, es cierto, algunas en forma pronunciada, pero quedan ejemplos cuya eliminación es urgente.

Ese sistema de prueba tasada aparece como un absurdo en la actualidad, a lo menos en la práctica. No se concibe frente a un juicio contradictorio anterior a la condena constitucionalmente impuesto; máxime si —como debemos reconocerlo— en la realización de las investigaciones instructorias muchos magistrados optan por la prevalencia de las bases constitucionales mientras les es posible dejar a un lado el rigor de la ley. Por otra parte, la lectura de muchos fallos muestran las serias dificultades que tiene el juzgador para mantenerse fiel al sistema probatorio legal; se advierte cómo las normas respectivas parecen transformadas a través del razonamiento, para conseguir su adecuación a la realidad de los hechos.

Para que el sistema de la sana crítica racional sea efectiva, deben suprimirse de los códigos las normas específicamente referidas al cuerpo del delito, a la confesión del imputado, a la desvalorización del dicho de los testigos con el correspondiente procedimiento de tachas, a la rigidez de la prueba instrumental, y a las presunciones e indicios como medios probatorios.

Es alarmante recorrer las extensas elucubraciones de la antigua doctrina sobre el concepto, el alcance, de las condiciones de existencia y los elementos integrantes del *cuerpo del delito* para poder apoyar en él la *prueba plena o semi plena* en cuanto a saber si se ha obtenido o no frente a la confesión, a las presunciones o a los indicios. La convicción del juzgador no puede vincularse a ese elemento rígido de la investigación, por cuanto limita inadecuadamente y sin ningún criterio lógico el método para el descubrimiento de la verdad.

El *dicho confesorio del imputado* tampoco puede vincularse legalmente al juzgador cuando reúna determinadas condiciones, como lo establecen muchas normas de corte antiguo. En cuanto elemento de prue-



ba, ese dicho debe ser *valorado libremente* para determinar su credibilidad, quedando eliminadas las engorrosas cuestiones sobre la calificación, la divisibilidad o indivisibilidad, el error, el fraude y la retractación, que en algunos casos llevan a poner a cargo del imputado la prueba de su inocencia o menor responsabilidad.

En cuanto al testimonio, la regla sobre *capacidad para atestiguar* debe ser amplia. Toda persona debe tener aptitud para declarar como testigo, sin perjuicio de que el Tribunal valore sus dichos conforme a la sana crítica regional. Las excepciones sólo pueden fundamentarse en la protección del núcleo familiar o en la reserva impuesta por el secreto de Estado o profesional; es decir en consideración a intereses más valiosos, para cuya custodia la ley procesal prohíbe el testimonio o sólo permite atestiguar en favor del imputado. De aquí que no se justifiquen previsiones de los códigos procesales como las referidas a las *tachas absolutas o relativas*, que limitan la utilización del dicho de los testigos, y las que autorizan a considerar como plena prueba el dicho de *dos testigos hábiles, contestes y de buena reputación y fama*, y otras similares. Ante esas previsiones nada vale agregar que, al resolver, los jueces apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones según las reglas de la sana crítica como suelen hacerlo algunos de esos códigos de procedimiento escrito.

Tampoco los *documentos* pueden vincular al Tribunal en forma absoluta aun cuando se tratare de instrumentos públicos o privados reconocidos en juicio, cualquiera fuere su eficacia desde el punto de vista del derecho civil. De aquí que no corresponde establecer su valor de plena prueba en contra del imputado mientras éste no demuestre la falsedad de su contenido (carga de probar la inocencia). Las legislaciones modernas eliminan este criterio legal estableciendo expresamente el principio de la libertad de la prueba, sin otras limitaciones que las referidas al estado civil de las personas.

Las normas que suelen incluir los códigos procesales penales con instrucción de corte inquisitivo sobre *presunciones e indicios*, a más de equívocas son inaceptables en cuanto impiden que pueda obtenerse "plena prueba" cuando no se reúnen todas las condiciones previstas, entre ellas la existencia del cuerpo del delito. Cuando más esas reglas podrían mantenerse como criterios lógicos orientadores del razonamiento.

En conclusión; propiciamos la *eliminación* en los códigos procesales penales de toda norma que significa una prevaloración de la prueba, a fin de que el juzgador pueda establecer sus conclusiones sobre los hechos conforme al sistema de la sana crítica racional o de libre convicción.

7-CONCLUSIONES

En definitiva, no siendo posible considerar todos los problemas atinentes a la legislación procesal penal, los juristas aquí reunidos debemos procurar que ella se uniforme en América Latina sobre las siguientes bases fundamentales:

1 - Es indispensable que las leyes procesales penales de nuestros países se ajusten real y fielmente a los principios constitucionales vigentes, proclamados en Diciembre de 1948 por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

2 - En general, la ley procesal debe procurar un equilibrio razonable entre el interés de la colectividad por el triunfo de la verdad y de la justicia, y el interés del individuo por la libertad personal que el proceso amenaza.

3 - Puesto que, durante el proceso, el imputado goza de un estado de inocencia, el que sólo puede ser destruído por la sentencia firme que declare su culpabilidad en juicio legal y regular, toda medida de coerción personal en contra del mismo debe tener carácter cautelar y provisional, debiendo fundarse en razones de estricta necesidad.

4 - El principio que consagra la inviolabilidad de la defensa debe regir en todo el curso del proceso, incluso durante la instrucción preparatoria del juicio plenario, y de él surgen los derechos de intervenir, declarar, probar, alegar y elegir defensor.

5 - Como una consecuencia de ese principio Constitucional, la instrucción jurisdiccional, no debe iniciarse de oficio ni debe acordársele valor definitivo a las pruebas recibidas en esa fase preparatoria, salvo que haya sido incorporadas con oportuna noticia de los interesados, asegurándose así el contradictorio.

6 - El acto de la declaración indagatoria debe ser reglamentado como un medio de defensa, necesariamente anterior al procesamiento o prisión preventiva y a la sentencia definitiva.

7 - A fin de hacer efectivo el régimen republicano de gobierno, la inmediación que impone la lógica y el principio de inviolabilidad de la defensa, el juicio definitivo debe ser oral, público, contradictorio y continuo.

8 - Para que el juzgador goce de libertad al apreciar las pruebas en las que ha de basar su convencimiento, es menester desterrar de los códigos procesales penales el sistema de prueba legal o tasada.