

## MANIFESTACIONES TÉCNICO-JURÍDICAS DEL “DEBIDO PROCESO (PENAL)”\*

Por PEDRO J. BERTOLINO

### I. PROEMIO

#### 1. *El ideario de Andrés J. D’Alessio*

En otro lugar hemos señalado cómo, a nuestro juicio, veía el proceso penal y sus garantías Andrés J. D’Alessio<sup>1</sup>.

Allí, decíamos: “puede constatarse en el ideario de D’Alessio esta permanente cadencia estructural: del derecho positivo al ordenamiento constitucional y desde éste último a los derechos humanos. En tal óptica, cobra relieve la legalidad procesal positiva articulada por aquél en lo constitucional, como manifestación del valor seguridad, proyectando éste hacia el resguardo de los derechos humanos ante todo”.

#### 2. *El tema elegido*

Colocado dentro de los precitados parámetros, entonces, nos resulta más que honroso sumarnos al justo homenaje a la persona y obra de nuestro querido y siempre recordado amigo.

Hemos elegido para nuestra aportación tocar el fenómeno jurídico que corrientemente denominamos “debido proceso (penal)”, en este caso bajo el aspecto de sus manifestaciones técnicas, con especial referencia al Derecho argentino.

Precisamos que, siguiendo a Ihering, entendemos aquí la “técnica-jurídica” como la manera cómo el Derecho debe ser organizado y establecido para

\* El presente trabajo es un correlato ampliado, revisado y actualizado del capítulo C) de la parte general de nuestro libro *El debido proceso penal*, La Plata, LEP, 1986 (segunda edición en preparación).

<sup>1</sup> BERTOLINO, Pedro J., “El proceso penal en el ideario de Andrés J. D’Alessio”, en *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, nro. 8, agosto 2009, p. 1340.

que ese mecanismo simplifique, facilite y asegure lo más cumplidamente que sea posible la aplicación de las reglas a los casos concretos<sup>2</sup>.

## II. UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL

### 1. La primera y más general concreción

La primera y más general concreción técnico-jurídica del “debido proceso (penal)”, es la de una cabal garantía constitucional, vista en sí misma y más allá de toda otra consideración que pueda efectuarse a su respecto.

Justamente Humberto Quiroga Lavié —cuyas enseñanzas recogemos en este particular —ha precisado que las garantías son una especie dentro de los derechos subjetivos; son ellas las que tienen como función poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, con el fin de proteger el derecho de los particulares, entendido este derecho como facultad. Y agrega que también se llaman garantías los límites que poseen los órganos públicos cuando deciden acerca de los derechos de los particulares (arts. 16, 17 y 18, CN), funcionando en este caso como normas de organización<sup>3</sup>.

### 2. Declinaciones

Entendemos que la sobredicha caracterización genérica que efectúa Humberto Quiroga Lavié se puede declinar sin esfuerzo al fenómeno jurídico del “debido proceso (penal)” considerado como garantía constitucional.

Esta declinación se produce, a nuestro ver, en los dos aspectos por aquél señalados, a saber:

a) en el primero, la determinación se da en tanto y en cuanto el gobernado (ciudadano) tiene derecho a un proceso que “le debe” el gobernante (autoridad); y

b) en el segundo, la determinación se da en la medida en que el órgano público (básicamente jueces e integrantes del Ministerio Público) que realiza el proceso penal tiene, como imperativo y límite a la vez de su actuación, el realizarlo “como es debido”.

### 3. Expresiones configurantes subordinadas

Claro está, —nos permitimos añadir— que la garantía así entendida se concreta, a su vez, en diversas expresiones configurantes subordinadas, pero cada una de ellas con cierta autonomía técnico-jurídica.

<sup>2</sup> La cita de Ihering se encuentra en ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Proceso y derecho procesal*, Madrid, Aguilar, 1960, p. 393.

<sup>3</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, reimpresión 1984, p. 152.

Aunque tales expresiones configurantes, sin perder esa cierta autonomía, a su vez están relacionadas entre sí; relación que se genera por su dependencia a un mismo tronco común, constituido justamente por la “garantía”, que hace las veces de patrón dominante, al par que vinculante.

Expresado de otra manera: la garantía constitucional conforma una cumplida directriz respecto del funcionamiento del “debido proceso (penal)” en orden a su cabal cumplimiento.

#### *4. Determinaciones*

Sin pretender agotar las posibilidades clasificatorias podemos encontrar, al menos en el Derecho argentino, las siguientes determinaciones de la garantía del “debido proceso (penal)”:

a) en el campo de la sentencia arbitraria dentro del recurso extraordinario federal;

b) en la zona de los principios jurídicos operantes en el proceso penal; y

c) en el territorio de los estándares que dirigen la actividad procesal penal.

Pasamos, entonces a considerar una a una estas determinaciones de la garantía (constitucional y constitucionalizada) del “debido proceso (penal)”.

### *III. EL CAMPO DE LA SENTENCIA ARBITRARIA*

#### *1. El recurso extraordinario federal*

La determinación más frecuente de la garantía del “debido proceso (penal)”, en el Derecho argentino, se da en el campo de la sentencia arbitraria, categoría específica que, como es conocido, integra el alcance del recurso extraordinario federal<sup>4</sup>.

Esta determinación es más que ostensible en la experiencia jurídica del remedio extraordinario federal. Espigando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se comprueba sin esfuerzo que se ha tratado la garantía del “debido proceso (penal)” al juzgarse sobre la posible arbitrariedad de fallos y resoluciones<sup>5</sup>.

Aunque también la garantía que nos ocupa ha sido admitida en el ámbito de los recursos extraordinarios provinciales. Verbigracia, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha tratado el “debido proceso (penal)”

<sup>4</sup> Cfr., por todos, CARRIÓ, Genaro R., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2ª ed., 1978, ps. 21 y ss.

<sup>5</sup> Ver, para confirmar lo consignado en el texto, los fallos de la CSJN y sus comentarios recogidos en D’ALESSIO, Andrés J., *Elementos de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, La Ley, 2005, ps. 267 a 409 inclusive.

tanto en punto al recurso de inaplicabilidad de la ley, cuanto en relación al extraordinario de nulidad<sup>6</sup>.

## 2. Relevancia

Precisamente, en esta parcela del mundo jurídico argentino, refiriéndose al aspecto adjetivo del “debido proceso” ha enseñado Genaro R. Carrió que la noción “...Cubre un área heterogénea (...allí...) hallamos los requisitos trillados o manidos que ese *standard* impone (v.gr. que el demandado o acusado reciba una adecuada notificación de la existencia del proceso; que tenga una razonable oportunidad de hacer descargos y de ofrecer pruebas; etc.)”<sup>7</sup>.

Más propiamente, la relevancia de la conexión con la sentencia arbitraria radica en mentar, como contracara, un “indebido” proceso, ya que la sentencia penal, para ser un acto jurisdiccional válido tendrá necesariamente que ser el resultado de un proceso tramitado en la forma (modo) “debida”, es decir válidamente.

Pensamos que sólo así podrá ser legitimado el juicio jurisdiccional de mérito en orden a la consecuencia esencial que acarrea: la aplicación de una pena (o medida de seguridad), o un resultado semejante en los procesos que apliquen sanciones equiparables, como pueden ser el administrativo o el contravencional.

## 3. Resumen

Resumiendo, vemos que esta primera —y sin duda principal— determinación técnico-jurídica de la garantía bajo examen se muestra, por lo menos, en tres consecutivos de singular importancia, a saber:

a) en el establecer sistemática y dinámicamente, una inescindible relación entre Constitución y proceso penal;

b) en el poner el acento en la “elaboración” no arbitraria (es decir, “lógica” y “razonable”) de la sentencia penal, no sólo en sus aristas meramente formales, sino también en las materiales o sustanciales; y

c) en el mirar el aspecto garantizador desde aquello que debe ser tenido por más característico en orden al “debido proceso”: el juicio jurisdiccional de mérito, base para la imposición de una pena (o medida de seguridad) o una sanción equivalente.

<sup>6</sup> Por ejemplo *in re* “Acuña, Sergio Anibal s/robo calificado”, del 23/11/2005, entre otras.

<sup>7</sup> CARRIÓ, Genaro R., *El recurso extraordinario...*, cit., p. 46.

#### IV. LA ZONA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

##### 1. Conceptualización

También es dable observar el fenómeno jurídico “debido proceso (penal)” desde la perspectiva de los denominados “principios (generales) del Derecho”, en nuestro caso considerados bajo su carácter procesal, y más específicamente aún, referidos al enjuiciamiento criminal<sup>8</sup>.

En un trabajo anterior, hemos ensayado la conceptualización del principio que tratamos, el cual exponemos acá de la manera siguiente: en el ejercicio de su función penal, el Estado no puede privar a título de pena la libertad (u otros bienes) del individuo-persona sin la realización del “debido proceso”<sup>9</sup>.

En esta línea de consideración, cabe señalar que para Enrique Bacigalupo, el debido proceso penal aparece como un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es sobre todo histórica, pues proviene de la abolición del procedimiento inquisitivo<sup>10</sup>.

##### 2. Clases

En el Derecho Procesal Penal, a nuestro entender, es posible distinguir por lo menos las siguientes clases de principios jurídicos adjudicables a la noción del “debido proceso (penal)”:

a) principios provenientes del derecho natural, que tienen que ver con la fuente *iusnaturalista* de la garantía<sup>11</sup>;

b) principios derivados del derecho positivo, que inspiran el ordenamiento jurídico del proceso y cuya elaboración proviene de inducciones generalizantes de las leyes vigentes; y

c) principios formulados por las leyes positivas, tanto las constitucionales y constitucionalizadas, como son las procesales penales; formulación que puede coincidir con la de los principios comprendidos en las dos categorías anteriores<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Para una noticia suficiente sobre los “principios generales del derecho”; ver ARAGONES ALONSO, Pedro, *Proceso y derecho procesal*, cit., ps. 435 y ss.; para lo procesal penal, ver MAIER, Julio B. J., *La ordenanza procesal alemana*, Buenos Aires, Depalma, 1978, vol. 1, ps. 52 y ss.

<sup>9</sup> BERTOLINO, Pedro J., “Sobre el debido proceso en materia penal”, en *El Derecho*, vol. 105, ps. 763 y ss., nro. 10.

<sup>10</sup> BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 13..

<sup>11</sup> Ver BERTOLINO, Pedro J., *El funcionamiento del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1985, ps. 60 y ss.

<sup>12</sup> Ver, por todos, el art. 1° del Código Procesal Penal de la Nación y lo pertinente de las Cartas internacionales constitucionalizadas a través del inc. 22° del art. 75 de la CN.

### 3. *Ubicación sistemática*

Por ejemplo, Humberto Quiroga Lavié, dentro del enfoque que estamos efectuando, sitúa el “debido proceso legal” como constitutivo de un “subprincipio” emanado de la supremacía constitucional<sup>13</sup>.

A nuestro juicio, el principio en cuestión, ya más puntualmente, deriva de una formulación —si bien implícita— del texto constitucional (art. 33, CN).

Aunque para una mayor nitidez, siempre podrá tenerse en cuenta la formulación —explícita en este caso— derivada de la garantía del art. 18 de nuestra Carta Magna.

### 4. *Algunas relaciones*

Pensamos merece la pena detenerse —siquiera someramente— en algunas relaciones posibles emanadas de los antedichos principios jurídicos en lo procesal penal, a saber:

a) En el estrato del derecho natural, colorea el perfil “axiológico” de la garantía, sobre el cual se inserta el problema de la fuente *iusnaturalista* del “debido proceso (penal)”;

b) en la zona conformada por los principios inducidos de la ley positiva, aparece el ángulo de “legalidad” del “debido proceso”, donde la conducta de los intervinientes se vincula con principios tales como los de “oficialidad”, “legalidad”, “investigación integral”, “defensa en juicio”, etc.; y

c) por último, en la zona de los principios positivizados, hallamos la más directa e inmediata vinculación de ellos con el funcionamiento concreto de la norma procesal penal en cada uno de los casos ocurrentes.

## V. *EL TERRITORIO DE LOS ESTÁNDARES*

### 1. *Conceptualización*

Siempre en orden a la determinación técnico-jurídica de la garantía que nos ocupa veámosla ahora desde la óptica del estándar. Precisamente —y ya lo hemos transcripto más atrás— como estándar entendió más que nada Genaro R. Carrió el “debido proceso”.

En rigor de verdad, mediante el estándar se prescribe un modelo de conducta razonable —en nuestro caso, la de hacer “bien” el proceso penal— modelo que, al decir de Julius Stone “...requiere del juzgador una decisión personal acerca de lo que la justicia exige en vista de las circunstancias concretas que el caso ofrece”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, cit. en nota 3, p. 447 y ss.

<sup>14</sup> Citado por PUIG BRUTAN, J., *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Bosch, s/f., p. 205.

Anteriormente, también hemos procurado referenciar este estándar, declinándolo al “debido proceso” en materia penal, y en tal sentido, dijimos que el juez y los funcionarios que encarnan al Estado en el proceso penal, deben conducirse respetando el “debido proceso”<sup>15</sup>.

## 2. Significado

Como lo ha señalado Chaim Perelman, para que exista un Estado de derecho es preciso que los que gobiernan “...y los que están encargados de administrarlo y de juzgar conforme a la ley, observen las reglas que ellos mismos han instituido. Si falta lo que los americanos llaman *due process of law*, el respeto de una honesta aplicación de la justicia y la idea misma del derecho pueden servir de cortina a los excesos de un poder arbitrario”<sup>16</sup>.

En suma, el verdadero significado del estándar que tratamos apunta, más que nada, hacia el modo con el cual debe hacerse funcionar el Derecho Procesal Penal. Y así, la garantía del “debido proceso (penal)” adquiere un importante papel, sobre todo en las instancias ordinarias, en las cuales el proceso correspondiente se “hace” en lo cotidiano.

Justamente, en tal quehacer cotidiano, el estándar se expresa en la directiva de una aplicación racional de la normativa procesal penal a las situaciones reales, excluyente de toda “ilogicidad” y de toda “arbitrariedad”.

## 3. Aspecto axiológico

Mas el estándar no conlleva sólo la impronta de un “deber ser” referido a la tramitación regular y legal del proceso penal; su alcance va más allá, anclando en lo axiológico, tal como lo señalara el antes recordado Perelman<sup>17</sup>.

En el precedente sentido, lo “debido” se desdobra de la siguiente manera:

a) se relaciona primordialmente con la aplicación “justa” de la norma procesal penal; y

b) derivado de ello, se conexas con la aplicación, también “justa”, de la ley de fondo.

Sintéticamente: la normativa procesal penal se convierte, por vía del “debido proceso”, en una “instrumentalidad justa” en tanto, a su vez, es un medio para la obtención de un fin preciso: la aplicación justa de una pena (o, en su caso, de una medida de seguridad).

<sup>15</sup> BERTOLINO, Pedro J., “Sobre el debido proceso en materia penal”, cit.

<sup>16</sup> PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, traducción de Díez Picazo, p. 192.

<sup>17</sup> PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica...*, cit., *passim*.

## VI. EL DERECHO EN JUEGO

### 1. El derecho “a la jurisdicción”

Hace también a la técnica jurídica considerar el proceso “debido” desde la categoría específica del “derecho”, consideración que pasamos a efectuar a partir del derecho “a la jurisdicción”.

En esta línea de reflexión, enseñaba Germán Bidart Campos que está en la base del “debido proceso” un verdadero “derecho a la jurisdicción”<sup>18</sup>, criterio que comparte Héctor Daniel Rosatti quien considera importante ubicar al “debido proceso penal” “en el aspecto mayor del derecho a la jurisdicción, prerrogativa que subsume en su interior todas aquellas lícitas apetencias susceptibles de ser formuladas por el justiciable de cara al servicio de la Administración de Justicia y que operan como reaseguro en el reconocimiento de la eminente dignidad humana”<sup>19</sup>.

### 2. El “derecho al proceso”

Para avanzar sobre la especie “derecho”, cabe tener en cuenta lo ya dicho sobre una de las raíces atribuidas a la garantía del “debido proceso”, la del art. 33 de la Constitución Nacional, circunstancia que la coloca —precisamente en su ser de “instituto”— en un plano preferentemente institucional.

Pues bien, sin dejar de valorar los diversos enfoques, a nuestro entender, el “debido proceso (penal)”, visto como garantía, en cuanto tal, “garantiza” más puntualmente un verdadero y autónomo derecho “al proceso”.

Expresado de otra manera: será el “derecho al proceso” el que posibilitará, prácticamente, la efectividad de la garantía del “debido proceso (penal)”, tomando esta formulación como cierre del círculo hermenéutico implicado<sup>20</sup>.

### 3. Una noción comprensiva

Estimamos, entonces, que el Estado (gobernante) deberá reconocer al ciudadano (gobernado), inexcusablemente, y sin más un proceso, en nuestro caso penal, institucionalmente establecido.

Este reconocimiento constituye un verdadero “*prius*” (qué se debe); y recién luego, por consecuencia, se perfilará el “*posterius*” (cómo deberá regularse y actuarse ese proceso).

<sup>18</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1979, p. 413.

<sup>19</sup> ROSATTI, Héctor D., “El debido proceso legal”, en *JA* 1958-II-825, nro. 5415, 12/6/1985.

<sup>20</sup> Para esta temática nos remitimos a nuestro libro *El derecho al proceso judicial*, Temis, Bogotá, 2003, en especial en el capítulo sobre el derecho al proceso penal como derecho humano, ps. 45 y ss.

Es así como la conjunción de los susodichos elementos constituirá, en definitiva, la noción comprensiva de lo “debido” visto como propiedad adjudicada al “proceso” referenciado, mirado como supuesto de aquella propiedad.

## VII. TÉCNICA JURÍDICA Y HUMANISMO

### 1. Una mediación humana

Todo lo que hemos dicho hasta acá sobre las manifestaciones técnico-jurídicas del “debido proceso (penal)” en manera alguna significa expresar una concepción meramente “mecanicista” respecto del enjuiciamiento criminal.

Es que el proceso penal —visto en su riqueza funcional como “debido”— se constituye, en puridad, en una mediación entre el hecho delictivo y la pena. Y esta mediación es, en lo fundamental, una mediación humana, ya que se traduce, en su personalización centralmente última, en una relación entre el juez y el imputado.

Justamente, refiriéndose a esa relación entre juzgador y juzgado, pudo decir con plástica profundidad Francisco Carnelutti que sobre la escena “Sólo existen dos hombres: éste es el problema. Dos hermanos: ésta es la solución”<sup>21</sup>.

### 2. Función crítica del “bien común”

Este enfoque conecta con el bien común como valor crítico de conductas y normas. Y según este significado se lo puede vincular con la garantía del “debido proceso (penal)”, ya que hace al bien común la apelación a la “conciencia de la comunidad” que efectuó la Corte Nacional en el caso “Mozzatti”<sup>22</sup>.

En el “debido proceso (penal)”, según el paradigma del bien común, confluyen, por un lado, el *ius puniendi* del Estado y, por el otro, el *ius libertatis* del imputado. Y, en ese caso, la preeminencia (aunque sin el desconocimiento de los intereses sociales y públicos) —y en esto seguimos a Giuseppe Bettiol<sup>23</sup>— se debe dar al imputado, precisamente en razón del valor preeminente —la libertad— que se encuentra en juego.

Situados en estos parámetros, entendemos cobra su verdadera significación lo también expresado por la Corte Nacional en el caso “Mattei” en cuanto allí se dijo: “... la garantía del debido proceso legal ha sido arbitrada fundamentalmente en favor del acusado...”<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> La cita del maestro italiano se encuentra en SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 64.

<sup>22</sup> Corte Sup., Fallos 300:1102.

<sup>23</sup> BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Bosch, 1977, *passim*.

<sup>24</sup> Corte Sup., Fallos 272:188.

### 3. El “humanismo” como valor

Esta manera de ver el “debido proceso (penal)”, nos conduce hacia el valor humanismo, que constituye, según Miguel Ángel Ciuro Caldani, la base de todo régimen justo y en tanto allí se respeta la igualdad y unicidad de todos los hombres<sup>25</sup>.

De su lado, Werner Goldschmidt enseñaba que el principio supremo de justicia constituye una “síntesis entre el humanismo, el liberalismo, la democracia y la tolerancia”<sup>26</sup>; elementos que, de un modo u otro, pueden declinarse a la idea de un proceso penal “con todas las garantías” en orden a la salvaguarda de los “derechos humanos”, tanto para victimarios como para víctimas.

Concluyendo: es menester, a nuestro juicio, no perder nunca de vista que el proceso penal le es “debido” invariablemente al hombre —a cada hombre— de carne y hueso, para quien —por lo demás— su enjuiciamiento, por parte del Estado, es siempre un asunto “vital” y no simplemente “cotidiano”, como lo constituye, en cambio, para el ente estatal<sup>27</sup>. Estamos ciertos que así lo vio, y actuó en consecuencia, Andrés J. D’Alessio.

<sup>25</sup> CIURO CALDANI, Miguel Á., *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, FIJ, Rosario, 1984, vol. II, p. 113.

<sup>26</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *El principio supremo de justicia*, de Belgrano, Buenos Aires, 1984, ps. 23/33.

<sup>27</sup> Para la diferencia entre asuntos “vitales” y “cotidianos” en el proceso penal, ver BERTOLINO, Pedro J., *El funcionamiento...*, cit., p. 132.