

«UNA APROXIMACIÓN HUMANISTA AL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL DOMINICANO»

*Ben sei que non hai nada
novo en baixo do ceo,
que antes outros pensaron
as cousas que hora eu penso.*

ROSALÍA DE CASTRO

«La batalla cultural y política contra la irracionalidad y la arbitrariedad del proceso inquisitivo es uno de los motivos que animaron la Ilustración reformadora. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri y Pagano, todo el pensamiento ilustrado fue concorde al denunciar la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la inquisición, así como el redescubrimiento del valor garantista de la tradición acusatoria, recibida en el ordenamiento inglés del antiguo proceso romano. Fue por ello natural que la Revolución francesa adoptase –en la fase inmediatamente posterior al 89– el sistema acusatorio, basado en la acción popular, el juicio por jurados y la libre convicción del juez. Pero la experiencia acusatoria no duró en el continente europeo más que los años de la Revolución. Ya el código termidoriano de 1795 y después el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel «monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo», que fue llamado «proceso mixto», predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva de enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase».

LUIGI FERRAJOLI: «*Derecho y Razón*». Editorial Trotta, 6º ed., España: 2004, p. 566.

ENSAYO PARTICIPANTE

**PRIMER CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS
SOBRE EL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

Santo Domingo, Agosto - 2006

Seudónimo: **Heraldo**

1. INTRODUCCIÓN.-

La evolución del sistema de justicia penal ha sido coherente con las diversas transformaciones en la situación jurídica del imputado y, en consecuencia, el derecho de defensa como su garantía nuclear (fue) es (será) un asunto constante en la dogmática penal, coadyuvado además, paralela y paradójicamente, en una indiscutible realidad: el derecho de defensa (fue) es (será) uno de los derechos más vulnerados en la cotidianidad. Así, pareciera que en el estudio del derecho de defensa «*non hai nada novo en baixo do ceo*», cientos de miles de páginas escritas por cientos –acaso miles– de autores a través de la historia supondrían un límite infranqueable a la novedad de las ideas que se puedan esbozar en un modesto ensayo.

Sin embargo, la reforma procesal penal, fraguada al filo de la *constitucionalización e internacionalización* (o, simbióticamente, *humanización*) de la justicia¹, impone un enfoque *novo* de los derechos y garantías, que obliga a despolvar las ideas del pasado, reconducir las ideas del presente y abonar las ideas de un futuro que se hace a sí mismo día a día. La novedad no presupone necesariamente ideas nuevas, sino enfoques actualizados que desarrollen el paradigma *iushumanista* a que se encumbra la justicia penal dominicana. La idea de forjar «*una justicia penal a la medida del ser humano*»² obliga a una reorientación de funcionalidad del proceso –que su fin manifiesto sea la solución de los conflictos en un ambiente de respeto a la dignidad y, en menor medida, a la autonomía de los sujetos involucrados–, una ruptura con todo vestigio intimidatorio, en el afianzamiento de una «*justicia penal de ciudadanos*» y no una «*justicia penal de enemigos*».

¹ Cf. Mauro CAPPELLETTI: «*Acceso a la Justicia*». En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 48, 1983 [online] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=48>; Félix Damián OLIVARES GRULLÓN y Ramón Emilio NÚÑEZ NÚÑEZ: «*Exposición de Motivos*» al Código Procesal Penal de la República Dominicana, Santo Domingo, CONAEJ 2004, p. 24 y ss.

² Albin ESER: «*Una Justicia Penal a la Medida del Ser Humano*». Revista “Ciencias Penales Año 11, N° 15, San José, 1998. [online] <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/eser15.htm>.

Entonces, el derecho de defensa, como garantía de inmunidad del ciudadano frente a posibles intromisiones punitivas infundadas o arbitrarias, necesita ser comprendido y *defendido*, no se trata de una ficción caída del cielo o nacida acaso de un sueño, sino que es un «*derecho fundamental*» cuyo reconocimiento normativo constitucional e internacional– tuvo de ser arrancado a las fauces del poder, tras el reclamo de miles y miles de seres humanos que sufrieron el peso de una injusta justicia que los redujo a simples objetos de su apatía. Así, el presente ensayo más que centrarse en cuestiones de modalidad defensiva, pretende ser un instrumento teórico de lucha para la defensa de la humanización de la justicia penal, un discurso de contención ante los aprestos involutivos de quienes añoran una justicia penal como zona de horrores.

2. REGULACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL.-

Las normas e instituciones jurídicas actuales no pueden ser comprendidas cabalmente si se carece de información sobre los antecedentes que en el decurso de la historia condujeron a su implementación y evolución. Todo lo atinente al derecho y su aplicación se encuentra íntimamente interrelacionado a las estructuras sociales, al rol que juegan los individuos dentro de las mismas, a la organización y distribución del poder y a las concepciones ideológicas que formulan la visión del mundo imperante. Sin lugar a duda, es en el sistema penal donde esto se advierte más notablemente³, porque se trata de la realización del poder que conculca con mayor intensidad el ejercicio de la *libertad* del hombre, con sus prohibiciones y mandatos, sus

³ Jorge Eduardo VÁZQUEZ ROSSI: “*La Defensa Penal*”. Editores Rubinzal-Culzoni. 2ª edición. Santa Fe, Argentina. Año 1990. Págs. 31-32.

persecuciones e intervenciones, sus penas y medidas de seguridad⁴, sus policías, fiscales, defensores, jueces, carceleros, alguaciles y toda la parafernalia respectiva.

En las sociedades primitivas no existía un ente central (y neutral) que regulara la forma de las reacciones ante las agresiones (o daños), por lo que estas se materializaban en una venganza privada (de la víctima y su clan) contra el supuesto agresor (e incluso su clan), una suerte de lucha física que agregaba más violencia al conflicto originario. La razón no vendría dada fruto de la verdad sobre algún suceso acaecido, sino que se atribuía a quien ganaba la contienda. Es ante los excesos que dejaba latente esa forma de reacción que se dirigen las *leyes del talión* nivelándola al *quantum* del daño. Luego se instaura la *composición*, permitiendo al agresor pagar un precio a la víctima o sus familiares, con lo que compraba su libertad y, en consecuencia, evitaba el ejercicio del derecho de venganza.

La evolución de la vida en sociedad fue llevando paulatinamente a que el poder público naciente intervenga en los conflictos más graves. Es así que se atribuyen las funciones de enjuiciamiento hacia un órgano imparcial, y la acusación queda en manos de la víctima y su familia, o se asume como un asunto cívico que podía ser ejercido por cualquier ciudadano (*actio popularis*). El juicio se desarrollaba de manera oral y contradictoria, en la plaza pública, donde acusador y acusado estaban investidos de las mismas facultades para la presentación y debate de las pruebas que comprobaran o explicaran los hechos, y, aunque la decisión se basaba en la íntima convicción de los *iudicis*, quedaba condicionada al caso y las circunstancias planteadas por el acusador.

La acumulación de riquezas en manos de unos pocos coadyuvó al fortalecimiento de un poder central que alcanzó su madurez con la aparición de las *Monarquías*. Acá se sustrae la

⁴ Cf. Julio B. J. MAIER: “*Derecho Procesal Penal*”. Tomo I. Editores del Puerto. 2ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Año 1999. Págs. 259-261.

propia acusación de la disposición de los individuos, incluidas las víctimas, y aparece el *Procurador del Rey* –antecedente del *Ministerio Público*–, hasta la consolidación definitiva de un *Poder Judicial* al servicio del Estado⁵, quien concentra todas las funciones procesales (*inquisitio*), a semejanza de la centralización de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en la persona del monarca (absolutismo), lo que acarrió también la eliminación del concurso del imputado convirtiéndolo en un «*convidado de piedra*» en su propia persecución penal, sin la posibilidad de influir en la decisión con su defensa⁶. «Nace allí, propiamente, aquello que se comprende por derecho penal, en forma de poder estatal para el control directo de los súbditos»⁷.

Sin lugar a dudas, la justicia penal contemporánea es deudora de ese «arrebato de los conflictos» a las personas directamente involucradas⁸, avalada en una inhumana «exaltación del bien jurídico a costa de la víctima» concreta⁹, con lo que los delitos (como etiquetamiento de los conflictos), más que atentados contra el individuo, son asumidos como atentados contra la comunidad o, más propiamente, contra el Estado. Así que, el conflicto primario (víctima-agresor) es desplazado por un conflicto de segundo orden (agresor-Estado), que se produce por la supuesta violación de la ley, como evocación del pecado original: la desobediencia¹⁰.

⁵ Cf. Michel FOUCAULT: “*La Verdad y las Formas Jurídicas*”. Editorial Gedisa. Traducido por Enrique Lynch. 6ª reimpresión. Barcelona, España. Año 1999.

⁶ Julio MAIER: “*Derecho Procesal Penal, Parte General. Tomo I: Fundamentos*”. Editores del Puerto. 2ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina, 1999, ps. 296-297.

⁷ Ana Isabel GARITA VÍLCHEZ: “*La Defensa Pública en América Latina...*”. *Op. Cit.* Pág. 7.

⁸ Nils CHRISTIE: “*Los conflictos como pertenencia*”. [online] <http://neopanopticum.blogspot.com/2005/11/christie-nils-los-conflictos-como.html>

⁹ Véase, Albin ESER: “*Sobre la Exaltación del Bien Jurídico a Costa de la Víctima*”. [online] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/65/pr/pr26.pdf>

¹⁰ Cf. Alberto Binder. “Introducción al Derecho Penal”, 2004, Págs. 21-26.

Es así que, el denominado **sistema penal** se compone de un conjunto de principios, normas, instituciones y prácticas que: *disciplinan* la vida de los seres humanos con la finalidad de prevenir, solucionar o aminorar los conflictos más graves originados en la interrelación social, y, *regulan* la creación, aplicación y ejecución del ejercicio del penal estatal.

La función de prevención tiene su manifestación primigenia en los contenidos de las normas penales materiales, una suerte de orientación que instituye modelos de comportamientos dirigidos a «*prohibir*» (abstenerse de hacer) y «*mandar*» (obligación de hacer) bajo amenaza de la imposición de una sanción o pena— ciertas actuaciones humanas que «*hechas*» o «*dejadas de hacer*» podrían producir un daño al prójimo y perturbar el orden social.

Sin embargo, como el conflicto es inherente a la naturaleza humana, todo mandato o prohibición punible habrá de ser transgredido. Las normas penales materiales (a diferencia de sus correlativas civiles —que son autorrealizables) no tendrían ninguna función concreta, si no existiesen mecanismos para hacerlas efectivas ante su quebrantamiento. Así, el proceso conforma esos mecanismos de que disponen, como diría Ernest Beling, «*los hombres reales, de carne y huesos*» para aplicar el derecho material a situaciones concretas en las cuales se ha supuesto controvertido o inobservado, por lo que en su defecto las personas se verían precisadas a hacerse justicia por sus propias manos, lo que podría degenerar en venganzas excesivas.

Asimismo, sólo en el proceso se habilita legítimamente a los órganos del Estado a intervenir en los conflictos, con lo que la aplicación pena como solución (simbólica) establecida en la norma material, obliga a la previa verificación en juicio de la ocurrencia del supuesto hecho punible atribuido al individuo-imputado, fijada en una decisión vinculante que

se impone debido a la superioridad del órgano jurisdiccional sobre las partes, como emanación del *imperium* de su investidura constitucional (*Arts. 2, 4 y 63 Constitución de la República Dominicana –CRD*).

Es menester aclarar que, el proceso no es propiamente un mecanismo de solución, sino de redefinición de conflictos¹¹, y, dada la magnitud de violencia (aunque legítima) que genera el sistema de justicia penal, se condiciona su uso a los conflictos de mayor gravedad e impacto social (principio de *última ratio*, mínima intervención o utilidad del proceso, *Art. 2 Código Procesal Penal Dominicano –CPP*). Así, es positivo el establecimiento de mecanismos más idóneos de solución, que ofrecen como externalidad positiva una mayor cabida a la autonomía de los individuos en la gestión de sus conflictos, sea en formas compositivas como la conciliación o la mediación, o incluso, alternativas impositivas menos interventoras como la suspensión condicional del procedimiento o de la pena y la ruptura con la estatización de la acción penal asegurada en la acción privada.

Con todo, no hay agresión más intensa y cuyo ejercicio encierre mayor peligro de arbitrariedad y excesos que el poder punitivo estatal, «en ninguna otra parte se hayan en mayor tensión la autoridad del Estado y la libertad y dignidad de un ciudadano, que en este caso se ve asediada –y en ocasiones oprimida– por las exigencias que proponen la libertad y la dignidad de otros ciudadanos»¹². La asimetría entre el individuo-imputado y el aparato represivo suponen una situación de desigualdad estructural que justifica la habilitación de garantías que le permitan controlar (y repeler) el ejercicio (arbitrario) del poder penal, sin las cuales la

¹¹ Julio MAIER: “*La Reforma del Proceso en el Marco del Sistema Penal*”. Revista Guatemalteca de Ciencias Penales “Justicia Penal y Sociedad”. Año 1, N° 0, Guatemala, 1991, p. 22.

¹² Sergio GARCÍA RAMÍREZ: “*Algunas Cuestiones del Proceso Penal*”. UNAM, México, 2004, p. 7. [online] <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa4/113s.pdf>. En la misma lógica, Julio MAIER: “*Derecho Procesal Penal*”, *Op. Cit.*, p. 263.

reacción estatal frente al delito (en la persona del supuesto delincuente) podría ser, como enseña la historia, incluso más violenta que el delito mismo.

3. ***EL DERECHO DE DEFENSA EN UN ESTADO DE DERECHO.-***

La multiplicidad de funciones que actualmente se asigna al término «*Estado de derecho*» origina no pocos inconvenientes a la hora de fijar un concepto acabado sobre el mismo, más aún cuando no existe un Estado de derecho perfecto: a lo sumo se puede aspirar es un modelo teórico-normativo que ampliamente marcado por la realidad constitucional propia de quien lo postule, se acoja a unos estándares mínimos madurados especialmente en el constitucionalismo occidental, pero su *efectividad* se visualiza a través de la *praxis* del ejercicio del poder mismo, no en los planteamientos abstractos de la Constitución y las leyes. Es así que, el Estado de derecho no se hace realidad por generación espontánea, sino que parte de una expresión de las normas jurídicas y su consecuente funcionamiento en las instituciones y en las prácticas de los actores políticos relevantes, así como en la cultura de los ciudadanos¹³.

Interesa abordar de forma sucinta los *principios ético-políticos* que, en el estado actual de nuestra cultura jurídica, organizan al Estado como un mecanismo destinado tutela efectiva de los derechos de la persona humana, y, especialmente su influencia en la configuración normativa del derecho de defensa. Aunque sólo se trata de un excursus normativo, no una radiografía de la efectividad constitucional de esos principios, que comportaría un estudio socio-histórico-político acerca del ejercicio del poder en la República Dominicana, loable tarea que excede con creces los modestos fines de este escrito.

¹³ Cf. Jesús RODRÍGUEZ ZEPEDA: “*Estado de Derecho y Democracia*”. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. Núm. 12, 2ª edición. México. [online] <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=507>

En franca adhesión a los postulados *contractualistas*, se colige que el abandono del «Estado de naturaleza» –dónde cada uno velaba por su subsistencia– y la consecuente integración «en una sociedad jurídicamente organizada para proteger los intereses mutuos», ha comportado, correlativamente, la delegación del uso monopólico de la fuerza y los medios de coerción, así como la administración de la justicia (*ius puniendi*) hacia el propio Estado y, por ende, en quienes regenten el poder público en representación del conglomerado social.

Dada la naturaleza conflictiva de las sociedades humanas y la represividad inmanente al Estado –que a veces tiende hacia su propia conservación antes que a la defensa de los asociados¹⁴–, aquella delegación ha generado serias dificultades. No es de extrañar que desde los tiempos Platón y Aristóteles se haya venido contraponiendo la idea del «gobierno de los hombres», donde impera la voluntad del que manda, al «gobierno de las leyes». Es decir, deben existir normas y mecanismos capaces de evitar los excesos y arbitrariedades de la autoridad política y los detentadores de los poderes fácticos, así como los atropellos de los simples mortales que se encuentran fuera del manto del poder público o privado.

Es así que, *el sometimiento a la ley de los órganos de poder*, se erige en la base formal del Estado de derecho. Sin embargo, se debe reconocer que las leyes, obras de seres imperfectos, pueden ser arbitrarias, irrazonables, injustas e inhumanas, aunque sean respetados los procedimientos formales para su elaboración. La violencia del legislador también debe ser contenida mediante el establecimiento de unos límites sustanciales, como el principio de razonabilidad (*Art. 8.5 CRD*) y la garantía de la inconstitucionalidad (*Arts. 46 y 67.1 CRD*).

Discrepando de infundadas teorías sobre un «poder bueno», se debe admitir que, todo poder tiende hacia su autoconservación e incremento y esta tendencia utilitarista lleva hacia el

¹⁴ Cf. Eugenio Raúl ZAFFARONI et al.: "*Derecho Penal. Parte General*". Editora EDIAR 2a ed. Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 5 y ss.

abuso de poder y, consecuentemente, a la negación misma de los fines del pacto social. Así, para contener esta desviación funcional se ha consagrado el *principio de la separación de los poderes* (Art. 4 CRD): «a fin de que no se pueda abusar del poder» –sostuvo Montesquieu– «es necesario conseguir, mediante la disposición de las cosas, que el poder frene al poder».

Toda la tradición iusnaturalista e ilustrada defendió la inviolabilidad de ciertas «cualidades» que nacen con la persona humana –*derechos naturales*. Locke, uno de sus más notables exponentes, las cualificó como «barreras de contención normativa que impiden la intromisión del gobierno». Al constitucionalismo decimonónico *positivizar* esos derechos naturales, se transformaron en *libertades públicas*. Y, con la postre inclusión de ideales socialistas, se ha considerado que la dignidad humana es inseparable de unas condiciones mínimas de vida que el Estado debe asegurar a los ciudadanos, especialmente a los más débiles y necesitados –*derechos sociales*–. Ambas nociones, «*libertad individual*» y «*justicia social*», conforman un capítulo indisoluble en la Constitución de la República.

Asimismo, el constitucionalismo dominicano reconoce (*en la letra de la constitución*¹⁵) al «*pueblo*» como «*soberano*» y, por ende, «titular de todos los poderes del Estado», aunque imposibilitado para el ejercicio ordinario del poder directo, que es ejercicio comúnmente por funcionarios elegidos por el soberano, sea de forma directa o indirecta: es el paradigma de la *democracia representativa* (Art. 2 CRD). Actualmente, en evidente atenuación a las formas representativas tradicionales, se propugna por el establecimiento de mecanismos de control y

¹⁵ Aunque «al advenimiento de la República y a la consecuente organización del Estado Dominicano se produjo en la letra de la Constitución una transformación en la personificación del Poder. Se instauró otro soberano hasta entonces desconocido: el pueblo.... Ese nuevo titular no tenía precedentes en nuestra tradición. Tampoco fue la resultante de transformaciones político sociales que contarán con raíces profundas en el pueblo dominicano. Sólo fue la consagración de ideas foráneas.... En 1844 casi nadie creía en la soberanía popular y en que ésta fuera la fuente del poder... Pedro Santana fue el sucesor de los poderes absolutos del monarca español. No podía ser de otro modo porque esa era la única forma de gobernar hasta entonces conocida». Juan Manuel PELLERANO GÓMEZ: “*La Constitución y el Hombre*”. Capítulo de “*Constitución y Política*”. *Op. Cit.* Págs. 111-112.

participación ciudadana, como las vistas públicas, la iniciativa popular, el plebiscito, el referéndum, la revocación del mandato, entre otros.

A la luz de lo expuesto, es evidente que el *Estado de derecho* erige al ser humano en el «fin primordial del Estado» (*Art. 8 CRD*), transformándolo en un sujeto político y no en un mero objeto político, con lo que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía. La dimensión social de la vida en comunidad lleva a la dignidad humana a un *status activus procesualis* de organización de su vida social, tanto en la esfera de la política, como en la economía, a través de los derechos fundamentales¹⁶.

Como diría Vázquez Rossi, «la necesidad de establecer garantías reales y operantes frente al poder radica, en última instancia, en que el hombre es un fin en sí mismo, un sujeto fundamental del derecho y que, antes de someterlo a castigo –por justo que éste sea– deben agotarse todas las instancias para la exacta determinación de la imputación, otorgándosele posibilidades de descargo, oportunidad de ser oído y medios para oponerse idóneamente a la acusación. Y sólo cumplidos estos requisitos, el pronunciamiento podrá ser conforme el derecho y la justicia»¹⁷

La idea de un «*derecho penal mínimo*» realizable a través de un «*debido proceso*», asegurada por el «*garantismo penal*», es inherente y consustancial al Estado de derecho. La propia Corte Interamericana atestigua que «en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada,

¹⁶ César LANDA: “*Dignidad de la Persona Humana*”. Cuestiones Constitucionales. N° 7, 2002 ps. 109-138. [online] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=cconst&n=7>

¹⁷ Jorge Eduardo VÁZQUEZ ROSSI: “*La Defensa Penal*”. Editores Rubinzal-Culzoni. 2ª edición. Santa Fe, Argentina. 1996, p. 55.

cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros»¹⁸.

Aunque de antaño la Constitución de la República recoge la garantía de la inviolabilidad de la defensa, en términos imperativos, a saber: «*nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado, ni sin la observancia de los procedimientos de ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa*» (Art. 8.2.J CRD), es a partir de la reforma procesal penal cuando empieza desplegar todo su eficacia como *derecho fundamental*, entiendo la *fundamentalidad* como atributo de la supremacía de los *principios, derechos y garantías* contenidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos acogidos por los poderes públicos¹⁹ (Arts. 3 y 10 CRD) –conglobados bajo la fórmula de *bloque de constitucionalidad*²⁰. Así, uno de los grandes méritos del Código Procesal Penal es que, en reconocimiento de nuestra afición a los Códigos, internalizó, bajo el epígrafe de *principios fundamentales (Libro I - Título I)*, sendos principios, derechos y garantías pertenecientes al bloque de constitucionalidad, lo cual es una técnica legislativa que se ha extendido en Latinoamérica a partir del Código Modelo Procesal Penal para Iberoamérica.

Significa, entonces, que la reforma constitucionaliza el proceso penal, en palabras de Cesar Pina Toribio, no se trata «de una simple modificación... sino de una transformación radical del sistema, adoptando un modelo de proceso penal claramente diferenciado, que rompe con la hegemonía de la pesada carga inquisitorial del viejo código, promoviendo un

¹⁸ Corte I.D.H. OC-8/87 del 30 de enero de 1987: “*El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías*”. Párr. 26.

¹⁹ Cf. Eduardo JORGE PRATS: “*La Organización del Poder y la Libertad en la Constitución*”, en AA. VV. “*Constitución y Garantías Procesales*”, PARME, Santo Domingo, D. N., 2003, ps. 127-128.

²⁰ Suprema Corte de Justicia: Resolución 1920 del 13 de noviembre de 2003. Y Sentencia de 9 de febrero de 2005.

proceso acusatorio, adversarial y garantista, con mejores y más efectivas fórmulas de protección de los derechos de las partes, y de modo particular, del procesado»²¹.

La estructura misma del proceso acusatorio justifica la existencia de la defensa que, al igual que la acusación, es un mecanismo necesario para la perfección de la relación procesal: *nemo iudex sine defensione*²². Así considerado, «el derecho de defensa no es... un derecho subjetivo renunciable: no concierne únicamente a su beneficiario, sino que es una institución inherente al proceso penal... una condición propia de la validez del proceso cuya observancia interesa a toda la sociedad»²³.

4. CONCEPTO JURÍDICO DE DEFENSA.-

La voz defensa significa «oponerse al peligro de un daño» o, más gráficamente, «el rechazo a un ataque o agresión», que en el lenguaje jurídico se denomina «*ofensa*» y constituye, lógicamente, el antecedente necesario de la «*defensa*». Así, la defensa exige previamente una ofensa y su nota esencial es su carácter reactivo, por lo que sólo puede hablarse de defensa a propósito de una actuación en que se desenvuelve un sujeto como reacción ante otra previa de un contrario²⁴.

²¹ César PINA TORIBIO: Prólogo del “*Compendio de la Normativa Procesal Penal Dominicana*”. CAPMJ. Editora Búho. Santo Domingo. Año 2004. Pág. 10.

²² Cf., José Ignacio CAFFERATA NORES: “*Proceso Penal y Derechos Humanos*”. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 105.

²³ Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario. Voz: “*Defensa*”. Universidad Complutense de Madrid (UCM). [online] <http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/defensa.htm>. Cf. además Víctor MORENO CATENA: “*Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal y el Derecho de Defensa en España*”. Epílogo de AA. VV. “*Nuevo Proceso Penal y Constitución*”. Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica. Año 1998. Pág. 394.

²⁴ Alex CAROCCA: “*Garantía Constitucional de la Defensa*”. p.2. [online] http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/diciembre05/Garantia_constitucional_de_la_defensa_ok.pdf

Habr  de notarse que, cuando en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar la paz social o la seguridad ciudadana, el Estado decide *actuar* contra un individuo a quien considera posible autor o partícipe en un delito, ejerce una particular forma de agresión: el poder penal, que es la más intensa que Estado de derecho admite leg tımamente, en la medida en que sirva para proveer protección a los ciudadanos ante las agresiones provenientes de sus pares, y, s  (y solo s ) al mismo tiempo es capaz de respetar la dignidad de los supuestos agresores. Entonces, la configuración del sistema penal está pensada como un doble mecanismo de protección o defensa, de un lado *tutela* del individuo ante las agresiones de otro individuo, del otro *defensa* del agresor –real o supuesto– ante las reacciones incontroladas, provengan de las víctimas o del Estado.

Según un socorrido adagio: «siempre tiene que haber un culpable». Es más, en la sociedad de la información no tener culpables a quien endilgar los crímenes y delitos violentos (que no siempre son objetivamente los más dañinos) produce un temor peligrosísimo en la ciudadanía, con proyecciones abstractas más preocupantes para la estabilidad social que el concreto delito mismo. El derecho de defensa es una forma de control de las acciones que encamine el Estado a conseguir los *culpables* y sin la posibilidad efectiva de someter la actividad punitiva a control quedaría latente el peligro de que inocentes queden atrapados en sus redes, expuestos ileg tımamente a expiar una culpa que calme las ansias y el temor de las mayorías asustadizas.

Entonces, es la defensa del supuesto agresor la que interesa al proceso penal, porque no es nada fácil la situación particular de quien tiene que enfrentarse a toda la maquinaria represiva del Estado (y la violencia de los medios de comunicación), bajo la inminente –y a veces manifiesta– amenaza del conculcarle uno de los más preciados derechos del hombre: *la libertad*. O incluso el más preciado: *la vida*. Aunque formalmente desterrada del sistema

jurídico dominicano (*Art. 8.1 CRD*), la pena de muerte queda latente en una forma más perversa, descontrolada y arbitraria: «*los intercambios de disparos*» en que agentes policiales desdiciendo su función prevencional terminan convertidos en verdaderos verdugos: jueces sin tribunal, sin palabras, ni oídos, en «desjuicios» donde se juegan la dignidad y la vida.

Así, asegura cierta doctrina que «el juicio previo que necesariamente debe anteceder a la sanción penal es la manifestación más preclara de la vigencia del derecho de defensa en el proceso penal dentro de un Estado de derecho»²⁵. Sin embargo, el *juicio previo* por sí sólo no garantiza nada. La historia de los procesos inquisitivos y antigarantistas demuestra que el *juicio previo* se convirtió en la máxima expresión de la violencia sancionadora del Estado. La efectividad protectora del juicio sólo aparece cuando existe una defensa eficaz que torne operativas todas las garantías que aseguran el *debido proceso*²⁶.

Así considerado, el derecho de defensa abarca la facultad de reclamar la vigencia de todas las garantías que protegen al justiciable, como son la imparcialidad, juez natural, presunción de inocencia, el plazo razonable, etcétera²⁷. Es, entonces, la garantía central del debido proceso²⁸, que «materializa el efectivo goce y respeto de los demás derechos, garantías procesales y penales» reconocidas por el ordenamiento jurídico²⁹, tornándolas operativas dentro del proceso penal. Es un verdadero instrumento de control para evitar y rechazar cualquier arbitrariedad que pudiera provocar una persecución penal carente de reglas, en la

²⁵ Alexander Rodríguez Campos: “Ejercicio de la Defensa Técnica en la Citación Directa”. Revista “Ciencias Penales”. Año 9, N° 12. San José <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/rodrig12.htm>. Agosto del año 1996.

²⁶ Cfr. Resolución 1920. Sentencia del 5 de julio del año 2000, B.J. 1076. Pág. 630.

²⁷ José Ignacio CAFFERATA NORES: “Proceso Penal y Derechos Humanos”. *Op. Cit.* Pág. 103.

²⁸ Alberto BINDER: “Introducción al Derecho Procesal Penal”. *Op. Cit.* Pág. 155.

²⁹ Álvaro FERRANDINO TACSÁN y Mario Alberto PORRAS VILLALTA: “La Defensa del Imputado”. Capítulo de “Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal”. *Op. Cit.* Págs. 292 y 303.

que se omita la dignidad humana para supeditarla al interés general de la búsqueda de la verdad y el éxito de la justicia³⁰.

Concretamente, «el derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe»³¹.

6. GÉNESIS DEL DERECHO DE DEFENSA.-

El ejercicio del derecho de defensa no está supeditado a la formulación formal de la *imputación* del ministerio público, menos aún en un acto u orden emanada de autoridad judicial, sino que a partir de cualquier actuación o *diligencia preliminar* en que una de las *agencias de persecución penal* proceda a la *selección* de una persona como posible autora o participe en un hecho delictivo, surge inmediatamente el derecho a ser oído, manifestación primigenia del derecho de defensa³².

Asimismo, si un individuo se entera de que se le está vinculando, con señas inequívocas de su identidad, como posible autor o participe en una investigación penal iniciada –a cualquier nivel– se activa su derecho de defensa y, por lo tanto, tiene *derecho a intervenir* para anteponer las defensas de lugar: descarte la existencia del hecho, su tipicidad, la

³⁰ Véase, Álvaro FERRANDINO TACSÁN y Mario Alberto PORRAS VILLALTA: “*La Defensa del Imputado*”. Capítulo de “*Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*”. Daniel González Álvarez (recopilador). Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. Noviembre del año 1996. Pág. 284. Así mismo, Rosalía SOSA PÉREZ: “*El Derecho a la Defensa en un Estado de Derecho*”. Edición libre. Santo Domingo, D. N., 1998, p. 25. José Ignacio CAFFERATA NORES: “*Proceso Penal y Derechos Humanos*”. *Op. Cit.* p. 105.

³¹ Julio MAIER: “*Derecho Procesal Penal*”, *Op. Cit.*, p. 547.

³² Cf. Juan Manuel PELLERANO: “*Derecho Procesal Penal*”. Ediciones Capeldom. 2005. p. 223.

procedibilidad de la acción, o, en fin que establezca en su caso una causal de antijuridicidad o inculpabilidad.

Sin embargo, la efectividad del derecho de defensa implica poner oportunamente en conocimiento del imputado la *formulación precisa de los cargos (imputación)*, que incluye una enunciación clara, precisa, circunstanciada, inequívoca y específica de los hechos (*modo, tiempo y lugar*), así como su fundamento jurídico (*calificación legal*) y probatorio (*Art. 19 CPP*). La eficacia protectora de la imputación supone que no ha de basarse en juicios de valor, sino en hipótesis taxativas y verificables, aserciones empíricas que atribuyan la comisión de un hecho exactamente denotado por la ley en su materialidad concreta como delito, puesto que las aserciones de significado indeterminado, como «*delincuente*», «*carterista*», «*violador*» o «*asesino*», no son verificables ni refutables, no permiten el ejercicio de una defensa concreta, sino meras invocaciones de clemencia³³.

Es así que, la imputación lejos de conceptuarse como un atentado o afrenta a los derechos del sujeto que la padece, es una garantía que se proyecta en un doble sentido: de un lado, abre paso a la posibilidad efectiva de ejercitar la defensa, y, del otro, sirve a la delimitación fáctica de la investigación y el juicio, determinando los márgenes dentro de los cuales se ha de desenvolver, con lo se evita una indagación indiscriminada y a espaldas del imputado³⁴. O sea, le sirve al imputado para conocer el objeto del proceso lanzado en su

³³ Cf. Luigi FERRAJOLI: “*Derecho y Razón*”, *Op. Cit.* ps. 613-614. También Julio MAIER: “*Derecho Procesal Penal*”. *Op. Cit.* p. 553.

³⁴ Verónica LÓPEZ YAGÜES: “*Imputación Penal y Nacimiento del Derecho de Defensa*”. Valencia, España, 2002. [online] <http://publicaciones.ua.es/?ExternalURL=http://publicaciones.ua.es/Deprox/84-7908-694-7.asp>.

contra, a fin de que pueda proveerse de los medios –contrapruebas– que le permitan ejercer una labor defensiva en paridad con el acusador³⁵.

Es más, aunque en procura de la eficacia de la investigación, el órgano persecutor y acusador público puede declarar la reserva de ciertas actuaciones (*Art. 291 CPP*), es forzoso concluir que ese *secreto* pueda durar indiscriminadamente en el tiempo. Se impone, entonces, «un preciso límite cronológico –el más breve posible atendidas las circunstancias–» a la realización de diligencias preliminares previas a cualquier imputación «que sea razonable y proporcionado a su finalidad institucional que ha de circunscribirse a la verificación de los presupuestos objetivos mínimos y necesarios para el ejercicio de la acción penal»³⁶. Y, en todo caso, antes de la declaración indagatoria el imputado tiene derecho a conocer los cargos, salvo la reserva de los medios de prueba, que aún se admite esa etapa (*Art. 105 CPP*), pero ante la solicitud de una medida de coerción contra el imputado –ineludible muestra de su señalamiento formal– ya no cabe espacio para secreto alguno –nada podrá serle oculto (*Art. 291 CPP*).

7. DEFENSA MATERIAL Y DEFENSA TÉCNICA.-

El derecho de defensa se compone de dos caras de una misma moneda, un binomio encaminado hacia el mismo objetivo: la *defensa material* y la *defensa técnica*. La una es ejercitada por el propio imputado, la otra es practicada por su abogado o letrado. Quizá el imputado intente realizar con empeño su defensa (material), debido a que es el principal

³⁵ Cf. Comité de Derechos Humanos de la ONU. Observación General 13 al Art. 14 del PIDCP. Párrs. 8-9. Luigi FERRAJOLI: “*Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*”. *Op. Cit.* P. 607-608. Ana Isabel GARITA VÍLCHEZ: “*La Defensa Pública en América Latina desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno*”. *Op. Cit.* p. 17-18.

³⁶ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-799-05, 2 de agosto 2005.

interesado en impedir que se demuestre su culpabilidad, pero como el conflicto que ha originado su imputación reviste un *carácter jurídico*, es imprescindible que se vea complementado por un sujeto conocedor del derecho (defensor técnico) para así obtener mejores perspectivas de éxito en su defensa.

Ampliamente considerada, la defensa material no se limita sólo a las actuaciones del imputado, sino que se puede concebir, como «*una función pública en la que participan todas las autoridades y funcionarios que intervienen en el procedimiento penal*»³⁷. Mas, estrictamente hablando, la defensa material o autodefensa sólo implica la capacidad personal asignada al imputado de intervenir en el proceso y realizar algunas actividades: hacerse oír en aclaración de los hechos o mantenerse en silencio, proponer y examinar pruebas, solicitar la designación de peritos, participar en interrogatorios a testigos, proponer prueba anticipada, decir la última palabra en el juicio oral, entre otros³⁸.

Asimismo, es en el ejercicio de su defensa material que al imputado se le permite elegir un defensor de confianza. Y sólo si no lo nombra, por cualquier causa, el Estado debe asignarle un defensor público, porque aún teniendo el conocimiento técnico, la autodefensa es poco aconsejable porque suele afectar la *efectividad de la defensa* y el adecuado desarrollo del proceso³⁹.

La diferente y privilegiada condición del acusador público, como técnico y experto en leyes, respecto del sujeto sometido al proceso que, salvo excepciones, carece de aquellos conocimientos o, como de forma gráfica expresara Francesco Carnelutti, «de la sangre fría precisa para contrarrestar por sí solo la fuerza del primero», hace preciso un reforzamiento del

³⁷ Rosalía SOSA PÉREZ: “*El Derecho a la Defensa en un Estado de Derecho*”. *Op. Cit.* p. 29.

³⁸ Cf. José Ignacio CAFFERATA NORES: “*Proceso Penal y Derechos Humanos*”. *Op. Cit.* p. 110.

³⁹ Julio MAIER: “*Derecho Procesal Penal*”, *Op. Cit.*, p. 550.

lado de la balanza que ocupa la defensa a partir de la integración de esa parte con un profesional del Derecho⁴⁰. «Nadie, absolutamente, deberá enfrentar un proceso judicial solo, sin la ayuda de alguien que, conociendo a fondo el derecho, tanto sustantivo como procedimental, le asegura una defensa técnica adecuada, proporcionada, razonable y oportuna. Su ausencia es causal, dada la indefensión a la que se sometería al imputado, de una violación grave al debido proceso»⁴¹.

Es que, como diría el mismo Carnelutti «el que ha de ser juzgado está, por lo general, privado de la fuerza y de la habilidad necesarias para expresar sus razones y cuanto más progresa la técnica del juicio penal, más se agrava esta incapacidad. De una parte, el interés en juego es a menudo tan alto para el imputado que, a causa de la excesiva tensión, como una corriente eléctrica, está expuesto a hacer saltar los aparatos: quien tenga alguna experiencia de juicios penales, sabe todo lo difícil que es al imputado y, por lo demás, también a las otras partes contener la pasión o aún solamente la emoción que les quita el dominio de sí mismos. De otro lado, el juicio, aún cuando esté racionalmente construido, es siempre un complicado y delicado mecanismo, que sin una adecuada preparación no se consigue manejar; pero el imputado, por lo general, no la posee. El está, por eso, exactamente en la posición de quien no sabe hablar la lengua que se necesita para hacerse entender»⁴². Es más, aún teniendo formación jurídica, no es lo mismo ser parte en el proceso como imputado que como abogado del imputado: las presiones a las que puede verse sometida una persona en un proceso, aún

⁴⁰ Verónica LÓPEZ YAGÜES: *Op. Cit.*

⁴¹ Luis Ricardo RODRÍGUEZ VARGAS: “*El Derecho a Defensa Letrada como parte del Debido Proceso en Materia Penal*”. [online] <http://comunidad.vlex.com/aulavirtual/defensa.html>.

⁴² Francesco CARNELUTTI: “*Lecciones sobre el proceso penal*”. Tomo I. Editora Ejea. Buenos Aires. Año 1950. Págs. 234-235.

siendo experta en leyes o poseyendo una inteligencia preclara, pueden ser tantas que es poco probable que la «autodefensa» no perjudique, de algún modo, la eficiencia de la justicia⁴³.

Es así que la defensa letrada surge como complemento necesario de la defensa material. La doctrina se ha referido al defensor como *alter ego* procesal, que acude al proceso desapasionado y con la *sangre fría*, observa todos los aspectos del caso, no sólo el punto de vista de la defensa, sino también los posibles enfoques que podría hacer el acusador, así como el *modus operandi* de los operadores del sistema de justicia en general.

Como conocedor del derecho, el defensor asesora al imputado, fiscaliza la labor del ministerio público, elabora la estrategia defensiva y propone pruebas, controla y participa en la producción de la prueba, argumenta sobre su eficacia conviccional, discute el encuadramiento jurídico de los hechos que se le imputan a su defendido y la sanción que se le pretenda imponer y hasta puede recurrir en su interés, etcétera.

La defensa técnica es una condición obligatoria para la legitimidad de todo proceso penal en un Estado de derecho porque desde que el cumplimiento de una garantía genera la exigencia de igualdad material en una prestación, como el caso del *derecho de defensa efectiva*, es necesaria la asistencia de un letrado que, en ánimos de intentar la equiparación del imputado con la parte acusadora, ejerza una función compensatoria.

Sin embargo, la sola existencia del defensor *técnico* no garantiza una perfecta igualdad entre las partes, que parece irrealizable en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico si se tiene en cuenta que las posiciones de partida son evidentemente desiguales. El ministerio público, debido a su propia investidura, está en una posición privilegiada durante la *fase*

⁴³ Luis Ricardo RODRÍGUEZ VARGAS: *Op. Cit.*

preparatoria, disponiendo de todo un arsenal de medios y facultades (sin paralelo con las de *la defensa*) que puede utilizar en contra del imputado⁴⁴.

El ministerio público tiene a su disposición todo el aparato de la policía judicial y demás agencias ejecutivas que realizan funciones de investigación (*Arts. 6-e y 10 Ley 78-03, 91-94 CPP*). Tiene poderes coercitivos procesales que lo facultan a: custodiar el lugar del hecho y realizar las comprobaciones de lugar; realizar registros a personas, lugares o cosas; requerir la entrega de objetos y documentos y, en caso de negativa, solicitar al juez orden de secuestro (*Arts. 173-194 CPP*); requerir la comparecencia de testigos y, en caso de que no obtemperen, hacerlos comparecer con la fuerza pública (*Art. 199 CPP*); nombrar peritos (*Art. 207 CPP*), entre otros.

Esa desigualdad estructural no se subsana con la consagración normativa del llamado *principio de objetividad en las actuaciones del ministerio público* (*Arts. 260 CPP y 11 Ley 78-03*), porque, como sostiene Eugenio Zaffaroni, es una ficción que la investigación del acusador se hace siempre en búsqueda de la verdad procesal y nada más, obviando su inclinación funcional a prestar una mayor –cuando no única– atención a la recolección de las pruebas de cargo. Así, dejando de lado las ficciones normativas, es menester admitir que el ministerio público, por principio, investiga para acusar y, por ende, es necesario que alguien investigue para defender⁴⁵.

Al decir de Luigi Ferrajoli, «esta equiparación sólo es posible si junto al defensor de confianza se instituye un *defensor público*, esto es, un magistrado destinado a desempeñar el *ministerio público de la defensa*, antagonista y paralelo al *ministerio público acusador*. La

⁴⁴ Cf. Arturo HERNANDO LONDOÑO: “*Derecho Procesal Penal*”. Editora Temis. Bogotá, Colombia, 1982, p. 86.

⁴⁵ Eugenio Raúl ZAFFARONI: “*Estado de Derecho y Proceso Penal*”, en “*Pena y Estado*”, Año 5, No 5, INECIP, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 19.

institución de esta ‘*magistratura*’ o ‘*tribunado de la defensa*’, como orden separado tanto del de enjuiciamiento como del de la acusación, fue propuesta por Filangieri, Bentham y después por Carrara y Luchini, desde el presupuesto de que la tutela de los inocentes y la refutación de las pruebas de culpabilidad constituyen funciones de interés no menos público que el castigo de los culpables y la recolección de las pruebas de cargo»⁴⁶.

Así que, es loable la capacidad investigativa que (independiente al ministerio público) progresivamente va desarrollando el *Servicio Nacional de Defensa Pública*, avalado en atribuciones legales que facilitan esa labor (*Art. 28 Ley 277-04*). Es lógico considerar como posibilidad que, siguiendo un proceso evolutivo en la consolidación de sus funciones, en un futuro el servicio investigativo pueda ser ofrecido (remuneradamente) a los defensores privados en el intento de recabar informaciones por sus propios medios.

Recapitulando, se debe recalcar que tanto la defensa material como la técnica vienen a formar un todo en lo que concierne al ejercicio del derecho de defensa, que logra su máxima efectividad cuando existe el «acercamiento, la asesoría, la comunicación y la coordinación propia de una relación cercana y constante entre defensor e imputado»⁴⁷. Es así que, no se deben imponer condiciones u obstáculos arbitrarios a la *comunicación libre y privada* que debe producirse entre imputado y defensor (*Art. 8.2.d Convención Americana de Derechos Humanos –CADH*).

Lo ideal es que ambas defensas sean congruentes en cuanto a la estrategia defensiva, pero en caso de colisiones, nunca se debe olvidar que el defensor técnico es un asesor del imputado, y en esa lógica le asiste de acuerdo a sus intereses. Aún cuando el defensor goza de autonomía en el ejercicio de su función, frente al imputado ésta es relativa o limitada, quien no

⁴⁶ Luigi FERRAJOLI: “*Derecho y Razón*”. *Op. Cit.* p. 583 y 614. (Énfasis agregado).

⁴⁷ Álvaro FERRANDINO TACSAN y Mario Alberto PORRAS VILLALTA: “*La Defensa del Imputado*”, *Op. Cit.*, p. 286.

puede ser despojado o expropiado de su derecho de defensa, ni siquiera a favor del abogado⁴⁸, lo que no exime al defensor de la correspondiente obligación de persuadir a su cliente sobre las posibles consecuencias de desviarse de la estrategia técnico-defensiva.

8. EL DERECHO DE DEFENSA COMO GARANTÍA DE VERDAD.-

El proceso penal es una forma de conocimiento para determinar la *verdad* sobre la ocurrencia de unos hechos presuntamente punibles y sus supuestos partícipes. Entonces, como «detrás de todo conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder»⁴⁹, en un Estado que se precie de ser democrático y de derecho, que propugne por el respeto de la dignidad y los derechos inherentes a la condición humana, no es posible disociar –legítimamente– en la búsqueda de la verdad las garantías de su control.

Sin embargo, las concepciones *inquisitivas* implantaron la idea de que el fin del proceso penal es la búsqueda de una verdad objetiva, *histórica, material, sustancial, real* o más descriptivamente –en palabras de Luigi Ferrajoli– «*una verdad absoluta y omnicomprendiva en relación a las personas investigadas*», que se delega monopolíticamente en el tribunal. Así, toda la mecánica del proceso inquisitivo se desarrolla en base a la búsqueda de un resultado sin reparar en los medios para obtenerlo: la condena del imputado, quien es considerado un objeto conocimiento y la defensa se concibe como un formalismo más para legalizar un juicio y alcanzar ese resultado (Cf. Arts. 35, 37, 87, 221, 226, 227 y 231 Código de Procedimiento Criminal –CPCrim).

⁴⁸ Víctor MORENO CATENA: “*Las Diligencias de Investigación...*”, *Op. Cit.* p. 395.

⁴⁹ Michel FOUCAULT: “*La Verdad y las Formas Jurídicas*”. *Op. Cit.* p. 59.

Afirmar «que el descubrimiento de verdad real» u objetiva «sea un fin institucional del proceso penal» implica que «si ello no se lograra habría que aceptar su fracaso como institución... Aquel no existe para descubrir la verdad cualquiera que sea, sino para determinar si es posible que el juzgador logre un convencimiento sobre la *verdad de la acusación*, fundado en pruebas y explicable racionalmente»⁵⁰. Es más, la verdad de una argumentación o proposición empírica (como el hecho objeto del proceso) no pasa de ser un contingente, o sea, relativa al estado de los conocimientos que se tiene de ellos en un momento determinado, se habla de la verdad por lo que se sabe, lo que no excluye el error, más aún cuando hay zonas de la verdad que probablemente nunca se lleguen a conocer.

Así, el modelo garantista propone una nueva concepción de verdad, «que busca la reconstrucción del hecho. Pero ya no desde la posición monopolítica del juez, sino a partir del contradictorio entre los sujetos procesales: acusación y defensa»⁵¹: *nulla iudicium sine acusatione* (Cf. Art. 12, 22, 286, 294, 299 y 318 CPP). La verdad que busca el proceso penal es una verdad *aproximativa* o *relativo-objetiva*: una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones (*nulla acusatio sine probatione*) y condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa (*nulla probatio sine defensione*). La *defensa*, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el principal control de la prueba en el acusatorio: no es atendible ninguna prueba hasta tanto no se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas⁵². La prueba, además, debe ser obtenida de una forma legítima –*exclusiones probatorias*– y se halla

⁵⁰ José Ignacio CAFFERATA NORES: “Proceso Penal y Verdad Histórica” en “Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal”, *Op. Cit.*, p. 118.

⁵¹ Alejandro RODRÍGUEZ BARRILLAS: “Verdad, Epistemología Procesal y Sistema de Garantías”, en Alberto BINDER y Silvina RAMÍREZ (coordinadores académicos): “Manual de Derecho Procesal Penal”. Tomo I. Editorial Serviprensa. Guatemala, 2003, p. 72.

⁵² Cf. Luigi FERRAJOLI: *Op. Cit.* ps. 45, 546 y 613.

sujeta a un examen lógico y crítico que se materializa en la motivación de la sentencia (Cf. Arts. 24, 26, 107, 166, 172 y 334 CPP).

No siempre va a ser posible llegar a *esa* verdad, sin que por ello se hayan frustrado los fines del proceso. Como en los sistemas jurídicos del mundo civilizado al imputado se lo presume inocente, no hace falta que el proceso verse sobre la inocencia, sólo para *condenar* es imprescindible una verdad y convencimiento pleno, más allá de toda *duda razonable*: «verdad pura y dura, que ponga el cimiento de la sentencia y acredite, ante los ojos de todos, la legitimidad del proceso y la justicia de... la condena»⁵³, en caso contrario, se afianza la inocencia del imputado, que permanece incólume a lo largo de todo el proceso (Art. 11 Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDH, XXVI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –DADDH, 14.2 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos –PIDCP, 8.2 CADH, 14 CPP).

9. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO COMO MEDIO DE DEFENSA.-

Aun cuando subsiste un debate en torno a la naturaleza procesal de la declaración del imputado –medio de prueba o medio de defensa⁵⁴–, en principio, se debe colegir en que es un medio de defensa que permite al imputado ejercer su derecho a ser oído frente a la acusación existente y de introducir información que se considere pertinente para su defensa.

Así, ejercitará o no dependiendo de las expectativas del caso concreto, previo análisis de la situación con su defensor para evaluar su conveniencia. Si decide declarar, la *presencia activa del abogado* toma obligatoriedad para su validez y, como no está obligado a declarar

⁵³ Sergio GARCÍA RAMÍREZ: “*Algunas Cuestiones del Proceso Penal*”. Op. Cit. p. 17.

⁵⁴ Eddie ALVARADO VARGAS: “*La Declaración del Imputado: un Medio de Defensa o un Medio de Prueba*”, Revista “*Ciencias Penales*”. Costa Rica. Año 5, N° 7, 1993. [online] <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/alvar07.htm>

contra sí mismo, su silencio jamás puede valorarse en su contra: principio de *no autoincriminación* (Arts. 8.2.i CRD, 8.2.g CADH, 14.3.g PIDCP, 13 CPP).

Siendo la declaración una facultad del imputado y no un deber –como es el caso de los testigos– no tiene que coadyuvar en la investigación de la verdad de la acusación, ni puede extrapolarse en la introducción de información relevante para el acusador, sino que él mismo dispondrá si quiere o no colaborar con su contrario para declarar, no como un mero objeto en el proceso, sino más bien como sujeto procesal con las mismas facultades formales que el acusador para indagar en procura de la verdad.

Aunque el imputado no tiene la obligación de decir la verdad ni porqué cooperar con la investigación del ministerio público, no se trata del mal llamado «*derecho a la mentira*», como acertadamente sostiene Claus Roxin, sino que «*el privilegio de favorecimiento personal (encubrimiento de sí mismo), concebido sólo para su persona, que lo ayuda a que no se le aplique una pena, reside en el plano de la exculpación excluyente de punibilidad (que en este caso conduce a la atipicidad), no el plano de la justificación*»⁵⁵.

Asimismo, no puede afectarse su voluntad y libertad decisoria, por lo que resulta prohibida toda coerción que elimine su *juicio* o *raciocinio* penetrando en las interioridades de su persona para extraer información: detector de mentiras, hipnosis, sueros de la verdad, alucinógenos, maltratos corporales, etcétera (*Véase*, Art. 13, 95.6, 103 y 107 CPP). Es necesario «evitar que una declaración coacta del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra»⁵⁶, por lo que «la declaración del imputado, en tanto órgano de prueba,

⁵⁵ Claus ROXIN, Gunter ARZT y Klus TIEDMANN: “*Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*”. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1989, p. 136.

⁵⁶ Julio B. J. MAIER: “*Derecho Procesal Penal*”. *Op. Cit.*, p. 595.

debe ser rodeada de fórmulas garantistas, que hagan de ella un verdadero mecanismo de defensa»⁵⁷.

Sin embargo, el imputado conserva la facultad de confesarse culpable, a partir exclusivamente de su voluntad, no por presiones, disuasiones o injerencias externas, con la evidente asesoría previa de su defensor y, además, si se respetan las garantías que la rigen nada impide que su declaración pueda ser valorada para fundar juicios o decisiones en la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, incluso como elemento de incriminación en el marco del análisis de la prueba lícita disponible.

5. LA IGUALDAD Y EL DERECHO DE DEFENSA.-

El reconocimiento de la *igualdad* como valor iusfundamental representa uno de los mayores logros en la historia de la humanidad: significó la asignación del mismo abanico de derechos a todos los individuos, sin distinción de sexo, edad, raza, etnia, religión, procedencia, opinión política, nivel socio-económico u otra condición diferencial, tomando como fundamento la dignidad inherente al ser humano (*Art. 1 DUDH*). Así que, la igualdad «consiste precisamente en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás» (*unicidad e irrepitibilidad*), «y de cada individuo una persona como todas las demás»⁵⁸ (*unidad de naturaleza del género humano*).

La primera concreción jurídica de este valor es el principio de igualdad ante la ley (*Art. 8.5 y 100 CRD, II DADDH, 1.1 CADH y 2.1 PIDCP*), que en cuanto derecho fundamental, obliga a un tratamiento no discriminatorio de origen legal (igualdad formal), así «no es

⁵⁷ Ana Isabel GARITA VÍLCHEZ: “*La Defensa Pública en América Latina...*”, *Op. Cit.* p. 78.

⁵⁸ Luigi FERRAJOLI: “*Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*”. Editorial Trotta. 6ª edición. Madrid, España, 2004, p. 906 y ss. (Énfasis añadido).

admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza», pero el reconocimiento de la existencia de «ciertas desigualdades de hecho» que obstaculizan el pleno desarrollo de la persona humana permite que, en pos de su mitigación, «legítimamente» puedan (o, más bien, deban) «traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico», con lo que se abre paso a una posible igualdad por compensación, para la defensa legal de los más débiles⁵⁹.

Esta igualdad ante la ley sería inefectiva si no viniere respaldada, como corolario obligatorio, del correspondiente principio de *igualdad ante los tribunales* (*Art. 14.1 PIDCP*) que, restringiéndonos al ámbito penal, implica primordialmente: un acceso efectivo a la justicia de todos los ciudadanos (víctimas e imputados), en procura de la tutela de los derechos conculcados y la defensa de sus pretensiones (*Art. 10 DUDH*); la prohibición de hacer excepciones (privilegios, prejuicios o discriminaciones) por razones exclusivamente personales, respecto a la persecución y encauzamiento de la acción penal y la decisión jurisdiccional; la paridad de armas entre las partes envueltas en el proceso, a fin de que tengan la misma posibilidad –efectiva– de hacer valer sus pretensiones (*Art. 12 CPP*).

La «igualdad de armas» implica que, desde el plano estrictamente normativo, las partes «dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación»⁶⁰, y que el proceso se desarrolle como un «choque de posturas equivalentes», que han de ser «ponderadas de la misma forma y magnitud, no con imposición de una parte sobre la otra»⁶¹,

⁵⁹ Cf. Corte I.D.H.: “*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*”. OC-4/84 del 19 de enero del año 1984. Párrs. 55-56.

⁶⁰ Tribunal Constitucional Español. Sentencias 66/1989 de 17 de abril 1989; 90/1994 de 17 de marzo 1994; 76/1999 de 26 de abril 1999; 178/2001 de 17 de septiembre 2001.

⁶¹ Verónica LÓPEZ YAGÜES: “*Imputación Penal y Nacimiento del Derecho de Defensa*”. Op. Cit.

asegurando así «una igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario»⁶².

Este principio –*vital para todo tipo de procesos*– adquiere en el proceso penal su mayor relevancia, debido a la naturaleza de los conflictos que en él se ventilan y la diferente posición –en capacidad y poder– de las partes que en él convergen, lo cual evidencia una *desigualdad estructural*, porque el Estado cuenta con toda una *superestructura* para la persecución y represión de los ilícitos penales, mas no proporciona al imputado, en la misma intensidad, los medios y recursos suficientes para el ejercicio de su defensa, «lo que plantea un escenario» habitual «que viola *el principio de ‘igualdad de armas’*», que «es *consustancial con el derecho de defensa*»⁶³.

Es así que, como subraya la Corte Interamericana, «para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas»⁶⁴.

⁶² José Ignacio CAFFERATA NORES: “*Proceso Penal y Derechos Humanos*”. *Op. Cit.* p. 27.

⁶³ Eric RAFUL y Francisco CHAMORRO: “*El Desarrollo del Proceso*”, en AA. VV. “*Constitución y Garantías Procesales*”. *Op. Cit.* p. 250.

⁶⁴ Corte I.D.H. OC-16/99 de 1 de octubre del año 1999. Párr. 119.

Esos «*medios de compensación*», no son más que garantías específicas destinadas a la protección de la parte en desventaja que, normalmente en el proceso penal, es el imputado, (agravado al extremo cuanto se trata de una persona sin recursos económicos ni preparación académica). Es así que, son «los jueces» quienes tienen la *obligación positiva* de «allanar todos los obstáculos que impidan o debiliten la vigencia» o efectividad del principio de igualdad entre las partes (*Art. 12 CPP*). Sin embargo, algunas de las vulneraciones más cotidianas son las desigualdades de trato imputables a las propias autoridades jurisdiccionales, que consustanciados con la búsqueda de la verdad real (en remembranza al *Art. 231 CPCrim*) los jueces terminan coadyuvando o, al menos, tolerando actuaciones arbitrarias de los funcionarios de acusación e investigación públicos, ni qué decir de las discriminaciones: «pobres y ricos son dos realidades brutales que hacen diferencias al momento del enjuiciamiento de conductas»⁶⁵.

10. IMPORTANCIA DE LA DEFENSA PÚBLICA EN UNA SOCIEDAD DESIGUAL.-

Es una realidad indiscutida que el sistema penal opera de manera selectiva. Los más propensos a caer en *sus redes* son los grupos más vulnerables, los *marginados y desherados sociales*, quienes debido a su propia condición carecen de los recursos básicos que le permitan acceder los medios jurídicos de defensa. Así, estigmatizados como los únicos delincuentes, el «*chivo expiatorio*» de una sociedad excluyente, fichas indefensas en un juego de mesa, son encarcelados casi automáticamente, como si la pobreza en sí misma sea un peligro de fuga. A contrario, en los pocos casos en que se selecciona un comerciante o político importante, se observa un trato disímil, ofreciéndole privilegios y reverencias cual si fueran patriotas sacrificados, los medios de comunicación deslegitiman políticamente la persecución del

⁶⁵ Luis SCHEKER ORTIZ. “*EL Proceso Debido*”. Opinión Periódico Hoy. 6 de enero del año 2005.

ministerio público y los abogados se inventan *teorías conspirativas* para eximirles de responsabilidad⁶⁶.

Los derechos sólo viven en papel si las personas, individual o colectivamente afectadas, no cuentan con los *medios materiales* (asesoría jurídica y apoyo económico) que le permitan acceder a la justicia y encontrarse en situación adecuada para plantear la defensa de los mismos⁶⁷. Es que, como se expuso en el Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005, «ser pobre, vivir en un barrio marginal, tener dificultad en el acceso a una adecuada formación educativa, disponer de bajos niveles de ingresos para llevar a cabo una vida digna, son situaciones que se agravan por el hecho de que ellas determinan una desventaja en relación a las posibilidades de hacer valer los derechos que para todos reconocen por igual la Constitución y las leyes»⁶⁸.

Esta triste realidad que viven día a día amplios sectores de la sociedad dominicana, hace impostergable un replanteamiento del tradicional esquema abstencionista con que se enfoca el acceso a la justicia, en procura de una justicia efectiva más humana, que reconozca esas diferencias y trate de compensarlas, en garantía de un acceso real a la justicia de todos y todas, sin discriminación⁶⁹, lo que conecta directamente con los *principios de igualdad* (Arts. 8.5 y 100 CRD) y *gratuidad de la justicia* (Art. 109 CRD).

No puede existir ninguna discusión seria sobre el respeto del derecho de defensa, de la reforma del sistema de justicia penal o el Estado de Derecho si no se asume como un problema

⁶⁶ Cf. Eugenio Raúl ZAFFARONI et. al: "*Derecho Penal. Parte General*". *Op. Cit.* p. 9 y ss.

⁶⁷ Héctor FIX-ZAMUDIO: "*Eficacia de los Instrumentos Protectores de los Derechos Humanos*". Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Tomo II. UNAM. México, D.F., 2002, p. 15 [online] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=derint&n=2>

⁶⁸ Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo (PNUD). Sinopsis del "*Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005*", p. 23. [online] <http://portal.onu.org.do/contenidos/archivos/INDH%20RepDominicana%202005%20-%20Sinopsis.pdf>

⁶⁹ Cf. Rosalía SOSA PÉREZ: "*¿Por qué la Defensa Penal?*" Gaceta Judicial. Año 6 No. 130. Abril -2002, p. 33.

vital el desarrollo de un Servicio de Defensa Pública que garantice el acceso a la justicia de esos tristemente célebres «*culpables sin ser condenados*» –son palabras de Rosalía Sosa–. Es preciso superar la concepción tradicional que indica que la defensa pública es subsidiaria del sistema de defensa construido sobre la base del defensor privado o de confianza, para reflexionar sobre una visión realista donde la gran mayoría no pueden elegir defensor debido a su condición económica.

Es imperativo reconocer que el derecho de defensa implica para el Estado no sólo el reconocimiento de facultades que habilitan su ejercicio (*garantías de libertad*), sino también la obligación de crear mecanismos destinados a proporcionar una defensa técnica efectiva (*garantías de prestación*), porque éste es un «servicio público imprescindible»⁷⁰ que debe alcanzar al menos toda infracción que pueda conducir a la privación de libertad u otra grave disminución de los derechos de la persona, cualquiera que sea la denominación de la infracción⁷¹. Toda persona sujeta a persecución penal debe beneficiarse del mismo, sea que no elija defensor de confianza y, especialmente, quienes no tengan recursos económicos para asistirse de un defensor privado. La Defensa Pública no es una caridad ni favor al imputado, sino una garantía de prestación para efectivizar el fundamental derecho de defensa.

Así las cosas, «uno de los puntos donde el sistema garantista fracasa rotundamente es, precisamente... la prestación de la defensa pública. Si se tiene en cuenta que debido a la selectividad con que generalmente operan los sistemas penales, la gran mayoría de los imputados son pobres, carentes de recursos o con una imposibilidad estructural de tomar a su cargo la propia defensa», «se puede afirmar que... en la medida en que no exista un auténtico

⁷⁰ Julio MAIER: “*Derecho Procesal Penal*”. *Op. Cit.* p. 551.

⁷¹ Ana Isabel GARITA VÍLCHEZ: “*La Defensa Pública en América Latina*”. *Op. Cit.* p. 134.

servicio de defensa pública eficaz, el proceso penal está siempre bajo la sospecha de ilegitimidad»⁷².

Además, el servicio público de defensa coadyuva a la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos; genera desde el propio Estado críticas al sistema de justicia y presenta estrategias de oposición a la selectividad, violencia, desigualdad, injusticia, que pueden surgir del ejercicio de la autoridad pública si no encuentran contrapeso⁷³. Es entonces un órgano de control ante la arbitrariedad y corrupción estatal que permite la efectivización y humanización de la administración de justicia⁷⁴.

11. *A MODO DE CONCLUSIÓN.-*

En una sociedad globalizada donde emergen formas protectoras de los derechos humanos que superan fronteras e ideologías (*internacionalización*), la República Dominicana avanza hacia el fortalecimiento del Estado constitucional de Derecho, rescatando *principios, derechos y garantías* que aunque consagrados de antaño en la Constitución, habían quedado desvinculados del quehacer jurídico ordinario (*constitucionalización*). Así, nutriéndose de ambas fuentes normativas (*bloque de constitucionalidad*), se está evolucionando hacia un proceso integral de reforma en el *sistema de justicia*, llamado a tutelar y garantizar el goce efectivo de los derechos, reforzando la idea del *respeto a la dignidad humana* –fundamento de los derechos fundamentales– como valor inalterable que constituye el fin mismo del Estado y por lo tanto límite infranqueable al ejercicio de sus poderes.

⁷² Alberto BINDER: “*Introducción al derecho Procesal Penal*”, Editora Ad-Hoc. Buenos Aires, 2004, ps. 160-161.

⁷³ Roberto MADRIGAL ZAMORA: “*Por quien merece amor (De la Defensa Pública como posición política)*”. Revista Defensa Pública de Costa Rica. No. 4. San José. Febrero del año 2005. p. 100-106

⁷⁴ Gabriela VÁZQUEZ SMERILLI: “*Diagnóstico sobre el programa penal ordinario de la Defensoría Pública. Lineamientos para su reorientación*”, Bogotá, Colombia, 2002. p. 41.

Como el sistema penal es el terreno donde con mayor intensidad y violencia se manifiesta el poder estatal y, por ende, donde existe el mayor riesgo de afectación a la dignidad humana, habrá de otorgarse al imputado las posibilidades de descargo, oportunidad de ser oído y medios para oponerse idóneamente a la acusación especialmente la designación de abogado defensor, privado o público (*derecho de defensa*), única forma de limitar el ejercicio arbitrario de ese gran poder estatal.

Sin embargo, lejos de cualquier referencia salvífica de tipo normativo, lo importante es que los operadores judiciales asuman el derecho de defensa como una cualidad inalterable, que la práctica lo absorba, que cada actuación procesal le atienda y, en caso contrario, que los jueces estén prestos a declarar la nulidad o invalidez de los actos que lo vulneren, así como a imponer las sanciones correspondientes a quienes sean responsables de esas vulneraciones. Se debe superar la exégesis legal e instaurar una verdadera cultura de la constitucionalidad que erija al ser humano en el centro de atención de la actividad del Estado.