

Busso, Ariel David

Consideraciones acerca de la defensa de los derechos

Anuario Argentino de Derecho Canónico Vol. XVII, 2011

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Busso, A. D. (2011). Consideraciones acerca de la defensa de los derechos [en línea], *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 17. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/consideraciones-acerca-defensa-derechos.pdf>

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS

Ariel David BUSO

*SUMARIO: La institución del derecho natural en el ordenamiento canónico. El derecho natural es la fuente subsidiaria del derecho positivo. La defensa ayuda también a distinguir las leyes justas de las injustas y las derivaciones interpretativas de las mismas. El derecho a la equidad canónica. La equidad en el derecho. La función de la equidad en la interpretación de las leyes. El *aequum* en el procedimiento canónico. La defensa y su tutela efectiva. Los límites de la defensa en el proceso penal extrajudicial. El derecho de defensa en lo establecido por el canon 1720. Consideraciones finales*

“Cuando hice mi primera defensa nadie me acompañó, sino que todos me abandonaron. ¡Ojala no les sea tenido en cuenta!” (2 Tim 4, 16)

LA INSTITUCIÓN DEL DERECHO NATURAL EN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO

Aunque en las leyes positivas existan una *lacuna iuris* acerca del cómo y de cuándo se deben ejercitar el derecho de defensa en cada una de las situaciones concretas, las leyes de la naturaleza no dejan de elevar los principios por los cuales las normas concretas se rigen.

La presente consideración al comienzo del desarrollo de este delicado temario no es menor. En los últimos tiempos con respecto al ejercicio de la defensa, sobre todo en los procedimientos administrativos en la búsqueda

da de la justicia y ante la existencia de enormes dificultades, subsisten algunas deficiencias llamativas. El silencio normativo no excusa la natural protección de los derechos. La ley lo ampara en el “fuero eclesiástico competente”, pero aclarando que siempre es *ad norma, iuris*¹. Como el principio enunciado tiene sus límites es necesario por ello recordar la naturaleza misma de las cosas también en este orden.

EL DERECHO NATURAL ES LA FUENTE SUBSIDIARIA DEL DERECHO POSITIVO

Ninguna ley concreta puede tener detrás a todos los derechos que la realidad de la vida continúa poniendo en primer plano, siempre de modo diferente. Los jueces ven cada día pasar delante de sí una serie de situaciones diferentes unas de otras y no todas pueden regularse por el derecho positivo. En estos casos el derecho natural actúa como fuente subsidiaria o suplementaria, es decir, como medio para integrar un sistema y colmar las inevitables lagunas.

Para resolver lo que los juristas suelen llamar *lacuna legis*, es necesario aplicar el método de la analogía de la ley, que las resuelve con la búsqueda de los principios no escritos. Esto sucede en todos los casos en que la ley atribuye un “poder discrecional al juez”, y que se usa concretamente aplicando la prudencia al derecho *-iuris - prudentia-*. Se trata de la nobleza de la función judicial que pone en acto lo abstracto y la potencia de la ley.

Esa prudencia debe provocar la equidad, es decir aquello que es justo más allá de lo que está escrito o determinado, para poder dar solución a un hecho sobre el cual no existe la regulación perfecta en una ley escrita. Los juristas romanos, en sus sentencias, recurrían a menudo a la *aequitas* o al *ius naturale* o a la *humanitas* y a la *benignitas* como temperancia y limitación de la uniformidad del derecho positivo, para que el derecho que se aplicaba no resultara inhumano, cruel o equivocado. De allí, el aforismo antiguo *summum ius, summa iniuria*.

En muchos casos, el juez era invitado por la ley misma, a decidir sobre la base de la equidad o de la justicia en el caso concreto. Esto se veri-

1 Cf. Can. 221§1.

ficaba, por ejemplo, en las *actiones in aequum et bonum conceptae*, mediante la fórmula: *quantum ob eam rem aequum iudici videbitur* u otra similar. El juez era así llamado a decidir *praeter legem* acerca de casos que no podrían juzgarse por reglas comunes o ya establecidas, porque, de otro modo, se hubieran expuesto a no poder ser juzgadas.

Esto sucede también ahora en el derecho y en los procedimientos penales canónicos, en los cuales se deja al juez la determinación concreta de la pena: *iusta poena punire potest* o cuando manda *iusta poena puniatur*. También cuando se le concede al reo una pena regulada entre el máximo y el mínimo fijado por el legislador. La evolución jurídica, con la legislación escrita, trata de fijar toda la parte del derecho que sea posible, pero tiene que dejar una gran parte a la conciencia moral del que está llamado a juzgar, ya que existen a veces más excepciones que reglas.

No todo puede adecuarse con regulaciones fijas, rígidas, cristalizadas, como lo son todas y cada una de las normas del derecho positivo.

Ninguna impostación legislativa puede impedir o quitar al juez la facultad de juzgar, en determinados casos, según la razón jurídica natural, es decir según su propia conciencia, que es un presupuesto de fundamento intrínseco del derecho. Ya Aristóteles, desde su constatación de que no existe derecho positivo perfecto, había acudido al principio de “equidad” como una apelación a lo que es justo más allá de la ley escrita. La ley es norma general, por eso presenta necesariamente imperfecciones, no pudiendo adaptarse en todos los casos, a la vida práctica. La equidad exige la superación de las imperfecciones del derecho “formal” mediante el contenido del derecho “natural”.

En el ámbito del derecho canónico estos principios tienen aplicación continua, sobre todo en el campo del derecho procesal, especialmente en algunos procesos especiales y, fundamentalmente, como ya se ha dicho, en el penal. En el ámbito del proceso extrajudicial, en muchos momentos, deberá ser el mismo juez –o en la investigación previa el mismo investigador– quien deberá usar este principio para llegar a la dialéctica justa entre el acusado y el acusador. Otras veces será la defensa quien tome la iniciativa, esperando que quien juzga se avenga a no seguir la letra de la ley únicamente que, por otra parte en éste ámbito dice muy poco.

“Creonte: Tú, que inclinas al suelo la cabeza, ¿confiesas o niegas haber sepultado a Polínices?”

Antígona: Lo confieso, no niego haberle dado sepultura.

Creonte: ¿Conocías el edicto que prohibía hacer eso?

Antígona: Lo conocía..., lo conocen todos.

Creonte: ¿Y has osado violar las leyes?...

Antígona: Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la Justicia que tiene su trono en medio de los dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los dioses, puesto que tú eres un simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer; y eternamente poderosas; y nadie sabe cuándo nacieron. No quiero, por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino. Ya sabía que un día debo morir ¿cómo ignorarlo? aun sin tu voluntad; y si muero prematuramente, ¡oh! será para mí una gran fortuna. Para los que, como yo, viven entre miserias innumerables, la muerte es un bien”².

Sófocles escribe, en la tragedia de Antígona, que ésta se rebela ante las órdenes del tirano Creonte, que le prohíbe enterrar a su propio hermano porque tales órdenes eran contrarias a las “leyes no escritas de los dioses”. Defiende la naturaleza misma de la cosa, aunque carezca de redacción legal.

LA DEFENSA AYUDA TAMBIÉN A DISTINGUIR LAS LEYES JUSTAS DE LAS INJUSTAS Y LAS DERIVACIONES INTERPRETATIVAS DE LAS MISMAS

Entre las valoraciones de la conciencia humana delante de las leyes y de los hechos individuales y sociales, se encuentra la acción de calificarlos como justos e injustos. Eso demuestra que la autoridad humana no posee poderes ilimitados, sino poderes circunscriptos por el fin intrínseco de la sociedad, que es el bien común, y de las leyes de justicia natural que le son inmanentes.

Los preceptos jurídicos para que se demuestren fundados, deben referirse a algún criterio superior de justicia, es decir deben ser conformes a la razón. El derecho existente de hecho debe ser también el derecho de lo que “debe ser”. La “conciencia jurídica”, tantas veces reclamada, no es creado-

² SÓFOCLES, *Antígona* (a. 442 a.C).

ra del derecho, sino una indicación para que un determinado hecho sea reconocido como una cosa que debe ser. Por esto mismo, es posible afirmar que el derecho existe antes que los juristas y que los mismos filósofos del derecho. No son ellos quienes han creado el derecho, sino que porque existe el derecho existen los juristas, la jurisprudencia y la misma filosofía del derecho. De allí que pueda concluirse que, en general, y de algún modo, todos los hombres son juristas natos del derecho natural.

El juicio sobre la justicia o injusticia de una ley o de su claridad o no al redactarla, equivale a una superación de la pura constatación empírica y del simple juicio existencial, para ascender a un juicio valorativo ético. Por eso, se puede decir con Carnelutti que “la justicia es como la belleza: probablemente posea algo de divino pero que nosotros tratamos de encerrarla en la forma humana. Las leyes valen en cuanto que son justas, como las monedas valen o deberían valer en cuanto que son metales nobles con los que están compuestas; una sentencia es justa cuando es conforme a la regla del derecho. Pero la regla del derecho, a su vez, ¿cuándo es justa? Aquí no hay otro camino de salida que postular una regla superior a la regla del derecho”³.

La ley es justa no porque es sancionada por el legislador o porque es conforme a un criterio individual o del momento, sino que lo es porque el mismo legislador hace su propia referencia a algo que está “más allá o sobre ella”. Por lo tanto no es que “*auctoritas facit legem*”, sino “*veritas facit legem*”, es decir que el fundamento del derecho es la verdad, la justicia, porque constituyen el *iustum* que debe presentarse como *iussum*. Reconocer que el presupuesto de la validez de las leyes consiste en algo que está más allá de la ley misma, es ya admitir una proporción del derecho natural.

Ahora bien, el fundamento del derecho de defensa es la dignidad humana. De aquí surgen otros dos aspectos a tener en cuenta. En primer lugar los valores que esa persona posee, que deberá sopesar con el presunto mal por el cual es acusado y que son el principal objeto del derecho de defensa: el correcto uso de la virtud de la justicia. Y en segundo lugar, la relativización del ejercicio de tal derecho en algunos casos. La reivindicación del propio derecho no constituye siempre un elemento esencial de la conducta cristiana. La prudencia, la paciencia y, sobre todo, la caridad pueden ser mejor mérito que defender un derecho. Sin embargo, la naturaleza

3 F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Padova (1937).

de las cosas, no exige este orden heroico en todos los casos y por eso no puede faltar el orden concreto cuando se instaura una investigación o un proceso.

EL DERECHO A LA EQUIDAD CANÓNICA

La equidad en el derecho

La función de la equidad en la interpretación de las leyes

El carácter genérico del derecho otorga siempre una dificultad continua en la aplicación del derecho mismo. Una vez que es dada la norma, eso no significa todavía otorgar soluciones a los casos concretos que puedan presentarse. Es necesario todavía el trabajo, caso por caso, de llevar la norma abstracta y adherirse a la realidad concreta.

Para que la justa aplicación de la norma se realice, es necesario que, en la búsqueda del significado intrínseco, no se detenga en la letra de la ley sino que la penetre y entienda su espíritu. El significado propio de la norma es, a menudo, superior a la intención de los individuos que la han formulado. Cuando se pone una norma como obligatoria, resulta imposible prever todas y cada una de las aplicaciones que podrá tener en el futuro.

Además, sería incorrecto considerar el significado de la norma jurídica como limitada a la intención genérica de cada uno de sus autores. Basta observar, como ejemplo, a las controversias que nacieron de los descubrimientos e invenciones más recientes (electricidad, aviación, actividades espaciales, etc.) y que pueden, y son efectivamente resueltas, según los principios generales del derecho romano, redactados muchos siglos antes de pensar siquiera en la aparición de ellos.

La dispensa o “relajación de la ley meramente eclesiástica en un caso particular”⁴, también sobrepasa claramente la mente genérica del legislador eclesiástico y mucho más la del legislador común. La dispensa, como institución típica de la legislación canónica, se funda específicamente en el principio de equidad. Supone la generalidad de la norma jurídica y la posibilidad de una tensión entre esa regla general y el caso concreto.

4 can. 85.

En el derecho canónico, la equidad no es sólo un principio de interpretación de la ley, sino de su misma aplicación que exige la observancia de aquella parte de la norma aplicada al caso particular. La dispensa deja abierta la oportunidad de la suspensión de la fuerza vinculante de la ley en casos singulares por medio de una disposición administrativa. La ciencia del derecho canónico conoce también hasta la presunción de la dispensa. Algunos opinan, sobre esta base, que la equidad no es otra cosa que una dispensa presunta⁵.

El jurista, como debe profundizar la norma de todo lo que ella virtualmente contiene, debe hacerlo, también, con el caso concreto en el que la norma se debe aplicar. En cada caso particular debe subrayar lo que es esencial y jurídicamente relevante de aquello que no lo es. Es en este campo donde el sentido jurídico se ejercita específicamente. La aplicación puramente mecánica desnaturalizaría el derecho, llegando algunas veces a consecuencias absurdas a aquello que los romanos advertían cuando decían que *summum ius summa iniuria*. De allí la necesaria presencia de la equidad.

Aristóteles, en la ética a Nicómaco, concibe a la equidad –*epiqueia*–⁶ como un correctivo de la generalidad de la ley, es decir como una especie de justicia mejor que la justicia legal, ya que ésta, debido a su carácter genérico, no puede siempre perfectamente adecuarse a cada uno de los casos posibles.

Se ha hecho notar que el concepto griego de *epiqueia* no es idéntico al concepto romano de *aequitas*. El primero significa conveniencia, por lo tanto mitigación; el segundo denota igualdad, por lo tanto, exactitud en la actuación de la justicia. Pero también en este segundo concepto, los casos no iguales deben tener un tratamiento no igual, y la norma debe ser adaptada a la realidad. Hay mucho para decir sobre la defensa en esta aplicación, sobre todo porque en la redacción de las normas, la acusación tiene mayor espacio y mejor delimitación.

En el acto de la aplicación, la norma debe adaptarse a la figura del caso. De esta forma, la *aequitas* no induce a desfigurar la norma del dere-

5 Cf. A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, Malinas-Roma (1930) n 292, citado por P. Erdö, en *Teología del Derecho canónico*, Torino (1996) p. 157.

6 En griego *epiikes* quiere decir lo que es conveniente o decente, de *epi* que significa sobre, y de *ikos* que quiere decir obediente, porque en medio de la *epiqueia* se obedece de modo más excelente, observando la intención del legislador donde disuenan las palabras de la ley.

cho, sino simplemente a que se conforme a las distintas contingencias del hecho, de manera que corresponda a su oficio y a su fin.

Allí donde la norma falta o no es clara, el nombre de la *aequitas*, hace valer incluso la exigencia para que el juez encuentre una nueva norma, adecuada al caso no previsto por el legislador o que pueda interpretarla lo más prudentemente posible.

Un cierto espacio al prudente arbitrio del juez ha estado siempre reconocido. El ejemplo más claro se dio en el mundo romano. El Pretor tuvo, dentro de ciertos límites, una facultad casi legislativa, en cuanto podía, con su edicto, determinar los criterios que se plasmarían en su sentencia. En nuestros días, establecida la distinción entre los poderes legislativo y judicial, no se podría admitir semejante facultad en el juez. Pero no obstante permanece una cierta libertad, llamada “poder discrecional del juez”.

La equidad canónica en la interpretación y en la aplicación de la ley, es particularmente importante en el derecho canónico, no solamente en la institución de la dispensa. Hay varios ejemplos de ello como el de la interpretación de la ley que hacen los jueces o los organismos administrativos, que es reconocida con las debidas restricciones⁷. También, cuando no hay ley aplicable al caso, se acude a las fuentes del derecho supletorio, haciendo una especial mención a la *aequitas*⁸.

El juez eclesiástico advierte que algunas normas, formadas en un ambiente sociológicamente menos dinámico, ya no pueden resolver los conflictos tales como se plantean en la actualidad. Tropieza con el principio *Judex ius dixit, non facit*, pero como bien afirma García Faílde “el juez no es un robot, sino una persona competente y libre que interpreta y aplica la ley. El juez *non facit ius*, pero completa la obra del legislador dándole vida concreta a la norma abstracta mediante la interpretación y la aplicación que debe hacer según su prudente criterio. Esta libertad interpretativa y aplica-

7 Cf. can. 16§3: “Pero la interpretación hecha por sentencia judicial o acto administrativo en un caso particular no tiene fuerza de ley, y sólo obliga a las personas y afecta a las cosas para las que se ha dado”.

8 Cf. can. 19: “Cuando, sobre una determinada materia, no exista una prescripción expresa de la ley universal o particular o una costumbre, la causa, salvo que sea penal, se ha de decidir atendiendo a las leyes dadas para los casos semejantes, a los principios generales del derecho aplicados con equidad canónica, a la jurisprudencia y práctica de la Curia Romana, y a la opinión común y constante de los doctores”.

tiva de la ley es un presupuesto de su obligación de no inhibirse en una causa porque la norma invocada sea deficiente u obscura y de su obligación de verificar si lo concretamente alegado por el actor se corresponde con lo abstractamente establecido en la ley”⁹.

El recurso a la equidad canónica o *virtus qua animus inclinatur ad humanam iuris applicationem* es, en materia procesal, incluyendo el penal administrativo, frecuentemente obligado para que la decisión que se tome sea humana y justa.

Resumiendo, puede decirse que la equidad, primero: servirá al juez eclesiástico para descubrir el contenido implícito en la norma general y que no se encuentran expresamente formuladas; segundo: otorgará a la norma que ha sido formulada, pero con significado dudoso, una interpretación de acuerdo con los principios generales o teleología; tercero: tendrá en cuenta la norma general para todos los casos y circunstancias concretas que concurran a donde esa norma se debe aplicar.

Agrega José María Serrano Ruiz, hablando de la humanidad del juez, siguiendo a Riccobono¹⁰, que de acuerdo con la concepción del derecho, *humanitas* es igual a *ars boni et aequi*. Esto sirvió para moderar y superar la rigidez formalística. Además permitía el *ius honorarium* por medio del Pretor que adecuaba la ley a las circunstancias nuevas, imprevistas e imprevistas por la norma. En los últimos tiempos, en materia penal, nos hemos encontrado con situaciones nuevas que hicieron surgir leyes también nuevas a veces tomadas con cierta prisa para la resolución de las mismas o promulgadas por etapas, sucesivamente, abrogando algunas cláusulas anteriores o reformándolas.

La función de la equidad es mejorar la justicia, favoreciendo el bien común y a la sociedad en las relaciones humanas. Si algo que se llama “equidad” produce debilidad en el bien común o perturba el orden social, ya no sería equidad propiamente dicha, sino vicios en la justicia, ya sea por debilidad o por injusticia, según se origine en su defecto o en su exceso, respectivamente.

9 J. GARCÍA FAILDE, *Problemática actual de los tribunales eclesiásticos*, en Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro III, Salamanca (1978) p.150.

10 S. RICCOBONO *Lineamenti della Storia delle fonti é del Diritto Romano*, Milano (1949) pp. 105-106, nota 3.

La equidad es un arte, y lo equitativo en la aplicación de las leyes es una extensión del arte de lo justo o sea del arte del derecho que deberá usar el juez y el defensor principalmente.

EL AEQUUM EN EL PROCEDIMIENTO CANÓNICO

Para mejor comprensión de la aplicación de lo equitativo en el procedimiento canónico, judicial o extrajudicial, se pondrá a consideración algunos principios generales llamados a salvaguardar las exigencias naturales de justicia y que constituyen la base de todo derecho de defensa.

La primera consiste en el conocimiento y en la justa aplicación del principio *ius quia iustum*. Se trata de aplicar correctamente el derecho objetivo. La *norma agendi* es previa a la *facultas* y resulta imposible desarrollar un proceso eficazmente sin tener en cuenta esta prioridad. El juez debe conocer las normas que rigen para aplicarlas en el caso concreto y garantizar de este modo el justo proceso.

Este conocimiento antecede a la acusación y otorga paridad a las partes con todos los requisitos posibles para el proceso justo. Conocer la ley es también compararla con el orden de la naturaleza que antecede a lo escrito, llegar a la inmediatez de su promulgación pero también a usar la pirámide jurídica que se perfecciona con el conocimiento prudencial del derecho.

La segunda es también referida a una responsabilidad del órgano judicial correspondiente. El proceso canónico está originado en el principio de iniciativa, trátase igualmente del público o del privado. Es la consagración del viejo principio *Nemo iudex sine actore*¹¹. En el caso donde el juez puede y debe también actuar de oficio es cuando le corresponde salvar “el bien público de la Iglesia o el bien de las almas” y se trata de una excepción, lo mismo que en la suplencia por negligencia de las partes “para evitar una sentencia gravemente injusta”¹².

Nótese que en todos los casos se trata de la aplicación del derecho natural en orden a la justicia y, por lo tanto, de la aplicación de la debida equidad. El juez es siempre *superpartes*, es decir, sobre el promotor de justicia y el defensor del acusado.

11 Cf. can. 1501.

12 Cf. can. 1452.

Ante este principio no es difícil discurrir que en el proceso administrativo, donde el superior respectivo es juez y parte, la dialéctica acusación-defensa no es plena. De este modo la tutela del derecho de defensa no está plenamente garantizada.

La equidad consiste en estar sobre las partes y no en una de ellas. El mismo que juzga tiene intereses pretendidos pero, a su vez, juzga sobre ellos con todo el ánimo de su voluntad. La psicología del accionante, sus pasiones, sus conocimientos, etc, actúan constantemente no sólo en el acusado sino también en el acusador que en este caso, deberá ser imparcial en sus juicios, especialmente cuando existe discrecionalidad al aplicar la norma. “Tercerizar” un conflicto a resolver, especialmente si es de orden criminal, debe ser un límpido sendero por donde “lo justo” transita equitativamente.

Por todo ello, aplicando este principio, concretamente y por las dos consideraciones anteriores, no conviene, por ejemplo, el nombramiento de tribunales *ad casum*. No se trata de prohibición sino de conveniencia. La razón es doble: primero por el conocimiento y el hábito de juzgar que poseen los jueces estables de un tribunal. Esto no es menor. La *prudentia iuris* no es innata y como toda virtud cardinal en este sentido, se adquiere con la repetición conciente de los actos. Los parámetros de la justicia no consisten únicamente en el conocimiento teórico del procedimiento, que ya no es cosa fácil, sino del hábito de juzgar que se perfecciona cuando la virtud es transformada en arte. La verdadera *ars iustitiae* es el final de un arduo camino que requiere el lento ejercicio de la profesionalidad. La segunda razón es porque un juez nombrado *ad casum* por el mismo que es acusador –el superior competente– puede defender intereses que no son garantías para la defensa del acusado. La transparencia en la aplicación de la justicia debe estar garantizada en todos sus aspectos, también en éste.

Aquí se llega al tercer corolario de la aplicación equitativa de la norma para la defensa: la transparencia del asunto a tratar, incluyendo la investigación previa¹³.

Durante el pedido de investigación (la persona investigada) no es un acusado. *Ex bono et aequo* se debe evitar todo daño posible cuando se instruye la investigación. El investigado debe conocer, a su debido momento, lo que se desenvuelve en torno a él, teniendo en cuenta su condición de persona y la presunción de inocencia que tiene derecho a conservar hasta que

13 Cf. cáns. 1717-1719.

no se prueba lo contrario. Aún en el eventual caso en el que se muestren los indicios de su culpabilidad debe evitarse toda forma de maledicencia. Luego, durante el proceso sobreviniente, la transparencia se plasma cuando el imputado puede defenderse probando. Esto supone un marco organizativo serio, con personas capaces, idóneas y probas. No pocas veces el imputado se encuentra “desarmado” frente a la prepotencia mediática o del mismo acusador público. El derecho de defensa está en conexión directa con la transparencia del Tribunal y de las acciones procesales. Fue el mismo Cesare Beccaria, quien expresó: “¿Quién puede defenderse de la calumnia, cuando ella está armada del más fuerte escudo de la tiranía: el secreto?...”¹⁴

Si el acusado está limitado a conocer determinados actos solamente, no podrá ejercer un verdadero derecho de su defensa. Si bien “la manifestación del nombre” del acusador al imputado no es “necesaria” y “a veces puede resultar nociva”¹⁵, esto vale para situaciones extraordinarias, Por imperio de la ley, se trata de la existencia de motivaciones válidas, caso por caso valorizados por el juez, pero *cauto taten ut ius defensionis samper integrum maneat*¹⁶.

Esta excepción está de este modo expresado, que expresa su extraordinariedad y deja en claro que el conocimiento del nombre del acusador es una garantía natural de la defensa. No es lo mismo que la acusación provenga de una persona libre de sospecha o no, de ánimo en contra o no del acusado. Las circunstancias de la acusación también incluye la calidad del acusador. La negativa de otorgar el nombre del acusante puede traer profundos sufrimientos ulteriores, tanto al acusado como a las víctimas del delito si los hubiere. El imputado, con toda la responsabilidad que le compete también es él mismo un sufriente, en todos los casos, y más aún cuando puede tratarse de injusticias por venganzas o animadversiones personales. *Onus probandi incumbit ei qui aserit*¹⁷ y por eso mismo debe dar sus nombres y mostrarse —salvo la excepción como ya se ha dicho— sin temor, cuando persigue la verdad de los hechos. Juan Pablo II lo confirma al decir que “una persona debe tener el coraje de asumir la propia responsabilidad de lo que afirma y no puede tener miedo, si de veras lo que ha dicho es verdad”¹⁸.

14 Cf. C. BECCARIA, *Dei deliti e delle pene*, Milano (1764) Cap. XV.

15 Cf. *Communicationes*, 12 (1980) p. 194.

16 Cf. can. 1598§1.

17 can. 1526§1.

18 JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota romana*, del 26-I-1989 (AAS 81 (1989) 922-927.

Donde solamente debe existir el secreto es en el órgano mismo donde transcurre el esclarecimiento de la pretensión del acusador. El secreto rige desde la indagación previa y, más aún, durante el proceso. El derecho humano canonizado en el canon 220 se plasma en el canon 1717§2 donde se manda a evitar que se ponga en peligro la fama del investigado. Principio que es permanente y continúa en la fase siguiente, administrativa o judicial. No pocas veces, los medios de comunicación tienen acceso a informaciones sobre hechos y personas antes que o en lugar del investigado o imputado mismos. También la tiranía de los *mass media* influye en el análisis y conclusiones del superior cuando se trata sobre todo de un proceso administrativo que siente el fuerte acoso de la publicidad del presunto hecho.

Se deberá recordar al órgano judicial, a cada momento, el necesario deber de “guardar el secreto de oficio”¹⁹, que se trata de una mayor rigurosidad que el secreto natural y de suyo obliga gravemente en conciencia. En las causas criminales el cuidado debe ser absoluto porque la revelación de materia de juicios siempre implica daño a intereses públicos o privados aunque parezcan inocuas.

Para cerrar este recorrido de corolarios que sustentan el *equus* canónico en el derecho de defensa, no puede dejar de mencionarse la obligación del juez de poseer verdadera certeza moral sobre el asunto. La norma lo refiere así:

“1608 § 1. Para dictar cualquier sentencia, se requiere en el ánimo del juez certeza moral sobre el asunto que debe dirimir.

§ 2. El juez ha de conseguir esta certeza de lo alegado y probado.

§ 3. El juez debe valorar las pruebas según su conciencia, respetando las normas sobre la eficacia de ciertas pruebas.

§ 4. Si no hubiera alcanzado esa certeza, el juez ha de sentenciar que no consta el derecho del actor y ha de absolver al demandado, a no ser que se trate de una causa que goza del favor del derecho, en cuyo caso debe pronunciarse en pro de ésta”.

19 Cf. can. 1055.

Se trata de verdaderas leyes lógicas y morales y de deducciones de datos objetivos. Nunca puede provenir de informaciones privadas que pudiera tener el juez. Si bien es cierto que la certeza moral es más fácil “sentirla” que “definirla”, fue el Papa Pio XII quien otorgó claridad sobre la misma en un discurso a la Rota Romana²⁰.

Allí sostiene que se trata de fundarla sobre un conjunto de datos, no tomados singularmente en modo exhaustivo, sino una valoración complejiva que puedan convencer a “personas competentes y equilibradas”. Supone que no exista duda prudente en una persona idónea de juicio equilibrado.

Esta certeza moral encuentra aplicación también en sede administrativa y especialmente en la redacción de los eventuales decretos. Se trata de una certeza práctica y prudencial pero no excluye el principio de presunción de inocencia del que goza el imputado. La fórmula latina *in dubio pro reo* es una regla de juicio que impone la declaración absolutoria de la culpabilidad. Los cánones no lo enuncian el principio en forma explícita pero pueden considerarse comprendidos al referirse al *onus probandi*²¹ y específicamente al pronunciamiento judicial²².

Al exponer los motivos el juez, *in iure et in facto*, en la parte dispositiva de la sentencia, “motiva” antes la coherencia de sus decisiones y la intrínseca racionalidad de sus conclusiones. Las partes y el eventual Tribunal de apelación deben conocer el iter canónico y prudencial de sus conclusiones y asegurará la certeza moral a la que llegó fundamentada en sus decisiones y motivos atendibles que no admitan prueba contraria.

Sin motivación innecesaria se priva al imputado de revindicar o defender sus derechos *ad normam iuris*²³, además de considerarse un grave defecto deontológico. En el ámbito administrativo penal no es difícil observar que, junto al silencio de algunas pruebas y del nombre de algunos declarantes –v.g. llamados “otros”– no se detallan exhaustivamente todas las pruebas puestas a fundamento de las decisiones conclusivas. Es previsible así que una vez más el derecho de defensa se encuentre dañado.

20 Cf. Del 1-X-1942, en AAS 34 (1942) pp. 338-343.

21 Cf. can. 1526§1.

22 Cf. can. 1608.

23 Cf. can. 221§1.

El derecho a la propia información es una carga que lleva el juez haciendo conocer los hechos deducidos en el juicio, imponer sobre las pruebas, dar a conocer sus decisiones.

LA DEFENSA Y SU TUTELA EFECTIVA

Como ya se afirmó, el derecho de defensa es uno de los derechos fundamentales del hombre basados en su propia naturaleza. El reconocimiento de ese derecho queda claro en el canon 221§1. Juan Pablo II lo reafirma al decir que “la reflexión sobre el derecho natural se acerca siempre más a su fin cuando reconoce en el hombre su cualidad de persona”²⁴.

Ahora bien, el reconocimiento no es completo sin una adecuada tutela. Lo más idóneo que puede pensarse, basado en el derecho natural, es un juicio “a norma del derecho” que, por otra parte también corresponde a la exigencia del bien público de la Iglesia.

El proceso justo es el camino obligado para la administración de la justicia. Sólo así podrá concluirse *quod iustum est*.

El canon 221 enuncia tres derechos sustanciales y procesales: “reclamar legítimamente sus derechos” (§1), ser juzgados “según las normas jurídicas” aplicadas con equidad (§2) y ser respetados a través del principio de legalidad (§3). Convengamos que, aunque después este principio se encuentra diluido en algunos casos, no deja de ser un punto de partida tutelar.

La cuestión radica en si estas garantías se dan equitativamente en los procedimientos previstos. Como vía ordinaria para imponer penas deberá seguirse el proceso judicial ya que garantiza plenamente las exigencias de la justicia. Pero el canon 1342§1 contiene la previsión que, cuando “justas causas dificultan hacer un proceso judicial” puede imponerse la pena “por decreto extrajudicial”.

Ahora bien, nos preguntamos si el proceso administrativo ofrece todas las garantías tutelares a la persona imputada antes de terminar con el decreto resolutorio. Se trata de aplicar una pena sin el debido proceso, sino por vía administrativa. En este caso falta la primera figura que tutela la defensa: la presencia del Juez, que es un “tercero” imparcial, que sopesa pruebas y concluye en razón. Parece ser que, con la actual posibilidad de

²⁴ Cf. JUAN PABLO II, *Al Coloquio Internacional sobre “Derecho natural y derechos del hombre ante el S. XXI”* (10-13 enero de 1991).

optar por la vía extrajudicial, el derecho de defensa se encuentra, de hecho, limitado. La experiencia de estos años en los “recortes de información obtenida”, a los imputados y a sus abogados, que han seguido este camino, es significativa. El canon 1720 no parece ser garantía plena de este derecho en la práctica. Esta forma de pretender llegar a lo justo, resulta inconcebible en cualquier ordenamiento estatal. La ausencia de un verdadero contradictorio hace difícil la tarea de defender, no obstante que Juan Pablo II haya recordado que no falte la defensa técnica e invitó a tutelar el derecho de defensa, sin destrucción de vías²⁵.

Ni la dignidad del fiel imputado, ni la del acusador quedan totalmente tuteladas en la vía extrajudicial. Según este camino podrá parecer más inmediatamente “práctico”, pero considerando el derecho de defensa y la necesidad de tener un *aequo* proceso no parece que así se manifieste. El doble rol de acusador y juez, en el cual debería marchar el contradictorio, no está en este caso, al menos absolutamente.

Una tutela, si es que se opta por seguir el trámite extrajudicial, de los derechos de defensa, necesitaría normas más precisas que las que están en el canon 1720 en forma genérica.

El fundamento primario y último del derecho de defensa es la dignidad de la persona humana y por ello toda garantía resultará necesaria siempre y vez por vez²⁶.

LOS LÍMITES DE LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL EXTRAJUDICIAL

La normativa vigente tendiente a declarar o a infligir penas propias a los delitos cometidos se desarrolla bajo el título *De processu poenali*²⁷. Pero, allí mismo, después de realizada la investigación previa se hace referencia a un doble procedimiento a seguir: el judicial y el administrativo²⁸. Como bien se sabe no son procesos iguales y por lo tanto tampoco la conclusión a la que se llega con la sentencia y el decreto respectivamente.

25 Cf. JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota Romana* del 26-I-89, n° 3.

26 Cf. Z. GROCHOLEWSKI, *I fondamenti del diritto di difesa*, pp. 7-23. Asociación canónica italiana.

27 Cf. cáns. 1717-1731.

28 Cf. can. 1718§1,3°.

El legislador destina un canon para ordenar el procedimiento a seguir en el caso de que el Ordinario se decida por el administrativo.

“1720 Si el Ordinario estima que debe procederse mediante decreto extrajudicial:

1.- hará saber al reo la acusación y las pruebas, dándole la posibilidad de que se defienda, a no ser que el reo, legítimamente llamado, no quisiera comparecer;

2.- debe sopesar cuidadosamente con dos asesores todas las pruebas y argumentos;

3.- si consta con certeza el delito y no se ha extinguido la acción criminal, dictará decreto de acuerdo con los cc. 1342-1350, exponiendo, al menos brevemente, las razones de derecho y de hecho”.

A este respecto es bueno resaltar que si el Código le dedica un solo canon al procedimiento extrajudicial y los restantes catorce al judicial, existe una clara opción por ésta última, en cuanto que asegura mejor con sus garantías expresas el *aequus* del proceso.

Para muchos las formalidades procesales del juicio penal son de difícil actuación y por ello mismo constituyen un “innecesario retardo a la administración de justicia”. Pero la urgencia en querer aplicar penas a modo de ejemplaridad también puede ser un injusto grave. La defensa de los derechos incluye la tutela en cada una de las fases a desarrollarse y las acusaciones serán más claras demostrativamente y veraces cuando se las consideran en el ámbito judicial.

Estas objeciones sobre la inutilidad y demora de las formalidades no parecen bien fundadas. El mismo canon 1720 determina en forma detallada algunas necesidades a tener en cuenta absolutamente. Se debe tener seguridad en todo lo obtenido en la investigación previa y por lo tanto no pueden ser generalidades las acusaciones obtenidas; no basta el sólo criterio del Ordinario sino que se ordena sopesar junto a dos asesores todas las pruebas y argumentos obtenidos; el reo debe conocer que también el proceso administrativo tiene sus formalidades. La diferencia estriba en que éstas son menos, y muchas se basan en la discrecionalidad del Ordinario. Y por estos dos motivos es menos segura su conclusión.

El argumento sobre la duración también es infundado, si se tiene en cuenta la existencia de la posibilidad de petición de revocación del deli-

to²⁹ del recuso jerárquico sobreviniente³⁰ y la intervención del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica³¹, lo cual lleva a prolongar el proceso que se llevó por vía extrajudicial.

Debería privilegiarse la vía judicial a la administrativa. Cuando se prevén penas perpetuas es obligatorio, pero también es altamente conveniente cuando se dan otras circunstancias penales.

El Ordinario es un principal protagonista del proceso administrativo. Podrá subrayarse mejor con el artículo determinado: es “el” protagonista. De suyo es quien presenta la acusación, examina las actas y termina por emitir el decreto decisorio. Toda esta intervención debe ser equitativa. No puede obrar arbitrariamente y por ello el derecho de defensa, al que debe garantizar, se transforma, de suyo, en el elemento de control más importante a la presunta arbitrariedad. Aunque se trate de un proceso extrajudicial es siempre un proceso penal, con actos propios y una serie de procedimientos que deberán ser transparentes sobre hechos probados. Precisamente por lo complejo de los actos a seguir –no siempre totalmente delimitado como en el juicio– presupone tutelar la defensa en cada uno de ellos.

EL DERECHO DE DEFENSA EN LO ESTABLECIDO POR EL CANON 1720

No es casual que el canon 1720 determine, como ya se ha dicho, un procedimiento determinado antes de dictar el decreto penal extrajudicial. De acuerdo a la letra misma del canon, genéricamente redactado, pueden extraerse algunas conclusiones útiles en orden a garantizar el derecho de defensa.

1° el Ordinario debe dar a conocer al reo *accusationem atque probationes*. Acusación y pruebas obtenidas conocidas constituyen la primera posibilidad de defenderse. Se exceptúa el caso en que, siendo citado el reo, abandonara voluntariamente ese derecho.

En rigor, esta información no incluye, de suyo, el nombre eventual del acusador, pero no existe a primera vista, un válido motivo para mantener escondida su identidad. Es imposible y no sólo dificultoso defenderse sin conocer quién lo acusa y establecer un contradictorio con lo que él acusa.

29 Cf. can. 1734.

30 Cf. can. 1736§1.

31 Cf. can. 1445§2.

Notificar tiene por finalidad la posible defensa de parte del acusado. Si este derecho existe para el reo, le corresponde el deber al Ordinario de darle la correspondiente tutela ya que si no es así, todo se transformaría en una *fictio iuris*. La renuncia a defenderse es una acción sobreviniente a la notificación lo más completa posible, nunca antes.

2° La notificación aludida no debe limitarse a una comunicación general, sino a poner en conocimiento las acusaciones concretas, además de las fuentes de las pruebas que las sostienen. Si existiera peligro de divulgación del asunto puede citarse al reo a la sede del Ordinario y darle la notificación escrita, pero su presencia allí no constituye, de suyo, en un acto de defensa. Asiste a la llamada para escuchar las acusaciones y responder eventualmente a ellas. Esto es el acto para ponerlo en conocimiento, pero la defensa se realiza en lo que concretamente existe en la notificación.

Muchas veces, el acusado no posee allí el *animos contestandi* y necesita un tiempo para poder efectuarlo. En tal caso se le otorgará un lapso razonable.

3° Cuando se habla de defensa del imputado, ésta no termina en el interrogatorio. No es suficiente. Habitualmente ocurre que, mientras que las preguntas han sido realizadas de antemano, las palabras usadas en las respuestas pueden no ser las que mejor ayuden para la evaluación al leerlas posteriormente. Si la certeza moral se basa *ex actis et probatis*³², lo que figura en las actas es lo que deberá tenerse en cuenta estrictamente para evaluar. El término temporal propuesto por el Ordinario para la defensa es la verdadera tutela a la misma, en este período, que permite preparar el modo de decir su propia visión de las cosas, apelando a la memoria lo más exacta posible y al lenguaje a usar.

El interrogatorio puede ser más de uno y el imputado también tiene derecho a solicitar reiterar lo suyo además del derecho del Ordinario a volverlo a llamar.

4° Con respecto al abogado o procurador obligatorio en el proceso judicial, el canon en estudio hace silencio ¿Significa, entonces, que está excluido?

Si el imputado admitiese que los hechos son ciertos y admite las pruebas, la presencia de un defensor se tiene por innecesaria. No obstante, no

32 Cf. can. 1608§2.

sería inoportuno el consejo de que consultara con un experto. Este consejo se transforma así en la máxima tutela del derecho de defensa en este momento. Es además una concreta obra de misericordia a alguien a quien se expresa el deseo de su corrección de los delitos cometidos y la expiación de su culpa.

En el caso de recurrencia, siempre “evitando dilaciones inútiles”, cuando se impugna el decreto, se encuentra presente esa asistencia³³.

Considero aplicable lo que determina el canon 1720§1º, acerca de la nulidad de la sentencia si se le ha denegado el derecho de defensa, también al decreto. Este sería el caso si la parte lo solicita y el Ordinario se lo niega o le limita su actuación continuamente

5º Como nadie está obligado *ad confitendum delictum*, tampoco lo está a prestar juramento *de veritate dicenda*³⁴. Esto debe aplicarse también en el ámbito extrajudicial, ya que se trata de un procedimiento penal y por lo tanto merece tratamiento análogo. Distinto es si el acusado presta espontáneamente, porque lo que se prohíbe es que el juez lo exija. Así y todo, es conveniente recordarle que no tiene obligación de hacerlo. No siempre las personas conocen las leyes procesales y las circunstancias que se desenvuelven en un interrogatorio de este tenor.

Esta cláusula de no obligación de jurar lleva consigo también la de no confesión del presunto delito. Incluye también el derecho a que el Ordinario no deba indicarle que declare por escrito su culpabilidad si la hubiere. Esta indicación hecha por el Superior competente, en personas no versadas medianamente en los procedimientos, tiene el valor de una orden. En este caso sería inútil poder ejercer la mínima actitud de defensa posterior en el seguro procedimiento penal que sobrevendrá. En alguno que otro caso se ha observado que, el Ordinario, con evidencia adquirida y por el temor de la posible publicidad, ante un caso considerado como dudoso inclusive por el mismo acusado, obligue a éste escribir hechos presumiblemente acusatorios. La investigación previa es quien debería verificar el *fumus veri facti* y sumar elementos que justifiquen la decisión.

6º El derecho de defensa se encuentra plenamente satisfecho cuando el decreto extrajudicial es objeto estricto de las pruebas recogidas durante la

33 Cf. can. 1738.

34 Cf. can. 1728§2.

investigación previa y en el proceso, teniendo en cuenta los argumentos adoptados por el imputado y su defensor. Por eso mismo están excluidas las valoraciones y la sucesiva condenación *ex informata conscientia*, es decir de aquellos elementos que provengan de informaciones ocultas, de exposiciones realizadas a modo de “confidencias” al Superior o de las que se conocen por sigilo sacramental o de ciencia adquirida en ocasión de confesarse e incluso que estén bajo secreto profesional sin que se le haya levantado la obligación de mantenerlo. En resumen nada es válido para la conclusión final que no provengan *ex actis et probatis*.

La evaluación de las pruebas es el momento conclusivo relevante donde la conciencia de Juez se pone a prueba. Por ello el legislador prescribe que, antes de decidir, oiga el parecer de dos asesores³⁵.

Acerca de estas las personas a las que se alude, se nombra a *duos iudices aliosve peritos*. No determina que sean sacerdotes y, por lo tanto, pueden ser también laicos, hombres y mujeres. Lo que se mantiene en pie es que no parece que fuesen obligatorios. La legislación dice *si prudenter censear* —es decir— que no obliga al Ordinario a hacerlo y, por lo tanto, no lo realiza el acto no es inválido ya que no sigue la norma del canon 127. No se trata de conseguir un consentimiento vinculante³⁶.

Pero esta cláusula no vinculante podría ser otro importante defecto en el derecho de defensa. Las personas idóneas consultadas y desinteresadas en el asunto, guiadas por su ciencia, y por los hechos probados, otorgan la última garantía en el proceso. Para un *aequo* decreto, libre de toda sospecha de parcialidad, es siempre conveniente la presencia de estos asesores o jueces, más aún, se podría retener como más cercano a la obligatoriedad que a la *discretio ordinarii*. La figura de acusador y Juez en la misma persona lleva inevitablemente a la posibilidad de sospecha de parcialidad, manifiesta o no.

También es conveniente que no sean cercanos al Superior que deberá emitir el decreto. No es obligatorio que sean jueces del Tribunal diocesano, ni miembros del Consejo presbiteral o del Colegio de consultores. Sólo se hace referencia a su conocimiento y experiencia, con competencia en la materia, capaces de fortalecer la equidad, desde el punto de vista sustancial

35 Cf. can. 1718§3.

36 De parecer contrario es Giuseppe PUNTILLO en *Decreto penale extragudiziale canonico e diritto di difesa: contributi dalla comparazione con l'ordinamento italiano*, Roma (2010) p. 67.

y evitando de cualquier modo la unilateralidad valorativa. Un “consejo de peritos” que constituya una innegable ventaja para la defensa de todos los derechos, no sólo del imputado.

CONSIDERACIONES FINALES

Esta exposición de algunas cuestiones acerca del proceso penal administrativo en valoración al derecho de defensa, llevan a efectuar algunas conclusiones finales.

Considerando que la suprema ley es la *salus animarum*³⁷ se debe tener en cuenta una “cuasi” institución que se observa sobre todo en el proceso extrajudicial: la discrecionalidad de quien debe conducir y concluir en justicia. Apenas recibida la *notitia criminis* hasta concluir con el decreto la discusión del Ordinario es cercana a lo absoluto. No deja de producir perplejidad en la persona de derecho. Se debe tener en cuenta que la Iglesia persigue otra finalidad que el ordenamiento estatal, pero no la exime de excluir cualquier sospecha de que la discrecionalidad, que de suyo posee todo el que juzga, pueda transformarse en arbitrariedad. En la tutela de todos los derechos, la amplia discrecionalidad resulta no pocas veces lesiva a los ojos de una sociedad que desea vivir en la Iglesia *speculum iustitiae*.

Otra consideración a tener en cuenta es la dificultad para comprender que el procedimiento administrativo concluya incluyendo la aplicación de penas. La instancia penal es el último recurso a utilizar, después de haber agotado todos los instrumentos posibles dentro del ámbito pastoral para “reparar el escándalo, restablecer la justicia y conseguir la enmienda del reo”³⁸, se trata del “último remedio”, después de la *correctio*³⁹, de los remedios penales y penitencias⁴⁰. El legislador las tiene en cuenta *quatenus vere necessariae*⁴¹ para restablecer la disciplina eclesiástica teniendo en cuenta la integridad espiritual y moral de toda la Iglesia.

La aplicación del último recurso a utilizar, mediando la vía administrativa que finaliza por un decreto, es de extraña comprensión. El uso fre-

37 Cf. A. BUSO, *La Salus animarum como principio inspirador del derecho canónico*, Venecia, (2010) pp. 555-575.

38 Cf. can. 1341.

39 Cf. Mt. 18,15.

40 Cf. cáns. 1339-1340.

41 Cf. can. 1317.

cuenta de este medio se basa generalmente en su presunta celeridad y en la falta de personal idóneo. Sin embargo, no parece que ello pueda justificar la huída de la vía judicial. Ni el proceso administrativo resulta más rápido –véase el tiempo que llevan los eventuales recursos al decreto– ni es posible realizar un proceso administrativo sin personal calificado.

Las normas procesales, a menudo calificadas de formalismo extremo, no desdican la consabida pastoralidad del tema. La actividad eclesial es también social y por lo tanto jurídica. La aplicación de todos los elementos, que garantizan los derechos no debería despreciar la formalidad de un proceso. Es auspiable seguir los pasos estrictos de la justicia para llegar al *ius quia iustum*, especialmente cuando se trata de culpabilidad tras acusación y aplicación también de penas perpetuas.