

# **PRUDENTIA IURIS N° 50**

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Pontificia Universidad Católica Argentina  
"Santa María de los Buenos Aires"*



**Agosto 1999**

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD**

### *Decano*

Dr. Eduardo P. M. Ventura

### *Secretario*

Dr. Gabriel Limodio

### *Directores de Carrera*

Abogacía: Dr. Manuel H. Castro Hernández  
Ciencias Políticas: Dr. Francisco Arias Pellerano

### *Coordinación de Estudios*

Abogacía: Dr. Florencio F. Hubeñák  
Ciencias Políticas: Lic. Marcelo P. Camusso

### *Centro de Investigaciones Jurídicas*

Director: Dr. Jorge H. Alterini  
Secretario: Dr. Juan M. Battaglia

### *Coordinador de Relaciones Institucionales y Públicas*

Dr. Néstor A. Raymundo

### *Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica*

Director: Dr. Manuel H. Castro Hernández  
Coordinador: Dr. Gustavo F. Costa Aguilar

### *Doctorado*

Director: Dr. Eduardo P. M. Ventura  
Comisión Asesora: Dr. Jorge H. Alterini,  
Dr. Orlando J. Gallo y Dr. Félix A. Lamas

## **AUTORIDADES DE LA REVISTA**

### *Secretario de Redacción*

Dr. Roberto Punte

*Ediciones de la Universidad Católica Argentina*  
*Universitas S.R.L.*

*Tucumán 1436 - Buenos Aires*

ISSN: 0326-2774

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

## PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

AGOSTO 1999 – N° 50

Editorial .....	7
<b>ESTUDIOS PARA LA REFORMA PROCESAL PENAL</b>	
Los distintos proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación, frente a la diferente problemática existente en la legislación actual. <i>Raúl E. Granillo Ocampo</i> .....	13
El Ministerio Público. <i>Angela Ester Ledesma</i> .....	21
El juez de garantías. <i>Jorge Moreno</i> .....	29
La Policía Judicial Francesa. <i>Alain Perez</i> .....	33
Enfoque sobre Policía Judicial, preventiva y represiva. <i>Adrian Juan Pelacchi</i> .....	39
Perfil funcional del Ministerio Público Fiscal en la nueva legislación argentina. <i>José I. Cafferata Nores</i> .....	53
La acción penal: el Ministerio Público y los jueces. <i>Luis E. Velasco</i> .....	65
El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos. <i>Luis M. García</i> .....	75
Procedimiento penal: De las nulidades en general y de las absolutas en particular. <i>José Licinio Scelzi</i> .....	99
Reflexiones sobre el juicio por jurados. <i>Rodolfo Eduardo Madariaga</i> .....	109
Acerca del juicio correccional en la actualidad. <i>Roberto Calandra</i> ...	125
El juicio con debate oral y los procesados menores. <i>Miguel Julián del Castillo</i> .....	131
Reforma del sistema de enjuiciamiento, Ministerio Público y relaciones entre juez y fiscal. <i>Maximiliano Rusconi</i> .....	149
Una visualización panorámica del fenómeno criminal. <i>Jorge Kent</i> .	171
Los desafíos del Ministerio Público a partir del reconocimiento constitucional y la implementación de la reciente ley orgánica de la institución. <i>Nicolás Becerra</i> .....	199

Policia Judicial y la función policial ante el delito. <i>Hugo Antolin Almirón</i> .....	211
Consideraciones en torno al imputado. <i>Julio J. Martínez Vivot (h.)</i>	229
<b>IN MEMORIAN</b>	
Luis Carlos Cabral.....	235

## SUPLEMENTO VIRTUAL

### INDICE

Acerca del Concepto de equidad en Alberto Magno y en Tomás de Aquino. *José Ricardo Pierpauli.*

El Valor Moral de la persona y sus posibles manipulaciones. *Fernando Abbondanza.*

La idea del constituyente sobre la protección ambiental. *Maximiliano Torricelli*

Anteproyecto de normas del Mercosur. *Leonardo Pablo Hekimian.*

Anteproyecto de ley general de contratos agrarios para la República Argentina. *Nancy L. Malanos.*

#### RECENSIONES

La obediencia al Derecho y otros ensayos. *Jorge Guillermo Portela. Comentado por Mariano Carbajales.*

Dottrina della classe politica e teoria delle elites. *Ettori Albertoni. Comentado por la Licenciada Patricia Onganía.*

- Toda la revista puede consultarse en [www.albrematica.com/dial](http://www.albrematica.com/dial), y, a partir de este número, comenzamos a difundir este suplemento con artículos y notas adicionales.

- e-mail: [derecho@uca.edu.ar](mailto:derecho@uca.edu.ar) (por favor aclarar en el texto at/Dr. Roberto Punte o J. M. Battaglia).

## EDITORIAL

El marco en el que se desarrolla nuestra vida requiere una amplia esfera de protección, emergente de las necesidades de nuestro convivir, siempre social, siempre ligado a la suerte de los demás. Esta solidaria participación en las cosas comunes, reglada por el derecho y ordenada por la política, es la principal garantía que tenemos frente a la violencia y el desorden, frutos del mal propio de nuestra naturaleza caída. Un segundo escudo protector surge de la delicada trama de disposiciones normativas que regulan la aplicación del derecho en cada caso: por tal razón se ha podido hablar, con justa medida, de un derecho procesal de raigambre constitucional que hace a la garantía y ejercicio de los derechos esenciales, por otra parte, marca diferencial del estado moderno.

En este sentido son pues sumamente valiosos los trabajos y estudios que reúne este número, vinculados al ejercicio en el proceso de los derechos de los ciudadanos. No cabe duda que el reclamo actual por mayor seguridad determina un conflicto entre valores contrapuestos, detectado por la opinión pública como una incoherencia institucional que debe ser superada. Por un lado el garantismo, la presunción de inocencia de los ciudadanos, y por otro lado la necesidad social por la seguridad, la prevención y descubrimiento de los ilícitos y su debida represión.

Los principios esenciales del orden procesal son un complejo de reglas, principios y garantías que deben ser respetados tanto por el legislador al dictar las normas como por los jueces al cumplirlas. Hay resguardos desde lo adjetivo que se funden con los resguardos sustanciales. Tenemos un derecho personal a la libertad y a la seguridad, que impide la privación física de la libertad salvo por causas y condiciones fijadas de antemano, excluye la arbitrariedad, resguarda la debida información de las razones de detención y la notificación sin demora del cargo formulado y exige la pronta intervención de un Juez o funcionario autorizado por la ley, el ser juzgado dentro de un plazo

razonable, estar en libertad sin perjuicio del proceso. Hay derecho a la justicia pronta, a que las pruebas sean escuchadas por un tribunal imparcial que emita un fallo razonable y todo esto dentro del marco de los principios de legalidad y no retroactividad de la ley penal así como la ultraactividad de la más benigna, y aun derecho a indemnización por el error judicial. Pero todos estos derechos que dan seguridad a las personas, se hacen viables dentro de un sistema en que la seguridad general esté cuidada y se cumpla con el requisito jurídico y social de evitar los delitos y sus consecuencias. Y la tensión entre ambas acepciones de la seguridad obliga a soluciones que exigen la más audaz prudencia, en el legislador, los gobernantes, los jueces y los abogados.

Cabe en esta línea de pensamiento llamar la atención sobre la necesidad de reforzar la actividad preventiva. La prevención más primaria se libra en el seno de la educación y la cultura, acotando los modelos violentos y facilistas, y difundiendo los valores necesarios para el crecimiento moral de cada uno y de la sociedad misma. También en la transformación social y económica, desterrando los modelos que ven la generación de masas marginales como una inevitable variable de ajuste en los mercados. Por último, en la misma tarea investigativa policial. Nadie en su sano juicio duda que es mejor prevenir que curar o en el caso de los delitos impedirlos que reprimirlos o, lo que es peor, llegar a investigarlos después que han sido cometidos y hay víctimas que se podrían haber salvado. Sin embargo, paradójicamente, la tarea preventiva es siempre vista como amenazadora de la libertad de expresión, o de la libertad personal, la privacidad y una vasta gama de derechos individuales. No obstante, la desconfianza ante cualquier posible extensión en los poderes gubernamentales está acotada cuando éstos son ejercidos bajo control judicial. En los proyectos de reforma en que se da el poder investigador a los Fiscales, éstos quedan igualmente sujetos a contralor judicial en la etapa del proceso. Ahora bien, en la situación actual, esto es, mientras se definen los cambios estructurales del nuevo siglo, cabe reflexionar sobre las responsabilidades colectivas en la prevención primaria de la violencia y el crimen en sus causas culturales y económico-sociales. En el más concreto orden diario, tal vez en un refuerzo de las tareas policiales preventivas que podría equilibrarse con una nueva magistratura especializada a la que cualquier ciudadano que con motivo de las mismas se sienta afectado en sus derechos individuales pueda ocurrir y plantear su queja por un sencillo procedimiento de *habeas*

*corpus*. Este Juez de la prevención podría, en su caso y con los debidos resguardos de sigilo, también intervenir en las investigaciones en curso donde se trabaje en el área de inteligencia preventiva aunque no hayan dado lugar a la apertura de causa alguna.

La búsqueda de nuevos caminos constituye sin duda el modo apropiado según el cual la actividad académica y jurídica se vincula con las funciones de gobierno, sobre todo por la necesidad permanente de perfeccionamiento y actualización en el delicado compromiso de sostén de los derechos humanos de modo compatible con las exigencias de la protección social.



**ESTUDIOS  
PARA LA REFORMA PROCESAL PENAL**



## **LOS DISTINTOS PROYECTOS DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN, FRENTE A LA DIFERENTE PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL**

RAÚL E. GRANILLO OCAMPO\*

Una de las demandas sociales más insistentes en la actualidad se refiere al servicio de justicia. Más allá de otras consideraciones es evidente que se ha producido un crecimiento de la litigiosidad social cuyo núcleo no ha sido respondido satisfactoriamente, en tiempo y contenido, por las instituciones pensadas para hacerlo.

Existen, en este sentido, algunas causas estructurales que es preciso examinar, con la idea –compartida en general por toda la clase política– de aumentar la eficacia de las garantías del Estado de Derecho.

En primer lugar, la sociedad se ha vuelto más compleja y ha cambiado varias veces la perspectiva de sus transformaciones, de tal modo que coexisten conflictivamente productos institucionales nacidos del predominio temporario de visiones disímiles y, a veces, contrapuestas.

También, en lo esencial, los procedimientos empleados por el Poder Judicial responden a un modelo prácticamente anterior a todas aquellas discusiones. El formalismo, por ejemplo, suele ser un subproducto de esa inadecuación, no su causa.

Uno de los objetivos trazados desde el comienzo de esta gestión ministerial, fue producir una reforma procesal concreta. Con esta expresión quiere sintetizarse el contenido y el alcance de la iniciativa. Se trata de responder a ciertos casos de indigencia jurídica. En este

\* Ministro de Justicia de la Nación.

sentido y por un lado, se busca llevar la justicia a la gente en la vida cotidiana. Y, por otro, dado que muchas de las percepciones acerca de la inseguridad jurídica provienen del interjuego de complejas cuestiones procesales, se busca profundizar la línea según la cual la existencia del sistema procesal fue concebida como una garantía dentro del valor seguridad, pero no reñida con el valor justicia.

En este sentido, deben anotarse por ejemplo, la oralidad en materia penal y la introducción de la institución de la mediación obligatoria en materia civil. El buen resultado de ambas experiencias han permitido proyectar modificaciones futuras: la extensión de la oralidad a los otros fueros –juntamente con la concreción edilicia del centro judicial– y la apertura paulatina hacia los restantes medios alternativos de resolución de conflictos.

Además de estrechar el contacto entre el servicio de justicia y la ciudadanía, estas modificaciones han significado la convergencia de distintas soluciones para los problemas derivados de la complejidad social creciente. En efecto, la respuesta meramente incrementalista encuentra rápidamente un límite, mientras que la creatividad no los tiene.

Pero existe, además, otra motivación para que la reforma procesal concreta sea un objetivo prioritario, particularmente en materia penal. Diariamente, desde hace algunos años, la atención periodística se ha centrado sobre casos resonantes que tienen como actores a miembros del Poder Judicial, ya sea por la intervención que les toca como agentes directos del servicio de justicia, o bien por otros tipos de trascendencia, entre los cuales no suele estar ausente la conducta de los propios magistrados.

Sin embargo, nuestro sistema judicial no se resiente más por ello, que por problemas más difusos, de naturaleza técnica y apariencia menuda, pero que golpean con mayor rigor y continuidad sobre los destinatarios del poder, incidiendo negativamente en la percepción colectiva. En este sentido, desde cierto punto de vista, la eficacia del servicio de justicia se juzga, preponderantemente, a partir de los procesos penales casi con prescindencia de lo que ocurre en otros fueros.

Este protagonismo de la materia penal, obedece a una lógica implacable. Quienes estudiamos Derecho la conocemos, ya que sabemos que el proceso penal es una garantía que protege la libertad de las personas y la seguridad de la comunidad. Cualquier falla, avería o disfuncionalidad procesal atenta, contra las bases filosóficas del or-

denamiento jurídico. Y ello se nota de forma más evidente cuando, como ocurre en esta época, también esos fundamentos aparecen cuestionados desde distintas posturas doctrinarias.

De manera que abocarse a pensar, proponer y producir una reforma procesal efectiva constituye una decisión dirigida a lo substancial. Como tal, presupone una operación difícil, un debate arduo que está, además, exigido de consenso doctrinario a la vez que político.

En buena medida, sin embargo, una parte importante de la reforma ya ha sido hecha, está vigente y su aplicación nos ha proporcionado importantes experiencias desde hace varios años. En efecto, es sabido que, en el ámbito de la justicia federal, y de la justicia ordinaria en la Capital Federal, regía hasta 1992, un sistema vetusto, caracterizado por el secreto de las actuaciones, la falta de transparencia derivada las más de las veces del sistema escrito que caracterizaba toda una corriente de pensamiento inquisitivo, que ya había sido abandonada en casi todos los países más avanzados.

Hace poco más de seis años, el sistema fue reformado, tendiéndose desde entonces a la instrumentación de un procedimiento de tipo mixto, o inquisitivo reformado, caracterizado principalmente por la implantación de la oralidad en la etapa fundamental de decisión, esto es, la etapa del debate.

Si bien el cambio resultó trascendente, como todo proceso que pretende reformar un sistema afirmado durante muchos años, su desenvolvimiento ha puesto en evidencia algunas carencias cuya superación resulta necesaria para hacer más eficiente la persecución penal de los delitos.

En tal sentido, por ejemplo, la etapa de recolección de pruebas, previa al debate, continúa siendo, en el procedimiento actual, altamente formalizada y burocrática, convirtiéndose en muchos casos en la parte más importante del proceso, en lugar de ser sólo la inicial, cuya racionalidad se asienta en la necesidad de reunir los elementos para promover el verdadero juicio.

Con el fin de efectuar una revisión integral del ordenamiento, en agosto de 1997 el Ministerio de Justicia creó la Comisión de Reformas al Código Procesal Penal, compuesta por prestigiosos profesores y tratadistas. El objetivo de la Comisión es elaborar un anteproyecto de ley que adecue el Código a las experiencias derivadas de la aplicación del nuevo proceso penal. El producto está muy avanzado y, en breve, será elevado a consideración del Honorable Congreso de la Nación.

En líneas generales, la actual reforma apunta justamente a la corrección de algunas de las deficiencias que se han detectado en estos seis años de renovadora experiencia.

En primer lugar, debe aclararse que la reforma propone modificaciones parciales en el Código vigente; modificaciones que, sin embargo, no podrían calificarse de poco importantes. La aclaración vale para comprender que no se ha encarado la elaboración de un nuevo código procesal, sino que, en su lugar, se pretende la actualización y mejoramiento del vigente.

En tal sentido, ya se ha consensuado en el ámbito de la Comisión, una reforma bastante importante a la etapa de instrucción, pretendiéndose su desformalización y agilización. El objetivo, en este punto, es lograr que tal etapa deje de ser confundida con el juicio en su totalidad, para pasar a ser casi una etapa de simple recolección de elementos que permitan —o no— la realización del debate, es decir la substanciación del verdadero juicio.

Para contribuir al propósito de agilizar y hacer más eficiente la investigación, se ha proyectado otorgar el manejo de la investigación y la conducción de la policía judicial al Ministerio Público. Este tipo de reforma, compatible con la recientemente sancionada Ley del Ministerio Público, tiene además la ventaja de dejar que el juez, durante esta etapa, se ocupe únicamente del control de las garantías del imputado.

En este orden de ideas, el nuevo status del Ministerio Público forma parte de la reforma procesal. Su carácter de órgano con autonomía funcional, y sometido a reglas objetivas de selección e independencia de criterio, permite dotar a la etapa de instrucción de un instrumento flexible y alejado de cualquier tipo de sospecha razonable. A medida que la institución se afiance en su nuevo diseño, se verá la utilidad de permitir a los fiscales el uso de ciertas facultades que permitan lograr que la instrucción facilite el debate posterior.

En definitiva, tanto desde la doctrina como desde la práctica se marcha hacia la transformación del sistema de instrucción, tal cual ha sido llevado en el nivel nacional hasta el presente. La puesta en marcha de un sistema acusatorio permitirá desligar al juez de la investigación preliminar, pero significará, simultáneamente, un impacto organizativo sobre todo el sistema penal.

La discusión de enorme trascendencia planteada en el seno de la Comisión tiene su epicentro en el principio de la disponibilidad de la acción penal.

La mayor concentración del papel del juez, apunta a reforzar otro de los grandes objetivos de la reforma: el afianzamiento de las garantías fundamentales de todos los ciudadanos, sin perder de vista la posibilidad de otorgar mayor eficiencia a la investigación. En este sentido, una introducción importante durante la etapa de investigación es la posibilidad de que el sospechado de la comisión de un delito sea escuchado en carácter de declaración informativa, tal cual existía en el ordenamiento anterior (art. 236, segunda parte del CPMP ley 2372); la diferencia fundamental con aquel sistema consiste en que la situación del sospechado, que fue citado a proceso, deberá resolverse siempre por vía del sobreseimiento, en el que se disponga que no merece la continuación en el tramo del juicio propiamente dicho.

El juez en esta etapa, será también el encargado de admitir o rechazar la prueba que será utilizada en el debate; ello mejora la actividad de los magistrados en la etapa oral, el verdadero juicio, ya que no estarán tan "comprometidos" con el caso, como ocurre actualmente desde que son ellos los que pueden admitir o rechazar la prueba. Por otro lado, se está pensando en que estos jueces, durante el debate, asuman el papel de directores de esta etapa, pero vedándoles la posibilidad de dirigir preguntas a los sujetos procesales.

Si bien todavía no se encuentran definidas las modificaciones a los recursos, la Comisión está evaluando la posibilidad de modificar la admisibilidad del recurso de casación, a fin de compatibilizarlo con las prescripciones de los tratados internacionales –particularmente el Pacto de San José de Costa Rica y de aquellos otros que, como consecuencia del artículo 75, inciso 22 introducido por la Reforma de 1994, han adquirido jerarquía constitucional– en cuanto esos instrumentos otorgan siempre al imputado el derecho al recurso. Si bien esta es una cuestión que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha corregido en parte a partir del fallo Giroldi, resulta apropiado en procesos de reforma como el que se está encarando incorporar a la ley dichas adecuaciones.

Sin perjuicio de la actividad de esta Comisión, el Ministerio a mi cargo ha trabajado en dos iniciativas de indudable repercusión en materia procesal penal: el juicio por jurados y la mediación penal.

En una anterior disertación en esta casa –oportunidad en la que fui representado por el actual secretario de justicia– se establecieron los fundamentos filosóficos y constitucionales de la propuesta del juicio por jurados. Pues bien, hace pocos días el anteproyecto de ley, que propone esta modalidad procesal, fue enviado al Honorable Congreso

de la Nación. Su articulado condensa aquellos principios, distinguiendo los delitos que pueden ser sometidos a su resolución y estableciéndolo como una opción del imputado.

Desde el comienzo de esta gestión ministerial, el gobierno impulsó la toma de conciencia hacia esta institución, que si bien está en la entraña misma de nuestra Constitución, su establecimiento nunca fue considerado oportuno. En momentos de una gran crisis de confianza en el servicio de justicia, la adopción de esta iniciativa tendrá efectos políticos y técnicos favorables para revertir aquella imagen.

En primer lugar, contribuirá decisivamente a la democratización del Poder Judicial, ya que incorpora la participación ciudadana como elemento substancial en la formación de la sentencia. De esta manera se aproxima la instancia judicial al pueblo y se presiona al sistema para hacer comprensibles los argumentos que las partes utilizarán, alejando el derecho de la tentación del tecnicismo y el formalismo.

En este sentido, se debe tener presente que el principio en los procesos por jurados no es que las personas legas en Derecho sean más aptas o más justas para dictar sentencia que los expertos en Derecho, "sino solamente que deba sufrir pena a causa del delito aquél cuya culpa se haga evidente a la misma inteligencia común y al sentimiento natural de personas elegidas entre el pueblo" (Bluntschli).

Por otra parte, el jurado constituye el instituto procesal que mejor desarrolla los principios básicos del procedimiento penal: publicidad, igualdad de parte, oralidad e intermediación, ya que históricamente obligó a la sustitución del sistema de prueba tasada, por el de la libre convicción y a la reproducción de la totalidad de la prueba en el debate. La realidad es que, en nuestro país, la Constitución Nacional, a través del establecimiento del juicio por jurados, prácticamente no sólo determinó la forma de integración de los tribunales, sino que impuso los principios del sistema de enjuiciamiento penal: esto es, que la sentencia debe dictarse en función de lo ocurrido en un debate público y oral, con la participación y presencia ininterrumpida del acusador y del acusado.

Para una primera etapa, y dado lo novedoso del instituto para nuestra tradición jurídica, se propone que los juicios por jurados se restrinjan a hechos que involucren actos de suma gravedad como lo son, por ejemplo, los homicidios cometidos autónomamente o en relación con otras conductas delictivas, los actos que pongan en peligro el orden constitucional o la seguridad de la Nación, el robo agravado por usos de armas o la asociación ilícita, entre otros.

También se ha incluido el Título XI del Libro Segundo del Código Penal, que comprende a los delitos contra la Administración Pública y la defraudación contra la misma, tipificada en el artículo 174, inciso 5° del mismo Código. En estos dos últimos casos el motivo ha sido la particular preocupación que la opinión pública manifiesta en relación con este tipo de delitos, reclamando transparencia en su juzgamiento.

Por las mismas causas –la novedad y la necesidad de prudencia en su introducción–, se establece que el tribunal de jurados intervendrá a pedido del imputado. De este modo, la utilización de esta modalidad procesal será paulatina y desde el principio quedará tan expuesta a la consideración pública que restringirá al mínimo los márgenes de error.

En cuanto a la mediación penal, si bien está todavía en una etapa experimental y de evaluación, aparece como una forma de responder a uno de los fines más enaltecedores del servicio de justicia: la reparación posible del daño a la víctima simultáneamente con la recuperación posible del victimario.

Algunos interrogantes de esta modalidad mediadora, sin embargo, resultan de difícil superación. Las experiencias de otros países, los casos francés y español, y la singularidad del catalán, parecen orientar la aplicación hacia cierto tipo de delitos y en determinadas instancias del proceso judicial. A las mismas conclusiones han llegado algunas iniciativas acotadas que se han desarrollado en nuestro país, con escasa repercusión y todavía en fase de prueba piloto. Se han encontrado dos campos fértiles para la resolución alternativa de conflictos en materia penal: son los llamados delitos leves del sistema de mayores y la totalidad del sistema penal juvenil.

Entendemos, sin embargo, que sería muy difícil extender la aplicación hacia otros ámbitos, máxime cuando el sistema penal en su conjunto todavía no ha encontrado un modelo definitivo. Con todo, es posible el diseño de instancias de mediación penal retenida, que, si bien no consiste en una negociación desarrollada fuera de la administración de justicia (como es propio de toda mediación) sin embargo permite que la participación del fiscal –dotado, como señalé antes, de atribuciones más definidas hacia la instrucción– simultáneamente con la búsqueda del objetivo primordial de reparación del perjuicio causado a la víctima, deje abierta la posibilidad de que el contacto entre ésta y el ofensor favorezca la rehabilitación de uno y de otro.

Del mismo modo, resulta interesante el diseño de vías de acceso de esta institución a los casos, lamentablemente crecientes de violencia familiar, aunque no se trate de un sistema mediador puro.

Como señalé al principio, éstas son las soluciones de mayor alcance en las que está comprometida mi gestión ministerial. No se trata de medidas espectaculares ni de gran resonancia en los medios de comunicación. Pero su objetivo es obtener la igualdad procesal efectiva.

Por este motivo, el Ministerio apoya y participa de iniciativas como las que tengo el honor de dejar abiertas con este acto. No dudo que las deliberaciones que tendrán lugar en estas jornadas, contribuirán especialmente a clarificar las iniciativas reseñadas. No ahorren para ellas las críticas que contribuyan a lograr los objetivos que con su propuesta se persiguen y en los cuales está comprometido este Gobierno, el Ministerio de Justicia y, personalmente quien les habla: se trata de acercar el servicio de justicia a sus beneficiarios, de modo que siga vigente y, en lo posible, se incremente el *affectio societatis* que nos permite, a pesar de los pesares, entrar al tercer milenio "en unión y libertad".

## EL MINISTERIO PUBLICO

ANGELA ESTER LEDESMA\*

### I. Introducción

La Constitución Nacional de 1853 optó por abandonar el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo, heredado de España; la reforma de 1994 ratificó ampliamente tal opción, *nullum crimen, nullia culpa, sine indicio*, axioma que debe ser precedido por otro que reza *nullum indicium sine accusatione*.

Enseña Luigi Ferrajoli ("Derecho y razón", Trota, pág. 605) que, la separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, a su vez presupuesto estructural y lógico de todos los demás. La postulación como supuesto previo del enjuiciamiento, y consecuencia de la prohibición que lo antecede, *ne procedat inudex ex officio*, significa reconocerle papel de parte al Ministerio Público en paridad con la defensa, asignándole al órgano de la acusación el rol que la inquisición privó al ofendido, y a quien el fiscal representa; ello en igualdad de condiciones, es decir, sin conferirle poder alguno sobre la persona del imputado, a diferencia de lo que sucede con el sistema vigente que es regla en el orden federal y nacional (Código Procesal Penal de la Nación), respecto al denominado juez de instrucción, que sustituye a la parte acusadora en la investigación y además ejerce sobre el sujeto pasivo medidas de coerción cercenatorias de su intimidad, patrimonio, privacidad y libertad ambulatoria.

Dicha separación entre juez y acusador es condición esencial de la imparcialidad del primero, en relación a las partes. Imparcialidad

\* Profesora Titular de Derecho Procesal I. UCA.

que representa un imperativo constitucional (arts. 75, inc. 72, CN; 8° inc. 1°, Pacto San José de Costa Rica). Tutela, que asimismo se vincula con la definición del proceso como “un instrumento neutro de la jurisdicción” (Gimeno Sendra, Vicente, *La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático*, Revista de Derecho Penal N° 1, Juris, pág., 98), cuyo propósito esencial lo constituye la prohibición de que el juez penal se convierta en investigador, así “las funciones investigadoras y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora” (Reglas Mallorca, art. 2°, inc. 1°).

Por otra parte, la referida separación es presupuesto de carga de la imputación y prueba, todo lo que según Ferrajoli (ob. cit.) constituyen las primeras garantías procesales del juicio.

## II. Origen del Ministerio Público

Conforme las precisiones precedentes, corresponde preguntarnos qué es el Ministerio Público, y a quién representa como parte en el proceso penal, para lo cual resulta indispensable remontarnos a sus orígenes, así poder comprender cuál debe ser su verdadera función y por qué aún no la reconocemos como tal, a pesar de la previsión del artículo 120 de la Constitución Nacional Argentina que le asigna la función de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad” y “de los intereses generales de la sociedad”, y que se complementa con la reciente sanción de la ley reglamentaria 24.946.

En la antigüedad, el proceso acusatorio se promovía por iniciativa de cualquier ciudadano, encontrándose legitimada no sólo la parte ofendida sino también cualquier miembro del pueblo, para perseguir penalmente delitos públicos, ejerciendo la acusación popular. El poder de acusación sólo podía ser discrecional, lo que define el carácter privado o popular de la acción.

La aparición del poder político centralizado que deja a los habitantes bajo su dominio, el ejercicio efectivo, cotidiano y local de su influencia política para convertirlos en súbditos de ese poder, al decir de Julio Maier (“El Ministerio Público en el proceso penal”, Ad Hoc, pág. 17 y sigtes.), la creación del Estado-Nación y con su nacimiento, la abolición paulatina de un derecho local, traen aparejadas la pena estatal, el derecho penal y la persecución penal pública, que si bien no son sinónimos, son conceptos que se implican entre sí. Ellos conforman el presupuesto lógico de la existencia de órganos estatales de persecución penal: Ministerio Público, policía y jueces.

En sus comienzos, se muestra como defensor de los intereses del fisco. Sus funciones fueron las de acrecentamiento del patrimonio real, la defensa de los débiles y de los necesitados, la lucha entre los diversos poderes, y el sometimiento a castigo de los malhechores (Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, t. II, pág. 274 y sigtes.).

En la Edad Moderna se puede hablar de los primeros vestigios del actor público, pero enseña Julio Maier, que probablemente su antecedente se debe marcar en las fiscalías que aparecieron en la última parte de la Edad Media. La creación del Estado-Nación, comienza en el siglo XIII y ello aparece luego como característico del llamado proceso fiscal en toda Europa Continental del medioevo tardío (Maier, Julio, ob. cit., págs. 24/5): escuchar al Procurador concluida la inquisición general, para que formule conclusiones y peticiones en los casos correspondientes, y sus requerimientos sobre la aplicación de tormentos. Era el juez quien tenía la obligación de provocar la actividad del fiscal. Ello aconteció en el siglo XIV.

El cambio de la situación político-jurídica, el señor feudal, que pasa a su soberano absoluto, rey y la confusión entre los intereses del monarca y los intereses públicos (por ejemplo la Ordenanza del 25/3/1302 de Felipe "El Hermoso", mediante la cual pasaron a ser funcionarios públicos -ver Maier, Julio, ob. cit., pág. 23-), generaron desde sus inicios la concepción poco clara que hasta hoy exhiben nuestras estructuras organizativas, con relación a su dependencia institucional y rol específico.

El fiscal prusiano aparece en la segunda mitad del siglo XV como fiscal civil, su función se redujo a representar y defender los intereses financieros del príncipe. Su función penal emerge recién a partir de la finalización del siglo XVI. En el marco del proceso inquisicional, llevaba a cabo una suerte de inquisición general para averiguar lo sucedido, pero no como juez, sino tan solo como representante del ejecutivo del señor.

Con el triunfo definitivo de la Monarquía y, con ella, del absolutismo estatal (siglos XVII y XVIII) la fiscalía amplió su radio en el procedimiento penal. Se transformó así en un órgano de la monarquía, tuvo intervención representando al fisco, en los procesos penales leves que conducían a la pena de multa, llevó a cabo las investigaciones de la inquisición general, por encargo del juez y bajo su dependencia, condujo la inquisición especial, hasta que esa función le fue prohibida en 1725. Tuvo funciones de vigilancia de los funciona-

rios estatales, incluidas las judiciales, al lado de la dependencia de los jueces en el procedimiento, todo lo que llevó a confusiones evidentes sobre la naturaleza de su función y a disputas interminables con los jueces (Maier, Julio, ob. cit., pág. 27).

En el siglo XVIII, adquirió el rol de "custodio de las leyes", en el Estado-Policial, como órgano del Derecho de Policía del Estado y como control para súbditos y funcionarios.

Enseña Clariá Olmedo (ob. cit., pág. 279), que tanto era el acostumbramiento en Francia a esta institución, que la revolución la fortaleció, confiriéndole inamovilidad a los funcionarios e instituyéndolos en acusadores públicos que actuaban ante los jurados de sentencia (eran designados por elección popular), garantías que fueron eliminadas al reconocerse los principios de unidad y jerarquización, toda vez que sólo se concebían encabezados por el Ministerio de Justicia.

En ese sentido, "la escasa claridad de su ubicación en la burocracia estatal (dependiente del gobierno, del rey y su ministro de justicia, y por fin, de los tribunales, al mismo tiempo) y de sus funciones confundidas entre las disciplinarias y administrativas, las de control, las judiciales, civiles y penales, y las de ejecución lo condujo hacia su práctica desaparición, a comienzos del siglo XIX. De ello surgió transformado en Ministerio Público Penal, en acusador penal, pocos años después, como hijo de la Revolución" (Maier, Julio, ob. cit., pág. 27).

Fue precisamente en la época de la ilustración cuando se discutió sobre la oportunidad de confiarle el ejercicio de la acusación pública o establecer el carácter popular de ésta, y sin perjuicio de las formas residuales en las que concurre con la acción popular, se instituyó tal función a los fiscales configurándose el llamado método acusatorio formal. Con el carácter de obligatorio e irrevocable (arts. 71, Código Penal; 29, Ley de Ministerio Público 24.946) en los sistemas que como el nuestro se encuentra vigente el principio de legalidad.

### **III. El nuevo rol del Ministerio Público Fiscal**

Estructurar el proceso sobre la idea del conflicto, impone realizar un debate entre partes en PARIDAD de condiciones, frente a un tercero imparcial (juez pasivo). Esta fórmula adquiere particular trascendencia, toda vez que "el método en el procedimiento penal es el verdadero guardián de las libertades ciudadanas" (Carrara, Francisco, *Tratado*, t. II, Depalma, 1977, pág. 270).

En ese orden corresponde reedificar el rol de los fiscales durante

todo el proceso penal. No se trata de que reemplacen al antiguo (y aún vigente en diferentes códigos) juez de instrucción, sino de que asuman el papel de PARTE en paridad con la defensa, sin posibilidad de ejercer poder alguno sobre la persona del imputado.

Al no haber reemplazo ni sustitución en la labor del juez a cargo de la investigación, corresponde determinar cuál es el alcance de su función.

En primer término, es dable recordar que la investigación penal preparatoria no es el juicio. Esta se realiza para saber si se va a acusar. La preparación de la acusación, anterior al juicio, se lleva a cabo únicamente en provecho del acusador y no influirá para nada en la marcha del nuevo juicio (Carrara, ob. cit., pág. 300), con excepción de aquellos actos de esta etapa, que en razón de su oportunidad y modalidad no pueden ser repetidos en iguales condiciones (los denominados actos irreproducibles), y que en ese carácter excepcional se proyectan en el debate oral a través de su incorporación por lectura, pero que a pesar de ello son controlados mediante otras pruebas. Esto significa que, durante esta etapa no se requiere, en principio, intervención del órgano jurisdiccional, más aun podemos imaginar innumerables supuestos en los que no intervenga el juez (llámese de control o de garantías), tales como los casos de flagrancia en los que no procede la adopción de medidas de coerción.

Sin embargo, el límite de la acusación está dado por el “apercibimiento” o “intimación”, es decir, por la puesta en conocimiento del imputado de los hechos que se le atribuyen, o cuya comisión se sospecha, como también de las pruebas de cargo, sin perjuicio de que algunas sean reservadas para el juicio. Este apercibimiento debe ser útil para ser eficaz, por lo tanto (según Carrara, ob. cit., págs. 363/4) debe ser completo y a tiempo. Tal limitación impone hacerle conocer al imputado dichas circunstancias, de modo que pueda contar con un intervalo de tiempo para ejercer el poder de refutar la acusación. Esta misma exigencia genera la necesidad de posibilitar el control en la recolección de pruebas que excedan la mera preparación del juicio. Esto es, aquellos actos que puedan proyectarse en el debate. Asimismo, el criterio objetivo con que deben actuar los fiscales (ley 24.946) les impide ocultar prueba en favor del acusado.

La segunda limitación está dada por la imposibilidad de disponer medidas violatorias de los derechos personales o patrimoniales. Por lo tanto, éstas deben ser solicitadas motivadamente, al juez; he aquí la función de custodia de las garantías constitucionales del órga-

no jurisdiccional, al evaluar la procedencia o no de actos que agreden la intimidad y/o privacidad, tales como las requisas o la privación del derecho de deambular, habilitando el encarcelamiento preventivo a través de la detención, por ejemplo; ello sólo con la excepcionalidad autorizada por la propia Constitución Nacional, para hacer el juicio.

De lo dicho deviene lógicamente que los jueces durante la investigación preparatoria sólo intervienen a petición de parte: del fiscal para autorizar la coerción procesal (cautelar preventiva o asegurativa), y del imputado, frente al riesgo de cercenamiento del ejercicio de la defensa, con los alcances del apercibimiento que comprende el control de ciertos actos.

Lo referido, en orden a la carga de la acusación y prueba de la misma en cabeza del Ministerio Público Fiscal.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional debe intervenir, inevitablemente, en la denominada etapa o discusión intermedia, que se lleva a cabo para saber si se va a hacer el juicio o no. Sin embargo, esta intervención tiene por objeto garantizar el contradictorio, pero de modo alguno puede significar el ejercicio de poder decisonal acerca de la conducta que debe adoptar el perseguidor penal público. De esta manera, en caso de discrepancia entre juez y fiscal, la cuestión debe ser resuelta por el propio Ministerio Público, a través del órgano jerárquico competente; de tal suerte deviene un contrasentido lógico en el art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, que autoriza a la Cámara de Apelaciones en caso de coincidir con el juez de instrucción, a apartar al fiscal interviniente e instruir en tal sentido al que designe el fiscal de Cámara; felizmente el Anteproyecto de reforma al mismo cuerpo legal, elaborado recientemente por el Ministerio de Justicia de la Nación, supera (art. 349) la contradicción sistemática y estructural referida.

Finalmente, el juicio se desarrolla para saber si se debe penar, siendo esa la oportunidad en la que se debe ofrecer y producir toda la prueba de cargo tendiente a destruir el estado de inocencia del acusado. Reitero, la prueba recolectada durante la etapa preparatoria tiene, como única finalidad, definir si se va a acusar o sobreseer, constituyéndose únicamente en vehículo para abrir o no el debate.

Lo dicho, requiere una reformulación del proceso a partir de los primeros actos de investigación, que sólo procederán por orden y bajo supervisión de los fiscales.

Consecuentemente, se alteran las bases de enjuiciamiento actual, fijando la atención en el juicio, en el debate oral, público, contra-

dictorio y continuo, es decir, en la AUDIENCIA, que debe constituir el centro de atención, el fundamento, de la etapa preparatoria.

En la práctica la instrucción formal ha reemplazado al juicio como resabio de la inquisición. Por ello, resulta difícil entender que los fiscales del modelo acusatorio no cumplen el rol tradicional de los jueces, si es que se recupera la estructura lógica del proceso, pues requiere la existencia de OTRO, distinto del juez, el PERSEGUIDOR, y que a su vez, ambos cumplen funciones esencialmente diferentes, uno persigue y otro ejerce la *iurisdictio* ("Las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora", art. 2º, inc. 1º, Reglas de Mallorca); y que la investigación debe ser reducida precisamente porque la síntesis es otro principio de este modelo, el que se manifiesta en la simplificación y desformalización de la investigación preparatoria. De ahí, la desaparición del concepto tradicional de expediente, que debe ser reducido a su mínima expresión y la aparición de un legajo o cuaderno fiscal, compuesto por las simples e informales anotaciones del acusador, mediante el cual acopia el material probatorio que seleccionará para ofrecer y producir durante el debate.

Lo expuesto implica que "todas las pruebas habrán de ser practicadas ante el Tribunal sentenciador" (art. 29.1, Reglas de Mallorca), justamente porque el juicio oral constituye una garantía de juzgamiento; toda vez que, como enseña Julio Maier "...la ley cuando asume un proceso del tipo que lleva como bandera el juicio oral o el debate oral, lo que quiere es que la verdad se obtenga en otra forma... es decir que no se obtenga, por el paciente trabajo de una persona que haciendo las veces de historiador recopila antecedentes del caso, los fija en registros o actas y, después de eso indica cuál es la solución del caso" (Libro de Ponencias, Congreso Internacional de Oralidad en Materia Penal, La Plata, octubre 1995, págs. 120/121).

Entender estos principios, paridad, oralidad, publicidad y síntesis, pareciera ser la clave del nuevo modelo de enjuiciamiento que se propugna, y que sostienen los códigos más modernos, como el de la Provincia de Buenos Aires, ley 11.922.

#### **IV. Conclusión**

El proceso penal es el "único método legítimo para el ejercicio del poder penal y, por lo tanto, cumple en su conjunto, una función de garantía preservadora de la idea de Estado de Derecho" (Binder, Al-

berto, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad Hoc, págs. 53/55), cuya configuración requiere el cumplimiento de reglas mínimas de juzgamiento que surgen indisolublemente ligadas a los intereses en pugna, y que a su vez representan el límite al ejercicio del poder penal del Estado.

Estas reglas mínimas, incluyen un imperativo constitucional, representado por la imposición de que el juzgamiento esté a cargo del "juez o tribunal imparcial", garantía que está directamente ligada a la pasividad del órgano, no sólo durante la investigación, sino también en el debate, y al activismo de las partes en paridad de derechos, en particular a través del reconocimiento de tal carácter a quien tiene la carga de destruir el estado de inocencia del imputado, es decir el fiscal.

De modo que la verdad emerja de la contraposición de los intereses que los sujetos representan en el litigio, toda vez que los jueces son responsables de la realización de un juicio justo, y no de la búsqueda de la verdad. El juez semejante a un gigante de cien brazos con el arbitrio que tradicionalmente se le confirió a lo largo de todo el proceso penal, debe desaparecer en las legislaciones del siglo XXI.

## EL JUEZ DE GARANTIAS

JORGE MORENO\*

Dada la circunstancia de hallarnos en las vísperas de la entrada en vigencia de la nueva normativa procesal provincial (ley 11.922 y reformas de la ley 12.059), considero oportuno reflexionar que la reforma al Código Jofré –cuyo anteproyecto se redactara en la primera década del siglo que va a finalizar–, en mi opinión, ya era una exigencia no sólo doctrinaria, sino también legal, impuesta por la aprobación del Pacto de Derechos Humanos de Costa Rica (ley 23.054). Ello debía ser así, fundamentalmente, para incorporar nuevas instituciones procesales (víctima, partes civiles), reglamentar adecuadamente actos del proceso (términos, nulidades, caducidades, etc.), reasegurar el derecho de defensa y hacer cesar la confusión de los roles, en un mismo magistrado, de instructor sumarial –con un método de características inquisitivas–, de director del contradictorio y de autor de la decisión final sujeta al yugo de la prueba tasada, situación que ha implicado una mayor delegación instructora a sede policial por cúmulo de tareas, la cuestión de puro derecho en la etapa de juicio por extremarse el sumario al no existir circunstancias fácticas a controlar y la inactividad probatoria del Ministerio Público Fiscal. Corresponde aclarar que no he hecho referencia entre esas necesidades, a la de un juicio oral y público, porque ese sistema de enjuiciamiento ya estaba previsto en el Código derogado, aunque sólo se utilizara, obligatoriamente, para los casos de hechos dolosos seguidos de muerte (homicidios dolosos, abortos, etc.) y, opcionalmente, para causas graves o criminales.

Sabemos que la decisión política fue la de proyectar y poner en vigencia una profunda modificación en todos los aspectos antes enun-

\* Juez de Cámara del Departamento Judicial de Azul, Buenos Aires.

ciados, de las que, a mi criterio, la más novedosa y exclusiva —al menos en el país—, es la de asignar al Ministerio Público Fiscal la función de instructor de la denominada etapa penal preparatoria, que no es otra que la del sumario (art. 267, CPPBA)

Ello provocó serios reparos basados, fundamentalmente, en el riesgo que implica para las garantías de defensa y de imparcialidad (debido proceso) a consecuencia de que el Ministerio instructor es, además, titular exclusivo de la acción pública. Esas sospechas no menguan a pesar de la importante significancia que adquiere el hecho de que quienes lo integran (procurador, fiscales de la Casación y generales y fiscales inferiores), pertenecen al Poder Judicial, son designados y removidos por el mismo sistema que los jueces (arts. 175 y 182 de la Constitución Provincial), y deben ser objetivos aun en beneficio del encausado (conf. arts. 56, 318, 422 del Código a regir).

También la etapa de la investigación tendiente a reconstruir históricamente lo sucedido y a conocer a sus autores y partícipes, hace necesario reunir elementos y adoptar medidas que para su recolección y cumplimiento implican afectar derechos individuales reconocidos expresa o tácitamente en la Constitución (libertad, propiedad, intimidad, etc.), para lo que el citado Ministerio carece de competencia, asignada exclusivamente a los jueces.

Para control del respeto a los derechos de defensa y debido proceso y para otorgar legalidad a actos que puedan afectar los demás derechos individuales, se recurrió a la creación del juez de garantías, denominación que merecería el agregado que lo es de los citados derechos.

Ese nuevo sujeto del proceso tiene limitada su competencia temporal hasta la finalización de la etapa penal preparatoria —esto es, la elevación a juicio—, no existiendo límites en el aspecto material y, sintéticamente, debe resolver sobre las presentaciones que puedan realzar la víctima, el particular damnificado y las partes civiles; disponer las medidas de coerción real o personal que le sean requeridas; participar de los actos procesales irreproducibles; resolver sobre las excepciones y nulidades planteadas y decidir sobre la elevación a juicio (art. 23).

Más específicamente. En lo referente a la labor del fiscal instructor, al igual que la policía preventora, éste debe comunicarle la iniciación de las actuaciones, los allanamientos, clausuras, etc.; el archivo de las producidas y la prórroga del término para culminar la etapa (arts. 268, 282, 294 y concs.). Mientras, el juez debe y puede determi-

nar la naturaleza y cuantía de la medida cautelar requerida por el particular damnificado (art. 79); excluir del hogar, en caso de lesiones dolosas, al autor, si se teme la reiteración de esos hechos (art. 83); revisar y ampliar los arrestos dispuestos por la instrucción (art. 149); ordenar la detención a requerimiento del fiscal cuando la misma sea procedente (art. 151); prorrogar la incomunicación del encausado dispuesta por el fiscal (art. 152); dictar la prisión preventiva o sus alternativas a requerimiento del instructor (art. 157 y sigtes.); resolver los pedidos de excarcelación y eximición de prisión (art. 169 y sigtes.); disponer de oficio, los embargos después del acto de la indagatoria (art. 197); ordenar el registro de lugares (art. 219); disponer el allanamiento de morada y otros sitios (art. 220); ordenar las requisas personales (art. 225); disponer la incautación de cosas y documentos y la presentación de estos (arts. 226 y 227); ordenar la interceptación de correspondencia y, eventualmente, su secuestro (art. 228), como así también de las comunicaciones por cualquier medio (art. 229); ordenar el arresto del testigo renuente (art. 239); sancionar a los peritos negligentes (art. 253); disponer la producción de los actos irreproducibles y definitivos (art. 274); controlar el cumplimiento del término de la etapa penal preparatoria y pedir el reemplazo del fiscal moroso (art. 283); recabar el desafuero de legisladores o comunicar las detenciones de aquellos sorprendidos *in fraganti delicto* (art. 229); archivar las actuaciones en caso de improcedencia del desafuero (art. 301); participar en la recepción de la declaración indagatoria a petición del imputado (art. 308); disponer libertades por falta de mérito (art. 320); resolver sobre el pedido de sobreseimiento (art. 321); resolver sobre las excepciones planteadas en la etapa penal preparatoria (art. 328 y sigtes.) y sobre el pedido de elevación a juicio y las oposiciones y excepciones de la defensa (art. 334 y sigtes.). Lógicamente, ese cúmulo de tareas, muchas de las que deben desarrollarse aun en días y en horas inhábiles, implica la necesidad de dotar a la Justicia de Garantías —también integrada por una alzada con esa competencia para revisar las decisiones del inferior, en los casos que así esté previsto—, de una adecuada infraestructura, fundamentalmente en aquellos departamentos judiciales del interior de la Provincia en los que la extensión territorial atenta contra la celeridad para asegurar su correcto funcionamiento, siendo de esperar que así sea porque, creo, las previsiones inmediatas no son suficientes.



## **LA POLICIA JUDICIAL FRANCESA**

ALAIN PEREZ\*

A principios del siglo veinte, aún continuando con el desarrollo industrial del siglo pasado, se constató que la delincuencia común tomaba una forma diferente de lo ya conocido.

En efecto, se multiplicaban los robos a mano armada, tomando como víctimas a los bancos la gran mayoría, y cada vez eran más los delincuentes que accionaban en automóvil, por lo que el acto de delinquir se tornaba cada vez más frecuente por la gran facilidad que les otorgaban estas adquisiciones.

Las fuerzas de seguridad, Gendarmería y Policía Nacional no podían responder eficazmente por dos razones: la primera, porque los medios y recursos eran totalmente obsoletos, no disponían de automóviles, y por otro lado, se enfrentaban a un tipo de criminalidad diferente, muy móvil y organizada.

Clemenceau, un hombre político francés, apoyado por varios policías, se decidió por la creación, dentro del territorio francés, de lo que más tarde pasó a llamarse: "las brigadas móviles".

Estas unidades, especializadas en las investigaciones delicadas, compuestas por oficiales y comisarios capacitados, fueron equipadas de materiales adecuados para la época, como ser el sistema de radio-comunicación, automóviles, armamento, etc.

Más tarde, tomaron el nombre de Servicio Regional de Policía Judicial, hoy presente en dieciocho regiones de Francia.

### **I. La estructura de la Policía Judicial Francesa**

Ante todo hay que aclarar, para que no existan confusiones, que la Policía Judicial no depende, ni del Poder Judicial, ni del Ministerio

\* Ex-Jefe de la Policía Judicial de Francia, actualmente Agregado en la Embajada de Francia en la Argentina.

Público, sino que estructuralmente está bajo la autoridad del Poder Ejecutivo, es decir, del Ministro del Interior francés.

Vale decir, cuando actúan en investigaciones, la dirección de los operativos, se encuentra bajo la autoridad del Ministerio Público (fiscales), el cual a su vez, recibe instrucciones del Ministerio de Justicia, es decir del Poder Ejecutivo. En ciertos casos, la Policía Judicial trabaja bajo la dirección del juez de instrucción, magistrado independiente e inamovible.

Veremos más adelante como se desarrolla el proceso entre el Ministerio Público, el juez de instrucción y la Policía Judicial.

Como es sabido, Francia es un país unitario centralizado y descentralizado a la vez. Sin embargo, cada unidad regional, trabaja en su lugar de competencia. Tiene seguramente una facultad de iniciativa pero, para que la acción policial esté mejor coordinada, es decir que pueda desarrollarse a nivel nacional una verdadera política criminal, las informaciones recogidas localmente llegan hasta el nivel central, donde se analizan y más tarde son devueltas a su lugar de origen.

En una palabra, es posible que un delito cometido al sur de Francia tenga una cierta relación con uno cometido al norte de este mismo país. Si no existiera esta centralización de la información, no funcionarían correctamente la búsqueda y detención de los delincuentes.

La organización de la Policía Judicial es en cierta forma sencilla, y se reconocen en ella dos niveles:

### ***Nivel central***

Existe la Dirección Central de la Policía Judicial. Allí se encuentran varias oficinas operativas divididas en dos sub-direcciones: la sub-dirección de Asuntos Criminales y la sub-dirección de Asuntos Económicos y Financieros.

En cada sub-dirección existen oficinas especializadas como, por ejemplo, en el caso de la sub-dirección de Asuntos Criminales, anti-droga, represión de los delitos de alta complejidad, lucha contra el robo de objetos de arte y lucha antiterrorista y, en el caso de la sub-dirección de Asuntos Económicos y Financieros, blanqueo de dinero, estafas especiales y otras.

La oficina Central Nacional (Interpol) depende directamente del Director Central de la Policía Judicial, funcionario nombrado por el Ministerio del Interior, policía de carrera del cuerpo superior de los comisarios de policía.

### ***Nivel regional***

Las unidades se constituyen en una estructura idéntica a la central. Cada servicio regional se divide en dos partes, una sección de Asuntos Criminales y una, a cargo de la Delincuencia Económica y Financiera. Las dos están compuestas por oficinas operativas iguales a las existentes a nivel central.

De esta forma cada división regional responde a diario a la subdirección central correspondiente.

Tanto a nivel central como a nivel regional, existen unidades de búsqueda y de intervención cuya función es detectar grupos organizados, hacer un trabajo ciertamente difícil pero obligatorio de vigilancia, seguimiento e intervención, generalmente *in fraganti*, en el momento en el que se comete el delito. Estas unidades están beneficiadas por equipamientos de alto nivel y sus miembros están sumamente capacitados y especializados. El objetivo de trabajo de estas unidades consiste en actuar antes de la comisión del delito, y no después.

Desde su creación, en el año 1975, estos grupos demostraron excelentes resultados, más precisamente, en investigaciones sobre secuestros, extorsiones y robo a mano armada.

Todas las acciones policiales están bajo el control o la dirección de los magistrados, como paso a desarrollar en lo que sigue.

## **II. Relaciones Magistrados-Policía Judicial**

El artículo 12 del Código Procesal Penal francés, expone las relaciones Policía Judicial-Ministerio Público.

Inmediatamente después del descubrimiento de un delito penal, la ley obliga a la Policía a informar al Ministerio Público (Fiscal).

A decir verdad, es el fiscal quien dispone la autorización de perseguir o de parar la acción pública (art. 39).

Con excepción de algunos casos que veremos más adelante, el fiscal solicita a la Policía Judicial continuar con la investigación en flagrancia (cuando el delito constatado lo es) o en investigación preliminar si no existe flagrancia.

Cuando el delito constatado se define como crimen, es decir susceptible de ser castigado con una pena de más de cinco años de cárcel y juzgado por la Corte de *Assises*, el fiscal tiene obligación, por medio de un acta jurisdiccional llamada "Apertura de Información", de transmitir el sumario o el proceso al Presidente del Tribunal. Este

último, designará un juez de instrucción, magistrado independiente, quién “informará” o investigará “a carga y descarga”, imputará eventualmente, detendrá y pondrá, autores y cómplices del delito, a disposición de la Corte correspondiente.

Funciona el mismo mecanismo cuando la familia de una víctima se constituye como “Parte Civil” delante del fiscal.

Resulta lógico y evidente el pensar que, sólo un magistrado, como ser el juez de instrucción, no pueda llevar a cabo las investigaciones, sin el apoyo de la Policía Judicial.

Es por esto que el juez, a través de un acta llamada “Carta Rogatoria”, va a pedir a la Policía que se investigue el caso.

Dicha carta puede ser general o específica:

General: el magistrado permite a la Policía a través de ésta, allanar, detener, salirse de su lugar de competencia y trabajar en todo el territorio nacional, secuestrar todos los elementos, objetos, etc.

Específica: por medio de ésta, se realizan los trabajos especiales como ser la intervención telefónica o el interrogatorio de un testigo en una cárcel.

El artículo 81, de nuestro Código, precisa la competencia del juez.

De esta forma, el policía delegado y dirigido por el juez, no hace partícipe de su trabajo ni al Ministerio Público, ni al Poder Ejecutivo, funcionando como auxiliar del magistrado y adquiriendo independencia.

Exceptuando el hecho de que el juez puede imputar y dar órdenes de búsqueda o de detención, el policía actúa como él.

Como se indica entonces en este estudio, la Policía Judicial depende del Poder Ejecutivo pero también en cierta forma está dirigida por el Ministerio Público o por el juez de instrucción, según el tipo de delito cometido.

Existe un debate cuyo problema central reposa sobre la idea de sacar a la Policía Judicial de la jerarquía administrativa y ponerla bajo la dirección única del Poder Judicial.

Considerando el estado actual de las leyes francesas, este sistema resulta a mi criterio, por varias razones, difícil de establecer.

En primer lugar, no sólo la Policía Judicial es quien actúa en investigaciones, sino que también la Gendarmería Nacional, competente en ciudades de menos de 15.000 habitantes, investiga algunos casos. Las Comisarías de Policía, dependientes de otra dirección, trabajan bajo la dirección del fiscal o del juez de instrucción, en el lugar de competencia.

En realidad, la Policía Judicial (art. D4 del Código) interviene tan sólo en casos de alta complejidad.

Más allá de todos estos detalles, el principio de separación de poderes, como lo definió Montesquieu, funciona, hoy por hoy, bastante bien en la policía francesa.

En los casos en que no se ha tentado o cometido un delito, se actúa en trabajo de Policía Administrativa, conocida por su definición: la protección, la prevención, la tranquilidad y la salud pública. Cuando se constata el delito, se actúa en trabajo de Policía Judicial.

A lo que hay que apuntar es, más sencillamente, a que el policía que protege con su presencia a la ciudadanía, actúa en materia de Policía Administrativa, en cambio si se trata de un delito constatado, funciona como auxiliar de la Justicia.

En mi opinión, no hay que separar las acciones. La prevención y la protección del ciudadano no se oponen a la represión, sino que son complementarias y están íntimamente ligadas. El mismo policía trabaja continuamente en un sistema de dualidad: Policía Administrativa y Policía Judicial.

Cortar la cadena teniendo en cuenta la legislación francesa actual, sería un gran error, agravado por el hecho de que por su causa estaríamos obligados a escoger entre una u otra vía que la constituyen hasta ahora: Prevención, Disuasión, Represión.

Sin embargo, no cabe duda de que la globalización, y con ella la nueva forma de delito transnacional, obliga a especializar a la Policía, para que ésta sea eficiente en su investigación criminal.

Este debate recurrente, no aportaría a una mejora en el sistema, que en nuestros días funciona relativamente bien.

Conociendo con precisión su situación en el proceso penal, y sabiéndose fuera de los órganos de justicia pero bajo su dirección en ciertos casos, el policía puede ser el profesional que nuestra sociedad espera. Y, a pesar de todo, su posición le otorga cierta libertad de acción en el marco legal, respetando de esta forma los derechos del conciudadano y la estricta separación de los poderes.

Con profesionalismo, con los magistrados, con libertad controlada y cierta independencia, el policía francés es, hoy en día, sin lugar a duda, no sólo el protector de su propia sociedad, sino también un profesional al servicio de su comunidad.



## ENFOQUE SOBRE POLICÍA JUDICIAL, PREVENTIVA Y REPRESIVA

ADRIÁN JUAN PELACCHI\*

### Introducción

A fines de los años 70 y principios de los 80, los cambios económicos y sociales que conlleva la creciente urbanización, alfabetización, industrialización y expansión de los medios de comunicación que, amplían la conciencia política, multiplican las demandas de los diferentes sectores sociales y ensanchan su participación, produciendo una verdadera ola de democratización.

Se produce el fin del comunismo en el mundo, se avanza en un cambio tecnológico hacia una era dominada por las industrias, basadas en la capacidad intelectual del hombre, y éstas no necesitan lugares o asentamientos determinados; todo se puede hacer y vender en cualquier parte de la tierra. Las economías nacionales tienden a desaparecer.

Las naciones se dividen, los grupos regionales, industriales y comerciales crecen y la economía global está cada vez más interconectada; estamos en presencia de la globalización o la mundialización, donde el "internacionalismo y regionalismo están creando una nueva y completa estructura política, que además no tiene precedentes" (P. Drucker, *La sociedad postcapitalista*, Bs. As., Sudamericana, 1987).

Como consecuencia de las políticas de ajuste estructural, se produce una creciente marginalización y tercerización de la fuerza del

\* Comisario Gral. (R) ex-jefe de la Policía Federal Argentina.

trabajo, y según Jeremy Rifkin (*El fin del trabajo*, Paidós, 1996)<sup>1</sup>, el “desempleo en el mundo ha alcanzado en la actualidad su nivel más elevado, desde la depresión de los años 30. Más de 800 millones de seres humanos, en el mundo, están en la actualidad desempleados o subempleados”.

Lester C. Turow (*El futuro del capitalismo*, Javier Vergara Editores, 1996) explica su preocupación por la tendencia natural al aumento de la desigualdad que existe en este capitalismo de fin de siglo, describiendo un grado creciente de marginación y pobreza en la sociedad, con el consecuente nacimiento de una especie de “Lumpenproletariat” y los peligros que corre la clase media, imposibilitada de vivir en el mundo privado de los ricos.

Ambos autores coinciden en señalar, que se trata de un desamparo social a escala masiva.

Quizás estas apreciaciones puedan ser consideradas duras, pero objetivamente podemos inferir que, de la marginalidad instalada en un sistema social, es muy difícil esperar o construir algo positivo.

Paralelamente asistimos a un verdadero derrumbe de la autoridad y el poder como estaba concebido, lo que marca el rumbo inexorable del cambio de las estructuras del mismo.

Los artífices de este nuevo orden apuntan a la “reinención del gobierno”, impulsando profundas reformas estructurales, en ocasiones absolutamente previsibles y en otras, convirtiéndose en excusas para meros ajustes plenos de contenido racionalista económico, que nada aportan a la realización del bien común.

Si bien es cierto que hay un ciclo vital, “natural”, de las civilizaciones y sociedades, que es tan imposible de revertir e incluso detener, como lo es el envejecimiento humano (Arnold Joseph Toynbee), tampoco cabe duda que esta situación requiere atención inmediata y permanente, si lo que se quiere es generar los mejores niveles de paz y convivencia social.

Entonces, si coincidimos en la existencia de ese ciclo vital de la evolución de la sociedad en cambio y lo reconocemos como extendido a nivel mundial, con resultados que reflejan índices beneficiosos y por otra parte, de riesgo o directamente negativos, indeseables en lo social, ¿Cómo deberíamos encarar una presunta o posible modificación o alteración de los sistemas policiales?

<sup>1</sup> International Labor Organization, edición de prensa, Washington, D.C., ILO 6/3/94. International Labor Organization, *The World Employment Situation, Trends and Prospects*, Ginebra, Suiza, ILO, 1994.

Sin duda, con la intención puesta en lograr una propuesta superadora y nunca –si damos valor o contenido real a la situación planteada– como una suerte de improvisado salto al vacío.

No ha sido nunca la política de la Policía Federal Argentina oponerse a reformas superadoras, aun cuando impliquen cercenamientos de competencias, es por eso que en este trabajo pretendemos exponer una concepción, un enfoque, una doctrina, sentada sobre las bases del conocimiento de una Institución, de su estructura, de sistemas, prácticas, órganos, servicios, gabinetes, laboratorios, archivos, formación y educación.

Quizás cobre importancia para los participantes, conocer respecto de sistemas o modelos policiales comparados e indudablemente introducirlos en el conocimiento de la estructura y funcionamiento de la Policía Federal Argentina.

Paralelamente sería importante conocer la realidad de los conceptos manejados por esta tesis racionalista, su origen, proceso histórico, actualidad y proyección futura ¿Realmente existen y tienen relevancia y entidad?

“La falta más grave que puede cometerse en la construcción jurídica, es la de construir una institución, no según su sentido real, sino según una finalidad ideal” (James Goldschmidt, *Teoría general del proceso*, III, 14)

## **Desarrollo**

### ***a) Principios Dogmáticos Generales de la Ciencia de la Policía. Principio de la Unidad Funcional***

La dogmática general de la Policía ha formulado sus principios, categorías y conceptos, como resultado de la investigación histórica, cultural, sociológica y jurídica, confrontada con la técnica de la Policía y sus servicios.

Esto da lugar a principios y categorías conceptuales plenas de contenido real, sustancial, viviente. No son el producto de especulaciones abstractas.

Así, el punto de partida de la construcción dogmática es el Principio de la Unidad Funcional. La función de la Policía es una sola, única e indivisible.

Sólo admite determinaciones por materia en cuanto sea necesario a los fines del ordenamiento legal, del estudio doctrinario, de la estructuración orgánica.

Siempre en el entendimiento que tales determinaciones de ninguna manera signifiquen quebrantar la unidad esencial de la función policial, ni dar lugar a funciones distintas que puedan ser artificialmente desmembradas y originen entes institucionales para cada una de ellas.

Durante mucho tiempo, y aún hoy, en ocasiones, esas materias o determinaciones funcionales, se denominaron por si mismas, "funciones". Por ejemplo, "función de policía de seguridad", "función de policía judicial".

Sin embargo, tales términos no se aplicaban en un sentido jurídico general, sino a la Policía, o sea, en sentido funcional institucional, entendiéndose que se quería significar como "funciones específicas", especificaciones de la función general, al modo de subfunciones dentro de la función integral.

### *1. El dualismo Policía Administrativa-Policía Judicial*

Para algunos, la doctrina jurídica ha construido un "dualismo funcional". Su expresión más antigua es la que opone la Policía Administrativa a la Policía Judicial.

La tesis judicialista considera que la Policía Judicial debe ser una Policía investigadora del delito, desligada de la Policía Institución, es decir, de la Policía de Seguridad y dependiente de la justicia, como órgano auxiliar y ejecutivo de la misma, en un criterio eminentemente racionalista, donde no se tiene en cuenta ningún dato de la realidad.

Históricamente, y a pesar de no ser recogida la idea judicialista en los sistemas policiales modernos, como una concepción fantasmal, como una suerte de mítica supervivencia del ave fénix, cada tanto reaparece como un supuesto aporte a la mejoría de los sistemas.

Los argumentos más comunes para fundamentar la tesis, son los siguientes:

1. La Policía Judicial existe, tal como se la concibe, en otros países; ejemplo, La Policía Judicial en Francia (Argumento terminológico).

2. La función penal del Estado es una función de "represión" estrictamente jurídica, y en el orden penal-procesal, una función "judicial". En consecuencia, la "Policía Represiva" es función jurídica y judicial. (Argumento de la naturaleza jurídico-judicial de la represión y de la policía represiva).

3. La "Policía de Seguridad", como Policía Preventiva, se distingue en sustancia de la "Policía Represiva". (Argumento del dualismo funcional).

4. Debe haber dos Policías, una para cada función. La Policía de Seguridad para la función preventiva, y la Policía Judicial, para la función represiva. (Argumento del dualismo funcional).

5. La Policía Judicial se fundamenta en el principio de la división de poderes. (Argumento de la división de poderes).

6. La Policía Judicial puede constituirse simplemente con ciertos servicios de investigaciones. (Argumento orgánico).

## *2. El argumento terminológico*

Desde antigua data la tesis judicialista se formula a partir de meras sinonimias que caracterizan una forma terminológica. Se señala que existe como tal en otros países, e inmediatamente se trae a colación, como prueba de la existencia en Francia de la famosa Policía Judicial.

Esta expresión puede hacer creer a personas desinformadas, que se trata de una "Policía de la Justicia".

Se trata que la expresión "policía judicial", acuñada a partir del Código del 3er. Brumario del año IV y recogida por el Código de Instrucción de 1808, se refiere a una función, no a una institución, de investigación, instrucción y persecución del delito, atribuida originariamente a los "oficiales de policía judicial" (Policía, juez de instrucción y fiscal), los cuales obraban en nombre del Poder Ejecutivo, no de la Justicia.

Dicho Código en los artículos 10 y 20 creyó necesario definir la "policía", haciéndolo así:

"La Policía es instituida para mantener el orden público, la libertad, la propiedad y la seguridad individual. Se divide en Policía Administrativa y Policía Judicial. La Policía Administrativa tiene por objeto el mantenimiento del orden público en cada lugar. Tiende principalmente a prevenir los delitos. La Policía Judicial investiga los delitos cuya comisión la Policía Administrativa no ha podido impedir, reúne las pruebas y libra sus autores a los tribunales encargados por la ley de castigarlos.

Sin embargo, el codificador francés partió de un concepto unitario, el de Policía, como función de gobierno y administración, del cual lo administrativo y lo jurisdiccional eran determinaciones; consecuen-

temente, se trataba de una función de naturaleza ejecutiva (administrativa) y no jurisdiccional.

La palabra *judiciaire* no fue muy feliz por los equívocos que ha provocado, pero sin duda apareció la más adecuada para expresar esa determinación de policía. Entonces el traslado del concepto funcional al concepto institucional, es totalmente arbitrario.

En el aspecto institucional, todos los servicios de Policía Judicial en Francia son propios de la Policía de Estado y, por ende, dependientes del Poder Ejecutivo.

En cuanto a la orgánica, la Dirección de Policía Judicial, conocida por la sigla "PJ" y con sede en la popular y antigua sede de "36 quai des Orfèvres", era una de las cuatro grandes Direcciones activas, es decir, de Policía, de la Prefectura de Policía de París, hoy incorporada a la Seguridad Nacional.

Respecto de los servicios y estructura de esta importante fuerza policial, estos serán debidamente explicitados por el penalista Pérez, Oficial de Enlace en Argentina, de la Seguridad Nacional francesa.

### *3. El argumento de la naturaleza jurídico-judicial de la represión y de la Policía Represiva*

En este argumento, encontramos la especulación de la verdadera teoría, construida racionalmente mediante los procedimientos típicos del método lógico-abstracto, aunque sus deducciones no se desenvuelven con el rigor lógico que el método exige.

El postulado implícito del argumento, es el de considerar a la función penal del Estado, como una función de represión, en clara oposición dialéctica a la prevención.

Completa el postulado la idea que esa función, es estrictamente jurídica, y en su aspecto penal-procesal, una función judicial (entendida como de la Justicia).

Surge, ahora explícitamente, que la Policía Represiva (en lugar de la Policía Judicial) se reviste de la misma naturaleza jurídica y judicial (jurisdiccional), con el carácter de "función auxiliar" de la Justicia. Como el cometido de la Policía Judicial, en términos generales, es la investigación criminal, va implícito que ésta es también jurídica y judicial.

La concepción de la represión, la Policía Represiva y de la investigación criminal, con los caracteres jurídicos aludidos, constituye el núcleo de la teoría.

Sin embargo la función penal del Estado ha evolucionado desde la concepción exclusivamente jurídico-represiva, a la concepción normativo-preventivo-criminológica.

Como hija del conceptualismo racionalista, no es de extrañar que sólo aparezcan en ella, una serie de afirmaciones dogmáticas, sin indagación alguna, acerca del componente realidad, de los conceptos manejados, su origen, proceso histórico, actualidad y proyección futura.

Al mismo tiempo, y concurriendo a dar sentido a esta tesis, evolucionó la concepción de la Policía Represiva. Así como la concepción de la función penal, transitó del evolucionismo jurídico a una noción comprensiva de sus aspectos normativos, preventivos y criminológicos, del mismo modo, la Policía Represiva (Policía Judicial) no puede concebirse, hoy en día, sino como una función policial preventivo-represiva, técnica y científica.

Su cometido específico es la investigación del delincuente, pero su acción está integrada en el conjunto de la acción de la Policía para la defensa social y la lucha contra la criminalidad.

El enfoque exclusivamente jurídico, de la represión penal y de la Policía Represiva conduce, lógicamente, a asignar igual naturaleza a la investigación criminal.

Realmente resulta dificultoso, a las puertas del siglo XXI, concebir a la investigación criminal como una labor "jurídica", patrimonio de jueces y fiscales, que para ella se auxilian con una Policía Judicial dependiente de los mismos; y que se afirme es una actividad "judicial", "fase primaria de la administración de justicia", que se pone en movimiento "cuando aparezca cometido un hecho delictuoso", esto es con exclusión de toda labor previa de prevención.

Aún asombra más cuando se la supone una herramienta apta para funcionar en una gran metrópoli como Buenos Aires y para la jurisdicción federal en todo el país. Es decir, que se la conciba como un sistema para luchar contra las complejas formas de la criminalidad organizada y violenta, contra el delito interjurisdiccional, de la delincuencia económica e informática, del terrorismo doméstico e internacional y los atentados a la Seguridad del Estado.

La labor investigadora de la Policía es hoy en día y cada vez más, una función técnica y en los casos enunciados genéricamente, caracterizando la criminalidad de estos tiempos, demanda no sólo las cualidades innatas o adquiridas por formación y experiencia, del investigador, sino principalmente el apoyo de toda la organización preventiva y represiva, interna e internacional, de los servicios policiales, de sus gabinetes especializados, sus laboratorios, sus archivos.

#### *4. El argumento del dualismo funcional*

Se parte de la afirmación que la Policía de Seguridad, como Policía Preventiva, se distingue en substancia de la Policía Represiva. El supuesto dualismo prevención-represión, desarrollado en el plano jurídico por el argumento anterior, se traspone ahora al plano de la dogmática policial.

Aun aceptando ese dualismo, a la manera de hipótesis, tampoco conduce deductivamente a la dicotomía institucional que se busca, dado que ambas funciones, preventiva-represiva, pueden ser desempeñadas por la Policía de Seguridad. (Esto es así de hecho, con matices de especialización orgánica expuestos con mayor o menor grado).

No hay una distinción substancial entre Policía de Seguridad y Policía Judicial. Son aspectos de una misma función de policía.

La inconsistencia del aludido dualismo es de fácil demostración, ante la unidad ontológica de la Policía. Pero la dogmática policial siempre extrae sus principios de la realidad de la función. Pocas creaciones de la cultura han obedecido, como la Policía, en forma más directa, a la "naturaleza de las cosas". Pocas van cumpliendo, como ella, de modo global, el paso del Estado empírico al Estado técnico y teórico.

Los principios de la auténtica teoría policial no son otra cosa que la sintetización de las prácticas de la función, a veces seculares, y responden a exigencias técnicas ineludibles de la misma.

En ese plano técnico es imposible separar la Policía de Seguridad en dos ramas, una estructuralmente preventiva y otra exclusivamente represiva, y menos hacer de ésta un órgano de la Justicia. Sólo se conciben servicios especializados, pero de actuación armónica y conjunta.

Estos dualismos especulativos y la consiguiente dicotomía policial que de ellos se deduce, han sido anatematizados con rigor por los policías, los cuales, de distintas nacionalidades coinciden, naturalmente, en el exacto enfoque de la cuestión técnica.

La Policía de Seguridad, en funciones de auxiliar de la Justicia o Policía Judicial, representa un adelanto para las investigaciones, pues se halla en contacto directo con la población, es más accesible para el público, y las investigaciones no se malogran ni se pierden los rastros o huellas del delito por no haber obrado a su debido tiempo.

Es indudable que la Policía de Seguridad en función de auxiliar de la Justicia, aprovecha desde los primeros momentos consecutivos del delito, las propicias circunstancias que le permiten ahondar rápidamente la investigación, obtener informaciones exactas del interro-

gatorio previo de los testigos, de la víctima o del propio autor, si ha sido detenido y antes que éste pueda entrar en subterfugios o ser puesto sobre aviso por sus amigos o parientes, conseguir por medios legales la comprobación de la culpabilidad o inocencia del imputado.

Los precedentes demuestran que reducir las actuaciones de la Policía a una función de estricta prevención y seguridad, trae como consecuencia un dislocamiento de la función represiva del Estado, que debe necesariamente acudir a otras fuerzas distintas que muchas veces chocarán entre sí.

Para encauzar científicamente una investigación, no conviene que se independicen y separen en forma absoluta las funciones de la Policía de Seguridad y Judicial, porque desde los primeros momentos del suceso concurren una serie de antecedentes y circunstancias que son fundamentales para la instrucción del proceso, y que no deben escapar al ojo avizor del buen policía, a su astucia y experiencia de la vida real.

##### 5. *El argumento del dualismo institucional*

Según este argumento debe haber dos Policías. Una la Policía de Seguridad, para la función preventiva; y otra, la Policía Judicial (de la Justicia), para la función represiva, como auxiliar de los tribunales y del Ministerio Público.

El análisis dogmático y técnico, corroborado por la indagación conceptual e histórica, rechaza los supuestos dualismos basados en unilaterales concepciones jurídicas de la represión penal y de la Policía Represiva.

Sin embargo, por un proceso deductivo incorrecto, porque no se funda en premisas verdaderas, la tesis judicialista llega, finalmente a la aventura institucional que es el *leit-motiv* de todos sus esfuerzos, Policía Judicial.

El concepto de Institución acreditado en el Derecho Público, a partir de los estudios del eminente jurista Maurice Hauriou, implica el ejercicio de un poder durante una trayectoria histórica y consentido consuetudinariamente. Uno de los que responden cabalmente a ese concepto, es la Policía.

Establecida y consustanciada con la evolución histórica de la sociedad, mucho de su autoridad y funciones, antes de ser consagrado en el derecho orgánico o codificado, fue consentido por el "uso y la costumbre", cosa que sólo acontece con las verdaderas instituciones.

La Policía-Institución por antonomasia, tradición histórica y ade-

cuamiento jurídico, entre nosotros y en todo el mundo, desde los remotos orígenes, es la Policía de Seguridad.

También, desde esos orígenes, es un atributo de la Policía-Institución la representación y el ejercicio de la fuerza pública, que ella misma emplea en caso necesario o pone al servicio de los órganos judiciales y administrativos autorizados para requerirla. La ciencia política ha aclarado el fundamento de esa atribución. El Estado, para hacer efectivo el derecho y cumplir sus demás fines, posee poder supremo que se denomina “soberanía”, o “autonomía” en al esfera propia de los Estados particulares. Se manifiesta ese poder por el derecho de mando, el *imperium*. A veces es necesario hacer efectivo el *imperium* por medio de la coerción, el *ius agendi*. El órgano que el Estado tiene para esa coerción es la Policía-Institución, o sea, la Policía de Seguridad, la cual es “la fuerza pública”.

Como la fuerza pública implica el ejercicio del poder de ejecución, naturalmente desde sus orígenes la Policía-Institución ha sido órgano de la autoridad ejecutiva del Estado, asociada siempre al poder de gobierno y administración, que en los regímenes constitucionales modernos se denomina Poder Ejecutivo. Por eso Mayer pudo decir: “La Policía es la Administración con el poder coactivo, o bien, el poder coactivo en la Administración”. Y no podríamos hallar una caracterizaron más sintética de la Policía, en ese aspecto, que la feliz expresión de nuestro histórico Reglamento Provisional de Policía, del 22 de diciembre de 1812: “...es la ejecución y el brazo activo del Gobierno y su subdelegado más inmediato en este ramo”.

Poder de ejecución-Poder Ejecutivo-Policía de Seguridad es una trilogía conceptual, histórica, jurídica, técnica y orgánica. En el Estado antiguo comandar la Policía era una prerrogativa del monarca como “guardador de la paz”.

En el Estado moderno es una consecuencia del principio de la división de poderes, en su legítima interpretación. Manifestación del poder de ejecución y órgano del gobierno y administración, la Policía está subordinada al Jefe de Estado o al Jefe de Gobierno que ejerce el Poder Ejecutivo, ya directamente, ya por intermedio de uno o varios de sus ministerios o secretarías.

Desde el punto de vista técnico, la impracticabilidad de la “Policía ‘Judicial’ de la Justicia” es tan obvia –más que obvia, aberrante, si tiene por mira un gran sistema policial nacional o metropolitano– que los policías no pueden ocultar su disgusto cuando se ven obligados a polemizar en cosas tan elementales. Como complemento, tene-

mos aquí la argumentación del Inspector General Marcel Sicot, de la Seguridad Nacional Francesa:

“La verdadera función de la policía, la que consiste en proteger bienes, vida y libertad contra atentados graves, exige intrínsecamente que sea asegurada por un servicio, si no homogéneo, por lo menos perfectamente coordinado y centralizado. La unidad de la función postula la unidad de los servicios. La unidad de los servicios de policía responde a la unidad de la función de policía. Si es erróneo distinguir rigurosamente aspectos indivisibles de la función de policía, es con mayor razón incurrir en grave error el querer dispersar los servicios de policía en función de distinciones arbitrarias. Las secciones especializadas de un servicio de policía forman el *fascis lictorius*; dispersas, aisladas, no son más que varillas aisladas, buenas, cuanto más, para asustar a los niños.

“Hacer depender la Policía Judicial de otra autoridad que no sea la de los servicios de policía general, equivaldría a quebrar el arma cuyo supuesto manejo inhábil se desea evitar. Sin los demás servicios de policía, la Policía Judicial no es nada, ni puede hacer nada. La Policía Judicial es un órgano especializado de un cuerpo complejo que lo nutre. El más modesto agente de calle informa a menudo mejor que un interrogatorio de instrucción. Aislar a la Policía Judicial del resto de la Policía es cegarla y negarle su alimento. No sólo quedaría privada de numerosas fuentes de información y medios de acción: se ha comprobado, donde se intentó la experiencia, que debió afrontar, en una u otra forma, la hostilidad de los otros servicios de policía, que le negaban la comunicación de sus archivos. Por lo demás, un servicio especializado de Policía Judicial no tardaría en reconstituirse de una u otra forma, si se decidiera separar del cuerpo policial a la Policía Judicial propiamente dicha.

“Aún en el sistema en el cual la función unitaria de policía se encuentra dividida en servicios autónomos, como sucede en ciertos países, y la Policía Judicial está ligada especialmente al Ministerio de Justicia, los otros servicios ejercen también la función de Policía Judicial, ya se trate de policías municipales o de la gendarmería. Los choques son frecuentes entre esos servicios no coordinados.

“Una organización de la Policía diseminada de ese modo conduce a una complicación anacrónica, que sólo es tolerable en los Estados pequeños, donde en caso urgente la coordinación en el nivel superior de los servicios autónomos de policía es algo relativamente cómodo. Los problemas de organización del conjunto de los servicios que constituyen la Policía no ofrece hoy dificultades de estructura.

“Una Policía moderna comprenderá secciones especializadas tanto como haga falta, que dispondrán de medios técnicos y científicos comunes. Será dirigida, en cada grado, por una autoridad central común. Que sea el Estado, la provincia o el condado, poco importa en el fondo, con tal que haya desde el comienzo unidad de comando.”

#### *6. El argumento de la división de poderes*

Este argumento apunta a instalar la Policía Judicial (es decir la Policía Judicial dependiente de la Justicia), se fundamenta en el principio político de la división de poderes.

Generalmente los postuladores de esta tesis, apelan al recurso de ubicar la cuestión en el plano del derecho constitucional, por imponer una categoría normativa superior a la de todo otro ordenamiento jurídico.

Se trata de una asombrosa idea del principio de la división de poderes, en virtud de la cual se concibe que pueda existir una Policía Ejecutiva como órgano de la Justicia.

La doctrina de la división de poderes reconoce su primer antecedente moderno en las opiniones del publicista inglés John Locke, quien en su “Ensayo sobre el gobierno civil”, publicado en 1690, distinguía tres poderes: el legislativo (del cual hace depender, además, el poder juzgar), el ejecutivo y el federativo (para hacer la guerra, concertar la paz y convenir tratados, poder ligado normalmente al ejecutivo).

El Poder Ejecutivo, en su concepto, tiene por función emplear la fuerza pública para la ejecución de las leyes civiles. El Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en todas las monarquías moderadas y gobiernos bien regulados, deben estar en diferentes manos.

El verdadero fundador de la doctrina moderna fue Carlos de Scondat, barón de Montesquieu. En su monumental “Espíritu de las Leyes”, que data de 1748, considera que hay en el Estado tres clases de poderes: la potencia legislativa, que hace las leyes o las reforma, la potencia ejecutiva, que hace la paz o la guerra y establece la seguridad, y el poder de juzgar, que castiga los crímenes o juzga las diferencias entre los particulares.

Es un desarrollo de las distinciones de Locke, pero presenta como poder distinto e independiente al Judicial. Como dice Esmein: “Vio netamente que el empleo de la fuerza pública y de la acción gubernativa interior para asegurar el orden y la ejecución de las leyes, presenta una afinidad natural con la acción diplomática y el empleo de la fuerza armada en las relaciones exteriores; hay ahí un conjunto de

atribuciones que son los medios de la política propiamente dicha. La justicia, por el contrario, la aplicación rigurosa y científica del derecho penal y del derecho privado, constituye un dominio absolutamente distinto, una función del Estado determinada naturalmente por otras reglas.

Establecida la clasificación, deduce Montesquieu la parte más célebre de su doctrina: la división de los poderes. Parte del principio natural de que "todo hombre que tiene poder es inclinado a abusar de él: lo hace hasta que encuentre límites. La misma virtud requiere límites. Para que no pueda abusarse del poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder".

Sólo la separación de los poderes aseguraría el respeto y la segura aplicación de las leyes. "Cuando en una misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura la potencia legislativa está reunida a la potencia ejecutiva, no hay libertad, porque es de temer que el mismo monarca o el mismo senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. No hay tampoco libertad si la potencia de juzgar no está separada de la potencia legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese unida a la potencia legislativa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, porque el juez sería legislador. Si estuviese unida a la potencia ejecutiva, el juez tendría la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de principales o de nobles o del pueblo, ejerciere los tres poderes, el de hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o las diferencias entre los particulares".

Nuestro país en el orden policial, ha seguido desde siempre el principio de la división de poderes que instala la función de policía (comprendida la materia de Policía Judicial) en el ámbito del Ejecutivo, en similitud de enfoque de otros países como Francia, Inglaterra y Estados Unidos.

### *7. El argumento orgánico*

Para concretar esta aspiración abstracta, surge como imprescindible contar por lo menos con una base en personal y medios y rápidamente se piensa en la estructura que en el campo de la investigación criminal tenga la fuerza cuya transformación se pretende.

Esta ambición supone también el usufructo del aparato de policía científica y técnica.

En el caso de la Policía Federal Argentina, ¿tendrán idea de la compleja trama de interdependencias y vinculaciones funcionales que

alimentan un sistema que es un verdadero orgullo para el país ? Resulta muy difícil creer que estas teorías tengan las vivencias y capacidad reales para entender la vinculación entre dependencias en función de Policía Judicial, cuando interactúan hombres y medios, en forma concurrente: Superintendencia de Seguridad Metropolitana, Superintendencia de Investigaciones, Superintendencia de Drogas Peligrosas, Superintendencia de Seguridad Ferroviaria, Superintendencia de Policía Científica, Superintendencia de Comunicaciones, Superintendencia de Bomberos, Dirección General de Asuntos Judiciales, Departamento de Interpol (OCN Buenos Aires), todo bajo la conducción del Comando Jefatura-Subjefatura de la Institución (Ver Esquema Anexo: Relación entre Dependencias en función de Policía Judicial).

El delito interjurisdiccional y el avance de las transnacionales del delito, es una realidad con la que chocamos todos los días y sin duda no puede enfrentárselo sin contar con una sólida y compartimentada Institución, donde los distintos segmentos del sistema tengan una misma cuna de formación y una identidad que devenga en un espíritu de unidad que facilite la sumatoria, en una forma de coordinación natural y lógica que deviene de esa realidad.

## PERFIL FUNCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN LA NUEVA LEGISLACIÓN ARGENTINA

JOSÉ I. CAFFERATA NORES\*

### I. Regulación constitucional

La Constitución Nacional Argentina ha instituido el Ministerio Público Fiscal (art.120) y las Constituciones Provinciales también (v. gr. arts. 171 a 173, Constitución de Córdoba). En el ámbito de las respectivas jurisdicciones (nacional o provincial) tendrá la función de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad” (art. 120, Constitución Nacional)<sup>1</sup>, de “promover y ejercitar la acción penal pública” y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social, (art. 172, Constitución de Córdoba). Ya existen leyes reglamentarias de su organización (v. gr. ley Nacional 24.946; ley 12.061, Provincia de Buenos Aires; ley 7826, Provincia de Córdoba) lo que permite una aproximación general sobre su actual perfil funcional y su situación institucional en la República Argentina, en relación con su rol en la persecución penal.

Es así, entonces el M. P. Fiscal el órgano estatal que deber iniciar de oficio todas las acciones penales (art. 71, Cód. Penal), para “perseguir” a “los delincuentes” (art. 274. Cód. Penal), debiendo requerir el juicio (art. 18, Constitución Nacional) que permita la aplicación a éstos de las penas que les correspondan, acusándolos ante los tribunales (Federales o Provinciales, según las cosas o las personas

\* Diputado Nacional, Profesor de Derecho Penal (Universidad Nacional de Córdoba).

<sup>1</sup> La expresión es adecuada para “denotar la idea de un sujeto ‘agente’... que lo distingue nítidamente del órgano juzgador” señalan SARMIENTO GARCÍA, y otros, *La reforma constitucional interpretada*, Buenos Aires, 1995, pág. 485.

cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones, art. 75, inc. 12, Constitución Nacional); o no desarrollar todas o partes de estas actividades cuando se admitan soluciones alternativas a la pena (v. gr., suspensión del juicio a prueba, art. 76 bis, Cód. Penal). A su vez los Códigos Procesales Penales de la Nación (art. 65) y de las provincias (v. gr., Córdoba art. 71) reglamentan el ejercicio de estas atribuciones acusatorias (complementados por las respectivas leyes de organización).

O sea, el M. P. Fiscal tiene a su cargo la persecución del delito (función requirente, rezan las normas que regulan el Ministerio Público, art. 2° de Bs. As., art. 9° Córdoba, y Nación art. 25, inc. c, promover y ejercer acción penal pública) actividad que conlleva la responsabilidad de buscar las pruebas que permitan formular fundadamente una acusación contra quien aparezca responsable de su comisión, el sostenimiento y acreditación de ella ante un tribunal de juicio, y la petición concreta de la pena que (y si) correspondiere, misión que no se encuentra claramente delimitada hoy en sus alcances, dentro de la legislación argentina (a pesar de los avances de los C.P.P. de Córdoba -ley 8123- y de la Pcia. de Buenos Aires -ley 11.922-).

Pero esto no les impide a la mayoría de aquellos cuerpos legales (el C.P.P. de Córdoba no lo hace) autorizar indebidamente a los jueces que compartan las mencionadas atribuciones acusatorias (como mandar al M.P. Fiscal a formular la acusación en contra de su voluntad -v. gr., art. 348, CPPN- o darles poderes a los tribunales para probarla v. gr., art. 388, CPPN), fenómeno que es característico del sistema "mixto de enjuiciamiento penal", que reniega de una distinción sustancial de roles entre acusador público y tribunales, partiendo de la equivocada idea de la existencia de un idéntico interés de justicia entre ellos (presuntamente originado en su común pertenencia al Estado), conformándose en consecuencia con una separación de funciones sólo "formal".

Desde nuestro punto de vista, esto no se compadece con el sistema constitucional argentino (arts. 18 y 75, inc. 22, CN) que establece que la función de perseguir y acusar es diferente e independiente de la de juzgar y punir, y pone a cada una a cargo de órganos públicos diferenciados e independientes entre sí, porque entiende que la función de juzgar no puede, sin grave riesgo para su imparcialidad y para la igualdad de partes, asumir atribuciones acusatorias o de persecución. Consecuentemente pretende que la verdad sobre la acusación deba procurarse a través de la contradicción entre los intereses opuestos que se enfrentan en el proceso, acordando la responsabilidad de sostenerlos y acreditarlos sólo a quiénes los representan (v.

gr., el M. P. Fiscal representa el "interés general" de la sociedad) o encarnan (el acusado tiene interés propio en no ser ilegal o arbitrariamente condenado)<sup>2</sup>, reservando a los jueces sólo la misión de resolver cuál de ellos debe prevalecer en cada caso.

## II. ¿Qué son los intereses generales de la sociedad?

Es imprescindible intentar una mínima aproximación a lo que se entienda por "intereses generales de la sociedad" o "interés social", a la hora de comprender el rol funcional del M. P. Fiscal y los cursos de acción que debe requerir para "defenderlos" o procurar su "satisfacción" ante los tribunales de justicia penal (como manda el art. 120 de la Constitución Nacional o el art. 172 de la Constitución de Córdoba), ya que esto influir en el mantenimiento o posibles reformulaciones de nociones tradicionales sobre la persecución penal pública.

### *a) Estado, sociedad e individuo*

Vulgarizando podría decirse que el Estado es una forma de organización de la sociedad para garantizar el ejercicio y favorecer el desarrollo de los intereses y derechos de cada uno de sus integrantes. Pero si, en cambio, se lo concibe como (o se transforma) en una mera estructura de poder al servicio de la ideología, privilegios, intereses económicos o posiciones políticas de un sector dominante de esa sociedad (y no de todos sus integrantes), o cobra "vida propia" y se pone al servicio de su propia burocracia, seguramente procurar otros fines distintos de los de la sociedad en general y de los de cada uno de sus miembros. En este último caso el Estado, bajo el disfraz de proteger los intereses generales de la sociedad, defender en realidad intereses particulares de los sectores dominantes.

Como estos dos paradigmas coexisten dialécticamente en nuestra praxis, es necesario estar alerta para no asimilar al último de ellos (ni siquiera por buena fe) los significados profundos de nociones como "interés general de la sociedad", "interés social" o "interés público", en la tarea de diseñar el rol funcional del M. P. Fiscal.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Proceso penal mixto y sistema constitucional*, en Nueva Doctrina Penal, 1997-A-80.

<sup>3</sup> Esta confusión también tiene su reflejo en la gente común —y así lo conversamos con Marta Oyanharte— en orden a su concepto sobre lo "público". Pensemos en el caso —frecuente— del joven que rompe de una pedrada un foco de luz que alumbraba una plaza del barrio en que vive. Seguramente que al hacerlo, no piensa que el foco sea de su propiedad (ni siquiera parcialmente), pues por lo general nadie destruye sus pro-

## ***b) Bien jurídicamente protegido e intereses particulares lesionados***

Uno de los medios con los que el Estado pretende defender los intereses de la sociedad y de sus integrantes, es la ley penal, que (bueno es recordarlo) en su configuración moderna, no tiene fundamento en el daño concreto sufrido por el ciudadano ofendido por el delito, cuyo tratamiento por el Estado a través del sistema judicial fue justificado, originariamente, como una herramienta para evitar los efectos disociativos de la venganza privada. Hoy la ley penal procura, en cambio (y según parece), la penalización de actos o comportamientos individuales (e incluso –incorrectamente– ciertas situaciones) que afectan intereses generales que el Derecho Penal estima indispensables de proteger, por considerarlas importantes para la pacífica convivencia social: es lo que se conoce como intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma penal (v. gr., al castigar el robo se castiga la violación al derecho de propiedad como tal, reconocido por el orden jurídico abstractamente y en general a todos los habitantes, y no la lesión al derecho de propiedad concreto del ofendido a causa del desapoderamiento de la cosa robada).

Sin embargo en la actualidad existe una muy interesante corriente de pensamiento (en la que nos sentimos expresados), que postula que el derecho penal debe tutelar aquellos intereses generales (los “bienes jurídicos”) pero que también debe tutelar los intereses concretos de la víctima, y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es sólo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal (“la propiedad”), sino que es también una lesión al derecho concreto<sup>4</sup> del ofendido<sup>5</sup> (“su” propiedad).

---

pios bienes sin una muy buena razón. Posiblemente al romperlo cree que, precisamente por ser público, el foco es de otro (el Estado que tiene a su cargo el servicio de iluminación) o no es de nadie; pero en cualquier caso (o en ambos) cree que, por ser público, le es ajeno.

<sup>4</sup> ESER ALBIN, M. C., “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, 1997, N° 1, pág. 21 y sigte., quien denuncia una “abstracción progresiva” del concepto de bien jurídico y la virtual desaparición de la víctima detrás de él. Véase también a BINDER, ALBERTO, *Política Criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, 1997).

<sup>5</sup> Lo que lleva como natural consecuencia a que la participación de la víctima en el proceso penal no deba entenderse como “una mera concesión sino como un derecho originario” ESER, loc. cit. Por su parte, JOSÉ DE CAFFERETA, CRISTINA, *El Ministerio Público Fiscal*, Córdoba, 1997, pág 25, expresa que la intervención de la víctima como querellante en los delitos de acción pública no es un mero problema de política procesal, sino que está impuesta por el principio de defensa (en su proyección activa) consagrado por la Constitución.

Luego de estas mínimas aproximaciones personales sobre los fines del Estado y la función del Derecho Penal, quizás podamos preguntarnos mejor: el interés general de la sociedad; ¿es algo que por ser de todos los ciudadanos deja de ser de cada uno, o es algo que por ser valioso para cada uno, es que se convierte en interés de todos?<sup>6</sup>

### ***c) El rol del Ministerio Público Fiscal***

Si creemos lo primero, ese interés, en virtud de tal mutación, resulta fácilmente apropiable por el Estado, que sustituir su rol de representante de toda la sociedad y sus integrantes (víctimas del fenómeno delictivo) por el ficticio de “Estado víctima”, favoreciendo así las desviaciones señaladas en el N° II.a). Y esto abrir el paso a la concepción de que el M. P. Fiscal no es un representante del interés de cada uno sino un representante del “interés del Estado”, interés que se ha “autonomizado” respecto del de la sociedad<sup>7</sup> y del de cada uno de los coasociados, lo que lo hará funcionar sólo como un representante del Estado (cuando no un “guardaespaldas” de sectores poderosos, o instrumento de su propia burocracia) y no como un servidor o representante de los ciudadanos.

Pero si, por el contrario, aceptamos que el interés que defiende el M. P. Fiscal es el “general de la sociedad” sólo, principalmente o también porque es el de cada uno de sus integrantes (v. gr., como ninguno quiere que le roben, la protección de la propiedad es interés de todos<sup>8</sup>, nunca podrá dejar de lado un perfil funcional de agente público al servicio del ciudadano que vea afectado su derecho o interés concreto por la comisión de un delito, que si bien ha confiado al Estado la tutela de éstos, no los ha renunciado a su favor.

<sup>6</sup> ¿Existen intereses generales de la sociedad, distintos de los intereses particulares de sus componentes? se pregunta NATALE, ALBERTO, *Comentarios sobre la constitución*, Buenos Aires, 1995, pág. 154. Podríamos quizás proporcionar una primera y elemental contestación a esta pregunta: para que un interés sea “general” nunca puede ser el interés sólo de algunos. En el texto nos extendemos un poco más en la respuesta.

<sup>7</sup> Cfr. BINDER, ALBERTO, *Política criminal...cit*, pág. 161 y sigtes.

<sup>8</sup> Como la sociedad “agrupa a sujetos de carne y hueso” el delito “si la lesiona es porque, en realidad, lesiona a todos y cada uno de los individuos” señala JOSÉ DE CAFFERATA, CRISTINA, *Teoría General de la Defensa y connotaciones en el Proceso Penal*, Córdoba, 1995, t.II, pág. 41. Esto podría ejemplificarse desde distintas perspectivas: Yo tengo interés que se castigue el robo a cualquier persona, porque creo que así existirán menos posibilidades de que me roben a mí; o como ninguno quiere que le roben, la protección penal de la propiedad es interés de todos; o, como mi interés es que respete no sólo mi propiedad sino también la de los demás, quien ataca la propiedad de los demás, lesiona también mi interés; etc.

El aceptar esta última posición determinar que en el proceso penal, el M. P. Fiscal se piense “del lado” de la víctima (que en realidad lo sea), tanto ayudándola cuando (o para que) ésta se constituya en querellante, como cuando ella no quiera (o tenga dificultades para) asumir esa condición, cumpliendo también un rol de servidor o representante de ella, sea que haya sido perjudicada en su condición de persona individual (v. gr., delito contra la integridad corporal, libertad, etc.), sea que lo haya sido en su condición de ciudadano integrante de la sociedad (v. gr., delito contra la salud pública, Administración Pública, etc.).

Para que pueda lograr este perfil funcional, el M. P. Fiscal se debe relacionar con las organizaciones de la sociedad civil que se ocupan de la problemática de las víctimas de diferentes formas del delito, (tanto cometidos por particulares, como por agentes públicos, o que defienden intereses colectivos o difusos, etc.<sup>9</sup>. Ellas le aportarán el punto de vista de “cada uno” para el más adecuado cumplimiento de su misión de defender el interés de todos, es decir el “interés general”.

#### ***d) Posible reformulación de las nociones sobre la acción (persecución) penal pública***

Si este fuera el significado más aceptable de la noción “intereses generales de la sociedad”, es indudable que el concepto de acción (o de persecución) penal pública deber ser igualmente revisado para controlar también que sus fines no se “independicen” de los del conjunto de los ciudadanos, o se desentiendan totalmente de la víctima. Ello influirá para repensar el concepto de exclusividad del M. P. Fiscal en el ejercicio de la acción (persecución) penal pública, pues esta actividad oficial, si bien no puede ser obstaculizada o condicionada por los particulares más allá que lo que el Código Penal hoy consiente (arts. 71 y 72), sí podría ser compartida por ellos (v. gr., acusación popular,

<sup>9</sup> Quizás ayude en esta reflexión recordar que se ha sostenido que “el Ministerio Público debe operar como el poder social que Montesquieu no previó en su división tripartita del poder... El Ministerio Público a la par que el ejercicio de una libertad de prensa muy participativa, son los factores que pueden, como poder social real, convertir en activa a la sociedad” (QUIROGA LAVIE, HUMBERTO, “Nuevos órganos de control en la Constitución” en *La reforma de la Constitución*, de ROSATTI, H. y otros (Santa Fe, 1994, pág. 286). Esta reflexión es complementada por ESCOBAR FAELLA, LUIS, Exposición de Motivos al “Anteproyecto de ley Orgánica del Ministerio Público” de Paraguay al resaltar que “su carácter de representante de la sociedad”... “enlaza al Ministerio Público con el concepto de democracia participativa y obliga a un modelo de organización totalmente distinto...”.

querrela de acción pública) e incluso desarrollada en forma autónoma, en los casos en que aquella autoridad no inicie la persecución o la concluya en sentido desincriminador<sup>10</sup>.

Y si el interés concreto de la víctima tiene un lugar dentro de la noción de "interés general", y si la lesión o su derecho es tan protegible penalmente como el "bien jurídico", también se abrirá la puerta a la idea de que el M. P. Fiscal pueda ser —en ciertos casos— un agente de respuestas no punitivas frente al delito, cuando ellas representen para aquélla una mejor alternativa de solución (pacificación) real del conflicto y así lo autorice la ley penal<sup>11</sup> (v. gr., suspensión del juicio a prueba); e, inclusive, la idea que la voluntad de la víctima en este sentido pueda hacer cesar la intervención persecutoria de aquél, aun con prescindencia de su opinión contraria (v. gr. acepta que la reparación extinga la acción penal).

### III. El "monopolio" del M. P. Fiscal sobre la acción penal y el rol de la víctima

No se nos escapa que todo lo expuesto pone en crisis la noción (que más parece una muletilla) de "monopolio" de la acción penal pública por parte del M. P. Fiscal.

<sup>10</sup> Cfr. CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal* (Trad. Ortega Torres y Guerrero), Buenos Aires, 1972, t.II, págs. 319 y 392. JOSÉ DE CAFFERATA, CRISTINA, *El nuevo Código Procesal penal de la Provincia de Córdoba, Ley 8123 - Reflexiones críticas* (Córdoba, 1990, p.12) enseña que "la concepción de que —sin ignorar el rol que, en el ámbito de las mal denominadas 'acciones públicas' debe cumplir el Ministerio Público Fiscal— la querrela particular es hábil (en tanto proyección del Principio de Defensa sustantivado en el art. 18 de la Constitución Nacional, y por razones prácticas) para asumir la función de pieza acusatoria que permite poner en marcha el andamiaje jurisdiccional, en rol paralelo e igualmente digno que el que puede y debe asumir el representante del interés social: esto es, la rama fiscal del Ministerio Público".

<sup>11</sup> Hoy se pregona que, la "reintegración del orden jurídico alterado por el delito" por obra de la imposición de la pena, es una ficción conceptual, pues deja incólume, generalmente, el conflicto que subyace en la vida real. Por eso la actividad procesal no debería perder de vista la conveniencia de procurar armonizarlo. En este sentido se ha dispuesto expresamente que el M. P. Fiscal propicie y promueva "la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos" (art. 38, Provincia de Buenos Aires). El legislador en este aspecto parece haber escuchado a HULSMAN, LOUK quien —desde su perspectiva abolicionista— expresa que si se hiciera un esfuerzo por crear, en todas las instancias judiciales inevitables, una situación de proximidad psicológica con las personas directamente afectadas por una situación problemática, muchos de esos órganos podrían revivir al servicio de una tarea humana. Algunos podrían incluso prestar servicios irremplaza-

### **a) Exclusión de los tribunales**

Lo primero que debemos aclarar al respecto (con afán desmitificador) es que, si bien entre nosotros el "monopolio" de la persecución penal significa teóricamente que su inicio, desarrollo y culminación se encuentran formalmente a cargo del M. P. Fiscal, de modo exclusivo, en realidad toda esta actividad está fuertemente complementada por la "colaboración" de los tribunales, tanto en la búsqueda de pruebas para fundar (primero) y sostener (luego), la acusación (instrucción jurisdiccional; atribuciones autónomas de investigación del tribunal de juicio), como en la producción de ésta (tribunal que ordena acusar cuando el M. Fiscal se ha negado a hacerlo –pidiendo el sobreseimiento–), o incluso en la total prescindencia de conclusiones acusatorias a la hora de imponer la pena (el tribunal puede condenar a pesar del pedido fiscal de absolución).

Creo que, desde esta perspectiva será útil preguntarse: si los tribunales pueden hacer pruebas para fundar y sostener la acusación; si pueden obligar al fiscal a que acuse aunque no quiera hacerlo; y si pueden condenar aunque los fiscales pidan lo contrario, ¿De qué, clase de monopolio hablamos?

### **b) ¿Y el querellante?**

Lo que si parece necesario es redefinir el rol de la víctima del delito en la iniciación, desarrollo y culminación de la persecución penal (en los delitos de acción pública), hasta ahora reducido a una mera adhesión a las iniciativas fiscales (v. gr. figura del querellante adhesivo) sin casi ninguna autonomía (salvo los casos –aislados– en que se acuerda al querellante recurso contra el archivo de las actuaciones, el sobreseimiento o la absolución, aun cuando estas decisiones cuenten con la conformidad del M. P. Fiscal).

Si admitimos –como señalamos *supra* N° II, c– que la víctima no ha abdicado de su condición de tal a favor del Estado, sino que éste es sólo un representante de su interés como individuo y como integrante de la sociedad, será inevitable pensar en ampliar las atribuciones procesales de aquélla en su rol de querellante dándole algún medio para provocar el inicio de la investigación que el M. P. Fiscal se niegue a

---

bles en la solución de los conflictos (*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, pág. 125). En el mismo sentido se orienta la Resolución N° 40.134 del 29- XI-85 de la Asamblea General de la O.N.U. en su artículo 7.

realizar (posibilidad de la que ahora carece), como podría ser una instancia ante un fiscal jerárquicamente superior para que éste pueda ordenar —si así lo considera— el comienzo de las averiguaciones. También habría que permitirle impulsar la prosecución de la persecución penal cuando el M. P. Fiscal considere que no debe proseguirla y por ende no quiere acusar (instando en cambio el sobreseimiento), estableciendo que la sola acusación del particular querellante permita la apertura del juicio oral y público, aunque el órgano oficial no acuse. Por último debería autorizarse, que el sólo pedido de condena del querellante habilite la imposición por parte del tribunal de juicio aun frente al requerimiento fiscal de absolución. En el mismo rumbo, debería concederse al querellante la posibilidad de interponer recursos contra las decisiones jurisdiccionales en los mismos casos que se concede tal derecho al M. P. Fiscal, aun cuando, éste no lo ejercite.

### ***c) La víctima y la extinción de la acción penal***

Pero las derivaciones de los puntos de vista aceptados en el N° II permiten ir más allá, porque a todas estas propuestas cuyo sentido es favorecer la punición, debería sumarse (y con mayor razón) la extensión a nuevas hipótesis de las atribuciones sustanciales que ya (y tradicionalmente) se le reconocen a la víctima para impedir el inicio de la persecución penal en ciertos casos (delitos de acción privada; delitos de acción pública dependiente de instancia privada) o para hacerla cesar (matrimonio con la ofendida por la violación; perdón del ofendido en los delitos de acción privada). Dentro de esta propuesta ocupan posiciones de privilegio la retractación de la instancia privada en los delitos que la exijan (hoy y los que puedan incluirse en el futuro) y la aceptación por parte de la víctima de la reparación del daño causado (en un sentido más amplio que en el propio del Derecho Civil), como causales de extinción de la persecución penal en ciertos delitos (lo que ya está hoy claramente insinuado en la suspensión del juicio a prueba).

### ***d) El derecho a la tutela jurídica y las funciones del derecho penal***

Estas propuestas atienden también a la idea de hacer más efectivo el derecho a la tutela jurídica de la persona de la víctima, de nivel constitucional (arts. 25, CADH; 75, inc. 22, Constitución Nacional), que exige no sólo no dejarla sin la protección jurídico-penal a su derecho afectado por el delito, sino además, que se prioricen sus intereses

(entre los que se encuentra el de volver a estar en la situación que estaba antes de la comisión del delito) por sobre el interés estatal en la imposición de la pena, en todos aquellos casos en que esto sea social y jurídicamente tolerable (v. gr. delitos que sólo afectan intereses disponibles por su titular). Y llevan también implícita la aceptación de que el Derecho Penal puede cumplir otra función social además de la puramente punitiva, proporcionando nuevas alternativas de solución al conflicto humano que subyace en la mayoría (si no en la totalidad) de los casos penales, pues "el conflicto penal es un conflicto interpersonal; básicamente lo es aun cuando hablemos de bienes jurídicos colectivos"<sup>12</sup>.

#### ***e) La sociedad***

Ya hemos señalado que el cuerpo Fiscal deber relacionarse con las expresiones de la sociedad civil que se preocupan por la problemática del delito y de las víctimas, a la hora de diseñar los criterios de persecución penal. Pero hay que advertir que forma parte de la relación con la sociedad, la información, que brinde a la opinión pública (v. gr. art. 16, inc. 8º, Provincia de Córdoba) y a los medios de comunicación social (v. gr. art. 13, inc. 24, Provincia de Buenos Aires) sobre los asuntos de especial trascendencia o de interés general en los que intervenga, respetando los límites fijados por el principio de inocencia y la reserva necesaria de ciertas actuaciones.

### **IV. La eficacia de la persecución penal**

El resultado de toda esta moderna legislación debería ser el de mejorar, no sólo la calidad sino también los resultados de la persecución penal, pues para ello es que procura reforzar las atribuciones jurídicas y optimizar la organización y funcionamiento práctico del M. P. Fiscal. Porque en la mayor fortaleza de éste (que no significa por cierto, darle atribuciones jurisdiccionales, como hace incorrectamente el Código Procesal Penal de Córdoba que lo autoriza a dictar la prisión preventiva del imputado, art. 336) y no en la usurpación de

<sup>12</sup> Cf. BINDER, *La política...* cit., pág. 165. Entre nosotros la propuesta de estas soluciones no punitivas se suele reducir al ámbito de aquellos delitos que sólo lesionan derechos o intereses disponibles de su titular (v. gr. propiedad), excluyéndose los cometidos por funcionarios públicos con abuso de sus funciones (Cfr. CAFFERATA NORRES, JOSÉ I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1997, pág. 188 y lo allí propuesto).

sus funciones por los tribunales, ni en la vulneración de la defensa del imputado, es por donde debe buscarse la necesaria eficacia de la persecución penal.

### **a) El M. P. Fiscal responde por la eficacia**

Con esto queda dicho que, desde nuestro punto de vista, la eficacia (v. gr., arts. 27, Constitución Nacional y 27, Provincia de Buenos Aires) en la represión de los ilícitos penales no debe procurarse genéricamente con el proceso, ni menos entenderse como responsabilidad propia de los tribunales de justicia. Lo que sí debe ser eficaz a esos fines es la tarea de investigación y obtención de las pruebas necesarias puestas a cargo del M. P. Fiscal, para lograr que los jueces acojan favorablemente la acusación. El no hacer esta distinción (la mayoría de las leyes argentinas no la hace) ha llevado a que, entre nosotros, los jueces sean percibidos, primero como funcionarios responsables de la persecución penal, verdaderos representantes del "interés social" en el "castigo del delito", y recién después como una garantía para los ciudadanos frente a posibles acusaciones infundadas en los hechos (por no haber podido acreditarlos con el grado de convicción y dentro de los límites exigidos por el sistema constitucional) o arbitrarias en lo jurídico (por intentarse la aplicación de una ley que no atrapa el caso), cuando deberían ser identificados con el cumplimiento de esta última y trascendente función<sup>13</sup>.

### **b) Modernización del delito e investigación**

Pero al hablar de eficacia no se puede soslayar que las más dañinas expresiones delictivas de nuestros días se caracterizan por su accionar organizado y el manejo de importantes aparatos económicos (con la consecuente idoneidad corruptora respecto de quienes deberían controlar su proceder ilícito). Por ello es preciso reconocer que, en este nivel, la investigación solitaria, basada en la intuición que da la experiencia y en la perseverancia, debe ser fuertemente complementada (o aun sustituida) por equipos humanos integrados por civiles<sup>14</sup> con capacitación personal, especialización diversificada y soporte tecnológico adecuados, que tengan una eficiente organización

<sup>13</sup> Cfr. CAFFERATA NORES, *Proceso penal ... cit.*, pág. 79.

<sup>14</sup> Cfr. BINDER, *Política criminal...* cit: ¿Por qué, será que cuesta convencer sobre esta propuesta? ¿Habría una asociación subconsciente entre fuerza (pública) e investigación penal?

interna y se relacionen coordinadamente con otros agentes y organismos públicos (nacionales e internacionales) capaces de suministrar información útil<sup>15</sup> para la investigación criminal (arts. 33, inc. e, Constitución Nacional y 13, inc. 22, Provincia de Buenos Aires) y asociaciones privadas que posean similares aptitudes (v. gr. asociaciones de protección de derechos humanos, o del medio ambiente, o que de otro modo promuevan la participación ciudadana, etc.).

<sup>15</sup> Se ha propuesto, por ejemplo, una relación orgánica y una base única de datos entre el Banco Central, la Dirección General de Aduanas y la Dirección General Impositiva por parte de BAIGUN, DAVID, "El Ministerio Público y los órganos administrativos de control", en *Pena y Estado*, N° 2, pág. 217.

## LA ACCION PENAL: EL MINISTERIO PÚBLICO Y LOS JUECES

LUIS E. VELASCO\*

Nos encontramos aquí frente a un tema que puede ser abordado en en tres diferentes etapas del proceso y que he de tratar en forma separada y a continuación.

La primer circunstancia la encontramos en el inicio del proceso ante la disposición del artículo 180 del CPPN planteándose la discusión en caso en que el juez no esté de acuerdo con el pedido fiscal de desestimación de la denuncia.

La segunda surge en el artículo 348 del CPPN, párrafo segundo cuando el juez, pedido por el fiscal, una vez finalizada la instrucción, el sobreseimiento, considera que habría que elevar la causa a juicio.

Y la tercera, cuando en el juicio, terminada la recepción de la prueba y concedida la palabra al Representante del Ministerio Público Fiscal para que formule su acusación (art. 393 del CPPN) éste pide la absolución.

A partir de estos tres actos la discusión se centra en determinar si el Ministerio Público tiene el ejercicio de la acción en forma exclusiva o si los jueces en algunas circunstancias pueden disentir con lo requerido por aquellos y llevar adelante la acción penal.

Esto ha dividido las aguas en la doctrina y en la jurisprudencia ya que solamente en la segunda cuestión la ley lo ha normado de una forma, que, aunque discutida solucionaría las discusiones planteadas.

Al respecto el artículo 348 del CPPN estipula, en su segunda parte: *"El juez... sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal... dará intervención por 6 días a la Cámara de Apelaciones", etc...*

\* Profesor Adjunto de Derecho Penal II. UCA.

Pero ya volveremos sobre esto, y vayamos primero al quid de la cuestión que sería determinar quién es el titular de la acción.

La Constitución Nacional reformada en 1994, en su artículo 120 nos da un ligero bosquejo del Ministerio Público al señalar que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con los demás órganos del Estado, señalando también que será un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera. Esta incorporación si bien consta de un sólo artículo, determina la clara decisión de los constituyentes de darle al Ministerio Público un lugar preponderante ya que lo integra en un sólo artículo y en la Sección Cuarta como un órgano extrapoder, figurando a continuación de las otras tres secciones dedicadas, cada una de ellas a cada uno de los tres poderes.

Si vemos que esto entra en concordancia con lo dispuesto por el artículo 71 del Código Penal (iniciación de acciones que será de oficio) y con el artículo 5° del CPPN (la acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio...). Y el artículo 65 del CPPN que determina que el Ministerio Público será quien promoverá y ejercerá la acción penal. Concluimos con que el titular de la acción es el fiscal, conforme corresponde en el sistema acusatorio que se ha querido imprimir a nuestro ordenamiento procesal.

En consecuencia, de acuerdo a esto, el fiscal podrá formular denuncias, hacer el requerimiento de instrucción o bien pedir que la denuncia sea desestimada o remitida a otra jurisdicción (art. 180 del CPPN) y el juez lo hará cuando el hecho no constituya delito o no se pueda proceder.

De allí hay distintas posibilidades:

a) si el fiscal requiere y el juez sobresee, aquél puede apelar y lo que diga la Cámara obliga al juez (no hay discusión al respecto);

b) si es al revés, aparentemente, el juez está obligado a desestimar la denuncia y si no lo hace e instruye sumario, el fiscal va a apelar. Esta situación ya fue resuelta por la Cámara Nacional de Casación Penal en causa "A. B.", Sala II, 2/7/93, donde sostuvo que en caso de entender el juez que es pertinente la instrucción, no debe iniciarla de oficio, sino que elevará en consulta las actuaciones a la Cámara de Apelaciones por aplicación analógica del artículo 348 del CPPN.

Con esta solución se está supliendo, equivocadamente, a mi entender, una falla normativa. Efectivamente, como se dijera *ut supra* nuestra Ley Fundamental en su artículo 120 en concordancia con las

disposiciones legales ya señaladas, ha puesto en manos del Ministerio Público en forma exclusiva la promoción y el ejercicio de la acción penal con independencia de las demás autoridades del Estado, por lo que con dicha solución se está quebrando, al decir de Clariá Olmedo la indivisibilidad funcional del Ministerio Público, salvo que la consulta se realizara como lo impone el Código Procesal de la Provincia de Córdoba en sus artículos 184 y 364, que disponen que cuando el juez no estuviere de acuerdo con el sobreseimiento requerido por el agente fiscal remitirá el proceso, por decreto fundado, al fiscal de Cámara quien dictaminará al respecto. De esa forma no se atenta contra la debida autonomía o independencia funcional de los señores fiscales, ni contra el sistema acusatorio de nuestro ordenamiento procesal, y en consecuencia considero que debería reformarse el CPPN en el sentido que lo estipulan los artículos arriba mencionados del Código provincial citado.

Distinta es la situación en la segunda cuestión que se planteara al principio, es decir en el caso del artículo 348 del CPPN cuando el juez no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal una vez finalizada la instrucción.

Al respecto vemos que, el mismo artículo 348 resolvería la cuestión al sostener *“El juez... sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal... dará intervención por 6 días a la Cámara de Apelaciones”, etc...*

Ratifico sobre este tema que la solución sería la dada por la legislación cordobesa, ya que quien es el titular de la acción es el Ministerio Público. Este tema ha sido ampliamente discutido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que en muchos casos declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 348 del CPPN mencionando a título de ejemplo, el fallo del Tribunal Oral N° 3 en autos “M. de V., M. C.” de fecha 4/10/95 donde se sostuvo que la norma en cuestión atenta contra lo expresamente asentado en el artículo 120 de la Constitución Nacional en cuanto sostiene que el Ministerio Público es quien debe llevar adelante en forma autónoma la acción y aclaró el fallo que “todos y cada uno de los tramos del proceso deben ser llevados a cabo con intervención del Ministerio Público autónomo y de jueces neutrales”.

Pero este criterio no es el dominante en la jurisprudencia ya que la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, sostuvo en la causa “S., R.”, n° 635, resuelta el 19/2/96 la constitucionalidad del artículo

348 del CPPN alegando lo siguiente: "El art. 348 del CPPN. No obstante establecer una excepción al principio acusatorio (a la vez que una muestra del procedimiento mixto instaurado), en tanto autoriza al juez de instrucción a requerir la intervención de la Cámara de Apelaciones si no estuviese de acuerdo con el sobreseimiento instado por el agente fiscal, no se opone a la garantía implícita del debido proceso (art. 33 de la Constitución Nacional) ni a la independencia funcional y orgánica del del Ministerio Público (art. 120 ídem), que aseguran a los habitantes de la Nación un juicio previo en el que las funciones de acusar y juzgar se encuentren en manos de órganos diferentes. Ello es así tan pronto advierta que el sumario es un procedimiento breve de recolección de pruebas con un restringido control de las partes, y que, en todo caso, debe estarse a la prueba que en definitiva surja del debate, que es el juicio contradictorio en sentido estricto. Y que por tanto, los actos cumplidos durante dicha instrucción preparatoria del juicio no pueden dar base a la sentencia sino a una acusación o, en su caso, al sobreseimiento, razón esta que, sumada a la imposibilidad de apertura del proceso en forma oficiosa y a la necesidad reconocida por la Corte de una acusación ratificada después de producida la prueba del debate, convierten al recordado art. 348 sólo en la herramienta puesta en manos de los jueces para asegurar la vigencia del principio de oficialidad en la persecución penal que consagra nuestra legislación."

Esta postura fue nuevamente sustentada por la Sala IIa. de la Cámara de Casación Penal en la causa n° 301, "P., P. A." de fecha 2/4/96.

Ratifico que el sistema adecuado para resolver la cuestión ante la disconformidad del juez con el sobreseimiento requerido por el señor agente fiscal es que la decisión final queda en poder del fiscal de Cámara, cuya opinión es obligatoria para el juez. En cambio, nuestra ley se enroló en la posición de que sea el Tribunal de alzada quien decida la situación, diciendo en la exposición de motivos que "aspiramos a que el Ministerio Público ocupe su lugar verdadero, de por sí importante, sin invadir la esfera jurisdiccional y sin convertirlo en el árbitro del proceso penal".

Es decir que entre la disposición expresa del artículo 348 del CPPN y la declaración de constitucionalidad de las distintas salas de la Cámara de Casación Penal la situación está momentáneamente resuelta aunque a mi criterio debe ser reformada.

Planteado ya el caso de que el Ministerio Público es el titular de la acción, surge el conflicto también cuando luego de realizado el

debate el fiscal de Juicio pide la absolución. La Corte Suprema tiene dicho reiteradamente que “en materia criminal la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales”, y basándose en ello resolvió en la causa n° 408.XXXI, “C., J. de fecha 13/6/95 que al no haberse respetado esas formas ya que se dictó sentencia sin que mediase acusación considera transgredidas las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, lo que conlleva a la revocatoria de la sentencia condenatoria. En dicho fallo se remitió la Corte a lo resuelto en la causa T.209.XXII, “T., F.” de fecha 22/XII/89.

El tema está claro, si no hay acusación no puede haber sentencia condenatoria. Pero la discusión se va a centrar en si el requerimiento de elevación a juicio previsto en el artículo 347 del CPPN se trata de una verdadera acusación que da lugar al Tribunal Oral a pronunciarse libremente, ya sea absolviendo o condenando, o bien no reúne los requisitos necesarios para ello.

Considero que a los fines de que los jueces puedan dictar sentencia libremente es suficiente requisito acusatorio el requerimiento de elevación a juicio ya que teniendo en cuenta su contenido, que debe ser respetado bajo pena de nulidad como expresamente lo exige el artículo 348 del CPPN, se encontraría salvada la disposición constitucional del artículo 18 sobre la defensa en juicio y el debido proceso. Así al respecto ha dicho el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: “el art. 358, CPP (ley 5154), prescribe, bajo pena de nulidad, que la requisitoria fiscal, entre otros requisitos, debe contener una ‘relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho’. Esas exigencias se explican porque ese requerimiento constituye la base y el límite del juicio penal y tienden a asegurar la estricta satisfacción del derecho de defensa del imputado (art. 18, Constitución Nacional), permitiéndole intervenir en el proceso (art. 171, inc. 3°, CPP), discutir su participación en el hecho y su calificación jurídica. Procurar, por último, hacer efectiva la garantía del *non bis in idem* consagrada por la Constitución Provincial, artículo 7°, y por el CPP, artículo 1°”.

Efectivamente ese requerimiento va a contener –bajo pena de nulidad– la individualización del imputado, una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, la calificación legal y los motivos en que se funda, y todo ello va a servir de base y límite del juicio penal, que se iniciará con la lectura del mismo y del que ni las partes, ni los jueces pueden apartarse.

La propia ley procesal ha entendido que el requerimiento del artículo 347 mantiene su calidad acusatoria hasta el final. Así vemos que el artículo 63 del CPPN dice que el fiscal de Juicio llamará al agente fiscal para que *mantenga oralmente la acusación*. Y el artículo 381 del CPPN mantiene ese criterio al sostener que el fiscal durante el juicio podrá ampliar la acusación en determinadas circunstancias y le exige al Presidente bajo pena de nulidad que le explique al imputado y al abogado para que puedan preparar su defensa. Y en este mismo sentido el artículo 401 cuyo título es "sentencia y acusación" determina que al dictar sentencia el Tribunal no se puede apartar de los hechos contenidos en el requerimiento.

En consecuencia el hecho de que el fiscal de Juicio no mantenga la acusación planteada en el requerimiento de elevación no inhabilitaría al Tribunal para dictar una sentencia condenatoria ya que no se encontrarían violados los requisitos constitucionales como lo plantea la Corte Suprema basada en fallos anteriores a la nueva ley procesal.

Al respecto podemos señalar que recientemente y por ahora por una minoría, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha comenzado a variar de criterio y en el voto de su presidente Dr. Julio S. Nazareno al que se unieron los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Adolfo Vazquez, sostuvieron: "Que, en efecto, el ejercicio de la jurisdicción del tribunal oral está precedido por una previa acusación formulada en la requisitoria de elevación de la causa a juicio -art. 347 del Código Procesal Penal de la Nación- que fija los hechos en forma clara, precisa y circunstanciada, su calificación legal y los motivos en que se funda, presupuestos estos que no deben ser violados a fin de asegurar el derecho de defensa en juicio, de raigambre constitucional (Fallos: 312:2066 y 315:308, entre otros).

"De esta forma, el tribunal oral tendrá a su cargo expresar la voluntad de la ley, asegurando una decisión justa sobre una pretensión jurídica efectuada por el Ministerio Público, para un caso determinado", y a ello arriban luego de sostener que ante un nuevo análisis de la cuestión lleva a la Corte al convencimiento de que se impone la necesidad de revisar la doctrina sentada en los Fallos: 317:2043 y "T., F." sobre la base de admitir que la autoridad del precedente debe ceder ante la comprobación de la inconveniencia de su mantenimiento (causas C.397. XXVIII, "C., M. s/tenencia de arma de guerra", resuelta el 25/9/97 y S. 1009. XXXII, "S., F.", resuelta el 13/8/98).

La circunstancia de no contener el requerimiento del artículo 347 y la especificación de la pena a aplicar, no viola norma constitucional

alguna ya que al determinarse los hechos y su calificación legal vemos que el Tribunal quedará limitado a la figura descripta dentro de los topes mínimo y máximo que cada tipo penal contine lo que sólo se valorará conforme a las previsiones de los artículos 40 y 41 del Código Penal y de acuerdo al principio de la sana crítica. Téngase en cuenta que habiendo mantenido el fiscal de Juicio la acusación el *quantum* de la pena fijada por éste no limita al Tribunal que de la misma manera valorará dentro de la figura descripta y siempre bajo el principio de la sana crítica y de las circunstancias previstas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, impondrá la pena que considere pertinente.

Este criterio, en minoría, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vertido ya en septiembre de 1997 en la causa, "C., M." y repetido en agosto de 1998 en causa "S., F. A." conduce a un alejamiento, como allí mismo se sostiene, de la doctrina "Tarifeño" y a un nuevo análisis por parte de los doctrinarios en ese sentido.

Dentro de este mismo tema, pero con la variante de la existencia de un querellante que ante el pedido de absolución por parte del fiscal de juicio en oportunidad del artículo 393 del Código Procesal Penal, realizó su acusación y pidió pena, se plantea otra cuestión a la que la Corte Suprema ha dado solución, acertadamente, en el fallo unánime en la causa antes referida "C., M. s/tenencia de arma de guerra".

Efectivamente en dicho fallo el Alto Tribunal, con las salvedades asentadas *ut supra* de los votos de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y Vázquez considera que el Tribunal de Juicio está habilitado para dictar sentencia condenatoria ante el pedido absolutorio del fiscal, si media acusación de la querella.

Sin perjuicio de que la participación del querellante en el juicio es un tema de espinosa resolución, que daría un extenso material para otro artículo, me referiré únicamente a los considerandos del fallo en cuestión que se ocupan concretamente de la materia en análisis. Si bien todos los considerandos de la resolución tienen un contenido jurídico digno de resaltar, en honor a la brevedad, voy a reproducir únicamente los considerandos 11 y 15 del voto de la mayoría: "...11) Que si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco de las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal (Fallos: 253:31), todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el

derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2º).

“Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros), es coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párrafo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...”

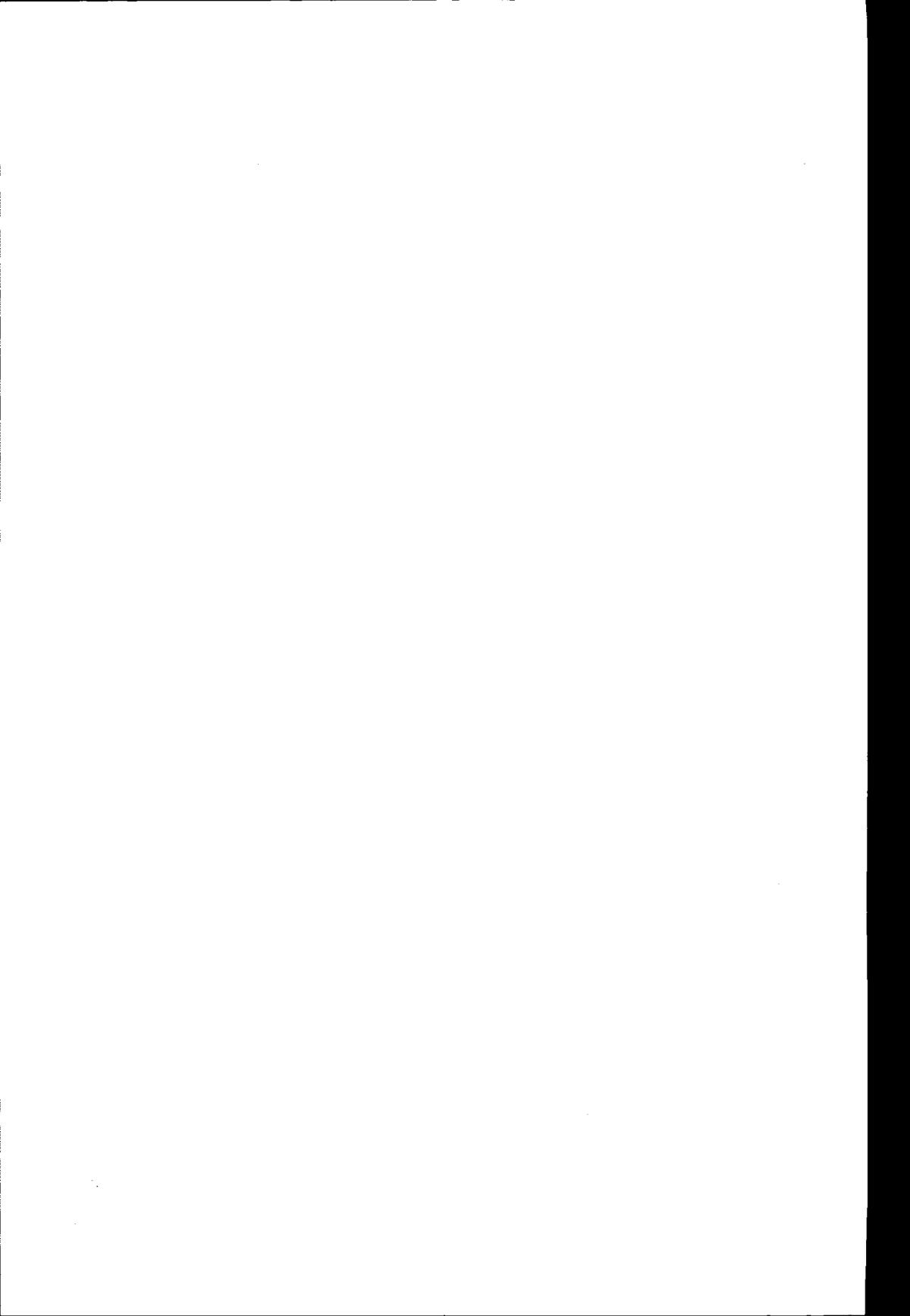
“...15) Que ello así aun cuando el *a quo* estimase, en el marco de atribuciones que le competen en materia no federal, que la norma procesal ofrece distintas interpretaciones posibles, caso en el cual no debió optar por aquella que —como en el *sub lite*— ha ido en desmedro de una adecuada hermenéutica de las normas en juego, con serio menoscabo de los derechos asegurados por la Constitución Nacional al privar al particular querellante, a quien la ley reconoce el derecho a formular acusación en juicio penal, de un pronunciamiento útil relativo a sus derechos, pues esta interpretación dejaría a aquél vacuo de contenido”.

“Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado...”

El criterio aquí sustentado considero que es adecuado y que debe prevalecer cuando hay querrela, pero en realidad me enrolo en la postura de la minoría que ya he analizado, pero haciendo incapié en lo sostenido por la mayoría en el considerando 14: “...Que es principio aceptado que jamás la inconsecuencia o falta de previsión pueden suponerse en el legislador, por lo que el *a quo* debió, frente a los diversos intereses en juego que surgen de la normativa constitucional a aplicarse en el *sub examine*, interpretar las normas del Código Procesal Penal de la Nación de modo que armonizasen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución, evitando darles un sentido que pone en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 297:142; 300:1080; 301:460; 310:192, entre otros)”, vemos que están dando (aun sin querer) un apoyo al voto de la minoría ya que éstos mantienen la misma posición que en “C. M.”, en cuanto a que no puede aceptarse jamás la inconsecuencia del legislador y ello es así dado que al elaborarse la

ley Orgánica del Ministerio Público, al tratar las reglas del procedimiento ante el Tribunal de Enjuiciamiento sostiene concretamente que: "...El pedido de absolución no será obligatorio para el Tribunal, pudiendo condenar aun en ausencia de acusación Fiscal..." (art. 20, inc. c, punto 3, ley 24.946).

Por supuesto que el criterio desarrollado respecto a que el requerimiento del artículo 347 del Código Procesal Penal, tiene valor acusatorio sería en tanto y en cuanto, ese requerimiento sea decisión autónoma del Ministerio Público, titular de la acción y no surja por mandato de la Cámara respectiva.



## EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y LOS NUEVOS REQUERIMIENTOS

(El derecho al control de la prueba introducida en el juicio.  
La incorporación de actas y la ocultación de la identidad de testigos,  
informantes e investigadores bajo cubierta)

LUIS M. GARCÍA\*

I. Cuando me ofrecieron una participación en estas jornadas, bajo el título genérico "*medios de prueba*", debí necesariamente hacer una selección arbitraria acerca de qué puntos podían, desde mi punto de vista, llegar a ser suficientemente conflictivos y polémicos como para justificar una intervención en un tiempo tan acortado como treinta o treinta y cinco minutos y se me ocurrió que, más allá de la teoría general de los medios de prueba, probablemente el punto más conflictivo que puede presentarse en el régimen de proposición y producción de la prueba está vinculado específicamente con el tema del control de la prueba por parte de los sujetos que intervienen en el proceso.

El proceso penal moderno estructurado sobre la idea del *fair trial* inglés o del *debido proceso legal* como han sabido interpretar algunos en el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional no puede prescindir de una concepción conexas a esta idea que es la llamada "*igualdad de armas*".

Esta idea de "*igualdad de armas*" no especificada en realidad en ningún texto positivo sino deducida de los principios rectores de la idea de debido proceso se entiende generalmente —y en esto parece no haber discusiones— como el dar igualdad de oportunidades en igualdad de condiciones a todos los que intervienen en el proceso<sup>1</sup>. Esta idea de igualdad de armas no es solamente metafórica en el sentido

\* Profesor de Derecho Penal Postgrado. UCA.

<sup>1</sup> VOGLER, Theo, en *Internationaler Kommentar zur Euro-päischen Menschenrechtskonvention*, dirigido por GOLSONG, HERIBERT y otros, ed. Heymanns, 1986, 3. Lfg. 1995, Art. 6, Rn. 353. Sobre el principio de igualdad de armas como emanación del *fair trial* véase el TEDH en el caso "*Neumeister*", sent. 27.6.1968, Serie A 8, § 22.

de armas materiales, sino que reconoce, aunque más no sea de una manera no expresa, una visión del proceso como justa, es decir como "*justa medieval*". Justa en la cual las personas se comportan por un lado hacia un fin común, oponiéndose; por el otro lado con medios relativamente equivalentes y conforme a un principio de lealtad. Esta idea de justa medieval es la que se trata de trasladar al proceso cuando se habla de igualdad de armas. Es decir la justa es lo opuesto a una guerra; en una guerra, en principio, lo importante es ganar, y las limitaciones de medios son muy escasas y tampoco importa la igualdad, en general, se trata de lograr la desigualdad para ganar la guerra. Una idea de debido proceso difícilmente sea conciliable con la idea de guerra y sin embargo puede ser metafóricamente asimilable a la idea de igualdad de armas.

Más concretamente en el proceso penal el principio de igualdad de armas impone entonces, una igualdad de tratamiento entre la acusación, el imputado y su defensa en primer lugar; y además una igualdad de posibilidades de intervención. Pero en punto a las posibilidades de intervención debe reconocerse que, a veces por decisiones de política criminal, a veces por la propia naturaleza de las cosas, no siempre es posible garantizar una igualdad matemática a las partes en todo el curso del proceso. Sin embargo lo que parece ser una idea común prácticamente no discutida por nadie hoy en día, es que debe hacerse real esta idea de igualdad de oportunidades por lo menos en la etapa principal del proceso, es decir aquélla a donde se produce el caso, delimitando su objeto, proponiendo y produciendo la prueba, controlándola y alegando sobre ella.

Con esto presento entonces una primera delimitación que voy a dar a la exposición. Aunque haré también referencias a otras etapas, voy a referirme específicamente a la parte más trascendente del proceso penal que es el juicio propiamente dicho, sin perjuicio de que en realidad esta idea de igualdad de armas pueda tener también manifestaciones en otros momentos del proceso penal.

La igualdad de armas implica en primer lugar una igualdad en las oportunidades de *ofrecimiento de pruebas*. ¡Bendita igualdad sería si sólo pudiera ofrecer prueba la parte acusadora con total libertad y no lo pudiera hacer en igualdad de condiciones el imputado o su defensa! Pero también la igualdad de armas significa que durante la audiencia el marco de producción y control de la prueba debe realizarse con esta idea equitativa. Un aspecto clave de esta idea de igualdad de armas, y con esto voy más al meollo del asunto, es el *derecho*

*de interrogar o hacer interrogar a los testigos presentes en la audiencia principal.* Este derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos presentes en la audiencia principal no es ya simplemente un criterio rector de política jurídica; es derecho positivo vigente en la República Argentina. Derecho positivo vigente sobre el que pudo haber existido alguna duda acerca de sus alcances durante cierta etapa histórica pero sobre el cual no cabe discutir desde la incorporación del pacto de derechos humanos en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Al respecto cito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, inc. 3°, letra "e", que establece el derecho de *toda persona acusada de delito* a "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

Debe notarse que en este texto están enunciadas las dos emanaciones del principio de igualdad de armas. Por un lado igualdad de las posibilidades de proposición de testigos y además igualdad en las condiciones de interrogación de testigos.

Por su parte el artículo 8°, inc. 2°, letra "f" de la Convención Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. El texto de este artículo, a primera vista similar al del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, permite sin embargo descubrir que en realidad esta idea de igualdad de armas no se refiere solamente a la prueba testifical. Aquí ya no se habla solamente de testigos sino de "*testigos o peritos*". El principio "*pro homine*" que impone que frente a disposiciones de distinto alcance de los pactos internacionales debe preferirse aquella que garantiza más ampliamente los derechos del inculpado<sup>2</sup>, implica entonces preferir a la hora de determinar qué debe entenderse por testigo, la enunciación establecida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos frente a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pero de todas maneras, más allá de esta diferencia, frente a textos similares, como por ejemplo la Convención Europea de Derechos

<sup>2</sup> Confr. PINTO, MÓNICA, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", compiladores ABREGÚ, MARTÍN, COURTIS, CHRISTIAN, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 163 y ss.

Humanos que es literalmente idéntico al del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho ya que el concepto de testigos debe ser considerado ampliamente como medio de prueba, especialmente con referencia a los peritos y no en el sentido clásico tradicional del Derecho Procesal<sup>3</sup>.

Decía antes también que la completa igualdad de armas es imposible de llevar a cabo durante todas las etapas del proceso penal que está estructurado en general y más allá de la distribución de competencias y atribuciones, sobre la base de una división tajante entre investigación preparatoria del caso y el juicio de conocimiento y discusión del caso. El procedimiento de la instrucción tal como lo conocemos en nuestro orden cultural, está todavía dominado por el principio de "*investigación integral*". Y esto no depende de que el procedimiento de la instrucción esté marcadamente puesto sobre los hombros del juez o sobre los hombros del fiscal. De todas maneras lo que se persigue es esta investigación amplia del hecho. Además está marcado en general por discrecionalidad en el ejercicio de las facultades de investigación, incluso en el caso en que es el mismo tribunal sometido al deber de obrar no solamente como juez de garantías, sino y al mismo tiempo el que tiene sobre sus hombros la carga de la investigación del hecho. De tal manera que en realidad sería muy ingenuo predicar que en estos casos pueda haber una verdadera igualdad de armas en el sentido amplio que presento.

Sin embargo el principio de igualdad de armas, aun reconociendo estas limitaciones concretas, tiene que conservar, por lo menos, una función crítica del proceso. Al asignarle esta función crítica pretendo presentar un instrumento conceptual que sirva de base para ver hasta qué punto es tolerable prescindir en algún momento del proceso de esta igualdad, pero a partir de qué punto es necesario exigir que el proceso, por lo menos en su conjunto, haya reconocido una cierta igualdad. Lo que se puede producir en la etapa de investiga-

<sup>3</sup> En el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos, que sólo menciona el término testigos en el art. 6, inc. 2, letra d, incluye también a los peritos; confr. VOGLER, ob. cit., art. 6, Rn. 550. Se señala una violación del principio de igualdad de armas, en el marco del inc. 1, en conexión con el inc. 2, letra d, cuando se da derecho a un perito a estar presente durante la totalidad de la audiencia, y a formular preguntas al imputado y a los testigos que depusieron en ella, y ese derecho no se reconoce en las mismas condiciones al imputado; confr. TEDH, caso *B.*, sent. 6.5.1985, Serie A 92, §32 y ss.

ción en condiciones de desigualdad no puede ser admitido lisa y llanamente en la etapa de conocimiento y discusión si de alguna manera no se trata de compensar esa desigualdad inicial. Y en este sentido opera la función crítica: cuanto más desigual haya sido en el momento de la investigación, entonces más necesidad de igualar tenemos en el momento del juicio propiamente dicho.

También este principio tiene una función crítica después de realizado el proceso de conocimiento. Es decir tiene que funcionar como principio rector en los procedimientos de crítica del resultado del proceso, ya sea la casación o la revisión. Ahí también el principio nos exige examinar nuevamente las posibilidades de equilibrar lo que inicialmente fue desigual.

**II. El principio de igualdad de armas tiene, entre otras, algunas emanaciones que me he permitido seleccionar a los fines de la presente exposición.**

En primer lugar igualdad de posibilidades de estar presente durante la audiencia de debate. Es cierto que, en realidad, tanto en el Código Procesal Penal de la Nación como prácticamente en todos los códigos provinciales que regulan el proceso penal, y en los extranjeros, por lo menos en los que son de nuestro círculo cultural, la presencia del imputado es obligatoria, es decir no se puede llevar adelante el juicio sin la presencia del imputado. Esto significa que el imputado debe estar físicamente presente, según está expresamente previsto en el artículo 366, 1er. párrafo del Código Procesal Penal de la Nación, y que, si no quiere asistir a los actos del debate tiene que estar retenido en una sala al alcance del tribunal para el caso de que éste lo necesite para la realización de un acto cuya presencia es indispensable. Por ejemplo para notificarlo de actos en los que el Derecho no le reconoce disponibilidad: así para la intimación de la acusación o la lectura del requerimiento o también cuando son actos en los que él es tratado como objeto y no como sujeto, por ejemplo necesidad de realizar un reconocimiento, un examen mental o corporal, etc.

Pero más allá de la obligación del imputado de estar a disposición del tribunal, el principio de igualdad de armas, que no se encarga de las obligaciones del imputado sino de las obligaciones del Estado frente al imputado, implica un derecho personal a estar presente en la audiencia de debate. Es decir que la presencia del imputado ya no se vincula solamente con el interés de la averiguación de la verdad, porque en ese caso se podría pensar simplemente en el interés

del Estado, sino con el propio interés del imputado en participar en un proceso que trata de él y no de otro, que trata de su futuro y no del futuro de otro, donde en muchos casos su libertad ambulatoria esté en riesgo o amenazada o su patrimonio o incluso lo esté el ejercicio de ciertos derechos importantes sobre la base de la imputación penal que se le dirige.

Este derecho a estar presente en el proceso ha sido derivado por la Corte Suprema como una garantía implícita del juicio, del debido proceso, de la defensa en juicio, salvo alguna excepción<sup>4</sup>, curiosamente en un marco marginal, que es el marco de la extradición, porque en realidad el Derecho argentino actual no admite seguir el proceso penal o por lo menos la etapa principal del proceso penal como puede ser la audiencia de vista de causa en ausencia del imputado. Pero sí es cierto que muchas veces los tribunales se han visto confrontados frente a la necesidad de extraditar a personas que habían sido condenadas en ausencia en el país requirente. Y la Corte ahí ha señalado expresamente que esto era contrario al orden público argentino, concretamente por la interpretación constitucional que ha hecho del art. 18 y en consecuencia, básicamente con Italia, que es donde ha habido más casos, la Corte ha sido muy restrictiva en la posibilidad de otorgar extradiciones<sup>5</sup>.

Pero además de esta interpretación que se ha hecho de la Constitución, vuelvo nuevamente a los pactos que traen reglas expresas. Voy a citar a título de ejemplo el artículo 14, inc. 3º, letra "d" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho del imputado a estar presente en el juicio. Este derecho a la presencia del imputado no sólo tiene que ver con el problema de la rebeldía, contumacia o fuga, sino que tiene que ver con otros problemas más específicos que pueden presentarse en una audiencia de juicio. Tiene que ver, por ejemplo, con el imputado que cae en inconsciencia durante la audiencia del debate o en un estado psíquico temporario o permanente que le impida comprender el objeto de lo que se está ha-

<sup>4</sup> Por ejemplo, el caso publ. en *LL*, 1988-C-147.

<sup>5</sup> *Vide* por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de extradición, entre otros Fallos: 51:205; 153:343; 158:250; 217:340; 228:640; 291:154; con la excepción sentada en la causa D.149. XXIV, sent. 20/8/96. En el marco europeo el TEDH ha considerado incompatibles con el art. 6, inc. 1, CEDH, las reglas de procedimiento de la República de Italia que permitían un juicio en ausencia contra el imputado prófugo sin derecho a una revisión amplia una vez que ha sido habido; confr. *VOGLER, ob. cit.*, y *TEDH, C.*, sent. 12.5.85, Serie A 89.

ciendo. Una tal incapacidad durante el debate impone la suspensión del trámite y eso está específicamente previsto en el artículo 77 del CPPN o incluso la suspensión del debate si esta incapacidad o esta inconsciencia sobreviniese una vez abierta la audiencia, según el artículo 365, inc. 5° del CPPN.

Otro punto en el cual puede haber crisis es el de las reglas de orden que permiten en ciertos casos al tribunal excluir al imputado por su comportamiento en el juicio. No cabe duda aquí que el interés en el orden regular del proceso y de la averiguación de la verdad implica necesariamente dotar al tribunal de ciertas reglas de orden para evitar que el dueño y el director del proceso sean personas distintas al tribunal (por ejemplo arts. 370, último párrafo y 380, CPPN). Sin embargo, aun cuando en principio no cabría ser objeción frente a casos en los cuales el imputado se transforma en un continuo estorbo para boicotear el progreso del proceso una vez que ha sido abierta la audiencia del debate, el principio de igualdad de armas exige como criterio rector interpretar esto de la manera más restrictiva y más subsidiaria posible porque, existen formas, de todas maneras, de llevar adelante el orden del proceso sin necesidad de llegar a una medida tan incisiva frente al interés del imputado a conocer lo que pasa frente a él.

Esto que sostengo tan firmemente para el momento de la audiencia de vista de causa podría en realidad reconocer más elasticidad frente a los procedimientos de revisión —en sentido lato— de la sentencia del tribunal de juicio, porque en realidad en estos casos en los que generalmente se discuten puntos de derecho o interpretaciones jurídicas la necesidad o la posibilidad del imputado de estar presente en las alegaciones tiene una intensidad menor que en las del juicio propiamente dicho.

**III.** Otro de los aspectos del principio de igualdad de armas se relaciona con el derecho a proponer medios de prueba ya mencionado. La proposición de medios de prueba tiene que garantizarse en igualdad de condiciones con la acusación. Ello no sólo es una derivación del principio de defensa en juicio del art.18 de la Constitución Nacional, sino además, y más claramente, de los arts. 8°, inc. 2°, letra "f" de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 14, inc. 3°, letra "d" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho de proponer medios de prueba en igualdad de condiciones que la acusación no debe tampoco ser entendido ingenuamente en el sentido de que el imputado o su defensor pueden proponer cuanta prueba les plazca, porque esto también sería una forma de obstaculizar los fines

de un proceso ordenado. En realidad no hay ninguna objeción a las reglas procesales que establecen cierta limitación a la proposición de pruebas en punto a criterios de conducencia, pertinencia o sobreabundancia, pero creo que hay que ser bastante cuidadosos en el empleo de estos criterios. A veces el rechazo de la prueba por sobreabundancia puede encubrir un prejuiciamiento del tribunal, porque puesto que en la etapa de proposición de prueba y de decisión acerca de la admisibilidad de pruebas anterior a la apertura del juicio difícilmente un tribunal pueda saber de antemano, salvo que sean casos muy crasos y evidentes, hasta qué punto esa prueba será sobreabundante o no, porque todavía no conoce el resultado de la que sí va a admitir y va a producirse, muchas veces un tal rechazo implica un adelantamiento del resultado general de las pruebas admitidas. Entonces también acá el criterio para juzgar la impertinencia, sobreabundancia o inconducencia tiene que ser muy restrictivo.

**IV.** Otra de las emanaciones de la igualdad de armas está vinculada con el derecho al control de la prueba. Este derecho también está implicado en la idea de un proceso equitativo.

La Corte Suprema no ha dado demasiados criterios acerca de qué significa el derecho al control de la prueba, más allá de ciertas aproximaciones que se pueden encontrar desde el punto de vista de la garantía de la defensa entendida como derecho a una defensa efectiva sobre todo en los últimos tiempos de la Corte<sup>6</sup>.

El derecho al control de la prueba está expresamente reconocido, al menos en cuanto se refiere a la prueba de testigos y peritos en el art.8º, inc.2º, letra "f" de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en el 14, inc.3º, letra "e" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho no debe ser tampoco entendido en el sentido de que debe darse participación al imputado o a su defensa en *todas* las etapas del procedimiento en las que declararán testigos o peritos. Creo que basta con que al respecto, en algún momento del procedimiento haya tenido una oportunidad útil y efectiva para interrogar o hacer interrogar a los testigos o peritos o para controlar la prueba.

<sup>6</sup> Sobre el punto véase mi trabajo *El derecho a contar con un abogado defensor en el juicio criminal. Alcance y límites de su ministerio en la jurisprudencia de la Corte*, en *ED*, 137-602.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos que establece específicamente el derecho del control de la prueba de testigos y peritos no ha sido todavía interpretada por sus órganos de aplicación, hasta donde yo conozco, en cuanto a cuál debe ser el alcance que debe acordarse a estas disposiciones convencionales. Sin embargo, y sin pretensión de aplicación en todos los casos, un instrumento de interpretación posible consiste en ver cuál ha sido la interpretación que han dado otros tribunales de derechos humanos a garantías que aparecen insertadas de manera idéntica o sustancialmente idéntica en las convenciones que ellos aplican. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "*Bönisch v. Austria*"<sup>7</sup>, interpretando el art.6, inc. 3 de la Convención Europea, y en punto a qué es lo que debe entenderse por perito y por perito de parte, estableció justamente este criterio de que por lo menos en alguna etapa del procedimiento, aunque no haya sido en la etapa de vista de causa, debe haber habido una posibilidad efectiva y útil de interrogar a los testigos o peritos. Por otra parte de los pactos, entiendo yo, no se deriva un derecho personal del imputado a proponer preguntas por sí y directamente al testigo o perito. Los textos convencionales reconocen un derecho a interrogar o a *hacer interrogar* a los testigos presentes. Este hacer interrogar a los testigos presentes en realidad está determinando que por lo menos para el standard convencional basta con que tenga una oportunidad de dirigirles preguntas a través de otro. Con esto abordo una de las cuestiones que se suscitó recién frente a la intervención del doctor Cafferata Nores: el fenómeno de los tribunales que preguntan y de la constitucionalidad o la conformidad de esa práctica frente a los pactos de este tipo de modelos de proceso. Yo no veo, por lo menos frente a los pactos, un conflicto expreso en la medida que bastaría con interrogar o hacer interrogar. Sin embargo, si la interpretación de la procedencia o improcedencia de las preguntas dirigidas por las partes es tan estricta que en realidad termina por ser el tribunal el único que interroga, porque sólo él decide arbitrariamente qué es lo que procede y qué es lo que no procede, entonces sí estaría lesionado el principio de igualdad de armas porque, como decía anteriormente, en realidad la oportunidad de interrogar o hacer interrogar tiene que ser efectiva y útil. Si se encorsetan las preguntas de esta manera poco favor le estaríamos haciendo a la garantía. Por eso propongo que, desde el principio de igualdad de armas, en la duda el presidente de

<sup>7</sup> Serie A, 92, sent 6/05/85.

la audiencia debe considerar procedente a todas las preguntas. Esto es una cuestión muy distinta a la discusión acerca de cuál sería el modelo procesal preferible si debemos examinar no ya la conformidad con un determinado pacto, sino discutir qué clase de proceso queremos: un proceso en el cual el tribunal sea el encargado de esclarecer la verdad dirigiendo él originariamente las preguntas o un proceso en el cual, en esta idea de justa, se vuelva el tribunal un *oidor* y los contendientes de la justas sean quienes, con armas legales y en igualdad de condiciones, traten de llegar a esclarecer el punto de que se trate en cada caso.

En ese sentido creo que sería muy razonable que lo que en muchos tribunales se hace de hecho de dar primero la oportunidad a las partes que pregunten y sólo pedir las aclaraciones al final, se transformara en una letra expresa en una eventual reforma procesal. Simplemente lo que quería señalar acá es que no veo que el modelo actual, que permite al tribunal interrogar en primer lugar, sea por sí sólo contrario a la Constitución Nacional o a algún pacto. Rigen sobre este punto los arts. 239 y 249 del CPPN durante la instrucción, y el art. 389 del CPPN durante el juicio. Por cierto las partes pueden proponer preguntas en el debate, pero el presidente conserva en este caso la facultad de resolver sobre la admisibilidad o pertinencia de las preguntas propuestas (arts. 375 y 389, CPPN).

Pero este derecho a interrogar existe también en la etapa de la instrucción —y esto debe resaltarse porque puede tener alguna importancia según se verá próximamente—, por ejemplo cuando los defensores han sido admitidos en los actos de la instrucción, el art. 203 les concede el derecho de formular preguntas o hacer observaciones. El art. 389 referido al juicio permite a todas las partes, incluso algunos tribunales entienden cuando dice “todas las partes” que se debe incluir también al imputado, dirigir preguntas con la venia del presidente. Sin embargo, el juicio sobre la procedencia sigue estando en manos del presidente del tribunal (arts. 375 y 389).

V. Dejaré brevemente el tema para hacer una referencia a los principios de publicidad, oralidad e inmediación.

No puedo aquí desarrollar todas las emanaciones de estos principios. Sin embargo quiero señalar básicamente que difícilmente sea concebible un proceso público sin ser oral o marcadamente oral y un proceso oral y público sin buscar la intermediación entre el órgano de prueba y aquéllos que tienen que percibir y valorar la prueba, o por lo

menos una marcada inmediación. El principio de publicidad del juicio no está expresamente enunciado en nuestra Constitución, sin embargo hay muchos que sostienen desde hace tiempo que tanto desde la forma republicana de gobierno del art. 1° de la Constitución Nacional o de la referencia programática a la institución del jurado del artículo actual 118 de la Ley Fundamental, no se puede concebir un proceso penal sin estar rodeado, al menos, de los principios de publicidad, oralidad e inmediación. Pero la publicidad sí está ahora expresamente mencionada en los arts. 8°, inc. 5°, y 14, inc. 1° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

En el marco del CPP el debate debe ser oral y público bajo pena de nulidad, según el art. 363, y sólo por excepción a esta regla general podrían introducirse algunos documentos que recojan declaraciones de los testigos no realizadas en la audiencia de debate. También por excepción, y sólo por excepción, podría excluirse la publicidad total o parcial. Merecen citarse al respecto los arts. 355, párrafo 2°; 391 y 363 del CPPN.

Tampoco puedo aquí extenderme sobre el sentido final de los principios de inmediación, publicidad, oralidad. Sentido final que no puede ser interpretado unilateralmente o unidireccionalmente. Parece haber ya un consenso en el sentido de que en realidad estos sirven tanto a la mejor producción de la prueba o administración de justicia, e incluso a una finalidad de prevención general positiva que permite a la población conocer la forma en que se administra Justicia, o sobre qué base, e incluso hacer la crítica sobre los actos de gobierno, sino también al imputado que tiene la seguridad que nada se hará a oscuras cuando se deba juzgarlo, que puede tener la garantía de discutir públicamente su caso y de controlar lo dicho por los testigos.

Voy ahora a tratar de ceñirme al objeto fijado en el título de la exposición para la que se me ha ofrecido esta oportunidad, tratando los temas particulares. Es decir la incorporación por lectura de actas y el ocultamiento de la identidad de testigos, agentes encubiertos y otros colaboradores.

**VI.** Se señaló antes que, como consecuencia del art. 363 del CPPN, que no es sino una reglamentación de las normas superiores que acabo de citar, la regla debe ser la oralidad y publicidad del juicio desarrollado éste en un marco que favorezca la inmediación. Es decir que las declaraciones de testigos y peritos, se producen en presencia de

las partes y del público en el debate. Sin embargo la misma ley presenta excepciones a esas reglas que permiten distinguir constelaciones de casos en los cuales la regla aparece restringida.

Estas excepciones se presentan:

1) Cuando se introducen por lectura con la conformidad de las partes las actas de declaración testifical y periciales de la instrucción (arts. 355 y 391, inc. 1°, CPPN).

2) Cuando se introducen esas actas prescindiendo de la conformidad de las partes, para demostrar contradicciones o ayudar a la memoria de un testigo (art. 391, inc. 2°, CPPN).

3) Cuando se introducen las actas de instrucción porque el testigo hubiese fallecido, estuviere ausente del país, se ignorara su residencia o se encontrare por cualquier causa inhabilitado para declarar (ídem, inc. 3°).

4) Cuando se trate de reproducir en el debate la declaración prestada por informe por quienes no están obligados a comparecer al debate (arts. 391, inc. 3°, y 250, CPPN) o en los casos en que se leen los exhortos (arts. 132 y 246, CPPN).

5) Cuando se introduce por lectura la declaración recibida por el juez de instrucción antes del debate, por el fiscal delegado, o por el tribunal del juicio en la instrucción suplementaria, con el fin de *preconstituir* prueba ante el peligro probable de que el testigo no podrá concurrir al debate por enfermedad u otro impedimento (arts. 357 y 200, CPPN)

En realidad, de los cinco casos que acabo de mencionar, sólo dos no presentan conflictos frente al principio de equidad de armas, y su derivación el control de la prueba. El derecho del imputado es renunciable, de suerte tal que, en los casos de artículos 357 y 391, inc. 1° del CPPN, que regulan la introducción de las actas escritas con conformidad de las partes, la conformidad prestada para la lectura despeja la cuestión desde el punto de vista de su interés. Esto se presenta con claridad frente a la nueva institución del procedimiento abreviado, en la cual se manifiesta la máxima excepción a los principios de oralidad, publicidad e inmediatez. Esta excepción tiene como base dirimente la existencia de la conformidad del imputado (confr. arts. 431 bis, inc. 5°, CPPN introducido por ley 24.825; B.O. 18/6/97).

En el segundo grupo tampoco se presenta conflicto. El artículo 391, inc. 2° del CPPN, autoriza la introducción por lectura para evitar contradicciones o ayudar a la memoria del testigo, y en eso no se

advierten objeciones, pues en el juicio todas las partes tienen la posibilidad de realizar un interrogatorio exhaustivo sobre los puntos de contradicción. Creo que con ello se satisface plenamente el derecho al control del artículo 8º, inc. 2º, letra "f" de la Convención Americana de Derechos Humanos, y del art. 14, inc. 3º, letra "e" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No creo que pudiera alegarse una incompatibilidad de la regulación procesal con los citados artículos, porque lo relevante, si seguimos el patrón que proponía, es que en alguna etapa del procedimiento haya habido la oportunidad útil y efectiva de interrogar al testigo, y si el tribunal da amplitud para la interrogación en el debate, entonces deberá considerarse suficientemente garantizado este derecho.

Sin embargo, no quiero ser ingenuo en esto, lo que dice la ley, y en esto hay que interpretarla restrictivamente porque implica una excepción al derecho de la defensa al control de la prueba, es que la incorporación a que se refiere el caso del inc. 2º, sólo se autoriza para señalar contradicciones o para ayudar a la memoria del testigo, no para *sustituir* la declaración oral del testigo. Entonces si el testigo no logra resolver la contradicción o no logra evocar el caso, el tribunal no podría decir prefiero lo que dijo por escrito a lo que me dice hoy en el juicio. Podrá decir que miente y no lo toma en cuenta, o que lo cree reticente o llegar a la conclusión que no resulta confiable lo transcrito en el acta porque el testigo ha declarado de buena fe y con veracidad en el debate, o bien confrontar sus dichos con los de otros testigos, pero nunca se puede interpretar que está permitido suplir mediante esta lectura la declaración prestada en la audiencia del juicio, en presencia de las partes, porque así se estaría abriendo la trampa a la regla general de la publicidad, oralidad e inmediación.

Me ocuparé seguidamente de los casos que sí provocan dificultad:

Una interpretación muy lata del artículo 391, inc. 3º del CPPN, que considerase que siempre está autorizada la incorporación por lectura de las declaraciones testificales prescindiendo de la conformidad de la defensa en los casos en que el testigo hubiese fallecido, estuviere ausente del país o se ignorare su residencia, o se encuentre inhabilitado por cualquier causa para declarar, creo que sería contraria a la norma establecida por el artículo 8º, inc. 2º, letra "f" de la Convención Americana de Derechos Humanos, y al artículo 14, inc. 3º, letra "e" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No veo sin embargo que esto pudiera valer genéricamente, entiendo que esto sobretodo sería para los testigos de cargo y no los de

descargo, pues si realmente hay un acta de la instrucción en la cual testigo de cargo ya ha sido oído y éste es verdaderamente un testigo de descargo, si lo que dice en la instrucción es de descargo, no sería de interés para la defensa.

Si el imputado o su defensor han tenido la oportunidad en alguna etapa del juicio de interrogar al testigo, aunque no sea en la audiencia de vista de causa, parece en principio que debería ser admisible la incorporación por lectura, pero esa posibilidad de intervención anterior a la audiencia del juicio debió haber sido útil, efectiva. La posibilidad sólo puede juzgarse útil y efectiva cuando el imputado o su defensa han estado en conocimiento de la fecha de fijación de la audiencia y han estado en condiciones de interrogarlo exhaustivamente.

Aquí también puede sacarse provecho de la doctrina de un caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco del artículo 6, inc. 2, letra "d" de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo texto es idéntico al del artículo 14, inc. 3º, letra "e", del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En, el caso "*U. v. Austria*"<sup>8</sup>, se trataba de un juicio penal por lesiones, iniciado por imputación de la esposa y la hija contra el padre, en el cual esposa e hija habían declarado en la policía pero cuando llegó la etapa de vista de la causa, decidieron aprovechar un derecho que les concedía el sistema austríaco, de abstenerse de declarar en contra de su pariente, ante lo cual la fiscalía pidió la incorporación por lectura de las actas de declaración de las personas que lo habían denunciado. Allí el TEDH declaró que debió habersele garantizado al imputado al menos en algún momento del procedimiento el derecho de controlar esas declaraciones, y puesto que al momento de recibirse esas declaraciones la defensa no las conocía ni había tenido oportunidad de intervenir, el proceso por el que se arribó a la condena del peticionario, sobre la base de esas declaraciones escritas, no había sido un proceso equitativo en los términos de la CEDH, en la medida en que no se le había garantizado suficientemente el derecho de interrogar a los testigos, por lo cual condenó al gobierno de Austria por no respetar estas dos normas, proceso equitativo y derecho de interrogar a los testigos.

En contra de práctica general de la instrucción, la posibilidad de la presencia del defensor en los actos de la instrucción es *como regla* admisible en esa etapa, según mi modo de ver. Me fundo al respecto en los artículos 202 y 203 del CPPN.

<sup>8</sup> Serie A, 110, sent. del 24/11/86.

Sin embargo esta regla general está severamente limitada cuando impera el secreto del sumario, que impide en principio la presencia del defensor en las declaraciones testimoniales.

Pero incluso si no hay secreto del sumario la ley no le impone al juez de la instrucción, como regla, notificar a la defensa del término para la audiencia en que declararán los testigos. Esto es evidente al leer el artículo 202 que en su última parte dispone que debe avisarse a los defensores antes de practicar el acto, sólo cuando el juez ha admitido una petición de asistencia, con lo cual parece requerir el pedido de la defensa para obligar al juez a notificarlo. Ahora bien, creo que no se le puede imponer a la defensa la carga de pedir constantemente que se le admita intervenir en las declaraciones de los testigos de la instrucción para ser notificado de la audiencia, bajo riesgo de que si no lo pide, el acta de las declaraciones tomadas en su ausencia, y sin ninguna participación suya, podrá eventualmente ser incorporada en el debate sin su control. Sostengo no puede crearse pretoriamente esta carga pues la verdadera regla general que no debemos perder de vista es la que establece que las pruebas se producen en el juicio oral, público y contradictorio. Entonces no se puede invertir esta regla sosteniendo que en todo caso que la posibilidad del control de la prueba se reconoce en interés de la defensa y que por tal razón si no ha pedido estar presente en las declaraciones de la instrucción debería hacerse cargo del riesgo si después se incorporan las actas pertinentes en el juicio. Sostengo por el contrario que el riesgo debe cargarlo el Estado. En efecto, cuando promete la garantía de un juicio oral, público y contradictorio, se hace cargo del riesgo de la pérdida de elementos de prueba. Esto es que, si el testigo no puede comparecer al juicio, se arriesga a no poder incorporar por lectura lo que ese testigo dijo en la instrucción. Para aventar ese riesgo el juez, como órgano del Estado, tiene siempre a mano el recurso de darle participación a la defensa en la declaración de la instrucción, por si acaso el testigo no llegara a estar disponible en el juicio. Debe aquí repetirse si es necesario hasta el hartazgo que no es una carga de la defensa que el juicio sea oral, porque la oralidad está impuesta por la ley y no por el interés de la defensa. Ahora el Estado tiene una forma de evitar el riesgo de que interrogue sin la presencia de la defensa y después se le haya muerto o se encuentre ausente, y la forma de evitar el riesgo es de oficio notificar a la defensa de la realización de la audiencia, y si la defensa no viene, ya sí es un problema de ella, pues el derecho de asistencia es disponible. En ese caso la defensa no podría aducir que no tuvo la oportunidad de interrogar libremente al testigo de cargo.

Después voy a volver sobre este punto, porque creo que en ciertos casos esta notificación resulta obligatoria que el juez de instrucción notifique a la defensa.

Una observación adicional merece el caso del *testigo ausente del país*. En el caso de un *testigo que tiene su domicilio habitual en el territorio nacional*, el simple hecho de que esté ausente temporariamente no es motivo suficiente, por sí solo, para prescindir de su comparecencia en el juicio, si puede establecerse que un corto lapso regresará al territorio nacional. En este caso no resulta apropiado a la garantía del derecho fundamental imponer la incorporación del acta de sus declaraciones ante la instrucción. Si se trata de casos en que el lapso es mayor y no se puede postergar la iniciación del juicio, o del caso de *testigos que tienen su domicilio habitual en el extranjero*, el juez deberá proveer a lo necesario para la citación y, eventualmente el reintegro de viáticos (arts. 79, inc. b y 362, CPPN), o en todo caso disponer un exhorto para que el testigo sea oído en el lugar en que se encuentra, sobre todo cuando los jueces no pueden compeler a un testigo en el extranjero a comparecer al juicio, sino que dependen de las normas de derecho internacional público.

Creo que en los casos de los testigos que declaran en el extranjero por exhorto, el contenido de la diligencia sólo podría ser incorporado al juicio si se dio oportunidad a la defensa de concurrir al extranjero para escuchar al que declara por exhorto.

También son conflictivos con las convenciones de derechos humanos los casos en que se pretenden introducir por lectura en el debate las declaraciones prestadas por informe por quienes no están obligados a comparecer personalmente en el juicio (arts. 391, inc. 3° y 250, CPPN); o las diligenciadas por exhorto (arts. 132 y 246, CPPN). Para decidir sobre su compatibilidad debe examinarse si se ha dado oportunidad a la defensa de proponer preguntas, y, en su caso, si ésta ha pedido que se supla el informe por un interrogatorio directo en el lugar en el que el testigo privilegiado tiene su domicilio legal o su residencia oficial (art. 250), y, en su caso, si ha solicitado estar presente en ese interrogatorio (arts. 202 y 386).

Finalmente está el caso de la incorporación de las actas formadas mediante el procedimiento de *prueba preconstituida*, que está expresamente regulado en el CPPN, pero cuya existencia la práctica forense, e incluso la dogmática, parece desconocer, procedimiento que, sin embargo, tiene carta de ciudadanía en nuestro Código Procesal Penal de la Nación. A veces es previsible que el testigo no vaya a

estar en el juicio, y tan así es que se le permite al juez de instrucción seguir un procedimiento especial para cristalizar una prueba que pueda ser utilizada en el juicio, preconstituyéndola. Este es un procedimiento existente no sólo en el marco del CPPN, sino también en el derecho europeo continental<sup>9</sup>. Creo que en verdad este modelo de la prueba constituida no debería ser la excepción sino la regla en la incorporación por lectura de las actas de los testigos ausentes.

El procedimiento de preconstitución o anticipación de prueba está previsto en el artículo 357 del CPPN para la etapa preliminar del juicio, que permite realizar una instrucción suplementaria cuando se prevé que el testigo no podrá estar en el juicio y en el artículo 200 del CPPN, que le permite al juez de instrucción proceder mediante esta forma, cuando durante la instrucción o antes del debate, haya elementos que permitan presumir que el testigo por enfermedad u otro impedimento no podrá concurrir al debate. En este caso el defensor tiene según la ley el derecho de asistir a la audiencia, y esto lo expresan claramente los artículos 200 y 357 del CPPN. Esto significa entonces que aún durante el secreto del sumario, deberá notificarse al defensor cuando se quiera preconstituir o anticipar prueba para el juicio. Porque el artículo 200, que regula un caso especial, dice que el defensor *tiene el derecho*, pues hay que darle la posibilidad de controlar la prueba.

El artículo dice que el incumplimiento de la notificación se sanciona con la nulidad. Considero inadecuada la solución legal, pues no es un problema de nulidad sino de inadmisibilidad en el juicio. En efecto, para fundar una medida cautelar no se requiere la igualdad de armas que sí es necesaria para una condena, porque de lo contrario todos los actos deberían fundarse de la misma manera, ya se trate de una sentencia, de un embargo o de una prisión preventiva. Sin embargo en la instrucción se admite todo lo contrario, pues las medidas cautelares se pueden fundar en un sinnúmero de indicios de culpabilidad en cuya recolección la igualdad de armas ha estado sumamente debilitada. Entonces creo que lo razonable hubiese dicho que en estos casos del artículo 200 podrá sacarse provecho de los actos celebrados sin noticia de la defensa para fundar una medida cautelar, pero no para fundar condena.

<sup>9</sup> Vide por ejemplo GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1996, pág. 375 y ss.

VII. Otra constelación problemática se presenta frente a los llamados *testigos de oídas*. Estos no declaran directamente sobre el hecho del proceso, sino respecto a lo que otros le contaron del objeto del proceso. Creo que recurrir indiscriminadamente a los testigos de oídas puede ser una forma de evadir el deber de dar garantía a la defensa de que tendrá la posibilidad de interrogar útilmente los testigos de cargo y descargo. Sin embargo tampoco creo que su utilización sea contraria a los pactos internacionales, porque en realidad es posible interpretar a los testigos de oídas lealmente sobre la base del objeto de su deposición. Estos testigos no declaran respecto al hecho, sino sobre lo que otros le contaron. El hecho sobre el que declaran los testigos de oídas consiste en la existencia y circunstancias del relato del testigo inmediato, y no sobre la veracidad del cuento. Si los tribunales interpretan al testigo de oídas tal como lo que es y así lo consideran, entonces no habría tanto conflicto con esta regla, pero si saltan el objeto y los jueces dicen que como recibió el relato, éste es cierto, y no traen al testigo inmediato del hecho, se estaría impidiendo que se realice ese amplio control sobre los testigos de cargo y descargo.

Creo entonces que los casos problemáticos se presentan, por ejemplo, cuando el testigo directo falleció, se ignora el domicilio, o cuando se interroga a la policía sobre declaraciones recibidas de informantes, soplones, agentes encubiertos, delatores o como los queramos llamar. Más aún, si hay un caso en donde es conflictivo el testigo de oídas, es el caso en el que se incorpora un relato que no puede ser traído por el testigo inmediato porque este dato se obtuvo por un medio inconstitucional. Ejemplo: policía que obtiene el relato del que hizo la intervención telefónica ilegítima, del torturador o extorsionador, etc. Por cierto que en estos casos ni siquiera sería admisible la incorporación de testigos de oídas, no ya por la falta de posibilidades de control de los testigos, sino porque hay otras normas constitucionales que han sido violadas, que impiden sacar ningún provecho de ello.

Un caso de los testigos de oídas fue resuelto por el TEDH en el caso "*D. v. Francia*"<sup>10</sup>. Esta decisión se adoptó en un caso en que se condenó al señor D. por el arrebato de una cartera en una estación de ferrocarril a una mujer que estaba acompañada por una amiga, la mujer fue a buscar a un policía y le dijo que el asaltante había sido una persona que se encontraba en el anden para subir a un tren. El policía fue hasta la persona indicada por las mujeres, interrogó al

<sup>10</sup> Serie A, 191, sent. del 19/12/1990.

imputado y lo detuvo. Cuando se celebró el juicio había desaparecido la amiga que acompañaba a la víctima y la fiscalía renunció a traer a esta última, la defensa pidió su citación y el tribunal la consideró superabundante porque existían los dichos del policía que había detenido al imputado. Para resolver el caso el tribunal consideró que ni la víctima, ni la amiga habían comparecido al juicio, y como no se había podido interrogar a los testigos de cargo de acuerdo a las normas de la CEDH, un proceso basado exclusivamente en los dichos de un testigo de oídas, a saber el policía, era contrario a las garantías del juicio equitativo y del derecho de interrogar a los testigos.

El tribunal debe valorar el valor convictivo y la credibilidad del testigo de oídas, pero no puede sólo por el testigo de oídas tener por cierta la existencia del hecho que no percibió sino que recibió de boca de otro. Ese otro, por otro lado, no está sujeto a la intermediación del tribunal, y, por lo tanto, su credibilidad y confiabilidad son difícilmente comprobables. Que sea confiable el testigo de oídas, y que por ende pueda creérsele que recibió el relato que dice que recibió, no equivale a decir que el relato que recibió es cierto. El valor del testigo de oídas es pues relativo, de suerte tal que no puede dársele el mismo valor que al testigo inmediato, so riesgo de afectar el derecho del imputado al control de la prueba. Pero una sentencia condenatoria que se basa en los dichos del testigo de oídas, y en otras pruebas que concuerdan con sus dichos, no es necesariamente contraria al derecho a un juicio equitativo. La contrariedad no depende de que el testigo sea de oídas, sino del valor relativo asignado a sus dichos en el contexto de toda la prueba producida.

**VIII.** Finalmente cabe considerar, al menos sumariamente, la práctica de los tribunales de ocultamiento de la identidad de testigos con el alegado fin de protección de intereses de estos, o de ciertos organismos de investigación que operan de modo encubierto.

No cabe duda que la protección de los testigos mediante el velo que se pone a su identidad física y nominal, y las generales de la ley es de alguna manera una restricción al derecho a controlar con amplitud a los testigos. Nuestro CPPN por regla enumera no sólo el interrogatorio sobre la identidad nominal, sino sobre otros datos relevantes, para permitir juzgar como el testigo sabe o conoció las cosas sobre las que declara, que interés puede tener en ellas y hasta que punto puede ser creíble (confr. art. 249, CPPN).

Si al testigo se lo presenta en juicio del modo en que Strauss presenta a sus personajes en la opereta "El murciélago", en la que los

personajes no pueden reconocer con quién bailan, no sólo se abre la posibilidad del enredo, propio de la comedia, sino que se hiere mortalmente la igualdad de armas y se corre el riesgo de realizar actos contrarios a los intereses de la defensa por insuficiente conocimiento de las cosas.

Algunos tribunales han creído encontrar una autorización legal para incorporar en el juicio los dichos de estos testigos cuya identidad se mantiene oculta, y que han declarado fuera del debate, o de agentes encubiertos, sobre las bases de los arts. 31 bis, 33 bis y 34, de la ley 24.424, que se refieren a testigos de cargo, a investigadores bajo cubierta y a denunciantes. También se ha entendido que la reserva de identidad de testigos estaría autorizada por el art. 79, inc. 1° del CPPN en la medida que genéricamente en su letra "c" enuncia el derecho a la protección de la integridad física y moral del testigo y su familia. No dudo en que ciertos casos extremos pueden existir riesgos físicos y morales para el testigo y su familia. Pero si para protegerlo se ha decidido mantener en secreto, en la etapa del juicio ello debe implicar la renuncia de utilizar esas declaraciones como prueba de cargo para fundar una condena. Lo que se puede mantener bajo una desigualdad de armas para una medida cautelar, no puede mantenerse en los mismo términos al momento de tener que juzgar el caso definitivamente.

Se pueden presentar entonces los siguientes casos conflictivos:

1) la incorporación por lectura de las declaraciones en la instrucción de los investigadores bajo cubierta, denunciantes anónimos o los testigos de identidad reservada. Esto debe ser resuelto del mismo modo que el resto de las incorporaciones por lectura a las que antes me he referido, de suerte tal que, si no hubo posibilidad de control las actas escritas no pueden ser incorporadas;

2) los casos de citación del testigo al juicio, es decir presente en el juicio, en los que presta declaración, pero con las siguientes particularidades;

3) sin la presencia del imputado y su defensa a quienes después se les contó lo que pasó;

4) en presencia del imputado y su defensa pero en sala separada, con un vidrio espejado de un solo lado, que con instalación acústica adecuada permite oír lo que sucede en una sala contigua, pero no ver al testigo;

5) sólo en presencia del defensor.

Todos pueden presentarse como violatorios del derecho a la defensa del imputado.

En el primer supuesto desaparece cualquier tipo de control. En el segundo, variantes uno y dos, porque se pierde la percepción de elementos que son decisivos para juzgar la credibilidad del testigo, en especial sus reacciones y comportamiento. Por último, el supuesto de la variante tres, en la que el testigo protegido declara sólo en presencia del defensor podría ser en principio admisible, excepto que se tratase de casos en los que está en juego posibilidades de demostrar que el imputado en el caso concreto, de haber conocido la identidad física del testigo, podría haber demostrado la falta de credibilidad del testigo. Los pactos enuncian el derecho de interrogar o *hacer interrogar* a los testigos, por lo tanto las objeciones a la variante tres deberían ser más débiles. No debe sin embargo pasarse por alto que si el imputado no conoce a quien lo acusa, difícilmente podrá demostrar que quien lo acusa no es quien dice ser, o que no ha podido conocer las cosas del modo que dice en que las ha conocido.

Si se persiste en proteger la identidad del testigo, debería reconocérsele a la defensa el derecho al rechazo de que se incorporen actas por lectura que ella no a podido controlar, o a que comparezcan al juicio, los testigos protegidos con un velo sobre su identidad. Si el Estado decide cubrir a los testigos en el juicio es él el que debe hacerse cargo con su decisión de la pérdida de un elemento de prueba.

En principio, si el Estado ha dado protección a un testigo, no puede reconocérsele a la defensa un derecho a hacerlo comparecer incluso en el caso en que el Estado prescinde del testigo protegido, salvo que la defensa demostrara fundadamente que en realidad traer al testigo encubierto serviría para develar que la protección no es sino una fachada para encubrir una actuación contraria a la Constitución.

La práctica que se observa en los tribunales nacionales, en especial en el marco de los procedimientos de enjuiciamiento de delitos de la ley de estupefacientes, debe merecer una cuidadosa atención de la doctrina y de los tribunales de revisión, orientada a la búsqueda de criterios de eficacia respetuosos del derecho a un juicio equitativo, y, en particular del derecho a controlar la prueba de cargo interrogando o haciendo interrogar a los testigos.

Esta práctica orientada a la idea de eficacia en la averiguación de los delitos, bajo la presunción empíricamente no demostrada de que el testigo anónimo será más veraz que el testigo cuya identidad

nominal y física será más veraz, ha sido puesta en crisis en varias oportunidades ante el TEDH. Los criterios fundamentales fueron delineados por primera vez en el caso "K. v. Holanda"<sup>11</sup>. Se trató en el caso de una sentencia fundada en prueba testifical de personas mantenidas anónimas que no comparecieron al juicio. La defensa había podido someter al juez de la instrucción preguntas por escrito, pero una parte relevante no había sido admitida por el juez, y otra parte no había sido contestada por los testigos de identidad oculta para la defensa, pero conocida por la fiscalía. Para resolver la cuestión el TEDH no examinó el modo de producción de cada prueba aisladamente, sino si, el procedimiento en su conjunto, incluido el modo de presentación de pruebas, había revestido carácter equitativo. Al respecto sentó los siguientes criterios: a) los elementos de prueba deben, *en principio*, ser producidos delante del acusado en audiencia pública a fin de posibilitar un debate contradictorio; b) reiteró que pueden leerse las declaraciones de la instrucción bajo condición de que el imputado hubiese tenido en aquel estadio ocasión *adecuada y suficiente* para discutir el testimonio de cargo y para interrogar al testigo. El TEDH concluyó que se había violado el derecho a un juicio equitativo en conexión con el derecho de interrogación de los testigos porque en el caso: a) ni la defensa ni el imputado habían podido interrogar personalmente a los testigos; b) el anonimato limitó cierta clase de preguntas; c) sólo uno de los testigos había sido escuchado directamente por el juez, que ignoraba su identidad.

El TEDH no parece haber sentado líneas definitivas, en el caso "D. v. Holanda"<sup>12</sup> admitió como compatible con la idea de proceso equitativo una cierta protección de la identidad de los testigos civiles, en la medida en que la defensa había podido dirigirle preguntas por medio de un sistema de comunicación a testigos que se hallaban fuera de su vista, en una sala contigua; mientras que recientemente, en el caso "V. M. v. Holanda"<sup>13</sup> tuvo un criterio más restrictivo en punto a la declaración de agentes de policía cuya identidad se había mantenido en reserva.

<sup>11</sup> Serie A, 166, sent. del 20/11/1989.

<sup>12</sup> *Recueil des arrêts et Décisions de la Cour Européenne des Droits de l' Homme*, tomo 6, pág. 446 y ss.

<sup>13</sup> Sent. del 23/4/97, correspondiente al caso 55/1996/674/861-864, aún no publicada en la colección oficial *Recueil des arrêts et Décisions de la Cour Européenne des Droits del' Homme*.

Más allá de los imprecisos límites sobre la admisibilidad de tal clase de protección, lo cierto es que en el derecho positivo vigente no hay regla alguna que autorice a recibir declaración a personas bajo reserva de identidad. En efecto, la ley 24.424 no dice lo que algunos, a mi modesto entender creen que dice. Simplemente expresa que los testigos *que han colaborado* con la instrucción tienen la posibilidad de sustituir su identidad. Es decir que la medida de protección es *ex-post no ex-ante*, pues se refiere a los testigos que ya han colaborado, y no a los que se espera que colaboren<sup>14</sup>. Por otra parte, los términos del art. 79, letra "c", son tan genéricos que no pueden servir para fundar la reserva de identidad. De allí que creo que no hay sustento legal para ocultar la identidad física y nominal de testigos haciendo una excepción a la regla del art. 249 del CPPN.

**IX.** Comencé mi exposición proponiendo un paralelo entre el principio de igualdad de armas y la idea de justa medieval, con contendientes leales en igualdad de condiciones. Opuse la igualdad de la justa, a la búsqueda del desequilibrio del enemigo propia de la guerra. No puedo ignorar que en nuestros días se presentan ciertas manifestaciones de la criminalidad organizada, con características de un belicismo cruento, y muchas veces se alzan pidiendo instrumentos legales para librar una guerra con caracteres épicos. Si se hace caso a estas voces abandonaremos la idea de juicio equitativo como justa por la de procedimiento de persecución penal como instrumento de la de guerra. Las guerras no se combaten con el derecho.

<sup>14</sup> Confr. CARRIÓ, ALEJANDRO, *Agentes encubiertos y testigos de identidad reservada: armas de doble filo ¿Confiadas a quién?*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 6, pág. 311 y ss. (319).



## **PROCEDIMIENTO PENAL: DE LAS NULIDADES EN GENERAL Y DE LAS ABSOLUTAS EN PARTICULAR**

JOSÉ LICINIO SCELZI\*

### **I. De las nulidades en general**

#### ***Concepto***

La inobservancia, genérica o específica, de formas o requisitos exigidos por la ley para la validez de los actos procesales, constituye una irregularidad pasible –en determinadas circunstancias– de sanción nulificante.

Es presupuesto de la nulidad que el acto procesal se encuentre afectado por defecto o imperfección que, en virtud de su entidad, lo exponga a la posibilidad de perder toda eficacia jurídica (Florián).

La relacionada ineficacia finca en la incapacidad del acto para producir las consecuencias jurídicas que ordinariamente se le atribuyen (Leone).

La “mera irregularidad” de una actuación, aun asimilando imperfección, no elimina su individualidad procesal cuando el acto cumple regularmente sus fines. La nulidad está reservada para fulminar los vicios graves que desubican al acto de su respectivo tipo procesal (Creus), y no las simples irregularidades.

Ella es una sanción legal; contemplada por el Derecho de modo expreso o tácito (Pessoa); apta –insistimos– para privar a los actos procesales de las secuelas jurídicas que ordinariamente irrogasen

\* Abogado (UCA). Profesor Asistente de Derecho Penal II. UCA.

(Torres), a partir de su reconocimiento jurisdiccional (Creus); aplicada en supuestos de apartamiento de formas esenciales que pusieran en peligro el fin del proceso (De la Rúa).

### ***Formas y requisitos***

Las “formas” atañen a la propia estructura material del acto; en tanto los “requisitos” conciernen a la capacidad de que ha de gozar quien lo ejecuta y a la intervención que en él han de tener ciertas personas (Núñez).

Las severas deficiencias anotadas en cualquiera de los elementos enunciados pueden fundar la resolución de nulidad (D’Albora).

### ***Acto inexistente y acto nulo***

La actuación que padece cardinal defecto en el proceso, pese a su naturaleza imperfecta, evidentemente existe y por tanto obra sujeta a hipotética censura de nulidad.

El denominado “acto inexistente” —a diferencia del acto nulo— no origina efectos procesales ni siquiera mediando cosa juzgada, porque su propia inexistencia lo torna imposible (Desimoni-Tarantini); tampoco precisa ser invalidado (Couture); se halla desprovisto de presunción de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad (Abalos); y la acción encaminada a su reconocimiento judicial es imprescriptible (Dromi).

La corporeidad del acto inexistente emana de una mecánica sin sentido procesal (Creus).

Puede sostenerse entonces que así como el acto nulo nace enfermo, el inexistente siquiera nace como tal (Torres Bas); y aunque en rigor, conforme se adelantara, algo existe, no cabe sino afirmar que el acto es “jurídicamente inexistente” (Couture; v. gr., sentencia dictada por quien no es juez).

El calificativo de inexistente también se extiende desde la situación del que lo fuera a la de los posteriores y precedentes conexos (Leone).

Discrepan los autores en punto a la solución atribuible a los actos inexistentes. Mientras algunos barruntan que la orfandad de preceptos procesales específicos explica que a los actos inexistentes se administren los cánones inherentes a la nulidad (Abalos, Salas Viraldi); otros recuerdan jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que aplicara la doctrina del acto inexistente, sin emplear las reglas de la nulidad (D’Albora, *Recurso deducido sin firma del apelante*, ED, 146-391, con nota crítica de Morello).

## ***Clasificación de las nulidades***

La doctrina tolera sean catalogadas las nulidades según tipos y especies, mediando además diferentes sistemas de apreciación.

A tenor de esos parámetros discrimina dos tipos de nulidades, las genéricas y las específicas; sendas especies, las absolutas y las relativas; y, al menos, cuatro sistemas: formalista, privatista, judicialista y legalista (Torres Bas).

También cabe escindir las nulidades totales de las parciales, y las expresas de las virtuales o implícitas (Torres).

Por último procede recordar que el régimen de las nulidades inherente a los actos regulados por el derecho sustantivo posee algunos efectos diferentes a los previstos en el régimen de las nulidades procesales.

### ***Nulidades genéricas y específicas***

Las nulidades son genéricas cuando se orientan a sancionar todos los actos procesales comprendidos en situaciones que la ley (Abalos) define en conjunto.

Se interpretan prescriptas bajo pena de nulidad genérica las disposiciones ligadas al nombramiento, capacidad y constitución del juez o tribunal; a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso como representante del Estado en el ejercicio de la acción; y a la intervención, asistencia y representación del imputado (Desimoni-Tarantini).

Dentro del campo de las nulidades genéricas se han distinguido las "sistematizadas" de las "no sistematizadas" (Clariá Olmedo). Aquellas coinciden con las enumeradas en el artículo 167 del CPPN; éstas con dispositivos que reglan, entre otros recaudos procesales, el idioma, la fecha que ha de lucir en diversas actuaciones, la publicidad consustancial a algunas secuencias, etc.

Las nulidades específicas se encuentran diseñadas en varios artículos de la ley, donde se previene —sin duda alguna (Torres)— que los actos desabastecidos de las formalidades impuestas por ella para cada caso en particular, bajo deliberado apercibimiento de nulidad, puedan ser invalidados (omitir indagatoria del imputado en audiencia de debate).

Estas nulidades se vertebran sobre el axioma especificidad-taxatividad, que los digestos formulan con expresiones parangonables a las de figuración en el artículo 166 del CPPN ("bajo pena de nulidad").

## ***Nulidades absolutas y relativas***

Absolutas son las nulidades declarables de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado y grado del proceso (art. 168, segundo párr., CPPN); deducibles aun por quien no tuviere interés legítimo en su admisión, o hasta las hubiere ocasionado; e insubsanables, excepto por causa de cosa juzgada (Creus).

Relativas, las subsanables con arreglo a las disposiciones de la ley; peticionables por quien no las hubiere perpetrado (C.N.C.P., Sala II, sent. del 23 de junio de 1995, *in re* "Q.") y dispusiera de interés en que fuesen proclamadas judicialmente (C.N.C.P., Sala II, sent. del 30 de junio de 1995, *in re* "E.").

Estas nulidades pueden ser consagradas si, además, desde el punto de vista de la *télesis*, el acto no trasuntara la satisfacción de su propósito (D'Albora; S T Corrientes, *JA*, 1987-IV-423).

En los cuerpos legales se suele prever como principio general que las nulidades son relativas, reservando notas de excepcionalidad a las absolutas (Clariá Olmedo).

Sectores doctrinarios asocian las nulidades declarables de oficio al "interés público" que radica en la necesidad de proteger la legalidad del proceso; y las nulidades declarables a instancia de parte al "interés particular" que privilegia la defensa en juicio (Desimoni-Tarantini; ver C.N.C.P., Sala II, sent. del 26 de abril de 1995, *in re* "F.").

## ***Sistemas de nulidades***

Los "formalistas" auspician que la nulidad sea el indefectible castigo jurídico tributable al mero incumplimiento de las solemnidades que han de engalanar el acto procesal.

En la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal de Mendoza hubo de cuestionarse este sistema destacando que: "...sancionar con nulidad toda inobservancia de formas prescriptas por la ley conduciría a consecuencias desproporcionadas con la gravedad de un defecto de forma, trabaría el curso de la justicia penal, creando a cada paso inconvenientes difíciles de evitar y sería contrario al justo interés por la celeridad de los juicios, que es condición de buena justicia".

Los "privatistas", por su lado, confían al arbitrio resultante del acuerdo de partes la fijación de los supuestos de nulidad.

Entre los "judicialistas" prevalece el temperamento de que las nulidades se hallan condicionadas al discrecional examen que los jueces emprendieran respecto del carácter esencial o no endilgado a formas inobservadas en actos procesales por ellos inspeccionados.

Se ha criticado al sistema "judicialista" el amplio margen que cede al arbitrio judicial y los peligros que ello inspira a la misión de robustecer las pautas que hacen a la seguridad jurídica.

Los cultores del sistema "legalista" (art. 166, CPPN), también llamado de la "taxatividad", congenian en que no hay más nulidades que las expresamente establecidas por ley para los actos en ella conminados bajo tal reproche (Torres Bas).

Una tendencia contemporáneamente fortalecida patrocina moderar las aplicaciones excesivas del sistema "legalista" con el socorro de una técnica de análisis que lo complementa. Rescata el provecho de sopesar no sólo que la nulidad suceda cuando se encuentre tipificada taxativamente en el texto legal, sino además cuando el acto no hubiera coronado la finalidad querida por el Derecho (Palacio-Lascano-David).

Se ha entendido así que cuando en un acto que agota la finalidad prevista legalmente se interpola otro de modo incorrecto, aquél conserva validez sin perjuicio del mérito que en el contexto del proceso correspondiera asignarle (C. Penal Santa Fe, sala I, "Autos" 50:161, a propósito del reconocimiento de persona ocurrido en ceremonia de careo).

A lo expuesto cabe adunar la necesidad de que ciertos actos a los que faltasen presupuestos procesales indispensables, pese a no contar con específico castigo legal, pudieran ser invalidados a la luz de las "nulidades implícitas", derivadas de la imposibilidad de consentir actuaciones que prescindieran de determinados e importantes presupuestos procesales (Abalos). Se trata de una variante de la interpretación concebida como genuinamente legalista (sistema "mixto"), exenta de restricciones munidas de severidad irrazonable (Pessoa), donde se permite al arbitrio judicial dosificar la pétrea acepción legalista de las nulidades dando cabida en su ponderación al arbitrio judicial que estima la exigencia de cuidar de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, incluso valorando normas no procesales que consagran derechos para los sujetos del proceso (Creus).

### ***Nulidades totales y parciales***

La distinta extensión del reproche de nulidad autoriza a elaborar el presente módulo (Torres).

Totales son las nulidades que despojan de eficacia jurídica a la integridad del acto (nulidad de indagatoria); y parciales las que sólo enervan en parte la validez de una actuación —de suyo divisible—

obstando a que un rigorismo formal inconducente concluya anulando la totalidad de lo obrado.

### ***Nulidades expresas o virtuales (implícitas)***

La imperfección que decide la invalidez del acto, en supuestos de nulidades virtuales o implícitas, no se colige de la inobservancia de la regulación procesal específica, sino del quebrantamiento de formas o requisitos acuñados por la Constitución Nacional; la ley penal, civil, comercial, etc.; o el conjunto del régimen procesal como sistema (D'Albora).

Así se excluye como prueba ilícita, empleando la teoría del fruto del árbol venenoso, la confesión obtenida a través del uso de la fuerza (Carrió), extremo que exhibe incohonestable el trámite con los mandatos del art. 18 de nuestra Ley Fundamental; o la desatención de las reglas de conexidad que frustran el otorgamiento de una condena condicional (Creus).

Las nulidades implícitas o virtuales han sido descriptas como representativas de un *tertium genus* (Bernaldo de Quirós-Rodríguez), habida cuenta que sin expresa conminación legal ni encuadre de nulidad general, implican la invalidez de los actos procesales que descubren en ese desenlace la única solución jurídica adecuada (nulidad de la denuncia violatoria del secreto profesional, C Crim. y Corr. Cap. Fed., sent. del 3 de abril de 1962, *ED*, 4-430).

### ***Nulidades sustanciales y procesales***

El régimen procesal de las nulidades es distinto al organizado para las nulidades en el derecho sustantivo.

En efecto, desde el prisma de este último, las nulidades retrotraen sus efectos al nacimiento del acto nulo; los actos nulos ningún efecto producen; y los anulables a expensas de la legislación civil pueden aceptar consecuencias aun vigentes después de la declaración de nulidad.

Desde el ángulo de las nulidades procesales asimismo es factible predicar que ellas retrotraen sus efectos al origen del acto nulo. Empero, sus secuelas invalidantes sólo ocurren a partir de la respectiva declaración jurisdiccional, y no suscitan consecuencias posteriores al correspondiente reconocimiento judicial de nulidad (Creus).

### ***Inadmisibilidad***

La inadmisibilidad evita que el acto contaminado ingrese con regularidad al proceso, computando la circunstancia de que la actua-

ción no respeta expresas disposiciones formales (Torres Bas). Ella despliega una gestión preventiva (Maier-Clariá Olmedo).

A diferencia de la inadmisibilidad, la nulidad extirpa la actuación en caso de que hubiera sucedido ya su ingreso al proceso (Abalos), es decir, cumple una función ablativa de la imperfección que malogra al acto atípico (Creus).

Ambas son sanciones procesales (Vélez-Mariconde), junto a la caducidad y la preclusión (en contra, por considerar no incluibles a estas dos, Clariá Olmedo).

### ***Función de la nulidad***

El régimen de las nulidades en el proceso penal acoge dos fines principales.

El inmediato consiste en proteger el buen orden del enjuiciamiento; en tanto el mediato consiste en armonizar el derecho de la sociedad a que los hechos ilícitos se investiguen y sus responsables sean condenados, con respeto a las atribuciones del imputado atinentes, particularmente, a la defensa en juicio y al debido proceso, de modo que el instituto de la nulidad actúa como guardián de las garantías constitucionales en el proceso penal, afianzando la imperativa observancia de formalidades estimuladas por el interés superior de la seguridad jurídica (Torres).

Se ha expresado consiguientemente que así como “En los juicios civiles las formas son siempre demasiadas; en los penales, son siempre pocas” (Carrara, colacionando a Montesquieu).

Mas en cualquier supuesto cabe acentuar el acierto de que la apreciación de los actos procesales debe efectuarse de manera que pueda lograrse seguridad con libertad y defensa (Cám. 7a. Criminal Córdoba, LLC, 1989-943), toda vez que el derecho procesal penal —el derecho procesal en general— es derecho constitucional aplicado (D’Albora).

## **II. De las nulidades absolutas**

### ***Redacción normativa***

El artículo 168, segundo párrafo del CPPN reza: “Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior que impliquen violación de las normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente”.

Un designio de practicidad induce a creer aconsejable incursionar en la temática de las nulidades procesales absolutas en materia penal, adoptando como base de lanzamiento el reproducido texto codificado.

### ***Supuestos***

La redacción legal sienta principios restrictivos para declarar de oficio las nulidades absolutas, circunscribiendo su ocurrencia a dos hipótesis: a) que el defecto originante de la referida sanción importe inobservancia de los requisitos establecidos en el artículo 167 del CPPN e implique además violación de normas constitucionales; y b) que la imperfección del acto pasible de semejante reproche esté así expresamente establecida por el Derecho como causal de nulidad absoluta.

### ***Consagración de oficio***

Si bien la ley expresa que “deberán ser declaradas de oficio” las nulidades absolutas que ella regla, no es menos exacto que el giro imperativo de modo alguno excluye que la autoridad judicial proclame esa sanción procesal a instancia de un sujeto que hubiera o no concurrido a causarla, y tuviera o no interés en ella (art. 169, CPPN).

Resulta obvio que la referencia a la declaración “de oficio” significa la venia para que suceda por propia iniciativa del órgano jurisdiccional (Torres Bas).

### ***Estado y grado del proceso***

La expresión “estado del proceso”, en un sistema mixto como el que modela genéricamente nuestros enjuiciamientos criminales, alude a las etapas de instrucción y de juicio.

“Grado del proceso” significa instancias de conocimiento.

En resumen, la ley prescribe que las nulidades absolutas sean declaradas de oficio, por el juez o tribunal, en el momento que fueran advertidas.

### ***Infracciones al art. 167 del CPPN***

Este dispositivo constituye el enunciado paradigmático de las denominadas nulidades generales.

El artículo 168, conforme se recordara, sanciona con nulidad ab-

soluta los actos procesales que inobservaran los requisitos definidos en el artículo 167 y que asimismo implicasen violación de normas constitucionales.

El artículo 167 ordena, bajo castigo nulificante, el acatamiento que en las actuaciones procesales debe registrarse de determinadas normas vinculadas con la constitución, capacidad e intervención del órgano jurisdiccional, el Ministerio Fiscal y el imputado.

En cuanto al “juez o tribunal”, se considera el “nombramiento” (según procedimientos constitucionales y restantes estatutos legales complementarios: edad, título, acuerdo, juramento, etc. Hay quienes piensan –Busser– que las “condiciones abstractas” quedan excluidas, tales como los conocimientos técnicos y honestidad de vida. Otros autores –Nuñez-Manizini– sostienen que cuando el nombramiento acontece de modo formalmente adecuado a la ley, la jurisdicción judicial no está habilitada a nulificar el acto por cuestiones de mérito, tesitura que Creus resiste); la “capacidad”, tanto genérica (física e intelectual) como específica (objetiva: reglas de competencia; y subjetivas: reglas de incompatibilidad y exigencias de residencia); y la “constitución” (regular establecimiento para ejercer la jurisdicción en determinados casos: mínimo de jueces, intervención autorizada de sólo uno en ciertos supuestos, etc.).

La cláusula examinada también se ocupa de la “intervención” del órgano jurisdiccional y del “Ministerio Fiscal”, en un inciso que evoca además a la “parte querellante”, como sujetos abarcados por esta directiva con la que se garantiza la regular actuación procesal de todos ellos (participación del juzgador en la indagatoria, actividad legitimada del Ministerio Fiscal en procesos por delitos de acción pública, pronunciamiento de conclusiones del querellante en la discusión final del debate, etc.).

Finalmente, consolidando el pleno respeto adeudado al derecho de defensa en juicio, el art. 167 vela por el reconocimiento de las atribuciones procesales del imputado, en los casos y formas que la ley establece: su “intervención” (materializada en la actuación personal, v. gr. indagatoria); “asistencia” (exigencia de contar con prestaciones de contralor y asesoramiento técnico-profesional, v. gr. nombramiento de letrado defensor) y “representación” (gestiones eminentemente técnicas confiadas al defensor o al mandatario, o al que concurre por el imputado incapaz). El codificador omitió contemplar que idénticos principios fueran explícitamente atendidos en orden a la intervención, asistencia y representación de partes diferentes al imputado,

como lo hiciera la reforma procesal italiana de 1988 o el proyecto cordobés de 1990. Desde la doctrina se propone una equiparación de tratamiento por analogía para estos sujetos, v. gr. en el supuesto del actor civil y del civilmente demandado (Creus-D'Albora; en contra, Nuñez, TS Córdoba, sent. del 27 de mayo de 1964, *in re* "M. M.", *BJC*, 1964-382).

Las nulidades derivadas del no acatamiento a los recaudos señalados precedentemente se convierten en absolutas si la configurada inobservancia comportara además transgredir principios jurídicos de raigambre constitucional, especialmente ligados con las garantías de defensa en juicio y debido proceso

### ***Restante género de nulidades absolutas***

Manda el artículo 168, en su epílogo, que serán asimismo absolutas las nulidades cuando "ello así se establezca expresamente"

Con acierto se explica que, aunque el Código a expensas de la reproducida oración final del artículo 168 promete una especificación de las nulidades absolutas, tal compromiso no ha sido satisfecho por el legislador (D'Albora).

Caben entonces en esa mención, paradójicamente, las nulidades virtuales o implícitas, que no desconocen el prohibido armado de sanciones por analogía (art. 20, CPPN), sino constituyen el necesario instrumento invalidante de los actos procesales cuyo vicio no dispone de tratamiento puntillosamente definido en la ley.

Así, la jurisprudencia ha admitido que precede extender "el principio de nulidad expresa a casos evidentes surgidos como consecuencia del régimen procesal, con la aceptación de la existencia de las llamadas nulidades implícitas o virtuales, esto es, cuando en virtud de expresas prohibiciones o exigencias de la ley formal o sustancial, surge sin dudas la improcedibilidad del trámite, no obstante la ausencia de conminación de nulidad expresa" (TS Córdoba, Sala Penal, sent. del 9 de marzo de 1989, *in re* "M.", *LLCI*, 1190-128)

El referido parecer se apoya en la regla de que las leyes deben interpretarse atendiendo a los fines que las informan, prefiriendo siempre la acepción que favorezca ese cometido, de manera que su aplicación se compadezca con las garantías constitucionales (C.N.C.P., Sala III, sent. del 3 de marzo de 1995, *in re* "R. S.")

## **REFLEXIONES SOBRE EL JUICIO POR JURADOS**

RODOLFO EDUARDO MADARIAGA\*

Hace poco más de un año "El Derecho" tuvo la deferencia de publicar el resultado de una investigación que había llevado a cabo algunos meses antes y daba por supuesta la decisión política de establecer el juicio por jurados en nuestro ordenamiento procesal.

La invitación que me formuló la UCA para este acto me movió a hacer nuevas reflexiones sobre el tema, especialmente a la luz del proyecto de Ley recientemente elevado al Congreso Nacional por el Ministerio de Justicia y otros proyectos pendientes de tratamiento, presentados por los legisladores Romero Feris, Berhongaray, Alasino, Nieva, Maqueda, Carrara, Hernández, Salduna, en conjunto Carrió, Carca y Fayad, y Carrió, Carca y Garré.

Conviene empezar nuestras reflexiones especulando sobre la posibilidad de adecuar el juicio por jurados a nuestro ordenamiento procesal penal; y lo mejor es empezar por el principio, y el principio de nuestra constitución como Estado es la Constitución Nacional.

La Constitución Nacional tiene tres disposiciones relativas al juicio por jurados, a cuyo respecto no contamos con más datos que el propio texto constitucional, pues esos tres artículos se aprobaron sin debate y Alberdi, cuya influencia sobre los constituyentes no preciso recordarles, no dice una palabra sobre jurados en su conocida obra de las Bases ni en su Proyecto de Constitución.

Estas disposiciones están en tres partes de nuestra Constitución Nacional; el Capítulo de Declaraciones, Derechos y Garantías, donde encontramos el artículo 24 que manda al Congreso promover la refor-

\* Profesor Protitular de Derecho Procesal I. UCA. Juez del Tribunal Oral N° 8, Capital Federal.

ma de la legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados; el Capítulo relativo a las "Atribuciones del Congreso", pues el artículo 67 -actual 75- le encomienda dictar, entre las leyes generales para toda la nación, las que requiera el establecimiento del juicio por jurados; y el capítulo correspondiente a las atribuciones del Poder Judicial de la Nación, en que el viejo artículo 102 -ahora 118- acota ese mandato al proceso penal, prescribiendo: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la república esta institución."

La doctrina está de acuerdo en que se trata de normas programáticas; hubo debate entre los autores sobre la naturaleza imperativa o discrecional de estas disposiciones; incluso el debate se refirió a una eventual derogación por vía de una costumbre derogatoria a raíz de que el legislador había omitido cumplir esta disposición por casi un siglo y medio -es la posición asumida, entre otros, por Palacio y Sagués-.

Los proyectos de ley no tocan el tema de la desuetudo o directamente la declaran inadmisibles. En mi anterior investigación, estimé que podía soslayarse el problema de la desuetudo sobre la base de una renovación del mandato por parte del constituyente de 1994, pues ha mantenido las cláusulas constitucionales relativas al juicio por jurados que, a su vez, se compadecen con una parte sustancial de la reforma concretada, como los artículos 39 y 40 que establecen formas semidirectas de participación del pueblo en el gobierno.

Debo rectificarme y ponerme frente a quienes estaban de acuerdo conmigo sobre el particular, como los legisladores Carrió y Maqueda que siguen esa línea de pensamiento, porque en el llamado Pacto de Olivos, celebrado el 14 de noviembre de 1993, se conviene impulsar un proyecto de reforma "sin introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional", y para afianzar la independencia de la justicia se postula una sustancial modificación del modo de designación de los jueces, que garantice la idoneidad por encima de cualquier otro motivo de selección, así como la institución de un procedimiento de remoción de los jueces ajeno a contingencias político partidarias.

Las mismas intenciones se ponen de manifiesto en los titulados Acuerdos para la reforma de la Constitución Nacional, del 13 de diciembre de 1993, y la ley 24.309 que declara la necesidad de la reforma; además, en lo que nos interesa, el artículo 4º de esta ley prescribe

que la convención constituyente se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluídas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados por el Congreso Nacional para su debate; su artículo 6° que “serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la convención constituyente apartándose de la competencia establecida”; y el artículo 7° “la convención constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías...”. De modo que el constituyente de 1994 no contaba con facultad alguna para entrar a considerar el tema del jurado.

Cabe entonces replantearse si se trata de normas imperativas o discrecionales, así como el problema propio de su eventual derogación por la costumbre. No estoy en condiciones para resolver uno u otro.

Sí considero que debe prestarse particular atención al artículo 118 en cuanto, al emitir el mandato, expresa: “luego que se establezca en la República esta institución”, pues parece que, como lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el constituyente dejó a criterio del Congreso determinar la oportunidad en que ha de establecerse el sistema, sin término perentorio.

Y que, al intercalar el adverbio “luego” tuvo en cuenta la recomendación de Alberdi, quien tenía una amplia y cabal visión de la realidad política y jurídica de nuestra nación: “La unidad judicial, en el procedimiento, en la jurisdicción y la competencia... los hábitos ya adquiridos de tribunales de justicia provinciales... son hechos que forman parte de la vida normal y real de la República Argentina, en cuanto a la base de su gobierno general, y ningún Congreso Constituyente tendría el poder de hacerlos desaparecer instantáneamente... deben ser tomados por bases y consultados de una manera discreta en la Constitución” —Bases...—.

En la misma línea de Alberdi, Bidart Campos y otros autores, en la misma línea de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, estimo que el constituyente ha deferido la fundación del sistema a la prudencia del legislador.

Ahora bien, el mandato ha sido impartido al Congreso Federal, es una atribución de este congreso y, por tanto, exige una ley general para toda la nación. Desde luego que, mientras no se cumpla el mandato, las provincias pueden naturalmente legislar sobre el juicio por jurados.

Esa parece haber sido la posición del legislador cordobés, que poco tiempo atrás ha instituído el juicio por jurados, y parece también

haberla asumido el ejecutivo entrerriano, pues tenemos noticia de que está firmemente dispuesto a llevar adelante idéntica institución.

En orden a la interpretación del mandato constitucional, ¿a qué debe ceñirse nuestro análisis? ¿Al modelo anglosajón que regía a mediados del siglo pasado, al tiempo de sancionarse nuestra Constitución?

Debe comprender este modelo, en que se halla la génesis del sistema, como su evolución en aquéllos países que le han guardado mayor fidelidad u otros en que, como en la Europa continental, el sistema tuvo varios e importantes cambios.

Es que, si bien el constituyente de 1853 básicamente se inspiró en el modelo anglosajón y los sistemas vigentes entonces en Gran Bretaña y los EE.UU., probablemente no desconocía la versión francesa del instituto.

Por otra parte, en un importante trabajo el Dr. Levaggi nos ilustra sobre experiencias de juicio por jurados que tuvo nuestra nación a partir de 1811; por ejemplo, el "juri" sanjuanino que, entre 1827 y 1830, se formó con dos jueces de paz, uno de "segundo orden" y cuatro ciudadanos sacados a la suerte de una lista de cuarenta; el Tribunal de Apelación entrerriano de 1822, integrado por el comandante general o el alcalde mayor ordinario y seis vecinos, en las causas criminales; la Cámara de Justicia correntina que desde 1842 —o sea poco antes de sancionarse la Constitución Nacional— se ampliaba para incluir dos "hombres buenos" sorteados de una lista anual; los jurados contra el cuatreroismo, en la provincia de Buenos Aires a partir de 1825 y en Córdoba desde 1829, etc.

Me parece que nuestros constituyentes no desconocían estos y otros antecedentes criollos del instituto que, como acaba de señalarse, no se ajustaban estrictamente al modelo anglosajón.

En orden a la interpretación del mandato tampoco puede soslayarse el tiempo que ha pasado desde su emisión; así como que, según la opinión autorizada de Maier, la Constitución Nacional concedió al legislador la facultad de "elección de la organización y de los mecanismos concretos por intermedio de los cuales se instrumentaría la participación ciudadana en los tribunales de juicio, según la experiencia universal y nuestras propias costumbres y posibilidades".

Por último, no puede igualmente pasarse por alto el efectivo, aunque parcial cumplimiento del mandato, pues se ha dicho con razón que no se limita a la integración del tribunal, implica además una definición del sistema de enjuiciamiento penal previsto en la

Constitución Nacional, que exige un debate oral y público, con participación del acusador, el imputado, su defensor y los jueces que han de dictar la sentencia, vale decir el mismo sistema instituido por la ley 23.984 y consolidado en su corta vigencia.

Ahora bien, la función judicial del jurado, en materia criminal, clásicamente se ciñe al juicio sobre la causa de la pretensión o sea el supuesto fáctico, los hechos, y se expresa bajo la alternativa fórmula de la culpabilidad o inocencia del acusado.

Importa entonces para el jurado decidir sobre la realidad o no de un hecho calificado como delito; por tanto comprende también las circunstancias subjetivas y objetivas en orden a la tipicidad de ese hecho, su agravación o atenuación.

La cuestión implica además el grado de intervención del acusado y su culpabilidad, entendida ésta en sentido amplio, de modo que atiene a las reglas sobre inculpabilidad, justificación e impunidad.

Al efecto se atribuyen al jurado dos potestades específicas del órgano jurisdiccional, las facultades de conocer y juzgar, bien que limitadas de la manera que acabo de señalar.

Para el órgano judicial técnico se mantienen las mismas facultades de conocimiento y jurisdicción, mas sólo con relación a la determinación de la pena, medidas de seguridad, etc., sin perjuicio de las facultades de convocar a las partes, ejercer la coerción y ejecutar forzosamente sus decisiones.

Pasemos a considerar los problemas vinculados con la competencia del jurado.

En su concepción tradicional, la competencia material del jurado es plena, se extiende a todo delito; sin embargo, buena parte de los ordenamientos jurídicos en que rige el instituto han acotado esa competencia, circunscribiéndola a los delitos de mayor gravedad o bien dándole carácter de opción.

Yo creo que ambas posiciones son objetables, pues si el jurado es una garantía para el imputado, parecería que la garantía no puede jugar sólo en algunos delitos sino en todos, y si es un derecho del pueblo a participar en la administración de justicia, no veo por qué ha de limitarse a los delitos más graves.

Sobre este particular ninguna limitación encontramos en los artículos 24 y 75 de la Constitución Nacional como en su artículo 118, al contrario, éste último textualmente dice: "todos los juicios criminales se terminarán por jurados".

Se planteó también si la alusión a juicios criminales se refiere a la conocida división tripartita entre crímenes, delitos y contravencio-

nes; no he de extenderme al respecto, pues resulta esclarecedor un trabajo en que Bidart Campos, con sobrado fundamento, demuestra que el constituyente no hizo tal distinción.

El proyecto del Ministerio de Justicia establece el juicio por jurados como opción, en un principio, agregando que dentro de un plazo de cinco años todos los juicios han de concluirse por jurados. En los demás proyectos se instituye como obligatorio.

Hernández es el único que explica por qué no puede ser una opción —no se puede privar a los ciudadanos del derecho de participar en la administración de justicia—. Pero sólo en su proyecto y aquéllos que contaron con la intervención de la legisladora Carrió se prescribe el sistema para todo delito.

En los demás proyectos se limita la competencia pues, por ejemplo, Solana instituye el sistema para delitos reprimidos con pena máxima de 10 años de privación de libertad o bien cometidos por funcionarios o empleados públicos en el desempeño de su cargo; y Berhongaray para delitos contra la Administración Pública o perpetrados por funcionarios públicos en abuso de sus poderes.

Una objeción más. Una reforma de nuestro enjuiciamiento penal, como la que significaría instituir el jurado, exige la mayor prudencia del legislador, y no parece que ha de obrar así con la institución del sistema para los delitos más graves en la etapa inicial, en la etapa propia del aprendizaje.

En orden al tema de la competencia material hay otro problema cuya resolución puede tener derivaciones insospechadas para quienes ven en el juicio por jurados la solución para problemas de corrupción en la Administración Pública, propios de la justicia federal.

En su momento no advertí el problema, que salta a la vista con la lectura del artículo 118 de la Constitución Nacional en la parte que subrayo: “Todos los juicios criminales *ordinarios* que *no se deriven del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados* se terminarán por jurados”. ¿Excluye o no los delitos federales? ¿Excluye o no los procesos iniciados a raíz de un juicio político condenatorio? Queda abierto el interrogante.

No he encontrado en la doctrina autores que se ocupen del tema, salvo una frase de Joaquín V. González: “La constitución crea la jurisdicción especial del jurado para las causas criminales del *derecho común*”. Y González sabía qué era el derecho común, qué era el derecho federal.

Insisto en que no he desarrollado el tema, a cuyo efecto debería recurrirse a la fuente, la Constitución de EE.UU., sobre cuya base podría llegar a sostenerse que media un problema de redacción y que

el constituyente quiso decir que el juicio político no podía desarrollarse con jurados. Pero tal como está redactado el art. 118 de la Constitución Nacional parece decir otra cosa.

En igual sentido debe tenerse presente uno de los motivos porque se ha instituido la competencia federal que, como ustedes saben, ha sido el propósito de sustraer el conocimiento y la decisión de ciertas causas a la justicia provincial, entre ellas obviamente aquellas propias de los delitos federales.

El constituyente no quiere que un delito federal cometido, por ejemplo, en la Provincia de Salta sea juzgado por los tribunales salteños. Es algo básico. Y si tenemos un jurado federal en Salta, ¿quién lo va a integrar? Ustedes saben que el jurado debe ser integrado por los pares, es decir los vecinos, que, en el caso han de ser salteños.

Pasemos a la competencia territorial del jurado, punto en que no hay mayor problema, es claro el art. 118 de la Constitución Nacional: "La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito".

Como dice Bidart Campos, esta regla tiene un sentido tutelar que viene por el lado de una garantía al justiciable en el proceso penal: la de ser juzgado en el lugar donde delinquirió, no sólo por razones de conveniencia en orden a la inmediatez procesal y la facilidad de la defensa y de la prueba, sino también en cuanto a la garantía que significa el juicio de los pares, los vecinos, la gente que lo conoce.

En orden a la competencia funcional y la composición del jurado, cuestiones íntimamente vinculadas, recordemos que no hay una expresa cláusula constitucional, de modo que el legislador puede optar entre el jurado clásico de tipo anglosajón, o bien el modelo escabinado, vigente en la Europa continental, que fue adoptado en el proyecto de Código Procesal Penal tipo del doctor Maier.

En el sistema escabinado la valoración, apreciación, calificación y decisión corresponden a un único órgano jurisdiccional, no hay división en secciones de jueces de los hechos y jueces del derecho, legos y técnicos, los hechos y el derecho son juzgados al mismo tiempo por jueces legos y jueces técnicos que integran un mismo órgano jurisdiccional.

Todos los proyectos que hemos consultado adoptan el sistema de jurado anglosajón, no dan fundamentos de esta inclinación.

Creo que si se escoge el sistema escabinado debe tenerse en cuenta la proporción de jueces legos pues, si el constituyente quiere que los ciudadanos tengan una participación decisiva en la administración de justicia, ese principio no se respetaría con una ínfima proporción de jueces legos.

La Constitución Nacional resuelve entonces varios de los problemas que puede traer aparejada la adecuación del sistema de juicio por jurados a nuestro ordenamiento procesal. Quedan pendientes otros problemas importantes que según Carrara, autor que estudió el tema a fondo, lo conoció en largos años de ejercicio profesional y era un firme partidario del jurado, son básicos en el tema de nuestro interés y atienden a las personas y el método.

En orden a la cuestión personal debe tenerse presente que, si bien puede haber algunas o muchas personas dispuestas a colaborar con la administración de justicia, en el actual estadio ético de la sociedad no puede contarse con la mayoría.

En un reciente trabajo del doctor Masciotra, relativo a jurados civiles de un estado de los EE.UU. donde los jurados son electos según el padrón electoral, se informa que se viene registrando una constante disminución en el número de ciudadanos que se inscriben para ejercer el sufragio, de modo que se ha propuesto sustituir este padrón por el sorteo de los titulares de licencia de conducir.

El problema lo vemos en orden al cumplimiento de uno de los más importantes deberes cívicos, como participar en la fiscalización del comicio. ¿Cuántos procuran excusar la asunción de una presidencia de mesa? ¿Cuántas mesas carecen de toda autoridad y no pueden constituirse a la hora en que debe comenzar el sufragio?

El problema parece que fue tenido en cuenta por los autores de los proyectos de ley, pues todos imponen el deber de aceptar el cargo y ejercer la función del jurado, que se instituye entonces como carga pública.

Pasemos ahora al tema de la idoneidad del jurado, problema serio pues se trata de obtener una administración de justicia eficaz, y la eficacia de la función depende de la persona que la lleve a cabo.

En el caso del juez, la eficacia de la función siempre ha dependido de la capacidad y la imparcialidad del titular del órgano judicial, que se aseguran con la exigencia de determinadas condiciones subjetivas para el acceso a la función, el compromiso propio del juramento y el afianzamiento de su independencia.

En el caso del jurado, integrado por legos, es evidente que no puede estar subordinado a la experiencia propia de la práctica judicial o el ejercicio de la profesión de abogado; ¿cómo se compadece esto con la exigencia constitucional de la idoneidad para el ejercicio de las funciones públicas? Es un tema de difícil respuesta.

Tampoco se compadece la idoneidad del jurado con una total ignorancia, de ahí las exigencias de los proyectos de ley sobre la ins-

trucción del jurado: "que sepan leer y escribir" dice la gran mayoría, otros exigen instrucción secundaria y hasta terciaria, el proyecto del Ministerio de Justicia requiere educación básica obligatoria, etc.

Acá se plantea un problema serio pues, para los juradistas, el jurado debe representar un corte transversal de la sociedad y resulta evidente que, según la mayor o menor instrucción exigida, ese corte transversal de la sociedad será más o menos representativo.

La licitud del juicio que se exige del jurado requiere cierta certeza, una certeza racional, se pide entonces al jurado que obre con una prudencia que se alcanza con la madurez; de ahí que el legislador ha impuesto edades mínimas para el acceso a las distintas jerarquías judiciales y, en los casos de los proyectos de ley para la institución del juicio por jurados, se requieren dispares edades: 25 años, de 25 a 65, de 30 a 60, de 30 a 65, de 21 a 70, etc.

Pero el juicio no sólo debe ser lícito y cierto sino además justo, razón porque se exige del juez que sea una persona íntegra, de modo que ha de exigirse al jurado una buena conducta que por lo menos se evidencie con la inexistencia de condenas anteriores por cualquier delito, y aún la mera probabilidad en tal sentido a inferir de su eventual procesamiento; en su momento, además, ha de exigirse la reunión de las condiciones que imponga la ley de ética para el ejercicio de la función pública.

Los proyectos no tocan generalmente este tema; Berhongaray excluye a los imputados siempre que se haya dictado su auto de procesamiento; Salduna, Maqueda y Carrara también; el Ministerio de Justicia es menos exigente pues requiere que haya auto de elevación a juicio.

El arraigo de los miembros del jurado, por su parte, está asegurado en los distintos proyectos de ley con la exigencia de ciudadanía argentina.

La imparcialidad del juez, que hace a la independencia del jurado, se garantiza obviamente con el juramento que debe prestar el jurado.

Pero la mayor garantía que tenemos en orden a la imparcialidad de los jueces técnicos es su responsabilidad; responsabilidad penal, por los delitos perpetrados en el ejercicio de la función judicial, y responsabilidad civil en orden a los daños que causen en idéntico ejercicio. Todo juez que tiene un mínimo sentido de responsabilidad y trabaja a conciencia tiene siempre presente esa doble eventualidad.

Este tema, en orden al jurado, se vincula con un punto tradicional en el sistema del jurado anglosajón y ha sido incorporado en todos

los proyectos de ley, acerbamente criticado por Carrara, cual es el secreto del voto. ¿A qué obedece esta reserva?

Carrara dice: El secreto del voto fue instituido en garantía de recta justicia ante los temores de reacciones y venganzas que puedan hacer trepidar al jurado e impulsarlo a absolver a un culpable, y yo agregaría condenar a un inocente, para no comprometer su seguridad propia.

La excusa parece razonable pero ¿no tienen el mismo derecho los jueces técnicos? No hace mucho en una nación hermana se desconocían los nombres de los jueces, que no actuaban a cara descubierta. ¿Qué diremos a los testigos? ¿Y a los fiscales? ¿Puede haber responsabilidad penal cuando el voto es secreto? Parece evidente que será imposible determinarla si la decisión del jurado no es unánime.

Los proyectos no han previsto el punto y los jurados han de decidir alegremente, sin riesgo de mayor responsabilidad en la medida que la votación no sea unánime.

También se trata de asegurar la independencia instituyendo un régimen mínimo de incompatibilidades, como lo hace el proyecto del Ministerio de Justicia: ejercicio de las profesiones de procurador, escribano y abogado, funciones ejecutiva, legislativa y judicial.

En el mismo proyecto, como aquél presentado por el legislador Berhongaray, con buen criterio, se incluye a quienes tienen cargos directivos en partidos políticos. En mi opinión la incompatibilidad debe alcanzar a toda actividad de proselitismo político, como se exige en la actualidad para los jueces técnicos, de modo que comprenda, por ejemplo, a los meros afiliados.

No se advierten razones que justifiquen la exclusión de procuradores, escribanos y abogados; se alega la eventual influencia sobre el resto de los jurados, pero con el mismo criterio podríamos excluir genéricamente a los psicólogos; en un proceso por delito de estrago deberíamos excluir a los ingenieros civiles.

El número de los jurados carece de mayor relevancia. Los proyectos proponen distintos números, en general el clásico de doce. Debe subrayarse que en EE.UU. hay jurados de seis y doce miembros, así como que la Suprema Corte estadounidense tradicionalmente sostuvo que el número no constituye más que "un accidente histórico".

Sin embargo, en los últimos años viene sosteniendo que los jurados de seis miembros "son menos representativos, dignos de confianza y seguros que los mayores" y que, en tales supuestos, las sentencias dictadas por una mayoría de cinco jurados resultan incons-

titucionales, generando una opinión favorable a la exigencia de unanimidad en los casos de jurados de menor tamaño.

El tema del método tiene tanta o más importancia que el problema de las personas. La cuestión personal es relevante, seria y presenta obstáculos difíciles de superar. En orden al problema del método entendemos que el jurado clásico presenta obstáculos insuperables para su adecuación a nuestro ordenamiento jurídico.

Cualquiera sea el modelo escogido, es básico que los jueces legos no pueden considerar cuestiones técnicas. Resulta entonces acertado el artículo 14 del proyecto del Ministerio de Justicia, en tanto establece una audiencia previa para que las partes planteen toda cuestión de competencia, excepciones, nulidades, etc., reservando a los jueces técnicos todo problema de índole técnico-procesal.

Pero no se trata del único problema que puede traer aparejada la inserción de tal modelo en nuestro ordenamiento jurídico. Hay más.

Uno se vincula con la evaluación de la prueba. Los jurados no son profesionales y en lo que se refiere al mérito de la prueba su decisión no puede estar sujeta a los principios de la libre convicción, como se propugna en el proyecto de un senador.

Es que tal sistema impone al juzgador exteriorizar el raciocinio cuyo acierto o error ha de ser verificado por las partes. El jurado aplica el sistema llamado de la íntima convicción, cuya mejor caracterización está en la ley francesa de 1791 que se ha mantenido; su texto cuelga de los cuadros que adornan las salas de las "Cours d'Assises".

El texto dice así: "La ley no pide una explicación de los medios por los cuales (los jurados) han formado su convicción... no les prescribe ninguna regla a la cual ellos deben ajustar particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba... les exige preguntarse a ellos mismos en silencio y recogimiento, y buscar, en la sinceridad de sus conciencias, qué impresión han hecho sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de la defensa... no hace más que esta sola pregunta, que encierra toda la medida de vuestro deber: ¿tenéis vosotros una íntima convicción?"

Pasa entonces la decisión del asunto por la conciencia individual de cada jurado, cuya convicción ha de formarse sobre la base de la prueba adquirida en el debate, hay un íntimo diálogo del jurado con su propia conciencia pues, como apunta Carrara "la convicción íntima en común es un absurdo".

Por tanto resulta irrazonable la deliberación de los jurados, que conlleva necesariamente que ese juicio de conciencia, al que ha llegado el jurado consigo mismo, ha de modificarse por el juicio de conciencia que han tenido los demás jurados.

Se señala acertadamente también que la íntima convicción no se compeadece con la apreciación de pruebas de mediana complejidad. Quienes tenemos experiencia judicial nos hemos visto en la necesidad de evaluar pericias con tales características; se dice que los jueces deben tener algo de médicos, ingenieros, arquitectos, porque son jueces de los peritos. No sé como han de actuar los jurados ante pruebas de mediana o extrema complejidad.

Contra esto, en un artículo recientemente publicado, mi amigo L. R. Herrero sostiene que el CPCC faculta a árbitros y amigables componedores, que pueden ser legos, a evaluar pruebas de mediana complejidad que les han sometido las partes.

No me parece un argumento sólido, pues son las mismas partes que, al elegir los árbitros y amigables componedores, asumen el riesgo de una más o menos adecuada evaluación de tales elementos de prueba.

La íntima convicción conlleva otro defecto insuperable como es la falta de motivación; el jurado no expresa las razones porque se decidió acerca de la culpabilidad o la inocencia del acusado, y no puede ser de otra manera pues ¿qué razones puede darnos, además de la impresión que ha causado la prueba en su conciencia?

Algunos tratan superar el obstáculo imponiendo al jurado la obligación de expresar los fundamentos; es el caso del sistema español; no ha llegado a mis manos sentencia alguna de jurados españoles pero intuyo que no debe ser ilustrativa.

El tiempo nos urge pero no podemos soslayar otro argumento importante que debe ser refutado, traído por el doctor Sandro en un trabajo que ya tiene algunos años donde sostiene que, al retirarse para deliberar, el juez ya formuló el juicio de culpabilidad o inocencia, "los jueces primero deciden y, luego, se esfuerzan en crear la argumentación racional que expone la sentencia frente a terceros, con el margen imaginable de arbitrariedad—incluso subconsciente— que el procedimiento implica". Agrega que debemos sincerarnos y reconocer que "la fundamentación de los fallos judiciales representa, en gran medida, una auténtica superestructura ideológica que institucionalmente justifica o legitima el veredicto de la convicción íntima, y no llega a cumplir, realmente, ninguna función objetiva de garantía".

Esta es la versión del doctor Sandro. Yo tengo otra; los jueces que conozco, en el proceso escrito u oral, a medida que se adquiere la prueba y se ilustran sobre ella, ciertamente van formando su juicio, tienen una idea del resultado del proceso, pero ¿qué hace luego el juez?, el juez responsable por supuesto; ¿acomoda la prueba a ese juicio o la evalúa racionalmente?

Los jueces responsables que conozco evalúan racionalmente la prueba y si esa evaluación modifica la decisión que pueden haber tomado a raíz de la lectura del expediente en el juicio escrito o la impresión que la prueba les ha causado en la conciencia durante el curso del debate, los jueces responsables la modifican.

El juicio, como dice Carnelutti, es solamente el primer paso en la vía de la decisión judicial, la primera impresión del juez es un juicio suyo pero después debe analizar la prueba, evaluar las razones de las partes y verificar si su juicio es o no correcto para adoptar, recién entonces, la decisión.

Debe convenirse que el jurado tradicional, en que "sus miembros eran llamados a decidir sin manifestar las razones de su juicio, parece configurado a propósito para instigar a los jurados a resolver irracionalmente, como tantas veces la práctica lo ha demostrado, de manera que el veredicto, más que la expresión de la más pura sensibilidad social, se reduce con frecuencia a establecer el triunfo del puro irracional". No son más las palabras ni la idea, sino de Calamandrei.

Por otro lado, la motivación no es sólo útil para el juez, también sirve para demostrar que el fallo es justo y por qué es justo, ¿o acaso la defensa o el imputado vencidos no tienen derecho a saber el porqué de la condena y el acusador por qué no se le ha dado la razón? Unos y otros tienen derecho a saber que la decisión judicial ha sido el punto de llegada de un razonamiento que tiene tales y cuales antecedentes, y que no es el fruto de la improvisación o de la arbitrariedad. De esa manera, el agraviado estará en condiciones de establecer si ese razonamiento es o no arbitrario.

¿Se dan cuenta adonde quiero llegar? ¿Hay alguna garantía contra la arbitrariedad con un veredicto inmotivado? No, sería imposible impugnar de arbitrario un veredicto cuyos motivos se desconocen.

Se ha tratado de solucionar el problema de distintas maneras y propuesto, por ejemplo, la obligatoria grabación, filmación o versión taquigráfica de la totalidad del debate.

Pero aún así, ¿cómo podemos decir que la decisión fue arbitraria si no sabemos absolutamente nada acerca de sus fundamentos? ¿Qué

hemos de decir? ¿Que no tuvieron en cuenta tal o cual prueba, que consultaron tal o cual argumento? No lo sabemos y no lo sabremos nunca.

Por otro lado, si no hay veredicto motivado tampoco es posible el control, no sólo de las partes sino el control externo. Es decir que la sociedad renuncia a ese control externo a través de doce ciudadanos que, para peor, han de controlarse a sí mismos. El único control sería la conciencia de esos doce jurados.

No veo que haya razón para acotar el control popular al desarrollo del juicio, puesto que con este sistema no será posible al pueblo controlar la sentencia.

Finalmente, en orden a este punto del veredicto inmotivado, me parece que afecta el derecho de defensa en juicio, a cuyo respecto ha escrito bien Palacio, de modo que a sus razones me remito.

Mi amigo Herrero dice que el veredicto inmotivado no quebranta el derecho de defensa en juicio, que sólo se quebrantaría si el jurado se apartara de los hechos o de la prueba, si viola la congruencia o no respeta las instrucciones del juez. Quisiera saber cómo, frente a un veredicto inmotivado, puede establecerse si el jurado se ajustó a los hechos o a la prueba, etc.

El último problema serio que conlleva la intervención de jueces legos es, como apunta Carnelutti, la indivisibilidad del juicio, pues no es cierto que puedan dividirse el juicio sobre los hechos y el juicio sobre el derecho, dado que el juzgamiento de los hechos necesariamente implica un juzgamiento del derecho.

Y tiene toda la razón, puesto que el divorcio que se procura hacer entre la plataforma fáctica de la pretensión y su consecuencia jurídica es imposible desde el momento que, como apunta Maier, siempre hay preconceptos normativos: la cualidad de una cosa de ser total o parcialmente ajena, en el hurto; la honestidad de la víctima, en el estupro; la calidad de administrador o custodio de un patrimonio ajeno, en el delito de administración fraudulenta.

En orden a este problema de la indivisibilidad del juicio, en algunos de los proyectos de ley se hace valer este argumento: es absurdo admitir que el ciudadano puede comprender la criminalidad del acto propio, convirtiéndose en delincuente, y no esté en condiciones de comprender la criminalidad del acto ajeno.

El argumento no es válido pues, en primer lugar, la ley se presume conocida, pero sólo se presume conocida, lo que no significa que todos los ciudadanos la conozcan efectivamente; y en segundo lugar

el juicio no es sólo sobre la comprensión de la criminalidad del acto, el juicio del jurado va mucho más allá.

Se ha intentado solucionar el problema por la vía de las llamadas "instrucciones", a cuyo respecto hay múltiples sistemas; en definitiva se trata de guiar al jurado en todas las cuestiones de orden jurídico; instrucciones que pueden darse al principio del debate o al final; generalmente se dan al final, previa conferencia del juez con las partes. Estas instrucciones ponen de manifiesto la necesidad de la intervención de los jueces técnicos.

El tiempo urge, debo detener mi exposición sobre este tema tan interesante y hacerles llegar mis conclusiones.

Como ustedes habrán advertido, estimo que el jurado clásico es inadaptable a nuestra realidad jurídica; sí puede instituirse el sistema escabinado, pero limitándolo al juicio de culpabilidad o inocencia.

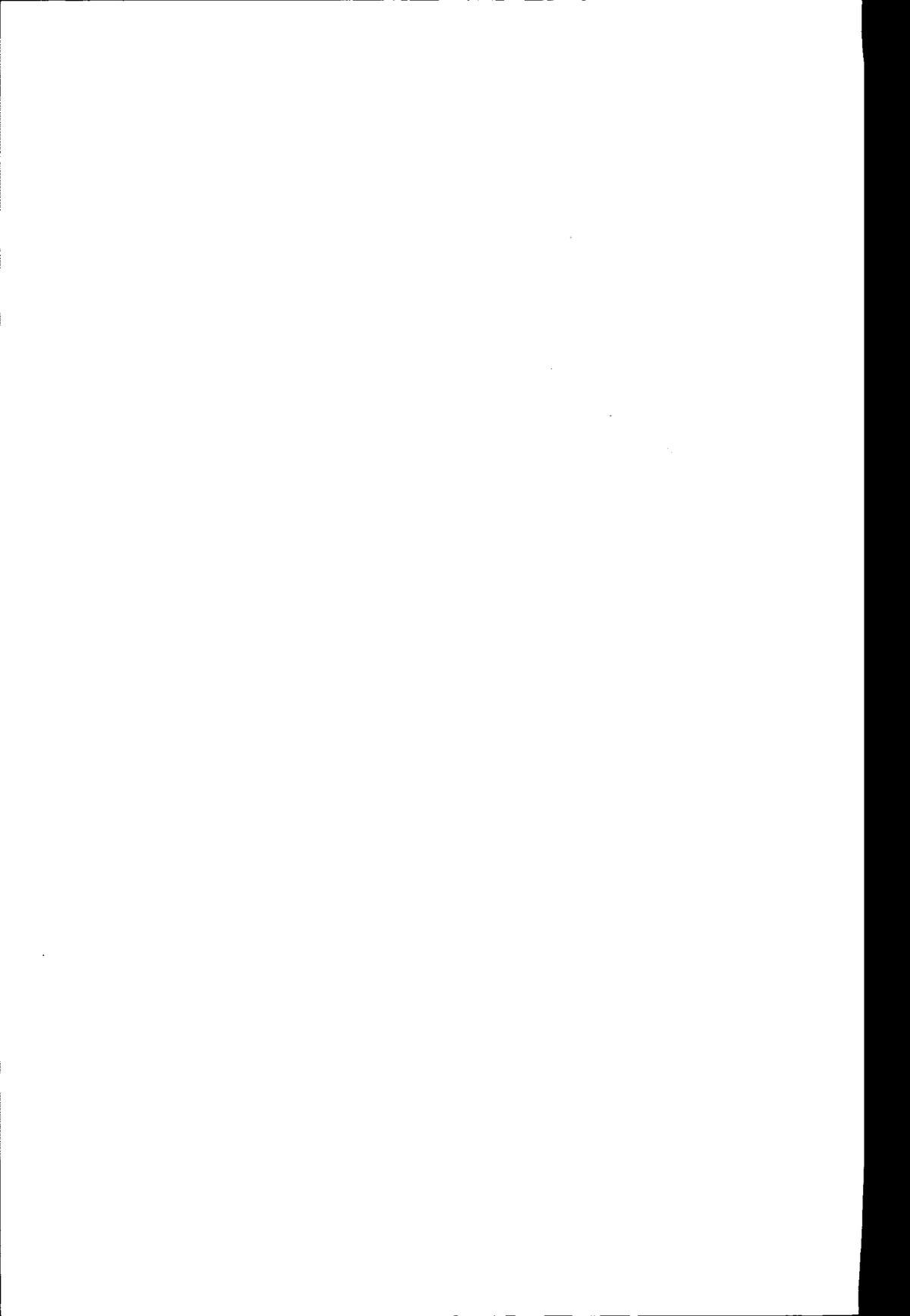
En otras palabras, propongo que nos apartemos del jurado clásico, en cuanto escinde el juicio sobre los hechos y el juicio sobre el derecho atribuyendo a los jueces legos sólo la decisión sobre la existencia del hecho y la culpabilidad o inocencia del acusado, y a los jueces técnicos el tema de la pena y demás consecuencias jurídicas del delito.

También propongo que nos apartemos del sistema escabinado, que atribuye tanto a los jueces legos como a los técnicos, en montón, la decisión sobre los hechos y el derecho.

En definitiva, dado el actual estadio en la evolución de nuestro Derecho Procesal Penal, si ha de insertarse un sistema de jurados, propongo que sea el escabinado, pero así: para el juicio de los hechos, tribunal escabinado, para el juicio del derecho, jueces técnicos.

Por supuesto que esto va a traer problemas, por ejemplo ¿quién va a hacer la sentencia?, que me parece debe estar en las exclusivas manos de los jueces técnicos, con la evidente obligación de exponer fielmente los argumentos o las eventuales disidencias de los jueces legos.

El principal inconveniente que puede suscitarse es de imposible solución legal, es el mismo inconveniente que se da en cualquier tribunal colegiado y simplemente radica en la mayor o menor influencia que pueda tener un juez sobre otro. Contra este mal, señoras o señores, no se ha encontrado otro remedio que la ética judicial. Nada más.



## ACERCA DEL JUICIO CORRECCIONAL EN LA ACTUALIDAD

ROBERTO CALANDRA\*

Antes de entrar de lleno al proceso correccional propiamente dicho, quiero poner de relieve la importancia que para mí tuvo y tiene desde siempre el estudio del Derecho Procesal ("sentido dramático procesal", al decir del profesor Mario Oderigo en sus recordadas "Leciones de Derecho Procesal"), si bien no es la materia más importante que informa el bagaje de conocimientos que debe poseer todo abogado, sin duda la más útil, ya que es la herramienta que siempre nos da la solución lógica para resolver cualquier tipo de situación escabrosa que se nos presente en cualquier tipo de trámite, sencillamente recurriendo a la lógica ante el olvido de cualquiera de sus disposiciones.

Tan informada la considero a esta materia de los más elementales principios de la lógica.

Lo cierto es que en la actualidad, el proceso correccional se ha vuelto ingobernable.

Lo que en otras épocas se limitaba a alrededor de unas doscientas causas por Secretaría (no debemos olvidar que antes de la reforma, los Juzgados Correccionales contaban con cuatro Secretarías cada uno), en la actualidad, ese número se ha elevado de una manera por demás considerable, al punto de recibir por turno, cada Secretaría, alrededor de unas cuatro a cuatro mil doscientas causas.

No olvidemos tampoco que hoy en día cada Juzgado en lo Correccional cuenta exclusivamente con dos Secretarías cada uno.

Tal situación se ha originado no sólo por el aumento de la población, sino por el aumento de los índices delictivos y, fundamentalmen-

\* Abogado (UCA). Ex-Juez Correccional.

te, por el aumento de la competencia otorgada al fuero, que hoy alcanza a los delitos que merezcan una pena que no supere los tres años de prisión (sin hacerse en el Código una distinción entre prisión o reclusión), incluyendo obviamente todos los delitos de acción privada.

Entre estos, no debemos dejar de poner de relieve a los delitos por calumnias e injurias, a los que me referiré luego, para señalar los pormenores que los diferencian del resto de los ilícitos, situación que alcanza singular importancia, atendiendo a que no son delitos que inician cualquier tipo de personas, sino aquellas que detentan determinado nivel social.

En el código "viejo", la práctica había reducido el trámite al cumplimiento de las audiencias prescriptas en los artículos 570 y 575 de dicho cuerpo legal, que eran verbales y actuadas, teóricamente.

En la pura práctica, estas audiencias eran suplidas la primera de ellas por la declaración indagatoria o en su defecto la vieja declaración informativa, que preveía el artículo 236 en su primera y segunda parte, respectivamente, limitándose la segunda audiencia (artículo 575, CPMP) a formular la pertinente acusación, que era la que daba apertura al plenario.

En la actualidad, una vez finalizada la etapa instructoria, que en casi nada difiere del proceso común, se dicta un auto de clausura del sumario, suplido por el auto de requerimiento de elevación a juicio, que es efectivizado, si así lo cree conveniente, por el señor fiscal, y sin que sea obligatorio para la parte querellante, como sí lo era en el viejo régimen, ya que no por ello (me refiero a no formularlo) perderá su carácter de tal.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 406 del Código Procesal Penal, el juez en lo Correccional, que conforme lo dispone el artículo 405 del mismo cuerpo legal "tendrá las atribuciones propias del presidente y del Tribunal de Juicio", hará saber a las partes que cuentan con cinco y tres días, respectivamente, para comparecer a juicio, examinar el expediente, y ofrecer las pruebas que consideren hacen al derecho de su parte.

Como se nota, se reduce a la mitad el tiempo previsto para el juicio ordinario en un tribunal oral colegiado.

Los tres días, es el intervalo durante el cual deberá fijarse la audiencia de debate, una vez cumplidas la instrucción suplementaria que hubieran solicitado, o resueltas las excepciones a las que hubiera lugar.

Cuando el debate tiene comienzo, el juez debe informar detalladamente al procesado de la imputación que se le formula, y básicamente la cantidad y calidad de las probanzas que obren en autos en carácter de cargos.

Es éste el momento en el que el imputado tiene la oportunidad de confesar lisa y llanamente la comisión del hecho ilícito, con lo cual lograría que no se llevara adelante la sustanciación del debate, estando entonces facultado el juez para dictar sentencia, siempre y cuando de las probanzas acumuladas en autos surja con claridad la existencia del hecho.

Me estoy refiriendo a que no basta con la admisión lisa y llana de la culpabilidad del sujeto pasivo, sino que debe estar acreditado objetivamente el hecho delictuoso.

Todo ello, obviamente, siempre que medie conformidad del querellante, del fiscal interviniente y del defensor, por cierto con la previa del juez que dirige el debate.

Ya sea en las condiciones apuntadas, o después de llevarse adelante toda la prueba que las partes hubieran ofrecido, debate durante el cual se aplican las mismas formalidades que para el juicio oral común, el juez puede pasar a "deliberar", e inmediatamente dictará la sentencia, que podrá ser leída en audiencia a fijarse en un plazo no mayor a los tres días.

Surge aquí la principal crítica que se efectúa a este procedimiento, esto es la "deliberación" que debe llevar a cabo el juez en lo Correccional, que como sabido es, se trata de un tribunal unipersonal, por lo que no se alcanza a ver con claridad con quien o quienes podrá deliberar los alcances de la sentencia que dictará.

De allí surge inmediatamente la segunda de las críticas, como es la de que sus sentencias son de única instancia, es decir que, salvo los recursos de casación y/o extraordinario, no se puede impugnar sus sentencias por la vía ordinaria.

A estas dos críticas que acabo de efectuar, debemos sumar sin duda alguna la de que es el mismo juez (me estoy refiriendo a la misma persona física) que llevó adelante la instrucción y que dictó el auto de procesamiento, el que debe llevar adelante el debate, sin que obviamente pueda desprenderse de la subjetividad que tiene necesariamente que poseer después de haber investigado el hecho desde su propia ejecución.

Quizás sea esta la mayor de las críticas que pueden efectuarse al juicio correccional tal como está estructurado en la actualidad.

De allí, que una de las posibles soluciones que se encuentran a estudio de las posibles reformas, consiste en disponerse que luego de agotada la etapa instructora, y una vez que la causa se encuentra en condiciones de pasar a debate, la causa sea remitida o bien a sorteo o bien al tribunal que siga en orden de turno, con la finalidad que lleve adelante el debate pertinente.

No obstante a mi criterio, no sería esta la solución más práctica.

Se me ocurre que, teniendo en cuenta la existencia de catorce Juzgados en lo Correccional en el ámbito de la Capital Federal, nada obstaría a que con el simple nombramiento de dos jueces correccionales con una sola Secretaría, que sería una de las que se sacarían a dos de los Juzgados existentes, contaríamos en definitiva con doce Juzgados en lo Correccional encargados de llevar adelante la instrucción en todas las causas de este tipo, y cuatro que se encargarían de llevar adelante la etapa del debate exclusivamente.

Si a ello agregamos la utilización del remedio de la "Probation" a los delitos culposos es obvio que descomprimiríamos de manera notable el grosero atascamiento en el que se encuentran actualmente todos los Juzgados en lo Correccional, con un notable atraso, pese al empeño puesto de manifiesto por los integrantes de sus dotaciones.

Pasando por último al problema del proceso correccional en lo que respecta a los delitos de calumnias e injurias, debo admitir que es uno de los juicios que ofrece mayor complejidad, teniendo en cuenta los problemas que actualmente enfrentan estos tribunales y que creo haber dejado aclarado.

El Código Procesal Penal, tanto en su vieja redacción como en la actual, prevé como situación previa a la iniciación del juicio propiamente dicho, una audiencia que denomina de "Conciliación", a llevarse a cabo una vez notificada la parte querellada con remisión de una copia de la querella presentada. No debe olvidarse que en razón de tratarse de un delito de acción privada, no puede iniciarse sino por querella del particular damnificado, con todas las formalidades prescriptas para ello.

Esta audiencia de conciliación, es de obligatoria asistencia para la querella, ya que su inasistencia implicará su abandono tácito, con la consecuencia del cargo de las costas y el sobreseimiento pertinente.

Para la parte querellada, no obstante, es optativo, ya que si no concurriere a dicha audiencia, los trámites procesales, siempre a instancia de la parte acusadora (no debe olvidarse que aquí no interviene el fiscal), seguirán su trámite, con el traslado a la parte acusada para que ofrezca la prueba que considere pertinente.

En definitiva, la audiencia de conciliación puede tener tres resultados: el primero de ellos, es que el querellado se retracte lisa y llanamente de la calumnia o injuria vertida (es decir reconoce lo dicho o hecho y se retracta de ello), con lo que se concluye el proceso, se imponen las costas al querellado y esta situación, a los fines civiles, equivale a una condena efectuada en sede penal, a los fines del pertinente juicio por daños y perjuicios.

La segunda de las soluciones consiste en que el querellado explique o dé razones suficientes que lo llevaron a actuar como lo hiciera, y el querellante las acepte, con lo que se produce una auténtica conciliación, sobreseyéndose la causa e imponiéndose, en caso de haberse convenido así, las costas por el orden causado.

Y por último, la tercera de las opciones, es que ni querellante ni querellado lleguen a acuerdo de naturaleza alguna, con lo que la audiencia de conciliación no produce efectos de ninguna naturaleza, y los actuados siguen su trámite con el traslado dispuesto en el artículo 428 del Código Procesal Penal, que excepcionalmente, y aún tratándose de un juicio correccional, otorga a la querrela un plazo de diez días para ofrecer las pruebas que considere hacen a su derecho (recordemos lo dicho acerca del acortamiento de los plazos en el juicio correccional, cosa que no sucede en este específico caso).

En síntesis, las actuales vicisitudes del proceso correccional no son para nada prometedoras en caso de no adoptar urgentes medidas para paliar la grave situación que, a medida que se suceden los días y se acrecientan los juicios, se hace cada vez más difícil litigar tanto para los funcionarios cuanto para las partes que deben sufrir los avatares de procesos que las más de las veces se hace interminable.

Como siempre, y conforme lo sostiene el célebre maestro Carnelutti, "el tratar de hacerme comprender me ha servido para comprender" ("Cómo se hace un proceso", de F. Carnelutti).



## **EL JUICIO CON DEBATE ORAL Y LOS PROCESADOS MENORES**

MIGUEL JULIÁN DEL CASTILLO\*

### **Introducción**

Desde hace seis años a la fecha (esto es: desde el 5 de setiembre de 1992) rige para la Capital Federal y demás Tribunales Nacionales el Código Procesal Penal de la Nación, ordenamiento ritual que reemplazara al Código de Procedimientos en Materia Penal y que rigió la administración de justicia penal durante más de un siglo.

Esta sola circunstancia —que ha determinado importantísimos trabajos sobre la especialidad— me ha impulsado a volcar breves reflexiones que, lejos estarán de aquellas propuestas científicas, pues no provienen de un avezado procesalista, sino que se corresponden con las vivencias de un magistrado (tan sólo, entusiasta) que ha dedicado buena parte de su vida (ya, 30 años) a la administración de justicia. Y de ellos, buena parte, a lo que concierne a la minoridad.

Fue así como, aquel impulso renovador, me motivó (junto a la eficaz colaboración de mis secretarios y empleados en el Juzgado de Menores Nro. 5 de la Capital Federal) a realizar el primer juicio oral y público ordinario que se efectuara en el ámbito nacional, el 2 de octubre de 1992 y a sólo 27 días de la vigencia del ordenamiento procesal recientemente instaurado.

### **Sistemática del nuevo Código con la relación a menores.**

#### **Crítica**

Es indudable que el nuevo Código Procesal Penal vino a satisfacer, a nivel nacional, una carencia que constituía un reclamo perma-

\* Juez del Tribunal Oral N° 23, Capital Federal.

nente y casi unánime entre procesalistas y penalistas; aun, del público en general: que desde muy antigua data, venía formulando sus sentidas y justas quejas respecto de la forma y modo con que se brindaba respuesta jurisdiccional al —cada vez más acuciante— problema de la delincuencia.

Evidente resultaba, que la actividad de la justicia criminal estaba muy lejos de satisfacer aquellos reclamos con juzgados abarrotados de expedientes (cuya tramitación se demoraba en forma insospechada, de modo tal que, diariamente, el sistema penal demostraba incapacidad para afrontar los desafíos más grandes, constituidos por causas cada vez más complejas y voluminosas) que trataban infructuosamente de brindar respuesta a una criminalidad desarrollada no sólo en número, sino fundamentalmente en inteligencia; especialmente, respecto de las causas económicas: tal vez, las que más desnudaban el problema de la incapacidad de la justicia para desarrollar su trascendental tarea.

En aquellas circunstancias, el proceso destinado a juzgar a menores de edad, casi no se diferenciaba del que se llevaba a cabo respecto de mayores. En realidad, el viejo Código de Procedimientos en Materia Penal se aplicaba —sin distinciones apreciables— a los procesados meón de unos pocos artículos que determinaban la intervención de Juzgados Nacionales en lo Criminal, exactamente iguales (en su conformación y funciones) a los de mayores y que habían sido designados por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, para entender en las causas en que aparecieran menores como acusados o como víctimas.

Como única diferencia, los mismos habían sido dotados de una secretaría adicional —la denominada Secretaría Tutelar— donde se radicaban los expedientes tutelares, correspondientes a los menores dispuestos, cuyos expedientes criminales seguían tramitando ante las Secretarías de actuación de los mismos Juzgados. Había así, dos Juzgados Correccionales, tres de Instrucción y dos de Sentencia, que realizaban los juicios de la primera naturaleza, los sumarios y los plenarios de los criminales en sí, respectivamente.

Y en lo que al proceso mismo concierne, únicamente se disponía —por vía de la introducción del artículo 689 bis, por la ley 22.277— una serie de modificaciones a aquel procedimiento de mayores, para adecuarlo a la minoridad.

Tales disposiciones son harto conocidas y se resumen en: la prohibición de la aplicación a menores de las disposiciones relativas a la

detención y prisión preventiva, la detención en lugar adecuado (inc. 1°); la obligatoriedad de dictar sentencia de responsabilidad penal o civil, en su caso, sin condena (inc. 2°), la que se difiere al resultado del tratamiento tutelar junto a la resolución que pone fin al proceso. Este esquema constituía un avance (limitado, por cierto) efectivo respecto del original sistema del Código que, en verdad, no incluía a los menores. Al punto que, autores como Seyahian-Daray-Rodríguez, en su "Código Procesal Penal de la Nación comentado" (t. IV, pág. 228), señalaban que la ley 22.277 venía a incorporar al menor al proceso del que estaba poco menos que excluido, según la legislación anterior.

Pues bien, luego de más de un siglo de vigencia del viejo ordenamiento ritual, al renovarse por el que actualmente nos rige, lo que decidió el legislador con relación a los menores, lamentablemente, no difiere mucho de lo que teníamos vigente con anterioridad: toda vez que, al respecto, el Código Procesal Penal de la Nación dedica al Juicio de Menores sólo el capítulo II, del Libro III de los Juicios, catalogándolo como Juicio Especial.

No obstante, el proceso de menores, lejos está de resultar especial; a tal punto, que el artículo 410 del ordenamiento, se encarga de aclarar que en las causas seguidas contra menores de 18 años se procederá conforme a las disposiciones del Código (con las salvedades que establece el capítulo). De modo que, con dicha aclaración, sólo cuatro artículos se refieren al régimen de la minoridad, en sí.

Pareciera, entonces, que lo concerniente al proceso de menores quedó en las intenciones del legislador (seguramente, a este respecto, bien intencionado): pero sin el desarrollo suficiente para que, realmente, tan profunda modificación en todo el ordenamiento procesal penal, constituyera una avanzada en un tema tan delicado como lo es el juzgamiento de personas menores de edad; aspecto que (como he dicho, antes) quedó francamente descuidado, cuando la oportunidad permitía que se incursionara decididamente en innovaciones más destacadas, diseñando un sistema de juzgamiento que se adecue mejor a las características de las personalidades, aún, no del todo conformadas, respecto de las cuales, no siempre resulta propicia la realización de una audiencia de debate con las características que tiene la que legisla nuestro ordenamiento procesal, que la tornan impactante, incluso, para avezados policías que deben comparecer como testigos al debate oral (lo cual, les produce no poca inquietud, según he podido comprobar).

El resultado no ha sido del todo bueno, conforme lo desarrollaré, más adelante; pero tampoco tan malo, según también se verá. Sin embargo, ha dejado cuestiones con real deficiencia de cobertura: como por ejemplo lo relativo a la defensa en juicio de los menores, que debió ser garantizada con mayor énfasis y claridad, disponiendo el número de funcionarios necesarios para que se constituya, efectivamente, en el servicio que debe y cuya prestación supletoria por el Estado (aunque, en forma implícita) se encuentra constitucionalmente garantizada, a través de las disposiciones del debido proceso y de la defensa en juicio.

## **Las características del proceso de menores en sí**

### ***a) La libertad de los menores***

La primera diferencia que establece el Código Procesal (art. 411) con relación al procedimiento de mayores, es la restricción de la privación de la libertad de menores, que ahora se establece —en forma excepcional— para el supuesto en que existan motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación o intentará destruir los rastros del hecho o se pondrá de acuerdo con sus cómplices o inducirá a falsas declaraciones.

Esta disposición, ciertamente, coincide con el principio general del Código Procesal de restringir la privación de la libertad de todos los procesados, pues el Código (que, respetando el principio de inocencia, permite la excarcelación en general), además, establece como norma la caución juratoria de los imputados; de modo que, naturalmente, ha de establecer un régimen que priorice la libertad respecto de menores y así se hace, como quedó dicho.

Por otra parte, específicamente, establece que para el supuesto en que deba restringirse la libertad del menor durante el proceso —en aquellas excepcionales circunstancias— el mismo, será alojado en un establecimiento o sección especial (diferente al de los mayores), donde se lo clasificará según las características del hecho que se le atribuye y sus propias condiciones personales de edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes y adaptabilidad social (art. 411, párrafo segundo).

Los principios —sin ser nuevos— son correctos y se adaptan, en general, a las tendencias modernas sobre la materia, conducentes a lograr una rápida reinserción del menor en su núcleo familiar como forma lógica de someterlo a un tratamiento tutelar, con intervención

de los delegados del Juzgado de Menores o de los organismos de Minoridad y aplicar, en todo caso, cualquier tipo de sistema de libertad asistida en sus plurales formas, el control por los mismos organismos administrativos de minoridad, la ubicación del menor con familias sustitutas, etc., dejando (realmente) como última *ratio*, la internación de menores de edad (por cierto: en institutos adecuados y exclusivos. Lo que parece ser un hueco sin llenar, en el actual sistema de restricción de la libertad de los menores durante el proceso (recuérdese que: sin condena), es lo relativo a la falta de recursos que faculten la revisión de las resoluciones que, el juez de menores, pueda ir adoptando a este respecto. Y ello (necesario resulta reconocerlo), siempre fue una característica en el sistema nacional, respecto de todo lo vinculado a la tutela de los menores sometidos a proceso penal: aspecto sobre el que nunca se concedió recurso alguno, que permitiera una instancia revisoria de lo que se va decidiendo (en muchos casos, con notorio y prolongado perjuicio para la libertad de los menores).

La modificación procesal permitía que se corrigiera este aspecto negativo del proceso pero, lamentablemente, en este sentido tampoco se adoptaron los recaudos necesarios para cambiar la situación; siquiera, permitiendo una instancia revisora en circunstancias especialmente graves, como la internación por un período prolongado de tiempo, que podría haberse establecido legalmente con ventaja innegable para todo el sistema.

Por cierto que, podrá decirse que las peculiaridades del sistema tutelar—establecido en favor de los menores y de las resoluciones que se adoptan a su respecto son mudables, por excelencia— permiten toda corrección necesaria; sin embargo, también es igualmente cierto que establecer la posibilidad de que se recurra una medida cuando resulte gravosa para el incapaz, establece una garantía adicional que, lejos está (al menos, a mi parecer) de resultar superflua. Piénsese que, el sistema actual, permite —y en muchos casos, ello constituye una obligación para el juez de la instrucción— que un procesado mayor sea excarcelado bajo caución juratoria por un hecho y a horas de su detención, y que, al mismo tiempo (aunque la letra de la ley pareciera indicar lo contrario), un menor que cometió el mismo hecho queda internado por un período mucho más largo. Para colmo de males, por último: el primero puede apelar una resolución que le deniegue la soltura, mientras que el segundo, no puede interponer recurso ninguno contra la decisión que establezca su internación.

Como punto a favor del sistema, habrá de señalarse que el último párrafo del artículo 411 del Código Procesal Penal de la Nación,

establece que ninguna medida respecto del menor se adoptará sin previo dictamen del Asesor de Menores. Esta figura procesal (colaboradora del juez de menores y representante promiscuo del incapaz y sus intereses) es una novedad del nuevo Código, cuyas características, aún no se han perfilado detalladamente en sede penal, pero, ya comienza a insinuarse como un permanente controlador de toda la actividad de los Tribunales que concierna a los menores. De tal manera, pareciera estar destinado a ser una constante luz de alerta para el juzgador, a la vez que, un vínculo natural entre el Tribunal y la familia (o, en su defecto, cualquier núcleo de pertenencia del menor sometido a proceso penal), debido al contacto que ha de mantener en forma permanente con ésta, para desarrollar su trascendente cometido.

Y a este respecto (a riesgo de ser reiterativo), he de señalar que, lamentablemente, su función de contralor habrá de quedar reservada a sus posibilidades de persuasión respecto de los mismos Tribunales, pues (como antes lo señalara) no cuenta con ninguna posibilidad de que las resoluciones que no comparta puedan ser revisadas, en algún modo, por otros órganos con jurisdicción recursiva.

#### ***b) Las medidas tutelares***

El artículo 412, segundo y tercer párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, determina las normas a que ha de sujetarse la tutela de los menores sometidos a su competencia. A este respecto, si bien resulta innovador (puesto que ninguna disposición procesal anterior regulaba este instituto), no es novedoso pues no hace, sino recoger las pautas a las que los Tribunales encargados de aplicar la ley 10.903 —por disposición de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional— venían haciendo de muy antiguo y ajustándose a normas reglamentarias y aún consuetudinarias.

Así, se señala que el Tribunal podrá disponer provisionalmente de todo menor sujeto a su jurisdicción, cuando, en realidad, en todos y cada uno de los casos en que un menor ingresa a un Tribunal de menores acusado de un delito, se dispone del mismo (y en todos los casos en forma provisional), por cuanto la disposición definitiva o el levantamiento de la disposición provisoria, se reservan para la resolución de la causa y, aún, en la práctica, se suelen disponer con posterioridad.

A continuación, señala algunas posibilidades (las más comunes) con que cuenta el juez para desarrollar tal disposición preventiva y ellas son: el entregarlo para su cuidado y educación a sus padres, o (debe entenderse que, en su defecto) a otra persona o institución que

por sus antecedentes y condiciones ofrezca garantías morales. Como se ve, esto nada tiene de novedoso y, por otra parte, no son las únicas posibilidades.

Necesariamente, han de unirse estos conceptos con los del artículo 411 (ya comentado), que dispone la internación mínima indispensable y, por supuesto, añadirse todas las posibles combinaciones que mejor se adapten a la situación del menor, en cada caso particular. Ejemplos de lo dicho, pueden ser la concesión de licencias que suspendan transitoriamente la internación (con fines de prueba o para facilitar el estudio) y la obtención de trabajo y capacitación por parte del menor; facilitar la concurrencia a lugares donde pueda educarse o realizar tratamientos conducentes a su rehabilitación (en casos de drogadicción o alcoholismo), además, por supuesto, de los tratamientos médicos, psiquiátricos o psicológicos que su estado pudiera requerir y que, por su naturaleza, precisen de su concurrencia a lugares especializados o adecuados; y, en general, buscar toda forma posible tendente a lograr su reinserción positiva en su ambiente familiar y social.

La enumeración precedente no tiene, obviamente, pretensión alguna (ni siquiera, de ser útil), sino una mera enunciación de entre las muchas posibilidades con que cuenta el juez, sin mengua de que, como corresponda, sea éste (con su conocimiento de los recursos con que cuenta para el Tratamiento de cada caso en particular) vaya adoptando las soluciones que entienda más convenientes.

Lo que sí establece el ordenamiento procesal —y esto, constituye un singular avance— es la obligatoriedad de realizar una información sumaria tendente a que el juez se forme un claro cuadro de situación concerniente al menor (y que es, realmente, lo más importante) y a la evaluación de los recursos personales o institucionales a los cuales acudir, lo cual, garantiza (dentro de lo posible) una mejor información previa a la decisión.

Esto, en la práctica, se realizaba y se realiza —en los Tribunales capitalinos— mediante el trabajo de los delegados que (en número de catorce, aproximadamente) tienen adscriptos los Juzgados de menores: profesionales especializados en el tratamiento de menores, en general, asistentes sociales, psicólogos, psicólogos sociales y otros que, aunque sin especialidad determinada, son los que material y verdaderamente siguen el caso del menor. A ese efecto, se afectan —por zonas geográficas— a la atención de los menores que se domicilian en las que les son asignadas, convirtiéndose así, en una suerte de represen-

tantes del magistrado en el lugar mismo donde ha de llevarse a cabo el Tratamiento, elevando al Tribunal, permanente y periódicamente, informaciones concernientes a la evolución de los menores que les son asignados, aconsejando, en cada caso, lo que mejor conviene a su evolución según su seguimiento del tema. Esta función ha sido recogida por el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, que en el último párrafo del artículo 412 prevé, específicamente, la facultad del juez de designar un delegado para que ejerza la vigilancia y protección del menor y en forma periódica informe al magistrado sobre su conducta y condiciones de vida.

A esta importante modificación, se suma otra y no menos clave, al establecer la obligatoriedad de escuchar en audiencia a los interesados. En general: los padres, guardadores o tutores del menor; eventualmente, los representantes de las instituciones o las personas que podrían hacerse cargo de los mismos y (esto es imprescindible) obtener dictamen del Asesor de Menores que corresponda. Este sistema, que posibilita que todos los interesados vuelquen su opinión ante el juez antes de que arribe a una decisión (que no existía antes de la reforma y que tampoco se realizaba en la práctica), establece una importante institución, ya que garantiza la defensa en juicio de los derechos de todos los que, de alguna manera, aparezcan vinculados a la situación del menor o tengan interés en la misma.

Es de esperarse que la práctica acoja favorablemente esta determinación innovadora del nuevo Código, que contradice la costumbre judicial que (como ya quedó dicho) determinaba en forma casi absoluta la sustanciación y trámite de los expedientes tutelares ante los Juzgados de Menores, por un lado; y, por otro, que de ninguna manera esto se traduzca en un requisito burocrático inaceptable cuando se trata de decidir lo que respecta a la situación de un menor, especialmente, en los primeros tiempos en que se dispone del mismo —no resultando conocido ni por el juez ni por el delegado que ha de ocuparse de su caso— y en el que las resoluciones han de adoptarse con la celeridad que cada circunstancia requiera, en cada caso concreto, en particular, si se trata de afrontar situaciones graves y de imprescindible solución (como la crisis de abstinencia de drogas, enfermedades que aparezcan con cuadros agudos y toda otra, que no admita dilación alguna).

En estos casos, es claro para mí, que las facultades del juez de menores son más que amplias, pues están determinadas por la necesidad; y que, en todo caso, el trámite que establece esta disposición

legal podrá suplirse con la consulta posterior a las mismas partes interesadas —a la que nada obsta y que bien permitirá el mismo debate, con idénticas garantías— sobre la base incuestionable de la provisionalidad de todas las resoluciones relativas a la situación de los menores, que el mismo Código establece.

Finalmente, el artículo 414 del Código Procesal prescribe, específica y claramente, que toda medida de seguridad y educación adoptada respecto de un menor es reponible por el Tribunal que la adoptó, de oficio o a petición de parte. Esta facultad está indiscutidamente relacionada con el carácter transitorio de toda disposición que se adopte respecto de un menor, que habrá de durar sólo lo necesario para cumplir con su objetivo; de manera que, nada justifica su mantención, cuando las razones que la determinaron y justificaron, dejan de ser válidas.

En estas circunstancias, el Tribunal por sí —e incluye: por sugerencia del delegado a cargo del caso o a pedido de cualquier parte interesada— puede y debe modificar lo resuelto, en el sentido en que mejor se adapte a la variable realidad del menor que, sabido es, se modifica a cada instante. El único requisito que ha de cumplir el Tribunal en estos casos es, lógicamente, la realización de la correspondiente información sumaria y escuchar en audiencia a los interesados; esto es: cumplir con las mismas formas que debió atender cuando adoptó la medida, es decir, recrear las mismas condiciones de garantía para la debida y amplia defensa en juicio de los derechos de todos los interesados.

Correctamente, el Código no ha señalado mayores formalidades para estas actuaciones, pero ello no quita que éstas han de adoptarse con las mismas motivaciones que cualquier resolución judicial, según corresponda en cada caso y atendiendo a las disposiciones generales del ordenamiento procesal a este respecto, pues sólo así, se compadecería la adopción de estas medidas (en algún caso, importantes) con la vigencia de principios elementales que corresponden a un sistema republicano de gobierno.

### ***c) Disposiciones específicas para la instrucción***

Sólo una disposición específica, contiene el Código, referida a la instrucción de procesos en donde resulten parte menores de edad y es la primera parte del artículo 412, que señala que el juez evitará (en lo posible) la presencia del menor en los actos de la instrucción y observará, a su respecto, lo dispuesto por el artículo 76 que prescribe, en su

último párrafo (pues el resto concierne a la internación de presuntos insanos, únicamente), que los derechos del procesado menor de 18 años de edad pueden ser ejercidos por sus padres o su tutor.

La disposición es tan escueta y tan general que, realmente, no parece del todo claro cómo ha de ser instrumentada (de no ser, en el análisis de casos concretos que puedan ir presentándose) y ha de ser tomada siempre como un criterio orientador y reconociendo su carácter, toda vez que —como se observa— no es imperativa, sino una norma indicativa de la conducta a que ha adoptar el juez.

Con todo, tiene importancia, pues se advierte claramente que al determinar el alejamiento del menor de la actividad instructoria, implícitamente, viene admitiendo que la misma (tal vez, por las características inquisitivas que conserva), es inconveniente para los menores; concepto el que, de manera alguna, puede ser olvidado y ha de tenerse constantemente presente para resolver toda duda que pueda presentarse en una posible situación concreta.

El escaso tiempo de aplicación del Código Procesal no ha permitido detectar demasiados supuestos en que se haya requerido hacer aplicación de esta disposición; tanto más que, por las características escritas de la instrucción y por su necesaria brevedad, de hecho, el menor permanece alejado de los actos que le son propios. No obstante, mi experiencia personal me indicó que la norma de referencia debe ser aplicada (en principio, claro está) para evitar, por ejemplo, realizar careos con menores de edad —cualquiera sea el carácter en que habrían de ser escuchados— pues aunque se piense que está destinada a ser aplicada en casos en que los tales resulten acusados, nada impide su aplicación (por lícita analogía) a supuestos en que sean escuchados de otra manera, aun, como testigos.

Ello es así, según lo entiendo, pues el careo (esto es: la confrontación personal entre personas que se pronuncian en forma diferente respecto de algún hecho, para que sus recíprocas reconvenciones permitan el esclarecimiento de la verdad) no parece una diligencia muy adecuada para la personalidad del menor, que puede verse afectada ante la presencia de delincuentes mayores (a veces, avezados y peligrosos) o ante el autor del delito que los damnifica y, aun, ante otros menores respecto de los que han forjado sentimientos de afecto, amistad o simple compañerismo.

El propio Código determina que antes de realizarse un careo, los comparecientes deben jurar decir verdad —salvo el imputado y bajo pena de nulidad, art. 277— y también que no se recibirá juramento a

los menores inimputables (esto es: los menores de 16 años de edad; art. 249, primer párrafo), todo lo cual, en cierto sentido, torna contradictoria la realización del mismo cuando no pueda requerirse que quien comparezca diga la verdad. Por ende, queda demostrado que nuestro Código mira con disfavor la realización de careos con menores de edad. Como este ejemplo, son las situaciones que (según creo) han de dirimirse conforme la regla general que vengo comentando, en la medida que se presenten al juez de la Instrucción.

#### ***d) Normas para el debate***

La reserva del debate.

Respecto de las normas para el debate, el Código Procesal ha sido más explícito que respecto de la instrucción, aunque tal vez, no del todo acertado, según se verá. Comienza, como es habitual en todos los temas, declarando expresamente que se aplicarán todas las reglas propias del juicio común y enumera las excepciones (art. 413).

En primer lugar, determina que el debate se hará a puertas cerradas, pudiendo asistir solamente el fiscal, las otras partes, sus defensores, los padres, el tutor o guardador del menor y las personas que tengan interés legítimo en presenciarlo (inc. 1º) y, a continuación, dispone específicamente que el imputado sólo asistirá al debate cuando fuere imprescindible y será alejado de él en cuanto se cumpla el objeto de su presencia.

Realmente, la disposición parece sorprendente, cuando menos, pues establece tanta privacidad en la realización del juicio mismo que ni siquiera el propio imputado puede comparecer a él. De manera que, atender a la letra misma de la ley significaría tanto como comentar al procesado (y para colmo, menor de edad) que el debate se realizó perfectamente, en lo cual debe creer. Y que, como resultado del mismo, el Tribunal se formó una idea clara de la prueba concerniente a la materialidad del hecho y (esto es lo más importante) a su intervención y culpabilidad en el mismo; aunque él, nunca (claro queda) va a enterarse de todo ello en lo que debe creer, pues se presupone que así se preserva mejor su personalidad. No obstante, debe cumplir la pena que (como consecuencia de todo lo que debe creer sin ver y todo lo que no debe presenciar ni saber) se le ha impuesto. Es bastante evidente que, la sola enunciación de esta situación procesal tan singular, mueve a una sorpresa mayúscula.

Veamos las cosas separadamente para una mejor comprensión. La primera cuestión es lo relativo a la reserva del debate, con el fin de

que no se ventilen públicamente los hechos en los que presuntamente ha intervenido un menor, lo que parece sumamente razonable y se garantiza con la realización del debate a puerta cerrada, sin otra presencia que la de las partes interesadas, sus representantes y los parientes más cercanos del menor cuya presencia debe naturalmente autorizarse y que resulta beneficiosa en varios sentidos. Por un lado, constituye un fuerte aval para el menor (que, con la presencia de sus padres, generalmente, se siente apoyado y acompañado en un trance como el que implica un juicio oral y que, naturalmente, le resulta difícil), a la vez, que representa para el Tribunal una demostración práctica y concreta del interés que los padres tienen respecto del chico, en la medida de que así lo evidencia su deseo de interiorizarse debidamente de lo que le ha ocurrido y lo que le ha de ocurrir.

Para los propios padres es importante, a su vez, presenciar lo que ocurre y de tal manera pueden, posteriormente, apoyar mejor al menor luego del juicio y transmitirle, incluso, su reflexión (a veces, más comprensiva) de lo que se fue desarrollando en la audiencia.

El Código también autoriza la presencia de personas con interés legítimo en presenciar la audiencia. En este sentido, el Tribunal Oral de Menores Nro. 1 (el único que, a la fecha, ha sesionado en más de ochocientas cincuenta ocasiones), ha sido amplio en la interpretación del concepto de legítimo interés. Así, se ha autorizado la presencia del delegado inspector del Juzgado de Menores que lleva la tutela del menor procesado, como la de los docentes del mismo (particularmente, en casos en que se encontraba internado y, en general, previendo que luego del debate el menor podía sufrir algún tipo de descompensación) y al haber sido presenciado por aquéllos (que, obviamente, pidieron estar presentes a ese efecto), se comprobó la realización de una mejor tarea de contención. Especialmente, se autorizó en casos concretos y por el mismo fundamento, la presencia del psicólogo que atiende al menor, en la inteligencia que al haber vivenciado el mismo acto mejor podía ayudarlo luego a su debida elaboración; y, así, en otros casos.

De la misma manera, se permitió que personal judicial lo presenciara para que, con cabal conocimiento del desarrollo de un debate, pudieran luego realizar mejor su tarea específica y, por supuesto, también se autorizó a colegas jueces de menores para que se interioricen de la forma y modo en que realizan su tarea los jueces del Tribunal Oral, sobre la base de las instrucciones que aquellos mismos realizan.

La segunda cuestión es mucho más difícil de analizar, pues —como creo haberlo adelantado en forma clara— me parece inconcebi-

ble que dentro de un sistema republicano de gobierno, el Poder Judicial (garantía natural y última de todos los derechos) realice sus tareas sin que el principal interesado se entere de qué está ocurriendo y, tanto menos, cuando que se trata, precisamente, del desarrollo del proceso que puede conducirle a cumplir o no una pena; esto es: la privación de un bien jurídico de la importancia de la libertad.

La indiscutible ventaja de la oralidad estriba en que la prueba se realiza de manera directa e inmediata en presencia de las partes y del Tribunal, de manera tal, que todos van formando –al mismo tiempo y con el debido control– su concepción de lo ocurrido; y aunque la decisión corresponda, en definitiva (y tras la sustanciación del debate, con la requerida amplitud), al Tribunal técnico, las partes tienen el derecho incuestionable de controlar toda la producción de tales pruebas, incluso de formular las preguntas y observaciones que les parezcan adecuadas a tal fin. Esto parece tan claro que resulta poco menos que curioso tener que reproducir conceptos tan elementales; no obstante, obliga a ello, la disposición que comentamos.

Téngase presente que si se aplicara tal norma estrictamente, es evidente que sería imposible para el imputado ejercitar el derecho que, claramente, le concede el artículo 380 del Código Procesal Penal de la Nación, de hacer uso de la palabra cuantas veces lo considere oportuno, con la única condición de que haga a su defensa y no divague (tal como aclara dicha norma). Es indudable que no puede privarse de tal derecho a un enjuiciado por el mero hecho de que sea menor, so pena de incurrir en una insalvable contradicción. Si el derecho penal lo considera capaz de ser responsable de sus actos y, por ende, susceptible de recibir una pena, no es concebible que el derecho procesal penal –conjunto de normas destinadas a determinar la forma y modo en que ha de aplicarse el derecho penal de fondo, garantizando la defensa en juicio– desconozca capacidad al mismo sujeto pasivo de la contienda procesal.

Con idéntica magnitud, es también inconcebible que se prive al encausado de hacer uso de la palabra en último término, acorde con el derecho que le confiere el último párrafo del artículo 393 del Código adjetivo y que le permite dirigirse al Tribunal en el instante previo a que el mismo se retire a deliberar (precisamente, para decidir su situación inmediatamente), siempre, luego de que todas las partes (incluido su asesor técnico) han hecho sus manifestaciones y, en su caso, efectuado las réplicas pertinentes.

Por lo demás, el derecho a interrogar o hacer que se interrogue a los testigos (consagrado por la Convención Internacional de Derechos

del Niño –art. 40– y aprobada por nuestro país mediante la ley 23.849; sobre el derecho, véase D'Antonio, Hugo Daniel, en *El Menor Ante el Delito*, 2a. ed., Astrea, p. 188), resulta de imposible aplicación si no se admite que el menor se encuentre presente durante el interrogatorio de éstos, siendo del caso, mencionar que tal disposición de la convención –aunque, no refiere más que a testigos– indudablemente debe relacionarse con toda la recepción de la prueba, por indudable aplicación analógica, ya que no sería admisible que se niegue posibilidad de preguntar o hacer preguntar, por ejemplo, a los peritos.

Todo ello viene demostrando que la disposición establecida debe interpretarse no como regla (lo que resulta inadmisibile), sino como facultad excepcional del Tribunal, que comprende aquellos supuestos en que ha de recepcionarse prueba, no concerniente al hecho en sí, ni a la participación del menor en el mismo (aspectos esenciales a abarcar en el pronunciamiento), sino a aquella otra prueba que, por su naturaleza, incumbe a la propia situación del menor (juzgable en la misma audiencia, tal vez) pero con otra función de conocimiento, y que no hace a la responsabilidad penal del menor vinculado al proceso, sino a su situación con miras a la posible absolucíon –aún culpable, por aplicación del artículo 4º de la ley 22.278– o, eventualmente, a la aplicación de la notoria disminucíon de las escalas penales que esta norma autoriza.

En tal sentido, debo poner de resalto que el Tribunal Oral de Menores Nro. 1 (y el cual, íntegro) ha mantenido presentes a los menores sometidos a juzgamiento en todos los debates realizados, lo que ha ocurrido sin oposici3n alguna: ni de la Defensa Oficial de éstos (que, en general, es quien los asiste) ni de los defensores particulares ni de las asesoras de menores (que presenciaron todos y cada uno de esos juicios, como manda la ley). De manera que el criterio que propugno, parece ya enraizado en lo que se ha puesto de manifiesto de la aplicaci3n del Juicio Oral de Menores. Constituyeron excepciones a esa regla, la declaraci3n de los Delegados Inspectores que atienden el caso conforme a las disposiciones legales, y las declaraciones que, en alg3n caso, se recepcionaron de los profesionales psic3logos que atienden al menor, toda vez que, en ambos casos, dicha prueba (obviamente) nunca pod3a incumbir ni a la materialidad de los hechos juzgados ni a la intervenci3n que pudo caberle al menor sometido a juzgamiento en los mismos; sino que refer3a, en exclusivo, a la situaci3n y evoluci3n de los menores posterior al hecho y ya reintegrados a la vida familiar y laboral, con miras a la eventual aplicaci3n de la legislaci3n

específica, y no, a su posible declaración de responsabilidad, como ya dije. En estas ocasiones, se invitó al menor a salir de la sala de audiencias, lo que fue aceptado sin oposición ni del mismo ni de las demás partes.

### **Intervención del asesor de menores**

La segunda disposición específica del Código Procesal Penal atañe a la necesidad de intervención en el debate, bajo pena de nulidad, del asesor de menores: figura (como ya señalara, precedentemente) recientemente creada, en el ámbito de la justicia penal de menores, que en todos los casos debe estar presente durante toda la sustanciación del juicio y, según mi parecer, incluida la lectura de la sentencia.

He destacado antes, que la figura del asesor no está todavía bien delineada ni sus funciones están totalmente definidas; lo cierto, es que esta norma que impone su participación, no resulta del todo clara, por lo que se verá.

Indudablemente, como representante del incapaz (no como titular de su defensa), el asesor debe pronunciarse respecto de lo que concierne al menor procesado, su situación personal y todas aquellas circunstancias que sean relativas a su situación, con relación específica a lo que haga a la eventual aplicación —en la misma audiencia o en otra posterior y según, se dé o no, el transcurso de los lapsos que establece la legislación específica de minoridad— de pena o a su eximición, velando en todo momento por el buen desarrollo de la función tutelar y constituyendo, en su caso, el necesario vínculo entre el Tribunal Oral y el Juzgado de Menores (más, cuando el primero no tiene la disposición del menor que ha quedado, como ocurre en la actualidad, en manos del titular del segundo) para petitionar lo que mejor convenga al menor, de acuerdo a las resoluciones que se vayan adoptando.

Lo precedentemente expuesto está fuera de discusión. Lo que confunde, a decir verdad, es la segunda parte de la norma que atribuye al asesor las facultades del defensor, cuando tenga patrocinio privado. Esta disposición puede generar alguna confusión, pues deja sin esclarecer si es distinta la intervención del asesor cuando la defensa es privada y cuando es oficial, cosa que no resulta admisible por motivo alguno. Y, en segundo término, si esas facultades comprenden o no la de reemplazar al defensor en ejercicio de su ministerio. Pienso, decididamente, que esto no puede ser así de manera ninguna: sea la

defensa, pública o privada, su función es estrictamente la misma, de modo que nada puede el asesor variar a ese respecto aún, cuando entienda que a los fines docentes respecto del menor, la posición de la defensa no es la adecuada; cosa que podría ocurrir, por ejemplo, si no está de acuerdo con la absolución propuesta por el defensor técnico, o con disminuciones de pena que alegue, o con posibles causas de justificación, que aquél invoque.

El Asesor tiene otra función y que no es pedir la imposición de penas (para ello está el fiscal), sino el buen ejercicio de la tutela y, si puede y si el defensor pidió la absolución libre, solicitar que se llegue a un veredicto absolutorio por aplicación de las normas específicas de minoridad conforme lo que determina el artículo 4° de la ley 22.278 (función distinta, como se observa, de la de la defensa), además, de realizar cuanta prueba resulte menester a ese respecto y controlar su producción; todo ello, sin desmedro de la función que le corresponde también a la defensa en el mismo sentido, pero siempre complementando la función de ésta, en cuanto a estas cuestiones. Puede, incluso (y, de hecho, debe hacerlo), ejercitar respecto de los padres o guardadores del menor, las normas que establece la legislación respectiva y, si fuera el caso, hasta pedir sanciones previstas por la ley; aspectos todos, respecto de los cuales, la defensa no ha de tener injerencia. Pero no debe inmiscuirse en todo lo relativo al hecho, a su prueba y a la que determina la participación y, aún, la culpabilidad del menor, en el suceso juzgado.

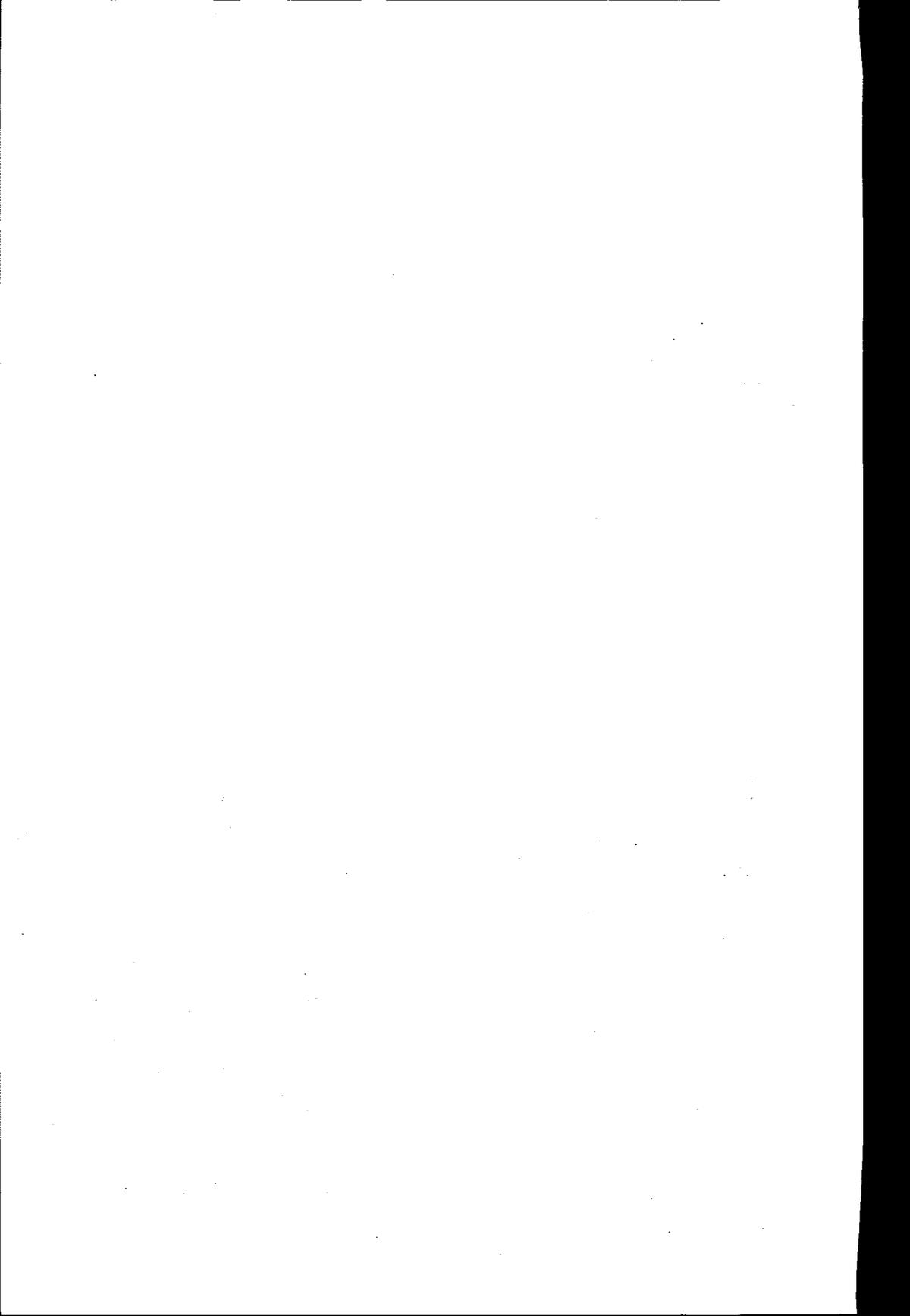
El actuar de los asesores, necesariamente, irá puliendo estos conceptos. Pero creo que esta es la guía a que deben sujetar su actuación y, por su parte, los defensores pueden solicitar que a ello se limite la intervención que les acuerda la ley. De manera que, según mi parecer, las facultades que la ley le atribuye en esta norma que comento, refieren (en exclusivo) a lo que hace a aquellos temas que son de su incumbencia, no a los que son propios de la actuación del defensor, oficial o privado, sin distinciones a este respecto.

### **Convocatoria a padres y demás personas vinculadas al menor**

La última disposición legal acerca del Juicio de Menores, faculta al Tribunal a escuchar en audiencia a los padres, tutores, guardadores, maestros, patronos o superiores que éste tenga o hubiere tenido, a las autoridades tutelares que pudieran suministrar datos que per-

mitan apreciar su personalidad, pudiendo reemplazar tales convocatorias por sus informes. Es bien claro, que esta facultad tiene directa e inmediata relación (como antes, lo he referido) con la aplicación de las normas beneficiosas de la legislación de menores, y no guardan, por el contrario, relación con lo que concierne a los hechos que han de juzgarse, ni siquiera, en principio, con relación a la intervención del menor, cuando no ayude de dato para apreciar el desarrollo y normalidad de sus facultades mentales (caso en el que, cabría llamar a idénticas personas, aunque se trate de un mayor).

La apreciación de estos datos sí tiene, en cambio, vinculación con la posibilidad de una absolución por aplicación del artículo 4º de la ley 22.278, sea determinada en la misma audiencia de debate o en una distinta en la que, específicamente, se ventile esta cuestión, quedando la posibilidad de hacer ambas cosas en un único juicio reservado a la decisión del Tribunal y, obviamente, al transcurso de los plazos que demanda la ley citada; lo que, en la actualidad, es relativamente común que ocurra, pero es de desear que no continúe con ese derrotero en un futuro, en el que los lapsos de duración de los procesos logren acortarse, conforme lo establece el nuevo Código Procesal.



## REFORMA DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO, MINISTERIO PÚBLICO Y RELACIONES ENTRE JUEZ Y FISCAL

MAXIMILIANO RUSCONI\*

### I. Las transformaciones del sistema de justicia penal en América Latina

La reforma del sistema de enjuiciamiento penal ha asumido un rol absolutamente protagónico en el espectro de las distintas políticas públicas que se han llevado a cabo en los últimos diez años en América Latina. Casi ningún país de la región ha dejado de reformular con distintos niveles de profundidad y con diverso grado de compromiso político e institucional, el modelo de sistema de enjuiciamiento con el que administrará el poder penal estatal. Los procesos de transformación iniciados (y algunos ya concluidos) en Argentina, Uruguay, Chile, Ecuador, Paraguay, Venezuela, Guatemala, Nicaragua, Honduras, El Salvador, etc., son sólo algunos ejemplos que constatan esta realidad.

Existe una evidente preocupación por combatir la brecha existente entre el modelo reflejado por las postulaciones iluministas de las constituciones liberales de la región y los sistemas de administración de justicia que ostentaban, incluso con orgullo, el sello de la más pura inquisición. Este desdibujamiento de un conjunto de derechos y garantías del ciudadano y la forma republicana de ejercicio del poder desembocó, incluso, en un "colapso administrativo" de los sistema de justicia, que se sumó a la necesidad política o ideológica de reformarlos<sup>1</sup>.

\* Fiscal General de la Procuración General de la República Argentina. Profesor Adjunto (i) de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Ver JULIO MAIER, "La democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica", en *Reformas procesales en América Latina*, CPU, Santiago de Chile, 1993,

Desde el punto de vista metodológico estos procesos de transformación se caracterizan de modo visible por un conjunto de señas que los distinguen de los cambios en el ámbito de la justicia penal que hasta el comienzo de la década del 80 se habían producido. En primer lugar, se advierte, en relación con los clásicos procesos de cambio en el ámbito de la administración de justicia, un estilo de debate alrededor de la reforma que ha abandonado cierta tradición corporativa en el marco de la cual se creía que sólo eran competentes para proponer un modelo judicial eficiente justamente quienes formaban parte del Poder Judicial o de instancias cercanas. Hoy la discusión sobre los posibles modelos judiciales involucran a jueces, fiscales, defensores oficiales, abogados particulares, instancias intermedias (como las asociaciones profesionales), organización no gubernamentales de derechos humanos, periodistas, sociólogos, profesores universitarios, etc., etc.

Ello, sin lugar a dudas, ha enriquecido el debate intelectual y político sobre la reforma, hasta el punto de que ha possibilitado, a mi juicio, el desarrollo de un modelo de evaluación de la eficiencia de la justicia penal que se caracteriza, ahora, por un examen mucho más influido por las expectativas sociales que por las expectativas corporativas.

En segundo lugar, se puede advertir con claridad un abandono del enfoque unilateral que representaba la expectativa casi mágica en el efecto de la reforma puramente normativa. Hoy ya nadie cree que con la mera transformación de algunas normas la realidad vigente del sistema de justicia penal vaya a cambiar sustancialmente. Antes bien, hoy la reforma del sistema penal se caracteriza por lo que se ha llamado, quizá exageradamente, la "multidimensionalidad" de los procesos de cambio, pretendiendo con ello bautizar a un enfoque de la reforma enriquecido y que se hacía cargo de las necesidades de trabajo en distintas áreas como: infraestructura tecnológica, edilicia, capacitación, difusión, normativa, organizacional, etc., etc.

Por último, otra de las características evidentes de los procesos de reforma del sistema penal surgidos en la región latinoamericana en los últimos diez años, se relaciona con una mucho más rica y profunda comprensión de la crisis por la que atraviesa el sistema vigente.

---

pág. 36 y sigte: "la reforma ha trascendido hoy los alcances de una necesidad política, para situarse también en el plano de una necesidad práctica. La administración de justicia penal ha sido descripta como colapsada, ineficiente e inoperante desde varios y muy diversos ángulos de observación, pues no responde a ninguno de sus posibles fines primarios....".

Durante mucho tiempo era común asistir a definiciones de la crisis del sistema, generalmente de parte de los propios operadores, demasiado vinculadas a una percepción sólo funcional del problema (condiciones de infraestructura, salubridad del trabajo cotidiano, bajo nivel de remuneraciones, desprotección institucional, etc.). Hoy la explicación de las dificultades actuales del sistema de justicia se desarrolla mucho más a través del "ojo del ciudadano", de quien debe encontrar en el sistema de justicia un servicio republicano esencial e indelegable por parte del Estado. Es por ello que ya nos hemos acostumbrado a escuchar como diagnóstico de esta crisis a la falta de acceso a la justicia de la comunidad, la casi nula participación de la víctima en la solución de su conflicto, el enorme porcentaje de presos sin condena, la falta de eficiencia en la solución jurídica de los casos complejos, etc., etc.

## **II. Los ejes procesales de la reforma**

Estos procesos de transformación de la justicia penal en América Latina se distinguen, por otra parte, por un conjunto de líneas político-criminales, más agudamente en la propuesta de un modelo procesal determinado: aquel sistema que pueda ofrecer la configuración de algunos extremos vistos como esenciales.

Dentro de estos extremos, casi todos los procesos de reforma del sistema de enjuiciamiento penal en América Latina han consolidado como un eje central la necesidad de lograr un fortalecimiento del juicio como la etapa del proceso penal en la cual debe decidirse fundamentalmente la suerte del conflicto penal.

En este sentido la oralización de la etapa del juicio no sólo es un fin republicano en sí mismo sino que se transforma de modo visible en un instrumento para este fortalecimiento.

Se busca garantizar el rol político-criminal de aquella zona del proceso penal que más se acerca a la postulada "igualdad de armas" entre la acusación y la defensa, que más resguarda el papel trascendente de la víctima, y que mayor control posibilita de los operadores del sistema de justicia.

No se escapa a nadie que se trata de una nueva formulación de un viejo debate, aquel de que en la República Argentina el procesalista Mario Oderigo tituló "Tinta versus Saliva" y que durante décadas nos hemos acostumbrado a denominar "escriturismo versus oralidad". El debate, claro, sigue siendo el mismo —más allá de que hoy sean

verdaderamente pocos los sistemas procesales de la región que se han aferrado todavía al sistema escrito—, pero ahora se detecta con mayor claridad que es lo que se encuentra en juego.

Este fortalecimiento del juicio oral y público requiere asimismo lo que se ha denominado modernamente una desformalización de la etapa de instrucción. No habrá, en verdad, un verdadero fortalecimiento del juicio sin que se produzca un nítido debilitamiento de la instrucción. Se busca modificar una tradición cultural de décadas según la cual la prueba se produce durante la instrucción y el caso define su solución, salvo excepción rara, en esta etapa. Las razones por las cuales ello ha sucedido del modo descrito no son obvias, sin embargo es posible advertir cierta relación con la jurisdiccionalización de todos los actos en esta etapa que le otorgaron una formalización digna de ser inmodificable con el transcurso del proceso.

Los riesgos político criminales son evidente: el caso se resuelve a partir de los resultados de una etapa procesal en buena parte secreta, sin participación visible de la víctima ni del imputado (entre otras razones porque generalmente el imputado está en prisión preventiva), y con un rol indefinido pero poderoso de los inquisidores (fiscal y juez).

Esa instrucción formal, asimismo, siempre estuvo muy bien acompañada de una prolija y ritual compilación de actas (el expediente), con valor casi sacramental, que tranquilizaba a los operadores judiciales: la solución del caso debía provenir de la lectura de todo lo compilado en esa carpeta o expediente. ¿Qué valor puede tener el juicio oral y público luego de una instrucción así definida?

En tercer término el principio, recién mencionado, de "igualdad de armas" en el proceso penal se ha transformado también en un eje político-criminal visible. Ello se logra con una definición muy comprometida de la necesidad de vigencia teórica y práctica de la garantía del derecho de defensa en juicio (tanto formal, como material). Hoy en día, en este punto, la cuestión se relaciona, en forma evidente, con la forma institucional a través de la cual el Estado cumple ese deber de asistencia que impone la garantía mencionada.

A nadie escapa que la enorme mayoría de los ciudadanos que deben enfrentar una imputación estatal en el marco del sistema penal, no poseen recursos para asegurarse un abogado de confianza. Es por ello que de no instrumentarse un muy eficiente sistema de defensa pública u oficial, nos encontraremos con una nueva versión del carácter selectivo del sistema penal.

Por ello es que, gran parte de los países que han iniciado reformas procesales, se han ocupado de acompañarlas con estrategias de reformulación orgánica de algunas instituciones esenciales, entre las que se encuentra aquella que se ocupa del servicio de defensa estatal.

Otro eje de importancia se relaciona con una reducción del flagelo político-criminal de los presos sin condena. La utilización indiscriminada de la pena antes de la condena, en la región y, en verdad, universalmente, es una de las instancias más claras de violación de los derechos individuales y los distintos proyectos de reforma han intentado colocar límites infranqueables a la duración temporal de la prisión preventiva, generar instancias nítidas de control sobre las condiciones de cumplimiento de la medida de coerción y multiplicar las alternativas legales al encierro como medida de asegurar la presencia del imputado en el juicio.

Una de las críticas más reiteradas al sistema penal, aquella que se refería a una acentuada falta de protagonismo de la víctima, ha obligado a que se analice la racionalidad de varios presupuestos teóricos, y también prácticos, que hasta hoy eran vistos como poco menos que inmutables y formando parte de la conservación de ciertos extremos más o menos fijos que constituyen el ámbito "tranquilizador" que siempre requieren los juristas.

La respuesta a esta preocupación por una crónica ausencia de interés por lo que hace, omite o piensa uno de los titulares del conflicto y dueño absoluto de su propio "problema" ha tenido otra característica absolutamente motivadora desde el punto de vista de lo que hasta hace poco tiempo se podía esperar: ella ha nacido y se ha desarrollado hasta en sus consecuencias concretas desde un planteo político criminal, es decir, que ha sobrepasado el derecho procesal penal, la criminología y, también, y más modernamente, al sistema del hecho punible y el estilo de reflexión dogmática que lo caracteriza.<sup>2</sup>

El puntapié inicial, en relación a la reflexión sobre la víctima, por lo menos modernamente, lo dio sin dudas la criminología a través de los trabajos embanderados en la naciente victimología<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Ver, para una reflexión de conjunto, *De los delitos y de las víctimas*, JULIO B. J. MAIER -comp.- AA.VV., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992. También, KURT MADLENER, "El redescubrimiento de la víctima por las ciencias penales", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Problemas Actuales de Derecho Penal*, UNAM, Año IV, Nro. 10, Enero-Abril de 1989.

<sup>3</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1994, pág. 196.

En los últimos años, el desarrollo de modelos de transformación del sistema de enjuiciamiento generó un nuevo estilo de reflexión sobre la función del derecho penal.

En particular, el ingreso en el régimen de la acción de espacios conciliatorios y reparatorios<sup>4</sup>, ha sido una línea de trabajo permanente.

Por último casi todos los procesos de reforma han insistido con fuerza notable sobre la necesidad de implementar sistema de control efectivos y transparentes sobre la etapa de ejecución de la pena. Llamativamente, justo en el momento en el cual el sistema penal despliega su cuota de violencia de modo más impactante, los juristas penales se han escudado en el argumento de que la ejecución de la pena es una etapa de neto corte administrativo, para alejarse de una reflexión comprometida sobre la cuestión. Es por ello que se ha creído en varios países que era importante "judicializar" el control sobre la etapa de ejecución con un conjunto de disposiciones procesales y redefinición del rol de algunos órganos (jueces de ejecución).

### III. El papel del Ministerio Público

Ahora bien, todos estos procesos no pueden dejar de reconocer como un eje enormemente trascendente del camino de reforma al Ministerio Público Fiscal.

En el marco de este panorama va quedando claro que, tanto en lo que se refiere al resguardo de las garantías individuales básicas y al modelo de ejercicio del poder acorde con el Estado de Derecho —en su máxima expresión—, como en cuanto a la búsqueda de un grado razonable de eficacia estatal en la redefinición de los conflictos que le son sometidos, se hace imperioso detenernos en el rol a cumplir por el Ministerio Público Penal. Y ello porque este organismo cumple un rol protagónico desde cualquier ángulo que se observe o evalúe al sistema procesal penal:

<sup>4</sup> Ver CLAUS ROXIN, La reparación en el sistema de los fines de la pena, trad. de Julio B. J. Maier y Elena Carranza, *Justicia Penal y Sociedad*, Octubre de 1991, pág. 5 y sigtes. HANS JOACHIM HIRSCH, "La reparación del daño en el marco del derecho penal material", trad. de Elena Carranza, *Justicia Penal y Sociedad*, Octubre de 1991, pág. 23 y sigtes. JULIO MAIER, "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y de las víctimas*, cit., pág. 186 y sigtes. Del mismo autor, "Entre la inquisición y la composición", en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, 1992, año 2, Nro. 6, parágrafo 2, pág. 28.

a) cumple un rol indudable en la eficacia eventual de la persecución penal y en la manifestación práctica de la defensa de los valores ético-sociales que el Estado ha decidido proteger;

b) la inserción correcta del organismo posibilita la vigencia real de un conjunto de garantías "orgánicas" en el proceso penal y una interpretación objetiva de las clásicas garantías procesales; y,

c) el Ministerio Público, como motor de la investigación, debe ser, a menudo, el puesto de observación de los sistemas de flujo de información y de organización administrativa.

Sin embargo, hoy ya no caben dudas que, para decirlo con palabras de Perfecto Andrés Ibañez, el Ministerio Público es una "institución problemática...un aparato de difícil caracterización, sometido a inevitable tensión entre sus fines constitucionales y su configuración orgánica"<sup>5</sup>. Hoy nadie le negaría valor de verdad a semejante diag-

<sup>5</sup> Ver PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, *El ministerio fiscal entre "viejo" y "nuevo proceso"*, en Revista de Ciencias Penales, Quinta Epoca, Conosur, Santiago de Chile, 1993, pág. 49 y sigtes. Para el autor español se trata de "un aparato de difícil caracterización, sometido a inevitable tensión entre sus fines constitucionales y su configuración orgánica, que responden, aquéllos y ésta, a paradigmas teórico-políticos y organizativos diversos e incluso contradictorios". Asimismo ver, ZAFFARONI, E.R., "La independencia del Poder Judicial en su marco histórico", en *El sistema Penal Argentino*, AA.VV., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pág.64: "Pocas instituciones tienen una naturaleza más híbrida y confusa que el Ministerio Público Federal".

En el mismo sentido, ANTONIO GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA: "El estudio del Ministerio Público ofrece grandes dificultades en todas las naciones, cualquiera que sea su sistema político, la posición que institucionalmente adopte el Ministerio Público y la función que desarrolle en el procedimiento criminal.

Cuando un ordenamiento jurídico modifica el proceso penal, o se preparan los instrumentos técnicos para tal cambio, otorgando al Ministerio Público el protagonismo de la investigación penal, estructurando para lograr tal fin un modelo y organización nueva para el Ministerio Público, las dificultades se acrecientan, al tiempo que aumenta el interés del estudio". En "El Ministerio Público: organización e investigación penal preparatoria", ponencia presentada en el Simposium internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal: "Hacia una nueva justicia penal", Buenos Aires, 1988.

Diferimos, en verdad, con esta afirmación. La diferencia es, en todo caso, sólo parcial. Es cierto que el Ministerio Público ofrece dificultades. Sin embargo no lo es que estas dificultades aumenten o se acrecienten al otorgarle la investigación penal preparatoria como función central. Sucede todo lo contrario: una de las dificultades más palpables en el estudio del Ministerio Público, como se detalla en este trabajo, es su alarmante falta de identidad. Casi todo el mundo coincide en la necesidad de que el Ministerio Público exista, pero quizá aquí terminen las coincidencias, debido a que se hace muy difícil lograr alguna coincidencia adicional en cuanto a la función a desempeñar.

nóstico. Sólo basta con estudiar los procesos de reforma que han comenzado en América Latina. No exageramos si decimos que ningún programa de reforma o modernización del sistema de justicia penal puede obviar, justificadamente, el tratamiento del lugar que debe ocupar este órgano. Poco importa si esta reflexión se inicia en el diseño del proceso o en el diseño constitucional. Los proyectos que las distintas agencias internacionales impulsan o impulsaron en la región son ejemplos de esta afirmación.

Ahora bien, con ese diagnóstico no decimos, en verdad, demasiado. Esas palabras sólo sirven para adelantar al lector la sensación que inevitablemente embarga a cualquier aficionado a la temática una vez que realiza algún relevamiento más o menos serio de la producción científica: insatisfacción.

Se observa una polémica interminable, donde rara vez existe un lenguaje común, en la que los saltos entre la reflexión sobre principios y el trabajo en las consecuencias concretas se produce súbitamente y sin advertirlo, una polémica caracterizada por una ausencia notable de rigor a la hora de definir los ámbitos que serán sometidos a análisis y qué se puede esperar de cada intento científico.

Queda por delante definir las razones por las cuales el Ministerio Público es, en efecto, una "institución problemática", los alcances de tal percepción, el futuro de la institución, los efectos de que se encuentre en el umbral entre "sistema procesal" y "diseño constitucional" y desde qué óptica se deben esperar los resultados más clarificadores. No será éste, por límites personales y de este trabajo, el lugar para tan necesitada clarificación, sólo podremos aquí aportar una visión más a algunos malentendidos, que según puedo ver, acompañan la reflexión sobre el tema en los últimos años.

Sin embargo, antes de avanzar, es preciso traer aquí otra advertencia formulada recientemente por Julio Maier: "todas estas realidades político-culturales"... —entre las que se encuentra la institu-

---

Pareciera que en esta búsqueda de identidad se avanza nítidamente si definimos al Ministerio Público como el órgano que tiene a su cargo, a través de su tarea de investigación preparatoria, formular la política criminal del Estado. Ello permite designarle funciones propias y características y al mismo tiempo evita otorgarle otras que corresponden a todo funcionario estatal —respeto a la legalidad—, reacción que ha desdibujado su identidad institucional.

Por todo lo afirmado es preciso insistir en que el otorgamiento al Ministerio Público del "señorío" de la investigación no sólo no complica, sino que simplifica el estudio de su rol y funciones propias.

ción analizada—... “son contingentes, precisamente por ser productos de la cultura humana, de sus ideas y prácticas acerca de la organización social”<sup>6</sup>.

Ello explica y justifica que, en la reflexión sobre el Ministerio Público, junto con aquella línea de trabajo enmarcada en un conjunto de postulados universales sobre la dogmática procesal o los presupuestos político-criminales que nutren al sistema de enjuiciamiento y a un modelo de realización de la justicia penal acorde con la idea iluminista de la república —publicidad, control, división del poder, etc.—, aparezcan, a veces intensamente, aspectos folclóricos o vinculados muy estrechamente a realidades nacionales.

Al mismo tiempo, se debe destacar una dificultad adicional. Existe una relación muchas veces traumática entre la definición orgánica del organismo y la concepción de la cual se parta en lo referente a varios elementos que interactúan en el sistema penal: pena estatal, el concepto de verdad que ordena el proceso, persecución penal pública, etc., etc.

Por último, el nivel casi básico de la reflexión sobre el organismo —ubicación institucional, relación con los demás poderes del Estado, facultades procesales, etc.— debe encontrar origen en su “adolescencia”<sup>7</sup>. El Ministerio Público debe su germen al proceso de revisión crítica del ejercicio del poder —todavía no concluido— provocado por la Revolución Francesa y a la contemporánea abolición del viejo sistema inquisitivo.

Sin embargo, la reflexión profunda es urgente. No cabe duda que la tendencia evidente a un modelo procesal que muestra cada vez más concesiones a un modelo acusatorio, requerirá un mayor protagonismo de la institución y, con ello, una precisa definición de su rol.

Que el tema es, por otro lado, una preocupación creciente en la región, los demuestran los diferentes impulsos legislativos que con diferente suerte y diversos momentos de evolución se han producido en los últimos años: una reflexión sobre la necesidad de reforma del

<sup>6</sup> Ver JULIO B. J. MAIER, “El ministerio público: ¿un adolescente?”, en *El ministerio público en el proceso penal*, AA.VV., Ad-Hoc, pág. 19.

<sup>7</sup> La calificación le corresponde a JULIO B. J. MAIER, “El ministerio Público: ¿Un adolescente?”, ob. cit., pág. 34 y sigtes. La idea se funda en que el Ministerio Público se encuentra enmarcado en una tendencia del proceso penal a un “regreso más profundo a las formas acusatorias y la influencia del sistema operativo penal de cuño anglosajón”, tendencia que mostrará, poco a poco, “un mayor protagonismo del Ministerio Público en la realización del Derecho Penal y en la solución de los casos penales”.

sistema de justicia penal ha llevado inevitablemente a ocuparse del rol institucional, a nivel procesal y constitucional, de esta institución.

Un sistema de investigación ineficiente o violatorio de las garantías individuales produce una mirada hacia la necesidad de una redefinición del Ministerio Público.

Es por ello que, y ya adelanto lo que será una conclusión personal de este aporte, hoy aparece como inadmisibles encarar un proceso de reforma del sistema de enjuiciamiento sin incorporar al Ministerio Público Penal como un protagonista ineludible en su definición institucional y procesal. Casi podríamos decir que un intento tenga semejante defecto, más allá de las buenas intenciones, no ha valido la penal y está destinado al más rotundo fracaso.

#### **IV. Algunas razones fundamentales para incluir en los programas de reforma del sistema penal a una redefinición orgánica y conceptual del Ministerio Público**

##### *a) El Ministerio Público como un instrumento indispensable para la vigencia del principio de mínima intervención*

La reflexión sobre el órgano que tiene a su cargo, en una de las concepciones posibles —y según nuestro criterio, preferible—, la formulación y puesta en práctica de la política criminal del Estado, no debe desprenderse de algunos postulados básicos que tiñen, desde el punto de vista ideológico, al sistema penal que le sirve de sustento y marco. Para decirlo sencilla y concretamente: ¿qué rol puede caberle al Ministerio Público en un derecho penal configurado bajo el principio de “mínima intervención” o “*ultima ratio*”? De otro modo: ¿es posible participar, sin caer en profundas contradicciones, del diseño del “mejor Ministerio Público posible” si al mismo tiempo se comparte la idea de una retracción gradual del rol social del Derecho Penal en sentido lato?

Es evidente que esta pregunta debe partir de una constatación teórica previa: aquélla que determinará si el Ministerio Público puede convertirse en un agente positivo de la mínima intervención, si puede ser un ejecutor eficaz de esa política criminal o, si por el contrario, ello es contrario a su misma sustancia. En este punto adelantamos una percepción muy particular: el Ministerio Público es un órgano no ya necesario, sino indispensable para la ejecución racional de una política criminal de mínima intervención.

En este último sentido es interesante la postura de Alberto Binder.

“existe un concepto de poder penal del Estado que se confunde con la idea de poder punitivo supraindividual. Si lo que se quiere es poner el problema del Ministerio Público en la perspectiva de la abolición de ese Poder, entonces creo que el problema no tiene solución, ya que el Ministerio Público siempre agravará la situación y producirá un fortalecimiento de ‘ese’ poder del Estado. Desde una perspectiva abolicionista radical no se vislumbra qué función le podemos asignar al Ministerio Público o qué ganaríamos creando o fortaleciendo a esa institución, ni siquiera en una política de transición hacia una drástica reducción del poder penal”<sup>8</sup>.

No parece, sin embargo, que tal cosa sea cierta. Sin embargo, hay algo de razón en la afirmación que contradice la abolición del poder penal y el rol del Ministerio Público. Pero esa clara contradicción se la debe predicar de cualquier órgano u operador de la administración de justicia penal —desde la perspectiva abolicionista es evidente que ninguna reflexión orgánica es productiva—.

Es claro que para cualquier observador poco advertido el objetivo de la abolición del sistema penal no se logrará a través de una legitimación científica el rol del Ministerio Público. Sin embargo, sí tiene sentido reflexionar sobre el rol de esta institución desde una perspectiva de racionalización del poder penal del Estado y en esta línea, es evidente, como luego analizaremos, que el ingreso del órgano en el modelo procesal posibilita un adecuado seccionamiento y control de ese poder.

Pero, aún más, el Ministerio Público parece estar destinado a convertirse en el órgano por excelencia que tiene por función básica la formulación de la política criminal del Estado y ella, asimismo, representa una síntesis que reproduce el equilibrio dinámico entre la tendencia a la expansión y la tendencia a la reducción del protagonismo social del Derecho Penal<sup>9</sup>. Hoy no se le debería conceder a la Política Criminal, al estilo de von Liszt, sólo una búsqueda de la máxima ex-

<sup>8</sup> BINDER, ALBERTO, *Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal*, Revista de Ciencias Penales cit., pág. 180.

<sup>9</sup> Ver MIGUEL SOTO, “*Ministerio Público y Política Criminal*”, en Revista de Ciencias Penales, CPU cit., pág. 217 y sigtes: “con cualquier concepto de política criminal que se maneje, se la distinga o no de la política social y de la política penal, un factor insoslayable, tanto para establecer cuál es la política criminal que en la realidad de las cosas se está aplicando, como para planificar o diseñar, en abstracto, una política-criminal determinada, será la consideración del modelo de persecución penal que se está aplicando, o se quiera aplicar.

presión represiva. La postura de Binder, a mi criterio, reposa en la visión unilateral de von Liszt, visión que le permitió concebir al Derecho Penal como la "barrera infranqueable" de la política criminal<sup>10</sup>, imposibilitando un desarrollo mas rico de esa relación. Cuando, en verdad, la única "barrera infranqueable" de la política criminal se encontraba en su propio seno: los límites constitucionales.

El Derecho Penal, como instrumento de formulación de la política criminal, no podría ser una efectiva barrera, sino, al contrario, una fuente de legitimación.

Ahora bien, superado este obstáculo conceptual no parece que sea imposible que el Ministerio Público se transforme en un buen exponente institucional de una política de reducción del Derecho Penal y ello podría enriquecer el análisis sobre su rol.

Pero analicemos el problema desde un caso concreto: la puesta en práctica procesal del principio de oportunidad.

No cabe duda que la recepción por parte del sistema procesal o, mejor dicho, por parte del régimen de la acción, de criterios de oportunidad en el ejercicio del poder de persecución penal pública, puede ser razonablemente incluido dentro de una tendencia político-criminal definida globalmente como dirigida a la mínima intervención, o, por lo menos, a la racionalización del poder penal del Estado.

La oportunidad significa hoy un instrumento del que pueden echar mano quienes procuran una retracción del poder penal del Estado<sup>11</sup>. El principio de oportunidad como elemento para racionalizar el uso de poder de persecución criminal, evitar una selección "irregu-

---

Luego, la función, el rol, que se asigne al Ministerio Público en dicho modelo de enjuiciamiento penal integrará también, en propiedad, el conjunto de factores que confluyen a codeterminar la política criminal de que se trate, a codeterminar la formalización jurídica de la desviación social, a través de los instrumentos de que dispone el Derecho Penal.

Por lo mismo, el Ministerio Público (no minimizado) se encuentra en el centro de las tensiones, conflictos e interrelaciones dinámicas entre Derecho Penal, en sentido amplio y política criminal, que confluyen a definir y redefinir permanentemente la política criminal vigente".

<sup>10</sup> RUSCONI, MAXIMILIANO, *Sistema del hecho punible y política criminal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág. 44 y sigtes. En donde se critica esta formulación antinómica de la relación entre derecho penal y política criminal.

<sup>11</sup> De la mano de una reflexión económica se ha advertido el costo, no pocas veces sin sentido, del mantenimiento de este principio sin restricciones.

Hoy no cabe duda que el Estado carece de capacidad de siquiera acercarse a la persecución de todos los delitos cometidos. Pocos casos, en relación al número de sucesos delictivos realmente acaecidos, son los que llegan a conocimiento del Sistema de Administración de Justicia, menos los que superan las etapas previas al proce-

lar y deformante” y dirigir los recursos del Estado al control sobre el tipo de criminalidad que mayor costo social genera y más dificultades manifiesta en la investigación, representa sin duda una opción de limitación del poder penal del Estado. Está claro, hoy día, que la priorización de los ilícitos de mayor importancia social implica, al mismo tiempo y por razones obvias, una estrategia de minimalización de la reacción penal frente a la delincuencia tradicional y una drástica reducción de la clientela habitual del sistema penal.

---

so penal *stricto sensu* y escasísimos los que llegan a la etapa del juicio (generalmente no se supera el 10 % de los casos ingresados al proceso penal).

La pretensión realista, por parte del Estado, de “hacer justicia” en todo injusto penal cometido, obligaría al mantenimiento de una estructura policial y de administración de justicia sencillamente descabellada.

Pero más aún también el efecto social de un Sistema de Administración de Justicia de estas características, si fuera posible, sería absolutamente indeseable. Como adelanta EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, en su ensayo *En busca de las penas perdidas*, prácticamente ningún ciudadano habría dejado de ser sancionado varias veces por violación a “preceptos penales”.

Sin embargo esta obligación inquisitiva ha desembocado indefectiblemente en que el Proceso Penal, a la manera de una empresa deficiente, sea un ejemplo palmario de mala utilización de los recursos del Sistema de Administración de Justicia.

Paradójamente el Proceso Penal se encuentra abarrotado de casos consistentes en infracciones mínimas y de bajo costo social y es altamente deficiente para resolver los pocos casos que se le presentan en los cuales la infracción significa un costo económico para la sociedad de dimensiones trascendentes. O sea, como ya se ha dicho, conviven un proceso de criminalización intensivo de “bagatelas” y un proceso de descriminalización de hechos delictivos de impacto social inmenso.

La falta de compromiso legislativo con la realidad ha transformado al Sistema Penal, para decirlo con palabras de HANS FALLER, en “un montón de menudencias”.

El principio de legalidad procesal, inmerso no pocas veces en el diseño de una investigación preliminar o procedimiento preparatorio en manos de un juez instructor (a cargo del sumario), ha impedido que la delincuencia no tradicional, es decir: socio-económica, terrorismo, narcotráfico, corrupción de la función pública, etc., etc., deje de ser un escollo difícil de superar.

Planteado de esta forma el argumento crítico ya se deja entrever la alternativa de solución. Si se parte de la validez de la comprobación empírica de la incapacidad del Estado de perseguir todos los delitos, es claro que lo razonable reside en que los órganos de persecución estatales posean la libertad jurídica de destinar los recursos hacia las infracciones de mayor gravedad, es decir, permitir un uso inteligente de los escasos recursos. Para lo cual es preciso dejar abierta la posibilidad de la consideración de criterios de oportunidad, como modernamente se lo ha hecho en las legislaciones que lo contienen, relativizando la obligación inquisitiva de poner en marcha el aparato de persecución criminal sin excepciones. Es decir posibilitar el ingreso legislativo de las razones utilitarias.

La cuestión no es para nada novedosa en la legislación universal. Por ejemplo la ordenanza procesal penal alemana, contiene ya hace tiempo, en los parágrafos 152, 153 a), 153 b), 153 c), 153 d), 154, 154 a), limitaciones que toman en cuenta la

Ahora bien, es claro que quien debe trasladar esos criterios de selección racional a la formulación práctica de la política de persecución penal, es el Ministerio Público que tiene, justamente, esa función<sup>12</sup>.

La manifestación concreta del principio de oportunidad requiere del rol protagónico del Ministerio Público<sup>13</sup> como "agente de la racionalización del poder penal del Estado"<sup>14</sup>.

---

poca culpabilidad del acusado y la falta de interés público en la persecución, la posibilidad de que el tribunal pueda prescindir de la pena, la falta de interés en casos de hechos relacionados con un extranjero o con el territorio extranjero, supuestos de hechos con un contenido político tal que la persecución traiga perjuicio para el país, la posibilidad de que, en ciertos delitos, el infractor después del hecho haya contribuido a evitar un peligro para la existencia o la seguridad del país o del orden constitucional, o revele conocimiento a las autoridades sobre conspiración de alta traición, supuestos de infracciones reiteradas sin importancia, etc., etc.

El nuevo Código Procesal Penal para la República del Perú, promulgado el 25 de abril de 1991, en el artículo 2 y siguiendo esta tendencia legislativa permite que el Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, se abstenga de ejercitar la acción penal, en casos en los cuales el agente ha sido gravemente afectado por el delito, en casos de delitos insignificantes (salvo los cometidos por un funcionario público), y en supuestos de culpabilidad mínima. Sin embargo en estos últimos casos se exige la reparación del daño, si la víctima lo pretende.

Y el Nuevo "Código de Proceso Penal" para la República de Portugal, en vigor desde el 1° de junio de 1987, incorpora en el art. 280, también, la posibilidad de esta relativización del Principio de Legalidad Procesal.

<sup>12</sup> Ver GUARIGLIA, FABRICIO, "...la implementación de criterios de oportunidad sólo tiene sentido si la investigación preparatoria está a cargo del Ministerio Público, ya que, dada su función requirente, es éste el que debe determinar cuándo resulta viable renunciar a la promoción de la acción penal o suspender su ejercicio, conforme al conocimiento adquirido durante la etapa preliminar, por más breve que ella sea". En "Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad", en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, AA.VV, Ad-Hoc. cit., pág. 89.

<sup>13</sup> En el mismo sentido ver, CARLOS SANTIAGO NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 453: "El Ministerio Público debería tener un grado considerable de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal que asegure la racionalidad en la administración del aparato coactivo del Estado, evitando que la selección que, inevitablemente debe hacerse de los casos en que la justicia debe intervenir de oficio, se haga en forma azarosa o con favoritismos y sin el control de criterios selectivos defendidos públicamente".

<sup>14</sup> "En este esquema los fiscales penales son una de las piezas más importantes de todo el andamiaje de órganos que alguna influencia tiene en llevar a la práctica la política criminal del Estado. Con independencia de la misión y función que se les ha venido asignando hasta hoy en diversos textos legales como custodios del orden público, de la legalidad o (co) responsables, junto con los jueces penales, en la obtención

Además de las razones expuestas, es preciso insistir en una de máxima importancia: que el Ministerio Público sea el operador de los criterios de desjudicialización a través de la aplicación concreta del principio de oportunidad asegura que dicha aplicación no viole la garantía constitucional de "igualdad ante la ley" debido a que por su especial función de formulación de la política criminal del Estado y gracias a que ciertos principios orgánicos aseguran que esa formulación sea coherente —unidad, jerarquización, verticalidad—, los ciudadanos estarán sometidos siempre a las mismas reglas. Ello no puede ni debe predicarse de la actuación de los jueces por imperio de principios que rigen su estatus constitucional —independencia judicial—<sup>15</sup>.

Sin embargo, con esto sólo se indica una línea de trabajo que es preciso profundizar. Es necesario insistir en este nuevo rol del Ministerio Público y desarrollar creativamente nuevos criterios de racionalización del poder penal del Estado.

*b) El Ministerio Público como garantizador del seccionamiento del ejercicio del poder y el paradigma del control externo en el sistema de enjuiciamiento penal*

El Ministerio Público tiene, sin embargo, otra función de máxima trascendencia, quizá la más importante desde una visión constitucional o de organización política del Estado: el resguardo de la forma republicana del ejercicio del poder.

No cabe duda, hoy día, que el sistema penal representa una de las formas más fuertes y violentas del ejercicio del poder estatal. Es

---

de 'la verdad', en el marco del proceso penal, natural y esencialmente, son operadores directos para la implementación de una cierta política criminal". Ver, BRUZZONE, GUSTAVO, "Fiscales y Política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral", en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, AA.VV. cit., pág. 158.

<sup>15</sup> Ver GUSTAVO BRUZZONE, ob. cit., pág. 184. Este autor ha planteado la relación entre "selección del sistema" y "rol del ministerio público" con absoluta claridad. "La única posibilidad viene dada por fijar reglas previsibles sobre los asuntos que habrán de llegar a juicio por déficit de infraestructura material y humana. Por la propia organización interna del Poder Judicial, sus órganos (jueces y tribunales) no pueden establecer estrategias de antemano sobre esta cuestión, ya que la propia independencia que debe existir hacia adentro les impide establecer criterios de actuación en conjunto". Una posición distinta, en el marco del tema de la crítica instructoria o control de la acusación, puede verse en ALVAREZ, ALEJANDRO, *El control de la acusación*, pág. 3, inédito.

por ello que tal ejercicio del poder debe estar en consonancia con el programa ideológico que el sistema constitucional organiza para enmarcar ese ejercicio del poder.

El sistema de organización del poder de una Constitución Política no tiene sólo efectos horizontales, es decir en el sistema de relaciones programadas para la comunicación institucional entre los tres poderes del Estado. Ello manifestaría una comprensión muy superficial del modelo republicano y directamente contraria a su espíritu.

El sistema de división del ejercicio del poder con su modelo de frenos y contrapesos y la vigencia del "paradigma del no autocontrol", no son indicaciones constitucionales que sólo tienen vigencia como orientación hermenéutica de la Carta Magna, sino que constituyen todo un programa ideológico del ejercicio del poder que debe ser llevado con especial cuidado y fidelidad a la organización de cualquier ejercicio de ese poder y sobre todo el penal.

La concepción de los modelos republicanos nació y siempre estuvo vinculada a la necesidad del reconocimiento de la garantía de libertad individual, por lo cual es fácilmente observable la importancia de que el proceso penal esté en consonancia con el sistema político del Estado. De otro modo, es seguro que habremos relegado al texto constitucional a una función de "mero indicador de lo preferible", y negado su protagonismo allí donde con más firmeza debe influir.

En este sentido, es evidente que el sistema de "control externo" en el ejercicio del poder que la Constitución desarrolla tiene, afortunadamente, "efectos verticales" que deben ser trasladados al sistema organizativo del poder penal del Estado, en particular al modo como se diseña el sistema de enjuiciamiento: quien ejerce un poder en el sistema procesal penal debe tener un control externo de sus actos y no ser librado a la honestidad eventual de su "autocontrol"<sup>16</sup>. Ello debe ser definido como una garantía, para decirlo con las palabras de Ferrajoli, "orgánica"<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Esta idea ya fue planteada en otro lugar. Ver, RUSCONI, MAXIMILIANO ADOLFO, *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público*, publicado originalmente, en LL, 1991-D-1130 y ss.

<sup>17</sup> LUIGI FERRAJOLI distingue las garantías en orgánicas y procesales, distinción que nos ayudará aquí para la mejor comprensión del tema: "Llamaré orgánicas a las garantías relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etc. Llamaré, en cambio, procesales a las garantías relativas a la formación del juicio..." en, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*, traducción de la edición italiana, Trota, Madrid, 1995, pág. 539.

Pues bien, el Ministerio Público es el organismo que más posibilidades tiene de provocar un diseño procesal que respete esa garantía.

Su ingreso como sujeto procesal en la escena del proceso posibilita la puesta en práctica de un sistema por el cual nadie deba ser "ni buen ni mal guardián de sus propios actos". Su presencia garantiza un modelo diseñado sobre la base de que quien ejerce el poder de investigar no tiene, al mismo tiempo, el poder de controlar<sup>18</sup>.

Con ello se puede buscar, sin contradicción visible, la eficacia de la investigación y la eficacia del control.

Un segundo problema, de otro nivel, es la cuestión de quien debe asumir una y otra actividad.

Pareciera que es una "garantía orgánica" que los jueces de la nación constituyan el resguardo de legalidad de los actos del proceso<sup>19</sup>. Es evidente que el constituyente también lo pensó así al desarrollar un estatus especial a quienes tienen la función jurisdiccional<sup>20</sup>.

Ahora bien, es obvio que la figura del juez de instrucción ha ayudado a restar nitidez a este modelo desde el punto de vista constitucional y desde el punto de vista procesal ha significado: sistemas de investigación anticuados, poco ágiles y sistemas de control burdos y poco desarrollados<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Ello trae aparejado, además, los efectos recalcados clásicamente: transformar al imputado en un verdadero sujeto procesal y garantizar el derecho de defensa. Ver, BAUMANN, JÜRGEN, *Derecho Procesal Penal*, Trad. de C. Finzi, 1979, Depalma, pág. 49.

<sup>19</sup> Sobre esto, en verdad, no debería haber mayor discusión desde que la misma Constitución le otorga a los jueces el control de constitucionalidad. Si la Constitución les otorga esa función, es obvio que se ha decidido que ellos, y no otros, sean los "guardianes de la legalidad". Nada confunde más que otorgar a los fiscales frente al rol de los jueces tareas de control de legitimidad.

<sup>20</sup> El problema ha sido bien definido en los últimos años por ALBERTO BINDER. Para este autor, una de las funciones del Ministerio Público reside en "liberar al juez de la investigación". "Este problema se ha distorsionado y superficializado. ¿Por qué queremos liberar al juez de la investigación? Precisamente para que sea juez. El problema central no es quien investiga, sino quien controla la investigación y toma las decisiones netamente jurisdiccionales durante la instrucción y allí la respuesta no puede ser otra que atribuir esas actividades a los jueces.

"No sólo porque políticamente es más sano, sino porque en el diseño de las constituciones republicanas dentro del concepto de jurisdicción se halla el control de ciertos actos que, por experiencia histórica, se sabe que ponen en peligro la seguridad de los ciudadanos y también que durante la instrucción se toman las decisiones de alto contenido jurisdiccional".

<sup>21</sup> Para ALEJANDRO CARRIÓ, "no hay forma de analizar seriamente las consecuencias que derivarán de la decisión de convertir a los fiscales en órganos de investigación de los delitos, sin saber previamente de qué clase de funcionarios estamos hablando. Lo contrario -esto es, largarse a opinar sin ese análisis previo- sería

Por otro lado, un órgano como el Ministerio Público parece el indicado para formular la política criminal del Estado y una estrategia de investigación eficaz incluso para los casos de alta complejidad y un sistema desarrollado y reflexivo de selección de casos y organización de recursos.

*c) El Ministerio Público como la única esperanza para un control efectivo de la instancia policial*

Hoy no puede menos que llamar la atención de todos (juristas y no juristas) que lo que Ferrajoli denomina el "subsistema policial" haya quedado al margen de este verdadero "ataque conceptual y político" o, para definir el problema del modo más optimista posible, que la irrupción de la cuestión de la policía y su inserción social e institucional en un sistema penal eficiente y democrático haya adquirido un lugar en los programas de reforma sólo recientemente y, en ocasiones, a través de reformas de profundidad dudosa<sup>22</sup>.

---

equivalente a intentar examinar el rol de los fiscales en el modelo de enjuiciamiento que se utiliza en los Estados Unidos, sin mencionar en absoluto el esquema de distribución de poder en el que se insertan en ese país, dichos funcionarios". Ver *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1990, pág. 119.

La advertencia de CARRIÓ pasa de largo que, en verdad, uno sí puede opinar sobre los efectos que traerá el otorgar la investigación penal preparatoria a los fiscales debido a que, también en el proceso penal, se distribuye poder. Semejante decisión implica sin duda que se ha seccionado el ejercicio del poder posibilitando que unos funcionarios —quienes sean— ejerzan el poder de persecución criminal y que otros funcionarios —quienes sean— ejerzan el poder de controlarlos.

Independientemente de la necesaria reflexión sobre el diseño constitucional el poder y el mejor modo de relacionar al Ministerio Público con los clásicos órganos mencionados en la Ley Fundamental, hasta ahora, en el marco del diseño procesal del poder, no existen más que dos alternativas: o un sólo órgano tiene a su cargo la investigación penal preparatoria y se autocontrola —modelo del "juez de instrucción"—, o un órgano ejerce esa tarea y otro distinto lo controla. La opción por la segunda alternativa no requiere, a mi juicio, ningún análisis sobre "ubicación institucional" a nivel de la distribución de la Ley Fundamental del poder, aunque, insisto, dicha reflexión debe hacerse.

<sup>22</sup> "Uno de los errores que, en general, hemos cometido hasta ahora dentro del proceso de reforma en América Latina es no preocuparnos intensamente por la incorporación de la policía a ese proceso, así como el de no transmitirle valores positivos a esa institución. Todos reconocemos que no es posible prescindir de la policía en el contexto de la sociedad moderna, pero también le transmitimos señales de desprecio. Esa posición ambivalente ha ocasionado que la policía busque sus valores positivos mirando al sector militar". ALBERTO BINDER, "Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal", en *Política Criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 175 y sigte.

Cuando el problema del sistema policial ingresa en los procesos de reforma lo hace sistemáticamente en forma tardía, traumática, y, por lo general, cualquier intento termina absorbido por esa disociación entre la complejidad del problema y la velocidad a la cual se lo somete por claras necesidades políticas.

Sin dejar de considerar que, en general, el problema policial sólo adquiere carta de ciudadanía en los procesos sociales de transformación cuando la comunidad es absolutamente invadida por una sensación de emergencia.

Todo esto llama la atención, en primer lugar, porque posiblemente ningún programa de reforma al sistema penal, por lo menos en nuestra región, alcanzará un grado de éxito saludable y de impacto social no vergonzante sin incorporar en el cambio las propuestas referidas al sistema policial. Pensar lo contrario sería insostenible teóricamente y ridículo empíricamente.

Para decirlo con palabras de Luigi Ferrajoli: "Podemos tener un proceso penal perfecto, pero será siempre poca cosa si el monopolio judicial del uso de la fuerza contra los ciudadanos no es absoluto y si existe una fuerza pública que actúa sin vinculaciones legales. El caso límite y dramático se plantea cuando esa divergencia entre el nivel normativo de la legalidad y el efectivo de la realidad alcanza la forma terrible que han vivido los regímenes militares de América Latina. Pero también en los ordenamientos que respetan formalmente el principio de legalidad, el monopolio legal y judicial del uso de la violencia puede resultar burlado por los poderes paralelos que, en materia de libertades, concede la propia ley a las fuerzas de policía"<sup>23</sup>.

Un riesgo sensible reside en la ausencia de un efectivo control inmediato en el ejercicio de las funciones sobre todo preventivas. La posibilidad, que es consustancial a la exigencia de eficiencia en la actuación policial, de una reacción inmediata impide el desarrollo de un sistema razonable de control sobre esta instancia.

Esta falta de control provoca el desarrollo de un virtual "derecho penal paralelo" sometido a reglas distintas, mucho más violentas, desarrollado a espaldas del Estado de Derecho y del control jurisdiccional.

A esta ausencia de control efectivo o contemporáneo al ejercicio de la fuerza lleva también la falta de definición de las funciones que

<sup>23</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.*, trad. del original italiano -1989- a cargo de Andrés Ibañez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco, Cantarro Bandrés, Trota, Madrid, 1995, pág. 764.

le son propias y una esquizofrénica ubicación institucional o relación de dependencia operativa. Casi podríamos decir que nada se encuentra demasiado claro en el seno de la institución en lo que se refiere a su rol funcional e institucional: no se encuentra definida en forma precisa su función propia y tampoco a quien debe rendir cuentas en forma concreta de su actuación en un caso puntual. Esta autonomía puede generar la asfixia institucional en organismos sin capacidad de generar poder propio y desborde institucional en organismos que ya tienen poder propio y deben ser controlados.

Por otro lado, el otorgamiento a la policía, por parte de los operadores del sistema de justicia penal, del monopolio del contacto con la comunidad se ha transformado en un factor de tremenda importancia para el desborde institucional de la instancia policial.

Este monopolio del contacto con la ciudadanía se explica a través de varias razones.

En primer lugar es indudable que los modelos de instrucción jurisdiccional facilitan este monopolio: el juez instructor no tiene verdaderas posibilidades ni orgánicas ni personales de ser un investigador eficiente y dirigir en forma comprometida las primeras investigaciones, aquellas que más cerca se encuentran del lugar de comisión del hecho, y de la propia comunidad.

En segundo lugar, el mismo desplazamiento y descentralización territorial de la institución policial facilitan este monopolio. Las instancias judiciales y el propio Ministerio Público han optado por un modelo de compartimentos estancos centralizados que asegura el alejamiento de la gente.

Esta última advertencia lleva al punto central: la necesidad de que el Ministerio Público Fiscal asuma ese control sobre la actividad policial.

Para decirlo con palabras de Claus Roxín: "el significado del Ministerio Público reside en el control sobre la policía, inherente al Estado de Derecho, que él debe ejercer. También en este punto, Carl Fiedrich v. Savigny... halló la mejor formulación, cuando él exigió para el Ministerio Público que la policía criminal sea puesta en lo posible en sus manos y le sea concedido un imperio material sobre todos sus funcionarios, de tal manera que éstos estén obligados a subordinar su actividad de policía criminal a la autoridad del fiscal, a satisfacer sus instrucciones en este sentido, y, donde él intervenga, a apartarse de una investigación autónoma. Precisamente en las operaciones de los funcionarios de policía preliminares a una investigación subyace el

peligro cercano de una lesión jurídica, y la experiencia enseña como no raramente, los agentes de policía de menor jerarquía son los responsables de tales lesiones jurídicas, en perjuicio de una persona afectada”<sup>24</sup>.

## V. Conclusión

Estas reflexiones sólo tienen un objetivo: intentar poner en evidencia el poco compromiso político criminal de aquellos procesos de reforma que pretenden redefinir el sistema de enjuiciamiento sin tomar como un punto central de observación al Ministerio Público Fiscal.

Según se puede apreciar una propuesta que no se ocupe del rol del fiscal en proceso penal, no podrá generar un diagnóstico profundo y certero de la crisis del sistema de enjuiciamiento y, lo que es mucho peor, habrá perdido una nueva oportunidad de evaluar a la justicia penal desde las esperanzas y frustraciones de la comunidad.

<sup>24</sup> CLAUS ROXÍN, “Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público”, en AA.VV., *El ministerio público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 42.



## **UNA VISUALIZACIÓN PANORÁMICA DEL FENÓMENO CRIMINAL**

JORGE KENT\*

Los tiempos actuales, signados por profundos cambios de índole económica, política y social, reclaman un prioritario replanteo de los programas atinentes a la política criminal con el designio de morigerar, en la medida de lo posible, las expresiones más violentas de una criminalidad que, lejos de amilanarse en función de los remedios que se instauran, desafía cotidianamente a los muchas veces incapacitados Estados por acercarle la respuesta oportuna debido a la falta de actualización de sus estamentos de seguridad, al anacronismo imperante en ciertos servicios de justicia y a la inoportuna afectación de partidas presupuestarias para lidiar, en paridad de fuerzas, con verdaderas organizaciones que siembran el terror y ponen en riesgo la existencia misma de algunas formas de gobierno.

Lejos de pretender agotar el repertorio de posibles causas generantes de este acuciante panorama, no pecaría de novedoso si computara —con un alcance universal— el incontenible incremento de la corrupción, tanto a nivel privado cuanto estatal; una más pronunciada inseguridad individual y colectiva; una agudización de las protestas adversas a los sistemas socio-económicos implementados por diversos países tendientes a paliar sus crisis casi endémicas: un alarmante avance de la drogadicción y del terrorismo; un lucrativo negocio con la venta de armas; los agravios ecológicos al medio ambiente y la ausencia de adustos planteos de reinsertación social para acoger, dignamente —en condiciones verdaderamente decorosas— a los infractores de la ley que han purgado años de cautiverio y ansían ensamblarse en un entorno familiar y laboral propicio para la evitación de la aterradora reincidencia.

\* Abogado.

En este contexto, dable es advertir que la prevención y la predicción se erigen en dos áreas de indagación estrechamente ligadas entre sí habida cuenta que, si por un lado individualizamos los factores que engrosan el riesgo de la delincuencia y, de este modo, conseguimos morigerarlos estaremos, por carácter transitivo, llevando a cabo una acción eminentemente preventiva. Y, si coetáneamente a este emprendimiento, se enriquece la capacidad de la gente, inculcándole habilidades y competencias para hacer frente a los susodichos eslabones se habrá mejorado, en mucho, la situación de aflicción que hoy embarga a casi todas las sociedades.

Al decir de los tratadistas españoles Vicente Garrido Genovés y Ma. Jesús López Latorre: "...Debemos seguir mejorando los niveles predictivos de la carrera criminal y la delincuencia persistente y seguir profundizando en nuestro conocimiento de las variables de riesgo y de su posible interacción sin olvidar la influencia de la comunidad en el desarrollo del individuo..."

Transitando, pues, en este derrotero situacional y, cualesquiera fuere la postura redimida para su ulterior aplicación, debemos convenir que el Estado —en quien se corporiza el monopolio de la punición— no debe menoscabar las exigencias inherentes a la seguridad jurídica y a la libertad individual, respetando a la criatura humana en el sentido de que, al imponer una determinada sanción, no se la exhuma cual utensilio aislado para que los demás se abstengan de delinquir o ella misma no reincida, con intolerable desconocimiento y desprecio de su calidad intangible de fin en sí.

Regresando a conceptos que he vertido en otras ocasiones insisto, sin hesitación, en apostrofar que: "...Tengo para mí, en suma, que toda amenaza a los derechos humanos afecta, siempre, en última instancia, al hombre, en toda su integridad. El hombre es un fin en sí mismo".

La política criminal —a la vez ciencia y arte—, tiene como objeto práctico, en definitiva, permitir la mejor formulación de las reglas positivas y dar direcciones tanto al legislador encargado de redactar la ley penal como al juez imbuido de facultades para aplicarla o a la administración penitenciaria responsable de traducir en realidad la decisión del magistrado penal.

Comenzando a compartir con este auditorio —con absoluta franqueza por reverencia a ustedes y a mi propia persona, no sólo los logros que se han ido alcanzando en el abstruso y subyugante derrotero ánejo a la ejecución penal, sino también las indisimulables rémo-

ras que aún perviven y que la acompañan de un modo indivorciable igual que el hombre y su sombra-, es dable el significar que nuestra experiencia nos muestra, con pertinaz insistencia, una aflicción en auge acerca de temas que hacen, en esencia, a la delincuencia de nuestros días, al tratamiento a discernir en gracia de los infractores de la ley penal, a la situación inquietante de los establecimientos carcelarios y a los obstáculos que anidan en la administración de justicia. Empero, se observa un mutismo preocupante respecto de la inexcusable necesidad de abordar, de una vez por todas, la implementación de una auténtica política criminal que, redimiendo cada uno de los señalados aspectos -y otros tantos estrechamente vinculados- vaya pautando normas directrices para mejorar las instituciones vigentes, propiciando planes con alcances mediatos e inmediatos, único modo de complacer vetustas reclamaciones que aún no han encontrado un con digno responde.

Es notorio, en los tiempos que corren, que la criminalidad se encuentra en proceso de aumento no sólo en los países desarrollados, sino también en aquellos que abrigan la aspiración de serlo. Partiendo de esta inconcusa premisa, la realidad nos muestra que, si bien el delito puede disminuir mediante una mejora en las condiciones materiales de vida, también lo es que esta situación de placentera estancia puede generar la irrupción de otras conductas y, en algunos supuestos, con características más severas que las que existían primigeniamente.

Malgrado lo expuesto, paréceme -y el acontecer autóctono y foráneo almacenan antecedentes fidedignos para corroborar este aserto- que no es la gravedad de la pena amenazada la que actúa arredrando, sino más bien una intensificación de la persecución penal a través del reforzamiento de las autoridades de prevención en materia de infraestructura y de una más calificada preparación de sus integrantes; de la jerarquización e independencia del Ministerio Público y de una más rauda e impecable administración de justicia, únicamente inspirada por los dictados del ordenamiento vigente y de la propia conciencia de cada magistrado y absolutamente alejada de las oscilaciones políticas de contingencia para conferir a cada quien lo que le es debido en el menor lapso posible y con la más baja cuota de afflictivo dispendio.

Estas consideraciones deben servirnos de guía para una inteligente, recta y prudente administración de justicia cual componente incontestable de la política criminal.

Esta añorada política criminal —no acción episódica, precipitada, asistemática— debe aspirar a una renovación jurídica para evitar el divorcio entre la ley y la vida, entre las normas de derecho y la realidad actual; debe prever la creación de instituciones en el número y con los niveles y características adecuadas; debe propender a la formación de recursos humanos idóneos en una dilatada gama de especialidades y rangos; debe preservar una investigación perenne que establezca causa, modos del fenómeno, soluciones posibles y resultados alcanzados, todo ello en miras a enriquecer nuevas acciones con la obstinación, el cambio y la amplitud que aconseje la experiencia.

El delito, sabido es, acompaña al hombre desde su aparición sobre la faz de la tierra, consecuencia inevitable de la vida en relación y de la regulación normativa que tal circunstancia, propia de la especie, conlleva naturalmente. De ahí la necesidad de dejar de lado soluciones monogénicas y contemplar el fenómeno como un problema unitario, de vida humana, tanto del sujeto concreto, cuanto de su convivencia en relación a los demás miembros de la especie.

Hoy asistimos, con alborozo, a una revalorización del asunto acometido pues, si hace tiempo ya Del Rosal pudo inculpar la desidia doctrinal de la teoría de la pena, en el presente se atisba un desplazamiento hacia su estudio en el entendimiento de que dicha institución es más uno de los conceptos nucleares de la disciplina que una nueva consecuencia del suceso antijurídico y culpable.

En palabras del inolvidable Beccaria:

*“El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, no deshacer el delito ya cometido. El castigo no debe degenerar en un acto de violencia, en una inútil crueldad, instrumento propio del furor y el fanatismo. El fin, pues, no es otro que impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos y apartar a los demás de hacer otros iguales. Deben por tanto ser elegidas aquellas penas y aquel método de infligirlas que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo...”*

Media, sin dubitación, una gran incertidumbre y angustia, destacada por casi todos los estudiosos, particularmente por las inquietantes revelaciones de las fuerzas poderosas de la naturaleza en demérito de la debilidad e indignidad de la criatura humana, pudiendo afirmarse —permítaseme esta sutil expresión— que el mundo se cansó de permanecer en orden, todo lo cual ha generado un desenlace de

crispación y de violencia sin parangón que ha llevado a indicar al caracterizado profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel Drapkin, que "...estamos enfrentados a una marea ascendente de violencia y victimización..."

La cascada de violencia y el avance, incesante, de una delincuencia cada vez más arriesgada, perturba a nuestra sociedad, fenómeno este que se caracteriza por un inocultable desenfreno moral y la depreciativa consideración de la vida del prójimo, todo lo cual ha sobrepasado la prevención y la represión de los estamentos encargados de semejantes contralores.

Esta aflictiva concepción de la hora actual, esencialmente marcada por una profunda crisis de eticidad y de confusión de valores elementales, no ha sido agnóstica para el español Enrique Rojas quien nos habla de la presencia de un ser liviano y apático, endilgándole una serie de características que pueden resumirse en un tremendo vacío moral, sin descuidar un excesivo materialismo, un hedonismo exaltado, un afán consumista que relativiza el discernimiento y una permisividad sin límites para costear una revolución sin finalidad y sin programa.

Hasta dónde se habrá llegado en la actual crisis de eticidad —que nos invade y nos agobia por doquier— que hoy en día ser honesto se ha convertido en un valor digno de ser cotidianamente resaltado.

Comentando párrafos de este excitante planteo, Gabriela R. Pousá nos habla, a partir de la susodicha "era del vacío", de que: "...antes o después el hombre se irá quedando huérfano de humanidad. Los ejes del debate contemporáneo confirman la orfandad del alma: la bulimia y anorexia como enfermedades que cobran cada vez más víctimas, los ídolos que surgen de la droga, el crimen o reemplazan biografías por prontuarios y la pérdida de creencias propias, de convicciones férreas...", para emitir una glosa conclusiva pontificando que: "...El hombre como producto, ya entrada nuestra era, deviene de una educación compulsiva que atiende planes de estudio prefabricados, a veces, para producir autómatas en serie. El sistema que se basa en dogmas cerrados o en fanatismos férreos actúa en detrimento de las autonomías individuales, del respeto por los diferentes criterios. En definitiva, del ser humano mismo..."

Dejemos hablar, ya en las postrimerías de estas primeras cavilaciones, a F. Alberoni pues la precisión de sus palabras me eximirán de todo comentario adicional:

*¿Podemos pretender que hay un punto de observación más alto, un escollo desde el que mirar correr el río? ¿O estamos inexorablemente inmersos en el flujo y sólo podemos ver y aceptar las ondas de la corriente que nos arrolla y arrastra? ¿Y debemos creer que no existe ningún progreso, ninguna meta, ninguna cosa noble o sublime, ningún tribunal al que apelar para obtener justicia? Y la moral que nos pide amor, paz y benevolencia es una piadosa ilusión, un desvarío para escapar del sufrimiento... Ese desvarío tendría como fin sustraerme de la lúcida conciencia de la soledad, de la dura necesidad de competir que es la esencia de la evolución. Una moral que no seguimos porque 'significaría nuestra condena en un mundo en el que se imponen y vencen solamente la astucia, la lucha, la violencia y el engaño'... O quizá el hombre esté emancipado de la naturaleza. Es libre voluntad y tiene dentro de sí la aspiración a un mundo perfecto, a un ideal de armonía y de paz que constituye su última meta. La esencia del hombre, su especificidad y su fuerza, no es ni la adaptación, ni la lucha por la supervivencia, sino precisamente su sueño de una vida superior. La moral como impulso vital, la moral como espíritu, como tendencia hacia lo alto, como trascendencia de sí..."*

## **I. La inmovible crisis de la claustración**

Si bien cierto es que, por conducto de publicaciones anteriores, redimí una serie de logros importantes que van perfilando el inveterado contexto paupérrimo de la ejecución penal, también lo es que dicha actitud apologética no debe obrar como impelente para pontificar acerca de la existencia de estorbos en otros espacios del mosaico penitenciario con el veraz y modesto designio de provocar las reformas aún pendientes a fin de encastrarlo en el sitio que debe ocupar para fruto de quienes moran en el letargo de las celdas y ansían hender sus cerrojos a fin de vivir a imagen y semejanza del resto de los componentes del tramado social.

La prisión —no sólo la nuestra, sino casi cualesquiera de las ensambladas en el universo— se nos muestra, por lo general, respondiendo al criterio esbozado por Borja Mapelli Caffarena, es decir: "...una serie de carencias y privaciones... un medio antipedagógico orientado hacia fines que poco tienen que ver con las aspiraciones

resocializadoras. Basta con analizar la fragilidad de los medios llamados comúnmente 'resocializadores' para comprender la imposibilidad de alcanzar estos fines. No se trata tan sólo de un problema de falta de voluntad política, sino que la fisura anómica entre la resocialización y los medios de que se dispone para alcanzarla deviene de una imposibilidad estructural de la propia prisión...".

Tanto en el pasado cuanto en el presente, más allá de ciertas reformas que han ido mejorando las condiciones de habitabilidad, la cárcel es algo desagradable e ignominioso para cualquier persona, con un marcado tinte de insuperable estigmatización.

Vaya esta patética descripción de una cárcel de un país hermano para percibir, en la concepción de otros entusiastas de estas disciplinas, la dramaticidad extrema que acompaña al encierro: "...Catia es una prisión que se huele. La pestilencia traspasa los muros y se extiende por las calles adyacentes. Es un olor fétido que impregna la ropa y dura rato y rato. Es un penal en el que los gusanos conviven en armonía con los presos. Cuando la procesión de bichos pasa por el pasillo de una larga hilera, los reclusos se apartan y les ceden el paso..."

Santiago Redondo Ilescas recalca, en uno de sus tantos trabajos, que: "...poco a poco -y a lo largo de una evolución de dos siglos- la privación de libertad ha ido quedando como la gran pena reina de los sistemas penales modernos...Y esta deificación de la privación de libertad justa ha llevado a una estructural superpoblación de los establecimientos penitenciarios en todo el mundo sin que en la historia reciente nunca haya sido un problema, hasta ahora, tener que cerrar prisiones porque éstas se encontraran vacías..."

Mal que nos pese -y asumo, plenamente, todo el costo que puede engendrar esta aseveración-, hoy por hoy la cárcel, lejos de tener como meta al futuro ciudadano, atesora como casi único objetivo al presente recluso.

Presenciamos que, en desmedro de los postulados resocializadores, se ha ido ensanchando el perímetro de la seguridad y de las minusvalías que ocasiona el encierro, variación esta que ha provocado un aguzado incremento en la población carcelaria, a nivel mundial, con una exponencia de tasas históricas casi impensadas.

Pareciera ser que, a largo plazo, más cárceles significarán más presos, arrastrando problemas quizás similares a los otras existentes pues se ha privilegiado, soberanamente, la seguridad en desmedro de cualquier ensayo de reeducación pensando que es un modo eficaz de afrontar la marginalidad.

**Tampoco pequemos de ingenuidad suscribiendo los razonamientos de quienes entienden que el incremento de las escalas penales obrará como un bálsamo persuasivo del ulterior desplome en el delito descuidando, inconsultamente, los factores criminógenos que conforman al delincuente y eclosionan la conducta social disvaliosa, así como tampoco las extremas propuestas de aquellos que auspician el abolicionismo de toda contingencia adunada con el trance penal.**

La candidez –y, a veces, los infaltables intereses de coyuntura– de los profetas que reclaman por una mayor severidad del castigo como mágica y ágil réplica ante el menor atisbo de ascenso de la delincuencia, es tanto más grave pues se olvidan de que ni la pena de muerte –la más extrema de las conminaciones– ha podido arrogarse el privilegio de destronar el delito de la faz de la tierra en tanto y en cuanto permanezcan, inatacables, carencias socio-económicas y las agudas crisis de eticidad que ostentan muchos países, descuidando pilares esenciales cuales son los que se asientan en la educación, la salud, la justicia, la vivienda digna, el trabajo y una mínima prospectiva de futuro para nutrir el incentivo de un respetable desandar viencial.

Debemos, pues, insistir –no obstante los críticos momentos de carencias económicas que vivimos, generantes de la cultura de lo posible en la que no tendrían cabida, en principio, los planteamientos quiméricos de la resocialización– en la imperiosa necesidad y conveniencia de acometer programas terapéuticos, de mejorar la sanidad penitenciaria y de ofrecer ubicación laboral a un mayor número de internos en tanto y en cuanto compartamos que tratase de un derecho que les asiste para cuya materialización la prisión deberá acomodarse al paso apresurado de las industrias y no éstas reducirse al ritmo desmayado de la cárcel, sin descuidar la mediación educativa, engrosando el espectro de agraciados no sólo a nivel secundario, sino del terciario para que la universidad esté al alcance de todos aquellos que aspiran a mejorar su capacitación y no se reduzca a una minúscula pléyade de elegidos, irritante del principio de igualdad que debe imperar por reverencia a normas de raigambre constitucional.

A pesar de no pecar de novedoso, sea igualmente bienvenida la impresión que nos trasmite el Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza, Ramón Vilar Badía, al ilustrarnos con este concepto: “...pero es que, además, la institución carcelaria no sólo no es capaz de recomponer la vida personal y social del interno sino que, muy al contrario, el encierro penitenciario produce unas consecuen-

cias perniciosas en su personalidad que repercuten negativamente de modo inexorable en la vida post-carcelaria pues las exigencias penitenciarias provocan la despersonalización del sujeto, la eliminación de la singularidad y la pérdida de su identidad debido a ciertas técnicas como las siguientes: el aislamiento, que genera sentimientos de soledad y angustia vital; el hacinamiento, la violación constante de la intimidad; las relaciones personales conflictivas, con frecuentes amenazas, humillaciones y extorsiones; las prácticas degradantes de la personalidad como los desnudos en cacheos o la formación en los recuentos. Todo ello lleva a un proceso de infantilización y de pérdida del rol de adulto creando un sentimiento de dependencia absoluta en un clima de tensión permanente en el que las relaciones interpersonales son autoritarias, jerárquicas y, en ocasiones, violentas...lo que el recluso obtiene, gracias a su estancia en la cárcel, es una quiebra de su individualidad, de su autoestima y de su dignidad personal...”.

Pese a todo, el hecho vital de la inteligencia humana nos debe guiar, permanentemente, para superar las estructuras estables y supuestamente inmutables por excelencia, dejando de lado cualquier resabio de ineptitud y de vacuidad mental, congénitamente arraigadas, para dar paso a una amplitud de miras, a un espíritu de sacrificio, a un inculcable respeto por la persona y a una constante búsqueda de nuevos incentivos con destierro de toda suerte de sosiego y vacilación.

## **II. La ejecución penal en la Argentina: Logros y rémoras**

Sentado cuánto precede, paréceme oportuno trazarles un somero panorama acerca de ciertos adelantos que han ido jalonando el postergado y desatendido entorno de la ejecución penal, en la más amplia acepción del vocablo, no obstante la importancia que encierra en función de su peculiar naturaleza y proyección.

Hube de sentirme muy gratificado debido a la jerarquización que se le dispensó al tema penitenciario a partir de la creación de un específico estamento gubernamental, con rango de Secretaria de Estado, para la atención de tan trascendente actividad dentro de las políticas nacionales emergiendo, de este modo, la Secretaría de Política Penitenciaria y de Readaptación Social dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación y que me tuvo, desde sus inicios, como uno de sus diferentes asesores.

De ahí en más fui privilegiado actor —en algunos aspectos— y testigo presencial —en otros— de acontecimientos de fuste que intentaré explicitar, en sus aspectos más destacables, con el anhelo de que se adquiriera una cabal comprensión de esta auspiciosa instancia que se encuentra en plena fase de ejecución.

No es, por cierto, fajina de un día pues conlleva transformaciones edilicias, legiferantes y reglamentarias. Y, si ello no fuere bastante, la sincrónica orientación del personal ya que de poco valdrían semejantes proyectos si no se contara con un bagaje humano profesionalmente capacitado y dispuesto —ánimica y espiritualmente— a asumir tan incalculable desafío en los umbrales del siglo XXI o tolerándose mayores dilaciones así como tampoco inopinados cursos de acción pues la endemia de antaño debe dar paso a una oxigenación con vastos alcances en aras de que podamos reanimar la convicción de que la actual siembra generará una fértil cosecha para un mejor bienestar de quienes conculcan el orden social y deben compurgar su yerro con la más baja cuota de aflictivo sufrimiento.

**II.1.** En este anticipado recordatorio, debo incluir al “Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional” que incursiona, inteligentemente, por diversas vertientes de innegable valía no sólo para conocer el pasado y el presente del penitenciarismo autóctono, sino para enterarnos de las ideas que solventarán las transformaciones que se anuncian para encaminar el sistema por la senda adecuada.

Lejos de toda taxatividad, se inserta una reseña histórica nacional acerca del sentido de la punición; se analiza la infraestructura edilicia en materia carcelaria y penitenciaria conceptuándose que la sola presencia de adecuadas instalaciones no asegura el correcto desarrollo del régimen interno, al par de consentir que la inadecuación edilicia conspira contra la posibilidad de un eficiente tratamiento; se rescata todo lo concerniente a la población penal en el entendimiento de que se constituye en un pilar fundamental para el análisis de la cuestión penitenciaria y carcelaria, procurándose una síntesis en el cotejo de estadísticas y la posible inferencia que se desprende tanto de ellas como de las variables por su incidencia decisiva en proyecciones de futuro y se define relevante, como pocas, la consideración de lo atinente al personal penitenciario, asignándosele a los recursos humanos un carácter primordial por su rol movilizador y generador de acciones, programas y reformas afirmándose, además, que no existe posibilidad alguna de introducir cambios y mejoras en el funcionamiento del sistema y en el de los establecimientos si no existe con-

ciencia de situación, convicción para el cambio, capacitación específica y vocación de servicio en quienes dirigen e integran el cuerpo penitenciario.

**II.2.** También es preciso rescatar la sanción del Reglamento General de Procesados, que se erige en un instrumento sumamente ambicioso en la inteligencia de pretender asegurarles a sus destinatarios un cúmulo de prestaciones de indisputado contenido humanístico, abarcativas –entre muchas otras previsiones– de la factibilidad laboral y de la eventualidad del tratamiento, habiéndose preservado un celoso equilibrio entre semejantes derechos del interno y el ancestral principio de la presunción de inocencia que impregna a nuestro régimen procesal.

Entre otras variables computadas, se tuvo esencialmente en consideración la cuantía de internos alojados en calidad de procesados, con permanencias mucho más allá de límites razonables, imponiéndose remedios como el examinado para inundar de elementos positivos las vacías horas de inactividad física y mental.

Muchas veces, como es sabido, la inequidad e ineficiencia de la justicia está severamente desnudada habida cuenta la sumatoria de sujetos que yacen prisioneros aguardando, en condiciones de total orfandad material y espiritual, la cansina resolución de sus entuertos.

Suscribiendo certeras palabras de Daniel E. Herrendorf, diré que: “...una tardanza inusitada es substancialmente una denegación de justicia. La irracionalidad de la lentitud judicial tiene dos caras: por un lado, oprime a los súbditos de la justicia violentando su ineficiencia, su inutilidad sustancial. Un juez que ha perdido capacidad para juzgar, también ha perdido su condición de juez. Si la justicia es la que pierde capacidad para ofrecer rápidas y eficaces soluciones, es porque ha dejado de ser la justicia. La crisis es ontológica: sus polos son ser o no ser...”

**II.3.** Conscientes las autoridades de la Secretaría de Política Penitenciaria y de Readaptación Social de los inocultables riesgos que genera la presencia de una población penal alcanzada por el “síndrome de inmunodeficiencia adquirida”, consideró indispensable la conformación de un estamento específico para lidiar, con mejores posibilidades, ante un flagelo que no confiere descanso ni presagia cambios substanciales en su actual irrupción y eventual curación.

Así las cosas, se implementó el Comité Asesor Intersectorial para el estudio de la problemática del HIV-SIDA en los establecimientos dependientes del Servicio Penitenciario Federal cuyos integrantes

—de distinta extracción interdisciplinaria—, mas luego de un arduo abordaje de la cuestión motivante, han emitido un interesante informe sobre el particular poniendo a disposición de ustedes uno de sus ejemplares para que puedan conocer las indagaciones cumplidas y los resultados alcanzados.

**II.4.** Habida cuenta que, desde siempre, se venía bregando por alcanzar una adecuada integración del sistema penitenciario nacional —comprensivo del federal y de los imperantes en las autonomías provinciales— en aras de plasmar un hito orientador común para la más conveniente ejecución de las penas privativas de libertad, se dió a luz el Consejo Federal Permanente de Política y Reforma Penitenciaria, asignándosele la prioridad de lograr una unificación de criterios y de realizaciones varias en materia de ejecución de las penas privativas de libertad, respetando el federalismo pero coadyuvando a que todos los Estados provinciales estén en aptitud de llevar a cabo políticas uniformes para que los destinatarios del sistema encuentren respuestas adecuadas cualesquiera fuere la jurisdicción de alojamiento que se les discierna para la observancia de su cautividad.

**II.5.** Con excepción de algunas unidades ensambladas en el interior de nuestro país, bien sabido es que los tres establecimientos más conflictivos del mosaico penitenciario representados por la Cárcel de Encausados (U1), por el Instituto de Detención (U.2) y por la Prisión de la Capital Federal (U16), han dejado de constituir paradigmas eficientes, en términos de costo/beneficio, de instituciones aceptables para llevar a cabo cualquier emprendimiento de resocialización.

Es evidente, entonces, que semejante exponencia de esta exámine infraestructura reclamaba una prioritaria renovación no sólo en su aspecto físico, sino también en el enfoque de su funcionamiento, sin descuidar una distinta configuración en lo que hace a la distribución territorial.

Las informaciones que nos han llegado de casi todos los países —sin perjuicio de lo que he podido advertir personalmente— respiran insatisfacción y desengaño.

La tendencia mundial más prevaleciente basa su criterio arquitectónico en dos fundamentales ideas: la construcción en horizontal y la celda como dormitorio individual, con el simultáneo desarrollo de ambientes físicos que favorezcan la evolución de técnicas sociales y la implementación de comportamientos responsables.

A esta altura del relato es posible compartir una serie de realizaciones que procurarán, en mérito a lo ya anticipado, desterrar la ob-

solescencia reinante en la estructura penitenciaria y sustituirla por establecimientos que estén a la altura de la dignidad de la persona humana y que, a la par de resolver el hacinamiento existente, posibilite la realización de un tratamiento terapéutico individualizado con el inescindible acompañamiento de un trabajo acorde a las futuras necesidades del medio libre, todo ello cumplido en ámbitos de reducida capacidad, esencialmente celular, dotados de iluminación, higiene, sitios de recreo y esparcimiento, asegurándoseles a sus huéspedes alimentación nutritiva, resguardo de su salud y atención especializada para aquellas patologías más graves que hoy ingresan a nuestras cárceles cuales son, entre otras, la droga-dependencia y el SIDA.

En este orden de ideas, hace pocos meses fue adjudicada a consorcios integrados por empresas nacionales y extranjeras la construcción del Complejo Penitenciario Federal I, ubicado en la localidad de Ezeiza, que reemplazará a las vetustas y vergonzantes unidades conocidas por Caseros 1 y 16, esto es, la Cárcel de Encausados y la Prisión de la Capital Federal, con un soporte de población de 1620 internos procesados y un Hospital Penitenciario Central con capacidad de 150 camas, dividido en módulos semiatónomos, de 300 plazas cada uno, diseñados siguiendo los lineamientos de los últimos adelantos penológicos y técnicos, con áreas de media, alta y máxima seguridad.

El aludido Hospital —de nivel de complejidad 6 según la clasificación de la Organización Mundial de la Salud—, ofrecerá todo género de prestaciones, incluido cirugía mayor.

Es de esperar que, a partir de la puesta en funcionamiento de este nosocomio, deje de ser una triste verdad la expresión utilizada por Carlos García Valdés con referencia a la medicina de las prisiones en el sentido de considerarla la pariente pobre de la profesión médica y una de las causas de no pocos y graves conflictos violentos en el interior de los centros de detención.

En cuanto al Complejo Penitenciario Federal II, ubicado en la localidad de Marcos Paz, ocupará una extensión de más de 400 hectáreas y tendrá 67.000 metros cuadrados de superficie cubierta, con capacidad para 1500 internos en reemplazo del Instituto de Detención de la Capital Federal, ubicado en Villa Devoto.

Su distribución interna obedece a un sistema de módulos de 300 plazas, cada uno, siendo tres de éstos de máxima seguridad, con alojamiento individual y servicios sanitarios incluidos en cada celda.

Formulamos votos para que toda esta suerte de metamorfosis no quede tan sólo plasmada en la tinta de un papel de contingencia, sino que nos permita estar presentes —si atendemos al compromiso de la más alta magistratura del país— para observar no sólo la sepultura de los ominosos edificios de Devoto y Caseros, sino la inauguración de otros que constituyan auténticas moradas donde se albergue dignamente a personas segregadas del plexo comunitario por sus conductas disvaliosas y cuya rehabilitación se confiera únicamente a quienes estén impulsados por el sublime deseo de ayudar al prójimo utilizando, como herramientas para esta tarea de auténtico apostolado, las que abreven en el amor, posibilitándoles llegar hábilmente a su atribulada intimidad venciendo toda comprensible oposición.

Entre las realizaciones de tangible comprobación destaco la inauguración del Centro Federal de Tratamientos Especializados para Jóvenes Adultos “Malvinas Argentinas”, para el alojamiento de internos que demandan tratamiento especializado, generalmente vinculados con las conductas adictivas, encuadrado en la metodología de comunidad terapéutica, con capacidad para 152 personas, todas en habitaciones individuales habiéndose recurrido por vez primera en nuestro país a un novedoso sistema de prefabricación integral de la celda, totalmente en hormigón armado.

Aún es prematura extraer resultados de esta novel experiencia aunque, empíricamente, pareciera ser que los objetivos procurados se van complaciendo con bastante cuota de optimismo.

El vertiginoso crecimiento de la población femenina en los últimos años —fenomenología no sólo telúrica, sino con alcance universal—, motivó la anticipada habilitación del Centro Federal de Detención de Mujeres “Nuestra Señora del Rosario de San Nicolas”, situado en la localidad de Ezeiza, con capacidad de alojamiento individual para 192 personas, establecimiento que ya está totalmente ocupado lo cual demuestra, una vez más, que el auge de la delincuencia no sólo no cesa, sino que aprende con más virulencia la participación activa de la mujer a la par que la del hombre.

Finalmente, se puso en funcionamiento el Instituto Federal de Jóvenes Adultos, destinado al alojamiento de internos de 18 a 21 años en secciones de máxima y de mediana seguridad, con una capacidad de 152 plazas, respondiendo al sistema de habitación individual, asentado en la localidad de Marcos Paz.

No descuido de recordar el avanzado proyecto para la construcción, en la localidad de Campana, Provincia de Buenos Aires, del Com-

plejo Federal de Condenados, con sectores de máxima, alta, media y mínima seguridad. El de máxima y alta seguridad alojará 288 y 240 personas, respectivamente, en celdas individuales y el de mediana seguridad tendrá una capacidad de 288 celdas individuales.

Culmino este segmento de emprendimientos trayendo a colación las palabras del extinto arquitecto penitenciario Alfred Hopkins quien, con un ensayo lingüístico de seductora belleza conceptual, bien ha podido declarar que: "...Si no se puede llegar al corazón del hombre que se quiere reformar, será imposible reformarlo; y el camino que conduce al corazón, aun cuando parezca raro en este caso, es el sentido de la belleza. Cuando digo belleza quiero significar no solamente belleza en el medio que rodea, sino también esos ideales de carácter, conducta, relaciones humanas y simpatía que han llegado al corazón a través de las edades como manifestaciones de belleza. En todo el mundo el hombre ha tratado de que el arte de construir se adaptara al arte de vivir. Ha procurado que las rústicas paredes de piedra, ladrillo y argamasa tuvieran un significado para las cosas que satisfacen su alma. La belleza de concepto es inseparable de la belleza del medio que nos rodea. Si no se cuenta con ambas, no habrá un método completo y comprensivo para la rehabilitación de la conducta humana...".

Y yo, con absoluta humildad, me permitiría acotar que barrotes de oro no transforman una cárcel en palacio.

**II.6.** Finalmente, en cuanto concierne a los objetivos alcanzados, no podría dejar de computar la sanción, en el transcurso del año 1996, de la Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad, en reemplazo de la Ley Penitenciaria Nacional que venía rigiendo desde el año 1958.

Este texto legal no sólo ha respetado muchas de las normas incluidas en la derogada —precisamente por su absoluta vigencia para la realidad del presente—, sino que también ha avanzado, considerablemente, en otros aspectos no menos trascendentes, incorporando instituciones muy en boga con el designio de acompañar los raudos pasos de la penología actual.

Si bien cierto es, comulgando un aforismo jurídico en el sentido de que "no debe mudarse fácilmente lo que mucho tiempo ha sido observado", también lo es que llega un instante en la existencia de los pueblos que reclama un acomodamiento de las preceptivas para engarzarlas con el devenir de las épocas, particularmente las acontecidas en este casi culminante siglo, caracterizado por alteraciones vertiginosas y, en algunos aspectos, hasta impensables.

Por lo demás, la no lejana aparición en nuestro medio de la figura del juez de ejecución, había provocado una inquietud digna de ser prontamente atendida para evitar posibles disensos entre esta magistratura y las autoridades penitenciarias evitando, de suyo, superposiciones funcionales e invasión recíproca de áreas, todo lo cual obraría en desmedro no sólo del sistema a instaurarse y de la propia imagen de la justicia sino también en perjuicio de los destinatarios de estos emprendimientos cuales son los internos alojados en los establecimientos de detención.

Esta ley encuentra generosa apoyatura en nuestra tradición nacional, en las más importantes recomendaciones emitidas por las Naciones Unidas, en proyectos y leyes vigentes en otros países, sin descuidar su amplio horizonte garantista, su adecuada correlación con la legislación penal y procesal, un prolijo ensamble del juez de ejecución y la incorporación de un generoso catálogo de sanciones alternativas como antesala de ulteriores penas con autonomía propia.

El mayestático cometido de la magistratura de ejecución penal se realiza al disponerse, categóricamente, que "...la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley".

Otro principio de proyección globalizadora de dicha gestión judicial está representado por la preceptiva que estatuye que: "...El juez de ejecución o juez competente verificará, por los menos semestralmente, si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajusta a las prescripciones de esta ley y de los reglamentos que en su consecuencia dicte el Poder Ejecutivo. Las observaciones y recomendaciones que resulten de esas inspecciones serán comunicadas al ministerio competente".

La investidura de este juez aparece reflejada en otras instancias de la actividad correccional con el propósito de reforzar el espíritu garantista de la ley, así como afianzar el principio de legalidad que colorea toda su vasta aplicación.

Así, podemos advertir que las salidas transitorias, el régimen de semilibertad, la libertad condicional, la prisión domiciliaria, discontinua y la semidetención, los trabajos comunitarios y la libertad asistida se someten a la decisión de dicho magistrado.

Otra actividad decisiva puesta en manos de este juez resulta ser la que se emparenta con las vías recursivas respecto de las sanciones impuestas por la autoridad penitenciaria, solidificándose el más pleno resguardo de la defensa, del ofrecimiento de pruebas y la intervención de un estamento jurisdiccional diferente al sancionador para dirimir la eventual controversia.

Se estatuye un tratamiento programado e individualizado, con etapas progresivas de cumplimiento intentando acotar la estancia en los establecimientos cerrados para promover el traslado a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas en las cuales impera el principio de autodisciplina.

Una enmienda de real importancia se encuentra en la posibilidad que tiene el condenado de poder ser excepcionalmente promovido a cualquier fase componente del período de tratamiento sin necesidad, exclusiva y excluyentemente, de tener que transitar, religiosamente, por las diferentes escalas preestablecidas, razón por la cual se evidencia que el tratamiento implementado se adecua, esencialmente, a la personalidad del interno y no éste a las abstractas exigencias de aquél.

Se repele todo trato cruel, inhumano y degradante amenazando, a quienes transgredan dichos postulados, con las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras a que hubiere lugar por derecho.

El Tribunal Constitucional español interpretó este principio a través de un severo pronunciamiento concebido de esta forma: "...la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple posición de la condena".

Los principios de *nullum crimen nulla poena sine lege, non bis in idem* e *in dubio pro reo*, encuentran apacible receptación en este ordenamiento al legislarse que "no habrá infracción ni sanción disciplinaria sin expresa y anterior previsión legal ni reglamentaria", al estatuirse que "el interno no podrá ser sancionado dos veces por la misma infracción" y al consagrarse que "en caso de duda se estará a lo que resulte más favorable al interno".

Me enrolo, decididamente, entre quienes consideran a la pena como un mal necesario aceptando su legitimidad tan sólo con sometimiento

miento a los límites que impone una ética humanista y una finalidad esencialmente reeducadora en tanto repelo, por aversión a la inexistencia de tales elementos de prevalencia, la presencia de una combinación que no satisfaga tales postulados pues, de así serlo, devendría absolutamente inaceptable y penológicamente imposible de homologar.

Aun consintiendo resultados muy magros respecto de la pretendida resocialización de los internos, es indudable que el reto es mayúsculo pues los caminos a desandar para alcanzar la anhelada corrección de los delincuentes son los únicos por los que puede transitar el futuro de la ejecución penal y, precisamente, para plasmar tales objetivos, fuerza es concluir que debe contarse con un grupo humano altamente calificado, profundamente consubstanciado con su función, recónditamente inclinado a sostener la enmienda de todo ser humano y absolutamente convencido que está inmerso en un contexto de auténtico apostolado social procurando reverenciarlo no sólo mediante su propia gestión sino provocando, particularmente por el profesionalismo de su tarea y el apego a las normas legales y éticas insobornables, el respeto y la consideración por parte de la comunidad de pertenencia.

Apegada a todas estas inquietudes, la ley tratada hace alusión a la jerarquización memorada incorporando previsiones muy diáfnas acerca de las aptitudes y actitudes que debe reunir el personal seleccionado para llevar a cabo una labor de la talla de la que estamos comentando.

Entre otras exigencias —que descansan en mandatos propios de las Naciones Unidas— se reclama que la jefatura de las principales áreas deberá estar a cargo de personal con título universitario de carrera afín a la función, así como la exigencia del estudio de las Reglas Mínimas y el Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por resolución 34/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.

Toda reforma —acérrima enemiga del inmovilismo— pretende, por cierto, cambiar la sociedad y no cambiar de sociedad; transformar el derecho penal y penitenciario y no mudar el derecho punitivo; metamorfosear, no mantener ni aniquilar; éste, creo yo, es el gran compromiso asumido al sancionarse la ley tratada.

No es la hora —como escribe Briggs y sostienen algunos abolicionistas extremos— de cerrar las prisiones, sino de restaurarlas y moralizarlas para que cumplan mejor su finalidad impulsadas por un profundo sentido humanístico y reverenciando la dignidad inmanente a todo ser.

Convencido de que la dialéctica que campea en la fórmula "reforma-abolición" no puede plantearse como un postulado absoluto, es posible que pueda lidiarse por la enmienda de la ejecución de la pena privativa de libertad sin necesidad de tener que suprimirla del repertorio penal buscando, con persuasión y sin desfallecimiento, nuevas instancias de cumplimiento más modernas e indulgentes que otorguen mejores respuestas a la conculcación de la ley penal.

Aprecio, pues, nuevos rumbos en la interminable reforma penitenciaria.

Tengo para mí que, a su vez, el cotidiano desnudo que implica semejante despliegue reclamará un simultáneo reacomodamiento de las filosofías conceptuales que hoy perfilan a los métodos de tratamiento, así como la diversa impronta que habrá de ser pensada para que el funcionario de prisiones se amolde a las variaciones que se avecinan y esté cabalmente presto para afrontar el diferente cariz que, de seguro, imperará en el trance de la detención a fin de que responda a las exigencias que se generarán con la venida del cercano siglo.

Anticipando mis excusas por una subsecuente postura de veraz observación, no podría tan sólo resaltar las bondades de estos modelos sin postular, coetáneamente, con total modestia, la necesidad de acompañar estos grandilocuentes emprendimientos con las aportaciones indispensables para que no se conviertan en utopías que imposibiliten complacer los diferentes objetivos de esperanzadora realización.

No descuidemos estos primordiales detalles pues, el júbilo de hoy, fácilmente puede transformarse en el desengaño de mañana.

Desterremos, de una buena vez, de nuestros ancestrales ritos, la propensión de normatizar por detrás de la realidad, queriendo con ello el significar que de nada sirve enriquecer el acervo institucional con herramientas intrínsecamente de valía si más luego sus metas dejan de cumplirse o se desvirtúan por el no escoltamiento de los recursos humanos y materiales imprescindibles para saciar tamañas reclamaciones.

Mi natural optimismo no es antagónico a un ingénito sentido de realidad, razón por la cual me inclino a repetir aquella prevención que señalara con ocasión del inaugural quehacer de los jueces de ejecución en el sentido de que "no ubiquemos a estos novicios propósitos de adelanto en la antesala del patíbulo".

### **III. La Magistratura de ejecución penal**

Y, precisamente, por haber mencionado a esta especializada magistratura, no puedo sustraerme a la tentación de compartir con ustedes algunas sentidas aflicciones que me generan una profunda sensación de congoja, de preocupación, de impotencia, en suma, de irritante desconsuelo como ciudadano, como hombre de toga y como entusiasta de estas disciplinas.

Al instrumentarse el nuevo Código Procesal Penal y luego de superar varias propuestas desatendidas, opiniones doctrinarias de envergadura y existencia de similares estamentos en otros países, hace su aparición en nuestro medio capitalino el Tribunal de Ejecución, habiéndosele asignado una ímproba tarea que se incrementa cada día a resultas de las nuevas instituciones que le han ido otorgando un espectro muy singular a esta magistratura.

A partir de la instalación de los tres jueces de ejecución dable es señalar que el fárrago de tareas motivadoras de su dilatada competencia excede la posibilidad de complacer los fines de una ágil y eficiente justicia, resultándoles de casi imposible cumplimiento la atención puntual del universo de facultades discernidas, esencialmente por la creciente oleada de expedientes y la imperdonable ausencia de una infraestructura interdisciplinaria, propia e indispensable, para el fausto logro de tan excelso ministerio.

¿Es posible consentir —sin necesidad de calar muy hondo ni atesorar sobrados blasones científicos sobre esta disciplina— que tan sólo tres jueces puedan receptor las solicitudes de las poblaciones penales que moran en las unidades de la Capital Federal, en las ensambladas en la localidad de Ezeiza y, además, en el supuesto de eventuales traslados, en los centros de detención del interior del país?

¿Es asequible el pensar que sólo tres jueces, con una pobreza franciscana de personal especializado, intenten dar a cada quien lo que en derecho le corresponda?

Al margen de la ausencia de equipos interdisciplinarios previstos en la ley, no median las oficinas para ser atendidas por personal con rango de Secretario Judicial, entronizadas en las unidades penitenciarias números 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 26, 30 y 32, del Servicio Penitenciario Federal, como delegados del juez de ejecución, así como tampoco la inauguración de ámbitos adecuados para el control sobre la suspensión del proceso a prueba en los lugares que se juzgue conveniente.

Hoy en día cada tribunal tiene asignados más de 4.000 legajos, para ser meritados por un titular y escasos ayudantes, desenvolviéndose esta tarea en ámbitos vergonzantes, abarrotados de expedientes, auténticas madrigueras, a cargo de jueces que, en algunos supuestos, se convierten —por imperio de las mismas circunstancias— en funcionarios burócratas, con más ganas de sacarse de encima las causas pendientes que revolucionar la jurisprudencia con sentencias históricas.

Tengo para mí —en mérito a conocer, personal y directamente, el quehacer de esta peculiar jurisdicción— que estamos, de seguro, ante una auténtica ficción y un verdadero escarnio en desmedro de sus destinatarios y de la augusta majestad de la justicia con el agravante de que no se presagia transmutación alguna ya sea por sugerencias emanadas de los integrantes de la Cámara Nacional de Casación Penal ni por otros órganos gubernamentales con competencia en la materia.

Invocando a Helen Keller, permítaseme el decir que “puede ser que la ciencia haya encontrado remedio para la mayor parte de los males; pero no ha encontrado ninguna para el peor de todos: la apatía de los seres humanos”.

Pareciera conveniente el destacar —situación que también acaece en otras regiones del planeta— que la figura del juez de ejecución aún no ha encontrado la consubstanciación más placentera por parte de la autoridad correccional, generándose ciertos conflictos que no han provocado la emisión de ninguna preceptiva específica reguladora de la materia, razón por la cual la praxis judicial cotidiana procura enriquecerse, cada jornada, en la medida de sus escasas posibilidades, con soluciones rayanamente pretorianas en función de la temática convocante y en desmedro de una uniformidad de criterio con el consiguiente desmerecimiento por el servicio de justicia.

Y es que realmente este ámbito de las relaciones entre tales magistrados y los operadores penitenciarios puede dar lugar —y, de hecho, ha provocado aquí y en otras culturas— situaciones de disenso y hasta de enfrentamiento con indisimulables inconvenientes y quebrantos para el desenvolvimiento de las respectivas funciones.

Algunas reflexiones de un experimentado magistrado español, a la sazón Juez de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, Don Ignacio Sánchez Yllera, otorgan crédito relevante a las propias miras de quien les habla pues nos participa, agudamente, escrutando el entorno penitenciario en función de la actividad de este órgano jurisdiccional de

nuevo cuño, que: "...La ausencia de experiencia previa, la falta de regulación procesal, la no especialización de los titulares de estos juzgados, el escasísimo número de éstos, la confusa delimitación de sus funciones y la resistencia inicial y actual de la Administración Penitenciaria a que se ejerciera un efectivo control sobre sus decisiones, sintiendo las más de las veces su actuación como una intromisión en sus competencias...ha provocado en su escasa andadura no pocos enfrentamientos y tensiones en la definición de la naturaleza y el ámbito de actuación de esta jurisdicción".

Esta híbrida labor, un tanto hostigada por la autoridad correccional y en mucho rezagada por los organismos encargados de apuntalar su cometido, provocó un terminante pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, resaltando la suprema incumbencia de tales jueces como garantes últimos de los derechos de los internos, suscribiéndose la siguiente sentencia: "...El juez de vigilancia Penitenciaria, quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades de los presos y condenados... al constituir un medio efectivo de control del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos...", para más adelante trasuntar una nueva intervención indicando que: "...la función del juez de vigilancia penitenciaria supone una potenciación del momento jurisdiccional en la ejecución de las penas. Al juez de vigilancia penitenciaria se le confía el control sobre las diversas fases de la ejecución penal y la protección de los derechos fundamentales de los detenidos. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria constituyen una pieza clave del sistema penitenciario y por ello debe garantizarse y exigirse constitucionalmente la actuación de estos órganos judiciales especializados..." (sentencia 2/87, del 21 de enero de 1987).

En tanto y en cuanto los internos y quienes gozan, bajo ciertas restricciones, de los beneficios de la libertad, ostentan no un mero derecho programático, sino un auténtico derecho subjetivo y jurídicamente protegible a que se les proporcionen aquellos medios de asistencia o ayuda encaminados al desarrollo integral de su personalidad y que les posibilite, por ende, cumplir con el fin resocializador de vivir respetando la ley, va de suyo que el predicamento de esta magistratura asume un creciente ascenso y una insoslayable presencia en la ejecución penal de nuestros días..

No en vano la Magistrada-Juez de Vigilancia de Primera Instancia nro. 29 de Madrid, Pilar González Vicente, a pesar de todas las adversidades que siembran el camino de esta judicatura, con un es-

peranzador halo de optimismo, nos refiere que: "...y por otro un reencontro con la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, figura en la que siempre creí y defendí desde el comienzo de su incorporación a la legislación penitenciaria por suponer la garantía efectiva de los derechos del interno, dentro del principio de legalidad. Y a la que, después de sus trece años de existencia, hay que rendirle un sincero homenaje por haber sido el motor que ha impulsado muchos cambios, que ha permitido mejoras importantes y un mayor rigor en el cumplimiento de las obligaciones que la ley impone..."

Todas estas marchas y contramarchas, al conjuro ya explicitado de una vacancia ritual significativa y antagónicos entendimientos entre el órgano garantista y la Administración Penitenciaria, determinaron la convocatoria a una serie de reuniones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria españoles para debatir dichas situaciones y acordar cursos de acción coherentes para el mejor desempeño de su ministerio.

En este orden de ideas, viene a cuento el recordar la cumplimentada entre los días 21 y 23 de mayo de 1992 en la ciudad de Madrid en tantos fueron meritados asuntos tales como los "Problemas Generales de la Jurisdicción de Vigilancia", "La clasificación y destinto de los internos", "El traslado de presos: control por los Jueces de Vigilancia", "La asistencia letrada a personas privadas de libertad", "La asistencia social penitenciaria: contenido y competencias", "Régimen disciplinario y medidas coercitivas", "Libertad Condicional", "Permisos de salida y beneficios penitenciarios", "Clasificación en tercer grado: requisitos, efectos, intervención judicial", "Situación Jurídica de los enfermos mentales en centros penitenciarios"; "El SIDA en las prisiones" y "Problemas derivados de la Ley de Extranjería".

Persuasivamente se pronuncia Avelina Alonso de Escamilla, al proclamar que: "...Hacía falta un juez de vigilancia penitenciaria. Hacía falta porque existen las cárceles. Y porque además están llenas. Y porque el recluso es un ser humano y por ello titular de derechos. Y estos derechos del ser humano-recluso tienen que respetarse. ¿Qué mayor garantía para los derechos de estas personas que su vigilancia y control por el poder judicial?...".

Es que esta nueva institución ha despertado preocupación en cuanto a su misma naturaleza a tal punto que algunos estudiosos abrigan la duda de que lo que puede resultar con ella es no judicializar la ejecución penal, sino administrativizar la justicia.

Ya, en 1987, Heriberto Asensio Cantisán advertía que: "...para que el juez de vigilancia no se convierta en la cobertura formal de la

actividad de la Administración sin efectividad alguna, es preciso que se forme necesariamente a los encargados de ejercer dicha función, de tal suerte que sean capaces de valorar correctamente las resoluciones que, adoptadas por la Autoridad Penitenciaria, son objeto de un posterior control. Si ambas condiciones se cumplen, si a la atribución al Poder Judicial del efectivo control de la ejecución penal se une una adecuada formación especializada de los encargados de ello, dotándoseles al tiempo de los necesarios medios para que la función sea realmente efectiva, se habrá dado un gran paso en la dura lucha por el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales”.

No paréceme impropio el insistir de que la judicialización de la actividad penitenciaria debe convertirse en un significado de trascendencia gigante en la legislación que regimiente el cumplimiento de la pena privativa de libertad para que la feliz expresión de Manuela Carmena Castrillo —el hacer ejecutar lo juzgado— cobre una incontrastable realidad en el seno de los recintos correccionales.

¿Es normal que, ante tamaña vorágine de entuertos, ningún funcionario con competencia superior sobre esta jurisdicción haya adoptado el remedio apropiado para poner finiquito o, al menos, atemperar semejante exponencia de una auténtica denegación de justicia, desentendiéndose de una implacable e indisimulable realidad que golpea, jornada tras jornada, las puertas de estos tribunales de tan pelculiar actuación?

¿Debemos resignarnos a pensar, entonces, que sólo fueron creados para demostrar, hipócrita y farsamente, que la juridización llegaba también al ámbito penitenciario de nuestro país, sin prever las lacerantes consecuencias que la falta de oportunas previsiones iba a traer aparejada en desmedro de los destinatarios de este específico servicio y, en suma, de la misma efigie de la justicia?

Las premoniciones anunciadas por Zuleta se estarían convirtiendo, apesadumbradamente, en una indeseable verdad, cuando nos alertaba acerca de la eventualidad de que este magistrado fuere el “satélite de dos órbitas, la judicial y la penitenciaria, personaje híbrido, artesano del tratamiento penitenciario”.

Concluyendo la génesis de este tramo de mis palabras, regreso a la siempre preclara mente de Manuela Carmena Castrillo quien, al intentar sintetizar esta honda preocupación y priorizar la relevancia exultante de la magistratura tratada, nos refiere que: “...De ahí que la judicialización de la actividad penitenciaria sí sea un significado de trascendencia gigante en la actual legislación constitucional sobre el cumplimiento de la pena privativa de libertad”.

#### IV. Reflexiones finales

Con las dispensas del caso, paréceme prudente ir colofonando estos sentires no sin antes rememorar las imperecederas enseñanzas que nos legara Miguel de Unamuno en tanto precisaba, con inconfundible dicción, que: "...Espero, lector, que mientras dure nuestra tragedia, en algún entreacto, volvamos a encontrarnos. Y nos conoceremos. Y perdona si te he molestado más de lo debido e inevitable, más de lo que, al tomar la pluma para distraerte un poco de tus ilusiones, me propuse. ¡Y Dios no te dé paz y sí gloria!...".

Hay materias —como las aquí tratadas— que no consienten especulaciones ni ligerezas, así como tampoco ningún diletantismo intelectual porque dentro del derecho circulan, en la inmensa mayoría de los casos, dolorosa y hasta trágicamente —máxime cuando transitamos los senderos de la reclusión y/o de la libertad ambulatoria con severas restricciones— la sangre y las lágrimas de los seres vivos. En comunión con esta inteligencia, ha observado Castán que el derecho, de un lado, requiere seguridad y certeza y, de otro, movilidad para resolver con justicia los casos de la realidad cambiante.

En mérito a todo cuánto he discurrido, con sujeción a un imperterrito apego a la realidad y a la más objetiva valoración de las inquietudes redimidas para el análisis, no aliento la pretensión de trasponer las barreras del conocimiento empírico, ni descifrar el enigma del universo, ni levantar el velo de la maja, sino tan sólo exteriorizar una postura despojada de cualesquier subalterno interés, inspirada en mi infatigable deseo de contribuir —recatada y veneradamente— al perfeccionamiento de las instituciones comprometidas con la problemática convocante a fin de rozar la esperanza de presenciar los albores de una textura penal asentada en principios equitativos y en aptitud de responder a las solicitudes de la actual impetración que se va acercando, inclementemente, a los albores no muy distantes del siglo XXI.

Todo cuanto he manifestado no debiera ser tenido como tema ni para el asombro ni, mucho menos, para la irritación, sino como un obstinado ímpetu por desvestir una enrevesada realidad, conllevando un recado asequible para ensamblarla en su efectiva dimensión, estimulando las conciliaciones largamente pesquisadas para ventura de toda una impaciente comunidad.

*"No me importa tener años. Me importaría no tener ilusiones".*

En una etapa de mi vida en que acopio más atardeceres que mañanas, me congratulo de haber compartido con ustedes experiencias y opiniones absolutamente técnicas, alejadas de toda contaminación ideológica o política y tan sólo motivadas por la necesidad de descubrir, modestamente, sus causas generantes y propiciar las soluciones más aconsejables de la ciencia actual para vislumbrar, en un porvenir no muy distante, un optimista horizonte en la ansiada rehabilitación del “más pobre de todos los pobres, el preso”, en agudas palabras de Carnelutti.

La cárcel debe dejar de ser un coto vedado a la reeducación y convertirse, en los umbrales del tercer milenio, en una factible instancia de rehabilitación al través de un insobornable respeto por los inalienables derechos humanos de sus huéspedes.

Los caminos de la reclusión aún hoy huelen a pasado. Ojalá empecemos a sentir persistentes aromas de presente y penetrantes perfumes de porvenir.

Al no haber sentido jamás veleidades idealistas, persuadido estoy con todo mi espíritu, alentado por el estrecho fragmento de mi discernimiento, que nuestras acongojadas prisiones tienen solución, debiendo inyectárseles una sabia renovadora que les permita a sus moradores reinsertarse con una perspectiva de permanencia, desterrando la eventualidad del maléfico retorno.

*“Quien baja los brazos, perderá la ilusión de tocar el horizonte”.*

Me encolumno, decididamente, en la convicción de Manuela Carmena Castrillo –a quien tuve el privilegio de conocer cuando se desempeñaba como juez decano de Madrid y me introdujera, con un lenguaje llano y persuasivo, en los distintos pormenores que perfilan a la judicatura de vigilancia penitenciaria española– en el sentido de señalar, en su libro “Crónica de un desorden. Notas para reinventar la justicia”, que: “...No me cabe duda de que la educación y la reeducación son posibles. Sus efectos son incuestionablemente positivos, aunque no en modo alguno automáticos ni totales, como en el fondo sucede con todo lo individual, con todo lo específico de cada ser humano...”.

El romanticismo que anida en mi espíritu me transporta a pensar que la ejecución penal se compone de momentos de intenso dolor y de esperanzador gozo, así como de instantes de agobiantes sombras y de fulgurantes luces.

Nada más apropiado, para galardonar estos raciocinios, que acudir a la sinopsis esbozada por la soberbia pluma de Augusto Mario Morello, al decir que:

*“...No tenemos dudas de que la clave del renacer argentino (y dentro de él, del de la Justicia), está en porfiar por una serena vuelta a la razón, al sentido común, en síntesis, a la sensatez. El reto en un contorno inhóspito, es inesquivable y, en todo caso, en la decisión pesará la lúcida admonición del poeta: siempre será mejor el camino que la posada”.*



# LOS DESAFIOS DEL MINISTERIO PUBLICO A PARTIR DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LA IMPLEMENTACION DE LA RECIENTE LEY ORGANICA DE LA INSTITUCION

NICOLÁS BECERRA\*

## I. Introducción

Antes de comenzar quisiera agradecer a las autoridades de la Universidad Católica Argentina que en estas Jornadas de Derecho Procesal Penal, desarrolladas con la presencia de tan importantes juristas, se haya incluido la temática del Ministerio Público como un eje central de reflexión. Creo que una institución joven como la que represento requiere del espacio universitario y académico para nutrirse de nuevas ideas y sugerencias de caminos institucionales posibles.

No quiero ingresar de lleno en la temática de los trabajos necesarios para una adecuada implementación de la recientemente sancionada Ley Orgánica del Ministerio Público, sin situar esta reflexión en el marco de la relación existente entre el organismo que represento y la necesidad urgente del desarrollo de una política criminal eficiente.

Es necesario reflexionar hoy en día y en la actual situación político institucional de nuestro país sobre la posibilidad real de desarrollar una *investigación penal eficiente* y las distintas alternativas para lograrlo.

La comisión de un delito genera un gran trauma social: la pérdida de confianza en el sistema jurídico. Luego de una infracción a las reglas de convivencia social invade a la comunidad y a cada uno de

\* Procurador General de la Nación.

sus integrantes, la sensación de que los bienes protegidos por el derecho penal tienen poco valor y la idea de que las reglas pueden no cumplirse. El delito siempre implica un fuerte quiebre de las expectativas ciudadanas en el marco de la convivencia social.

La sociedad y su red de relaciones intersubjetivas se nutren a cada minuto de la confianza que tenemos todos en que nuestros interlocutores se comporten respetando las reglas éticas y jurídicas. Sería impensable una sociedad construida sobre la base de la expectativa contraria: el delito. Frente a este trauma y sus consecuencias visibles, se debe reaccionar con un modelo eficiente de investigación de los delitos, con un fortalecimiento de los organismos de los cuales depende la justicia penal y con una agilización de los procedimientos.

La persecución del delito, es claro, no puede quedar en manos de los ciudadanos. En cambio, la gente común espera que los organismos estatales que se dedican a este problema social le devuelvan la confianza perdida. De eso se trata cuando hablamos de seguridad jurídica en el marco del derecho penal: la idea tan novedosa como clásica de que el hombre de la calle confía en que, a pesar de la infracción, el Estado sigue protegiendo los bienes de la gente de modo eficiente. En este sentido, el proceso penal y la aplicación de una pena, al confirmar la vigencia de las reglas, anula la intranquilidad ciudadana, y evita que esta reparación de la confianza sea asumida por el ciudadano común de modo directo. Es decir, se colabora con la paz social.

Hoy día, buena parte de las tareas que desempeñan los funcionarios de la Procuración General de la Nación se relacionan con el cumplimiento efectivo de esta responsabilidad institucional: se busca, en el marco de la reorganización administrativa del Ministerio Público, el desarrollo de un sistema de investigaciones que sea eficiente incluso frente a delitos complejos, se trabaja en algunas reformas necesarias del Código Procesal Penal a efectos de otorgarle a los fiscales la responsabilidad de la investigación preliminar, se optimizan algunos procedimientos internos, se busca una adecuada implementación de la recientemente sancionada Ley Orgánica del Ministerio Público, en fin, la eficiencia se convierte, paso a paso, en una preocupación constante e ineludible. Se trabaja incansablemente en pos de reducir y reparar el trauma social: la desconfianza en las reglas.

Desde que asumí y comencé a cumplir responsabilidades propias del cargo que ocupo, tuve las tres sensaciones muy claras:

- En primer lugar, era y soy absolutamente consciente de que *la justicia penal de nuestro país no ha alcanzado el nivel de eficacia que*

*nos exige la comunidad.* Y esta insatisfacción de la ciudadanía, en el marco del Estado de Derecho, genera enormes daños comunitarios, por lo cual no puede permanecer entre nosotros ni un minuto más.

- En segundo lugar, siempre creí que el *problema de la administración de justicia debía ser entendido como un problema de todos.* La administración de justicia también debe ser legitimada con el consenso, sobre todo cuando se pretende acompañar su salida de la crisis. Ya no sirven ideas solitarias y peregrinas, los emprendimientos personales que sólo logran algún provecho político o publicitario, las visiones de los problemas absolutamente corporativas, sino que es imperioso el trabajo conjunto y consensuado en donde cada uno de nosotros lleve agua para el molino de los derechos individuales y de la consolidación del estado de derecho.

Hoy la justicia como valor y como institución republicana ocupa un rol protagónico en los medios de comunicación masiva, entre la gente, en los debates académicos y políticos, en las planificaciones de los organismos de cooperación internacional, en las organizaciones no gubernamentales, en las comunidades religiosas, en los *círculos* empresarios, y, quizá por primera vez con absoluta convicción, también ocupa ese lugar en las reflexiones de los propios operadores de la justicia, que hasta hace poco tiempo creían que podían mantener un modelo corporativo que no necesitara de la gente y que tampoco se debiera a la comunidad.

- En tercer lugar, creo con absoluta sinceridad que gran parte de *la responsabilidad de la reforma institucional de la administración de justicia y de la consolidación de un sistema de justicia acorde con el modelo republicano, depende en gran medida del modo como se desarrolle el Ministerio Público Fiscal.* No creo exagerar si digo que hoy vivimos un momento casi fundacional de esta institución en la República Argentina y que los pasos que demos en estos días condicionarán el futuro del Ministerio Público.

Existe en nuestro país y en toda Latinoamérica la *necesidad de fortificar los resortes institucionales del modelo republicano.* Y hoy como nunca la ciudadanía, el hombre común, advierte con notable nitidez, que este modelo republicano requiere en forma indudable de una justicia eficiente.

Durante mucho tiempo la justicia penal, sobre todo en nuestra región latinoamericana, recorrió todos los caminos posibles de la ineficiencia: *procedimientos escritos, formalistas e inentendibles, lenguajes crípticos e incomprensibles para el ciudadano común, falta de*

*capacitación en los operadores del sistema judicial, alejamiento de la víctima del delito, selección de funcionarios poco transparente, corrupción, innuencias políticas, etc.*

La justicia penal atravesó en épocas recientes *una de las crisis éticas, operativas e institucionales más profundas de su historia*. Esta crisis estuvo motivada tanto en razones internas como externas al propio sistema de justicia. Las razones internas tienen que ver, seguramente, con la propia incapacidad para generar un sistema eficiente de administración de justicia; y las externas estuvieron originadas en el contexto político institucional que atravesó nuestra región en las décadas pasadas.

Por otra parte, se produjo una especie de círculo vicioso: la ineficiencia endémica del sistema judicial logró que la gente común no supiera de la importancia de este poder en su vida cotidiana, y esta falta de interés popular en el tema judicial colaboró para que, desde el Poder, nadie sintiera la presión suficiente como para encarar el cambio debido.

Hoy la situación es profundamente distinta. En primer lugar, porque se viven tiempos de cambio en el sistema de justicia, se han producido un conjunto de reformas que seguramente deben ser calificadas como favorables aunque, sin duda, insuficientes.

Pero sobre todo la situación hoy es distinta porque la percepción ciudadana sobre el tema de justicia es radicalmente opuesta a la que caracterizó al pueblo en las décadas anteriores. Actualmente hay una permanente e inquieta demanda popular que exige de modo inmediato una justicia distinta. La justicia que imagina la gente para su país es una justicia transparente, calificada, respetable, no innuenciable, ágil y comprometida.

En los últimos cinco años América Latina ha comenzado a transitar diversos procesos de transformación de sus sistemas de justicia penal. Casi como retomando las banderas y recogiendo los diagnósticos realizados por el movimiento de la criminología crítica, varios países de la región han puesto manos a las obras y enfrentan al problema judicial con un compromiso institucional digno de elogio. Guatemala, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Venezuela, Ecuador, Paraguay, Chile, Haití y la República Argentina, han puesto la mira en el problema penal.

Desde el punto de vista metodológico estos procesos de transformación se caracterizan de modo visible por un conjunto de señales que los distinguen de los cambios en el ámbito de la justicia penal que hasta el comienzo de la década del 80 se *habían* producido.

En primer lugar, se advierte, en relación con los clásicos procesos de cambio en el ámbito de la administración de justicia, un estilo de debate alrededor de la reforma que ha abandonado cierta tradición *corporativa* en el marco de la cual se creía que sólo eran competentes para proponer un modelo judicial eficiente justamente quienes formaban parte del Poder Judicial o de instancias cercanas. Hoy la discusión sobre los posibles modelos judiciales involucran a jueces, fiscales, defensores oficiales, abogados particulares, instancias intermedias (como las asociaciones profesionales), organización no gubernamentales de derechos humanos, periodistas, sociólogos, profesores universitarios, etc., etc.

Ello, sin lugar a dudas, ha enriquecido el debate intelectual y político sobre la reforma, hasta el punto de que ha posibilitado, a mi juicio, el desarrollo de un modelo de evaluación de la eficiencia de la justicia penal que se caracteriza, ahora, por un *examen mucho más* innuido por las expectativas sociales que por las expectativas corporativas.

En segundo lugar, se puede advertir con claridad un abandono del enfoque unilateral que representaba la expectativa casi mágica en el efecto de la reforma puramente normativa. Hoy ya nadie cree que con la mera transformación de algunas normas la realidad vigente del sistema de justicia penal vaya a cambiar sustancialmente. Antes bien, hoy la reforma del sistema penal se caracteriza por lo que se ha llamado, quizá exageradamente, la "multidimensionalidad" de los procesos de cambio, pretendiendo con ello bautizar a un enfoque de la reforma enriquecido y que se hacía cargo de las necesidades de trabajo en distintas áreas como: infraestructura tecnológica y edilicia, capacitación, difusión, normativa organizacional, etc.,

Por último, otra de las características evidentes de los procesos de reforma del sistema penal surgidos en la región latinoamericana en los últimos diez años, se relaciona con una mucho más rica y profunda comprensión de la crisis por la que atraviesa el sistema vigente.

Durante mucho tiempo era común asistir a definiciones de la crisis del sistema, generalmente de parte de los propios operadores, demasiado vinculadas a una percepción sólo funcional del problema (condiciones de infraestructura, salubridad del trabajo cotidiano, bajo nivel de remuneraciones, desprotección institucional, etc.). Hoy la explicación de las dificultades del sistema de justicia se desarrolla mucho más a través del "ojo del ciudadano", de quien debe encontrar en el sistema de justicia un servicio republicano esencial e indelegable por parte del Estado.

Es por ello que ya nos hemos acostumbrado a escuchar como diagnóstico de esta crisis a la falta de acceso a la justicia de la comunidad, la casi nula participación de la víctima en la solución de su convicto, el enorme porcentaje de presos sin condena, la falta de eficiencia en la solución jurídica de los casos complejos, etc., etc.

Ahora bien, en el ámbito de nuestro país, estas cuestiones tienen que tener un correlato en la profundidad de los procesos de desarrollo que se generen al interior de las instituciones.

En este sentido, la reciente ley orgánica de la institución ha significado sólo un primer paso que requiere ser continuado sin ninguna pausa.

## **II. Los trabajos necesarios a partir de la ley orgánica del Ministerio Público**

Una lectura más o menos detenida de la recientemente aprobada ley orgánica del Ministerio Público genera algunas sensaciones que pueden ser clasificadas en relación con los diferentes tipos de actividades que deben surgir en el ámbito de la institución.

En este sentido, es preciso recalcar tres niveles fundamentales de trabajos que resultan indispensables:

### ***a. Reglamentos***

El artículo 21 de la LOMP establece, dentro del *capítulo III* de Administración General y Financiera del Ministerio Público, como deber del Procurador General de la Nación y del Defensor General, el deber de dictar un conjunto de reglamentos que, sumados a otros indispensables configuran la siguiente lista de reglamentaciones:

1. Régimen de ingreso y promoción de los magistrados.
2. Régimen de licencias, reemplazos y subrogancias.
3. Régimen disciplinario.
4. Régimen laboral de ingreso, promociones y disciplinario del personal administrativo.
5. Superintendencia general y financiera.
6. De organización funcional del Ministerio Público Fiscal.

### ***b. Nuevos organismos***

- Tribunal de enjuiciamiento: (art. 19 y sigtes.): La constitución de este tribunal es de una enorme complejidad procesal y en ella

intervienen los demás poderes del Estado y alguna institución intermedia.<sup>1</sup>

***c. Organismos que hay que crear para el cumplimiento de nuevas funciones<sup>2</sup>***

- Tareas de índole legislativa, asistencia jurídica y coordinación interna: Art. 33, inc. j) “Elevar al Poder Legislativo, por medio de la Comisión Bicameral, la opinión del Ministerio Público Fiscal acerca de la conveniencia de determinadas reformas legislativas y al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia, si se trata de reformas reglamentarias”;

**inc. k)** “Responder las consultas formuladas por el Presidente de la Nación; los *Ministros* del Poder Ejecutivo; los presidentes de ambas Cámaras del Congreso Nacional; La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Presidente del Consejo de la Magistratura”;

**inc. q)** “Responder las consultas que formulen los funcionarios o empleados del Ministerio Público Fiscal”;

**inc. r)** “Convocar, por lo menos una vez al año, a una reunión de consulta, a la que asistirán todos los magistrados mencionados en el art. 3, incisos b) y c) de la presente ley...”.

- *Tareas de coordinación político-criminal con otras instituciones judiciales o policiales:* Art. 33, inc. 1) “Coordinar las actividades del Ministerio Público Fiscal con la diversas autoridades nacionales, especialmente con las que cumplan funciones de instrucción criminal y policía judicial”.

<sup>1</sup> Art. 19: “El tribunal de enjuiciamiento estará integrado por siete (7) miembros: a) Tres vocales deberán ser ex-jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o ex-Procuradores o Defensores Generales de la Nación y serán designados uno por el Poder Ejecutivo, otro por el Senado y otro por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; b) Dos vocales deberán ser abogados de la matrícula federal con no menos de veinte años en el ejercicio de la profesión, y serán designados uno por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y c) Dos vocales deberán ser elegidos por sorteo: uno entre lo Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o Fiscales Generales y otro entre los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o Defensores Públicos ante Tribunales Colegiados...”.

<sup>2</sup> Se trata de organismos que no estarían indicados expresamente en el texto de la ley pero que, teniendo en cuenta las funciones que universalmente cumple el Ministerio Público deberían estar previstas desde el punto de vista orgánico.

- *Tareas de coordinación con la Comisión Bicameral*: Art. 23 (a través de ella es la relación con el Congreso), Art. 32 (Informe anual al Congreso), Art. 33, inc. ñ (Programa del MP), etc.

Es necesario tener en cuenta que esta comisión bicameral es el único mecanismo de verdadero control extremo **que** tiene el MP.

Es preciso mantener una relación nuída, no traumática, y técnicamente solvente con este organismo ad-hoc del Congreso.

- *Tareas de "Carrera del MP"*: Art. 5: "Para la designación del resto de los magistrados mencionados en los incisos b), c), d), e) y f) de los arts. 3 y 4, el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, en su caso, presentará una tema de candidatos al Poder Ejecutivo del cual éste elegirá uno, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo del mayoría simple de los miembros presentes del Senado".

El artículo establece el concurso<sup>3</sup> como método para la elaboración del tema de candidatos.

Posiblemente haya que crear una "Fiscalía General de Capacitación y Carrera Fiscal".

- *Tareas de control carcelario*: Art. 25 "Corresponde al Ministerio Público: I) Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique la violación"<sup>4</sup>. Quizá habría que pensar en una "Oficina de control carcelario".

- *Tareas de asistencia a la víctima*.

El delito lleva en la frente otro trauma, el trauma de quien lo ha sufrido en forma personal, el sufrimiento de quien se ha enfrentado a una situación de violencia inusitada, de quien luego de ese momento tendrá que convivir —en algunos casos de modo muy claro— con los daños colaterales de ese anónimo "quiebre de reglas". Bajo esta mira-

<sup>3</sup> De oposición y antecedentes.

<sup>4</sup> Esta función, como se ve, se encuentra adjudicada en forma genérica al MP. Pareciera que, desde el punto de vista de su vinculación con el respeto de los derechos individuales debería recaer en un organismo que dependa de la defensoría. Sin embargo, tal percepción puede modificarse si se analiza la cuestión desde la perspectiva del "control de la legalidad" de los actos de las autoridades penitenciarias. Incluso *podría* generarse un organismo común.

da no se trata de "la" sociedad, o "el" quebrantamiento de las reglas, o la invisible y extremadamente objetiva pérdida de confianza comunitaria, se trata, por el contrario, de una persona concreta y de su conflicto particular, del cual es, lamentablemente, titular indiscutido.

Históricamente, el Derecho Penal ha consistido en una forma de expropiación del conflicto de la víctima. El objetivo del Derecho Penal del Estado moderno ha residido en esa búsqueda por la satisfacción de la necesidad social de fortalecimiento de la vigencia de las reglas, y, en forma paralela, se ha despreocupado, con constancia digna de mejor causa, de las preocupaciones y necesidad de justicia de la víctima. Ella nada puede decidir en relación con su propio conflicto: ni siquiera el modo en el que prefiere ser reparada en relación con su daño. Nadie pregunta nada a la víctima, muy pocos se preocupan por ella y muchos, en el marco del sistema de justicia penal, la consideran un verdadero estorbo.

La situación es mucho más grave cuando se advierte que, así como quienes cometen delitos son, en su mayoría, ciudadanos de menores recursos, también las víctimas pertenecen a ese escalafón social o económico.

Es preciso tener en cuenta que gran parte de los delitos que se cometen llevan en el fondo el estigma de un problema que requiere una atención compleja, integral y más comprometida socialmente que la mera sanción al que delinque. Pensemos por un instante en los casos de maltrato infantil, violencia familiar, de abuso sexual, o de aborto.

Se debe producir un cambio radical sobre este punto, la víctima debe volver a ser protagonista, debe ser una de las preocupaciones fundamentales, en particular, del Ministerio Público.

A pesar que la LOMP no menciona a la asistencia a la víctima como una de sus funciones, es necesario que la Procuración General de la Nación asuma esta relación con el damnificado por el delito.

Actualmente la víctima ha comenzado a ocupar un lugar importante en el proceso penal. La inquisición expropió el convicto, se lo sacó a la víctima de las manos cuando consagró la persecución penal pública y la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por parte del poder central. Tanto víctima como imputado pasaron a ser los invitados de piedra del sistema penal. Cambiar esta situación es un *desafío* que el Ministerio Público debe enfrentar.

La defensa de los intereses de la sociedad no puede dejar de lado de ningún modo, la defensa de aquellos que han sido objeto de *violencia*.

*cia*. Los mecanismos son diversos: desde dentro del proceso colaborando con el querellante y como abogado de las víctimas que no quieren o no pueden ser querellantes.

Detrás de esto está la idea de que el ejercicio de la acción pública no es sólo la persecución de una serie de delitos, sino también asistencia del Estado a las víctimas de delitos de acción pública. Este servicio "se nutre de la intención que tiene el Estado de controlar, de algún modo, la globalidad de la violencia social". Por otra parte, de la obligación de evitar la victimización secundaria producto del maltrato ocasionado por los distintos operadores del sistema penal y, de allí, la obligación del Estado de darles protección, asistencia letrada gratuita, etc.

Es cierto que esto significa terminar con la ficción de que en los delitos de acción pública la víctima es el Estado. Hoy estamos viendo quienes son las verdaderas víctimas, incluso de delitos contra el medio ambiente, el consumidor, etc. Es necesario establecer un amplio mecanismo de participación de las víctimas en la investigación de los delitos y esto debe hacerse extensivo no sólo a las víctimas individuales sino a las asociaciones intermedias constituidas para la defensa de intereses colectivos que tienen legitimación en ese carácter y siempre que se encuentren comprometidos derechos humanos fundamentales.

En este marco, la función del Ministerio Público es realizar acciones reparatorias de las víctimas y esto no sólo dentro del proceso, colaborando con la querrela o como abogado de las víctimas indefensas. Un Ministerio Público que asume el rol que le corresponde frente a las víctimas debe ser un Ministerio Público que realiza acciones concretas frente a ellas. Los derechos de las víctimas abarcan el derecho a estar informados de lo que ocurre en el proceso, a participar en él, a conocer su resultado, etc... Es necesario crear un sistema de asistencia real eficiente, al cual la víctima se puede dirigir en busca de auxilio.

#### *- Tareas de cooperación internacional*

En toda la región se atraviesa un momento en el cual los Ministerios Públicos (o Fiscalías Generales o Procuraciones) de todos los países se encuentran en verdaderas instancias fundacionales. Todos estos organismos se enfrentan sistemáticamente a supuestos de criminalidad organizada que requiere una rápida y desburocratizada relación de apoyo con los fiscales de otros países.

### **III. Hacia afuera de la institución pero en el marco de la relación con otros poderes**

Una de las funciones más trascendentes que la ley orgánica le otorga al Ministerio Público es mencionada en el artículo 33, inciso e): "Diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal"<sup>5</sup>.

El Ministerio Público ha dejado de ser solamente la representación de un conjunto de funcionarios que se ocupan de dictaminar en cada caso en concreto, para pasar a ser la institución estatal que se ocupa de formular la política de persecución penal del Estado. Ello implicará que el organismo tendrá que ser un protagonista central en la definición republicana de aquellos presupuestos de una política criminal que permita la consolidación de un sistema de justicia respetuoso del estado de derecho y en el que el organismo pueda cumplir del mejor modo su rol.

En este sentido será absolutamente trascendente colaborar en las siguientes tareas:

- La reforma del Código Procesal Penal, consolidando un modelo de investigación a cargo del MP, la vigencia del principio acusatorio y una instrucción más eficiente.

- La inclusión del principio de oportunidad en el régimen de la acción penal a efectos de posibilitar una mejor selección de los casos que merecen el esfuerzo de la fiscalía y ser llevados a la etapa de juicio oral del mejor modo posible.

- Una redefinición del modelo de investigación técnica del delito, acercándonos a un sistema policial de investigaciones que siga las coordenadas político-criminales de la fiscalía como dueña de la investigación penal preparatoria.

### **IV. Actividades en relación con la comunidad**

Es necesario que toda la nueva organización del Ministerio Público sea pensada de frente a la comunidad. Hoy la mejor administración de justicia no debe entenderse en clave técnica, jurídica o sólo burocrática, sino en clave de servicio social, de servicio público a cada ciudadano que de ella necesite.

<sup>5</sup> Esta tarea es, posiblemente, la que recoge el germen del rol fundacional del MP. El Ministerio Público Fiscal se transforma en el operador central de la política criminal del Estado, función que posiblemente haya estado en manes de los Ministerios de Justicia e Interior.

Tenemos que acercarnos a la comunidad, funcional, ética y territorialmente .

- La relación con la víctima, como ya dijimos, debe ser un punto crucial .

- La protección de testigos.

- El acercamiento territorial de los fiscales a cada ciudadano.

- La difusión de las tareas que cumple el MP.

Se trata de diversas cuestiones que deben pasar a cumplir un papel muy importante en la vida cotidiana de todos nosotros.

## **V. Conclusión**

El Ministerio Público era, hasta hace muy poco tiempo, un “adolescente”. Su ubicación y funciones en la estructura del Estado daban lugar a constantes polémicas en el marco académico e institucional, que no tenían prácticamente repercusión en su actividad cotidiana.

La reforma constitucional de 1994 le ha dado el lugar que le corresponde, la ley orgánica orienta sus funciones y actividades, define sus deberes y derechos. La institución está comenzando a cambiar su cultura, sus hábitos, sus objetivos.

El orden jurídico es un instrumento de control social y, al mismo tiempo, es un instrumento de protección de la dignidad de las personas. Entre sus normas, están aquellas que otorgan poder para ejercer la coacción sobre las personas y están aquellas otras que protegen a las personas del uso arbitrario de ese poder. La expectativa depositada en los integrantes del Ministerio Público es que utilicen las primeras para confirmar la existencia y el respeto de las normas que aseguran la convivencia castigando a quienes las violan; y tengan presente en todo momento a las segundas para ser fieles custodios de la legalidad. Satisfacer estas expectativas es nuestro desafío.

## **POLICIA JUDICIAL Y LA FUNCION POLICIAL ANTE EL DELITO**

HUGO ANTOLIN ALMIRÓN\*

### **I. La institución policial**

En general puede decirse que la policía es una Institución destinada a mantener el orden público y la tranquilidad social, proveyendo a la estabilidad de las instituciones y a la seguridad de los ciudadanos que integran la población, resguardando su integridad física y moral, sus bienes y derechos (art. 10, ley 6791).

En el vocabulario comunmente, el vocablo "Policía" deriva etimológicamente de "Polis" vocablo griego que significa "ciudad" y por extensión "orden de la ciudad".

La Policía es muy importante en la organización socio-política de un país. Sin la Institución policial sería la ley del más fuerte y reinaría la anarquía y el desorden social, que pondría en riesgo la existencia misma del Estado.

La policía es el principal elemento de control social que tiene el Estado. En la vida cotidiana los funcionarios policiales simbolizan la autoridad pública para el ciudadano común.

### **II. Modelos policiales**

En general también podríamos señalar que existen dos modelos policiales básicos, cuyas diferencias no se ven siempre con suficiente claridad: uno de estos modelos es de orientación más bien norteamericano y el otro, europeo continental.

\* Director de la Policía Jurídica de Córdoba.

De acuerdo al modelo norteamericano, la Policía constituye ante todo un organismo societal mejor dicho, un organismo de la ciudadanía. La ciudadanía ejerce una especie de control sobre si misma, valiéndose de la Policía para ellos es decir, preserva el orden, garantiza la convivencia social, pacifica e interviene contra quienes transgreden la ley. El modelo de un cuerpo policial cercano a los intereses de la ciudadanía se basa en la idea de descentralización; es decir, en la supresión del aparato burocrático de seguridad, al que se pretende reemplazar por un sistema de seguridad, dirigido y supervisado por las autoridades locales.

En cambio en el modelo europeo el Estado nunca ha cedido el control sobre los organismos de seguridad a la ciudadanía. Mucho más decisivo en este contexto es el hecho, que las medidas policiales puedan ser supervisadas efectivamente por la vía judicial. No es el control local, entonces, sino la sujeción a las leyes, que caracteriza a todas las ramas de la administración pública, lo que garantiza que la Policía no se exceda en sus facultades.

Ambos sistemas tienen ventajas y deficiencias inmanentes. No se puede afirmar *a priori* que uno sea preferible al otro, del mismo modo, que tampoco es posible pronunciarse por uno u otro modelo. En última instancia se trata de una decisión política, que cada país debe tomar por separado; decisión para la cual no debe descuidarse la tradición socioestatal, ni la tradición histórico-policial, específica en cada caso. Obviamente habrá que evitar que se mezclen elementos de ambos modelos de modo arbitrario, puesto que ellos apuntan hacia criterios no siempre compatibles, acerca de la esencia de las funciones policiales, y las instancias y los instrumentos de control, que se consideren adecuados.

La elección del modelo debe atender y ser correlativo con los valores de la cultura del contexto donde se va a actuar. En nuestro caso, no cabe dudas que el modelo adoptado es el europeo continental.

### **III. La función policial frente al delito**

La función policial, es entonces, promover las condiciones materiales favorables al orden social, cuya alteración constituye delito. Y en esa "*Lucha contra el delito*", la función policial adquiere dos aspectos diferenciados: *La tarea anterior a la comisión del delito y la inmediatamente posterior.*

### ***Antes del delito***

La función consiste en *preservar el orden y tranquilidad pública*, evitando que el delito se produzca. Es lo que se conoce como "*Prevención del delito*". Esta función es la cumplida por la "*policía de seguridad*" (art. 6º, ley 6701). Esta es una labor de estrecha colaboración con los demás organismos estatales, aglutina instituciones intermedias dedicadas a la prevención del delito.

### ***Después del delito***

La función, en este caso, cambió fundamentalmente. Es cumplida por la "*Policía Judicial*" (arts.7º, ley 6701 –derogado por la ley 8520– y 321, CP Penal-ley 8123), y su función consiste en la investigación de los delitos de acción pública.

## **IV. Policía de Seguridad y Judicial**

Rasgos comunes y diferentes:

Estas características hacen que la actuación policial tenga en una y otra fase, rasgos comunes y algunos elementos diferenciadores. Son rasgos comunes que ambas instituciones (Policía de Seguridad y Policía Judicial), tienen en común la *lucha contra el delito* y diferenciado su ámbito de actuación.

Rasgos Diferentes: el fundamento reside en la naturaleza de sus actividades. Así por ejemplo en la fase de prevención del delito, es evidente que la tarea se cumple en diferentes niveles. La Policía de Seguridad en la lucha contra el delito la lleva a cabo de modo velando por el orden y la seguridad pública, constituyendo o creando con ello un *obstáculo material a la comisión del delito*. Existe en esta tarea un marco de discrecionalidad que le es propio.

En cambio, en el campo de la *represión del delito*, la actuación policial es *eminentemente reglada*, una actividad de derecho. La represión del delito en general, sólo se concibe en un estado de derecho, luego del debido proceso, con las garantías constitucionales correspondientes. El cumplimiento de esta tarea requiere la intervención de la policía en una actividad acotada por las reglas del derecho penal sustantivo y procesal, en la que la "discrecionalidad" existente en la fase anterior, no existe.

La prevención es una actividad típicamente discrecional, siendo el único límite que reconoce son los principios de razonabilidad y la desviación de poder. En cambio en el ámbito de la represión del delito

la actividad es esencialmente formal y reglada. Las formas son rituales y de su cumplimiento depende la validez de lo realizado. El policía fue formado para cumplir una tarea discrecional y circunstancias coyunturales como la falta de presupuesto determina que cumpliera otro tipo de funciones como la judicial reservada a otro ámbito formado para ello como es el Poder Judicial en su conjunto.

## V. La Policía Judicial

La Policía Judicial es una consecuencia directa de nuestra organización política y jurídica del país. En ella reposa el principio constitucional de la División de Poderes. Siendo la represión del delito una actividad propia del Poder Judicial, se concibió a la Policía Judicial, como una Institución necesaria en la tarea de auxiliar a la Justicia en su finalidad represiva.

La naturaleza de la función de la Policía Judicial consiste en investigar los delitos de acción pública, por orden de autoridad competente o, en casos de urgencia, por denuncia o iniciativa propia, siendo esta función compleja. Sintéticamente consiste en:

1) Impedir que los delitos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores.

2) Individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento (art. 321, CP Penal).

La Policía Judicial es auxiliar del Ministerio Público, en cuya responsabilidad recae la titularidad y ejercicio de la acción pública y por ende es el único encargado de la represión del delito, a través de la aplicación de la ley penal como órgano del *Poder Judicial* (art. 18, Constitución Nacional; 7° y 17, Constitución Provincial y 10, CPP). Este auxilio es casi siempre materialmente indispensable, para poner en movimiento el accionar de la ley penal.

De este modo participa en la *Función Judicial del Estado*, como un órgano preestablecido para lograr el descubrimiento de la verdad acerca de la presunta comisión del delito y la actuación de la ley penal en el caso concreto, con la particularidad de que no es quien aplica la ley, sino que facilita su aplicación, en lo que podríamos llamar una actuación de "medio a fin".

Así concebida, la Policía Judicial, se caracteriza por ser:

1. **JURIDICA:** En tanto se encuentra regulada por la Constitución y la Ley.
2. **AUXILIAR:** De los Tribunales encargados de aplicar la ley sustantiva.
3. **EVENTUAL:** Porque puede no intervenir cuando el órgano judicial lo hace desde el comienzo.
4. **INDEPENDIENTE:** Con referencia a otros poderes.
5. **CAUTELAR:** Tratando de asegurar la verdad sobre el delito y el resguardo de las pruebas.
6. **IMPARCIAL:** Porque no debe limitarse a reunir las pruebas de cargo, sino además la de descargo.

La Policía Judicial es una institución civil de carácter profesional, técnica y científica encargada de actuar como auxiliar permanente de la administración de justicia en la investigación de los delitos de acción pública.

El accionar de la Policía Judicial se sustenta en el respeto irrestricto de los derechos humanos contemplados desde las garantías y principios constitucionales relacionadas con la libertad individual y las condiciones del debido proceso.

### ***Evolución histórica***

En la institucionalización de la Policía Judicial de Córdoba, se puede trazar un trayecto que atraviesa diferentes momentos. En un primer momento tiene vida normativa y se consolida como paradigma en el Código Procesal Penal del año 1939 sosteniendo su ubicación institucional en la órbita del Poder Judicial.

Más tarde en el año 1958, la ley 4615 concreta la estructura administrativa con la representación de su diseño organizativo, cuya implementación encuentra tiempo oportuno con el retorno de la democracia a nuestro país a partir de 1983, en el que se trabaja en un proyecto integral de reforma judicial.

En este contexto la ley 7806 del año 1984, da el primer paso esbozando la actual estructura orgánica de la Institución y dando la primera implementación práctica con el nombramiento de los Asesores Letrados de Sumarios emplazados en los locales policiales donde se labraban sumarios de prevención policial.

Posteriormente la afectación del Departamento Criminalística, con sus bienes y personal especializado al departamento de Policía Judicial, mediante el decreto 3815 del año 1985.

En el año 1995 la ley 8520 consolida las funciones de Policía Judicial, creando las condiciones para su efectiva implementación integral. En mayo de 1996 se da otro paso importante, al asumir en su ámbito la sustanciación del sumario de prevención.

### ***Un paradigma: la investigación criminal***

El nuevo Código Procesal Penal –ley 8123– descentraliza en la figura del fiscal la responsabilidad de la investigación penal preparatoria y la acusación, perfilando como mano ejecutora en esta trascendente tarea a la Policía Judicial, a quien le corresponde la investigación del delito, desde dos dimensiones: *Jurídico Social y Técnico-Científico*.

Desde la primera, sustancia o instruye el sumario y desde la segunda, recoge en el lugar del hecho todas las evidencias, indicios, huellas y rastros, etc., que con un tratamiento y rigor técnico-científico posibiliten establecer la reproducción histórica del hecho investigado, de las cosas y personas relacionadas.

La investigación tal como la proyecta la Policía Judicial, es un proceso dinámico donde convergen normas, métodos, ciencia e intuición, desde equipos de trabajo interdisciplinarios entrenados para un pensamiento creativo que en la búsqueda de la verdad cuentan con las facilidades de la tecnología y el trabajo en redes organizacionales.

El tema está centrado en los niveles donde se desarrolla la investigación y aquí cobra relevancia la actividad que se realiza en la búsqueda de información fuera de la oficina o Tribunales, sino en la calle y en el submundo del delito. En la tarea que realiza el personal comúnmente denominados “detectives” para diferenciarla de la confección del sumario.

### ***La investigación de calle o de detectives***

La judicialización de esta actividad se presenta especialmente complicada, pues, no admite improvisaciones de ningún tipo. En realidad el primer escollo que se presenta es la falta de infraestructura normativa y operativa para integrar este segmento de la Policía Judicial.

La Policía Judicial no debería además asumir la investigación de todas las formas delictivas cualquiera sea su entidad con el mismo esfuerzo, sino únicamente aquéllas que con criterios de oportunidad reglada, se decida asumir en el marco de una política criminal previamente diseñada, fundamentalmente de aquellas conductas delic-

tivas de compleja investigación o que por su gravedad o modalidad operativa organizada ameriten un esfuerzo investigativo adicional.

La cuestión política que nos debemos representar, y que se encuentra en la base de todo este planteo, atiende a la selección de las conductas criminales sobre las que habremos de destinar todos los recursos humanos y materiales con los que cuenta el sistema de administración de justicia, policial judicial incluida, para perseguir y juzgar.

La lucha contra el crimen y fundamentalmente el organizado no puede quedar en manos de organizaciones tradicionales, sino que deben reunir ciertos requisitos particulares que la hagan apta y eficaz para ello. Creemos que la organización debe ser lo suficientemente ágil y flexible que permita una rápida adaptación a los cambios y modalidades operativas de la delincuencia.

En síntesis, bajo estas premisas y principios se elaboró un proyecto de desarrollo institucional de la Policía Judicial de Córdoba, el que se encuentra en plena ejecución, convencidos que con la introducción de modernos diseños organizativos y de administración de los recursos, nos permitirá asumir la lucha contra la delincuencia, en especial la organizada con ciertas probabilidades de éxito.,

### ***El lugar y el tiempo de trabajo de la Policía Judicial***

El delito y el comportamiento criminal son el escenario donde se desarrolla el trabajo del policía judicial, que en un contexto de cambios socioculturales abre nuevos perfiles y campos de manifestación desafiando permanentemente las estructuras de la investigación del delito hacia opciones flexibles de trabajo, capaces de albergar el cambio e incorporar nuevas tecnologías, métodos y campos científicos en el trabajo probatorio.

El tiempo de la intervención de la Policía Judicial es la inmediatez del hecho ocurrido, lo que la hace un organismo ejecutor, de medidas urgentes, que tiene que estar en condiciones de dar respuestas y resolver situaciones límites, como así también dispara los procesos correspondientes para que otras instituciones puedan realizar su trabajo, como por ejemplo en el escenario prevención del delito.

### ***Organización interna ¿Cómo trabaja la Policía Judicial?***

En la lucha contra el delito la Policía Judicial se sustenta en los principios de una organización dinámica y flexible, plasma su actividad desde un diseño funcional que articula el equipo directivo con

una Secretaria de Sumarios y una Secretaria Científica, en un trabajo interdisciplinario de investigación jurídico-criminalístico.

En la actual fase de implementación la Policía Judicial destaca su labor en la ciudad de Córdoba-Capital. Cuenta con 27 Unidades Judiciales estratégicamente emplazadas compartiendo locales policiales (precintos), de las cuales cinco (5) son especializadas y están en la propia jefatura de la Policía de la Provincia (homicidios, robo y hurtos; sustracción de automotores; delitos especiales contra las personas; defraudaciones y estafas ).

Cada Unidad judicial está integrada por dos (2) Ayudantes fiscales y Sumariantes que hacen de Secretarios de Actuaciones.

En la actual etapa de implementación, la Policía de Seguridad destaca en el lugar personal policial para cumplir la tarea de comisionados e investigadores.

El territorio de la ciudad se dividió en ocho (8) distritos judiciales a cargo de fiscales con sus respectivos jueces de control,

La Unidad judicial recibe por dos vías causas para instruir los sumarios: por denuncia o por acta, en este último caso, es la propia policía de patrulla en los casos de flagrancia o por haber acudido al lugar del hecho criminal.

El sumario una vez completo con la prueba técnica incluida, es elevado a los fiscales que en cada caso corresponda, quien normalmente lo único que le queda por realizar es receptar la declaración al imputado y acusar o instar el sobreseimiento.

Las constancias del sumario remitido por Policía Judicial están judicializadas, por lo tanto no necesitan ratificación y eventualmente se pueden válidamente incorporar al debate por su lectura.

## **VI. La Policía de Seguridad**

La Policía de Seguridad o Administrativa es una Institución que depende del Poder Ejecutivo y tiene a su cargo el mantenimiento del orden y la seguridad pública. Su función esencial es la de prevenir la comisión del delito y para lo cual tiene asignadas facultades específicas que limitan las libertades públicas.

## **VII. La Policía Judicial y de Seguridad como elementos del sistema penal**

### ***¿Qué es un sistema penal?***

Entendemos que sistema penal es un conjunto de funciones estructuradas cuya razón o fundamento es la *Juciticia Social Penal*.

Los elementos del sistema penal son:

1) Las leyes penales generales y especiales, las de procedimiento criminal ordinario o no, la organización judicial en lo penal, la del Ministerio Público, las leyes y demás regulaciones sobre el tratamiento institucional del delincuente y la víctima.

2) La estructuración funcional del ordenamiento jurídico-penal que determina no sólo las funciones de los titulares principales y auxiliares del sistema penal como son los policías, jueces, fiscales, secretarios, funcionarios penitenciarios, profesionales y auxiliares diversos para los diferentes servicios médicos, psicológicos, de asistencia social, etc.

3) La conformación institucional de las funciones: Poder Judicial (la justicia penal), la Policía y los Servicios Carcelarios.

Todo sistema penal debe ser consecuencia de una *política criminal* debidamente planificada y parte de la planificación de la *Justicia en general* que, como tal, ha de integrarse lo más posible en la del desarrollo del país de que se trata.

Como sistema constituye un todo con vínculos: 1) de interdependencia; 2) es un aspecto más extenso del sistema de justicia social; c) es un sistema de decisiones, actuaciones, mandatos y en su caso, sanciones; d) su adecuado funcionamiento depende del apoyo que recibe de: la comunidad, del gobierno y del régimen político existente.

Por lo general, los sistemas penales son funcionalmente concebidos como una correlación lineal y sucesiva de sectores cada uno con su diferente status y ordenación y limitada coordinación entre ellos. La estructuración lineal es consecuencia de la formación histórica de los diversos elementos y su conglomeración funcional en el siglo XIX. El hombre de leyes se afirma antes y en el siglo XVI tiene ya una posición social que se afirma más y más hasta ser políticamente él más fuerte en el siglo XIX.

Carceleros y policías tardan mucho más en ser estructurados y sólo en el siglo XIX adquieren una cierta uniformidad y estabilidad funcional.

### ***¿Qué política criminal se impone en la actualidad?***

La comunidad y en su caso la víctima, deben ser tenidas más en cuenta que el delincuente, lo que no implica represión ciega, sino tan sólo una estimación sociopolítica del fenómeno de la criminalidad como

algo que atañe directamente y en ocasiones esencialmente del desarrollo de un país del cual *la seguridad* es un elemento primordial.

### ***¿Qué función cumple desde este enfoque las Policías?***

La función policial adquiere mayor importancia, lo que no supone una concepción policial de la vida o del sistema penal, pero si que éste no puede ya ser concebido y organizado conforme a la sociedad del siglo XIX y comienzos del presente y su correspondiente concepción del Poder Judicial.

### ***¿Qué hace la Policía?***

La Policía es el elemento del sistema penal que se encara primero con la criminalidad, el delito, la víctima y el delincuente y luego vendrán el Ministerio Público, el juez y el funcionario penitenciario.

Como un sistema de decisiones, en el penal las primeras que suelen tomarse lo son por la Policía. La Policía decide si ante un hecho determinado debe o no intervenir.

Las decisiones tomadas pueden ser justas o no, pero son tales y en no pocos supuestos no difieren ética ni jurídicamente de las adoptadas por el fiscal o el juez.

Al reunir las pruebas durante la investigación la Policía toma una serie de decisiones, algunas de las cuales puede dar lugar a la privación momentánea de libertad del sospechoso o inculpado. Toma también una serie de decisiones respecto a la víctima.

En algunos países, la policía es la que mantiene la acusación en los tribunales inferiores. Tal función puede estimarse peligrosa pero en Inglaterra es la corriente y ha dado lugar a menos abusos que los que comúnmente se derivan en los demás países de la función del Ministerio Público.

En realidad es la investigación inicial la que en la mayor parte de los casos pone en marcha el sistema penal y fundamenta diversamente la decisión judicial. Pese a todo ello, la Policía no siempre es estimada como elemento del sistema penal y cuando admitida lo es con una condición secundaria que no se corresponde con su verdadera función.

Hoy en día, la Policía y los encargados del tratamiento del delincuente, deben desempeñar funciones no menos esenciales si la efectividad del sistema penal ya demuestra la enorme complejidad de la función policial.

## VIII. La prevención del delito

Las prioridades en materia de prevención del delito en el diseño de la política criminal de los gobiernos, se tienen en cuenta, más o menos los siguientes elementos:

1) El incremento de la delincuencia grave y la aparición de nuevas formas de criminalidad.

2) Las repercusiones del delito en la sociedad (lesiones, pérdidas económicas, impacto emocional, efectos desfavorables sobre la calidad de vida, etc.) y, en particular, en determinados grupos (personas de edad, mujeres, niños, etc.).

3) El sentimiento de inseguridad cada vez mayor de los ciudadanos y sus consecuencias (inhibición, desconfianza, angustia, petición de medidas represivas, cambios en las conductas normales, utilización con fines políticos de ese sentimiento o temor al crimen, etc.).

4) Los costos cada vez más elevados del conjunto del sistema penal y en particular, de los servicios policiales, así como los costos indirectos del delito (sistemas de seguridad, seguros, etc.).

5) El bajo porcentaje de esclarecimiento de los delitos.

6) La escasa participación de la ciudadanía en el funcionamiento de la justicia penal y la insatisfacción generalizada de la población con respecto al conjunto del sistema penal.

7) La ineficacia de las penas clásicas, de los métodos tradicionales de tratamiento de los delincuentes, de las medidas preventivas habituales y, en general, del sistema penal.

8) La ausencia de lineamientos para la articulación de una política criminal moderna y progresista.

**DEFINICION:** En general ni siquiera existe coincidencia o uniformidad en cuanto a los alcances o significado del término utilizado.

Para algunos es un "conjunto de medidas que impiden el surgimiento de la delincuencia". Para otros: "adoptar medidas para disminuir los riesgos de perpetración de delitos".

Desde tiempos inmemoriales, el Estado se ha enfrentado al delito por dos vías esenciales: prevención y la represión. Al examinar la dialéctica "represión-prevención", que domina desde hace siglos el conjunto del sistema penal y, más recientemente, la aduación de las fuerzas policiales, Curbet señala lo siguiente: "La represión utiliza medios conocidos desde hace mucho tiempo y que resultan fácilmente evaluables. La prevención, por el contrario, es una noción más impre-

cisa y con una utilidad que aparece como menos inmediata. Mientras el lenguaje de la represión parece claro, el de la prevención aparece confuso e incluso puede llegar a resultar inquietante.

## IX. Formas y estrategias

Si no hay acuerdo en la definición tampoco existe en las formas y estrategias para practicarlas.

Para algunos autores, el Estado puede aplicar las *medidas preventivas* en tres formas:

1) Por vía Legislativa (mediante la amenaza de la ley *penal* –prevención general– o la promulgación de leyes destinadas a impedir que surjan determinadas situaciones –*prevención directa*–).

2) Por la vía judicial (gracias a la aplicación efectiva de la ley penal –prevención general– o a la individualización de la pena para evitar la reincidencia –prevención especial–).

3) Por la vía administrativa (a través de la acción policial: patrullas, rondas, controles, registros, social, etc.).

También suele distinguirse entre prevención: primaria, secundaria y terciaria.

Para las Naciones Unidas la acción preventiva se dirige:

1) En el plano primario, a toda la población y concierne esencialmente a la salud pública, la educación básica y la ética social.

2) La prevención secundaria se destina a las personas que se hallan en situación peligrosa y recurre a servicios capaces de restablecer las oportunidades sociales.

3) La prevención terciaria está individualizada y orientada a quienes necesitan una ayuda urgente e intensiva durante un período más largo. En el contexto norteamericano:

1) La prevención primaria *engloba* a todos los métodos orientados a reforzar y proteger el objetivo *perseguido* por el delincuente potencial o a disminuir su vulnerabilidad (programas de identificación de bienes de valor, de protección del barrio gracias a patrullas de vecinos, de inspección de residencias para determinar el grado de seguridad de las mismas, de transformación del entorno, de información a las víctimas o al público, etc.).

2) La prevención secundaria pretende evitar que se manifiesten situaciones o comportamientos *criminógenos* (programas

sociales, económicos, educativos y recreativos; *sensibilización* del público, información en los medios escolares, etc.).

3) La prevención terciaria persigue sobre todo la neutralización de los delincuentes mediante el control y la vigilancia que ejercen las fuerzas policiales y la intervención del sistema de justicia penal.

## X. Modelos de prevención

### 1. Modelo punitivo y médico-terapéutico

Para estos modelos cobran importancia la ley y su aplicación en un plano más general y en forma más específica, las actividades de la Policía.

A) La Ley Penal y su aplicación: Para la mayoría de los especialistas, la pena aparece como una función necesaria para la defensa social, sin la que sería imposible mantener el orden público. Entre las teorías propuestas como fundamento del derecho de *castigar* (*ius punendi*) *figuran* las que asignan a la pena el fin de prevenir delitos futuros. La amenaza penal, plasmada en un texto de ley, se concreta en principio a través de la actividad de los diversos organismos que forman parte del sistema de justicia: policía, tribunales y servicios penitenciarios.

B) La actividad policial tradicionalmente se considera que la presencia policial en la vía pública, asegurada por la patrulla, constituye la principal tarea preventiva de la Policía. También se afirma a menudo que la acción represiva llevada a cabo por la Policía Judicial, concretada mediante el descubrimiento de los delitos y la *investigación* criminal, representa en sí misma importante modalidad de prevención. La investigación científica ha puesto de manifiesto la relativa eficiencia de estas dos hipótesis, suministrando sin embargo datos suficientes para una reorientación de ambas funciones policiales. La investigación criminal delegada en las Policías como una función accesorio y secundaria, no ha dado el resultado esperado. La Policía Judicial separada de la Policía Administrativa es una alternativa importante a tener en cuenta. El éxito o fracaso de la misma dependerá del grado de profesionalización y equipamiento con la que se la instrumente.

La patrulla preventiva es considerada por el medio más *idóneo* y generalizado de *prevención* policial. Su presencia permanente, su observación atenta de personas y caos, su intervención en caso de inci-

dentes y su frecuente contacto con la población la ha convertido en un instrumento poco controvertido de prevención de la delincuencia.

## **2. El modelo social**

Estos métodos parten de la hipótesis según la cual es la sociedad la que condiciona al individuo, siendo los defectos de la organización social los que crean la delincuencia. Por consiguiente, sólo si se efectúan cambios en ella podrá esperarse una influencia benéfica sobre las conductas individuales o colectivas.

## **3. Modelos mecánicos**

Se parte de la base que el medio físico condiciona los comportamientos humanos y dentro de ellos, el *criminal*.

## **4. Comunitario**

Pero en la práctica, esto implica muchos cambios en las *organizaciones* policiales. Sobre todo se trata de un cambio cultural en todo el colectivo policial. Es importante para ello cambiar como se percibe la policía a sí misma pero también como definimos todos nosotros qué tipo de policía queremos. Es necesario que los policías estén plenamente integrados en el tejido social. Que el policía no sea un elemento más de mobiliario urbano, sino un auténtico profesional; esto implica que la toma de decisiones no sea patrimonio de un sector de la organización, sino de todos los profesionales implicados, *empezando* por la policía de base

En general, los *programas* de actuación policial han de ser programas interdisciplinarios. El policía no es un asistente social, ni un abogado, ni un *psicólogo*, pero debe formar parte, junto con estos y otros profesionales y departamentos, de los equipos que *diseñan* y ejecutan los programas de actuación. No se puede hablar hoy de inmigración, *drogas*, circulación, y otros temas similares desde una perspectiva únicamente policial, sin tener en cuenta que la Policía forma parte de un sistema social mucho más complejo.

En un sistema *social* bien cohesionada, el *aparato* de control social-informal es el principal método de regulación del comportamiento individual para poder convivir en sociedad. El control formal coactivo, con sus prisiones, el uso de la fuerza, y régimen sancionador de todo tipo, sólo se trata de un último recurso cuando el sistema informal falla.

La Policía sigue pues constituyendo una parte importante del aparato de control social coactivo y penal, pero la prevención, la mediación, la potenciación de la integración social, son instrumentos mucho más importantes que la propia represión.

Cada policía debe ser consciente de su propia responsabilidad sobre el territorio, o sobre una función determinada. Naturalmente, no es posible hablar de participación si el policía no dispone de la *información* suficiente para abordar el problema, y de unas estructuras que faciliten la plena *coordinación* entre unidades y entre cuerpos policiales distintos.

Esa participación social, debe garantizar también el adecuado control de la manera en que se realiza la actividad policial. La descentralización de las organizaciones policiales, la implicación en el territorio: las patrullas a pie, los medios técnicos adecuados, la *formación*; son instrumentos básicos para la detección de los problemas que afectan la seguridad ciudadana y la calidad de vida de la población.

Una Policía basada en los principios de la policía comunitaria presenta en este sentido innumerables ventajas. El *problema* en el que se espera que intervenga el policía viene aquí definido por la propia sociedad en la que presta sus servicios profesionales el policía. Están destinados a sensibilizar a la población *sobre* el papel que puede jugar en la prevención del delito, principalmente gracias a una colaboración eficaz entre la Policía y la comunidad.

Los principales programas consisten en campañas de información y educación sobre este tema y en la creación de *comités* de prevención de barrio.

## **XI. La Policía del futuro**

A modo de conclusión podemos *señalar*, que la complejidad de las sociedades modernas, hace inútil la tradicional lucha contra el delito únicamente desde la reacción policial y el sistema penal en general. La persecución del delincuente era, *desde* esta perspectiva, el objetivo fundamental de la Policía. Hoy sin embargo la criminología moderna reconoce la importancia fundamental de la situación en el desarrollo de los delitos.

El delito se produciría, desde esta perspectiva situacionista, cuando confluyen el posible delincuente, la víctima u objetivo apropiado y el entorno adecuado.

La eficacia de la Policía en la prevención del delito, implica pues, que se preste la *mínima* atención no sólo al presunto delincuente, sino también a las víctimas o blancos potenciales, así como al entorno social, ambiental y de todo tipo en el que éste se pueda producir. La prevención adquiere en este contexto un valor fundamental. El modelo punitivo encarnado por la Policía Judicial es el último recurso como elemento de prevención. De todos modos tanto prevención como represión son actividades *interdisciplinarias* y de trabajo en equipos, que exige la madurez necesaria de los organismos e Instituciones responsables de trabajar conjuntamente.

En este sentido, el grupo de trabajo sobre prevención situacional, del Forum Europeo para la Seguridad Urbana utiliza una definición de prevención situacional que resume los puntos esenciales para que esa prevención se pueda producir. Según esa definición, prevención situacional será una aproximación global e integrada a *la prevención* de la inseguridad basada metodológicamente en los siguientes aspectos:

a) Prioridad a las *zonas* de la ciudad o a los barrios potencialmente más problemáticos, como son los espacios abiertos, *zonas* de ocio, jardines, etc.

b) Potenciación de la interrelación plena entre el sector público y especialmente la Policía, el sector privado tanto comercial como no comercial, las asociaciones de todo tipo y los ciudadanos en general.

c) Adopción de una perspectiva global que aborde los aspectos sociales, políticos, económicos, educativos y técnicos de la *zona* en conflicto.

Lo cierto es que los instrumentos son insuficientes si la policía no está interrelacionada con el resto de agentes sociales.

El conocimiento amplio del territorio y de la colectividad que en él se desenvuelve, permiten al policía situar correctamente cada problema en el contexto adecuado. Se pueden detectar las causas reales del mismo, así como cada una de las *consecuencias* que puede *provocar* cada alterativa utilizada para su resolución. Sin embargo, es imprescindible conocer profundamente los diferentes recursos de la administración y del propio tejido social. Las políticas aplicadas en cada caso, las prioridades y los mecanismos de movilización de dichos recursos. Esto sólo es posible si la Policía no actúa como un ente aislado, sino como una parte más de la *Administración*, y por tanto su nivel de coordinación con otros servicios públicos con competencias

sobre el tema se convierte en una norma y no en una excepción. Las organizaciones policiales modernas se caracterizan por la progresiva implantación en su seno de una nueva cultura que implica una actitud hacia el servicio y la colectividad diferente de la tradicional. Es en suma, un nuevo estilo de hacer policía. El trabajo en equipo; la policía comunitaria; la orientación a la resolución de problemas; la respuesta contingente al entorno concreto en que se actúe; la *configuración* de redes interrelacionadas con el resto del sistema policial y con *todos* los agentes sociales que intervienen en el *hecho*, son algunas de las características de ese nuevo estilo policial, pero sobre todo es el nivel de implicación en el tejido social, el que caracteriza la Policía moderna. Los policías necesitan hoy actuar desde una actitud altamente positiva de *prevención* y anticipación de los *problemas*, de implicación personal en la resolución de todo tipo de conflictos y en la búsqueda de alternativas, en la *movilización* de recursos tanto públicos como privados para abarcar esos problemas de manera global e interdisciplinaria.

En definitiva, hablamos de pasar de una filosofía eminentemente reactiva a otra básicamente proactiva. Esto implica *forzosamente* la máxima *implicación* posible en el tejido social por parte de la Policía, de toda la policía de hoy.

Sin embargo, este concepto de prevención situacional, encuentra en la práctica, fuertes reticencias en el seno de los propios cuerpos policiales, acostumbrados a acudir al sistema penal y a *trabajar* desde una cierta lejanía de la colectividad en general. La Policía en general, se mueve desde mediados de siglo, entre dos extremos que condicionan el estilo policial que se adopte en cada momento. El estricto cumplimiento de la ley y la aplicación discrecional de su profesionalidad ante los problemas concretos. Los policías, al igual que otros agentes sociales, se enfrenta diariamente a problemas concretos para los que la simple aplicación de la ley no ofrece respuesta. Esto es muy frecuente en esa tenue frontera que delimita el ámbito de lo privado y lo público.

Las *discusiones* entre vecinos, los malos tratos en el *seno* de la familia, la indignancia, los atentados al medio ambiente, el fraude, el mundo del comercio y del consumo, la industria, el transporte, etc. son campos en los que el policía recibe una *creciente* demanda social y para los que el sistema penal sólo es útil a partir de determinado nivel. Uno de los elementos más característicos de las organizaciones policiales modernas, es sin duda la necesidad, de que la Policía esté fuertemente implicada en la colectividad.

Esta implicación comporta la *integración* plena en el tejido social y por tanto la máxima interrelación con diferentes entidades sociales. Es importante pues analizar, desde diversas perspectivas, el papel de la Policía con relación a estas entidades sociales. Puede tratarse de asociaciones o, instituciones profesionales de todo tipo, siempre que su marco de actuación coincida en la misma problemática social en la que trabaja la Policía. Cabe advertir, sin embargo, que los policías suelen ser reacios a que esa relación trascienda la mera *colaboración*.

La Policía de hoy no *puede* limitarse a buscar la cooperación ciudadana, si no que deben potenciarse los espacios naturales de encuentro entre la Policía y el resto de agentes sociales adecuado en cada caso. Esto implica pasar de una concepción de la Policía como mero factor de control y persecución del delito a otra en la que, además, se constituya en un factor más de integración social. En las sociedades modernas no basta con que el policía sea un representante del Estado, un agente de la autoridad, ni con que sea un buen defensor de la ley. Debe ser percibido, además de todo ello, como un factor de integración social, como un miembro más de la colectividad trabajando profesionalmente *desde* esa misma colectividad, *codo* con *codo* con jueces, asistentes sociales, educadores, asociaciones de vecinos, en definitiva con resto del tejido social.

El cambio en las actitudes, así como el cambio en la cultura profesional, de sus diseños organizativos que deben dar paso a organizaciones ágiles y flexibles, de fácil adaptación a los cambios, reducir y unificar sus estructuras jerárquicas, son reformas imprescindibles para lograr la modernidad que se persigue. La Policía que nuestra sociedad está demandando, *pasa precisamente* por una actitud profesional que es responsabilidad de todos los policías tanto de mandos, *como* agentes de base.

## CONSIDERACIONES EN TORNO AL IMPUTADO

JULIO J. MARTÍNEZ VIVOT (H.)\*

Dentro del proceso penal, el imputado reviste un rol esencial no solamente por su condición de sujeto pasivo del mismo sino, fundamentalmente, por cuanto la observancia de las reglas del debido proceso imponen su intervención de manera que se asegure un efectivo control de la actividad.

En tal sentido, la totalidad de los códigos modernos, con algunas variantes, le aseguran esa presencia efectiva no sólo para controlar los actos que puedan resultar irreproducibles, sino también aquéllos en los cuales su presencia no implique poner en crisis el éxito de la investigación.

Sobre el particular el Código Procesal Penal de la Nación ha venido a cubrir un vacío que desde mi óptica resulta esencial, cual es el de fijar el concepto de imputado. Ello es así, en la medida que podemos extraerlo del artículo 72, cuando establece que *"Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso"*.

Con esta disposición ha quedado de lado la interpretación que se efectuaba con el Código de Obarrio en el sentido que, hasta tanto no se recibiera la declaración indagatoria, el imputado no tenía intervención en el proceso; al punto tal que, incluso, se negó tal derecho a quienes hubiesen declarado de tenor de la segunda parte del artículo 236 del referido código, con el argumento de que no era parte en el sumario.

Por lo demás, la solución actual no sólo responde a razones de economía procesal sino que, también, asegura la efectiva observancia

\* Abogado. Profesor. UCA.

del derecho de defensa a través de la posibilidad de ser oído y de ofrecer la prueba que se estime conducente a clarificar los hechos.

Digo que el principio de economía procesal juega en la cuestión, en la medida que a través de la oportuna presentación, decidida espontáneamente por el imputado, en buena cantidad de casos puede esclarecerse la realidad de los hechos sin necesidad de un desgaste jurisdiccional inútil, resultado de orientar la instrucción con un conducto de investigación inadecuado que lleve tras un largo camino a la solución que podía haberse alcanzado desde un inicio —de haberse permitido, a quien resulta señalado como partícipe del hecho investigado—, brindar sus razones y ofrecer las pruebas que así lo acrediten.

Pienso que tanto el artículo 73 como el 279 del Código Nacional, como los similares de los diversos ordenamientos provinciales, aseguran esa posibilidad de intervención del imputado desde el inicio de la causa, circunstancia que contribuye —al menos relativamente— a procurar el efectivo contradictorio.

Es cierto que esto ofrece algunas limitaciones que, en algunos casos, encuentran justificación en la necesidad de evitar que trasciendan la realización de determinadas medidas instructorias que, conocidas con anticipación a su efectivización, podrían verse frustradas por tal circunstancia.

Sin embargo, con las reservas pertinentes, entiendo que debe adecuarse la disposición contenida en el artículo 204 del Código Nacional, en la medida que el carácter público del sumario que se establece para las partes y sus defensores aparece restringido al fijarse que el examen de las actuaciones podrán realizarlo después de la indagatoria.

Así, no obstante insistir en la necesidad de establecer salvaguardias para que no se vea frustrado el resultado de determinadas diligencias merced al conocimiento previo de ellas por las partes, no puedo dejar de señalar que no siempre la indagatoria se da al inicio de la etapa instructoria y, entonces, la imposibilidad de conocer los hechos imputados y las pruebas que se invocan en su contra el imputado comprometerá seriamente la posibilidad de brindar su versión en los términos que aluden los artículos 73 y 279 del Código de la Nación.

Por lo demás, si los artículos referidos en el párrafo anterior se orientan a asegurar el ejercicio del derecho de defensa, es evidente que se impone tener acceso a las actuaciones y, si bien es cierto que buena cantidad de juzgados interpretan la cuestión en tal sentido siempre que no se comprometa la investigación, no es ésta una cues-

tión para dejar librada al criterio de cada magistrado sino que impone una regulación uniforme.

Otro tema que, desde mi punto de vista, reviste particular trascendencia con relación al imputado se vincula con declaración indagatoria y la garantía de que nadie está obligado a declarar contra si mismo, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Al respecto, estoy convencido que –tal vez por tradición, o vaya a saber por qué otra circunstancia– en este aspecto se ha mantenido el rasgo inquisitivo que, sus detractores, le asignaban al Código de Obarrio.

En efecto, en este aspecto parece que tanto el actual como el anterior ordenamiento ritual –del mismo modo que lo hacen los provinciales, aunque algunos de los cuales prescinden del término “indagatoria”– han mantenido la declaración del imputado como eje de la investigación, por más que la exposición de motivos se señale que “la indagatoria es un medio de defensa y no prueba contra el imputado”.

No me pasa inadvertido el hecho de que el texto legal impone que se haga conocer al convocado que “puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad”, pero tal circunstancia no borra el carácter compulsivo de la convocatoria, que como lo señala Cafferata Nores importa al menos una suerte de violencia moral.

Por lo demás, este sistema ha llevado a desnaturalizar el alcance de la garantía constitucional toda vez, que al estar conminado el imputado a comparecer al acto, se ha debido admitir que éste no sólo tiene el derecho de abstención emergente de la referida garantía sino la posibilidad de no responder conforme a la verdad, cuestión que en la práctica ha llevado a asignar un valor relativo al contenido de la declaración indagatoria cuando de la misma no resulta una confesión.

En efecto, la realidad muestra que en la mayoría de los casos no se opera la abstención de declarar sino que, por el contrario, se declara, claro que, en buena cantidad de ellos, proporcionando una versión que al no responder a la realidad se erige en un “fuerte indicio de culpabilidad”, por no compatibilizarse con el resto de la prueba colectada.

Al respecto, tal vez valga considerar el sistema norteamericano que, fundado en la misma garantía, opta por no convocar coactivamente al imputado a prestar declaración e incluso le hace conocer su derecho a permanecer callado, con la advertencia de que todo cuanto dijere puede ser tomado en su contra.

Así las cosas, en aquel sistema ni remotamente se ve enfrentado el imputado a la posibilidad de declarar y sólo lo hará cuando –por su

propia decisión acordada con su defensor— solicite al juez ser convocado al efecto, claro que previo juramento de decir verdad.

Si en nuestro ordenamiento siguiéramos ese sistema, la declaración del imputado adquiriría una trascendencia de la que ahora carece y se evitaría inducir a declarar a quien puede creer que “el que calla otorga”, esbozando una versión que luego podrá jugarle en contra.

Por lo demás se evitaría la admisión de la mentira, que obviamente no tiene por que conjugarse con la garantía constitucional y que, sin embargo, debemos admitir por las razones señaladas.

No me pasa inadvertido que, en el sistema procesal argentino, la indagatoria cumple una doble finalidad: la primera referida al emplazamiento del imputado —de allí la obligación de comparecer al acto— y la otra vinculada con la audiencia del imputado en si misma.

Sin embargo, entiendo que no existe problema para que el referido emplazamiento se haga a través de un acto procesal autónomo, en el cual ni siquiera sería necesaria la presencia del juez, ya que bien podría el secretario —en su condición de fedatario— cumplir la diligencia y dar fe de ella.

A lo dicho puede agregarse que este sistema contribuiría a la observancia del principio de economía procesal, en tanto las declaraciones se reducirían en cantidad y, dicho sea de paso, el magistrado interviniente estaría en condiciones de receptorlas personalmente —tal como lo establece el Código—, evitando en el caso la famosa delegación.

Sé que, para algunos, el hecho de que aún voluntariamente el imputado preste declaración bajo juramento implicaría la afectación de la garantía constitucional consagrada por el referido artículo 18.

Al respecto respondo que aquélla asegura el derecho a no declarar contra si mismo que, desde mi óptica, en ningún caso puede verse afectado cuando es el mismo imputado —con discernimiento, intención y libertad— quien opta por esta alternativa que nadie le impone y al cual, en consecuencia, voluntariamente renuncia.

Repárese que en los Estados Unidos éste es el criterio y a nadie se le ocurre ese planteo.

Por lo demás el estado de derecho y la observancia de las garantías constitucionales no implican el establecimiento de sistemas que importen su propia negación, de allí que los derechos se ejerzan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio y que en este caso se manifiestan a través de la opción de permanecer callado o de la opción por ser oído, claro que prometiendo decir la verdad.

La cuestión vinculada con la presencia del defensor en el acto de la indagatoria, también me invita al comentario.

Al respecto, el Código Nacional –al igual que la gran mayoría de los provinciales– omiten establecer este requisito con carácter obligatorio e, incluso, bajo pena de nulidad.

A mi juicio esa ausencia del defensor resulta inconveniente, no sólo por cuanto el imputado se vería privado del previo asesoramiento técnico, en la medida que como lego casi con seguridad desconoce el real alcance de los derechos que le conciernen en esas circunstancias, sino por la falta de un efectivo control técnico del acto y, por que no, de la compañía que –en si misma– juega un papel importante en ese trance.

Por lo demás, esta presencia contribuiría a evitar una serie de planteos posteriores de la defensa, que sólo pueden reconocer entidad a partir de aquella ausencia.

Para concluir, no quiero dejar de referir una situación que merece especial énfasis y que se vincula con la inclusión, en normas de derecho penal material, de disposiciones orientadas a excluir de los beneficios excarcelatorios a quienes se encuentren imputados de determinados delitos.

Tal circunstancia no sólo implica desconocer la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 del Constitución Nacional, sino la asunción por parte del Congreso Nacional de facultades que las Provincias no le han delegado y que, como tales, son materia de regulación local.

Por lo demás, pretender combatir determinadas conductas ilícitas limitando la soltura del imputado durante el desarrollo del proceso no sólo implica confundir las distintas esferas de creación normativa, sino que configura una desnaturalización de la prisión preventiva convirtiéndola en una condena anticipada.

En tal sentido, bueno resulta recordar que el fundamento de la prisión preventiva –medida de cautela personal– está dado por la necesidad de evitar que se frustre la justicia; es decir que el imputado intente eludirla o bien que entorpezca el desarrollo del proceso.

De lo contrario, si el legislador entiende que el hecho reviste características de tal significación que la repulsa generalizada exige un castigo de magnitud, debe buscar la solución por la vía del aumento de las penas con las que se amenaza la conducta –que eventualmente no harían viable la excarcelación– pero no por el camino que criticamos, que no sólo afecta el principio de igualdad ante la ley, de jerar-

quía constitucional, sino también la referida presunción de inocencia y las disposiciones consagradas en los pactos a los que el artículo 75 de la Carta Fundamental ha asignado jerarquía constitucional.

Por lo demás, de ese modo sí habrá cumplido con su función de conciliar el interés individual del imputado con el general de la comunidad.

## IN MEMORIAM

LUIS CARLOS CABRAL

La muerte de Luis Carlos Cabral ocurrida el 30/7/99 ha significado para el país la pérdida de un ciudadano ejemplar.

La providencia fue magnánima con él dotándolo de un generoso caudal de talentos. Siguiendo las huellas del administrador fiel del Evangelio, Cabral, con perseverante ahinco, logró multiplicarlos y ponerlos al servicio de causas nobles.

Su indiscutida autoridad científica forjada en el intenso y extenso cultivo de su temprana ocasión por la ciencia penal, fue unánimemente reconocida en ámbitos académicos y convalidada por el descolante desempeño de alta magistratura judiciales.

En ambos escenarios demostró poseer lúcida inteligencia, amplia versación jurídica, empinado sentido de responsabilidad, insoportable independencia de criterio y conducta intachable que no supo de claudicaciones.

La estela de su vigorosa personalidad y de su agudo pensamiento quedó registrada en los anales de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, donde se desempeñó como Juez (1958 a 1966), Ministro (1966 a 1973) y titular del organismo (1982), respectivamente.

Sus méritos le valieron que en los claustros universitarios fuera reconocido como un auténtico maestro. Desempeñó la titularidad de las cátedras de Derecho Penal de las Universidades Católica Argentina y de Buenos Aires y a lo largo de varias décadas legiones de alumnos comprobaron la hondura de sus conocimientos y la claridad que tenía para transmitirlos. Nunca le faltó tiempo para estar a disposición de sus discípulos a quienes se brindaba con paternal afecto.

Como Decano rigió los destinos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA y luego como Rector condujo esta casa de altos estudios (1977/78).

Colaboró con Sebastián Soler en la redacción del anteproyecto del Código Penal Argentino que su autor presentó al Poder Ejecutivo Nacional en el año 1960; y fue delegado argentino para la redacción del Código Penal Tipo para Latinoamérica.

Publicó diversos trabajos relacionados con el derecho penal, en los que expuso el fruto de sus concienzudos estudios e investigaciones.

Su brillante y fecunda trayectoria le abrió las puertas de la Academia de Ciencias Morales y Políticas donde fue recibido como "una de las más destacadas figuras de la vida pública argentina". En esa oportunidad pronunció una memorable conferencia sobre "Derecho y Justicia" señalando las limitaciones del positivismo jurídico y reivindicando la vigencia de los principios del derecho natural.

Durante años compartí muchos e inolvidables momentos con el Dr. Cabral y tuve el honor de sucederlo en la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en el Decanato de la Facultad de Derecho, el Rectorado de la Universidad de Buenos Aires y en la cátedra del derecho penal de la UCA.

Al compás de ese trato prolongado fue germinando en mí un fuerte sentimiento de admiración por el Dr. Cabral; y el seguimiento de sus pasos en diversas funciones me permitió recoger, de primera mano, elocuentes testimonios de colaboradores suyos que exaltaban sus excepcionales calidades.

Las arraigadas convicciones religiosas de Cabral dieron sentido a su vida; todo en él llevaba la impronta de su fe en Cristo y su amor a la Iglesia. Y sobre ese diamantino fundamento moldeó el perfil de su rica personalidad.

En su recordada conferencia que pronunció con motivo de su incorporación a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, refiriéndose a la justicia, aludió al siguiente texto de San Pablo tomado de la segunda Epístola a los Corintios: "Todos hemos de comparecer ante el Tribunal de Cristo para que cada uno reciba lo que merece de acuerdo a sus buenas o malas acciones".

La enseñanza del apóstol que otrora mereció el comentario de Cabral es prenda segura de que este varón justo descansa para siempre en el lugar donde eternamente brilla la luz y reina la paz.

LUCAS J. LENNON

Este libro se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos CYAN S.R.L.

Potosí 4471 - Buenos Aires - Tel.: 4982-4426

en el mes de septiembre de 1999

Printed in Argentine - Impreso en la Argentina