

**A Veinte Años de la Reforma del Código
de Procedimientos Penales de la
Provincia de Córdoba**



**Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba**

*A veinte años de la reforma
del código de procedimientos
penales de la provincia de Córdoba*

ALMIRÓN - BARBERA DE RISO - BERTOLINO - BIANCIOTTI

CAFFERATA NORES - CLEMENTE - CORNEJO - FERRER

FRASCAROLI - HAIRABEDIÁN - LUCERO - MAURI

MONTERO - OLMEDO - PÉREZ MORENO

REQUENA - ROSSI - SORIA - SPINKA

TARDITTI - VÉLEZ - ZARAZAGA

Impreso en Noviembre de 2013
en Editorial Mediterránea
Av. Santa Ana 1981
Córdoba. República Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina
Printed in Argentina

ISBN: EN TRÁMITE
(EDICIÓN RÚSTICA)

ÍNDICE

PROTAGONISTAS DEL DEBATE SOBRE FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA, CUYOS VEINTE AÑOS DE VIGENCIA FUERON CONMEMORADOS EN LA SESIÓN RECORDATORIA DEL 23 DE AGOSTO DE 2011	11
RESOLUCIÓN 14/2011 DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA	13
DISCURSO INAUGURAL DEL PRESIDENTE DE LA ANDCS DR. JUAN CARLOS PALMERO CON MOTIVO DE LA CELEBRACIÓN DE LOS VEINTE AÑOS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA	15
<i>EL SISTEMA ACUSATORIO A PARTIR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL. SU VIGENCIA Y SU VIVENCIA. FORTALEZAS Y DEBILIDADES</i> HUGO ANTOLÍN ALMIRÓN	25
<i>CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. A VEINTE AÑOS DE SU REFORMA</i> MARÍA CRISTINA BARBERA DE RISO	37
<i>UNA MIRADA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA DE 1991 DESDE EL PLANO DE LA CULTURA JURÍDICA</i> PEDRO J. BERTOLINO	45
<i>CUESTIONES QUE PRESENTA LA APLICACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 359 DEL CPP</i> DANIELA BIANCIOTTI	57
<i>SOBRESEIMIENTO POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: REPERCUSIÓN SOBRE EL CESE DE LOS EFECTOS DEL DELITO DE USURPACIÓN</i> DANIELA BIANCIOTTI Y BERENICE OLMEDO	67
<i>A VEINTE AÑOS DE LA SANCIÓN DEL VIGENTE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA</i> JOSÉ I. CAFFERATA NORES	87
<i>OPOSICIÓN A LA ELEVACIÓN A JUICIO Y PROHIBICIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS</i> JOSÉ I. CAFFERATA NORES	95

<i>LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA Y LA NECESARIA ESTRUCTURACIÓN EN LA LEY PROCEDIMENTAL DE CÓRDOBA</i> JOSÉ LUIS CLEMENTE	105
<i>REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA SANCIÓN DE LA LEY 8123: REALIDADES Y PERSPECTIVAS</i> ROBERTO IGNACIO CORNEJO	119
<i>EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL DE CÓRDOBA A PARTIR DE LA LEY 8123. SU VIGENCIA Y SU VIVENCIA. PROPUESTAS Y TENDENCIAS</i> CARLOS FRANCISCO FERRER	133
<i>REFLEXIONES ACERCA DEL JUICIO CON JURADOS POPULARES</i> MARÍA SUSANA FRASCAROLI	145
<i>EL DOBLE CONTROL EN LA INVESTIGACIÓN FISCAL PREPARATORIA COMO FACTOR DE EXTENSIÓN Y BUROCRATIZACIÓN</i> MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN	159
<i>EL TESTIMONIO DE MENORES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CORDOBÉS</i> INÉS LUCERO	171
<i>DESPUÉS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA ¿QUÉ?</i> JORGE R. MONTERO	187
<i>VERDAD, PROCESO Y JUSTICIA</i> EUGENIO P. PÉREZ MORENO	193
<i>UN BALANCE DE LA LEY 8123 A VEINTE AÑOS DE SU SANCIÓN</i> CLAUDIO M. REQUENA	221
<i>INFORME SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CÓRDOBA</i> PATRICIA SORIA, CAROLINA MAURI E IVANA ROSSI	229
<i>EL PEDIDO DE ABSOLUCIÓN FISCAL, ¿ES VINCULANTE EN TODOS LOS CASOS?</i> ROBERTO SPINKA	281
<i>A 20 AÑOS, UN RECORRIDO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL</i> AÍDA LUCÍA TARDITI	291

<i>EL APOORTE DE JOSÉ I. CAFFERATA NORES A LA GÉNESIS, DEBATE Y APROBACIÓN FINAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA ACTUALMENTE EN VIGENCIA</i>	
VÍCTOR M. VÉLEZ	301
<i>EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1939 COMO FUENTE DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE DESDE 1991</i>	
LUIS M. ZARAZAGA	307

PROTAGONISTAS DEL DEBATE SOBRE FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA, CUYOS VEINTE AÑOS DE VIGENCIA FUERON CONMEMORADOS EN LA SESIÓN RECORDATORIA DEL 23 DE AGOSTO DE 2011

Tal como se dispuso en la Resolución N° 14/2011 además de la versión de los expositores en la sesión, se convocó a un debate sobre fortalezas y debilidades del Código Procesal Penal de Córdoba, que tuvo una notable acogida.

Además de la calidad de los trabajos presentados, cabe destacar dos cuestiones.

Por un lado, los autores –que con total libertad han expuesto sus opiniones contrarias o favorables, añadiendo interesantes propuestas de reformas– son o magistrados del Poder Judicial, o Profesores Universitarios, o Miembros de esta Academia o de su Instituto de Ciencias Penales, o reúnen mas de una de estas condiciones: esto en una garantía del enfoque teórico y practico del debate.

Y por otro lado, aquellos que en Córdoba han comentado integralmente el Código Procesal Penal vigente, han participado en este intercambio de ideas, propuestas y controversias, lo que garantiza el conocimiento sistemático del espíritu y el significado de las cuestiones sobre las que abren juicio.

Para preservar la fidelidad de cada trabajo, se ha respetado la estructura y sistematización que cada uno de los autores ha adoptado.

JOSE I. CAFFERATA NORES

14/2011

Córdoba, 2 de agosto de 2011

VISTO:

Que en el corriente año se cumple el *20º aniversario de la sanción del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, actualmente vigente*, por lo que resulta trascendente analizar los alcances que el nuevo código ha tenido en este lapso de tiempo.

Y CONSIDERANDO:

Que el vigente Código Procesal Penal de la Provincia, se entronca en el Código de Procedimiento Penal de Córdoba sancionado en 1939 que fue pionero en la introducción en nuestro país de modernos institutos procesales; y al igual que éste, sirve de modelo para una nueva reforma procesal que se expande en el país al influjo de la recuperación del sistema democrático

Que esta conmemoración proporciona una oportunidad para reflexionar sobre los logros y debilidades del funcionamiento del actual Código, con miras a acentuar la consolidación de sus ventajas y analizar propuestas de modificación para superar dificultades o falencias en su funcionamiento. También para destacar el rol de los operadores que desde la Comisión encargada de la confección de su Anteproyecto o desde la intensa y rica discusión legislativa, contribuyeron a su sanción.

Por ello, **LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

RESUELVE:

Art. 1º: Conmemorar en acto público a realizarse el día 23 de agosto próximo, el *20º aniversario de la sanción del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, actualmente vigente*;

Art. 2º: Designar al Sr. académico de número Dr. José I. Cafferata Nores para que haga uso de la palabra en representación de esta Institución,

Art. 3º: Comuníquese, dese copia y archívese.

JORGE DE LA RÚA
Académico Secretario

JUAN CARLOS PALMERO
Académico Presidente

DISCURSO INAUGURAL DEL PRESIDENTE DE LA ANDCS DR. JUAN CARLOS PALMERO CON MOTIVO DE LA CELEBRACIÓN DE LOS VEINTE AÑOS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

Corresponde en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pronunciar estas palabras de bienvenida a los participantes de esta importante sesión pública organizada por nuestro Instituto de Ciencias Penales –a través de la eficiente iniciativa del coordinador del área de Derecho Procesal Penal, el Prof. Dr. José Ignacio Cafferata Nores–, con la finalidad de conmemorar el «Veinte aniversario del Código Procesal Penal de la Provincia», circunstancia que una vez más nos ubica a la cabeza de la técnica y modernización de los mecanismos e institutos judiciales referidos a esta delicada disciplina.

En esta oportunidad, juntamente con el recordatorio de las razones de orden estrictamente científico que justificaron esta significativa e importante reforma de la ley del rito, se entregarán diplomas especiales de reconocimiento a los juristas que intervinieron en la elaboración del anteproyecto y a los legisladores que tuvieron destacada participación en el proceso de sanción de la ley respectiva, quienes mediante un trabajo serio y sin miramientos o mezquindades políticas, estuvieron contestes en avanzar hacia el futuro en tan sensible y delicada materia, a punto tal que hoy resulta objeto de análisis y emulación por muchas otras jurisdicciones que pretenden seguir o continuar el camino abierto por Córdoba hace dos décadas. Podemos señalar, especialmente, en este sentido a las provincias de Tucumán, Chaco, Catamarca y Mendoza, aunque la influencia de la nueva legislación cordobesa se ha extendido a muchas otras, como Buenos Aires, Santa Fe y las del sur del país; y siendo tomado en cuenta en todos los procesos de reformas actualmente en curso.

Esperamos que estas deliberaciones puedan desarrollarse dentro de las expectativas esperadas y seguramente servirán para estimular esta constante preocupación por el permanente perfeccionamiento de las ciencias y disciplinas normativas, que como Ustedes bien conocen, constituye uno de los objetivos centrales y razón institucional de esta Corporación.

Como se ha dicho muchas veces, hacer historia no es ocuparse del pasado de manera exclusiva, sino que el volver a repensar y

reflexionar acerca de los grandes lineamientos y decisiones adoptadas en una determinada orientación y facilita una vez transcurrido un espacio de tiempo suficientemente prolongado, hacer una suerte de balance que permite visualizar con claridad los aciertos y ventajas de la tarea cumplida, como así igualmente tomar cabal conciencia de los problemas o limitaciones que se han puesto en evidencia a la luz de su funcionamiento práctico.

Estamos absolutamente persuadidos que la solidez científica de los expositores, como así de las diversas consideraciones que se formularán en orden a la consecución de las conclusiones necesarias a este respecto, todo ello servirá seguramente, para trascender las funciones propias de este Homenaje –que por cierto corresponde en justicia ofrecerlo–, sino también facilitará avanzar en la valoración técnica de los institutos a la luz de la experiencia acumulada durante el tiempo de vigencia de la reforma y los problemas y desafíos que ha debido zanjar.

Es por ello que no podríamos silenciar la satisfacción que nos embarga el declarar oficialmente la apertura de este encuentro, que superará ciertamente las fronteras domésticas, para constituirse en materia de atención nacional o de otros países o centros de estudio de orden internacional.

En realidad, correspondería limitar estas palabras introductorias a la iniciación de estas jornadas de manera exclusiva, con lo cual habríamos cumplidos con nuestro cometido. Pero la verdad es que por diversas razones que Uds. podrán comprender, no podríamos reducirnos sólo a esta función institucional, sino que formularemos algunas otras consideraciones que estimamos pueden resultar de interés sobre esta delicada cuestión que plantean las normas procedimentales que vehiculizan la actividad represiva del Estado a través de la aplicación efectiva de la ley sustantiva ante una violación del orden jurídico penal.

Si nos preguntamos las razones por las que a mediados de la década del cuarenta se le reconoce a Córdoba una Academia Nacional de Derecho, cuando en realidad existía otra con anterioridad que corresponde a la ciudad de Buenos Aires, nos vienen a la mente varias respuestas posibles para justificar esta excepción a lo que ha sido la regla en lo que hace a la organización de este tipo de entidades científicas.

Una primera razón deberá encontrarse de manera indudable, en la circunstancia que fue la Universidad de Córdoba la primera del país –encontrándose entre las cuatro más antiguas de América–, y organizado su Facultad de Derecho en el año 1791, argumento que parece de evidencia notable, lo que obviamente tiene que haber gravitado en forma considerable.

Pero a la par de esta reflexión, si se quiere de orden histórico, es menester poner de relieve que a partir de los comienzos del siglo XX, especialmente por la influencia de la llamada «Escuela Jurídica de Córdoba» –que estuviera integrada por una pléyade de juristas destacados entre los que se encontraron sin ninguna duda Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde–, la Provincia de Córdoba estuvo de manera indubitable a la cabeza de todas las iniciativas que llevaran adelante o incorporan a nuestra normativa, las más recientes iniciativas científicas de las diversas disciplinas, circunstancias que era motivo de admiración generalizada y orgullo nacional.

Podríamos decir que Córdoba brilló en el siglo pasado fundamentalmente por el prestigio de sus juristas y la riqueza de su producción literaria, como así igualmente mediante la consideración generalizada acerca del valor de sus centros de enseñanza y especialización, antecedentes que de alguna manera recibe en herencia esta Academia Nacional de Derecho que hoy nos congrega y cuyo importante y significativo legado debemos continuar y defender.

Para corroborar la exactitud de esta afirmación, ninguna disciplina como el Derecho Procesal Penal conforma un ejemplo más acabado del fenómeno que estamos relatando, si se tiene en cuenta que ya a partir del 18 de enero del año 1937, el Gobernador Amadeo Sabattini designa una «Comisión Técnica» integrada por los profesores de esta Universidad, Dres. Alfredo Vélez Mariconde, Sebastián Soler y Ernesto Peña, a quienes encomienda la redacción de un proyecto de «Código de Procedimiento en lo Criminal» para ser sometido en su oportunidad a la consideración de la legislatura, comisión que a la postre trabaja con solo dos de sus miembros por la renuncia de uno de ellos.

Es muy interesante recordar los fundamentos expresados por los Dres. Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, en su nota dirigida al Ministro de Gobierno Dr. Santiago del Castillo de fecha 27 de noviembre del año 1937, cuando expresan que los inspira el loable propósito de «brindarle a la Provincia un procedimiento penal que armonice con la ley sustantiva y por ende que responda a los postulados liberales de la Constitución y consulte los principios de la doctrina moderna», preocupación que demuestra esa sensibilidad de nuestros juristas por mantenerse siempre alertos e inquietos ante la evolución de la ciencia y de los progresos científicos de estas disciplinas, fenómeno que ha sido motivo de reconocimiento generalizado en el país.

Estas ideas relacionadas con la necesidad de mantener nuestras leyes procesales acordes con los grandes lineamientos y ga-

rantías de nuestra sabia Constitución Nacional y Provincial, se reiteran una vez más en el Mensaje del Poder Ejecutivo al remitir el Proyecto para su consideración por la Legislatura, cuando alude al trabajo serio y concienzudo elaborado por los Dres. Vélez Mariconde y Soler, con el propósito superior de disciplinar «el instrumento jurídico idóneo para el descubrimiento de la verdad y la mejor administración de justicia, afianzar poderosamente la defensa social contra la delincuencia, mientras constituye una fuerte garantía de libertad y derechos individuales», ratificando una vez más sobre la imposibilidad de continuar manteniendo una legislación que nació en desarmonía con las instituciones políticas de la época como ocurriera con su precedente inmediato asentado sobre el sistema inquisitorio español.

Lo cierto es que la sensibilidad demostrada a mediados del siglo pasado, para llevar adelante el progreso y actualización del entonces vetusto sistema de enjuiciamiento criminal, al trocar el sistema escrito por un régimen de *oralidad*, debemos igualmente destacar que sin distracción alguna, ni dormirse en los laureles, hace sólo dos décadas se efectúa una segunda reforma, que actualiza esta vez los grandes principios e institutos del moderno Derecho Procesal Penal, sobre la base de colocar a la cabeza de la investigación criminal al Ministerio Público Fiscal, funcionarios que ahora adquieren especial protagonismo como responsables exclusivos de promover las tareas de investigación y con ello, la suerte misma de la acción .

En definitiva, a partir del año treinta y siete se ha avanzado no sólo en el perfeccionamiento técnico de los diversos instrumentos legales antes mencionados, sino también profundizando la filosofía que inspirara una tendencia universal de los sistemas de derecho continental que ya nadie discute tanto en el orden nacional como internacional.

Al comienzo decíamos que por circunstancias especiales no podríamos reducirnos a las palabras alusivas a la apertura de estas Jornadas, y ahora corresponde explicarnos un poco más acerca de las razones que justifican esta aseveración inicial.

Nos ha tocado personalmente conocer, por referencia directa de nuestro padre, el Dr. Juan S. Palmero, que en 1939 se desempeñara como Presidente de la Comisión de Legislación General del Senado de la Provincia y actuara además como miembro informante del Proyecto por la mayoría, algunas vicisitudes que vienen a cuento y que serían muy difíciles de omitir en miras a brindar un panorama completo de las dificultades que hubo que zanjar para que prosperara esta iniciativa, para lo cual haremos pié sobre algunas referencias asentadas en lo que se ha dado en llamar técni-

camente «historia narrativa», cuyos datos no se extraen de los documentos, sino que derivan del comentario directo de los protagonistas necesarios de un determinado acontecimiento y se transmiten de boca en boca y de generación en generación.

Como era de imaginar, una reforma tan profunda del sistema procesal penal, cuya vigencia se había extendido durante tanto tiempo sin experimentar modificaciones significativas, aún luego de la sanción del Código Penal del año 1920, debía generar resistencias y temores tanto en el ámbito estricto de la magistratura, como así respecto de los abogados dedicados a esta materia.

Además, los principios que alentaba el Proyecto, carecían de base o inserción cultural o científica entre los operadores del derecho local y desde este punto de vista, su conocimiento y aceptación estaba ubicada más en los ámbitos académicos, que en lo que hace a la vida diaria tribunalicia, situación que generaba una preocupación particular a los autores de esta iniciativa, porque temían una resistencia que pudiera frustrar su aprobación legislativa.

De esta manera, podemos dar testimonio –por múltiples referencias y anécdotas que recibíamos en forma directa–, que el Dr. Alfredo Vélez Mariconde se ocupó en forma personal, diríamos que casi como profesor particular y durante más de un año, de concurrir a nuestro Estudio de la calle Ayacucho 60, para preparar al legislador que tendría la responsabilidad de defender el proyecto, tarea que debe haberle sido bastante complicada en razón que nuestro padre no había desarrollado una carrera docente, tampoco podía distinguirse como penalista, ni había ejercido siquiera medianamente la profesión en la especialidad y por consiguiente, le faltaba formación teórica o científica a este respecto. Es más, la biblioteca que hasta ese entonces estaba provista sólo de literatura atinente al Derecho Privado, experimentó un cambio considerable al nutrirse de una serie de tratados escritos por juristas italianos –entre los que recordamos de manera especial, la obra de Guglielmo Sabattini–, que leían lentamente en conjunto con el visitante aludido todo ello en miras a una mejor comprensión de los textos propuestos y su significado práctico.

Sobre estos esfuerzos y con la paciencia de los grandes profesores de las innovaciones propuestas, se fue sentando las bases de la defensa científica de la moderna iniciativa, como así de la mayor parte de las argumentaciones que la justificaban y hacían viable para nuestro medio, sin las cuales obviamente su concreción no habría sido posible.

Es bueno destacar que tanto Soler, como Vélez Mariconde, lograron el éxito persuadiendo, convenciendo y desarrollando una

labor de difusión generalizada de sus convicciones, como así de los beneficios de su imposición, destacando sobre todo que la adopción del régimen de *oralidad* otorgaría la innegable ventaja de la inmediatez que debe mediar entre el *iudicando*, con la plataforma fáctica de los hechos a juzgar, circunstancia que preservaría un mejor y más adecuado servicio de justicia, principio que luego los hechos se han encargado de corroborar en forma incuestionable.

También cabe recordar a este respecto, la formidable resistencia que ofrecían al Proyecto los operadores jurídicos de ese momento, para lo cual se empleaban argumentos de fuerte impacto, como que el cuestionamiento o supresión de la doble instancia, traería aparejado la afectación del principio de defensa con la consolidación de sentencias injustas o abusivas, como así muchas otras críticas que estaban en el ánimo de los abogados y jueces el que por lo general, no resulta propenso a que se introdujeran cambios respecto de lo que se tenía aprendido con anterioridad y estaba en práctica todos los días.

Somos igualmente conscientes que cuando se introdujeron las trascendentes e importantes modificaciones estructurales de nuestro vigente Código de Procedimientos hace exactamente veinte años, también se escucharon críticas, observaciones, retaceos o reclamos, aunque quizás de menor entidad que las de antaño, pero debemos destacar y encomiar la lucidez de nuestros juristas y legisladores que tuvieron la valentía de estar siempre con la antorcha encendida, buscando transformar en realidad las innovaciones que surgen de la evolución de las ciencias; y en este sentido es que corresponde igualmente prestarles este reconocimiento a los juristas intervinientes en el anteproyecto y a los legisladores, haciéndolos partícipes de nuestra más sincero reconocimiento, todo lo que quisimos expresar a través de los diplomas que hoy serán entregados en muestra de gratitud.

No podríamos tampoco silenciar el protagonismo esta vez de juristas de la talla del Dr. José Ignacio Cafferata Nores, o de Aída Tarditti, que con su talento y dedicación fueron capaces de hacer escuchar sus enseñanzas y persuadir a sus colegas acerca de las bondades del nuevo sistema, sobre todo en esa preocupación por establecer las diferencias necesarias entre la responsabilidad de llevar adelante la acción pública propia del fiscal, con las funciones más acotadas y propias del juez, como árbitro y director del procedimiento en el que dictará sentencia.

Por todas estas razones es que esta Academia hoy se viste de gala, no sólo porque perfila su historia, sino también –y esto no es un dato menor– en razón de que dispone dentro de sus miembros precisamente a quienes tuvieron sobre sí la dura responsabilidad

de llevar adelante esta actualización que como dijimos nuevamente nos coloca a la cabeza de las iniciativas en la materia.

*EL SISTEMA ACUSATORIO A PARTIR DEL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL. SU VIGENCIA Y SU VIVENCIA. FORTALEZAS Y
DEBILIDADES*

HUGO ANTOLÍN ALMIRÓN

*EL SISTEMA ACUSATORIO A PARTIR DEL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL. SU VIGENCIA Y SU VIVENCIA. FORTALEZAS Y
DEBILIDADES*

HUGO ANTOLÍN ALMIRÓN

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra el 23 de agosto de 2011 con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que ella propone sobre las fortalezas y debilidades de éste.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma judicial y la sanción del Código Procesal Penal fue un logro significativo para la historia judicial de Córdoba, no solo por el cambio de paradigma que importaba la asunción de un modelo con marcada orientación acusatoria, sino porque la reforma fue integral de todo el sistema judicial.

Sus mentores fueron visionarios y valientes al encarar una reforma tan profunda y sustancial para la época en la que tuvo lugar, recuérdese que el país comenzaba a transitar por una novel democracia y las estructuras que dejó la dictadura era de una marcada cultura autoritaria, propia de un modelo inquisitivo.

La evaluación que se pueda realizar en este andar de veinte años, debe necesariamente hacerse sobre la base retrospectiva de aquél momento histórico en el cual tuvo lugar, caso contrario se caería en la injusticia de menguar un justo reconocimiento para todos aquéllos que tuvieron el coraje de llevarla adelante y plasmarla en un código que para aquél entonces aparecía moderno y modelo para otros distritos, que de hecho tuvo sus réplicas (ej. Provincia de Tucumán).

II. REFORMA INTEGRAL DEL SISTEMA PENAL

Una de las fortalezas y virtudes de la reforma, fue abordar el sistema penal en su conjunto, con un criterio sistémico para que los distintos estamentos funcionen en forma coherente y armoniosa.

Un sistema es la totalidad percibida cuyos elementos se «aglomeran» porque se afectan recíprocamente a lo largo del tiempo y operan con un propósito común. Desde la perspectiva de este tra-

bajo, nos estamos refiriendo a la configuración de interrelaciones entre los componentes claves de un sistema y se encuentran presentes en la reforma procesal penal.

Por ello enfatizamos que todo intento de Reforma al Sistema Penal debe partir –para poder imaginar un pronóstico optimista– de la revisión seria y acabada de cada uno de los estamentos que lo conforman, a la luz de un objetivo común como es la aplicación o realización concreta de la ley penal. Sólo así podrá garantizarse un funcionamiento coherente y armonioso de sus partes, tendiente a sostener –dentro de un orden jurídico determinado y con absoluto respeto de las garantías individuales– el sistema de valores que la propia sociedad ha definido como fundamentales para su pacífica existencia.

En este sentido consideramos Sistema Penal¹ al conjunto de funciones estructuradas cuya razón o fundamento es la Justicia Penal. Son *elementos* de este sistema penal:

II.1. El ordenamiento normativo

Las leyes penales generales y especiales, las de procedimiento criminal ordinario o no, las de organización judicial en lo penal y del Ministerio Público Fiscal, y las leyes y demás regulaciones sobre el tratamiento institucional del delincuente y la víctima.

II.2. La estructuración funcional del ordenamiento jurídico-penal

Que determina las competencias de los operadores principales y auxiliares del sistema: policías, jueces, fiscales, secretarios, funcionarios penitenciarios, profesionales, médicos, psicólogos, asistentes sociales, etcétera.

II.3. La conformación institucional: Poder Judicial, Policía y Servicio Penitenciario

Como sistema constituye un todo con partes que se relacionan e interactúan dialécticamente. Supone un ordenamiento de actividades, decisiones, mandatos, y en su caso, de sanciones. Tradicionalmente los sistemas penales han sido concebidos, funcionalmente, como una correlación lineal y sucesiva de sectores, cada uno con

¹ En general se puede afirmar que está conformado por la justicia penal, las policías y servicios de prisiones.

sus diferentes status y con limitada coordinación entre ellos. La estructuración lineal es consecuencia de la formación histórica de los diversos elementos y su organización en el siglo XIX². En la actualidad esta concepción estática y esquemática, está siendo revisada y superada. En este marco cada uno debe asumir en plenitud el rol que tiene asignado normativamente, empero no puede actuar desconectado del resto de los componentes del sistema, sino por el contrario entender y comprender que conforman un equipo de trabajo.

II.4. Las Normas de Procedimiento

En general los procesos reformistas procuran atender y dar respuesta a problemas crónicos que presentan los sistemas de enjuiciamiento penal. Un repaso de los proyectos impulsados en distintas jurisdicciones y sus razones, nos permite inferir que éstos se han agudizado en los últimos tiempos –entre otras causas– por el aumento considerable de la criminalidad³, la mayor judicialización de los conflictos y la ineficiencia de los planes y programas de prevención del delito.

Ante este estado de situación, las reformas procesales, al igual que todas las reformas judiciales, han tenido en consideración las aproximaciones diagnósticas determinadas por las elaboraciones internas y los reclamos provenientes de la propia comunidad. Aparecen así factores y causas gravitantes, tales como: 1) la excesiva duración de los procesos; 2) la falta de seguimiento respecto a la marcha de los mismos (ineficiente control de la gestión judicial); 3) el excesivo ritualismo; 4) la falta de eficacia en la investigación criminal; 5) la complejidad y rigidez de los trámites judiciales; 6) la escasa aplicación de métodos alternativos.

La reforma procesal penal impulsada en la Provincia de Córdoba no fue ajena a estos requerimientos correctivos. En tal sentido asumió expresamente como «objetivo básico» la necesidad de dotar de mayor *celeridad y eficacia* al proceso penal *sin afectar las garantías individuales, con activa participación de la víctima y de los ciudadanos en la administración de justicia (Querellante, actor civil y Tribunales integrados con dos jurados o jueces legos)*.

El cambio de paradigma procesal, hacia un modelo de marcada orientación acusatoria en el ordenamiento procesal sancionado

² El positivismo ejerce una influencia notable en esta concepción.

³ En la ciudad de Córdoba se registra esta evolución.

(Ley Provincial 8123) ha significado la modificación sustancial del rol del Juez y del Fiscal de Instrucción. En efecto, el Ministerio Público –como titular de la acción penal pública– cobra en este nuevo esquema un protagonismo singular al asumir la responsabilidad de la dirección del proceso en la etapa que se ha dado en llamar *investigación penal preparatoria*. El Juez de Instrucción, por su parte, ha reservado su actuación –en esta instancia– a los casos en que se requiere su intervención como órgano de control y vigilancia de las garantías constitucionales.

En el Código Procesal Penal, se traducen en nuevos roles bien diferenciados en la investigación penal:

II.4.a. Órganos judiciales: Juez y Fiscal de Instrucción

La adopción del principio acusatorio en el ordenamiento procesal ha significado la modificación sustancial del rol del Juez y del Fiscal de Instrucción. En efecto, el Ministerio Público –como titular de la acción penal pública– cobra en este nuevo esquema un protagonismo singular, al asumir la responsabilidad de la dirección del proceso en la etapa que se ha dado en llamar *investigación penal preparatoria*. El Juez de Instrucción, por su parte, ha reservado su actuación –en esta instancia– a los casos en que se requiere su intervención como órgano de control y vigilancia de las garantías constitucionales.

II.4.b. La Policía Administrativa y la Policía Judicial

Los cambios operados en las estrategias de persecución penal han alcanzado también a la Policía de la Provincia, que vio modificada su estructura y funciones. A partir de la efectiva puesta en funcionamiento de la Policía Judicial como órgano auxiliar del Ministerio Público Fiscal, asumiendo la calidad de «Policía de Investigación», quedó reservada a aquélla (Administrativa) la función específica de actuar como «Policía de prevención».

La reforma proyectada resulta trascendente a poco que se advierte que en nuestro país, tradicionalmente, la responsabilidad esencial o primordial de prevenir y reprimir el delito, actuando en la investigación como auxiliar de la justicia, descansó siempre en la Policía de Seguridad. Esa función –receptada en la totalidad de las leyes orgánicas de las policías provinciales y nacional– ha visto en Córdoba recortado su alcance, desde que se implementara la Policía Judicial como órgano auxiliar dependiente del Ministerio Público Fiscal, y como parte integrante del Poder Judicial.

III. FORTALEZAS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

En apretada síntesis se destaca la división de funciones. El Fiscal investiga y acusa, mientras que el Juez se convierte en un órgano imparcial, ajeno a las partes y con limitaciones normativas para inmiscuirse en la producción de las pruebas que van a dar base la sentencia. Se garantiza así la base del sistema acusatorio: la división de funciones a través de órganos distintos: el Ministerio Público y la función jurisdiccional a cargo de un Juez de Control o de Garantías.

La celeridad como objetivo de la reforma se ha visto robustecida con la judicialización de la investigación penal. La declaración recibida a los testigos ante el Ayudante Fiscal permite su valoración en sede judicial para dar base a la acusación sin necesidad de ratificación como lo exigía el código anterior. Ahora esa declaración incluso por las vías autorizadas puede ser incorporada al debate (para ayudar la memoria al testigo o por contradicción). Se ha logrado así evitar una notable revictimización de los testigos víctimas.

El control jurisdiccional de los actos de investigación realizadas por el Fiscal pueden ser controladas por un Juez imparcial mediante los institutos de la ocurrencia (en forma directa ante el Juez) o de la oposición (ante el propio Fiscal y si ratifica lo resuelve el Juez). Además a esta resolución se le agrega al imputado la posibilidad de recurrir en apelación. Es decir, se puede aseverar que el nuevo código es garantista y recepta anticipadamente principios rectores contenidos en los Pactos Internacionales que fueron posteriormente en el año 1994 incorporados a la CN (Art. 75 Inc. 22).

La participación de la víctima, se encuentra garantizada a través del derecho de información y se le otorga la posibilidad de constituirse en querellante y coadyuvar con la investigación penal que lleva adelante el Fiscal, como así también intentar la reparación integral del daño ocasionado por el delito mediante el instituto de la constitución en actor civil.

Los ciudadanos comunes encuentran en el nuevo código la posibilidad concreta de participar activamente en la administración de justicia. Se instituyó la integración de Tribunales Técnicos colegiados con dos jurados legos.

IV. LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL

Toda reforma cuando introduce cambios significativos como en este caso, importaba un cambio de paradigma, un cambio cultural

que debía ser cuidadosamente planificado a través de la implementación. En este proceso me tocó participar activamente desde la Dirección General de la Policía Judicial y resulta justo reconocer a todos los que se involucraron en la reforma y las sanas discusiones y rebates que enriquecieron y dieron sustento al nuevo marco normativo sancionado.

En este sentido, no resulta novedoso ni discutido, que lo normativo por sí solo no produce los cambios que proyecta, sino hace falta ocuparse de la infraestructura para llevar adelante los cambios proyectados. Así damos cabida a un derecho organizacional que se ocupa de ello.

Para llevar adelante la implementación, como es aconsejable se tuvieron en cuenta factores estratégicos que permitieron la efectiva implementación del nuevo sistema penal con una adecuada administración de las tensiones y conflictividades produce todo cambio.

En ese aspecto, se visualizan dos componentes que no pueden ser dejados de lado: Primero: la creación de un modelo que permita a la organización ejecutar sus diversas estrategias y realizar las tareas requeridas (perspectivas de estrategias/tareas) y segunda: evaluar el modo en que el modelo se adaptará a los individuos (operadores) que trabajan para la organización (perspectivas/socio-culturales).

Estos dos factores son muy importantes y deben complementarse mutuamente. Si en el diseño se tienen en cuenta solo las estrategias, se corre el riesgo de crear organizaciones eficaces sólo en apariencia.

Si únicamente se tiene en cuenta la perspectiva/socio-cultural, se puede tener operadores cómodos pero incapaces de aplicar estrategias para alcanzar los objetivos prefijados. Si los operadores frente al nuevo sistema se manifiestan conformes, es señal que nada ha cambiado. Tendríamos así trabajadores conformes y seguramente justiciables disconformes. En cambio si los operadores se resisten al cambio, hay tensiones que administrar para generar la nueva cultura que se pretende instaurar. Así tendríamos operadores tensionados y justiciables conformes. Obviamente que esta sintomatología se presente en la primera etapa de la implementación hasta que el sistema logre una capacidad instalada acorde a las demandas del sistema.

V. DEBILIDADES DEL CÓDIGO VIGENTE

Para ser justos con los reformadores no creo que sea adecuado hablar de debilidades, salvo que estas sean contextualizadas en la

actualidad después de un andar de veinte años. En el momento de la sanción del Código, no podemos olvidar que fue ampliamente reconocido por su modernidad, por sus institutos novedosos y nuevos en los ordenamientos procesales no solo del país sino también en la región.

1. La investigación criminal.
2. Incorporación de criterios de oportunidad.
3. La oralidad en el control de detención, Prisión preventiva y en la Elevación de la causa a juicio.
4. Deformalización de la investigación penal preparatoria (hoy todavía creo que se confunde lo que es actuación a lo que es proceso).
5. Las Fiscalías de Flagrancia es una buena idea, pero no podemos dejar de lado los delitos complejos y de difícil investigación sin infraestructura.
6. La ausencia de una práctica de realización de audiencias orales y públicas en la etapa preparatoria, en particular en el control de las medidas de coerción y los delitos flagrantes.
7. La carencia de un sistema de gestión de las audiencias de juicio oral genera descoordinaciones y atrasos.
8. La identidad como debilidad pero considerada como oportunidad para cambiar de parte de los operadores: Jueces, Fiscales, Ayudantes Fiscales, Policías, Abogados, técnicos, peritos, etcétera. Es una cuestión de roles.

VI. ALGUNAS SUGERENCIAS Y PROPUESTAS PARA SER ANALIZADAS EN UNA FUTURA REFORMA

Existe coincidencia que en la actualidad no encuentra justificación ninguna investigación a cargo de un Juez, como está prevista en el actual ordenamiento de la investigación jurisdiccional.

Asimismo otro aspecto, no controvertido y que una futura reforma debería modificar es la facultad del Fiscal de dictar la prisión preventiva, que debe estar a cargo de un Juez.

VI.1. En la investigación penal preparatoria

- a) Incorporar criterios de oportunidad.
- b) Introducir la oralidad en el control de detención y sobre el mérito conclusivo de la investigación.
- c) Reducir las instancias de oposición y apelación.
- d) Pensar en un querellante con mayor autonomía.

e) Concederle la penúltima palabra a la víctima en todos los juicios al igual que en los Tribunales integrados con jurados obligatorios.

f) Se debe pensar en los delitos complejos y de difícil investigación caso contrario la infraestructura solo servirá para los delitos menores.

VI.2. En la etapa del juicio

La suspensión del juicio a prueba es un criterio de oportunidad reglado contenido en la ley sustantiva (artículo 76 bis del CP) se ha convertido en un instituto de sólida aceptación entre los operadores y beneficioso para el sistema. Empero se advierte una suerte de uso abusivo del instituto en algunos casos que es preciso corregir. La norma procesal debería contener un término de caducidad para hacer opción por el beneficio. En caso contrario, se lo usa muchas veces con único fin de inducir suspensiones de audiencias de debate cuando anticipadamente por los antecedentes de la causa y elementos a tener en cuenta la concesión de la suspensión del juicio prueba, se conoce que la actual jurisprudencia es negativa a sus pretensiones.

La falta de control de las reglas de conducta es una de las debilidades que registra el instituto en sus fines resocializantes. Se carece de una infraestructura dedicada a verificar su cumplimiento para dar cabida así a la extinción de la acción penal pública comprometida. Establecer reglas de conducta sin control, puede ser impunidad institucionalizada, extremo no querido en la génesis de la norma.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En resumen, creo que vamos hacia un sistema más acusatorio, no podemos perder de vista que su eficacia depende de la capacitación, destreza y habilidades de sus operadores. Los Fiscales deben contar con una Policía Judicial fortalecida en su equipamiento tecnológico y capacitada para responder a la creciente demanda de investigación especializada frente a los delitos de alta complejidad y de difícil investigación (crimen organizado). La defensa y en especial la pública por la que el Estado debe velar, debe estar dotada de los medios necesarios para ejercer su ministerio y mantener el equilibrio que impone un sistema acusatorio.

Por último, un sistema acusatorio, importa una clara separación de funciones y esto es una cuestión roles. Es tan peligroso

para el sistema Fiscales con toga como jueces con iniciativa propia en la producción de pruebas.

*CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. A
VEINTE AÑOS DE SU REFORMA*

MARÍA CRISTINA BARBERA DE RISO

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. A
VEINTE AÑOS DE SU REFORMA

MARÍA CRISTINA BARBERA DE RISO*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra el 23 de agosto de 2011 con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que ella propone sobre las fortalezas y debilidades de éste.

En el mes de octubre de 2011, las tres Cátedras de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional se autoconvocaron para efectuar un análisis crítico del CPP (Ley 8123) puesto en vigencia en 1991.

En la ocasión expusieron los integrantes de dichas Cátedras y otros profesionales del Derecho vinculados a esta propuesta.

Presente en la cita, que se extendió a otras Cátedras e Instituciones, extraje las siguientes conclusiones; Síntesis de los panelistas:

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

I.1. Las opiniones vertidas por los integrantes de las tres cátedras de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, hayan intervenido o no en la preparación del proyecto de reforma del Código muestran claramente que se procura *mejorar* este cambio de paradigma en el código procesal penal de la provincia de Córdoba, ley 8123 pero en modo alguno sustituirlo.

Hubo un gran cambio, pues había dos instituciones que antes de esta reforma se las había excluido sistemáticamente, desde el punto de vista legislativo y más aún en el ámbito académico como si fueran instituciones peligrosas, tales: a) la intervención de la víctima en el proceso penal en calidad de parte, bajo la figura de querellante particular; y, b) la participación minoritaria primero y mayoritaria al tiempo de cumplirse el acto esencial del proceso: esto es el juicio.

* Doctora en Derecho y CS de la UNC. Profesora Adjunta de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

I.2. Se consideró que la reforma fue eficaz pues así como se limitó el poder punitivo del Estado a través de la ley, aquí se enervó definitivamente la actividad investigativa del Tribunal de sentencia.

I.3. Es una ley de carácter no coyuntural, nació para producir efectos contemporáneos muy concretos, pero no es una invención carente de sustento pues sus antecedentes directos fueron la anterior ley N° 5154, la propia Constitución Provincial (también reformada en 1987 y aún más pueden encontrarse antecedentes de reforma en viejísimas fuentes lo que le da más fuerza de seriedad.

I.4. La discusión de 1991 fue el fruto de un análisis efectivo, donde todos los ciudadanos pudimos ser oídos pues se puso a disposición de las distintas entidades vinculadas a la Universidad el anteproyecto de la ley para ser analizado, obviamente, de forma crítica.

I.5. Ha servido para las modificaciones de los Códigos Procesales Penales de la Nación y del resto de las Provincias, o sea que, nuevamente, es un código señero, como lo fue la ley 3831, con el agregado que las novísimas instituciones no fueron declamatorias, sino que están en el estadio de plena ejecución.

II. CONSIDERACIONES ESPECIALES

II.1. Las novedades de la ley 8123 ya estaban en documentos que podrían ser incunables y estamos en una situación reiterativa de posibles modificaciones sin tocar el eje fundamental de la ley 8123.

II.2. Es preciso modificar no menos de diez aspectos la figura del Querellante particular, para optimizar su funcionamiento.

II.3. Es necesario admitir la oralización desde la investigación penal preparatoria, especialmente en dos audiencias públicas, la referida al mantenimiento o no de la prisión preventiva y a la elevación de la causa a juicio,

II.4. Es necesario darles a las partes el derecho a participar *ab initio (in limine)* en el proceso penal, no sólo, recién a partir de la declaración del imputado, sin violar el secreto del sumario, cuyo plazo máximo *total*, no debe superar los diez días.

II.5. Se produce un reciclaje de fundamentos en las vías impugnativa al admitir oposición y luego apelación, reciclaje que conlleva demoras injustificadas.

II.6. La participación popular mayoritaria y minoritaria permitió que el pueblo renovara su credibilidad en el poder judicial y se enervó el criterio vindicativo de los jurados populares. Las estadísticas muestran el buen criterio tenido para hacer participar a los ciudadanos legos.

II.7. Cuando intervienen el querellante particular, el actor civil y el representante promiscuo del menor en juicio, el imputado se ve sometido a tres distintos «acusadores».

II.8. Las preguntas provenientes de todas las partes a los imputados aseguran la debida intervención de cada uno y salvo que la contestación ya haya sido dada con anterioridad a otra de las partes, se puede eximir al imputado de su contestación, lo mismo ocurre con el testigo.

III. CONCLUSIONES

III.1 Consideración previa

El sólo hecho de haber convocado a esta asamblea, con espíritu crítico con la intervención de quienes fueron los autores del proyecto de ley, hoy ley de la provincia, demuestra cuánto más se puede avanzar.

Hemos aprendido a dialogar amablemente, reconocer necesidades de cambios y hemos instalado la idea que quienes hacen una labor científica, como lo fue el Código Procesal Penal de Córdoba, ley 8123 son autores pero no son propietarios de la misma y una vez que ingresó al ámbito público como ocurre en el caso, debe verificarse cada tanto la legitimidad de ese cambio o la necesidad de otra propuesta.

III.2 Cuestiones para un futuro debate

Participo de las correcciones que se han planteado en esta asamblea y agregó:

a) Imponer el necesario visu de la víctima en el juicio abreviado como lo manda el artículo 41 del CP.

b) Regular el juicio denominado «breve» en el que existe confesión del hecho por parte imputado pero excluyendo circunstancias agravantes.

c) Si tal participación popular mayoritaria o minoritaria sólo logró proporcionar confianza ciudadana, la selección del caso que serán juzgados por tribunales con participación popular mayoritaria o minoritaria, debe ser de uno en cada jurisdicción y a lo sumo dos en Capital, pues es procedimiento costoso económica y procesalmente y ese número es suficiente para mantener la credibilidad.

d) La necesidad de ampliar los casos de suspensión de juicio a prueba por vía legal, no jurisprudencial.

e) La necesidad de instalar en los tribunales de sentencia el impacto de la sentencia de la Suprema Corte en el caso «Casal» en el sentido de que no existe más la facultad propia de seleccionar y valorar la prueba por parte del Tribunal de sentencia, sino que tal selección y meritación debe ser acabadamente fundada y registrada en las Actas de Debate, cada día que dure el mismo, al final de la jornada

e) Resulta correcto y debe trabajarse legislativamente el modo de lograr la participación en los actos instructores desde el inicio de la investigación.

f) Debemos cuidar que la mayor participación popular no tienda hacia una teoría de la defensa social, sino equilibradamente aceptar la participación popular cuidando la prevalencia del principio jurídico político liberal de gobierno.

g) Debe aceptarse que el código Procesal Penal (Ley 8123) en el siguiente sentido funciona para el derecho penal nuclear y con esas correcciones se podrá lograr más eficacia.

h) En el ámbito del derecho penal interno es preciso verificar el funcionamiento de la investigación especialmente, para otros delitos no cotidianos, no nucleares como es por ejemplo el delito de servidumbre psicológica del artículo 140 del CP.

i) Es necesario acordar reglas procesales transnacionales para la persecución del terrorismo, de la macroadelincuencia económica, el narcotráfico y la trata de persona, entre otros, sin importar un sistema de persecución en esta clase de delitos que puede dar lugar a lo que se ha dado en llamar el Derecho Penal del Enemigo o presentar una alineación política, jurídica y económica respecto del país a cuyas reglas adhiramos, como podría ser la sujeción hacia las reglas procesales penales persecutorias de la macroadelincuencia en los países desarrollados. En ese sentido debe reconocerse que existe una masa crítica seria y responsable que

puede hacerlo en nuestro país desde que no es novedad alguna la existencia de la macroadelincuencia,

k) Hoy, debe admitirse que para el imputado existe el derecho al control de su sentencia condenatoria y de todo acto del proceso que causare gravamen irreparable actual porque su agravio surge *in re ipsa* (de esas resoluciones). Por ello al margen del recurso de casación debidamente regulado, debe aceptarse (sólo para el imputado) el instituto de la consulta, al Tribunal de Casación de dicha sentencia, estableciendo dentro del trámite, la posibilidad que aquél manifieste su interés negativo a la prosecución del trámite, evitando así, generar costas. En realidad no se hace más que reconocer el estado actual de la cuestión en cuanto a la apertura del recurso de casación, mediante la admisión de un *pseudo pauperis*.

*UNA MIRADA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE
CÓRDOBA DE 1991 DESDE EL PLANO DE LA CULTURA JURÍDICA*

PEDRO J. BERTOLINO

UNA MIRADA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE
CÓRDOBA DE 1991 DESDE EL PLANO DE LA CULTURA JURÍDICA

PEDRO J. BERTOLINO*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que propone sobre sus fortalezas y debilidades.

I. NUESTRO PUNTO DE VISTA

Nos resulta sobremanera honroso y sumamente grato poder sumarnos con el presente aporte a la conmemoración de los veinte años de fecunda vigencia del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Ley 8123).

En tanto se trata de una conmemoración, recordamos un *suceso jurídico-político trascendente*, no sólo por lo que en si mismo importó la sanción de un nuevo instrumento institucional para el enjuiciamiento penal, sino también porque ello ocurrió en una Provincia con una acreditada tradición «de punta» en la materia, y no sólo en el mundo jurídico argentino, sino también en otras latitudes.

Toda vez que esta sumatoria, contextualizada en un homenaje colectivo, necesariamente exige síntesis, en tal sentido hemos de dar aquí tan sólo algunas pinceladas desde el punto de vista de la «cultura jurídica», mirando el Código de 1991 como un «producto» de aquella cultura específica, pero también, transitando dicho campo, aprecian de cómo se «elaboró» ese producto del Derecho procesal penal¹.

* Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Nos atenemos acá al término «cultura» (en general) en el sentido *real* (de «res», cosa: un código), antes que el «personal» (perfección del hombre) (cfr., para la distinción WALTER BRUGGER, *Diccionario de filosofía*, Herder, Barcelona, 1988, p. 149).

II. LA CULTURA JURÍDICA

LUIGI FERRAJOLI, luego de connotar la «cultura jurídica» como el conjunto de las teorías, doctrinas y filosofías elaboradas en una determinada fase histórica; los modelos de justicia; y los modos de pensar de los operadores y los institutos jurídicos obrantes en una determinada sociedad, subraya que *entre el derecho positivo y la cultura jurídica existe una relación de recíproca interacción*².

Asumiendo libremente esos marcos de referencia y teniendo en cuenta más que nada la subrayada relación, *históricamente* notamos que el Código de 1991:

1. En lo *teórico-doctrinario* se inscribía en un movimiento de renovación «procesal-penalístico» que tuvo su epicentro paradigmático en el denominado «Proyecto Maier»³;

2. En lo referente al *modelo de justicia*, centralmente estableció, bajo la característica de la «acentuación», el «método acusatorio» (formal) y la incorporación de la participación popular, si quiera en parte (jurados), configurativos de un nuevo diseño con nuevas atribuciones de roles⁴; y,

3. En el campo de los nuevos *institutos jurídicos* de cara la sociedad –y sin mengua de otros– encargó al Fiscal la instrucción preparatoria e introdujo la figura del querellante⁵.

III. EL CÓDIGO DE 1939

Pensamos que quizá el mayor desafío que afrontaron los «gestores» del Código de 1991 fue el de «superar» –en el sentido de intentar «hacer algo mejor» y no de «destruir» en modo alguno lo existente– el prestigioso texto legal de 1939 obra, como es notorio, de los eminentes juristas ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y SEBASTIAN SOLER.

Esta herramienta para la justicia penal, señera en su época, se constituyó sin duda en *precedente* y *fuentes* del ahora en vigencia: lo primero, como antecedente ineludible para establecer una lí-

² LUIGI FERRAJOLI, *La cultura jurídica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 5 y todo el Capítulo primero.

³ Ver esta referencia en JOSÉ I. CAFFERATA NORES, *Introducción al Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley N° 81213*, Lerner, Córdoba, 1992, ps. 13/14; obra que sigue siendo clave para anotar el origen y del alcance de la nueva ley codificada.

⁴ Cfr. CAFFERATA NORES, *Introducción...*, op. cit., ps. 29/30, para el acusatorio, y p. 83, para los jurados.

⁵ Artículos 71, 91 y ss. del CPP de Córdoba, básicamente.

nea de continuidad y no de ruptura; lo segundo, como reafirmación de principios y fundamentos, siempre válidos en un enjuiciamiento enraizado en el Estado Constitucional de Derecho.

En este orden de ideas, cabe inferir que la legislación que conmemoramos se ha movido entre los parámetros de la «reforma» y de la «reformulación»; a nuestro entender, con mayor preponderancia de la última, ya que los nuevos institutos que incorporó el nuevo Código constituyeron «fórmulas» antes no existentes, por lo pronto para el ámbito judicial cordobés⁶.

IV. EL MENTOR DEL CÓDIGO REFORMADO

JOSÉ I. CAFFERATA NORES destacó, una vez sancionada la ley 8123, que el Código Procesal Penal era «una obra colectiva, una producto cultural que pertenece a todos los que se ocuparon de él, en su génesis, en su desarrollo y en su crítica»⁷.

Si bien la predicha afirmación resulta verdadera (los Anteproyectos y Proyecto, los trabajos en comisiones y los debates parlamentarios así lo confirman), siempre se tratará de una verdad a medias, ya que la humildad de la aseveración oculta el cabal papel que lo cupo al distinguido jurista en la plasmación del *opus* cultural que miramos aquí.

En orden a lo dicho, nos parece adecuado adjudicarle a aquél el carácter de *mentor*⁸ de la reforma, tanto en la introducción de ideas para la configuración del texto legal como en su cometido de guía político encauzador y armonizador de saludables divergencias académicas y parlamentarias sobre las concreciones legales que se dieron en definitiva.

A nuestro juicio, el papel más relevante –si cabe– que jugó nuestro jurista –cordobés y nacional, al mismo tiempo– como mentor de la reforma, se jugó en algo muy propio de su ideario académico: la factibilidad da un resguardo simultáneo en el proceso penal entre el valor *eficacia* y las *garantías* individuales⁹.

⁶ Utilizamos la voz «fórmula» en el sentido general de medio práctico propuesto para resolver un asunto controvertido (cfr. *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, 22 edic., 2001, p. 1078).

⁷ CAFFERATA NORES, *Introducción...*, op. cit., p. 25.

⁸ Usamos la palabra «mentor» en su sentido figurativo de «consejero o guía de otro» (cfr. *Enciclopedia Universal Salvat*, V. 21, Madrid, 2009, p. 10024).

⁹ Cfr. CAFFERATA NORES, *Introducción...*, op. cit., p. 27; corresponde puntualizar el papel central que juegan los valores en toda conformación cultural jurídica, al menos para nosotros.

V. «HACER» UN CÓDIGO

Esta expresión fue utilizada por GIOVANNI TARELLO para referirse a la confección de «libros de leyes» con impronta «sistemática», cuyo derecho «codificado», en la materia penal y procesal penal, apunta a la distribución del poder y a los comportamientos jurídicos específicos¹⁰.

Ese «hacer» un Código, en nuestro caso, implicó una comprobación formal y una concreción material, a saber:

1. *Formalmente*, se probó las bondades de un método de elaboración de leyes verdaderamente democrático, ya que concitó la participación, con respaldo académico, de todos los sectores técnico-prácticos interesados en la reforma, la que además «sintonizo» con la normativa constitucional; y,

2. *Materialmente*, se incorporó, con una incidencia cultural-jurídica relevante (tensión entre sistemas), a una estructura de código de cuño «continental europeo» ciertas instituciones propias –u originarias– del derecho anglosajón, latamente «no codificado»; verbigracia, y por todas, las «exclusiones probatorias»¹¹.

VI. UNIDAD Y DIVERSIDAD

La compulsa del capítulo dedicado a la «Unidad y diversidad» de la clásica obra sobre la cultura de T.S. ELIOT¹² nos sugiere que la problemática allí expuesta sobre tal dicotomía bien puede ser declinada en nuestra materia a una suerte de «regionalismo procesal penal».

Para abordar dicha problemática ejemplificaremos con el «jurado», pero sin desconocer que tal abordaje puede asimismo efectuarse tomando otros institutos del Código que nos ocupa, o incluso el entero ordenamiento como representativo de una «región» cultural-jurídica.

El digesto cordobés de 1991 en rigor de verdad, mantiene un órgano de juzgamiento técnico pero *integrado* (completado) con jurados populares, en cualquier supuesto y en lo que aquí interesa

¹⁰ Cfr. GIOVANNI TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, FCE., México, 1995, ps. 40 y 55, en especial.

¹¹ Artículos 194 del CPP Córdoba; para una noticia del juego de las dos «familias» del derecho (la «continental europea» y la «anglosajona»). Ver TARELLO, *Cultura...*, op. cit., p. 56.

¹² T.S. ELIOT, *Notas para la definición de la cultura*, Emecé, Buenos Aires, 1949, ps. 75 y ss.

configurando un «modelo» distinto del clásico jurado *anglosajón* el cual, por caso, previó TOMÁS JOFRÉ en 1919 para la Provincia de Buenos Aires¹³.

Como puede advertirse sin esfuerzo, desde el plano de la cultura jurídica procesal penalística argentina queda entonces abierta la cuestión sobre si el mandato constitucional (artículos 24, 75 inc. 12 y 118 de la Carta Magna Nacional) se refiere a un *tipo definido* de jurado o permite diversidad de «modelos» a su respecto¹⁴.

VII. SIGNIFICACIÓN

Para concluir este aporte ejemplificativo ante todo, podemos indicar que, desde el plano de la cultura jurídica, el Código que nos ha ocupado, sin perjuicio de otros aspectos, en sus veinte años de vigencia ha significado y significa:

1. Un *receptáculo* técnico-jurídico de superadoras ideologías en punto al logro de un más efectivo y eficaz proceso penal¹⁵;

2. Un *modelo* de enjuiciamiento penal local seguido por otras provincias argentinas¹⁶; y,

3. Una *contribución* a la reforma del Estado de Derecho en clave constitucional, en mira a «perfeccionar el orden jurídico»¹⁷.

En suma, más allá de las posibles dificultades de implementación y de las inevitables querellas de interpretación y aplicación que por muchos respectos puedan haber existido o exis-

¹³ «Proyecto de Jurado Popular para la Provincia de Buenos Aires» presentado por TOMÁS JOFRÉ, en *JA*, t. III, 1919, Sección Legislación, ps. 55/59; este mismo modelo –del jurado «anglosajón»– es el del reciente Proyecto de jurado presentado a la Legislatura bonaerense.

¹⁴ Ver, como muestra de una problemática general sobre el jurado desde la perspectiva nacional, FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA, *El juicio por jurados*, comunicación del 26 de octubre de 2005 en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

¹⁵ Empleamos acá la voz «ideología» en el sentido amplio que le adjudica el antes mencionado GIOVANNI TARELLO: «... filosofías, teorías, complejos doctrinales, *en cuanto* considerados en su función de instrumentos de políticas culturales en general y de políticas del derecho en especial» (*Cultura...*, op. cit., p. 40, nota 2).

¹⁶ Sólo a título de ejemplo: el Código Procesal Penal de Tucumán (ley 6203) y el de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.922) (ver las correspondientes Exposiciones de Motivos al respecto).

¹⁷ Cfr. PAUL KAHN, *El análisis cultural del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 19 y el subtítulo «El lugar de la reforma en el Estado de Derecho» (ps. 17 a 31 inclusive); repárese que la reforma del Código de 1991 se inscribió en un plan innovador de mayor alcance.

tan en la marcha del Código¹⁸, por sus méritos intrínsecos y por su rica andadura, quisiéramos cerrar esta contribución deslizándonos desde una merecida conmemoración hacia una cumplida *celebración* de su veintena vigencia.

¹⁸ Sobre los aspectos señalados en el texto puede verse la obra de PATRICIA CÓPPOLA, *La reforma procesal penal de Córdoba*, Alveroni, 2003, «passim».

*CUESTIONES QUE PRESENTA LA APLICACIÓN DEL ÚLTIMO
PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 359 DEL CPP*

DANIELA BIANCIOTTI

CUESTIONES QUE PRESENTA LA APLICACIÓN DEL ÚLTIMO
PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 359 DEL CPP

DANIELA BIANCIOTTI*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que propone sobre sus fortalezas y debilidades

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DEL PROBLEMA

El Ministerio Público Fiscal detenta, entre otras funciones, la de promover la acción de la justicia «... en defensa de la legalidad» (art. 120 de la C.N., art. 171 de la Constitución de Córdoba). Tal imperativo le obliga a ser objetivo en su actuación, por lo que muchas veces, en cumplimiento de este deber, corresponde que el Fiscal que llevó adelante o intervino en la investigación preparatoria, solicite que se dicte sentencia de sobreseimiento a favor del imputado (arts. 347 y 348 in fine del C.P.P.).

Ahora bien, puede suceder que, en el trámite de la clausura de la investigación preparatoria, el juez requerido no comparta la conclusión favorable al sobreseimiento, en cuyo supuesto el art. 359¹ del C.P.P. proporciona la solución² al colocar la decisión final del asunto en manos del Ministerio Público.

* Miembro del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ El art. 359 del C.P.P. dispone: «*Discrepancia*. Si el Fiscal de Instrucción solicitase el sobreseimiento y el Juez no estuviere de acuerdo, se elevarán las actuaciones al Fiscal de Cámara de Acusación. Si éste coincidiera con lo solicitado por el inferior, el Juez resolverá en tal sentido. En caso contrario, el Fiscal de Cámara formulará el requerimiento de citación a juicio que tramitará con arreglo a esta Título».

² MAIER al comentar la hipótesis, afirma que «la regla, en todo caso, solo quiere resolver un dilema procesal que se presenta entre las condiciones de ejercicio de la defensa – necesidad de la acusación- y la decisión del juez, custodio final del principio de legalidad, de no sobreseer, problema cuya solución es siempre deficiente pues privilegia uno u otro principio enfrentado: Obliga al juez a sobreseer – cuando el fiscal inferior en rango y el superior jerárquico coinciden en esa solución – o determina la acusación, conforme a la opinión y fundamentos del superior jerárquico de la fiscalía en el caso inverso» (MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal - II. Parte General Sujetos Procesales*, Editores Del Puerto, Bs. As. 2003, p. 327).

Es así, entonces, que si el juez de control requerido está en desacuerdo con el pedido de sobreseimiento formulado, deberá remitir la causa al Fiscal de la Cámara de Acusación; en tal caso y una vez recibida la causa por éste podrían darse dos hipótesis:

1) que el superior jerárquico coincida con lo solicitado por el inferior; en tal circunstancia el Juez estará obligado a dictar sentencia de sobreseimiento; situación que se conoce como *sobreseimiento por acuerdo de fiscales*.

2) que el superior jerárquico no esté de acuerdo con el requerimiento efectuado. Para esta hipótesis la ley 8123 dispuso como solución que el mismo Fiscal de Cámara formule directamente el requerimiento de citación a juicio (modificándose de esta manera el procedimiento previsto por la ley 5154 que disponía la remisión a otro fiscal³).

No obstante y a pesar de la regulación legal, es frecuente en nuestra Provincia que el Fiscal de la Cámara de Acusación, le devuelva la causa al inferior acompañada de aquellas instrucciones cuyo cumplimiento considera necesario para completar la investigación. Esto es así, en función de una práctica sentada, por un lado en la celeridad procesal y, por el otro en la imposibilidad para este superior jerárquico de aplicar, en muchos casos, el citado artículo. Así, por ej. para la hipótesis de discrepancia del juez de control con un pedido de sobreseimiento por prescripción, con argumento en que ésta ha sido interrumpida por la comisión de otro delito. Es frecuente que muchas causas prescriban sin siquiera haberse receptado declaración al imputado (requisito indispensable para formular la acusación –art. 354–), en esos casos el estado en el que se encuentra la causa convierte de imposible aplicación el artículo 359 que, como vimos, para el supuesto de estar de acuerdo el fiscal de cámara con la discrepancia formulada por el juez de control le manda formular el *requerimiento de citación a juicio*. Entendemos, que en esa y en todas aquellas hipótesis en

³ Conf. art. 364, Ley 5154 que rezaba: «Disconformidad: Si el Agente Fiscal solicitare sobreseimiento o prórroga extraordinaria de la instrucción, el Juez que no estuviere de acuerdo remitirá el proceso, por decreto fundado, al Fiscal de la Cámara de Acusación, quien dictaminará con arreglo al artículo 67. Cuando el Fiscal se pronuncie por el sobreseimiento o la prórroga, el Juez dictará resolución en tal sentido. En caso contrario se correrá vista del sumario a otro Agente Fiscal, el que formulará requerimiento de elevación a juicio de conformidad con los fundamentos del Superior. Exceptuase de esta disposición las causas de competencia correccional, en las que el Juez dictará sin trámite el sobreseimiento o la prórroga extraordinaria que solicitare el Agente Fiscal».

que el superior jerárquico reciba una causa en la que, por discrepancia del juez de control con el pedido de sobreseimiento formulado por el inferior, le resulte imposible por no encontrarse concluida la investigación formular la requisitoria de citación a juicio legalmente prevista, no le quedará otra alternativa que remitir nuevamente la causa para que el fiscal de instrucción continúe la investigación.

En la práctica, como adelantamos, sucede con frecuencia que la causa es devuelta al fiscal inferior acompañada de instrucciones particulares. Dicha circunstancia conduce al ya instalado debate referido a la *facultad de los Fiscales de rango superior para impartir instrucciones particulares a los inferiores jerárquicos*.

II. PRINCIPIOS QUE SE RELACIONAN CON LA FACULTAD DE LOS FISCALES DE IMPARTIR INSTRUCCIONES PARTICULARES

El Ministerio Público Fiscal debe desarrollar su actividad de persecución penal regido por los principios de independencia, objetividad y legalidad⁴; conforme las normas que rigen su actuación, también corresponde que se ciña a las reglas de Unidad de Actuación y Subordinación Jerárquica (conf. art. 171 de la Constitución de Córdoba).

Desde tal perspectiva, surge que la actividad del órgano superior ya reseñada en modo alguno afecta o pone en riesgo los principios de legalidad y objetividad a los que necesariamente debe ajustarse el Ministerio Público, su inobservancia en cualquier supuesto, le haría incurrir en una conducta ilícita que traerá aparejada la responsabilidad del funcionario interviniente (arts. 120 de la CN y 274 del C.P). Por lo cual, se acepte o no la facultad de los fiscales de rango superior de impartir instrucciones concretas, en ningún caso podrá verse menoscabado el deber de apego al principio de «legalidad» el que, como ya se dijo, obliga a actuar al Ministerio Público Fiscal con objetividad.

No sucede lo mismo, en cambio, con el principio de *independencia*, y con las reglas de *Unidad de Actuación y Subordinación Jerárquica*, es por ello que precisar su contenido y alcance permitirá acercarse a una conclusión sobre el interrogante planteado.

⁴ CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*, Editores Del Puerto, Bs. As., 1998.

II.1. Principio de independencia

El artículo 120 de la Constitución Nacional, establece que «El Ministerio Público es un órgano independiente...»; normas similares aparecen reguladas en la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Provincia de Córdoba (art. 1, Ley 7826).

Dicha independencia, se afirma, supone que los Fiscales lleven adelante su actividad persecutoria sin subordinación a ningún otro órgano, ya sea ejecutivo, legislativo o judicial; de tal modo, su opinión debe formarse sin órdenes, presiones o sugerencias, tanto de los poderes del Estado, como de los partidos políticos, grupos de presión e inclusive la opinión pública⁵. Por tanto, su convicción jurídica quedará ajustada sólo al principio de legalidad (por ej. art. 3 de la ley 7826), todo lo cual configura la denominada «*independencia externa*» del Ministerio Público Fiscal.

Sin embargo, una parte de la doctrina⁶ no admite sólo la conformación de la llamada «*independencia externa*» y sostiene que el Ministerio Público Fiscal debe también poseer «*independencia interna*»⁷, o sea, respecto de los funcionarios de la misma corporación. De esta manera propugnan la total libertad de quienes desempeñan la función requirente, sin que puedan verse influenciados o presionados por órdenes específicas de sus superiores jerárquicos, incluido el propio jefe de la corporación⁸.

Quienes se enrolan en esta postura, afirman que también en este ámbito interno debe ser sólo la ley (art. 71 del C.P.) la que determine la actuación del Fiscal en un proceso concreto. Al respecto, sostiene Sesin que la independencia del poder judicial abarca, por mandato constitucional, dos aspectos que deben ser respetados: uno interno y otro externo, y que, las «...garantías institucionales receptadas por la Constitución y los Pactos internacionales corresponden a los jueces y a los integrantes del Ministerio Público en la medida que este último organismo forme parte del Poder Judicial», en este punto, es necesario destacar que el

⁵ CAFFERATA NORES, JOSÉ I., ob. cit., p. 71.

⁶ AROCENA, GUSTAVO, «Reflexiones sobre la incumbencia del Juez durante la Investigación Preliminar del Proceso Penal», en *Actualidad Jurídica - Revista de Derecho Penal*, N° 3, año 2003.

⁷ GUSTAVO AROCENA resalta que la independencia interna puede llegar a cercenar la independencia externa del Ministerio Público, en cuanto el Jefe de la Corporación es designado por el Poder Ejecutivo (arts. 7, ley 7826 y 144, inciso 9, de la Constitución de Córdoba), (ob. cit., p.175).

⁸ El Fiscal General en nuestra Provincia, art. 15, ley 7826.

autor opina que el Ministerio Público es un órgano auxiliar del poder judicial y no «... un cuarto o quinto poder por cuanto ello no concuerda con nuestra arquitectura constitucional que sólo reconoce la existencia de tres poderes del Estado»⁹.

En cambio, quienes sólo velan por el resguardo de la «*independencia externa*» del Ministerio Público Fiscal, señalan que a diferencia de la de los jueces cuya independencia es *in personam*, la de aquél lo es sólo a nivel institucional¹⁰, asimismo entienden, que «... la independencia funcional de los representantes del Ministerio Fiscal no puede ser tan absoluta como algunos pretenden, sino que debe ceder por imperio del principio de unidad...»¹¹.

II.2. Principio de unidad de actuación

La actuación del Ministerio Público Fiscal también debe ajustarse a la regla de unidad de actuación¹², la que significa que dicho cuerpo debe funcionar como un todo y se encuentra representado por sus integrantes en los actos que cada uno de ellos lleva a cabo.

Con este atributo se procura en definitiva que las políticas de persecución penal sean uniformes y persigan objetivos comunes, según lineamientos que se fijan por quién se halla en la cúspide. En este orden de ideas, el destacado jurista Maier, se refiere a la «... unidad e indivisibilidad del oficio: el funcionario que obra por el ministerio público vincula a la organización con sus acciones o sus omisiones, cualquiera que sea la organización interna y la infracción que a esas reglas de organización haya podido cometer ese funcionario», y sostiene, que para el imputado y su defensor es una pauta básica que garantiza sus posibilidades de resistir la imputación en el procedimiento penal¹³.

⁹ SESIN, DOMINGO, «Ubicación institucional del ministerio público y de los otros órganos con jerarquía constitucional. Una perspectiva diferente», publicado el 9 de agosto de 2006 en www.lexisnexis.com.ar.

¹⁰ BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Bs. As., 1995.

¹¹ Así lo sostenía en el año 1969 VÉLEZ MARICONDE en la Exposición de Motivos al Proyecto del CPP para la Provincia de Córdoba. Citado por CAFFERATA NORES, JOSÉ I., ob. cit., p. 74.

¹² FABIÁN BALCARCE nos dice al respecto «... Un Ministerio Público Fiscal sin tal atributo tiene en sí el propio germen de su colapso, por la pluralidad de posiciones en su propio seno...» (BALCARCE, FABIÁN I., en *Revista de Derecho Penal Integrado - Pensamiento Penal y Criminológico*, Año VI, N° 10, Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 96.

¹³ MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal - II. Parte General Sujetos Procesales*, Editores Del Puerto, Bs. As., 2003.

En nuestra Provincia la referida regla está expresamente prevista en el artículo 2 de la Ley Orgánica Nro. 7826, que dispone que el Ministerio Público Fiscal es único y está representado por cada uno de sus integrantes en cada acto que éstos realizan. Sin embargo, parte de la doctrina al comentar el artículo afirma que «el principio teórico de unidad-actuación es contradicho por el sistema de diseño del Ministerio Público vigente en la provincia, reflejo del dispuesto para el Poder Judicial», considerándose indispensable reformular la estructura del Ministerio Público «si en verdad se quiere asegurar la unidad de actuación»¹⁴.

III.3. Subordinación jerárquica

El logro de una persecución penal eficaz, impone que alguien se ocupe de fijar principios genéricos precisando objetivos dentro del marco legal; es por ello que el Ministerio Público es una institución organizada jerárquicamente¹⁵ cuya cabeza, como su máxima autoridad, posee la atribución de *conducir a todo el cuerpo fiscal fijando, en el marco de la ley, criterios generales de persecución penal*, tarea que es llevada a cabo a través de *instrucciones* que imparte a los de inferior rango.

En este aspecto, las leyes que regulan la institución, en general le otorgan a los miembros del Ministerio Público la facultad de impartir «instrucciones» a sus subordinados (art. 16 inc. 6, Ley 7826)¹⁶. Sin embargo, a la hora de interpretar dicha atribución la doctrina se encuentra dividida, en consonancia con las dos posturas ya esgrimidas en torno al «principio de independencia».

¹⁴ BALCARCE, FABIÁN I., «Ubicación Institucional del Ministerio Público...», ob. cit., p. 97, destacando además que «el mismo diseño en el Ministerio Público se torna antifuncional. En nuestra provincia un mismo hecho trasunta por unidades judiciales a cargo de ayudantes fiscales, por fiscalías de instrucción, a cargo de fiscales de instrucción, por fiscalías correccionales o fiscalías de cámara, pluralizando personal y, con esto, ideologías, puntos de vista o, de otro modo, distintas perspectivas subjetivas, que pueden llevar a posiciones contradictorias sobre la misma temática...»

¹⁵ MAIER nos habla del «par conceptual *legalidad-organización jerárquica (que implica la facultad de dar instrucciones)*» respecto del cual afirma existe cierta resistencia, mientras que existe afinidad en el «par conceptual *legalidad – organización horizontal (con independencia funcional para quien es titular del poder en el caso)*» (MAIER, JULIO B. J., ob. cit., p. 327).

¹⁶ El art. 16 inc. 6 de la ley Cordobesa dispone como atribución del Fiscal General «... fijar las políticas de persecución penal, con arreglo a las leyes...».

En efecto, quienes apoyan la existencia de un Ministerio Público Fiscal sólo con «independencia externa», apegado a las regla de unidad de actuación y subordinación jerárquica, sostienen que las instrucciones impartidas por los superiores pueden ser tanto de carácter general como particular, atento a que no hay tantos Ministerios Públicos como Fiscales.

El Ministerio Público Fiscal es único, afirman, y está organizado jerárquicamente puesto que ello resulta necesario a los fines de lograr la máxima eficacia en la investigación.

En cambio, quienes sostienen que la independencia del Ministerio Público debe ser tanto externa como interna, entienden que las directivas emanadas del superior sólo pueden considerarse como de «...*instrucciones de tipo general*, relacionadas con una categoría de casos, más no, de directivas referidas a un proceso en particular, puesto que de admitirse estas últimas, los fiscales – en su desempeño concreto en causas determinadas- verían dificultado aquel sometimiento obligatorio a la ley, con importante posibilidad de perjuicio a los aludidos principios de legalidad procesal e igualdad ante la ley»¹⁷. Sobre el particular, consideramos oportuno recordar que el CPP faculta al fiscal de jerarquía superior a mandar al inferior a interponer un recurso –art. 444–, no obstante el dictamen contrario que hubiere emitido antes (por ej. que hubiere pedido el sobreseimiento que el superior le manda apelar); circunstancia que, cabe destacar, ya estaba prevista en el CPP de 1970¹⁸.

III. RECEPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA ABORDADA EN NUESTRA PROVINCIA. LEY 7826

La Constitución Provincial, en el artículo 171, establece que el «Ministerio Público está a cargo de un Fiscal General y de los fiscales que de él dependen según lo establece la ley orgánica respectiva. Ejerce sus funciones con arreglo a los principios de lega-

¹⁷ AROCENA, GUSTAVO, «Reflexiones sobre...», ob. cit., p. 175.

¹⁸ CAFFERATA – TARDITI, recuerdan que ya en 1968 VÉLEZ MARICONDE, en la exposición de motivos al proyecto del CPP para Córdoba (p. 55), justificaba esta disposición en que la «independencia funcional del Ministerio Fiscal no puede ser tan absoluta como algunos pretenden sino que debe ceder por imperio del principio de unidad, a fin de que en casos excepcionales de discrepancia, prevalezca la opinión del superior jerárquico, para «asegurar la defensa enérgica del orden jurídico» (CAFFERATA, JOSÉ I. – TARDITI, AIDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba –comentado–*, t. II, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 362, nota n° 39).

lidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica en todo el territorio de la Provincia...». Por otra parte, el citado artículo indica las facultades del Fiscal General, al disponer que «fija las políticas de persecución penal e instruye a los fiscales inferiores sobre el cumplimiento de sus funciones (...) de acuerdo a las leyes».

En consonancia con ello, la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Provincia (ley 7826) contempla expresamente la facultad de los Fiscales de rango superior de impartir instrucciones los inferiores. Así, en el artículo 3 de la ley ya referenciada se recepta el principio de «dependencia jerárquica», y en el artículo siguiente, se faculta a los Fiscales de rango superior a «impartir instrucciones a los fiscales inferiores...».

Asimismo, el artículo 16 al enumerar las funciones del Fiscal General, en el inc. 7 dispone: «Impartir a los Fiscales inferiores instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, tanto de carácter general como particular, con arreglo a lo dispuesto en el Título IV». También el art. 22, inc. 1 de la ley, establece que corresponde al Fiscal de Cámara de Acusación «impartir instrucciones particulares que considere necesarias o le fueren requeridas a los Fiscales de Instrucción, previa consulta al Fiscal General».

No cabe dudas, por lo tanto, que en atención al principio de subordinación jerárquica, la ley Cordobesa otorga expresamente a los fiscales de rango superior la facultad a dar a los inferiores, tanto instrucciones generales como particulares, debiendo respetarse siempre, el principio de legalidad (art. 11).

Sin embargo, dicha facultad no se encuentra libre de limitaciones, ya que a fin de «suavizar la discusión» sobre el tema, nuestra ley provincial enumera ciertas materias sobre las cuales no puede recaer¹⁹ y dispone que «quedan exceptuados» los «requerimientos, conclusiones e imposición o cese de medidas de coerción» (art. 11).

Por otra parte, el régimen normativo vigente soluciona el problema que se podría plantear en el supuesto en que el Fiscal de rango inferior no compartiera la instrucción recibida del superior, autorizándole a «manifestar su posición personal». También está legalmente prevista la posibilidad de que pueda considerar «improcedente» la instrucción recibida, en cuyo caso dispone la ley que «... lo hará saber al Fiscal General por informe fundado. Si el

¹⁹ Ver CAFFERATA NORES, JOSÉ I., «Cuestiones Actuales...», ob. cit., p. 80, nota n° 22.

Fiscal General ratifica la instrucción cuestionada, el acto deberá ser cumplido bajo su responsabilidad» (art. 13).

IV. INSTRUCCIONES DEL FISCAL JERÁRQUICAMENTE SUPERIOR COMO ALTERNATIVA A LA APLICACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 359 DEL CPP

Atento a la legislación vigente en la Provincia (ley 7826), el Fiscal de la Cámara de Acusación posee la facultad de impartir instrucciones particulares a los inferiores siempre que lo haga dentro del marco de los límites normativamente impuestos, es decir, respetando el principio de legalidad, y siempre y cuando dichas instrucciones no se refieran a las materias prohibidas («requerimientos, conclusiones e imposición o cese de medidas de coerción», art. 11).

Se tratará de instrucciones sobre *el ejercicio de sus funciones* (art 11), que, como surge de la limitación aludida, solo *podrán versar sobre cursos de investigación o medidas probatorias*.

Siendo así las cosas, resulta legítimo concluir en relación con el tema que nos ocupa, que es legalmente posible que el Fiscal de la Cámara de Acusación al recibir una causa a fin de dar cumplimiento al procedimiento previsto en artículo 359 del C.P.P., se la devuelva al inferior acompañada de instrucciones escritas, (art 14) que valoró convenientes o necesarias de llevar a cabo para la eficacia de esa investigación.

Asimismo, una vez cumplimentadas las directivas dadas por su superior, podrá el Fiscal de Instrucción formular el requerimiento de elevación a juicio sin que pueda ser cuestionado por este motivo, ya que en el artículo 2 de la ley 7826 expresamente se establece que el Ministerio Público Fiscal es *único* y está representado por cualquiera de sus integrantes en los actos que cada uno de ellos realicen.

Esta propuesta permitirá solucionar también el caso de sobreseimiento pedido por el Fiscal antes de la clausura (vgr art 334 CPP), que carece de una norma expresa que lo regule²⁰.

²⁰ CAFFERATA NORES, ha destacado que la solución que proponemos resulta aplicable al supuesto de discrepancia del juez de control con el archivo dispuesto por el fiscal, ya que, destaca, la remisión que efectúa el art. 334 al art. 359 del CPP, para esta hipótesis es «jurídicamente imposible pues esta última norma le manda al fiscal de cámara, en caso de estar de acuerdo con el juez de control, a formular directamente el *requerimiento de elevación a juicio*, lo cual está previsto para el momento «final» de una investigación preparatoria cumplida (art. 354, CPP). Por otra parte, el autor subraya que para poder formular dicho requerimiento es

Finalmente, resulta oportuno destacar de ésta práctica procesal que si contra ese requerimiento o sobreseimiento eventual llega a haber oposición o discrepancia del juez, el Fiscal de Cámara seguirá habilitado para intervenir, situación que se modificaría si fuese él mismo quién formula acusación (tal como está actualmente en el CPP).

V. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Manual De Derecho Procesal Penal*, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004

AROCENA, GUSTAVO, «Reflexiones sobre la incumbencia del Juez durante la Investigación Preliminar del Proceso Penal», en *Actualidad Jurídica -Revista de Derecho Penal* N° 3, año 2003

BALCARCE, FABIÁN I., *Revista de Derecho Penal Integrado - Pensamiento Penal y Criminológico*, Año VI, N° 10, Ed. Mediterránea, 2005

BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Bs. As. 1995

CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*, Ed. Del Puerto S.R.L, Bs. As. 1998

CLEMENTE, JOSÉ LUIS, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Tomos: I, II, III, IV, Y V, Ed. Marcos Lerner - Córdoba.

MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal - .Parte General Sujetos Procesales*, Eds. Del Puerto S.R.L., Bs. As. 2003, T. II.

legalmente necesario que el imputado haya prestado declaración, por lo que, reitera, no podrá nunca ser el art. 359 aplicable literalmente al supuesto de discrepancia del juez de control con el archivo formulado por el fiscal de instrucción. En tal sentido, y adhiriendo a nuestra propuesta, concluye: «... una interpretación sistemática indica que en este caso el Fiscal de Cámara sólo podrá disponer que la investigación se inicie, solución que podría encuadrarse en la atribución jerárquica de éste de impartir a su inferior instrucciones sobre el ejercicio de sus funciones –art. 22, inc. 1 LOMF– pues no se trata de alguno de los exceptuados por el art. 11 íbid...» (CAFFERATA NORES, JOSÉ I., «El archivo por falta de tipicidad penal en la investigación fiscal preparatoria», en *Proceso penal: nuevos estándares y controversias*, Mediterránea, Córdoba, 2008, ps. 104/105).

SAGUES, NESTOR PEDRO, *Elementos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Bs. As., 1997.

*SOBRESEIMIENTO POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:
REPERCUSIÓN SOBRE EL CESE DE LOS EFECTOS DEL DELITO DE
USURPACIÓN*

DANIELA BIANCIOTTI

BERENICE OLMEDO

SOBRESEIMIENTO POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:
REPERCUSIÓN SOBRE EL CESE DE LOS EFECTOS DEL DELITO DE
USURPACIÓN

DANIELA BIANCIOTTI - BERENICE OLMEDO*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que propone sobre sus fortalezas y debilidades

I. INTRODUCCIÓN

El delito de usurpación por despojo está previsto en el artículo 181 inc. 1° del Código Penal, que establece: «Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad, despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble, o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produjo invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes»¹.

Se trata de un ilícito caracterizado por ser instantáneo pero de efectos permanentes², por lo que, si bien se consuma en un solo

* Miembros del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ En este delito el objeto es un inmueble y, como tal, la forma de apoderarse de él no podrá ser la sustracción. Los inmuebles *non contrectantur sed invaduntur*; el apoderamiento de ellos no se realiza –porque es imposible– tomándolos, sino desalojando a quien los tiene en su poder (LUQUE VIDELA, LUCILA - BERGER, ENRIQUE, «El delito de usurpación por despojo: su significado, relación con el Código Civil y el alcance de sus efectos permanentes», *Semanario Jurídico*, Número: 1496, Tomo 95, Año 2005-A, p. 257).

² Así lo sostiene la mayoría de la doctrina penal argentina: NUÑEZ, RICARDO, *Derecho penal argentino*, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1967, p. 497; LAJE ANAYA, JUSTO – GAVIER, ENRIQUE A., *Notas al código penal argentino – parte especial*, t. II, Lerner, 1995, p. 411; RUBIANES, CARLOS J., *El código penal y su interpretación jurisprudencial*, Depalma, Bs. As., 1974, p. 1157; BREGLIA ARIAS, OMAR – GAUNA, OMAR R., *Código penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, t. II, Astrea, Bs. As., 2001, p. 338; citados por: CLEMENTE, JOSÉ LUIS –

momento, sus secuelas persisten en el tiempo. Esta circunstancia ha generado la necesidad de establecer un mecanismo para reintegrar el inmueble usurpado con anterioridad al dictado de la sentencia definitiva³, a fin de evitar los inconvenientes que para la víctima supone esperar hasta entonces.

Tal propósito se ha alcanzado a través del desalojo preventivo del inmueble usurpado⁴, que de ese modo se convirtió en una cuestión de carácter procesal ligada al delito de usurpación⁵. Si bien el ordenamiento procesal penal cordobés no contiene normas específicas que regulen esta situación, el vacío ha sido colmado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Así, en nuestra Provincia la orden de reintegro del inmueble se dicta por aplicación directa del artículo 302 del CPP, que establece: «La investigación penal preparatoria deberá impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores...». Este artículo alude a los delitos de acción pública y su finalidad es impedir que subsistan los efectos de la transgresión penal en los casos de delitos tentados, permanentes, continuados, o de efectos permanentes⁶.

Ahora bien, la medida se pensó como solución frente al fenómeno usurpatorio pero su implementación generó otro problema, como es la utilización de la vía penal para lograr un desalojo preventivo que por vía civil (se cree) tardaría demasiado tiempo. Lo expuesto ha producido la siguiente situación: quien resulta ser víc-

ROMERO, SEBASTIÁN, *El delito de usurpación*, 2ª edic. ampliada, Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 198, nota n° 5.

³ La doctrina y la jurisprudencia pacíficamente aceptan que al finalizar el proceso, con el dictado de la sentencia, la restitución del inmueble es posible por aplicación del artículo 29 del CP que dispone: «La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias...» (RUBIANES, CARLOS J. - ROJAS PELLERANO, HÉCTOR, *El delito de usurpación, doctrina, legislación y jurisprudencia*, Bibliográfica Ameba, Bs. As., 1960, ps. 375 y ss.).

⁴ El desalojo preventivo procede frente a las distintas figuras que contempla el artículo 181 del CP aunque, como lo señala HORNOS, no cabría en supuestos como el previsto en el inciso 3° que refiere a la turbación de la posesión, porque no contempla como resultado típico el despojo lo cual constituye un impedimento para disponer el reintegro de una posesión o tenencia que no ha sido objeto de desplazamiento (HORNOS, ROBERTO E., «El reintegro en el proceso penal de inmuebles usurpados», *La Ley* 2001-E, p. 936, citado por: CLEMENTE – ROMERO, ob. cit., p. 204).

⁵ CLEMENTE, JOSÉ LUIS – ROMERO, SEBASTIÁN, ob. cit., p. 195.

⁶ CLEMENTE, JOSÉ LUIS, *Código procesal penal de la Provincia de Córdoba*, t. III, Lerner, Córdoba, 1998, p. 84.

tima del delito de usurpación, una vez que ha logrado la restitución del inmueble en su favor pierde el interés por el proceso. Además, de acuerdo a la escala penal prevista en abstracto para el delito, se trata de causas en las que el presunto autor mantiene su situación de libertad, con frecuencia quedan paralizadas⁷ y transcurre el plazo previsto legalmente para la extinción de la acción penal por prescripción, correspondiendo el cierre del proceso mediante el dictado de una sentencia de sobreseimiento (artículo 350 inc. 4 del CPP Córdoba).

De esta manera, desaparece el fundamento procesal del desalojo preventivo ordenado para hacer cesar los efectos de un delito cuya existencia no se ha podido determinar, ni se podrá en el futuro (pues se ha perdido la potestad estatal de perseguirlo y juzgarlo). Esto trae aparejado el reclamo de quien fuera imputado para que vuelvan las cosas a su estado anterior, es decir, de que el bien litigioso le sea reintegrado.

La problemática obedece a que, a diferencia de aquellos casos en los que el sobreseimiento se dicta por certeza negativa sobre los extremos fácticos de la imputación (existencia del hecho o la participación del imputado en él), la cuestión de fondo ha quedado aquí sin dilucidar. Entonces, la víctima del delito, beneficiada con la medida, se encuentra no sólo con la imposibilidad de que los órganos públicos investiguen el hecho denunciado, sino también con la pretensión del supuesto autor de recuperar el inmueble.

Ante este panorama se instala el siguiente interrogante ¿corresponde la restitución del inmueble a quien, por estar sospechado de usurpador, fue desalojado en el marco de una investigación penal y luego, por haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción, fue sobreseído?

La respuesta resulta relevante para brindar previsibilidad a los comportamientos judiciales, pues permitirá anticipar al disponer la medida la consecuencia jurídica que conllevará la extinción de la acción penal por prescripción, mientras que por otro lado, incentivará a los interesados (fiscal de instrucción, querellante particular, víctima que no se ha constituido en tal) a instar el trámite judicial iniciado y así evitar esa situación. Ello, efectuando la salvedad de que, aun cuando el querellante sólo está *facultado*

⁷ Debido al colapso judicial, que impone criterios informales de selección de causas o, en el mejor de los casos, instrucciones de Fiscalía General sobre causas con prioridad de juzgamiento.

para impulsar el proceso a sus etapas correspondientes según la modalidad adhesiva receptada en el CPP Córdoba, su actuación como parte eventual supone un interés para acreditar la existencia del hecho y la responsabilidad de los involucrados que lo hará actuar en consecuencia (artículo 94 del CPP).

Lo expuesto cobra mayor importancia al considerar que actualmente el consenso jurisprudencial sobre esta temática se basa sólo en razones de economía procesal, ya que los dos máximos tribunales de recursos de nuestra Provincia (Tribunal Superior de Justicia y Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba) habían brindado respuestas contradictorias sobre la cuestión.

II. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS

No existen estudios relacionados específicamente a la suerte de la medida que hace cesar los efectos de la usurpación, cuando la propia acción para perseguir y juzgar ese delito se ha extinguido. Así, aún cuando existe cierto consenso doctrinario en cuanto a la facultad que tiene el titular de la investigación penal (fiscal o juez de instrucción, según los sistemas procesales adoptados por cada Provincia) de restituir el inmueble presuntamente usurpado a la víctima⁸, las investigaciones que han procurado abordar la temática en forma sistematizada versan fundamentalmente sobre la oportunidad procesal para su dictado y los requisitos de procedencia. Es decir, contemplan el momento previo (y necesario) de la situación bajo análisis.

Por otra parte, la doctrina ha caracterizado genéricamente los efectos del sobreseimiento por extinción de la acción penal (comprendido de la prescripción). Así, reconocidos autores tanto en nuestra Provincia (CAFFERATA NORES, TARDITTI) como en el ámbito nacional (D' ALBORA), coinciden en torno al efecto propio de la sentencia de sobreseimiento una vez firme, esto es, el cierre definitivo e irrevocable del proceso penal en relación al imputado en cuyo favor se dictó, que trae aparejada la imposibilidad de reabrirlo o

⁸ CAFFERATA NORES, JOSÉ I.-TARDITTI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba - comentado*, t. II, Mediterránea, Córdoba, 2003, ps. 8, 592, 593; D' ALBORA, FRANCISCO J., *Código Procesal Penal de la Nación: anotado, comentado y concordado*, t. I, 6º edic., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 520, 521; LUQUE VIDELA, LUCILA - BERGER, ENRIQUE, ob. cit.; HORNOS, ROBERTO E., «El reintegro en el proceso penal de inmuebles usurpados», *La Ley* 2001-E, p. 936, y «Usurpación: nuevas modalidades comisivas y de entrega del inmueble», *La Ley* 1995-C, p. 1107; entre otros.

iniciar otro en su contra por el mismo delito (*non bis in ídem*)⁹. A ello debe sumarse la postura mayoritaria¹⁰ sobre las notas características de las causales extintivas de la acción penal, que sostiene que éstas prevalecen por encima de las demás al tener valor impositivo de la persecución y juzgamiento¹¹. En el mismo sentido, NÚÑEZ estima que en tales casos no es posible seguir el orden de prelación establecido por el artículo 350 del CPP Córdoba, ya que «(...) el juez está impedido de considerar las causales de sobreseimiento que exigen la consideración del fondo del asunto...»¹²; mientras que para D'ALBORA, cuando se ha extinguido la

⁹ CAFFERATA NORES, JOSÉ I. - TARDITTI, AÍDA, ob. cit., t. II, p. 95; con cita de CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho Procesal Penal*, t. III, p. 13; D'ALBORA, FRANCISCO J., ob. cit., t. II, p. 703.

¹⁰ Existe una parte de la doctrina y la jurisprudencia que sostiene una postura contraria. Así se pronuncia en minoría el vocal de la Cámara de Acusación, FRANCISCO HORACIO GILARDONI, quien aplica el criterio del TSJCb., solo por razones de economía procesal y gradación jerárquica, pero sostiene que «... resulta absolutamente injusto que el sobreseimiento se base en la prescripción, desechándose la prueba que ha de reponer el honor del imputado...», destaca que ello deberá lograrse con la prueba existente en la causa. Apoya su postura en la siguiente cita doctrinaria: «... Mario I. Chichizola, en su publicación referida al Sobreseimiento, en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXV, pág. 651 y siguientes, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1968, al abordar el tema de las causales y el orden de su consideración para la procedencia del dictado del sobreseimiento señala: '... En cuanto al orden en que deben ser consideradas las causales que motivan el sobreseimiento, con frecuencia la jurisprudencia, con apoyo de parte de la doctrina (Clariá Olmedo, T. IV, Pág. 324/6) ha dado preferencia al tratamiento de las causales extintivas, basándose en que cuando aparece extinguida la acción penal es innecesario entrar a considerar las causales objetivas y subjetivas. Tal solución, que parece ser la más cómoda para el juzgador, no es siempre la más justa. Basta considerar, por ejemplo, la situación de un imputado inocente, a quien se lo sobresee por prescripción de la acción penal, en vez de sobreseerlo porque no cometió el hecho delictuoso que se le imputa, máxime cuando al decretarse el sobreseimiento por prescripción se omite hacer la declaración que la formación de causa en nada afecta el buen nombre y honor de que gozare el imputado. Indudablemente que si el hecho presuntamente delictuoso no se cometió o no constituye delito, o si el imputado está exento de responsabilidad penal, tiene derecho a exigir un pronunciamiento judicial en ese sentido, que deje perfectamente aclarada su situación, en vez de que se lo sobresee por prescripción de la acción penal, lo cual importa dejar una sombra de sospecha sobre la culpabilidad del imputado...» (Cam. Acus. A. n° 54 del 12/05/2000, «Arico»).

¹¹ CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho Procesal Penal*, t. III, ps. 15 y 16, citado por: CAFFERATA NORES, JOSÉ I. - TARDITTI, AÍDA, ob. cit., p. 93.

¹² NÚÑEZ, RICARDO, *Código procesal penal anotado*, 2° edic. actualizada, Lerner, Córdoba, 1986, p. 297, nota 2 al artículo 338, citado por: CAFFERATA NORES, JOSÉ I. - TARDITTI, AÍDA, ob. cit., p. 94.

acción el sobreseimiento procederá en cualquier estado del juicio¹³.

Sin embargo, doctrinariamente no se han establecido diferencias en cuanto a delitos que, por sus matices específicos, pueden generar la adopción de medidas provisorias. En este sentido, de los trabajos existentes sólo es posible extraer lineamientos generales para orientar el tratamiento del problema, fundamentalmente cuando se refieren al plazo dentro del cual corresponde actuar para hacer cesar los efectos del delito, así como a su naturaleza jurídica.

II.1. Plazo dentro del cual debe tomarse la medida

LUQUE VIDELA y BERGER procuran demostrar que los efectos permanentes de este delito son independientes del delito en sí, tanto material como jurídicamente, ya que pueden cesar antes de que prescriba la acción penal o bien, subsistir de hecho después que ello suceda. Ejemplifican, citando a NÚÑEZ, con aquellos casos en los cuales «(...) interfiere una causa jurídica con efecto jurídico extintivo (por ej., el perdón en los delitos de acción privada) o preclusivo (sentencia definitiva) de la responsabilidad; o cuando una causa jurídica (como la prescripción o la derogación de la norma que la impone) extingue la obligación de actuar violada por el hecho omisivo...». Por ello, apuntan que en ciertas situaciones no es posible, en el marco del proceso penal, lograr el lanzamiento del inmueble del presunto autor, aún cuando se mantenga su responsabilidad por el hecho delictivo ya consumado¹⁴.

II.2. Naturaleza jurídica de la medida

HORNOS en su comentario al artículo 238 bis del CPP de la Nación se ha pronunciado a favor de la naturaleza cautelar del desalojo preventivo, precisando sus requisitos, oportunidad procesal y autoridad que debe dictarla en el marco del procedimiento nacional. A su entender, ese procedimiento constituye una medida cautelar de específica previsión en el proceso penal, por participar de las características generales de instrumentalidad y provisionalidad, al igual que otras también receptadas en éste,

¹³ D'ALBORA, FRANCISCO J., ob. cit., p. 699.

¹⁴ LUQUE VIDELA, LUCILA - BERGER, ENRIQUE, *Semanario Jurídico*, Número: 1496, Tomo 95, Año 2005-A, p. 257.

como la inhibición de bienes del procesado, las medidas de coerción personal, etcétera¹⁵.

De modo similar se expide ROMERO¹⁶, pues señala que en el sistema procesal cordobés la medida es «preventiva», en el sentido de que procura tutelar uno de los fines de la primera etapa del proceso, y que «(...) prevenir ha sido siempre el fundamento más genérico de las medidas de coerción (cautelares)...». Esta postura coincide con la de MAIER, para quien «(...) las autoridades de la persecución penal (...) cumplen también un fin preventivo, en el único sentido de evitar la consumación de un delito tentado o consecuencias posteriores perniciosas del delito consumado», y asigna a la coerción procesal el fin de «prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento»¹⁷.

Sin embargo, las consideraciones reseñadas no son aceptadas pacíficamente, ya que por ejemplo CÁCERES¹⁸ estima que el desalojo preventivo no es propiamente una medida cautelar, sino «una medida de imperio propia de toda jurisdicción, que tiene la finalidad de hacer cesar el delito» (mencionando como ilustración, la regulación procesal del artículo 302 del CPP Córdoba).

II.3. Pautas elaboradas por la jurisprudencia local para la procedencia de la medida

Teniendo en cuenta que la Cámara de Acusación de esta ciudad tiene, como regla general, la última palabra respecto de la medida de desalojo preventivo del inmueble presuntamente usurpado¹⁹, a continuación expondremos los requisitos que deben concurrir para dictar el decreto que la ordene²⁰ y que fueron consignados el

¹⁵ HORNOS, ROBERTO E., «El reintegro en el proceso penal de inmuebles usurpados», cit.

¹⁶ CLEMENTE, JOSÉ LUIS – ROMERO, SEBASTIÁN, ob. cit., p. 224.

¹⁷ MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, ps. 515/516, cit. en CAFFERATA NORES, JOSÉ I. – TARDITTI, AÍDA, ob. cit., t. II, p. 8, nota n° 11.

¹⁸ CÁCERES, FERNANDO, nota en *El Penalista N° 33*, <http://ar.geocities.com/revistamayo2nota4.htm>, citado en CLEMENTE, JOSÉ LUIS - ROMERO, SEBASTIÁN, ob. cit., p. 223.

¹⁹ El TSJCba. tiene dicho que se trata de una medida cautelar que no causa gravamen irreparable, y que «... sólo una sentencia condenatoria puede darle a la restitución efectuada carácter definitivo, lo que no obsta al ejercicio de las acciones posesorias o reivindicatorias que pudieran intentar...» (T.S.J., Sala Penal», A.I. n° 112, del 30/05/2006, «Callegher»).

²⁰ «... la facultad conferida legislativamente al fiscal para ordenar el desalojo de un inmueble que habría sido objeto de usurpación ha sido otorgada por el artículo 302

precedente «Gualda» (A. n° 239, de fecha 26/08/08). Ello, sin dejar de resaltar la necesidad de avanzar a una legislación que contemple específicamente todos los aspectos relacionados con el dictado de esta medida, que permita encauzar la discrecionalidad del fiscal y brindar seguridad jurídica a los justiciables.

II.3.a. *Oficiosidad*

La medida de reintegro debe ser dictada de oficio por el fiscal de instrucción, aún faltando pedido expreso de la víctima (cuyo interés surge tácitamente de la misma denuncia). Para reforzar esto, refiere que «... la medida se dicta en el marco del artículo 302 del CPP, lo que implica que no es una mera facultad sino también una verdadera obligación del investigador, que no puede depender de la existencia de solicitud expresa de la víctima...».

II.3.b. *Verosimilitud en el derecho*

No basta la mera apariencia de verdadero del derecho invocado (verosimilitud), sino que debe existir suficiente caudal probatorio sobre los extremos de la imputación jurídico-delictiva. El estado intelectual requerido para dictar la medida es la probabilidad, estado que «... en la práctica, será similar al requerido para la elevación a juicio...»²¹.

del CPP, que establece que una de las finalidades de la investigación penal preparatoria es la de impedir que el delito supuestamente cometido produzca consecuencias ulteriores; y que al estar redactada la norma en forma genérica, sin circunscribir su empleo a ninguna clase especial de delitos, debe entenderse que es aplicable en la pesquisa de cualquiera de ellos. Entender la norma de esa manera no significa hacer una interpretación forzada de ella, porque ninguna limitación ha sido establecida legalmente como obstáculo para su utilización. Más aún, la expresión '*deberá impedir*' deja claro que el legislador estableció aquel fin no como una facultad sino como un imperativo dirigido hacia los organismos que están a cargo de llevarla a cabo. En consecuencia, resulta palmario que si el fiscal de instrucción entiende que se encuentra frente a un hecho delictivo, *deba* entonces procurar que cesen las consecuencias de aquel. En el caso del delito de usurpación por despojo (artículo 181 inc. 1° del CP), el único modo en que el órgano instructor puede cumplir tal obligación es disponiendo lo necesario para que la posesión del inmueble sea restituida a quien es considerado damnificado del delito, porque si no actúa de ese modo la víctima seguirá sufriendo las *consecuencias* de aquél, que es lo que se *debe evitar*...» (C. Acus., «Wulbrandt», a. n° 66, del 09/05/2007).

²¹ La mayoría de la Cámara sostuvo que el dictado de la medida no debía coincidir con el del requerimiento de citación a juicio, en cambio, el vocal CARLOS A. ZALAZAR, en minoría, sostuvo «... la probabilidad («verosimilitud») que debe exigirse para la

Peligro en la demora: la Cámara considera que este peligro es evidente en los casos de usurpación por tratarse de un delito instantáneo de efectos permanentes. Esos efectos «... deben ser suprimidos lo antes posible, pues de lo contrario el damnificado se vería obligado a esperar una eventual sentencia condenatoria, causándole la usurpación mayor perjuicio con el paso del tiempo. Además, si el objeto de la medida es asegurar uno de los fines de la investigación penal preparatoria (impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores), la demora en el reintegro del inmueble usurpado afectará indudablemente esa finalidad...».

II.3.c. *Contracautela*

Resulta importante destacar que el tribunal de apelaciones ha considerado innecesaria la imposición de una contracautela, por las especiales características que presenta esta medida, tales como su finalidad (hacer cesar los efectos del delito), el caudal probatorio requerido sobre los extremos de la imputación, y la obligación de ser ordenada de oficio.

II.3.d. *Oportunidad*

Puede ordenarse en cualquier momento de la investigación, luego de recibida la declaración del imputado, siempre que se haya reunido el caudal probatorio que permita arribar a un estado intelectual de probabilidad sobre los extremos de la imputación delictiva²².

procedencia de una medida de la gravedad y magnitud como la que aquí tratamos será prácticamente similar a la necesaria para la clausura de la investigación y el paso a la etapa del juicio, de lo que resulta que ambas resoluciones (reintegro de inmueble y requerimiento de citación a juicio) usualmente coincidirán en el tiempo. Sólo con el caudal probatorio referido —el previsto por el artículo 354 del CPP— podrá considerarse «verosímil» (probable) la comisión del delito de usurpación por despojo, debiendo sólo allí reintegrarse el inmueble al damnificado en forma inmediata y provisional...»

²² El vocal CARLOS A. ZALAZAR, en minoría, se inclinó por la siguiente posición: «... considero que la víctima deberá esperar prácticamente hasta la clausura de la investigación, la que deberá ser realizada de manera expeditiva, pues recién allí se llegará a la probabilidad necesaria para el dictado de la medida (...). Si se tiene en miras que la finalidad de la investigación penal preparatoria consiste no sólo en impedir que el delito produzca consecuencia ulteriores, sino también en reunir pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento (artículo 350 CPP), ha de concluirse que la medida cuestionada sólo podrá dictarse cuando

Está estrechamente vinculado a la exigencia de fundamentación y por lo tanto, a la nulidad absoluta que sanciona su omisión.

II.3.e. Decreto fundado

Si bien el artículo 302 nada dice al respecto, el decreto por el que se ordena la medida debe ser fundado bajo pena de nulidad, que es de carácter absoluto por estar en juego garantías constitucionales (debido proceso e inviolabilidad de la defensa en juicio). Para satisfacer este extremo la resolución debe detallar los elementos de prueba y el razonamiento efectuado por el instructor para arribar al grado convictivo exigido.

Este requisito se desprende del artículo 154 del CPP, «... según el cual los requerimientos y conclusiones del fiscal deben ser fundados, por un lado, para permitir el control por parte de la defensa del mérito probatorio, y por otro lado, por ser obligación de magistrados y funcionarios. Ello debe aplicarse extensivamente a los decretos que resuelven cuestiones que pueden producir un gravamen irreparable (...) sólo los decretos de mero trámite quedan exentos de la fundamentación exigida por ley...».

La nulidad de la medida tampoco está expresamente prevista, pero se deriva del artículo 185 inc. 3 del CPP referido a la intervención del imputado, que se ve vulnerada por la falta de fundamentación pues ésta impide (o dificulta seriamente) su derecho a recurrir.

II.3.f. Impugnabilidad

No está prevista legalmente la posibilidad de oposición y en consecuencia, tampoco la apelación de la resolución que confirme o revoque el decreto que ordena la medida. Sin embargo, la Cámara entendió que esta decisión puede causar un gravamen de muy difícil reparación ulterior, por lo que constituye una excepción a la regla de taxatividad que rige en la materia. A su vez, resaltó que «... el gravamen es distinto para cada supuesto (oposición y apelación). El gravamen irreparable que le puede causar al oponente es el inminente lanzamiento del inmueble en cuestión; en tanto el que puede provocar al apelante es la ocupación de

se esté en condiciones de decidir por la acusación (...) ambas resoluciones (reintegro de inmueble y requerimiento de citación a juicio) usualmente coincidirán en el tiempo...».

un inmueble por parte de quien –a su criterio– no tiene derecho a hacerlo...» (C. Acus., «González», a. n° 177 del 13/09/07).

II.3.g. Depositario Judicial

La Cámara de Acusación no se refirió a este aspecto, pero consideramos que la restitución al sujeto pasivo del inmueble presuntamente usurpado debe hacerse en carácter de depositario judicial, debiendo notificarse a este último las obligaciones que asume en tal carácter, y en especial, la prohibición de modificar la situación jurídica del inmueble hasta el cierre definitivo del proceso.

Entendemos que ésta es la solución legal que permitirá evitar transferencias sucesivas con las que se pretenda soslayar los efectos de la sentencia de sobreseimiento por prescripción. Pues si bien la máxima jurisprudencia local entiende que procede la cancelación de la medida en tal supuesto (por ser cautelar), al mismo tiempo considera que si el inmueble salió de la esfera de posesión o tenencia de la presunta víctima y pasó a manos de un tercero, generando cuestiones accesorias de carácter civil que tornen dudosa la legitimidad de esta nueva posesión o tenencia, la decisión que disponga el cese de la medida cautelar no podrá ejecutarse y deberá resolverse en sede civil.

La situación expuesta tuvo lugar *in re* «Videla, Mirta Lilia, p.s.a. usurpación –Recurso de Casación–» (S. n° 55, 01-04-20011), que sintéticamente podemos resumir del siguiente modo: en el caso de autos, luego de que fuera dictada la sentencia de sobreseimiento por prescripción en favor de la imputada y resuelto el cese de la medida por la cual se dispuso el desalojo preventivo del inmueble presuntamente usurpado, la persona sobreseída no pudo recuperar el inmueble, porque éste había pasado a manos de un tercero que alegó haberlo recibido en virtud de un contrato de comodato. Frente a ello, el juez expresó que como aquél decisorio había sido dictado *sin perjuicio de derechos de terceros*, no podía ejecutarse por la fuerza pública y debía recurrirse a la vía civil.

El TSJ, al resolver el recurso de casación interpuesto, sostuvo que la cuestión debía ser resuelta en la jurisdicción civil. Para ello, tuvo en cuenta la controversia existente sobre los siguientes puntos: la calidad de depositario judicial de quien detentaba el inmueble; la naturaleza de la relación contractual en virtud de la cual tenía el referido inmueble (comodatario, locatario, mutuario, etcétera); si había obrado de buena fe; si tenía un derecho de retención sobre el inmueble por las mejoras hechas; el plazo por el

cual había detentado como depositario el inmueble; todo lo que excedía el marco de conocimiento propio del fuero penal.

El caso expuesto es ilustrativo de la necesidad de prever la posibilidad de que el inmueble deba volver al imputado desalojado en virtud de la medida cautelar, de lo contrario el paso del tiempo terminaría perjudicándolo de todos modos, porque a pesar de contar con una sentencia que lo desvincula del proceso y le reconoce el derecho de recuperar el inmueble, no puede hacerlo.

III. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Superior de Justicia y la Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba han adoptado posturas diferentes sobre la cuestión, plasmadas en sus respuestas a los reclamos de los justiciables.

Sin embargo, debemos destacar que recientemente el Tribunal de Apelaciones *in re* «Ruffino, Alberto José Gustavo p.s.a. usurpación» (A. n° 166, 26/04/2011) resolvió adecuar sus resoluciones al criterio sentado por el máximo tribunal de nuestra provincia en esta materia, dejando a salvo el suyo, por «estrictas razones de economía procesal».

III.1. Postura de la Cámara de Acusación

El tema cobró relevancia a partir del precedente «Giacossa» (TSJ, Sala Penal, Sent. n° 48, del 19/03/2008), a raíz del recurso de casación interpuesto por la defensa de la imputada por el delito de usurpación, en contra de la resolución de la Cámara de Acusación que mantuvo la negativa a restituirle el inmueble litigioso con posterioridad al dictado de la sentencia de sobreseimiento por prescripción de la acción penal.

La Cámara fundó su decisión en que el bien ya había sido entregado al denunciante, por lo que cualquier cuestión litigiosa al respecto debía ser tramitada en sede civil (haciendo aplicación analógica del trámite previsto en el artículo 544 del CPP).

Ahora bien, el TSJ anuló parcialmente la decisión y reenvió la causa a la Cámara de Acusación para que se pronunciara expresamente acerca de la procedencia o no de la restitución a la imputada sobreseída, oportunidad en la que ésta hizo lugar a la restitución del inmueble a Giacossa (A. n° 105, del 18/04/2008). Sin embargo, al pronunciarse en otros casos sobre la cuestión se apartó del criterio expuesto por el Alto Cuerpo, brindando argumentos nuevos.

En efecto, a partir del precedente «Gualda» (citado en el punto **II.3.**), sostuvo que el cierre total y definitivo del proceso por el dictado de una sentencia de sobreseimiento no implica necesariamente la restitución del inmueble al imputado desalojado preventivamente (si bien en el fallo la Cámara sostiene que se trata de una medida cautelar, al mismo tiempo especifica que presenta «características propias» que la diferencian de aquellas de carácter civil previstas expresamente en el CPP²³).

Ello, por entender que cuando el proceso se cierra por duda insuperable (artículo 350 inc. 5 CPP) o extinción de la acción penal por prescripción (artículo 350 inc. 4 CPP), no renace la presunción de buena fe de la posesión del imputado (artículo 2362 del CC), toda vez que la orden de reintegro del inmueble en virtud del artículo 302 del CPP se ha basado en elementos de prueba favorables al derecho invocado por la víctima. Según esta postura, la tenencia que ejercía el imputado sobreseído continuará sospechada de ilicitud aún cuando el proceso penal se haya cerrado, ya que las causales indicadas dejan subsistente el esclarecimiento del fondo de la cuestión.

En el mismo sentido, sostiene que aún cuando la medida está destinada a hacer cesar los efectos materiales del delito, no tiene sólo carácter procesal, pues está vinculada a la cuestión de fondo sobre la que se decide provisoriamente. Por lo tanto, debe mantenerse hasta que la cuestión del mejor derecho a poseer sea resuelta en sede civil, agregando que, ante la ausencia de previsión legal específica, debe aplicarse analógicamente lo previsto por el código procesal sobre la restitución de objetos secuestrados (arts. 543 y 544 del CPP).

²³ «... si bien estamos en presencia de una *medida cautelar* –por lo que podría entenderse que siempre es necesaria dicha garantía– ella presenta características propias que la diferencian de las medidas cautelares de carácter civil previstas expresamente en el código procesal penal (Libro V, Ejecución; Título III, Ejecución civil; Capítulo II, Garantías; arts. 532 y ss.), que son medidas sobre los bienes del imputado o del demandado civil (embargos, inhibiciones y otras medidas cautelares) que tienen por fin *garantizar* el cumplimiento de la pena pecuniaria, las costas o las disposiciones de la sentencia sobre la reparación de daños, según el caso, las cuales sólo pueden ser dictadas por un órgano jurisdiccional (CAFFERATA – TARDITTI, op. cit., t. II, ps. 588 y ss.). Esas medidas requerirán una *contracautela* suficiente, siguiendo el principio general en materia de medidas cautelares en el proceso civil y comercial. Sin embargo, la distinta finalidad de la medida de reintegro (hacer cesar los efectos del delito), la necesidad de un suficiente caudal probatorio (algo más que la mera verosimilitud –apariencia de verdadero– del derecho invocado), y la posibilidad (o mejor, la obligación) de ser ordenada de oficio sin requerimiento de la víctima, tornan innecesaria la imposición de una contracautela...» («Gualda»).

III.2. Postura del Tribunal Superior de Justicia

Al pronunciarse sobre la impugnabilidad objetiva de tal resolución, el TSJ señaló que como regla «las medidas de restitución dispuestas en el curso del proceso por usurpación y sujetas a la resultas de la causa, no constituyen sentencia definitiva», salvo que causen un agravio de tardía, insuficiente, muy difícil o imposible reparación ulterior (por su magnitud y según las circunstancias de hecho). En el caso bajo examen entendió que concurría la excepción mencionada, pues la persona afectada por el desalojo preventivo no tendría otra oportunidad para volver sobre lo resuelto, a la vez que estaría obligada a iniciar una acción en una sede distinta a aquella en que se dispuso la medida («Giacossa», cit.).

Cuando ingresó al fondo de la cuestión, el TSJ anuló parcialmente la decisión y reenvió la causa a la Cámara de Acusación para que se pronunciara expresamente acerca de la procedencia o no de la restitución a la imputada sobreseída, sobre la base de un razonamiento estrechamente vinculado con el expuesto en el párrafo anterior. Así, sostuvo que:

- La restitución del inmueble al presunto ofendido penal es una medida cautelar ordenada por la Instrucción en el marco de un proceso penal, en orden a impedir que el delito investigado produzca consecuencias ulteriores (artículo 302 del CPP).

- El impacto que la medida provoca en la persona imputada, la obligación de iniciar un proceso en sede civil a raíz de una modificación fáctica producida en sede penal, tanto como el cierre definitivo e irrevocable del proceso por el sobreseimiento por prescripción de la acción penal (con la consiguiente imposibilidad de volver sobre la cuestión en esa sede), tornan gravosa la omisión de pronunciarse sobre la restitución.

- El sobreseimiento provoca el cese de todas las medidas restrictivas impuestas durante el mismo (artículo 411 del CPP).

A su vez, el TSJ se pronunció expresamente sobre los argumentos nuevos esgrimidos por la Cámara de Acusación local, manteniendo la solución propugnada en «Giacossa» (TSJ, Sala Penal, «Videla», Sent. n° 133, del 18/05/2010; «Coscolla», Sent. n° 199, del 24/08/10).

Así, en el fallo «Videla», citando precedentes propios (TSJ, Sala Penal, «Callegher», A. n° 112 del 30/5/06; «Sánchez», A. n° 228 del 03/12/07), reiteró que «... la medida en cuestión no constituye una sentencia de desalojo ni una sentencia que resuelva una litis posesoria, como cautelar que es queda sujeta en su duración a los resultados de la acción penal que ha sido incoada y a la sentencia que se dicte. Así, sólo una sentencia condenatoria puede darle a la

restitución efectuada carácter definitivo, lo que no obsta al ejercicio de las acciones posesorias o reivindicatorias que pudieran intentar...» (resaltado del original). A continuación, afirmó la naturaleza cautelar del desalojo preventivo dispuesto según el artículo 302 del CPP, recalando sus características esenciales de provisorias y accesorias. Por lo tanto, en base a la regla general de que una vez extinguido lo principal (acción penal), la cautelar dispuesta (desalojo preventivo) debe cesar, entendió que «... la alteración fáctica operada en este fuero debe dejarse sin efecto, retornando la situación a su estado anterior y reintegrando a quien fuera imputada en la posesión que detentaba hasta el momento en que el Fiscal la desalojara preventivamente (...) por resultar de aplicación al caso lo dispuesto en los arts. 411 y 503 del CPP...».

También resaltó que, si bien el órgano jurisdiccional se encuentra impedido de ejercer los poderes de acción y jurisdicción sobre los extremos de la imputación una vez prescripta la acción penal, no ocurre lo mismo respecto de todas las cuestiones que forman el objeto del proceso, por lo que obligatoriamente debió expedirse al momento del dictado de la sentencia de sobreseimiento sobre el remanente constituido por el desalojo preventivo dispuesto.

Incluso en el último fallo del año 2010 relacionado con esta cuestión, «Coscolla» (ya citado), calificó de errónea las consideraciones de la Cámara de Acusación que atribuyen distintas consecuencias jurídicas al sobreseimiento dispuesto por duda insuperable o prescripción de la acción penal (es decir, que la medida dispuesta deba continuar por no renacer la presunción de buena fe de la posesión), toda vez que «... tales extremos sólo podrán ser afirmados a través de un decisorio jurisdiccional que se expida sobre el fondo del asunto, lo cual en la presente, obviamente y por la prescripción operada de la acción penal, no resulta posible...».

IV. OPINIÓN PERSONAL²⁴

Adherimos al criterio según el cual el cierre total y definitivo del proceso debido al dictado de una sentencia de sobreseimiento por prescripción de la acción penal, implica la restitución del inmueble a favor del supuesto usurpador lanzado provisoriamente.

²⁴ DANIELA BIANCIOTTI, ha relativizado la postura expuesta en el presente trabajo, pues sostiene que el debate es profundo y sigue abierto, al menos en aquellos supuestos en los cuales la decisión del fiscal de instrucción que dispone la medida del art. 302 del CPPCb., ha quedado firme por no haberla cuestionado el imputado.

En primer lugar, consideramos que tal conclusión se impone frente a las características del tipo penal de usurpación por despojo, que no protege al titular del derecho real (de dominio u otro) sino a la relación de hecho que se establece entre persona-inmueble (posesión, tenencia, cuasiposesión), con independencia de su origen lícito o ilícito. En este sentido se ha pronunciado el TSJ de Córdoba, que, haciendo eco de la pacífica doctrina sobre el tema, ha sostenido: «... lo protegido no sólo por el inc. 2º sino por las demás hipótesis de la figura del artículo 181 del CP siempre incluye, según las distintas modalidades de ataque contempladas, los intereses del mero detentador en nombre propio del inmueble, sin importar, incluso, la legalidad del título con el que cuente para ejercer tales facultades...» (TSJ, Sala Penal, «De Bianchetti», Sent. nº 3, del 15/02/2010); resaltando que «... la figura de usurpación por despojo (artículo 181 inc. 1 del CP) protege el *ejercicio efectivo* de la posesión, tenencia o cuasiposesión de un inmueble, *con o sin título* que dé derecho a ella. En consecuencia, el examen de la legitimidad o ilegitimidad del título es indiferente para la configuración del tipo, bastando que el autor despoje de la cosa mediante algunos de los medios previstos por la figura a quien tenía un poder de hecho y consolidado sobre ella (...). De tal manera que el empleo de violencia para despojar, aun en la convicción de tener derecho, constituirá usurpación...» (TSJ, Sala Penal, «Murúa», Sent. nº 329, del 06/12/2010).

Frente a ello, el razonamiento adoptado por la Cámara de Acusación de esta ciudad presenta la siguiente dificultad: por un lado, se acepta que el tipo penal de usurpación por despojo no exige la posesión de buena fe del sujeto pasivo para su configuración, y en consecuencia, de establecerse con probabilidad la existencia de los extremos de la imputación, la restitución provisoria del inmueble procederá sin tal requisito (incluso en forma definitiva si se arriba a una sentencia de condena firme, debiendo debatirse en sede civil la cuestión sobre el mejor derecho a poseer). Sin embargo, para dejar sin efecto la restitución provisoria y retornar las cosas a su estado anterior cuando el proceso se ha cerrado de forma definitiva e irrevocable, ese Tribunal exige al imputado haber recobrado la presunción de buena fe de su posesión (lo cual, a su juicio, sólo tendrá lugar cuando concurra un estado intelectual de certeza negativa sobre los extremos de la imputación).

Desde un ángulo diferente relacionado a la acción penal, es preciso recordar que su titularidad y subsistencia condiciona directamente la potestad punitiva estatal, por lo que su extinción impide iniciar una pretensión de esta índole, así como también continuar con ella cuando tal circunstancia deviene con posterior-

ridad. Por lo tanto, tanto ordenar como mantener una medida restrictiva y provisoria dictada en función de un delito cuya acción penal se extinguió, constituye un acto arbitrario al transgredir el límite temporal legalmente impuesto al poder punitivo estatal mediante el instituto de la prescripción.

A su vez, la prescripción de la acción penal excluye la posibilidad de efectuar una valoración sobre los extremos de la imputación delictiva, que permita arribar al estado intelectual requerido para aplicar otra causal de cierre del proceso (por más evidente que ésta sea). Esa imposibilidad de considerar el fondo de la cuestión no depende de la voluntad o conducta procesal del imputado sobreseído, ni lo perjudica, pues según jurisprudencia del TSJ, éste no podrá impugnar la sentencia ya que en ningún caso afecta su buen nombre y honor o menoscaba su dignidad («Martínez», Sent. N° 16 de fecha 08/06/07, entre otras). Por el mismo motivo, tampoco la restitución del inmueble a quien resultó sobreseído por prescripción incidirá sobre el debate de la cuestión en sede civil.

Por último, la postura que sostenemos es respetuosa de la presunción de inocencia, garantía de expreso reconocimiento constitucional que rige en todo el proceso penal (artículo XXVI, DADDH; artículo 8°.2, CADH; artículo 14.2, PIDCP; artículo 75, inc. 22 de la CN). Esta garantía no sólo se proyecta resguardando los derechos del imputado en materia de carga de la prueba o medidas de coerción personal (con las excepciones legalmente previstas) *durante* la sustanciación del proceso, sino también una vez que se ha producido el cierre definitivo del proceso por cualquier motivo, impidiendo que quien ha sido sobreseído se vea obligado a reclamar el cese de las medidas restrictivas allí dispuestas en otro fuero.

Este panorama indica que la víctima (esté o no constituida en querellante particular o actor civil²⁵) frente al vencimiento de un término ordenatorio para dictar resolución, deberá usar los medios legalmente previstos para hacer efectivo su derecho a que el proceso concluya en un lapso razonable (artículo 39 *in fine* de la Constitución Provincial), sin que prescriba la acción penal. En tal supuesto, corresponderá pedir pronto despacho al Fiscal o al Tribunal, según la etapa que atravesase, y en caso de no obtener resolución dentro de los tres días, denunciar el retardo ante el superior jerárquico (queja por retardada justicia) para que éste fije el

²⁵ Por ser «interesada», según la interpretación que hacen CAFFERATA NORES, JOSÉ I. – TARDITTI, AÍDA, en base al argumento del artículo 61 CPP, ob. cit., t. I, p. 397, nota n° 805.

plazo dentro del cual deberá dictarse el pronunciamiento (artículos 146 y 155 del CPP). La demora injustificada podrá generar responsabilidad administrativa y/o civil de los magistrados o funcionarios intervinientes, pudiendo configurar incluso la causal de destitución por morosidad prevista en el artículo 154 de la Constitución Provincial²⁶.

²⁶ Lo cual motivará su sometimiento a proceso ante el jurado de enjuiciamiento o juicio político, según corresponda.

*A VEINTE AÑOS DE LA SANCIÓN DEL VIGENTE CÓDIGO PROCESAL
PENAL DE CÓRDOBA*

JOSÉ I. CAFFERATA NORES

A VEINTE AÑOS DE LA SANCIÓN DEL VIGENTE CÓDIGO PROCESAL
PENAL DE CÓRDOBA

JOSÉ I. CAFFERATA NORES

(Esquema de la exposición efectuada el 23 de agosto de 2011 en el homenaje organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con motivo de cumplirse veinte años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente vigente)

I. CONTEXTO TEMPORAL Y PLAN DE EXPOSICIÓN

Por cierto que no es del caso pretender desarrollar el Código Procesal Penal de Córdoba sancionado en 1991 en forma detallada. Solo me referiré a sus fuentes, sus innovaciones estructurales más notorias y la amplia participación de operadores jurídicos que tuvo su génesis y sanción.

Si debo decir, para contextualizar temporalmente, que el gobierno democrático provincial que asume en 1983 con la elección de Eduardo Angeloz, prestó una gran atención a la modernización del sistema judicial.

Durante la gestión de Juan Carlos Palmero como Ministro de Gobierno, se crearon los fueros Contencioso Administrativo y de Familia. Durante la mía, y como consecuencia de la reforma de la Constitución Provincial operada en 1987, se dictaron las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa Pública (Ley de Asistencia Jurídica Gratuita) y los nuevos Códigos de Procedimiento Civil y Comercial, del Trabajo y el Procesal Penal que hoy nos ocupa.

Posteriormente, ya en 1998, durante la administración de Ramón Mestre, en la gestión de Oscar Aguad como Ministro de Gobierno y D.S., y la Presidencia de la sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aida Tarditti, se logra la implementación total de la profunda reforma introducida al enjuiciamiento penal por el Código Procesal Penal de 1991.

I.1. Fuentes del CPP de 1991

Las fuentes más directas del CPP de 1991 son las siguientes:

I.1.a. El CPP 1939 y su reforma de 1970

Como se menciona expresamente en la Exposición de Motivos del Proyecto respectivo, el Código vigente reconoce como precedente inmediato el sancionado en *Córdoba en 1939* (que introduce al país el juicio oral y público en materia penal) y su *reforma de 1970*. No voy a abundar en detalles sobre este aspecto pues ha sido suficientemente desarrollado por los oradores que me antecedieron, Dres. Palmero y Zarazaga.

I.1.b. La Constitución de Córdoba de 1987

La *Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987*, incorpora a la normatividad provincial de máxima jerarquía, una importante serie de ideas fuerza que el Código vigente recepta.

Merecen contarse entre ellas la situación institucional del Ministerio Fiscal como órgano separado del jurisdiccional pero integrante del Poder Judicial, y las atribuciones que a este expresamente se le reconocen, en orden a la promoción y ejercicio de la acción penal pública: aquí se destacó la tarea del Convencional (y luego miembro de esta Academia) Dr. JORGE DE LA RÚA.

Y no debe perderse de vista que esta Constitución incorpora como Disposición Complementaria, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU de 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos, cumpliendo con la obligación que asumiera en 1984 por ley n° 7098, de hacer cumplir la CADH en la Provincia en las materias de su competencia. Complemento no es adorno, sino «cualidad o circunstancia que se añade a una cosa para hacerla íntegra o perfecta» según el Diccionario. En tales condiciones la CADH –que enfatiza en la imparcialidad de los jueces– integra desde 1987 la normativa constitucional local (incorporándose a la nacional recién en 1994)

De este conjunto se destacan nuevos derechos y garantías para el imputado y la víctima del delito y la posible participación de legos en los tribunales de juicio, que, como anticipé, son receptados en el CPP de 1991 que consecuentemente acentúa con fuerza las notas propias del sistema acusatorio.

I.1.c. El Proyecto de CPP de la Nación de 1986

El Proyecto de *Código Procesal Penal de la Nación* de 1986, (en cuyos primeros borradores colaboré, pero que finalmente terminó redactando JULIO MAIER con la importante colaboración de ALBERTO BINDER), si bien no obtuvo sanción legislativa, influyó en muchas de las nuevas instituciones del código Cordobés.

I.2. Principales innovaciones del CPP de 1991

Desde luego que no pretendo señalarlas a todas sino solo las que me parecen estructuralmente más trascendentes.

I.2.a. La acentuación del principio acusatorio

Con un trazo grueso podría decirse que las nuevas instituciones se orientan a dar vigencia –aunque todavía con ciertas limitaciones– al principio acusatorio, desterrando el sistema mixto o inquisitivo mitigado que ostentaba el CPP de 1939, procurando una mayor imparcialidad de los jueces.

Las principales manifestaciones de este cambio son:

a. *La investigación fiscal preparatoria*: El nuevo CPP adecua los roles de los sujetos procesales públicos a la verdadera naturaleza de sus funciones constitucionalmente asignadas.

Así al Ministerio Fiscal le asigna la tarea de investigar los delitos de acción pública, a los fines de identificar a sus participes y buscar pruebas para fundar su acusación y pedir que sean sometidos a juicio.

Priva de este modo a los jueces de la tarea anteriormente asignada de practicar la instrucción jurisdiccional, tendiente primero a buscar y luego a darle al Fiscal las pruebas en donde éste debería fundar su acusación, y la sustituye por otra: la de controlar la legalidad del accionar investigativo de los fiscales, desde la óptica del respeto o violación a las garantías individuales (juzga sobre su observancia) y la razonabilidad y corrección jurídica de muchas de sus conclusiones (vgr, juzga sobre la potencia incriminante de la prueba procurada por el fiscal, en apoyo de su acusación y el acierto o error de encuadramiento legal recaído).

El fiscal investiga y acusa: el juez lo controla.

b. *Los nuevos roles que se ponen a cargo del fiscal y el tribunal durante el juicio oral y público*: Durante el juicio el Ministerio Público Fiscal «es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva». Paralelamente, ha quitado al tribunal de juicio la gran

mayoría de las llamadas «facultades autónomas de investigación» (producción de pruebas *ex officio*), que el Código anterior le reconocía. Sus jueces, entonces, deberán decidir en su sentencia sobre el fundamento de la acusación a base de las pruebas que arrimen el Ministerio Público Fiscal, el imputado (si lo desea hacer) y las demás partes, lo que facilitará que el tribunal cumpla su verdadero papel durante el juicio, especialmente en el debate, que es el de director –sin facultades que comprometen la imparcialidad y objetividad indispensables para dictar una justa y fundada resolución– y el de garante del pleno e igualitario ejercicio de las atribuciones de todos los otros sujetos procesales.

I.2.b. La intervención de particulares

El nuevo CPP introduce dos figuras que Córdoba había repudiado siempre: el querellante (argumento: solo busca venganza) y los jurados (argumento: no conocen el derecho).

a. El querellante: Se autoriza al ofendido por un delito de acción pública a intervenir en el proceso penal como querellante, colaborando con el ejercicio de la acción penal, acordándole atribuciones acusatorias expresas, cuyos alcances se siguen hoy discutiendo (vgr. la necesidad de que el Ministerio Fiscal avale sus recursos como condición del tratamiento de estos por el tribunal de alzada). Deja atrás la estigmatización sobre el «interés de venganza» de la víctima que había imperado mas de medio siglo entre nosotros, y recepta la letra y el espíritu de la Constitución de 1987 y la normativa supranacional que «complementa» a aquélla.

b. El jurado: El nuevo CPP permite que en ciertos casos, los tribunales penales se integren con ciudadanos comunes, adoptando así una forma de jurado denominado «escabinado».

Acuerda a los escabinos las mismas obligaciones y derechos que a los jueces técnicos, aunque mantiene a aquéllos en minoría.

El funcionamiento de esta institución facilitó el camino para la implementación, más reciente (2004), de otro modelo de mayor envergadura en donde la proporción es inversa: Hay más ciudadanos comunes que jueces técnicos y todos deben fundamentar sus conclusiones sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

I.3. La participación de los operadores jurídicos

El Código de 1991 no fue una obra «oficial». En la génesis y formulación del anteproyecto (1988), en la redacción del Proyecto del Poder Ejecutivo (1990) y en la sanción del CPP vigente (1991) hubo una participación inédita de los operadores jurídicos. Jue-

ces, fiscales, abogados de la matrícula y docentes universitarios tuvieron amplio acceso prestando su valiosa colaboración, traducida en sugerencias, en observaciones, en consensos y en disensos, todo fruto de convicciones sinceras, que fueron útiles al Poder Ejecutivo que elaboró el Proyecto y a los legisladores que, con sus aportes propios, lo convirtieron finalmente en ley.

Hoy la Academia reconocerá con un diploma a todos los que tuvieron un respaldo institucional en esas tareas: no los menciono individualmente porque sus nombres y roles constan en la Resolución N° 18/2011 de esta corporación que dispone su otorgamiento. Pero hubo muchos otros que, sólo por buena voluntad, hicieron conocer sus opiniones y propuestas, generaron intercambios –muchas veces fuertes– de ideas, siempre apostando a su perfeccionamiento. También se hicieron conocer oposiciones totales, pero siempre fundadas de buena fe.

No faltaron, por cierto, algunos que, con una constancia digna de mejores empeños y bajo argumentos pseudo científicos, sembraron suspicacias sobre ocultas y subalternas intenciones políticas del nuevo Código. Sin embargo, la fuerza de acontecimientos históricos posteriores, demostró su sinrazón.

II. EL FUTURO

Sólo puedo decir, en síntesis, que mas allá de sus fortalezas y debilidades –propias de toda obra humana (a la que le «pusimos el cuerpo» en los ámbitos que nos tocó hacerlo) y que serán motivo de debate en esta conmemoración–, casi no se escuchan ya voces que propicien volver atrás. Muchas, en cambio, expresan propuestas de reformas al Código vigente que pretenden salvar sus deficiencias *profundizando* su impronta innovadora (y yo formularía, en una elección a vuelo de pájaro, tres: 1. que volviendo a la fuente –el Proyecto del PE– los Fiscales solo pidan fundadamente al juez de control la prisión preventiva; 2. que así como el plazo para recurrir la sentencia definitiva se cuenta a partir del conocimiento por las partes de sus fundamentos, lo mismo ocurra con cualquier otra resolución recurrible –plazo que hoy se cuenta desde la notificación de la parte resolutive–, para lo que debería utilizarse, con los resguardos del caso, sencillos instrumentos informáticos como el correo electrónico; y, que 3. que todos los plazos acordados a las partes se computen en días hábiles –el hacerlo en días corridos, no ha contribuido con la celeridad que se invocaba para justificarlo y en muchos casos, especialmente en los más complejos, coarta efectivamente el derecho de defensa).

III. CONCLUSIÓN

A modo de balance podríamos decir que veinte años de vigencia del CPP de 1991 nos permiten aventurar que, lo que nació como una obra legislativa, se ha convertido hoy en un *producto cultural de Córdoba*, privilegio del que gozan pocas de nuestras leyes.

*OPOSICIÓN A LA ELEVACIÓN A JUICIO Y PROHIBICIÓN DE LA
REFORMATIO IN PEIUS*

JOSÉ I. CAFFERATA NORES

OPOSICIÓN A LA ELEVACIÓN A JUICIO Y PROHIBICIÓN DE LA
REFORMATIO IN PEIUS

JOSÉ I. CAFFERATA NORES*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra el 23 de agosto de 2011 con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que ella propone sobre las fortalezas y debilidades de éste.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo vamos a sostener que, en el vigente Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, la *prohibición de la reformatio in peius*, (prohibición que integra el derecho de defensa del imputado) *rige*, no solo en materia de recursos (artículo 456 CPP), sino también en el caso de la oposición del defensor a la acusación (artículo 357 CPP) contenida en el requerimiento fiscal de citación (o elevación) a juicio (artículo 355 CPP).

Esto significa que la decisión del juez de control, al resolver la oposición a la acusación formalizada por la defensa, no puede resultar perjudicial para el imputado oponente (ni colocarlo en ese riesgo), *ni excediendo* o procurando exceder el ámbito fáctico contenido en la acusación (v. gr. ordenando al fiscal, antes de resolver la oposición, la recepción de más pruebas, que aumenten el caudal conviccional o su ámbito punitivo), *ni cambiando* al decidir, por otra más gravosa, la calificación legal allí recaída, *ni eludiendo* la vigencia de esta calificación al resolver sobre otras cuestiones jurídicas planteadas en la oposición que encuentren su fundamento o se relacionen con tal encuadramiento legal.

II. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS

En materia de recursos, la *prohibición de la reformatio in peius* consagra (artículo 456 último párrafo CPP) una rígida prohibición dirigida al tribunal de alzada, de modificar la resolución impugnada-

* Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

da en perjuicio del imputado, cuando hubiera sido recurrida *sola-*
mente por éste o en su interés y *sin que haya* recurso acusatorio. A
esta institución la Corte Suprema de Justicia de la Nación la ha
reconocido como de nivel constitucional, toda vez que hace al de-
bido proceso y la defensa en juicio¹.

El fundamento de esta prohibición reposa en la necesidad de
garantizar al imputado la *libertad* de recurrir o –quizás sea más
gráfico decir– la *tranquilidad* para recurrir. Esta tranquilidad exis-
tirá cuando él sepa que el recurso que intenta nunca podrá perju-
dicarlo más que la propia sentencia recurrida. Porque si existiera
el peligro de que la impugnación, deducida exclusivamente en su
favor, pudiera terminar empeorando su situación², podría resultar
compelido a sufrir la sentencia injusta (a su criterio) antes de co-
rrer el riesgo de que ésta se modifique en su perjuicio.

III. OPOSICIÓN A LA ELEVACIÓN A JUICIO Y RECURSOS

La oposición a la elevación a juicio, *comparte* todos los ele-
mentos esenciales de los recursos y le deben ser aplicados los efec-
tos de estos: entre ellos la prohibición que nos ocupa.

Es que así como en materia de recursos del imputado, por tra-
tarse estos de una instancia que *depende exclusivamente de la vo-*
luntad del recurrente (no hay recurso de oficio) el tribunal *ad quem*
no puede examinar ningún aspecto de la resolución impugnada
que no haya sido punto de agravio por parte de aquél (*tantum*
devolutum quantum appellatum –artículo 456 párrafo 1° CPP–), vien-
do así limitada su competencia revisora a los límites del recurso,
ni tampoco –cuando no hay recurso acusatorio– resolver en su per-
juicio (*prohibición de la reformatio in peius* –artículo 456 párrafo 3°
CPP–) *lo mismo debe ocurrir* con la oposición de la defensa al re-

¹ Fallos, 234: 270 y 372; 231: 190, 198 y 497; 268: 45; 274: 283; 295: 778. La Corte Suprema de Justicia viene diciendo al respecto que «no es racional la alternativa de consentir la sentencia condenatoria o exponerse al aumento de la sanción en la alzada» (Fallos, 248: 128); que la *reformatio in peius* se vincula con el agravio del apelante y no con el acierto del fallo» (CSJN, Fallos, 248: 128); y que habiendo sido interpuesto el recurso sólo en favor del imputado, la sentencia del Tribunal de Apelación, que modifica la de 1ª instancia, en perjuicio de éste, «adolecía de invalidez en tanto y en cuanto habría sido dictada sin jurisdicción» (Fallos 247: 448 o JA 1961-IV-3, n° 7).

² «Si no, el recurrente, al ir por lana, saldría trasquilado», expresa gráficamente AYÁN, MANUEL N., *Recursos en materia penal*, 2ª edic. actualizada por GUSTAVO A. AROCENA y FABIÁN I. BALCARCE, Lerner, 2001, p. 268.

querimiento fiscal de elevación juicio, que contiene la acusación en contra del imputado.

La doctrina –a la que adherimos– señala que «ante la falta de una previsión legal similar a los recursos, en general deben aplicarse a la oposición (...) los principios generales que *gobiernan los primeros*»³.

Y como ejemplo se señala que «la competencia del Juez de Control *quedará limitada a los puntos del agravio invocado* (aplicación analógica del artículo 456), rigiendo la prohibición de *la reformatio in peius* (prohibición de modificar en perjuicio del imputado la decisión impugnada por éste o a su favor –texto legal citado, último párrafo–)⁴.

VI. CRITERIO LEGAL PARA LA ELEVACIÓN A JUICIO

La posibilidad acordada a la defensa técnica por el artículo 357 CPP de oponerse ante el juez de control a la acusación del fiscal, es un *derecho* acordado en *exclusivo interés de aquella*, y su ejercicio depende solo de su voluntad. Tan es así que de no ejercerse el derecho de oposición, *ninguna* intervención sobre la acusación le acuerda el CPP al juez de control; y la elevación a juicio se ordena por un simple decreto del Fiscal de Instrucción (artículo 358 anteúltimo párrafo CPP).

a. Así lo deja en claro el Mensaje de Elevación del PE del Proyecto de CPP para Córdoba (artículos 356 y 357) que finalmente resultara convertido en la ley vigente:

«A fin de *permitir* que la defensa se oponga al progreso de la acusación, el Proyecto posibilita que ella sea sometida a crítica sobre su fundamento probatorio y jurídico. Esto responde no solo a una conveniencia práctica (...) sino, y principalmente, a dar *mayores garantías al imputado*. Creemos que la crítica de la acusación no es una derivación *necesaria* de la garantía de defensa en juicio o del debido proceso. Por ello es que *no se la regula como obligatoria para todos los casos*, sino que se prevé *únicamente a instancias del defensor*. En tal sentido a este se le acuerda *el derecho* a oponerse a la

³ AAVV, *Manual de derecho procesal penal*, Ed. Fac. de Der. y CS de la UNC, 2004, p. 449.

⁴ AAVV, *Manual de derecho procesal penal*, Ed. Fac. de Der. y CS de la UNC, 2004, p. 452, citando a MARCELO NOVILLO CORVALÁN.

apertura del juicio plenario cuando estimare que la acusación es infundada desde el punto de vista fáctico o legal»⁵.

b. Ilustrativa resulta la opinión que distingue la legislación alemana de la argentina en este punto.

«La diferencia reside (...) –se señala– en la obligatoriedad del control de la acusación por la jurisdicción antes de provocar el procedimiento principal para la ley germana, procedimiento que para la ley argentina constituye una *mera eventualidad* provocada por la *facultad defensiva de resistir la acusación*; por ello se ha dicho que en nuestros códigos modernos el procedimiento intermedio es eventual o *facultativo, un verdadero derecho para el imputado y no una obligación directa del juez*»⁶.

c. De las notas precedentemente descriptas resulta claro que la competencia funcional del juez de control, abierta por la oposición de la defensa, queda *circumscrip*ta al control del requerimiento de elevación a juicio respecto de los puntos *fijados en la oposición*, sin poder excederlos. Y *mucho menos* hacerlo en *perjuicio del imputado*.

d. Queda así argumentada nuestra opinión sobre que la tranquilidad para oponerse a la elevación a juicio solamente existirá cuando él imputado sepa que el *derecho* que ejerce *nunca podrá perjudicarlo más que la propia acusación que refuta*. Porque si existiera el peligro de que la oposición deducida en su favor pudiera terminar empeorando su situación procesal, quizás prefiera sufrir la acusación injusta antes de *correr el riesgo* de que ésta se modifique en su perjuicio.

De allí que pueda decirse que si se admitiera que, como resultado de la oposición, se acarreará al imputado una situación peor que la gozada anteriormente, se llegaría a la conclusión *ilógica* de que el ejercicio de esa actividad defensiva tendría –por fuerza de sus efectos– *virtualidad acusatoria*»⁷.

⁵ *Reforma Judicial*, t. IV, Ed del Gobierno de la Provincia de Córdoba, Lerner, Córdoba, 1990, p. 19.

⁶ MAIER, JULIO B., *La ordenanza procesal penal Alemana*, Vol. II, Depalma, 1982, p. 170.

⁷ DE LA RUA, FERNANDO, *El recurso de casación*, p. 258, sobre recursos, pero plenamente aplicable a la oposición que comentamos.

V. LA OPOSICIÓN A LA ELEVACIÓN A JUICIO ES PURA ACTIVIDAD DEFENSIVA

Lo expuesto se refuerza en cuanto la atención se centra en la naturaleza *estrictamente defensiva* de la oposición, que se evidencia en *los objetivos* que la ley le asigna: instar el sobreseimiento de los imputados, o la falta de mérito (luego de la reforma de la ley 8930) o un cambio de la calificación legal (artículo 357 CPP).

a. Por eso es que, si se admitiera la posibilidad de que al resolver la oposición de la defensa del imputado a la acusación, el juez pudiera *exceder* los límites de su competencia funcional (revisora) o resolver *en perjuicio del imputado* mas allá de lo requerido por el fiscal, el derecho de oponerse a la elevación a juicio no podría ser ejercitado en plenitud y libremente, pues *el riesgo* de que por ejercer ese derecho su situación procesal resultase empeorada por la decisión que al respecto pudiese dictar el juez de control, importaría una restricción al ejercicio de aquél derecho, el que se acuerda solo en su interés, al punto que –insistimos– de no ejercerlo, *ninguna intervención* le permite el CPP al juez de control y la elevación a juicio se ordena por un simple decreto del Fiscal de Instrucción.

b. O sea que, según la estructura del CPP, lo *peor* que le puede pasar a quien se opone, es que el juez de control *avale la acusación tal como ha sido formulada*: nunca podrá valerse de ella (de la oposición) como una vía de habilitación, directa o indirecta, para *perjudicar* al opositor (mas allá de lo requerido por el fiscal).

Y mucho menos puede pensarse que la oposición del defensor configure una vía para que aquél magistrado *procure que el fiscal produzca una acusación más severa*, o de cualquier forma habilite el *riesgo* de resultar así perjudicado por oponerse.

c. Por eso es que, según las razones ya expuestas, bajo ningún pretexto el juez de control puede pretender que, previo a resolver la oposición, la causa *vuelva* al fiscal de instrucción para que, por ejemplo, este recepte nuevas pruebas o revise si se ha omitido acusar por algún hecho delictivo que surja de la investigación realizada.

Ocurre que en el sistema de la ley procesal cordobesa, la correlación entre lo que surge de la investigación en lo fáctico y en lo jurídico, con la conclusión acusatoria del fiscal (o sea la corrección de ésta), solo puede ser revisada por el juez de control *a pedido* del imputado, canalizada por la vía de la oposición de su defen-

sor, *nunca de oficio*, en virtud del límite impuesto a su competencia revisora por los puntos de la oposición (artículo 456 CPP).

Por lo demás *no se conoce norma superior alguna* de la que surja que los jueces de control deban escudriñar si los fiscales han omitido algún delito en sus acusaciones, para mandarles o insinuarles que los incluyan en ellas, cuando deban examinarlas frente a objeciones *exclusivamente* realizadas por el imputado en su oposición (artículo 357 CPP). El mandato constitucional (y el de la normativa supranacional incorporada, artículo 75 inc. 22 CN) aplicado a este momento procesal, no es que los jueces sean *tutores* de la integralidad de la acusación, sino que *resuelvan imparcialmente* los cuestionamientos que a ella les haga la defensa, y dentro de los límites que estos le imponen a su potestad jurisdiccional. Y esta imparcialidad se verá afectada cuando en lugar de analizar los agravios del defensor del imputado, el juez se ocupe de la acusación para *procurar que se aumente su contenido incriminante*⁸.

Por ello es que el juez de control no puede auto-constituirse en un *vigilante oficioso* de coherencias fácticas y jurídicas de la acusación que *ni la ley pone a su cargo, ni están en discusión* en esta etapa del proceso (salvo las que la defensa proponga).

Admitir lo contrario *desnaturaliza* una instancia unívocamente defensiva como es la oposición a la acusación, que cual «boomerang» puede volverse en contra del imputado (a quienes más le valdría no haberse opuesto a la acusación, pues no correría el riesgo de que esta se viera agravada, riesgo que *ahora* tendría *solo* por haberse atrevido a ejercer su derecho exclusivo y excluyente).

d. No sería buen argumento decir que si el fiscal, al proseguir la investigación por habérselo ordenado el juez de control antes de resolver la oposición, amplía el contenido incriminante de la acusación originariamente formulada, *no se vería afectada la defensa del imputado* pues esta ampliación debería serle notificada y podría cuestionarla. Es que no puede hablarse de facultades defensivas en sentido propio cuando tales defensas deban recaer sobre postulaciones requirentes obtenidas gracias a la vulneración

⁸ La Cámara de Acusación de Córdoba, por auto n° 59 del 21 de febrero de 2011, señaló que en el supuesto de oposición de la defensa al requerimiento de citación a juicio, el juez de control lo que «de modo alguno» puede hacer «es intentar «mejorar» la acusación propiciando que la calificación jurídica asignada por el fiscal fuese reeditada y dotada de un contenido mayor de injusto que el que ya le había sido conferido por aquél en su documento requirente».

de una garantía integrante del derecho de defensa, como es la violación a la *prohibición de la reformatio in peius* en que el juez de control incurriría si dispone una continuación de la investigación para procurar la incorporación de nuevos delitos o una recalificación mas gravosa del contenido en la acusación originaria, continuación no prevista por la ley para este.

Quizás no sea ocioso recordar que dicha continuación investigativa, *solo* está regulada para los *casos de duda del juez* de control sobre los extremos de la imputación delictiva contenida en la acusación (artículo 358 párrafo 2 CPP), frente al análisis de la misma que le impone la oposición de la defensa (artículo 357 CPP) y como consecuencia de ella (falta de mérito)⁹.

VI. EXCEPCIÓN APARENTE

Excepcionará aparentemente esta posición el caso de que algún coimputado –también oponente– se haya defendido en esta fase haciendo recaer en su oposición mayores responsabilidades penales sobre los otros imputados. Pero queda claro que el eventual perjuicio para un oponente *no derivará* de su propia oposición, sino de la oposición del coimputado.

Cabe agregar que cuando el artículo 358 del CPP dispone que la elevación a juicio deberá dictarse respecto de *todos* los imputados aunque *solo uno* se haya opuesto, la razón de ser de esta solución legal radica en la «posibilidad del efecto extensivo de la impugnación deducida», lo que no significa «que el juez *de oficio* examine la acusación en otras cuestiones que no hayan sido motivo de la oposición y no guarden correlación con esa concreta objeción»¹⁰.

⁹ «Pero ¿Qué sucedía en el caso del que el Fiscal de Instrucción, previa indagatoria, estimaba cumplida la investigación, habiendo alcanzado el estado de probabilidad y el juez de instrucción (control) por vía de oposición del abogado defensor del imputado (CPP artículo 357) estimaba que *no* se había alcanzado la mencionada probabilidad positiva y no estaba cumplida la investigación? Con la introducción del viejo instituto procesal, la cuestión ha quedado zanjada: el juez dicta auto de falta de mérito, disponiendo la continuación de la investigación por parte del fiscal de instrucción y la inmediata libertad de la persona encerrada cautelarmente con motivo del proceso», razona BALCARCE, FABIÁN, «Escarbando en el baúl del abuelito», *Pensamiento penal y criminológico*, Año II, n° 3, 2001, p. 10; Idem, CLEMENTE, JOSÉ LUIS, *Código Procesal Penal de Córdoba Comentado*, t. V, p. 54.

¹⁰ CAFFERATA NORES, JOSÉ I. – TARDITTI, AÍDA, *Código Procesal Penal de Córdoba. Comentado*, t. II, Mediterránea, 2003, p. 119.

VII. LA SUBSUNCIÓN JURÍDICA

Cabe agregar que la misma limitación a la competencia funcional del juez de control existe en relación a la *subsunción jurídica* de los hechos objeto de la acusación: *solo* podrá examinar las calificaciones legales recaídas en estos hechos, si la defensa lo solicitare por vía de oposición, instando un *cambio del encuadramiento jurídico* más beneficioso (artículo 357 CPP): *nunca de oficio* (salvo que sea a favor del oponente)¹¹.

La aludida limitación implica que el juez de control *deberá atenerse* a la calificación legal contenido en la acusación para resolver *cualquier cuestión* que el oponente plantee en su favor: aún cuando no esté de acuerdo con aquella, es *inmodificable* para el magistrado en esta instancia.

Puede citarse como ejemplo, el supuesto en que la defensa se oponga planteando *la prescripción* de la acción penal emergente del delito por el que se acusa: el juez no podrá invocar que, a su juicio, el hecho acusado merece un encuadramiento penal más grave para negar la prescripción requerida. Tampoco podrá invocar su discrepancia, si por su calificación legal, la acción penal por el hecho acusado puede extinguirse por la oblación voluntaria de la multa (artículo 64 CP) y en esta fase el imputado la paga: deberá dictar el sobreseimiento (artículo 350 inc. 4 CPP).

Si la calificación jurídica receptada por la acusación *vincula* al juez de control por la limitación a su competencia funcional y por la *prohibición de la reformatio in peius* (artículo 456, 1° y 3° párrafo CPP), lo debe hacer *en todos los sentidos y a todos los efectos*: no podrá modificarla *in peius* por ninguna razón, debiendo sujetarse a ella frente a cualquier planteo de la defensa.

¹¹ Si, en materia de impugnaciones, así lo autoriza a proceder la ley al tribunal *ad quem* frente el recurso del acusador (artículo 456, párrafo 2°) con mayor razón debe entenderse que lo autoriza para el recurso propio del imputado. Cfr. la opinión de D'ALBORA quien señala que si bien el recurso queda limitado a los agravios, el tribunal puede revocar o modificar las resoluciones en beneficio del imputado y contra las pretensiones del fiscal, «incluso si se trata de *puntos no comprendidos estrictamente en aquellos*, pues la garantía consagrada por el artículo 18 CN apunta a reducir el *ius punendi* por la vía procesal. (D'ALBORA, FRANCISCO, *Código Procesal Penal de la Nación*, 7ª edic., BA, 2005, p. 1018, recordando a CREUS). El razonamiento es aplicable, por la equiparación que sostenemos, a la oposición del artículo 357 CPP. Véase la doctrina mencionada en el texto, anotada con el n° 3.

*LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA Y LA NECESARIA
ESTRUCTURACIÓN EN LA LEY PROCEDIMENTAL DE CÓRDOBA*

JOSÉ LUIS CLEMENTE

*LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA Y LA NECESARIA
ESTRUCTURACIÓN EN LA LEY PROCEDIMENTAL DE CÓRDOBA*

JOSÉ LUIS CLEMENTE*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que propone sobre sus fortalezas y debilidades

La Ley 24.316 (B.O. 27.859, 19/05/94), puso en vigencia el instituto de la «Suspensión del juicio a prueba», incorporado como Título XII, del Código Penal (art. 76 bis a 76 quater), provocando sustanciales modificaciones al Sistema Judicial Argentino. Por su parte diversas provincias, en uso de su competencia exclusiva (art. 121 CN), procedieron a estructurar procesalmente el instituto como por ejemplo lo ha hecho el CPP de la Provincia de Misiones (art. 291), Código de Procedimiento Penal y Correccional de la Provincia de Neuquén (arts. 310 bis y ss.), Código Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego (art. 266), Código Procesal Penal de la Nación (art. 291 y cc.), entre otros, situación que no ha acontecido en nuestra Provincia, donde nuestro cuerpo legal procedimental y sus modificatorias, a la fecha nada ha previsto, quedando el procedimiento librado a la interpretación jurisprudencial que cada Tribunal viene efectuando de la normativa sustantiva; con la consiguiente diversidad que poco hace para la seguridad jurídica exigible. En el afán de que estas reflexiones sirvan para reimplantar una profunda y necesaria discusión sobre el tema y que la misma pueda concretarse en una legislación particular que regule dicho instituto, dejará planteadas ciertas pautas a mi entender básicas, respetando los principios, garantías y derechos reconocidos por la Ley de Fondo, los que no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 CN).

* Integrante de Cámara del Crimen. Autor del *Código Procesal Penal de Córdoba. Comentado*.

I. LÍMITES TEMPORALES DE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Como punto de partida necesario para la validez de la construcción a que aspiramos debemos sentar en primer lugar los límites temporales de la suspensión del juicio a prueba, es decir el límite a partir del cual y hasta el cual puede solicitarse la «probation», toda vez que si bien la ley 24.316 introdujo algunas disposiciones procesales como requisitos de procedencia (v. gr. la necesidad de la petición del imputado, el consentimiento del fiscal), nada reguló en cuanto a la oportunidad en que aquella debe ser efectuada.

«Atento a la terminología empleada por la Ley 24.316, desde su Título XII, y en el articulado correspondiente al mismo, debere- mos interpretar que lo que se suspende es el «Juicio», entendi- endo por tal «al desarrollo esencial del proceso en sede jurisdiccio- nal, basado ineludiblemente en una imputación concreta respecto del hecho incriminado y de la persona perseguida. Puede estar precedido por una etapa instructoria o por una breve investiga- ción fiscal que permita reunir el fundamento de la acusación o excepcionalmente puede o no existir ese antecedente con lo cual el juicio agotará por sí solo todo el proceso. Pero en el proceso común, el juicio puede ser caracterizado como la segunda y esen- cial etapa que debe cumplirse para que la imposición de una pena responda a la garantía constitucional»¹.

Así lo expresaba el diputado HERNÁNDEZ², al decir: «... (que) aclara- mos que lo que se suspende es el juicio, no la primera parte del proceso, o sea la instrucción». En consecuencia, lo que se suspen- de, difiere o detiene es el juicio, tomado en nuestra Provincia, como la segunda etapa, según las previsiones de los arts. 361, 414 y cc. del CPP. Esto permite deducir que recién podrá solicitarse, en los códigos procesales que adopten la modalidad oral, desde los actos preliminares (art. 361 del CPPCba. - Decreto de Citación a Juicio)...»³.

¹ CLARIA OLMEDO, *Derecho Procesal Penal*, t. II, Lerner, Córdoba, 1985, p. 125.

² Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones del 02/06/93.

³ CLEMENTE, JOSÉ LUIS, «La suspensión del juicio a prueba», *Revista de la Facultad UNC*, Año 1995, Vol. 3, N° 2, p. 31. En igual sentido SAYAGO, MARCELO, *Suspensión del juicio a prueba. Aspectos conflictivos*, 2ª edic., Lerner, Córdoba, p. 112, así parece entenderlo TARDITTI, AIDA, «Probation (Ley 24.316): Lo bueno y lo malo», *SJ*, N° 994, p. 41. Entre las opiniones contrarias a esta interpretación, encontramos a VITALE, GUSTAVO, *Suspensión del juicio a prueba*, Editores Del Puerto, 1996, para quien la suspensión del procedimiento a prueba se puede aplicar tanto en la etapa de investigación como en la de juicio.

En lo que hace al límite máximo siguiendo la jurisprudencia adoptada por el Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Cba. en autos «Gobetto, Mario», Sent. N° 37, del 06/06/97 (C. y J.T. 77, 1997-B- pág. 428, con nota favorable de CARRERA, DANIEL, «Término ad quem para solicitar la suspensión del juicio a prueba»), la cual si bien no resulta obligatoria, debería ser respetada por el valor unificador que se le adjudica y además, por razones de economía procesal, en el mismo sería hasta «antes del inicio del debate», por entender el Alto Cuerpo «(que) no encuentro vallado normativo ni fáctico alguno que imposibilitara al Tribunal ejercer la potestad de suspender la realización del juicio, que es lo que la ley ha querido evitar por las razones de política criminal proporcionadas en los antecedentes legislativos y plasmados en la reforma» (Voto de la Dra. Tarditti). En tanto por sentencia N° 36, del 09/05/2003, en autos: «Oviedo, Jesús F» sostuvo: «En cuanto a las razones que invalidan la posibilidad de formular el pedido del beneficio de la suspensión del juicio a prueba una vez que ya haya comenzado la respectiva audiencia de debate debe destacarse que los términos de la ley hablan de suspender la realización del juicio (art. 76 bis 4° párr., CP), no interrumpirlo. Además, la ley ha creado un sistema de suspensión del juicio en el sentido estricto del debate, y no un sistema de suspensión de lo que queda del juicio, ni mucho menos aún, un sistema de suspensión del dictado de la sentencia. Por ello la ley dispone que si el imputado no cumple alguna de las condiciones compromisorias (reglas de conducta, no comisión de un nuevo delito, reparación de los daños en la medida ofrecida) se llevará a cabo el juicio (art. 76 ter, 4° parr. CP), lo cual supone que el contradictorio aún no ha comenzado», (SJ, N° 1421, p. 202).

Sin perjuicio de ello entiendo al igual que lo hace SAYAGO, que debería admitirse cierto límite temporal (v. gr. Hasta 48 hs. Posteriores a quedar firme el decreto de fijación de audiencia) por entender que «sin embargo y a pesar de considerar, tal como lo entiende el Alto Cuerpo, que debe otorgarse al imputado la mayor amplitud posible para el ejercicio de su derecho a solicitar la suspensión del juicio, al proyectar con el Dr. ENRIQUE SOSA ARDITTI las regulaciones procesales del instituto hemos considerado conveniente llevar el plazo máximo para el ejercicio del derecho a solicitar la suspensión del juicio a prueba hasta las 48 hs. Posteriores a quedar firme el decreto de fijación de audiencia. Tal criterio deviene de haber aceptado observaciones de algunos colegas... quienes nos hicieron advertir que, contrariamente a lo que ocurre en una urbe poblada donde la suspensión de la audiencia el mismo día de su realización puede no constituir un problema de importancia, en otros lugares de características diferentes ello acarrea

problemas que no son menores...», situación que también se ha presentado en la Ciudad capital a la luz de ciertos casos que se han presentado⁴.

No podrá dejarse de lado, la posibilidad cierta, de que la petición se efectúe con anterioridad a los términos fijados, en cuyo caso su tratamiento deberá ser diferido para la oportunidad pre-dispuesta.

Dados dichos límites pasaremos al análisis del probable trámite a regularse.

Uno de los presupuestos esenciales del instituto es que «el imputado solicite» la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis 1 p.), toda vez que el mismo «no puede ser dispuesto de oficio». La instancia deberá formularse personalmente o por su defensor, pero entendemos que en este último caso, será necesario la expresa ratificación del primero, por resultar su consentimiento imprescindible para la procedencia, puesto que solo el imputado puede renunciar a su derecho. El escrito de marras deberá contener bajo pena de inadmisibilidad: a) Nombre, apellido y domicilio del imputado, b) La determinación del proceso a que se refiere, c) Los motivos en que la petición se basa, d) El ofrecimiento de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, e) La firma.

De los antes citados, el único que merece una consideración particular, es el del «ofrecimiento de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible».

En tal sentido no solo la doctrina ha tratado este punto sino también ha habido pronunciamiento de la jurisprudencia. Así nuestro Alto Tribunal al tratar la *probation* se ha expedido sosteniendo que la medida constituye una de las manifestaciones del cambio de paradigma de la justicia penal, ya que en lugar de la tradicional respuesta consistente en que la acción penal se agota en una sentencia que para el caso de condena impone una pena, se coloca como figura central la compensación a la víctima⁵.

Teniendo en cuenta que la ley no dispuso la reparación integral del daño generado por el hecho delictivo, sino la reparación «en la medida de lo posible», o lo que es igual «razonable o prudencial», según se señala en la segunda parte del párrafo del art. 76 bis 3 p., al decir «que el juez decidirá sobre la razonabilidad del

⁴ En tal sentido SAYAGO, ob. cit., p. 494. CLEMENTE, JOSÉ L., ob. cit., p. 42, o «Suspensión del juicio a prueba: Límites temporales», Actualidad Jurídica n° 128, p. 8554 y ss.

⁵ Sent. N° 105 del 12/12/02 en autos «Silva» entre otros.

ofrecimiento en resolución fundada», consideramos que dicho requisito exige que el imputado en forma concreta ofrezca o precise un monto o valor de indemnización no bastando la utilización de una formula genérica. Esto tiene como fin que el órgano judicial actuante al momento de resolver tenga los parámetros necesarios para su evaluación. De igual manera, en su caso el damnificado, para decidir acerca de la aceptación o no de tal indemnización. Cabe aclarar sobre este aspecto, que entendemos que dicho ofrecimiento debe efectivizarse en todo proceso penal, aún en los que no medie constitución en parte civil, toda vez que «aquí se trata del ofrecimiento voluntario por parte del imputado de reparar los perjuicios causados por el hecho ilícito que se le reprocha, como condición para obtener el beneficio de la suspensión del juicio que por tal motivo se le sigue, el que, considerado razonable por el Juez, fue aceptado por el damnificado, sometiéndose ambos a las consecuencias que la propia ley establecía tanto para el caso de cumplimiento de todas las condiciones impuestas como para el supuesto de no hacerlo»⁶.

La solicitud que presente defectos formales, traerá aparejado la declaración de inadmisibilidad y en consecuencia su rechazo, empero cuando tal sanción obedezca a circunstancias formales susceptibles de ser subsanadas, el interesado puede salvar y reiterar la pretensión cuantas veces sea necesario, siempre que lo intente en tiempo útil, sin perjuicio de la procedencia en su caso del Recurso de Reposición (arts. 457 y cc. CPP)⁷.

Ante tal petición y cumplimentadas las exigencias formales, se deberá correr Vista al Sr. Fiscal (art. 176 CPP, art. 76 bis 4 p.), sin perjuicio de considerarse conveniente que previamente se cite a la víctima o damnificado por el delito a fin de que exprese si acepta o no el ofrecimiento de reparación del daño⁸.

⁶ SAYAGO, ob. cit., p. 45. En igual sentido TSJCba., Sent. N° 2, del 21/02/2002, en autos «Boudoux, Fermín», (AJ, N° 4, p. 195), o Sent. N° 105, del 12/12/2002, en autos: «Silva, Pablo» (AJ, N° 24, p. 1416), en la que se sostuvo: «Si respecto de la probation, la oferta del imputado consiste en realizar trabajos comunitarios, aquel no cumplimenta el requisito que exige, como condición insoslayable para la procedencia del beneficio aludido, el ofrecimiento de reparación del daño causado a la víctima. Al respecto, aunque el imputado carezca de medios económicos, puede optar por la modalidad reparatoria consistente en el servicio individual, es decir, aquel que tiene como destinatario a la víctima».

⁷ En tal sentido TSJCba., autos «Boudoux», cit.

⁸ Cabe citar que tanto el Código de Procedimiento Penal y Correccional de la Provincia de Neuquén, en su art. 310 bis, como el de la provincia de Tierra del Fuego, en su arts. 266, y el Proyecto de reglamentación del instituto de la suspensión

Esto surge como necesario en todo procedimiento penal en el cual el Fiscal es el titular de la acción penal, pero habrá que preguntarse cual es el alcance del término empleado por la Ley en cuanto refiere «hubiese consentimiento fiscal».

Entiendo que tal «dictamen no es vinculante para el Tribunal, debiendo limitarse el mismo a verificar los presupuestos exigidos por la ley para la procedencia, y en tal caso, no podrá oponerse a la concesión». Ahora bien esto nos lleva a plantear, que ante la discrepancia entre el juez y el fiscal, los códigos procesales deberán reglar las vías impugnativas necesarias al no parecer posible negarle al Ministerio Público (y aún al imputado) los recursos pertinentes contra aquellas resoluciones jurisdiccionales que pudieran provocarle agravio. Vale el ejemplo del instituto de la Libertad Condicional previsto por el art. 13 del Código Penal, regulado procesalmente, tal como se plantea en el art. 518, 502 y cc. del Código Procesal Penal de Córdoba (Ley 8123), en virtud del cual se le concede el Recurso de Casación, y aún diremos el de Inconstitucionalidad, si concurren las exigencias del art. 483⁹.

Sin perjuicio de lo antes dicho el Alto Cuerpo provincial siguiendo la doctrina mayoritaria considera que el asentimiento del fiscal es un requisito insoslayable sin el cual no puede proceder el beneficio. De tal modo, el imputado se podrá ver beneficiado si, y solo si, verificados los presupuestos que la ley exige, el fiscal se pronuncia en sentido positivo pudiendo versar sobre si se trata de un caso excluido del beneficio, v. gr. por el monto y clase de pena, o porque en el delito hubiese participado un funcionario público, o si por las condiciones del imputado y del hecho acusado, no sería procedente la condena condicional. No obstante establece excepciones: a) «... lo dicho no empece a que, en caso en que el dictamen fiscal, debido a su palmaria irrazonabilidad o su total falta de fundamentación, consolida el ejercicio arbitrario de una función que le es propia al acusador –la requirente– el tribunal pueda prescindir, en forma excepcional, de la verificación del requisito legal

del juicio a prueba para incorporarlo al Código Procesal Penal de la Nación redactado por los Dres. ENRIQUE SOSA ARDITTI y MARCELO SAYAGO, prevén tras el petitorio una audiencia para examinarla, con intervención del fiscal, del imputado y su defensor y de la víctima del hecho si se hubiera logrado su comparendo, lo cual también resultaría aconsejable implementar, aunque reconociendo que la comparencia del damnificado a la audiencia no resultaría imprescindible toda vez que su negativa solo lo autoriza a intentar la reparación por la vía civil correspondiente. Puede verse el proyecto en SAYAGO, ob. cit., p. 574.

⁹ CLEMENTE JOSÉ L., ob. cit., p. 37.

y conceder la *Probation* aun cuando el representante del Ministerio Público se haya expedido en sentido contrario...», b) «... que el dictamen debe versar sobre todos los aspectos de la Suspensión del juicio a prueba atinentes al ejercicio de la Acción penal pública, cuya titularidad ha sido confiada por nuestro ordenamiento legal, mas no deberá pronunciarse acerca de la razonabilidad de la oferta de reparación efectuada por el imputado, por ser esta una actuación material... quedando ello en consecuencia al poder discrecional del Tribunal¹⁰.

Tras ello el órgano judicial decidirá por Auto fundado (art. 141, 142 CPP). En particular ha de tenerse en cuenta: a) Que el delito imputado sea de «acción pública y tratándose de delitos reprimidos con pena privativa de la libertad (Prisión), que el máximo no exceda de tres años, aún en el caso de concurso» (art. 76 bis). La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto es la prisión cuyo máximo en abstracto no excede de tres años¹¹, b) Cuando el delito estuviese reprimido con pena de «multa», conminada conjunta o alternativamente con la prisión, la exigencia como condición para obtener el beneficio de que «se pague el mínimo» (art. 76 bis), c) En cuanto a la pena accesoria del decomiso (art. 23 CP), la ley exige que el imputado abandone en favor del Estado los bienes que presumiblemente serían decomisados en caso de recaer condena (art. 76 bis), quien deberá devolvérselos si revocada la suspensión fuera absuelto (art. 76 ter), d) Que no se den los dos casos de improcedencia: «que el imputado resultare un funcionario público en el ejercicio de sus funciones» o «que el delito atribuido se encuentre reprimido con pena de inhabilitación sea como principal o accesoria» (art. 76 bis)¹², e) La necesidad de que el Juez

¹⁰ LAJE ANAYA – GAVIER, *Notas al Código Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 1995, p. 417. EDWARDS, CARLOS: *La probation en el Código Penal Argentino*, Lerner, Córdoba, 1994, p. 56. TSJCba., para quien «la opinión del Fiscal es insoslayable condición de procedencia de la suspensión del juicio a prueba» y debe encontrarse «debidamente fundado» (Sent. N° 23, del 18/04/2002, en autos «Oliva», o Sent. N° 91, del 22/10/2002, en autos «Quintana»). En igual sentido CSJN, en autos «Kosuta, Teresa», del 17/08/1999.

¹¹ CLEMENTE JOSÉ LUIS, ob. cit. CNCP, 17/08/99, en autos «Kosuta» cit. En contra TSJCba., quien a acogido la tesis amplia la que supedita la procedencia a una hipotética pena en concreto, no mayor a tres años de prisión, tal como lo establece la ley penal respecto de la condena condicional, (art. 26 CP), cfse. Sent. N° 10, del 19/03/2004 en autos «Balboa» entre otros.

¹² En tal sentido la CSJN en autos «Kosuta» cit., o «Gregorchuk», del 03/12/2002, ha sentado criterio interpretativo en lo que respecta a su improcedencia en aquellos supuestos en que respecto del delito imputado esté prevista pena de inhabilitación

decida sobre la «razonabilidad» del ofrecimiento efectuado por el imputado, según lo antes visto. Esto pone al Juez en la necesidad de apreciar y decidir sobre la misma, al margen de la conformidad o no del damnificado. A tales efectos, deberá tenerse en cuenta entre otros ítems, la situación patrimonial del solicitante, lo pretendido por el damnificado, el daño causado por el delito, etc. Asimismo deberá expresar la forma de efectivización de la reparación ofrecida¹³, f) La fijación de las reglas de conducta prevista para la condenación condicional (art. 76 ter y 27 bis CP), y que resulten compatibles, considerando que no hay condena, g) La fijación del término de prueba dentro del cual el imputado debe satisfacer las condiciones, fijando la Ley solo un mínimo (un año) y un máximo (tres años) «según la gravedad del delito» (art. 76 ter), el cual queda librado al juez conforme al análisis de una pauta objetiva: entendiendo que pueden ser tenidas en cuenta las circunstancias objetivas consideradas para fijar la pena (art. 41 inc. 1 CP), v. gr. naturaleza dolosa o culposa de la acción, la clase del medio empleado, extensión del daño o del peligro causado.

La resolución se notificará al imputado y a las partes.

El imputado y el Ministerio Fiscal podrá recurrir la misma tal como se analizará. En el caso del damnificado podrá o no aceptar en ofrecimiento: en el primer caso, el imputado deberá concretar el ofrecimiento según las pautas dispuesta en el Auto, como una obligación más para la suspensión. En el segundo le quedará expedita la vía para iniciar la acción civil correspondiente, liberado de las normas de prejudicialidad establecidas en los arts. 1101 y 1102 del CC, pero sin recurso alguno (art. 76 quater CP).

Firme la resolución por no haber sido oportunamente recurrida, o habiendo sido impugnada en tiempo se declare su inadmisibilidad por carecer de los requisitos formales previstos por la ley como condiciones de interposición (arts. 449, 455 CPP), o

como principal, conjunta o alternativa. Sobre el tema el TSJCba., en autos: «Araoz, Aldo», (Sentencia n° 15, del 01/04/2003) sostuvo: «El art. 76 bis, 7° párr. del C.P., no atrapa sólo a hechos delictivos funcionales- delitos especiales- vale decir, aquellos atentados contra la Administración Pública que exijan la calidad funcional del autor, sino a todos aquellos que se cometan en el desempeño de las funciones que le son propias», (SJ, N° 1417, p. 74).

¹³ En tal sentido el TSJCba., en autos «Boudox» cit. Puede verse asimismo comentario a fallo de SAYAGO, MARCELO, «Una jurisprudencia orientadora sobre suspensión del juicio a prueba» o Suspensión del juicio a prueba: Opiniones discrepantes respecto al ofrecimiento de reparar el daño en la medida de lo posible», *Pensamiento Penal y Criminológico*, N° 5, Mediterránea, 2002, ps. 373 y 391 respectivamente).

presentado en tiempo y forma fuere desistido (arts. 454, 465 CPP), o fuere confirmada la resolución por el Tribunal *ad quem* (art. 148 CPP)¹⁴ se procederá a la etapa de ejecución según los parámetros generales previstos por los arts. 500 y cc. CPP, correspondiéndole al Juez de Ejecución controlar el cumplimiento, por parte del imputado, de las instrucciones e imposiciones establecidas en tales casos (art. 36 bis inc. 2 CPP), como así a la verificación del cumplimiento de los requisitos de procedencia que se tuvieron en cuenta como satisfechos al momento de la concesión del beneficio aludido. Si tales extremos no fuesen cumplidos, también le corresponderá resolver la ampliación del término de prueba o bien la revocación de la Suspensión del Juicio a prueba (TSJCba., Sent. N° 77, del 26/03/2013 en autos “Brochero”).

II. RECURSOS

Que la Ley sustantiva no prevea (y resulta razonable que así sea, dado el carácter procesal del tema y las limitaciones constitucionales al respecto), las vías recursivas contra la resolución que se dicte, y consecuentes discrepancias entre lo resuelto por el Juez y lo solicitado por el Imputado o por el Fiscal respecto de la procedencia del beneficio, no resulta óbice para denegarle a los afectados por tales situaciones a intentar algunas de las vías impugnativas generales que contenga el ordenamiento procesal vigente, en particular el Recurso de Casación previsto por el art. 469 y ss. CPP. Así lo ha entendido FERNANDO DE LA RÚA, al decir textualmente «además, la Ley 24.316 ha incorporado el sistema de la suspensión del juicio a prueba (nuevos arts. 76 bis y 76 ter del CP), previsto en el art. 293 del CPPN. Contra la suspensión procede el recurso de casación. Si bien no se trata de una sentencia definitiva, ni extingue la acción penal o la pena, tiende a extinguirlo iniciando una etapa que, si se cumplen las condiciones, extinguirá la acción penal (art. 76 ter del CP). Si así no fuera, el recurso procedería contra el auto que así lo declare al término de la prueba, para examinar retroactivamente la legalidad de ésta. Por eso el recurso debe proceder *ab initio*. El recurso procede, tanto contra el auto que concede la suspensión del juicio a prueba (recurso del ministerio fiscal), como del que la deniega (recurso del imputado), porque priva a éste del derecho a evitar la pena, por lo que su

¹⁴ Para su profundización puede verse CLEMENTE, JOSÉ L., *Código procesal penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*, t. II, Lerner, Córdoba, 1999, p. 69.

gravamen es irreparable y la decisión tiene a ese respecto carácter definitivo. El recurso desde luego solo procede sobre los efectos jurídicos o legales de la decisión (máximo de pena, presupuestos legales, etcétera) y no sobre los poderes discrecionales del tribunal o las valoraciones de hecho que le competen»¹⁵.

En tanto el TSJCba., en autos «Gobetto, Mario», Auto N° 27, del 16/04/1996¹⁶, expresamente ha admitido tal solución: «Toda resolución que deniegue el ejercicio del derecho a solicitar la suspensión del juicio a prueba, reconocido por la ley (CP arts. 76 bis y ss.) al imputado, es impugnabile a través del recurso de casación (CPP, art. 469), al encuadrar en el supuesto contemplado en el art. 469, por tratarse de un auto interlocutorio cuyo propósito es poner fin a la acción tornando por tanto imposible la imposición de la pena»¹⁷.

En conclusión, contra el Auto Interlocutorio que resuelva o deniegue la suspensión se habilitará la interposición del Recurso de Casación por ante el Tribunal Superior de Justicia (art. 469 CPP), por parte del imputado y del Ministerio Fiscal, según las pautas generales del mismo. En lo que hace al Querellante Particular, de tener participación dentro del proceso, parecería lógico que se apliquen las pautas generales de intervención según lo normado por los arts. 446, 468, 469, 479, 471 y cc. CPP.

III. REVOCACIÓN

La revocación de la suspensión (que procederá de oficio a petición de parte), puede darse, según la ley sustantiva por diversos motivos que en atención al texto legal se pueden agrupar en: a) Si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena (art. 76 ter 3 p.), o b) Incumplimiento por parte del imputado de reparar el daño causado en la medida ofrecida, o de las reglas de conducta impuestas o la comisión de un nuevo delito (art. 76 ter 4 p.).

En este sentido, la normativa regulatoria del instituto debe ser interpretada en forma amplia en lo concerniente a la procedencia, en tanto debe interpretarse restrictivamente respecto de todo aquello que implique la pérdida del beneficio del imputado

¹⁵ DE LA RUA, FERNANDO, *La casación penal*, Depalma, 1994, ps. 185/186. En igual sentido SAYAGO, ob. cit., p. 57.

¹⁶ CyJT, 75, 1996-B, p. 536.

¹⁷ En igual sentido CLEMENTE, JOSÉ L., ob. cit., t. IV, p. 194.

Verificado¹⁸ por parte del Tribunal algunas de las causales aludidas y agotadas una serie de alternativas en caso de quebrantamiento de alguna de las cláusulas compromisorias, se procederá a revocar la suspensión del juicio a prueba¹⁹, y continuar con el proceso común a partir del último acto practicado antes de la suspensión. La resolución también resultaría recurrible en Casación (art. 469 CPP).

IV. CONCLUSIÓN

Debo expresar como colofón a estas breves reflexiones y reiterando lo dicho al inicio de las mismas, que el único afán que persiguen es intentar que se tome conciencia de la necesidad de implementar tal instituto en el procedimiento penal, no cayendo en la utopía de creer que este es un campo exento de puntos de vista diferentes al que se ha expuesto. La rica realidad legislativa, doctrinal y jurisprudencial cordobesa, nos muestran criterios que en mi opinión, obligan al debate, sobretudo en función del dato de la seguridad jurídica, que todo Estado de Derecho que realmente se comporte como tal debe garantizar.

¹⁸ También resulta interesante la disposición del Proyecto antes citado, que prevé oír al imputado y al Fiscal, previo a la resolución.

¹⁹ El TSJCba., en autos: «Pignol, Sonia», Sent. N° 3, del 25/02/2003, (SJ, N° 1401, p. 237), sostuvo: «Del párrafo final del art. 27 bis C.P., se infiere que, en caso de quebrantamiento de alguna de las cláusulas compromisorias y antes de llegar a la revocación de la condena condicional, el tribunal deberá agotar una serie de alternativas. Es decir, que debe intentarse en primer lugar una sujeción a las reglas impuestas y solo cuando el condenado persista o reitere el incumplimiento (art. 27 bis, último párrafo, 2ª. Disposición, C.P.), el a quo estará facultado a revocar la condicionalidad de la condena, pues esta constituye la «la ultima ratio» para cuando la situación sea reveladora de una manifiesta voluntad del autor de sustraerse al plan de conducta establecido, cuestión que no resulta oponible, pues deviene de una imposición legal «...» en cuanto a la entidad que debe alcanzar el incumplimiento para que amerite la revocación, la ley no ha querido que se cumplan a rajatabla las obligaciones impuestas, pues de lo contrario, no hubiera establecido las diversas opciones a las que puede echar mano el tribunal antes de disponer la sanción extrema. Ello así, desde que alude al empeñamiento del agente ante la continuidad y persistencia del quebrantamiento y son estas las condiciones que facultará al juzgador a ordenar la revocación del citado beneficio, haciendo así operativa la sanción (art. 27 bis in fine C.P.). Los argumentos precedentes, por expresa remisión de la norma legal (art. 76 ter), son de aplicación a la suspensión del juicio a prueba y armonizan con la directriz político criminal del instituto, cual es la resocialización con evitación de la condena».

*REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA
SANCIÓN DE LA LEY 8123: REALIDADES Y PERSPECTIVAS*

ROBERTO IGNACIO CORNEJO

REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA
SANCIÓN DE LA LEY 8123: REALIDADES Y PERSPECTIVAS

ROBERTO IGNACIO CORNEJO*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que propone sobre sus fortalezas y debilidades

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Las siguientes reflexiones, constituyen una versión ampliada de las que vertimos en ocasión de participar del seminario que, a raíz del cumplimiento del vigésimo aniversario de la sanción de la Ley Provincial 8123¹, se llevó a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, los días 20 y 21 de Octubre de 2011².

Cabe aclarar que la intención de las presentes líneas, es modesta: simplemente, pretendemos efectuar observaciones, sobre algunos temas particulares, referidos a la investigación penal preparatoria, *a raíz de su vivencia práctica, desde la perspectiva del juez de control*; en otras palabras, describir el funcionamiento actual del ordenamiento procesal generado a partir de la sanción de la citada ley, haciendo eje en algunos institutos de la investigación penal preparatoria.

Por cierto, con lo que expondremos, no se intenta agotar la temática abordada, sino sólo presentar las cuestiones, las fortalezas y debilidades detectadas, y, en algunos casos, una propuesta de reforma.

De ello, nos ocupamos en lo que sigue.

* Profesor de «Derecho Procesal Penal» de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Juez de Control en la Ciudad de Córdoba.

¹ Sancionada el 05/12/91, promulgada el 18/12/91, y publicada en el BOP el 16/01/92, regulación legal que entrara a regir en su totalidad a partir del 31/03/98.

² Agradezco al Dr. CARLOS F. FERRER, que tuvo la deferencia de invitarme a participar de dicho evento científico.

II. ALGUNAS CUESTIONES PARA REFLEXIONAR

II.1. Medidas de coerción personal

En este punto, considero que debe reexaminarse la facultad que el actual ordenamiento procesal, le brinda al Fiscal de Instrucción, para disponer la prisión preventiva (artículo 336 CPP) del imputado.

Ello así pues, pienso que debería ubicarse en la órbita de las facultades del juez de control el decidir la imposición de la citada medida cautelar durante la investigación fiscal preparatoria.

En otras palabras, cuando el director de la investigación –el representante del Ministerio Público Fiscal– considere necesario el dictado de dicha medida, deberá requerirla al magistrado de garantías, quien tendrá entonces a su cargo ponderar su pertinencia e indispensabilidad; dicho de otro modo, en palabras de BERTOLINO³, corresponde al juez de control realizar el «mérito» de la prisión preventiva.

De este modo, nuestro modelo procesal penal respetaría uno de los puntos centrales que se tuvo en mira al momento de diseñar la reforma: afianzar el sistema acusatorio en esta etapa preliminar al deslindar nítidamente las funciones de perseguir y acusar por un lado, y las de juzgar, por el otro⁴, y, además, ayudaría a colocar en su justo sitio a cada uno de los protagonistas de la investigación fiscal preparatoria: el fiscal de instrucción y el juez de control⁵.

³ BERTOLINO, PEDRO J., *El juez de garantías en el código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 76.

⁴ Destaca CAFFERATA NORES que «... Cinco fueron las ideas centrales que inspiraron las modificaciones introducidas al Código anterior: 1) Ajustar los roles del Juez y del Fiscal a la verdadera naturaleza de la potestad que ejercitan; 2) Facilitar la implementación de políticas de persecución penal; 3) Dar más agilidad y eficacia a la investigación preparatoria, acordando al Fiscal atribuciones autónomas de investigación y de coerción, con garantía de los derechos del imputado; 4) Personalizar la responsabilidad por la investigación y flexibilizar su infraestructura de personal; 5) Recuperar para el juicio plenario, el papel central dentro del proceso...» (CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Introducción al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley N° 8123*, Lerner, Córdoba, 1992, p. 64).

⁵ Más detalles sobre estos puntos, en CORNEJO, ROBERTO I., «Breves reflexiones en torno a la atribución del fiscal de instrucción para disponer la prisión preventiva del imputado», *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, Año V, N° 9, 2004, Mediterránea, Córdoba, ps. 77/101.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puedo dejar de destacar que, en la práctica, el sistema de control a esta atribución del fiscal, por medio de las vías impugnativas de la oposición (artículo 338 CPP) y el control jurisdiccional directo del artículo 333 *ibid.*, ha resultado eficaz a los fines de cumplimentar la tarea de contralor del juez de garantías; fundamentalmente, a partir de lo sostenido por nuestro máximo tribunal, en «Santucho»⁶.

En dicho precedente, el cimero tribunal de la provincia destacó:

«... la raigambre constitucional de la libertad personal, determina que las medidas de coerción que la limitan durante el proceso, son siempre provisorias y por ello revisables. De allí que el Código Procesal Penal durante la investigación penal preparatoria, para viabilizar estas situaciones, admita la posibilidad para la defensa tanto de resistirla por vía de la oposición (artículos 336 y 338); como a través del denominado control directo (artículo 333). Por tanto, no lleva razón el tribunal de apelación, que ante la utilización por la defensa del contralor directo de la prisión preventiva, le reprocha haber consentido esa medida por no haber utilizado tempestivamente la vía de la oposición. En definitiva, no hay preclusión para discutir la legalidad de la medida de coerción dado que por su provisoriedad siempre será revisable; como tampoco la falta de utilización de uno de los medios (oposición) implica declinar la recurrencia al otro (control directo)...».

En segundo término, creo también necesario destacar en relación a este tópico, en lo que concierne al cese de la prisión preventiva, que debería analizarse la posibilidad de derogar la hipótesis del triple consenso, contemplada en el artículo 283 inc. 2 CPP. Lo dicho, pues en la práctica, dicha norma se ha utilizado en muy pocas ocasiones, recurriendo la jurisprudencia directamente a examinar la indispensabilidad de la medida de coerción –y, por consiguiente, si debe mantenerse, o cesar–, a la luz de las reglas generales de los artículos 268, 269 y cc. CPP.

⁶ TSJ de Córdoba, Sala Penal, S. 54, 14/06/04.

En este sentido, ilustrativos resultan los argumentos vertidos por la Cámara de Acusación:

«... nada impide, en síntesis, al menos por principio y en función de las particulares circunstancias de cada caso concreto, conceder la libertad (sin necesidad de acuerdo entre tres órganos judiciales) a una persona imputada de un delito cuya pena conminada en abstracto prevea un mínimo superior a los tres años de prisión, en tanto no hubiere vehementes indicios de que aquélla intentará frustrar los fines del proceso. De lo contrario, se violarían las máximas de excepcionalidad e indispensabilidad derivadas de principio de inocencia, que limitan toda medida cautelar restrictiva de la libertad durante el proceso penal...»⁷.

II.2. Oposición como vía impugnativa propia de la investigación fiscal preparatoria

En lo que concierne a este instituto, la práctica cotidiana indica que, por lo general, el fiscal de instrucción, ante la oposición deducida, *mantiene su criterio* (artículo 338 CPP); quizás habría que revisar este extremo y directamente estipular que, ante la oposición deducida, el instructor deberá elevar las actuaciones al juez de control para que dirima la controversia.

Cuestión que ya había sido anticipada por la doctrina⁸.

Por otra parte, por medio de la vía del gravamen irreparable, la jurisprudencia ha examinado decisiones no contempladas expresamente por la ley como oponibles, con lo que creo, se satisface el contralor jurisdiccional de las decisiones fiscales.

En tal sentido, se ha sostenido que puede ser objeto de oposición, a título ejemplificativo, la decisión del fiscal de instrucción

⁷ Cámara de Acusación, A.I. 251, 05/12/06; A.I. 36, 04/12/09, citado en CAEIRO, EDUARDO –Coordinador–, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 297.

⁸ Ver PÉREZ MORENO, EUGENIO P., *La oposición como vía impugnativa en la investigación penal preparatoria*, quien señala que «... si bien en un primer momento, significó, en laudable criterio, un modo para acelerar la investigación, atendiendo a que cuando las partes indicaran al fiscal el error o injusticia de su decisión, éste iba a asumir su desacierto, la realidad lo cambió. Pues es que el fiscal asume tanto interés en el resultado de sus actividades, que difícilmente pueda variar su opinión. En otro sentido, refleja mayores garantías el hecho de que todo tipo de impugnación sobre una resolución del fiscal sea examinada directamente por el órgano jurisdiccional...» (op. cit., p. 149).

de disponer el lanzamiento en el delito de usurpación, en el marco de las atribuciones del artículo 302 CPP⁹; el decreto de imputación¹⁰; la decisión de mantener secuestrado un vehículo automotor¹¹.

Es útil traer a colación en esta instancia lo sostenido por la Cámara de Acusación:

«... en nuestro sistema procesal el único modo en que las partes pueden poner en crisis las decisiones del fiscal de instrucción es a través del instituto de la oposición, que se encuentra regulado en el artículo 338 del CPP que establece que ésta se deducirá «en los casos que la ley autoriza». Aparece en forma ostensible, entonces, que el legislador ha adoptado un sistema de carácter eminentemente taxativo en lo que atañe a la impugnabilidad de la actividad del fiscal de instrucción cuando éste ejerce la función de director del proceso. Por otra parte, comparto la tesis según la cual oposición y ocurrencia no sólo son términos con significado lingüístico equivalente y, por ende, se refieren a la misma actividad impugnativa, sino que, además, la evidente intención del legislador ha sido equiparar ambos conceptos ya que en el texto del artículo 270 del código procesal estableció expresamente la relación entre la facultad de ocurrir y el artículo 338 que prevé la oposición (...). En consecuencia, y de acuerdo a lo expresamente previsto por la ley de rito, son materia susceptibles de oposición en la etapa de investigación fiscal preparatoria, las siguientes: la resolución que ordene o deniegue la suspensión del ejercicio de la acción penal por prejudicialidad penal o civil (artículos 9º, 10 y 11); el rechazo a la instancia de participación en el carácter de querrelante particular (artículos 91 y 93); la denegatoria al mantenimiento de libertad (artículo 270); el rechazo a practicar diligencias probatorias propuestas por las partes (artículo 335); el archivo de las actuaciones (artículo 334); la prisión preventiva del imputado (artículo 336); y el requerimiento de citación a juicio (artículos 355 y 357). Asimismo, aunque la

⁹ Cámara de Acusación, «González», A.N. 177, 13/09/07.

¹⁰ Por caso, Juzgado de Control 4, «Kraisman», A.N. 39, 28/03/05; «Depetris», A.N. 254, 09/10/06. No obstante, con posterioridad a estos precedentes, la Cámara de Acusación ha entendido que dicha decisión del fiscal de instrucción –de imputar–, no causa gravamen irreparable («De la Fuente», A.N. 104, 22/06/07).

¹¹ Cámara de Acusación, «Capogrossi», A. N. 251, 02/12/99.

instancia de nulidad interpuesta en la etapa de investigación penal preparatoria se tramite del modo previsto en el artículo 338, conforme lo dispone el último párrafo del artículo 188, debe quedar claro que no se trata de una oposición, en tanto ésta sólo procede contra resoluciones o requerimientos, mientras que la instancia de nulidad es un medio de ataque contra una gama más amplia de actos procesales. La taxatividad adoptada por el legislador en esta materia encuentra fundamento en que si se admitiera la oposición contra cualquier resolución o requerimiento del fiscal, se convertiría a la investigación preliminar en un procedimiento extremadamente formalizado, como si se tratase de una etapa definitiva del proceso, lo cual atentaría contra la ratio del sistema vigente, que coloca el juicio oral y público como etapa principal, y a la investigación preliminar como meramente preparatoria de aquel. Claro está que, tal como tiene dicho este tribunal en diferentes precedentes (...) la regla de taxatividad tiene una excepción, ya que debe ceder en los casos en que la resolución del fiscal causa un gravamen irreparable a una de las partes. Tal criterio deviene lógico desde que la propia ley adjetiva estipula que el recurso de apelación procede contra las resoluciones de los jueces de control que causen ese especial perjuicio (artículo 460)...»¹².

En segundo término, cabe destacar que, aún cuando la ley no ha previsto la vía impugnativa de la queja, para los casos en que el Fiscal de Instrucción declare inadmisibles una oposición (artículo 338 CPP), lo cierto es que la jurisprudencia en este punto, de igual manera ha ingresado a examinar dicha denegatoria por parte del instructor, por medio de la *oposición al decreto que deniega la impugnación presentada*¹³.

II.3. Facultades de la partes

En otro orden, ante el requerimiento de sobreseimiento del fiscal de instrucción (artículo 348, tercer párrafo CPP), se podría pen-

¹² Cámara de Acusación, «De la Fuente», A.N. 104, 22/06/07. Ver también el prolijo trabajo de DÍAZ REYNA, ESTEBAN J., «Admisibilidad de la apelación. Criterios actuales de la Cámara de Acusación», publicado en CAFFERATA NORES, JOSÉ I. –compilador–, *Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal*, Mediterránea, Córdoba, 2010, ps. 297/319.

¹³ Juzgado de Control 4, «Depetris», A.N. 375, 11/12/08.

sar en la posibilidad de que la ley contemple *la notificación al querrelante de la instancia de sobreseimiento del fiscal*, a fin de que efectúe su propio mérito conclusivo de la investigación y, de este modo, el juez de control, previo a examinar la procedencia de la petición del fiscal de instrucción, cuente también con la propia visión de la causa del ofendido penal.

II.4. La investigación jurisdiccional

Considero que, en el modelo actual de proceso penal, la supervivencia de la investigación jurisdiccional, constituye un anacronismo, que debería ser modificado, debiendo quedar la investigación para estas particulares hipótesis (artículos 14 y cc. CPP), en manos de los fiscales de instrucción.

Ya la doctrina, tiempo atrás, se ha pronunciado en tal sentido; ilustrativa sobre el punto, resulta la opinión de CAFFERATA NORES y TARDITTI:

«... La reforma de la Constitución de la Provincia de 2001, en cuanto derogó la disposición que aludía a la información sumaria que debía practicar un tribunal antes de solicitar la destitución (artículo 95, Const. Pvcial. texto de 1987) –la cual servía de sustento para que, por meras razones de economía procesal, el código mantuviese en el juez la investigación preparatoria–, vació de justificación esta competencia (...). La denominada (y desapareja) «ciudadanización» de los funcionarios con relación al proceso penal, debió culminar con la asignación, en todo caso, de la investigación penal al Fiscal de Instrucción...»¹⁴.

II.5. Incidentes de nulidad durante la investigación fiscal preparatoria

En este aspecto, estimo que habría que plantearse la posibilidad de reexaminar la regulación que ostenta la nulidad, como sanción procesal, en nuestro ordenamiento procesal penal.

En efecto, sabido es que, en lo que concierne a las nulidades absolutas, la ley ha adoptado un sistema difuso¹⁵, en tanto no re-

¹⁴ CAFFERATA NORES, JOSÉ I. - TARDITTI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, t. II, Mediterránea, Córdoba, 2003, ps.74/75.

¹⁵ Ver al respecto CORNEJO, ROBERTO I. - PÉREZ MORENO, EUGENIO P., «Sanciones procesales (ley 8123 y modif.)», en *Cuaderno N° 2 del Departamento de Derecho*

serva un determinado momento procesal para su planteo (artículo 186 y cc. CPP), lo cual genera, en lo que atañe a la investigación penal preparatoria que, más allá de las vías impugnativas propias de esta etapa, se sustancien incidentes de nulidad que, en algunos casos, dilatan el trámite, atentando, en suma, contra los fines que tuvo en miras la reforma al diseñar esta etapa, como una estación procesal ágil y sólo preparatoria del juicio, instancia esta última central del proceso.

Por ello, es que podría optarse para esta etapa, por un sistema concentrado, es decir, acotar a ciertas circunstancias procesales la posibilidad de efectuar estos planteos (por ejemplo, sólo para el caso que el acto defectuoso haya sido valorado desfavorablemente para la parte en alguna decisión del instructor).

La propuesta, por cierto, no es novedosa y en tal sentido, destaco que dicha orientación ha adoptado el Proyecto del nuevo Código Procesal Penal de la Nación¹⁶.

Precisamente, la comisión redactora del citado proyecto, destacó, entre las propuestas de trabajo, la de rediseñar el sistema «de recursos y de nulidades que impidan la distorsión del trámite del proceso»¹⁷, señalando más adelante: «... se eliminan los incidentes de nulidad, que han generado un innecesario desgaste jurisdiccional, y se adopta un sistema mucho más lógico en cuanto a que sólo puede solicitarse la invalidez de un acto si ha sido valorado para fundar una resolución judicial o utilizado como presupuesto de ella, siempre que se genere un gravamen para el interesado...»¹⁸.

Procesal y Práctica Profesional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1997, p.117, con cita del pensamiento de LOZANO HIGUERO PINTO, MANUEL y MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio del saneamiento en el proceso penal*, Editorial Comares, Granada, España, 1994.

¹⁶ Elaborado por la Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Penal (Creada por Decreto 115 del PEN, Buenos Aires, Setiembre de 2007, publicado en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, «Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación», Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2007). La Comisión estuvo integrada por Alberto Juan Bacán, Carlos Beraldi, Fernando Díaz Cantón, Luis García, Vilma Ibarra, Angela Ledesma, Luis Cigogna, Adrián Marchisio, Miguel Ángel Pichetto, Rosario Romero, Marcos Salt y Ernesto Sanz, y luego se incorporaron María Fernanda López Puleio, Jorge Di Lello y Silvia Edith Martínez. En adelante, Proyecto de CPPN.

¹⁷ Proyecto de CPPN, cit., p. 36.

¹⁸ Proyecto de CPPN, cit., p. 45.

A su vez, el mentado proyecto señala, en su artículo 141, lo siguiente: «... Cuando un acto procesal no fuese saneado o convalidado en la forma prevista por los artículos precedentes, sólo podrá solicitarse su declaración de invalidez si ha sido valorado para fundar una resolución judicial o utilizando como presupuesto de ella, siempre que la misma genere un gravamen para el interesado. A tal fin, deberá deducirse el recurso previsto por este Código, en contra de la resolución de que se trate».

Se consagra de este modo, en primer lugar, el *principio del interés*, en el sentido que no cualquier defecto o irregularidad procesal, va a resultar idónea para invalidar un determinado acto procesal; solamente se podrá aplicar dicha sanción cuando se verifique, de manera simultánea o contemporánea, los siguientes requisitos: que dicho acto haya sido valorado de manera decisiva para fundar una decisión, es decir se erigiese como dirimente en orden a la conclusión a la que se arribase en el decisorio, o resultase un presupuesto –indispensable– de la misma, siempre y cuando, a su vez, que la mentada decisión genere un agravio concreto para el interesado¹⁹.

De todos modos, la jurisprudencia de algunos juzgados de control, ya se orienta en tal sentido.

«... Es que, en todos los casos, las conclusiones emergentes del dictamen pericial aludido deberán ser meritadas oportunamente por el Instructor, dentro del contexto probatorio integral de la presente causa –incluido el dictamen pericial psiquiátrico en disidencia de fs. 140/142– para determinar su verdadera eficacia convictiva en oportunidad de resolver la situación procesal del imputado, expidiéndose sobre el mérito de la prueba, ya sea para fundamentar la prisión preventiva, o bien para disponer su recupero de libertad, o eventualmente para efectuar el mérito conclusivo de la investigación. Por ello entendemos que, dado el actual estado del proceso, tales conclusiones no causan a la defensa agravio alguno y en consecuencia la nulidad impetrada no puede prosperar, toda vez que el sistema de nulidades instaurado por nuestro Código Procesal Penal se rige por el principio de

¹⁹ Más detalles en CORNEJO, ROBERTO I., «Criterios para distinguir las nulidades absolutas en el proceso penal», publicado en CAFFERATA NORES, JOSÉ I. –compilador–, *Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal*, Mediterránea, Córdoba, 2010, ps. 113/141.

interés (...). Y es del caso que, no existiendo en autos resolución alguna que, en contra de los intereses del incoado G. A. A., haya valorado la pericia psiquiátrica aquí cuestionada, debe rechazarse el pedido de declaración de nulidad formulado...»²⁰.

Y a su vez, también en la misma senda, es destacable la postura asumida por la Cámara de Acusación en lo que atañe a la apelabilidad de las decisiones de los jueces de control que resuelven incidentes de nulidad, entendiendo dicho Tribunal que debe demostrarse, a los fines de habilitar la vía impugnativa, el concreto gravamen irreparable que la decisión –en este caso, la declaración de una nulidad–, le causa al quejoso.

Ha sostenido dicho órgano jurisdiccional:

«... En lo que al recurso de apelación concierne, el artículo 460 del CPP establece que procede sólo contra las resoluciones de los jueces de control que sean declaradas apelables o causen gravamen irreparable. En tal sentido, el último párrafo del artículo 188 del mismo cuerpo legal establece que el incidente de nulidad se tramitará en la forma establecida por el artículo 338. A su vez, éste no prevé que la resolución del juez de control sea apelable, como sí lo hacen otros (v. gr., artículos 336 y 334). Ello significa que si la oposición de una de las partes a una resolución o requerimiento del fiscal de instrucción se tramita del modo previsto por la norma general contenida en el artículo 338, la decisión que el juez adopte no podrá ser objeto de apelación, a menos que cause un gravamen irreparable, es decir, un perjuicio grave, insusceptible de reparación ulterior o con visos de prolongarse indefinidamente en el tiempo. En ese caso, la parte interesada deberá demostrar (y no sólo invocar) al momento de interponer el recurso que la resolución del juez de control le causa el gravamen irreparable...»²¹.

II.6. Juicio abreviado inicial

En este aspecto, es de destacar que la jurisprudencia, ha ido flexibilizando las condiciones de procedencia de este instituto (ar-

²⁰ Juzgado de Control 4, «Alvarado», A.N. 144, 15/04/10.

²¹ Cámara de Acusación, «Coggiola», A.N. 176, 13/09/07.

título 356 CPP), ya que varios son los juicios que se han sustanciado a través de esta modalidad, aún cuando no se tratase de hipótesis de aprehensión en flagrancia, lo cual, por cierto, implica un cúmulo de causas de relevancia, que ayudan a descongestionar el flujo de trabajo de las Cámaras en lo Criminal.

II.7. Suspensión del juicio a prueba

En lo que concierne a este instituto, debería analizarse si es conveniente que ley procesal, contemple expresamente la posibilidad de solicitar la suspensión del juicio a prueba, tal como lo han hecho ya otros ordenamientos procesales²²; actualmente, se canaliza el pedido sobre la base de la competencia del juez abierta ante una solicitud de juicio abreviado inicial; en otras palabras, la solicitud de juicio abreviado inicial, habilita la competencia material del juez de control para resolver acerca de la suspensión del juicio a prueba efectuada²³.

²² Así, el CPP de Mendoza –texto ordenado por Ley 7007 y modificatorias– lo contempla en su artículo 30 (conforme página del Instituto de Estudios Penales, Director: José Ignacio Pazos Crocitto; Coordinadora: Carolina Voisin, en <http://www.iestudiospenales.com.ar/>, accedido el 26/11/11 a las 12:18 hs).

²³ Ver en tal sentido, TSJ, Sala Penal, «González», S. 17, 12/04/04. Desde el terreno doctrinario, se ha dicho, en el mismo sentido que «... el juez de control tiene competencia material para resolver sobre la suspensión del juicio a prueba pues no existe vallado alguno que impida al imputado solicitar directamente esta alternativa menos gravosa, que tendrá como efecto no sólo una resocialización sin condena, sino también eficacia recomponedora...» (FRASCAROLI, MARÍA SUSANA, «Suspensión de juicio a prueba. Estándares fijados por el Tribunal Superior de Justicia», publicado en Cafferatta Nores, José I. (compilador), *Proceso Penal: nuevos estándares y controversias*, Mediterránea, Córdoba, 2008, p. 212); «... Esa petición del imputado, en tanto importa un adelantamiento del juicio, permite que pueda también solicitar la *probation*, denominada entre nosotros suspensión del juicio a prueba (CP artículo 76 bis, ter y quater). Esta posibilidad es una ventaja ya que de proceder, evitará el juzgamiento y la eventual condena, y si se cumplen las condiciones de prueba durante el término fijado por el juez, se operará la extinción de la acción penal que conducirá al sobreseimiento. A la vez, el instituto de la *probation* posibilita la reparación a la víctima, aunque no se haya constituido en actor civil...» (CAFERATTA NORES, JOSÉ I. - TARDITTI, AIDA, op. cit., t. I, p. 109).

*EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL DE CÓRDOBA A
PARTIR DE LA LEY 8123. SU VIGENCIA Y SU VIVENCIA.
PROPUESTAS Y TENDENCIAS*

CARLOS FRANCISCO FERRER

*EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL DE CÓRDOBA A
PARTIR DE LA LEY 8123. SU VIGENCIA Y SU VIVENCIA.*

PROPUESTAS Y TENDENCIAS

CARLOS FRANCISCO FERRER*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra el 23 de agosto de 2011 con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que ella propone sobre las fortalezas y debilidades de éste.

I. VIGENCIA

Como ocurre regularmente, los procesos de reforma responden principalmente a las ideas dominantes en determinadas cuestiones, pero enmarcados por las circunstancias políticas, sociales e institucionales que caracterizan un particular contexto, en el que a aquéllos se suman, la convicción de sus impulsores, y la voluntad del cambio.

Y si bien tales procesos legisferantes no están exentos de dificultades, suele ser más arduo aún lograr que la norma resultante tenga la vigencia que sus autores esperaban. Es que esta realidad no escapa al dado en llamar «principio de la economía del cambio», según el cual, la tendencia natural del ser humano es a no alterar las cosas, a dejarlas como están. De allí que los cambios introducidos no siempre se traduzcan en modificaciones inmediatas en la praxis de sus operadores, quienes muchas veces exteriorizan su espontánea resistencia a adaptarse a los nuevos roles y a sus nuevas incumbencias.

Los veinte años transcurridos desde la trascendente reforma al Código Procesal Penal operada a partir de la Ley 8123¹, permiten reflexionar acerca de los trascendentes cambios introducidos al sistema de enjuiciamiento penal cordobés, desde el enfoque expresado en el título del presente trabajo.

* Profesor Adjunto de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ Sancionada el 05/12/91 y publicada en el B.O. el 16/01/92.

Sin perjuicio de mayores precisiones que han sido expuestas en otros artículos, lo primero que corresponde destacar es que la necesidad de la reforma (concebida, iniciada e impulsada por JOSÉ I. CAFFERATA NORES) se potenció con la recuperación de la institucionalidad democrática (1983)², dado que las ideas en las que se inspiró, se corresponden con una noción marcadamente diferenciada de la naturaleza y fines del proceso penal preexistentes, y el rol de los sujetos que en él intervienen. En suma, del significado de los valores vida, libertad y justicia.

Es por eso que si bien la propuesta innovadora nació bajo el lema «celeridad y eficacia sin desmedro de las garantías individuales», en lo dogmático, la renovación fue de mucho mayor impacto, por cuanto, apuntando a la médula de la regulación en retirada que hizo regir un proceso penal sustentado en no pocos matices inquisitivos, procuró instaurar una opción por el sistema acusatorio, representada por:

- una concepción del proceso que, inspirada en la filosofía del derecho penal de mínima intervención, lo entiende como la herramienta jurídica y metodológica con mejor aptitud para solucionar el «conflicto penal», antes que para legitimar un acto de pura autoridad del Estado y la imposición de un «castigo legal».

- la opción por el método adversarial de enjuiciamiento penal en el que, en forma coherente con los postulados del nuevo paradigma constitucional, las partes ejercen sus pretensiones ante un tribunal que se exhibe equidistante de las mismas.

- la reasignación de funciones a los protagonistas del proceso (principalmente los órganos públicos involucrados) en consonancia con la naturaleza de su rol institucional y los fines de su actuación.

- la consecuente reasignación de potestades a los órganos responsables del impulso procesal.

- la jerarquización del juicio oral como la instancia verdaderamente garantizadora de la justa definición del proceso.

Todo ello deriva –en definitiva– en la construcción de un escenario en el que se destacan los pilares más importantes sobre los que se asienta el sistema acusatorio de enjuiciamiento penal: *la igualdad de las partes y la imparcialidad del tribunal*.

² La primera insinuación reformista fue el resultado del trabajo colectivo en el que intervino, coordinado por el Dr. JOSÉ I. CAFFERATA NORES que, bajo el título «Propuesta de reforma a la citación directa», fue publicado en *Semanario Jurídico*, N° 623 del 11/12/86.

Detenerse en precisar las normas vinculadas a dicho encuadramiento, a esta altura deviene en sobreabundante, porque es absolutamente claro que al intercambiarse las antiguas responsabilidades asignadas a los actores públicos en la etapa penal preparatoria, se dio el paso más trascendente para dar luz a un procedimiento que procura otorgar coherencia funcional y procesal al enjuiciamiento penal. Y a ello se añade el recorte de atribuciones al tribunal de juicio durante el debate, responsabilizando a las partes –casi con exclusividad– de abonar probatoria y argumentalmente sus respectivas pretensiones. Desde el punto de vista estructural o esquemático, son estas las modificaciones que exteriorizan con mayor preponderancia este cambio paradigmático consagrado en los postulados fundamentales de máxima jerarquía³.

Pero, desde el punto de vista práctico, ¿A dónde apuntan medularmente estas propuestas? Se encaminan simplemente a asegurar que la actividad persecutoria esté efectivamente a cargo y bajo la responsabilidad exclusiva de los órganos de la acusación (fiscal y querellante); y responsabilizar al tribunal –que es quien debe impartir justicia– de asegurar el desenvolvimiento normal de las actividades persecutoria y defensiva, pero con total prescindencia de coadyuvar –por su iniciativa y actividad– al esclarecimiento de la verdad. En suma, se pretende que cubriendo las dos funciones más eminentes de la respuesta estatal frente al delito (acusar y juzgar), cada órgano haga lo suyo. Tan simple como eso. Ni más ni menos que eso. Y para ello se debe contar con acusadores funcionalmente eficientes, y tribunales realmente («sinceramente») imparciales. Algo demasiado fácil de entender, como –parece que– difícil a veces de conseguir⁴.

³ La fuente dogmática de tales garantías es diversa y de máxima jerarquía. Corresponde mencionar en tal sentido los arts. 1º y 18 de la CN; el art. 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el art. 8º.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969); el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

⁴ CAFFERATA NORES se refiere exhaustivamente a los aspectos liminares del «proceso penal según el sistema constitucional» y «las responsabilidades de los sujetos procesales» en el mismo, en el compendio de artículos de su autoría en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, año 2000, p. 3 y ss.

II. VIVENCIA

Es que, como señalé al comienzo, a pesar del tiempo hasta aquí transcurrido, está claro que el contexto precedente suele pesar para que los cambios que propone un nuevo marco normativo demoren en plasmarse en la praxis forense, con motivo de lo cual a menudo se intenta desconocerlos o relativizarlos por vía de interpretaciones forzadas o entendimientos antojadizos.

Y seguramente no puede decirse hoy con rigor extremo que dicha tendencia obedece pura y exclusivamente a una actitud ideológicamente reaccionaria a los cambios dado que la mayoría de los operadores jurídicos en la actualidad ya han sido renovados. Más bien la actitud puede intentar ser explicada, sino por la desconfianza en la gestión funcional de fiscales y defensores, por lo difícil que parece resultar –particularmente a los jueces–, no involucrarse en el resultado de la investigación penal, lo que muchas veces los ubica posicionalmente –con su silencio cómplice– junto a alguna de las partes (normalmente la acusadora). En otras palabras, existe una espontánea y parcialmente consentida predisposición a implicarse con los avatares y conclusión del proceso.

Por ejemplo, en la *etapa penal preparatoria*, el sistema establece que el control jurisdiccional tiene lugar, por lo general, frente al reclamo formulado por alguna de las partes (imputado o querrelante) que se aducen afectadas por las decisiones del fiscal de instrucción, caso en el que el ámbito de conocimiento y decisión del tribunal (ante una oposición, ocurrencia o apelación) está constituido por el agravio específico, esto es, el motivo de la «queja». Sin embargo, no es difícil comprobar –y se encuentra aceptado ya con cierta uniformidad– que por tal intervención, el órgano jurisdiccional está en la posibilidad de hacer consideraciones que exceden francamente dicho marco, llegando a sugerir o hasta a dar instrucciones concretas al investigador sobre las medidas probatorias que serán conducentes para dilucidar alguna cuestión fáctica o jurídica involucrada. No creo que pueda discutirse que se trata –cuando menos– de un «exceso» que demuestra la tesis anticipada: lo difícil que resulta a los jueces ajustar su actuación al motivo que justificó su intervención, sin involucrarse en el «éxito» de la investigación. Es decir, lo complicado que puede resultar mantenerse imparciales⁵.

⁵ Vaya como ejemplo lo verificado en un caso en el que, ante una oposición a la citación a juicio, el juez interviniente, sin pronunciarse sobre el fondo, dispuso devolver la causa a la Fiscalía de origen «para que se complete la instrucción»,

En la etapa del *juicio* la cuestión se amplifica. En primer lugar, el debate que requiere la actuación de los tribunales (integrados en sala unipersonal o en colegio), está precedido de sus actos preparatorios, lo que incluye un *estudio minucioso de la causa* o expediente judicial⁶, a partir de lo cual se anticipan –con ánimo preventivo– todas las eventuales incidencias y posibles derivaciones, y asimismo –como es dable suponer– hasta se especula sobre el resultado del juicio. Es más, en algunos casos se llega a la audiencia con la «relación de causa» de la futura sentencia ya confeccionada; esto es, con la transcripción de los datos filiatorios del acusado, el hecho que da base al juicio, y hasta la prueba que consta en los documentos escritos (pendientes de su luego alentada y casi segura «oralización» por lectura). Admitir dicha realidad autoriza a presumir sin ningún esfuerzo de imaginación ni demasiados reparos que en la mente del juzgador ya existe un «prejuicio» sobre el resultado del juicio que, en su caso, incluye hasta el monto de una pena, más allá de lo que vaya a ocurrir en el debate y de lo que alegarán las partes.

En segundo lugar, tal anticipado pronóstico deriva en que, durante el momento oral del juicio, la actuación del juez excede la de un mero director del proceso, transformándose en un verdadero protagonista junto a las partes, viéndose a través de sus decisiones e interrogaciones involucrado en la averiguación de «la verdad», o –relacionándolo con lo antes dicho– en la tendenciosa confirmación de «su verdad» ya intelectualmente preconcebida.

La gravedad que supone tal realidad en orden a la pérdida (o ausencia) de garantías de las partes respecto de la obligada y exigible imparcialidad del tribunal, en el marco de la oralidad se potencia aún más dado que, por un lado, las constancias de lo acontecido en el debate se reducen a lo mínimo e indispensable (no quedando normalmente registrados tales desvíos); y por otro lado, reclamar de manera constante el apego del juez al deber de man-

señalando como pendientes una serie de puntuales medidas que le encomendó, hecho lo cual, desechó la queja defensiva y dispuso finalmente la elevación a juicio de la causa. Tal lo ocurrido en «ARCE, Sergio Javier p.s.a. robo en grado de tentativa», en el que la Cámara de Acusación mediante Auto n° 72 del 27/04/99 anuló lo actuado por el juez, al igual que lo hiciera en otro caso inmediato anterior («PEDROTTI, José Antonio p.s.a. de daño», A.I. n° 19 del 02/03/99). Sin embargo, el tribunal de apelaciones luego flexibilizó su postura convalidando estas incursiones por parte de los jueces de control.

⁶ La ley consiente tal «contaminación» al establecer en el art. 361 un examen sobre el respeto de las formalidades de la acusación.

tenerse equidistante, puede plantear un escenario francamente inviable o inconveniente para el desarrollo normal de cualquier juicio.

En la misma línea, si bien la reforma ha derogado casi absolutamente la posibilidad que el tribunal provea de oficio –antes o durante el debate– a la producción de prueba (potestad de investigación autónoma)⁷ y le ha reservado la facultad de interrogar a los testigos luego que lo hayan hecho las partes y sólo para requerirles aclaraciones⁸, en los hechos no suele ser lo que ocurre. Así, no es infrecuente que al comienzo del testimonio, al invitar al testigo a declarar espontáneamente acerca de lo que ha sido motivo de su conocimiento, el presidente le anticipe preguntas «aclaratorias» cuyas respuestas constituyen el núcleo central de la declaración, quedando para las partes formular luego las preguntas –ahora sí– aclaratorias. De tal manera, el resultado conviccional de dicha prueba termina siendo el fruto de la estrategia e iniciativa del juez, antes que de los verdaderos responsables. En línea con lo anterior, también se advierte cómo, ante la imposibilidad de disponerlo de oficio, algunos jueces –en ocasiones– llegan a «inducir» la incorporación por lectura de no pocos testimonios, «sugiriendo» su necesidad a las partes.

III. PROPUESTAS

El cuadro descrito no es intrascendente por cuanto –como dije– pone en crisis nada menos que la imparcialidad del tribunal y la igualdad de las partes; es decir, la necesaria incontaminación que como presupuesto esencial se erige en el reaseguro de la justicia del fallo que se le pide al juez.

La solución posible a este estado de cosas quizás pase por una firme determinación de las partes para no consentir desvíos o excesos en esta materia. Pero dado que la gestión de las mismas se endereza a ejercer la representación de concretos intereses (funcionales o particulares), en mérito a los cuales supeditan su actuación y sus reclamos, no siempre aquél será el camino que mejor contribuya a resolver el problema⁹.

⁷ Limitada de manera excepcional sólo para las pericias (art. 231), su ampliación (art. 400), la inspección judicial (art. 399), o la extraordinaria reapertura del debate (art. 407).

⁸ Arts. 393 y 396 CPP.

⁹ Este concepto fue el que abonamos con RICARDO IRIARTE en el artículo «El principio acusatorio en el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba (un nuevo concepto de

Es que la solución debe provenir del propio marco normativo, en el que, de manera expresa (imperativa y operativa) debe provocarse el cambio de mentalidad y de hábitos, para asegurar la vigencia de la garantía en crisis. Y en tal sentido resultará conducente que, por ejemplo, en la etapa penal preparatoria, los excesos del tribunal (juez de control o cámara de acusación) al «salirse» del ámbito determinado por la naturaleza de la cuestión por la que fue convocada su intervención (por caso sugiriendo medidas de investigación), de lugar a la invalidación del decisorio (nulidad) y su posterior apartamiento de la causa.

En la etapa del juicio contribuirá seguramente a la deseada preservación de la imparcialidad del juzgador, que todo lo concerniente a la preparación del debate esté a cargo de un juez o tribunal diferente, de manera que quien termine actuando no haya tenido contacto previo con el expediente y «se entere» de su objeto y protagonistas en el mismo debate.

Asimismo, relacionado con lo anterior, será menester que el examen de los testigos este a cargo exclusivo de las partes de manera que los jueces no puedan formularles preguntas; y que la posibilidad de incorporar por lectura las declaraciones escritas (o registradas por otros medios) de los testigos presentes, se origine estrictamente por la iniciativa de aquéllas, y se limite a las afirmaciones que merezcan aclaración o aparezcan contradictorias.

En sintonía con dicha aspiración, la sanción de la ley 9182¹⁰ que amplió el sistema de participación ciudadana en la administración de justicia penal, a través de los jurados –ya inaugurado por la reforma–, significó un gran avance. Es que, aunque en una regulación diferenciada de la actuación de los jueces técnicos, por un lado se vedó absolutamente a los ciudadanos convocados al juicio tener acceso al expediente; y por el otro, se les asignó durante el debate un rol de meros observadores de lo que allí acontece, procurando que su convicción sea el exclusivo resultado de la estrategia y actividad probatoria desarrollada por las partes, sin permitirles ningún tipo de «colaboración» en la averiguación de la verdad¹¹. Nada obsta para que la responsabilidad asignada a los jueces letrados tenga un marco equivalente, lo que además dotaría de mayor coherencia al sistema.

proceso penal)», publicado en *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, Lerner, Córdoba, 1993, ps. 14/22.

¹⁰ Publicada en el B.O. el 09/11/04, y comienzo de vigencia el 01/01/05, según lo establecido en su art. 57.

IV. TENDENCIAS

El relevamiento y propuestas que anteceden son realizados en un contexto que se insinúa auspicioso a estos fines, por cuanto acompañan el rumbo de otras tendencias confirmatorias, cuando no innovadoras, de los últimos tiempos.

Así, se encuentra en curso de instrumentación en la Provincia de Córdoba el dado en llamar «plan piloto» que, inicialmente concebido como respuesta eficaz y célere para los delitos en flagrancia, fue ampliada en su formulación y alcances para otros casos. Los ejes principales que plantea se vinculan a la oralización de las incidencias e instancias de control jurisdiccional que puedan verificarse durante la etapa penal preparatoria (relativas a cuestiones probatorias, o en materia de coerción, por ejemplo). A la pretendida simplificación de su trámite, se añade como valor agregado la necesaria personalización (en el sentido de no admitir la implícita delegación que hoy suele darse) de la actuación y decisiones a cargo del juez¹². Indudablemente, el diseño de la propuesta reafirma el perfil del rol y la figura del juez de control como responsable de la tutela de las garantías afectadas durante la investigación fiscal.

En el mismo marco, es oportuno mencionar el criterio emanado en los más altos estamentos de la Justicia Nacional en virtud del cual no es válido dictar una condena en base a prueba que no pudo ser controlada por la defensa «al menos en alguna etapa del proceso», lo que a todas luces representa un límite para lo que hoy puede configurar un abuso en la incorporación por lectura de la

¹¹ Dice el art. 34 «Prohibición. Los integrantes del jurado no podrán conocer las constancias de la investigación penal preparatoria y sólo tendrán acceso a la prueba producida o incorporada durante la audiencia de debate. Tampoco podrán interrogar al imputado ni a los testigos o peritos».

¹² La idea del Plan Piloto remonta sus orígenes a la suscripción de un convenio de cooperación interinstitucional, el 07/12/05, entre el Gobierno de la Provincia, el Poder Judicial, la Fiscalía General, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), tendiente a la «celeridad, desformalización y abreviación del proceso en la investigación penal preparatoria, como también dotar al Ministerio Público y la Defensa de Técnicas de Litigación adecuadas para su actuación en el juicio con jurados»; comenzando a tener ejecución en la sede judicial de San Francisco, a partir de lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia mediante Acuerdo Reglamentario Serie «A» n° 1010 del 22/06/10.

prueba que da base a la pretensión acusatoria¹³, de donde, en casos así, la sentencia es exclusivo producto de la prueba obtenida por una de las partes y valorada desde el documento escrito en el que la consignó. Un juez que considera suficiente dicho contexto probatorio para el dictado de una condena, puede ser cuestionado por su falta de imparcialidad.

V. CIERRE

En definitiva, al menos desde lo intelectual, la tendencia cada vez más marcada es la de procurar el mejor marco posible para que quienes tienen la delicada misión de aplicar la ley, lo hagan del modo más transparente, preservando su objetividad frente a cualquier tentación de fallar influenciado por cualquier factor o circunstancia que conspire contra su «inmaculada» imparcialidad.

Finalmente, corresponde advertir que, en un esquema como el que se propugna, el Ministerio Público debe aportar el mayor esfuerzo y ofrecer las suficientes seguridades a los ciudadanos respecto de que su organización responde a criterios de coherencia y racionalidad; y que su actuación propende a brindar una respuesta eficiente, cubriendo las expectativas que la sociedad deposita en su gestión¹⁴.

Con tal propósito sería auspicioso que se modifique la asignación de roles actual, en donde los representantes del Ministerio Público segmentan su actuación según las etapas del proceso (investigación y juicio), determinando que el desempeño de quien actúa en cada etapa se desentiende de la eficacia y resultados del restante. Es decir, el fiscal que investigó se «libera» de la causa y considera agotada su labor, concretando una acusación, sin interesarse por el resultado final de su cometido funcional. El fiscal que actúa en el juicio, por su lado, puede ser (y muchas veces lo es) el principal crítico de su antecesor, a la vez que no necesariamente se siente –ánimica o intelectualmente– compenetrado (comprometido) con el mantenimiento de la acusación que recibe. Esto es

¹³ Es lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 12/12/06 en los autos «Benítez, Aníbal Leonal», acogiendo el dictamen del Procurador General de la Corte del 20/03/06. En igual sentido y con similar dictamen Fiscal, el voto en minoría de los ministros Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni en «Barbone» 08/04/08.

¹⁴ CAFFERATA NORES describe con precisión las cuestiones que involucra el tema en «Ministerio Público Fiscal: perfil funcional, situación institucional y persecución penal (en la nueva legislación argentina)», artículo incluido en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, ya citado, p. 77 y ss.

REFLEXIONES ACERCA DEL JUICIO CON JURADOS POPULARES

MARÍA SUSANA FRASCAROLI

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que propone sobre sus fortalezas y debilidades

I. INTRODUCCIÓN

Aunque el juicio por jurados de Córdoba ocupa un porcentaje sumamente importante de los debates penales que aquí se desarrollan, y lleva varios años de aplicación, no ha merecido todavía una rigurosa evaluación de sus resultados (si bien me consta que existen proyectos en marcha de ese tipo).

Como un aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, he considerado conveniente seleccionar algunos de los principales interrogantes jurídicos y prácticos que, en mi opinión, plantea el juicio con jurado obligatorio, aquél donde hay mayoría de jueces legos, según lo dispone la ley provincial de jurados n° 9182. Este aporte tiende a intercambiar ideas sobre las fortalezas y debilidades de esta normativa y las posteriores reformas que se le introdujeron (dentro de las que se encuentran las que serán motivo de estas líneas).

El método elegido, por su preferente arraigo en la realidad tribunalicia, me parece que favorecerá la discusión a la que la Academia nos ha convocado.

* Doctora en Derecho y CS de la UNC. Profesora Adjunta de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

II. INTERROGANTES Y ALGUNAS RESPUESTAS

II.1. El jurado ¿es realmente una garantía para el imputado o lo es para el acusador? ¿Quién debería entonces *solicitar* el juicio por jurados?

Todavía subsiste la discusión teórica sobre el punto.

En su origen histórico el jurado *siempre* fue considerado como un derecho del acusado: «ser juzgado por sus pares y no por el poder». Era el derecho de los vasallos a ser juzgados por otros vasallos, principalmente en disputas con el Sr. Feudal.

Este derecho ya lo encontramos en el siglo XI, en la época de Guillermo «El Conquistador», y se originó para evitar la discriminación contra los judíos. En efecto, cuando éstos tenían disputas comerciales con los cristianos, se les reconocía el derecho de someterlas a un jurado integrado en un 50% con judíos.

En el siglo XIII, luego que los judíos fueran expulsados de Inglaterra, ese derecho también se les reconoció a los extranjeros, especialmente a los comerciantes italianos y alemanes.

Esta práctica perduró hasta los tiempos de la reina Victoria. E incluso persistió en las colonias británicas hasta el año 1951, cuando tal costumbre era reclamada por algún súbdito del imperio o por europeos.

Lo que interesa que destaquemos, es que *siempre* fue considerado como un derecho del acusado, como una protección a grupos minoritarios dentro de la sociedad.

Esta es la posición actual en EE.UU., ya que la Constitución americana establece en su artículo III el juicio por jurados y, a la vez, la Sexta enmienda constitucional, incorporada muy poco tiempo después de la sanción de la constitución, amplía y aclara el texto de ese artículo III, estableciendo que el juicio por jurados es un «derecho del acusado».

Acá en la Argentina se interpretó que como nuestra Constitución sólo reprodujo el artículo III de la Constitución americana («todos los juicios criminales»), pero no el texto aclaratorio de la Sexta enmienda, el juicio por jurados no puede ser entendido como un derecho del acusado, y por lo tanto declinable por él, sino que se trata de una exigencia de carácter institucional, obligatoria en todos los casos criminales.

En suma: más allá de la cuestión semántica del texto, o de su exégesis dogmática, la interpretación histórica es la que verdaderamente explica el alcance de nuestra norma constitucional. Por eso creo que el juicio por jurados es un derecho del acusado. Sólo él debería tener la facultad de exigirlo, o bien de renunciarlo en

el caso que le tocase obligatoriamente. Pero la ley n° 9182 lo estatuye como obligatorio para todos los supuestos en que procede.

En mi opinión, así como se le permite al imputado *declinar* su derecho a guardar silencio cuando considera que es más conveniente hablar y exponer sus descargos, también se le debería permitir al acusado *renunciar* a su derecho a ser juzgado por jurados, si él o su defensor consideran que es más favorable el juzgamiento por un tribunal profesional permanente.

Esta es una modificación que debería incorporar nuestra ley procesal.

No soy ingenua. Sé que es casi improbable que esto se acepte. Me dirán que este jurado cordobés no es el de la Constitución Nacional sino un «modelo Córdoba», porque nuestra Constitución local, en su artículo 162, establece que «la ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados».

Sin embargo, este argumento jurídico parece eludir el contexto histórico de la aparición de la institución acá en Córdoba: este sistema de jurados *populares*, con mayoría de jueces legos, se concibió en un momento de fuerte revalorización ciudadana del problema de la inseguridad frente al delito y la lentitud de su tratamiento judicial, ofreciéndose como una institución judicial *ejemplarizadora* para el tratamiento de aquellos delitos que más conmocionaban a la sociedad: la corrupción administrativa y los delitos llamados «aberrantes».

Esta función ejemplarizante, según mi punto de vista, ha convertido a este juicio por jurados en un instrumento del interés social en el castigo del delito (acorde con la razón política de su implementación local). Y eso puede explicar que el debate sobre el nuevo modelo quedó acotado a jueces y doctrinarios, siendo recibido por la población con una naturalidad impensada.

Y quizás también se lo vea como una forma de compartir responsabilidades entre los jueces profesionales de carrera y los legos, lo que puede poner a aquéllos al resguardo de ciertas críticas ante sentencias que algunas veces aparecen como impopulares.

II.2. ¿Cómo funciona la libertad de valoración del jurado frente a la prueba? ¿Puede el juez técnico incidir sobre la decisión del jurado al punto de torcer su voluntad?

Esta es una cuestión que invariablemente preocupa, y mucho, a los defensores.

Durante la deliberación de la sentencia final es obligatoria la reunión de los jueces técnicos con los jurados: todos votan, algo

que no sucede en el jurado anglosajón. Entonces, lo que inquieta, es la posibilidad que tienen los jueces de darles indicaciones a los jurados, no sobre si deben o no considerar una prueba ilegal (por ejemplo, una pericia nula, lo que sería correcto en principio), sino pretendiendo *influir* en el mérito conviccional de la prueba legítima, para que el jurado llegue a un veredicto inducido por el juez técnico y no por el libre fruto de su apreciación sobre los elementos de convicción reunidos (lo que desnaturalizaría la esencia del jurado).

Este es un punto que merecerá, sin duda, alguna jurisprudencia rectora.

II.3. Si la ley prohíbe que los jurados conozcan lo realizado durante la investigación penal preparatoria, y sólo pueden tener acceso a la prueba producida o incorporada *durante* el debate, ¿no debería entonces impedirse que conozcan las constancias de aquéllas que no se incorporen de ese modo?

Creo que, para cumplir acabadamente con lo que ordena el artículo 34 de la ley de jurados, deberían ser *efectivamente* leídos en alta voz los testimonios o las actas o documentos que se deben incorporar al debate por lectura, aunque se demore el juicio; son los costos de la adopción del sistema.

He visto en la fotocopiadora de tribunales que algunas Cámaras disponen que antes del juicio se vayan armando juegos del expediente para entregar a los jurados.

Que un jurado ande por su casa particular, o por su club, con una copia del expediente sobre el caso que debe juzgar bajo el brazo, no sólo parece un absurdo, sino que constituye un peligroso modo de contaminar su opinión futura a través de la lectura de las constancias de la investigación. Estas son las cosas que no se previeron al dictar la ley, y que no pueden solucionarse violando la ley.

II.4. ¿Qué pasa con la actuación del jurado si el imputado opta por un juicio abreviado? ¿Por qué se debe insistir en convocarlo, con todo el gasto y demora que ello significa, siendo que sobre lo único que el jurado debe decidir no existe discrepancia?

Creo que este es un supuesto en donde perfectamente se podría prescindir del jurado, pues la cuestión de hecho queda resuelta con la confesión del imputado ratificada por la prueba recibida en la investigación preparatoria. De hecho, una situación similar (no

igual) ocurre en EEUU, con la *plea bargaining*, que es un modo de evitar el juicio por jurados.

Si la opinión es otra, es decir, si se cree que igualmente debe convocarse al jurado, como dijimos que éste no puede conocer lo realizado durante la investigación penal preparatoria, luego de la confesión del acusado tendrían que ser efectivamente leídos en alta voz los testimonios, las actas o documentos que respaldan esa confesión. Recién después el jurado podrá pasar a deliberar y votar (prácticamente sin necesidad), que efectivamente el hecho existió y que fue cometido por el imputado.

II.5. ¿Qué acontece con la actuación del jurado en el caso que el fiscal solicite la absolución y no exista querellante particular que mantenga la acusación? ¿Qué pasa si los jurados le manifiestan al Tribunal que a pesar del pedido de absolución del fiscal están convencidos de la culpabilidad del acusado?

Considero que en este punto se plantean dos cuestiones, cuyas soluciones pueden ser controversiales.

En primer lugar, sólo el tribunal técnico debería resolver (porque es una cuestión de puro derecho) si el pedido de absolución del fiscal se encuentra debidamente fundado, pues que de no ser así no será vinculante para el tribunal (Cf. TSJCba., «Vilcenvich», Sent. n.º. 114, 3/11/2004).

Superado ese control de validez, los ocho jurados más los dos jueces técnicos *deben* votar si el acusado es culpable o no. En el caso que el jurado no acordara con la posición del fiscal, aquél puede perfectamente declarar con su voto que el acusado es culpable (si alguno de los jueces técnicos comparte este criterio lo deberá fundamentar, y si no lo hará el presidente). Pero luego, al abordar la cuestión de la pena a imponer, le corresponderá sólo al tribunal *técnico* señalar que, a pesar de que las pruebas arrojan certeza sobre la existencia del hecho y de la participación del acusado, éste no podrá ser condenado por aplicación de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Laglaive» (CSJN, 27/05/2004, Fallos, 327:1621).

II.6. ¿Qué solución debería darse si en el transcurso de un debate con un tribunal exclusivamente técnico, aparece una circunstancia que haga encuadrar el hecho investigado en uno por el que corresponde la intervención del jurado? Si los testigos han sido muy

numerosos y ya prestaron declaración, ¿se debe anular todo el debate y convocar a un nuevo tribunal?

Pareciera que no hay otra posibilidad que la declaración de incompetencia de aquél órgano. Es una situación similar a la planteada en un juicio correccional en cuyo transcurso se advierte que el hecho juzgado es de competencia criminal.

Y no puede pensarse en incorporar a los jurados a la mitad del debate, pues no habrán tenido contacto con la prueba ya recibida, sobre la que tendrían que fundar luego su decisión.

II.7. Este último interrogante me lleva a otro: para evitar ese desgaste procesal, ¿se puede convocar a los jueces populares, aunque no sea un caso específico para jurado, si *prima facie* se considera que el hecho puede quedar finalmente encuadrado en uno que corresponde la intervención del jurado?

Esta cuestión no es hipotética, ya se ha planteado y tuvo que ser resuelta por el Tribunal Superior de Justicia (causa «Rete», Sent. n° 85, del 23/04/08). Nuestro máximo tribunal recordó que la directriz del legislador prevista en el artículo 3° de la ley 9182, en cuanto a que la integración se determine según la calificación legal contenida en la acusación, *sólo deberá ser abandonada cuando la subsunción de los hechos haya sido manifiesta o palmariamente errónea*. Por lo tanto, de advertir un error en dicho tópico, la Cámara podrá enmendarlo (en tanto y en cuanto no altere los hechos por los cuales el imputado pudo defenderse y fue acusado) y, desarrollando una labor preventiva de posibles nulidades, proceder a su corrección para que se disipe cualquier afectación a la garantía del Juez Natural, integrando el tribunal con los jurados de la ley 9182. El fallo también agregó que dicho proceder no vulnera lo dispuesto por el artículo 361 primer párrafo del CPP, porque ese control de la acusación no implica un prejuzgamiento sobre la eficacia conviccional de la prueba, y por lo tanto no compromete la imparcialidad que debe resguardar el tribunal de juicio.

En suma, en esta causa se estableció que en tanto la calificación jurídica dada al hecho contenido en la acusación resulte correcta, es decir que se corresponda con los hechos por los que se requiere la elevación a juicio, por imperio del artículo 3° de la Ley 9182, no debe convocarse al jurado, ni siquiera para evitar un «desgaste procesal inútil», ante la eventualidad de tener que realizar luego un nuevo debate con jueces populares.

II.8. Si en el hecho ha participado un menor, ¿Será también el jurado quien deba declarar la responsabilidad de ese menor?

Esta cuestión también tuvo que ser resuelta por el Tribunal Superior de Justicia («Márquez», Sent. n° 262, del 06/10/2009). En esta oportunidad el alto tribunal dijo que si bien es cierto que los menores gozan de una jurisdicción especializada contenida en la ley n° 9053, los supuestos previstos en los artículos 50 y 63 de dicha normativa se erigen como un caso *excepcional*, atento a la insoslayable intervención de los tribunales penales a los efectos del juzgamiento de la responsabilidad de los mayores de edad. Por tal razón, *una vez dado este supuesto de excepción* a la competencia material del fuero de menores, *corresponde aplicar al caso el Código Procesal Penal y sus normas complementarias*, en este caso, la intervención de jurados populares. El fallo agregó que tal decisión no vulnera el interés superior del niño y la especialidad del fuero, puesto que los menores de dieciocho años sometidos al proceso de mayores mantienen incólume los principios constitucionales que les asisten, pues la intervención de los jurados populares sólo se limita a la decisión sobre la determinación de los hechos y a la participación de los imputados en los mismos, dejando librado a la competencia del juez de menores las medidas tutelares, la ponderación de la necesidad de pena y su monto.

II.9. ¿Qué solución debe darse en el caso que haya que juzgar a un imputado por un hecho que corresponda juzgamiento por jurado, y también haya que juzgarlo simultáneamente, en virtud de acumulación de causas, por otro hecho donde no sea obligatoria esta forma de juicio?

Supongamos que por las reglas de conexión subjetiva un acusado deba ser juzgado por un homicidio calificado y también por un homicidio simple cometido anteriormente. ¿Debe el jurado decidir también sobre el hecho del homicidio simple, para el cual no tiene competencia originaria? El defensor plantearía que no, porque en el caso del homicidio simple se estaría violando la garantía de juez natural. Y si se separaran los juicios, podría objetar que eso acarrearía un perjuicio para el imputado, pues tendría que afrontar dos condenas, violándose las reglas sobre competencia por conexión subjetiva.

Esta es una cuestión que no se ha planteado aún ante el Tribunal Superior de Justicia.

En la práctica, encontramos diversas soluciones: algunas cámaras en lo criminal, para evitar futuros planteos de nulidad, direc-

tamente realizan separación de juicios, aplicando la regla del artículo 368 del CPP. Otras, la mayoría, resuelven que el jurado es competente para decidir sobre ambos hechos. Finalmente, hay ciertas cámaras que realizan un único debate, pero en la sentencia, a la hora de la deliberación, se vota primero por el caso del homicidio calificado con la intervención de los jurados populares, y luego votan sólo los técnicos sobre la existencia del segundo hecho y la responsabilidad del imputado en el mismo.

II.10. ¿Cómo debe ser el lenguaje de un defensor oficial, esencialmente a la hora de los alegatos, cuando debe convencer al jurado que es quien decide? ¿Conviene un lenguaje popular y con un estilo histriónico, o habrá que mantener el estilo mesurado y jurídico?

Indudablemente que a los defensores –cuando no los fiscales– en pos de la búsqueda de un resultado favorable al interés que representan, les será más fácil convencer al jurado dirigiéndose a ellos con elocuencia, «hablándole a su corazón», en lugar de recurrir a silogismos argumentales. Y esto es así, y así rinde frutos en la práctica, por más que se predique lo contrario desde alguna doctrina.

Valga como ejemplo del estado de esta temática la opinión del vocal Iglesias de la Cámara Décima del Crimen, en el caso «Arias», del 23/08/2007. Dijo este magistrado: «no cabe duda que al integrarse las Cámaras del Crimen con tres jueces técnicos y ocho Jurados Populares (casi en tres veces más que el número de aquéllos) y constituir así una amplia mayoría, ha generado una nueva forma de alegar dirigida directamente al corazón de los legos, en donde el melodrama, la compasión, lástima, odios, rencores y prejuicios (...) van a sustituir el análisis de la prueba verdaderamente producida e incorporada al debate, colocando en la disyuntiva a los imputados y a los querellantes particulares, entre elegir, para hacer valer sus derechos, un buen actor o un buen abogado».

Por cierto que siempre quedará lugar para hacer un alegato técnico para los jueces de cámara que integran el tribunal.

II.11. ¿Por qué la ley permite que la víctima, aunque no esté constituida en querellante particular, tenga la penúltima palabra, previa a la deliberación de los jurados? ¿Cuáles serán las expectativas de la defensa ante una víctima doliente que se dirige al jurado pidiéndoles que hagan justicia?

El artículo 36 de la ley de jurados establece en el último párrafo que «la penúltima palabra se otorgará a la víctima u ofendido –

si estuviera presente– y la última palabra corresponderá –siempre– al imputado».

Esta es una disposición discutible.

Si la víctima se ha constituido en querellante, ninguna razón existe, pues ya se pudo expresar en el momento legalmente previsto para su alegato. Si se le permite luego a dirigirse a los jurados, es una clara invitación a que desarrolle, en este segundo momento, argumentos sentimentales. Sólo si no se constituyó en querellante pareciera más justificada esa oportunidad para hacer oír su punto de vista.

Valen aquí también los argumentos expuestos en la respuesta a la pregunta anterior.

II.12. ¿Es correcto que haya jurados que repitan en diferentes juicios sucesivos varias veces su actuación como tales, con el argumento de que en algunas circunscripciones no existen tantos candidatos para sortear?

Creo que no debería permitirse que alguien sea jurado más de una vez. O al menos que no pueda serlo de nuevo sino después de pasado un tiempo razonable (v. gr. 5 años).

Es que profesionalizar a los jurados sería contradictorio con la razón por la que se justifica su actuación como jueces, que es el aporte de su visión del derecho como gente común, libre de «contaminación judicial». La reiteración en la función generará siempre el serio peligro de que dicha contaminación ocurra.

II.13. ¿Cómo se asegura un defensor que alguno de los jurados sorteados no tenga serios prejuicios sobre el imputado o sobre el caso a juzgar que comprometa su imparcialidad?

Si bien la ley de jurados permite recusar sin causa a un jurado titular (artículo 24, ley 9182), y también con expresión de causa cuando concurriera alguna de las causales establecidas para los jueces, o por haber prejuzgado en forma pública, o cuando existiere cualquier otro impedimento que pudiese afectar su imparcialidad (artículo 23), en la práctica es muy difícil conocer cuál es ese «impedimento» al que alude el artículo 23 de la ley 9182 (por ejemplo, que el propio jurado o alguien allegado a él haya sido víctima de un hecho similar al que le toca juzgar), porque no se prevé ninguna herramienta legal para verificar su existencia.

¿Qué conocemos de esa persona que actuará como jurado? Al juez lo conocemos por sus sentencias, por sus escritos (si es publicista, por ejemplo) y hasta por la opinión de los operadores

con los que interactúa. Con un tribunal técnico se puede, en determinadas casos, pedir que se integre en colegio y no en sala unipersonal.

La oficina de jurados de Córdoba realiza una encuesta anónima y no obligatoria de ciudadanos que ya actuaron como jurados, donde una de las preguntas requiere saber si «fue víctima de un delito con antelación a su participación en el Jurado». Como se ve, esta información se recaba *luego* de finalizado cada juicio. Considero que una encuesta de ese tipo debería ser *anterior* a la incorporación del ciudadano como jurado, personalizada y obligatoria y con más especificaciones, de manera que la defensa pueda evaluar si, a su criterio, el futuro juez lego posee un verdadero «impedimento» que afecte su imparcialidad, y así tener la posibilidad de recusarlo.

Dicho de otro modo, el tema de la selección de los jurados debe tomarse con mayor estrictez para asegurar su imparcialidad. Debe profundizarse en sus experiencias previas, prejuicios, etcétera. Y el hecho de que los jueces técnicos no sean sometidos a esos exámenes no es óbice para plantear esta necesidad respecto de los jurados, ni tampoco para sostener que también aquéllos deberían ser analizados, sobre todo cuando tales experiencias o prejuicios puedan influir frente a un caso concreto.

II.14. ¿Cómo se asegura un defensor que, a lo largo de varias audiencias, el jurado popular no vaya adaptando su criterio a lo que los medios de comunicación opinen? ¿Es factible en la práctica, que de oficio o a pedido de parte, se ordene a los jurados que permanezcan incomunicados con terceras personas o con la prensa, como ordena la ley?

Respecto de lo primero, creo que es un deber del Presidente del Tribunal hacer conocer y explicar a los jurados que no pueden sustituir su propia convicción por lo que digan los medios masivos de comunicación.

Respecto de lo segundo, la propia ley de jurados establece en su artículo 30 que el tribunal puede disponer de oficio o a pedido de parte la incomunicación de los miembros del jurado durante todo el desarrollo del juicio. Sobre esta posibilidad, se ha dicho, y con razón, que el modo, tiempo y alcance de la privación de contacto debe ser siempre fijada de la manera menos lesiva posible, en casos excepcionales y dando las razones que llevan a disponerla, pues es una medida que afecta derechos constitucionales (CAFFERATA NORES JOSÉ – TARDITTI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, t. III, Mediterránea, 2009, p. 463).

En suma, si es necesaria la incomunicación, se deberá ordenar (aunque no conozco ni un caso en que así haya ocurrido). El Poder Judicial debe demostrar a las partes y al público, que «toma en serio» la regulación sobre jurados, sobre todo en aquello que tiende a preservar su imparcialidad.

II.15. ¿Podría el jurado dictar veredictos apartándose deliberadamente de la ley aplicable? Dicho con otras palabras, ¿queda en manos del jurado la potestad de derogar la ley aplicable en el caso concreto?

Existen numerosos casos ocurridos a lo largo de la historia. El caso más paradigmático ocurrió en el juzgamiento de William Penn, quien luego fuera fundador y gobernador de Pennsylvania. Fue acusado de organizar una reunión ilegal en la calle, y a la hora de la deliberación, el jurado se resistió a declararlo culpable e insistió en que Penn sólo era culpable de haber predicado en la calle, negándose así a responder la pregunta del juez técnico sobre la culpabilidad del delito que se le atribuía al acusado.

Este precedente proclamó de alguna manera la soberanía del jurado no sólo frente a las indicaciones del juez, sino también frente a la misma ley.

El jurado es también «juez de leyes» y no sólo de «hechos» se ha dicho. Y la forma para *no aplicar la ley aplicable* es justamente el veredicto absolutorio sobre la cuestión de hecho, pues se pone a cargo de los jurados responder también sobre la *culpabilidad* del acusado, que es un concepto jurídico que permite aquel desvío.

Esta posibilidad no se enerva por la presencia de jueces técnicos en la integración del tribunal, ya que estos están en franca minoría.

Y aun en este caso, se dará la paradoja de que el presidente del tribunal deba fundamentar la decisión de los jurados de no aplicar la ley aplicable (artículo 44 de la ley de jurados). Si bien la decisión podrá ser motivo de recurso, esto no da una solución directa al problema.

II.16. Si los jueces técnicos durante la deliberación de la sentencia creen necesario reabrir el debate para ampliar pruebas ya incorporadas, ¿pueden oponerse a ello los jurados?

El caso se ha planteado varias veces, pero se ha resuelto consensuadamente en el interior del tribunal de jurados.

A mi me parece que la respuesta deber ser negativa, porque los jurados carecen de toda atribución sobre iniciativa probatoria (y

la reapertura de la deliberación es una expresión –excepcional sin duda–, de tal iniciativa). Por lo demás, el poder del jurado se reduce a valorar la prueba *ofrecida* antes de su intervención y *recibida* en el debate frente a ellos, momento en el que, cabe recordar, carecen de facultades siquiera para formular preguntas aclaratorias.

Por las mismas razones los jurados no podrían disponer por sí solos la reapertura del debate invocando necesidad, y además porque taxativamente el artículo 42 de la ley establece que la decisión sobre la reapertura le corresponde al *tribunal*.

II.17. ¿No debería exigirse para cada juicio una edad promedio mínima del jurado?

Si bien la ley de jurados establece en el artículo 5º que se requiere tener entre 25 y 65 años de edad, es dable observar que nuestra Constitución provincial exige para el cargo de Vocal de Cámara la edad de 25 años, pero con un mínimo de 8 años de ejercicio de la abogacía o de la magistratura (artículo 158). Entonces, si tenemos en cuenta el mínimo de años que lleva completar la carrera de abogacía y le sumamos los 8 años de ejercicio, es claro que casi ningún Vocal de Cámara, por lo menos en nuestra provincia, es menor de 30 años de edad.

Además, la experiencia común nos demuestra que es casi nulo el número de jóvenes de esa edad que podrían ser designados en tal función, si se tiene en cuenta que desde siempre se ha aceptado que sólo con los años se adquiere experiencia, prudencia y mesura, requisitos que se suman a todos los demás que deberá tener el encargado de decidir en cuestiones tan trascendentes como la libertad, los bienes, y la honra de las personas.

Por eso también no puedo dejar de mencionar que al fijar la ley 9182 en 65 años la edad máxima para actuar como jurado, el propio legislador ha desperdiciado la sensatez, experiencia y acierto de las personas que alcanzan y superan esa edad.

*EL DOBLE CONTROL EN LA INVESTIGACIÓN FISCAL PREPARATORIA
COMO FACTOR DE EXTENSIÓN Y BUROCRATIZACIÓN*

MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN

*EL DOBLE CONTROL EN LA INVESTIGACIÓN FISCAL PREPARATORIA
COMO FACTOR DE EXTENSIÓN Y BUROCRATIZACIÓN*

MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra el 23 de agosto de 2011 con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que ella propone sobre las fortalezas y debilidades de éste.

«Yo no sé si las leyes tienen razón o si están equivocadas. Todo lo que sabemos nosotros los presos es que el muro es sólido y que cada día es como un año, un año cuyos días son largos»

OSCAR WILDE

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro sistema constitucional no deja dudas de que requisito ineludible para la imposición de una pena es la tramitación de un juicio oral, llevado a cabo por un tribunal imparcial, designado por ley antes del hecho de la causa, sobre la base de una acusación presentada por un órgano distinto, que culmine en una sentencia fundada en prueba recibida con resguardo del contradictorio, la intermediación y demás derechos constitucionales.

A su vez, el derecho procesal penal argentino generalmente regula una etapa previa al juicio, denominada investigación o instrucción, cuyos fines son reunir y resguardar las pruebas que den fundamento a la acusación y asegurar la presencia del imputado en el juicio. Esta etapa investigativa se realiza de forma escrita, predominantemente secreta, sin intermediación y limitadamente contradictoria.

Pero ocurre que, por varios factores, esa etapa del proceso aparece burocrática, formal, solemne, prolongada y dotada de gran valor, de forma tal que oscurece y resta importancia al juicio previo a la condena que estableció el constituyente. Es la llamada «ultraactividad de la investigación, que puja para que sus pruebas

* Doctor en Derecho y CS de la UNC . Profesor Adjunto de Derecho Procesal Penal de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

sirvan de base, no sólo a la acusación como debería ser, sino también a la decisión definitiva del caso»¹.

Esta deformación se profundiza más aun cuando la casación invade el ámbito de determinación de los hechos mediante la valoración de las actas de la instrucción, «con la siguiente triple consecuencia negativa: a) sacralización de la instrucción como método de indagación histórica; b) desjerarquización del juicio oral; c) determinación final de los hechos sobre la base de premisas o hipótesis no confrontadas ni sometidas a refutación durante el debate y, por ende, de alto grado de falibilidad»².

II. FACTORES QUE CONTRIBUYEN A LA DEFORMACIÓN

II.1. La internalización cultural de lo escrito y formal

Algunos datos pueden ser útiles para comprender por qué entre nosotros existe un marcado rechazo a desformalizar la investigación. Como señala WOISCHNIK, «los conocimientos del trasfondo histórico son irrenunciables para la comprensión y el análisis de una codificación...lo que hoy ocurre y se realiza en el proceso penal no pocas veces se comprende sólo a través de la comparación con las formas jurídicas del pasado»³.

Ineludible resulta destacar algunos genes que anidan en nuestro sistema. En primer lugar, es indudable en este sentido la influencia histórica⁴ del proceso de la inquisición⁵, una de cuyas notas características era el rito escrito estrictamente rodeado de formalidades solemnes, que se plasmaba principalmente mediante actas⁶. Ese derecho anterior a la revolución francesa fue la fuente

¹ CAFFERATA NORES, *Derecho Procesal Penal, Consenso y Nuevas Ideas*, p. 99.

² GUARIGLIA, «El agente encubierto se vuelve provocador. Un nuevo desacierto de la casación», *La Ley, Suplemento Penal*, marzo de 1998, ps. 24 y 25.

³ Juez de Instrucción y Derechos Humanos en Argentina, trad. de GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, Konrad Adenauer Stiftung – Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 49.

⁴ Sobre la evolución histórica puede consultarse MAIER, *Derecho Procesal Penal Argentino*, t. I-b, Hammurabi, 1989, ps. 17 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, 3ª edic., Lerner, 1981, ps. 25 y ss., 371 y ss.

⁵ Aunque también debe destacarse que existen distintos alcances y comunes confusiones cuando actualmente se hacen referencias a los procesos inquisitivos y acusatorios (ver LANGER, «La dicotomía acusatorio-inquisitivo», y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona», en *El Procedimiento Abreviado*, Del Puerto, Buenos Aires, 2001, ps. 97 y ss.).

⁶ De allí proviene la repetida máxima en el mundo jurídico: «*quod non est in actis, non est in mundo*» (WOISCHNIK, ob. cit., p. 54, donde explica el valor de las actas para la sentencia del proceso medieval).

de la legislación colonial española, uno de cuyos textos más importantes eran las Siete Partidas, siendo la última la que regulaba el derecho penal y procesal. Esta legislación tuvo efectos hasta después de la independencia y las leyes de procedimiento que se dictaron con posterioridad a la organización nacional continuaron abrevando en el derecho ritual español, perimido ya en aquella época⁷. Actualmente en el viejo mundo se señala este origen: «Educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la Justicia se han desviado cada vez más de los Tribunales, mirando con lamentable recelo a Magistrados, Jueces, Escribanos y Alguaciles»⁸. No es casual entonces en aquél país «el arraigado hábito por parte de jueces y magistrados de «dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales»⁹, a pesar del juicio oral instaurado en 1882.

Por eso las leyes procesales argentinas del siglo XIX y en menor medida las del siglo XX, aunque fueron atemperadas por las ideas de la ilustración, conservaron fuertes rasgos inquisitivos: una instrucción de gran valor a cargo de un juez, escrita, relativamente secreta, burocráticamente formal y estrictamente regulada, con influencia también del código napoleónico francés de 1808.

Todo esto incide decisivamente en la «cultura interna de los tribunales»¹⁰, donde «se establecen especiales ritos formales que

⁷ Si bien con el proceso emancipador había una firme iniciativa criolla de liberarse de instituciones españolas, WOISCHNIK explica que en el derecho procesal no se advirtió interés de cambio porque no estaba entre las cuestiones prioritarias de tal momento histórico y porque los juristas locales habían sido formados en el antiguo derecho español («Juez de Instrucción...», p. 57). No obstante merece destacarse que ya en el periodo de la codificación existió un proyecto de Código Procesal Penal federal, encargado por Sarmiento en 1871 a Victorino de la Plaza, que preveía una etapa preliminar sencilla y pública, querellante particular, control en audiencia de la acusación, juicio oral, público, acusatorio y con jurado de ocho miembros, en el cual el imputado actuaba como parte, asistido técnicamente, con derecho a presenciar pruebas de cargo. Si bien esa iniciativa no prosperó al ser sancionado en 1889 el llamado Código Obarrio (ya perimido por aquel entonces en España, de donde fue tomado), bien sirve para ilustrar que muchas ideas o cambios que se pregonan en el siglo XXI como novedosos, ya eran conocidos en el XIX.

⁸ ALONSO MARTÍNEZ, M., «Exposición de motivos de la LEC», menc. por SÁNCHEZ PARELLADA, «El acta del juicio oral en el proceso penal y las nuevas tecnologías» en *Actualidad Penal*, N° 13, Madrid, marzo 2003, p. 1.

⁹ SÁNCHEZ PARELLADA, art. cit.

¹⁰ Que generalmente forma parte de la cultura local «desarrollada dentro del sistema de justicia», «de antiguo y establecido uso, seguida más por una cuestión de

giran alrededor del carácter 'sagrado' del expediente¹¹. Las firmas, las 'foliaturas', el cuidado de la secuencia de las actas, las palabras estrictas y extrañas no son mero 'formalismo', tampoco son, en sentido estricto, 'formas huecas'; al contrario, son fuertes patrones de adaptación que nutren la cultura inquisitiva¹². Estas pautas, fuertemente arraigadas en la sub cultura judicial, se han ido transmitiendo generacionalmente, formando una mentalidad bastante homogénea de los operadores, ya que toda organización judicial «actúa tradicionalmente según normas informales que le son propias»¹³. La identidad de la institución está formada por reglas de conducta, prejuicios, creencias, mentalidad e ideas comunes al grupo, con características propias que la distinguen de otras corporaciones y que se reflejan en el obrar cotidiano, en las conversaciones informales entre miembros de la organización y otros canales de comunicación internos. Ello tiene su importancia en la cuestión que nos ocupa por dos motivos: en primer lugar porque como «el operador jurídico típico se acostumbra al sistema que le es familiar (...) por consiguiente el movimiento reformista encuentra resistencia en la judicatura»¹⁴. Y en segundo lugar porque en nuestro sistema los fiscales tienen en común con los jueces la misma carrera, origen, estructura, a veces oficinas, etc., lo que genera un Ministerio Público con pautas de conducta idénticas a la de los tribunales.

Al respecto, GUARNIERI y PEDERZOLI¹⁵ señalan que el trabajo en la burocracia judicial «se basa en la idea de que el cuerpo está formado por individuos homogéneos por adiestramiento, cualificación y actitudes», porque «la socialización profesional del juez, o del magistrado, se lleva a cabo fundamentalmente dentro del cuerpo

tradición (o inercia) que como producto deliberado de políticas actuales» (LA FAVE, WAYNE – ISRAEL, JEROLD, *Criminal Procedure*, 2ª edic., West Publishing Co., Minn. USA, 1992, p. 17).

¹¹ Observa WOISCHNIK que en Alemania también el expediente influye considerablemente en la convicción subjetiva del tribunal de juicio, pero en la praxis argentina a nivel federal esa situación es más aguda dado que los operadores jurídicos conservan «numerosas formas de procedimiento y de comportamiento a las que estaban habituadas en los tiempos previos a la implantación del CPPN» («Juez de Instrucción...», p. 35).

¹² BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 90.

¹³ COURTIS, CHRISTIAN, «Justicia tomada», *No hay derecho*, año 2, n° 6, Buenos Aires, junio de 1992, p. 7.

¹⁴ WOISCHNIK, «Juez de Instrucción...», ps. 86/87.

¹⁵ *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid, 1999, ps. 34, 63 y 64.

judicial». Además sostienen que «un ingreso precoz y en la base de la pirámide jurisdiccional provoca un proceso de socialización profesional esencialmente controlado por la organización judicial».

Se puede aceptar que los tribunales sean en todas las sociedades organismos dotados de una actuación formal y ritual, e inclusive considerárselo positivo por su función política¹⁶. Su mundo es «frío, solemne y apartado de la vida cotidiana. Las partes están lejos del juez y han de hablar en público en un lugar impresionante. La comunicación del proceso es frustrante: todo en él es formal y por tanto artificial. Parece estar en las antípodas de la actual ideología de una comunicación directa, instaurada de una especie de comunión efusiva. La artificialidad de la audiencia es, sin embargo, condición de la verdad convencional de la democracia: las formas del proceso parecen insuperables. La función política del espacio judicial es instaurar una distancia entre dentro y fuera, entre lo privado y lo público, entre el sujeto de carne y hueso y el sujeto de derecho»¹⁷.

Cuando estos códigos de comportamiento son asumidos por los fiscales se afecta seriamente la comunicación fluida que tiene que haber entre éstos y la sociedad cuyos intereses representan, resintiéndose así la eficiencia. Es que la tarea de pedir justicia debe distinguirse, aun en las formas, de la de administrarla.

II.2. La instrucción formal, solemne, escrita y extensa

Uno de los caracteres predominantes de la etapa investigativa en el proceso penal argentino es su pormenorizada y amplia regulación, como así también su modalidad escrita. Generalmente los códigos procesales contemplan este estadio con una gran cantidad de normas reguladoras de un sinnúmero de actos que la integran y sus rigurosas formas. Este fenómeno está estrechamente vincula-

¹⁶ Porque «en tanto y en cuanto se reaccione contra el delito de modo impecablemente formal será posible ir reduciendo progresivamente el contenido de la reacción en sí. Por el contrario «la privatización y desformalización, la renuncia a la dimensión de igualdad y generalidad, de distancia e imparcialidad a favor de soluciones de emergencia devuelven las reacciones contra el delito al ámbito de la cotidianeidad. Con ello, les privan de la sacralización tradicionalmente propia de lo público, las deslegitiman y conducen a una disminución de su eficacia preventiva, que puede requerir, como compensación, un incremento de la sanción en su sentido fáctico» (SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, ps. 59 y 60).

¹⁷ GARAPÓN, *Juez y Democracia*, menc. por SILVA SÁNCHEZ, ob. y ps. cits.

do al valor que tendrán tales actos en el juicio, ya que «cuando la recopilación de la información puede ser valorada desde ya, como ocurre con el sumario criminal, resulta necesario rodearla de un conjunto de formalidades que permitan establecer garantías mínimas para su uso posterior»¹⁸. Entre los efectos negativos de la investigación complejamente formal, puede citarse que, por un lado, favorece el litigio sobre las formas (principalmente a través de las nulidades y otras impugnaciones) y, de otro costado, la prolonga desmedidamente en el tiempo. En efecto, los incidentes que se generan constituyen un factor importante en la dilación de esta etapa de naturaleza preliminar. Y si a ello le adosamos que existen generosas y amplias posibilidades de que sean tres o cuatro órganos judiciales distintos los que analicen y se pronuncien sobre las peticiones más diversas (desde una pedido de fotocopias hasta la privación de libertad del imputado pueden pasar por el Fiscal, el Juez de Control, la Cámara de Acusación e inclusive por el Tribunal Superior), la duración razonable de la instrucción se ve absolutamente afectada teniendo en cuenta sus fines preparatorios.

Repárese que si estamos hablando de un procedimiento previo a una acusación, anterior a un juicio, resulta inconcebible que contenga incidentes que duren meses o años. Veámoslo con un ejemplo: el defensor del imputado ofrece el testimonio de dos personas; el Fiscal le responde que no, porque no tiene utilidad; el abogado se opone y el Juez de Control le da la razón al Fiscal; el defensor apela y la cuestión llega a la Cámara de Acusación. Esa simple cuestión puede durar varios meses en resolverse. Y ni hablar de la posibilidad de que una vez que haya sido zanjada, el defensor proponga otra prueba al fiscal, y de nuevo se repita la misma historia por unos meses más.

Para ilustrar lo elefantiásico de nuestra investigación penal, podemos hacer un ejercicio de comparación con el proceso civil: imaginemos que previo a interponer una demanda, hubiese que realizar un procedimiento preparatorio formal, solemne, escrito en el cual pueda haber varias instancias de control. Obviamente se tardarían meses o años, no ya en obtener una sentencia (lo que de por sí a veces es de una lentitud que avergüenza), sino sólo para poder concretar una demanda y empezar un juicio! Bueno, algo así es lo que pasa en nuestro procedimiento penal.

¹⁸ DUCE y RIEGO, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Universidad Diego Portales, Chile, 2002, p. 117.

III. PROPUESTAS

Frente al panorama descrito, la desburocratización se erige como una superación de la instrucción que ensombrece al juicio oral, público y contradictorio. Además de ser una solución, esto «representa una consecuencia lógica del carácter preparatorio de la investigación, ya que si lo que se acumula durante esa fase no tiene valor probatorio alguno mientras no sea presentado en el juicio oral, no deben existir consecuentemente reglas rígidas para proceder a esta acumulación de información»¹⁹.

Una investigación verdaderamente preparatoria debería tener más puntos de contacto con la tarea de un abogado antes de iniciar una demanda (p. ej., conseguir un contrato, ubicar testigos, pedir medidas cautelares, etc.), que a la de un juez tramitando un proceso²⁰.

Córdoba ha sido doblemente pionera en la reforma procesal Argentina y latinoamericana. Primero lo fue con el Código Procesal Penal de 1940 estableciendo el juicio oral y público y otras reformas importantes; y hace 20 años con la sanción del Código actual volvió a ser el faro del progreso penal, con la instauración de la investigación a cargo del Fiscal y el giro hacia el sistema acusatorio. Tanto uno como otro cambio han sido grandes pasos para acomodar el sistema de procedimiento criminal a los estándares de calidad y constitucionalidad y a reducir los genes y rasgos inquisitivos que perduran en cualquier orden procesal. Efectivamente, pasar de un sistema netamente escrito a uno mixto, o de uno mixto a otro más acusatorio, constituyeron cambios profundos en cada época (1940 y 1991) y virajes que favorecen la desburocratización. El juicio oral es obvio que lo hace. Y colocar la investigación a cargo del ministerio público²¹, también porque

¹⁹ DUCE y RIEGO, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, p. 117.

²⁰ Ello sin perjuicio de reconocer las enormes diferencias, naturaleza e intereses que distinguen una acción penal de una civil. Pero aun en materia penal hay sistemas que tienen una mayor informalidad de la investigación. Por ejemplo, en Estados Unidos la regulación del procedimiento federal y de muchos estados suele comenzar con la fase crítica de la presentación, notificación y discusión de la acusación, sin perjuicio de algunos actos anteriores –p. ej. pedido de arresto o allanamiento– (LA FAVE, ob. cit., ps. 18 y ss.). En este sentido, el Código de Chubut comienza con la regulación de la acusación (art. 1º, ley 4566).

²¹ Para cambiar de «una instrucción pesada y formal que permite la delegación y que no responde a lo requerido por el sistema oral hacia «una investigación más rápida y más personalizada» (ver JAREN AGÜERO y SOSA ARDITTI, *Código Procesal Penal de Mendoza Comentado Anotado*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza 2000, p. 21).

implica que sus actas no gocen de la fuerza que tienen la de los jueces «porque un principio mínimo cultural nos dice que no podemos creer en la verdad de una parte, como superior a la verdad de la otra»²².

Ahora bien, funcionando e incorporado a la mentalidad de los operadores del sistema judicial el sistema procesal penal actual, bien pueden hacerse algunos ajustes que no significan modificaciones sustanciales y que pueden ser útiles para un mejor funcionamiento. Uno de éstos es la eliminación de los dobles controles como los expuestos en la primera parte. Podría excepcionarse esta limitación en materia de privación de la libertad del imputado, por la indiscutible gran capacidad de afectación de derechos constitucionales que presenta. Debería dejarse también la apelación en la investigación jurisdiccional de imputados con privilegios constitucionales, ya que de lo contrario las partes no tendrían posibilidades de control²³.

De esta forma y manteniendo el consolidado criterio jurisprudencial actual por el cual la oposición ante el Juez de Control procede ampliamente, no sólo para los casos expresamente previstos (CPP, 338), sino también para cada vez que se argumente un gravamen irreparable, con esta vía de impugnación –sin necesidad de acompañarla de la apelación– se estará garantizando suficientemente el acceso a la jurisdicción para los justiciables y se estará contribuyendo a reducir la duración de la investigación, con todo lo que esto implica.

A su vez, esto traerá como consecuencia positiva que se reduzca considerablemente el número de las apelaciones; entonces cuando la Cámara de Acusación tenga que analizar el encarcelamiento del imputado, podrá hacerlo en días, y no en meses o años como

²² Cit. por AROCENA, «Las excepciones a la oralidad en el debate», *Temas de derecho procesal penal (contemporáneos)*, Mediterránea, 2001, ps. 227 y 228.

²³ Aquí se abre una ventana a un problema extra: que se considere violatorio de la igualdad ante la ley y los tribunales que los sometidos a la investigación jurisdiccional tengan derecho a una apelación ante una cámara de tres jueces y que los de la investigación fiscal sólo ante un juzgado unipersonal. Pues bien, la mejor solución para anticiparse a esa eventual crítica, es la de eliminar la investigación a cargo del Juez de Control. En este sentido coincido con lo expuesto por NOVILLO CORVALÁN en las jornadas por el vigésimo aniversario del Código Procesal Penal (Facultad de Derecho, UNC, 20/10/2011), en cuanto a que este procedimiento fue establecido por el legislador cuando regía el anterior artículo 95 de la Const. Prov. que ponía a cargo de un Tribunal la indagación penal para poder quitarle los fueros a los legisladores; por lo que eliminado este requisito en la reforma del año 2001, carece de sentido mantener los dos tipos de investigación.

sucede actualmente. Y la rapidez en tan delicada cuestión podrá generar que más imputados se animen a apelar su detención o prisión preventiva, sabiendo que no tendrán que esperar un año en la cárcel demorándose el enjuiciamiento a la espera de que el tribunal de apelaciones resuelva su planteo. Ésta es una realidad: hay abogados que aconsejan a sus clientes no apelar, por más convencido que estén de sus razones, por la demora que significa.

IV. CONCLUSIONES

El doble (o triple) control de los actos de la investigación es un importante factor de congestión, burocratización y extensión del proceso.

Limitar el recurso de apelación sólo para el control de la privación de libertad del imputado contribuiría a reducir los factores señalados precedentemente.

EL TESTIMONIO DE MENORES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

CORDOBÉS

INÉS LUCERO

EL TESTIMONIO DE MENORES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

CORDOBÉS

INÉS LUCERO*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que propone sobre sus fortalezas y debilidades.

En lo que atañe a la regulación legal del testimonio de niños a nivel provincial, seguidamente se procura exponer los *aciertos y defectos* de los principales aspectos legislados, a saber: los menores comprendidos, clases de delitos abarcados en el procedimiento procesal y la exclusión de otros ilícitos en los cuales no se aplica la normativa, la resolución legal de eventuales conflictos entre los diferentes intereses comprometidos en el acto procesal (derecho del menor a ser oído, asistencia y control del acto por parte del órgano judicial, el derecho de asistencia de las partes, y los eventuales conflictos que se pueden suscitar entre la normativa procesal con algunos tipos penales). Asimismo se analiza la naturaleza jurídica que, a nuestro juicio, reviste el acto de recepción de los dichos del niño.

I. MENORES COMPRENDIDOS

El nuevo procedimiento ordenado debe aplicarse a los menores víctimas de dieciocho años de edad; estableciéndose diferencias para los mayores de dieciséis años a quienes se les podrá aplicar este procedimiento especial o bien declararán como un testigo más, conforme la opinión del psicólogo interviniente. Al respecto, debe recordarse el concepto amplio que actualmente ostenta el término víctima, según el Documento emanado de las Naciones Unidas, el cual abarcaría a los niños testigos, y a los que incluyó en forma expresa el legislador cordobés. Consideramos que contemplar la edad que tiene el menor al momento de tener que rela-

* Doctora en Derecho y CC de la UNC Profesora de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

tar el hecho, es una solución lógica y conveniente ya que es en esta oportunidad en la que el niño puede ser expuesto a sufrir un nuevo sufrimiento al tener que declarar sobre un hecho que padeció o percibió por medio de alguno de sus sentidos. También consideramos plausible que el niño testigo-víctima tenga idéntico tratamiento, en virtud que también ha padecido las consecuencias del delito. Piénsese, al respecto, los supuestos en que un menor es testigo de hechos de abusos sexuales en los cuales es víctima su hermana, o el niño que es testigo de una tremenda golpiza que le infiere su progenitor al otro, o a alguno de sus hermanos, entre otros casos. Asimismo, repárese que la Oficina Internacional de los Derechos del Niño prescribió Directrices –cuyo dictado tiene como objetivo que se implemente en su totalidad la Convención sobre los Derechos del Niño– las cuales expresamente establecen que ellas son aplicables a los menores-testigos de delitos. Pues bien, puede resultar cuestionable el tratamiento diferencial que realizan ambos ordenamientos con relación a los niños menores de dieciséis años y los mayores de esa edad. SOLARI, opina que esta diferenciación es inadmisibles y violatoria de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ya que en su artículo 2º inciso primero establece: «Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo (...) o cualquier otra condición del niño...».

II. DELITOS ALCANZADOS

Al respecto nosotros pensamos que si lo que se pretende con el nuevo articulado es salvaguardar el «interés superior del niño», no se explica la razón por la cual se limita la protección a menores que sean víctimas de ciertas categorías de delitos. No cabe dudas que el relato de abuso sexual (sobre todo cuando el niño es la propia víctima) es un hecho cuya narración es altamente conmocionante, pero no es menos cierto que puede haber numerosos casos que también aconsejen igual tratamiento (por ejemplo el niño que es testigo de un homicidio, hechos de violencia familiar, entre otros).

III. DERECHO A SER OÍDO

SOLARI sostiene que conforme lo normado por los códigos rituales, el niño solamente podría expresar su opinión válidamente frente a un especialista en niños y adolescentes. Lo legislado, afirma, puede resultar violatorio al derecho que goza el menor de expre-

sar su opinión en forma personal y directa ante el órgano judicial interviniente, en los términos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y del artículo 24 de la ley 26.061. Si el niño, asevera este autor, solicita ejercer este derecho en forma directa y personal ante el órgano judicial interviniente, dicha prerrogativa no se le podría negar. MIZRAHI, en base al artículo 27 inc. a de la ley 26.061 que estipula: «el niño tiene derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite», sostiene que si existiese un requerimiento formal del niño o adolescente en ese sentido, el juez no tendrá opciones y deberá tomar contacto directo con aquél. Afirma que fuera de esta situación específica, el tribunal puede escuchar al niño de un modo indirecto; esto es, a través de los organismo auxiliares (v. gr. psicólogos). También destaca este autor que el contacto directo del Juez-niño no puede hacerse de cualquier manera ya que aquél debe cumplir mínimas exigencias de capacidad y entrenamiento.

Nosotros sostenemos que, si conforme a los estudios alcanzados por los psicólogos, victimólogos y demás especialistas en el trato de menores la recepción del relato del menor por una persona no especializada en la materia puede resultar una situación sumamente nociva para el niño, no puede válidamente concluirse que la intermediación de un especialista en el tema puede violar su «derecho a ser oído». Por otra parte, el órgano judicial interviniente debe estar siempre presente en el acto a practicar en virtud de ser el director procesal del acto, más allá que el niño no perciba esa presencia. Huelga destacar, por otra parte, que ningún órgano judicial en el ámbito penal recibe algún tipo de capacitación específica en un tema de ribetes tan peculiares y delicados como es el del trato de niños.

Además debe recordarse que existen numerosas disposiciones en las distintas ramas del Derecho que tienen como finalidad proteger a los menores, en virtud de que ellos requieren un cuidado especial por tratarse de personas en formación. No se olvide que en el Preámbulo mismo de la Convención de los Derechos del Niño se establece: «... el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especiales...».

Por lo expuesto, consideramos que la intermediación de un especialista reviste un claro propósito protector, por lo que no significa menoscabo en los derechos del menor.

IV. DERECHO DE DEFENSA

Un tema que se discute, es si el actual procedimiento eventualmente puede conspirar con otros intereses implicados en el proce-

so, también dignos de protección legal, como es el del derecho de defensa de las partes, en particular el del imputado, y la debida intervención del órgano judicial. Estimamos que la intermediación de un especialista en modo alguno lesiona el derecho del imputado de interrogar a los testigos de cargo ni coarta el deber de interrogar de los órganos judiciales, en virtud de que se prevé que lo puedan hacer a través del profesional interviniente, pudiendo observar el acto en virtud de las ventajas que proporciona el sistema de la Cámara Gessell.

Y si bien el nuevo procedimiento instaurado tuvo como principal objetivo al considerarlo como un *acto definitivo e irreproducible*, el interés del niño a los fines de evitar su revictimización con múltiples interrogatorios, podría ocurrir –según las características de los eventos– que con posterioridad a la primera declaración el menor no recordara con exactitud el hecho padecido en virtud de que el paso del tiempo ha conspirado contra sus recuerdos, máxime tratándose de los menores de muy corta edad (preescolares), o bien que se produzcan algunas mutaciones o el relato de nuevas circunstancias por la incorporación de información post-suceso (v. gr. la realización de interrogaciones sugestivas cuya implantación se ve facilitada en virtud de su inmadurez); todo lo cual indica que la reiteración del presente acto puede, en no pocas ocasiones, motivar una *disminución en su eficacia convictiva* por parte de los órganos judiciales. Al respecto cabe destacar, tal como se resaltó *supra*, que según especialistas en la materia, los menores de edad preescolar pueden retener en su memoria las *características centrales* de eventos estresantes no reiterados en el tiempo por el transcurso de uno o dos años, según los casos; en tanto que los *detalles no esenciales o periféricos* pueden ser olvidados o bien pueden no ser exactos en sus relatos en virtud de que éstos pormenores estarían más expuestos a ser deformados o implantados en la memoria del niño. Cabe destacar que luego de la primera declaración, el menor puede haber sido expuesto a algún tipo de sugestión, tornándose en consecuencia –al menos en algunos casos– muy difícil la tarea de discernir si los hechos son reales o implantados. Al respecto, debe recordarse que los menores de corta edad poseen ciertas limitaciones en su nivel evolutivo que impiden que se apliquen ciertas técnicas que, a los fines de valorar la sinceridad, estiman de utilidad la existencia de detalles cualitativos y cuantitativos en la declaración (técnicas que se basan en el relato verbal).

Ahora bien, por otro lado, debe resaltarse que destacada jurisprudencia considera que éste medio de prueba no constituye un

acto definitivo e irreproducible ya que su reiteración puede realizarse sin riesgo para la eficacia de la investigación¹.

Al respecto también cabe destacar que el Procurador General de la Nación², dispuso instruir a los Sres. Fiscales con competencia penal de todo el país, para que en todos los procesos en que se reciban declaraciones testimoniales del modo regulado en el artículo 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación (el cual en su normativa no establece como el CPP de Córdoba que el acto se lleve a cabo con las formalidades que impone los actos definitivos e irreproducible) se filme la entrevista con la víctima y se proceda a notificar al imputado y a su defensa la realización de dicho acto. También dispuso que en todos los procesos en los que se investigue la presunta comisión de delitos contra menores de dieciocho años de edad se notifique al imputado y a su defensa la realización de peritajes sobre las víctimas; como así también que en aquellos procesos en los cuales resulten víctimas o testigos menores de edad y en los que aún no exista un imputado identificado se realicen las medidas indicadas con control judicial y notificación a la Defensa Pública Oficial.

V. ASISTENCIA AL ACTO POR PARTE DEL ÓRGANO JUDICIAL

Otro tema que merece reflexión reside en que en ambos ordenamientos se establece: «a pedido de parte, o si el órgano interviniente lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente...». Pareciera entonces, que el Juez o el Fiscal, según el caso, no tienen la obligación de asistir personalmente a la recepción del testimonio del menor. Corrobora esta afirmación, dos fallos dictados en los cuales se sostuvo: «... tal como surge expresamente de la norma en cuestión, tanto el tribunal como las partes tienen la facultad de seguir las alternativas

¹ TSJCba., en S. n° 107, de fecha 28/04/10, en autos «Pavanetto, Emilio Rubén p.s.a. abuso sexual gravemente ultrajante –Recurso de Casación–»; en similar sentido en la dictada por el Alto Cuerpo de Córdoba en autos «Vaudagna, Juan Miguel y otro p.ss.aa. Abuso sexual agravado, etc. –Recurso de Casación- (Expte. V/13/06)» por S. n° 209 de fecha 14/08/08. En consonancia las Salas n° 1, 7 y 5 de la C. Nac. Crim. y Corr., causa 33774, «R..A. H», de fecha 28/12/04; causa 22722, «Dayán, Moisés», del 7/11/03 y causa 35685, «P.J.I.» del 28/10/08, respectivamente.

² A través de la Resolución n° 59/09, de fecha 02/06/09.

del acto desde el exterior del recinto denominado ‘Cámara Gesell’...».

Si bien para evitar un sufrimiento innecesario al menor se prevé la imprescindible mediación de un especialista en el trato de niños, en virtud de la falta de capacitación de los distintos operadores de justicia, pensamos que esto no implica que en tal acto procesal no deba estar necesariamente presente el Juez o el Fiscal que dirige la investigación. Incluso debe recordarse que para impedir un nuevo sufrimiento del menor, el actual procedimiento tiende a que éste declare en una sola oportunidad sin ser expuesto a múltiples interrogatorios y con el debido resguardo del derecho de defensa. Entonces pensemos, ¿sería lógico que se fundamente una sentencia –condenatoria o desincriminadora– en base a un acto procesal en el que no hubo un órgano judicial controlándolo y dirigiéndolo?

A nuestro modo de ver, no cabe dudas que para las partes estar presentes en dicho acto es una facultad a ejercer de la que deben ser informados previamente, pero de ninguna manera puede esto extenderse al órgano judicial. De otro costado, no debemos olvidar que en la recepción del testimonio del niño se encuentran implicados otros valores en juego como es el derecho de defensa del imputado y uno de los fines esenciales del proceso penal que es el descubrimiento de la verdad real; motivo por el cual una entrevista receptada incorrectamente no sólo implicaría una nueva revictimización del menor –al tener que repetirse– sino que también podría llevar a que no se logren los fines fundamentales del proceso penal.

VI. OTROS CASOS

Asimismo, resulta llamativo que no exista ningún tipo de previsión para otros actos procesales cuyo diligenciamiento también pueden implicar un nuevo sufrimiento para el menor. Solamente se contempla: «cuando se trate del reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el órgano interviniente...». Ahora bien, piénsese qué pasaría –a modo de ejemplo– si el abogado defensor del imputado solicitara un careo entre el menor y su defendido.

Al respecto, ROZANSKI expresa: «No es raro que las defensas propongan careos entre niños víctimas de agresiones sexuales y los imputados. Este es un tema particularmente sórdido ya que se trata tal vez de uno de los despropósitos más dañinos que pueden producirse en un proceso (...). Lo que sucede es que a la hora de tomar la decisión, los responsables de la misma están obligados a

tener en cuenta las características del delito que se está juzgando, así como las particularidades que tienen las víctimas. Dejar de lado estas cuestiones, que obligan sin duda a rechazar el planteo, constituye una violación flagrante de los derechos esenciales de las víctimas infantiles». Por ejemplo, sostiene, no cabe dudas de que toda citación dispuesta por un tribunal para confrontar dichos presupone simetría. En este sentido, es difícil imaginar alguna situación más asimétrica que la de una niña enfrentada –literalmente cara a cara– a su padre, padrastro, tío, amigo de la familia o vecino, generalmente preso por sus dichos. La vulnerabilidad y el estado emocional en el que llega una criatura a un juicio oral es de tal obviedad que no corresponde extenderse. Es necesario advertir al Tribunal sobre la responsabilidad en la que cada uno de los jueces que autorice la medida incurrirá, tanto por la violación a la normativa protectora, como por los daños que pudiera ocasionar a las niñas el enfrentamiento en caso de ser autorizado. Dispuesta la medida, se impone solicitar un cuarto intermedio para presentar una acción de amparo (artículo 43 de la Constitución Nacional)...».

Si bien ROZANSKI hace referencia a las víctimas de abusos sexuales, su conclusión es perfectamente extensible a otros supuestos (v. gr. el niño víctima de hechos de violencia familiar).

VII. EVENTUALES CONFLICTOS CON ALGUNOS TIPOS PENALES EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL CORDOBÉS

El Código de Procedimiento Penal de Córdoba, estableció un agregado normativo que no contiene el Código Procesal de la Nación. La última parte del inciso primero del 221 bis dispone: «el órgano interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima o testigo o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho...».

Los legisladores provinciales justificaron dicho agregado, expresando: «la historia sexual de una persona nada tienen que ver con el delito que pueda haberse cometido sobre ella, es decir, una mujer puede ser violada por su propio esposo y una mujer prostituta puede ser violada también. Seguramente ustedes pensarán como yo que en ambos casos tienen el mismo derecho a la verdad...».

Ahora bien, esta parte de la mentada disposición puede ofrecer dificultades frente algunas figuras delictivas previstas en el Código Penal. Recuérdese que el ilícito establecido en el artículo 120 del CP incorporó como elemento del tipo objetivo la «inmadurez sexual» de la persona mayor de trece años y menor de dieciséis. Pues bien, a los efectos de determinar si la presunta víctima pre-

senta dicha calidad, es esencial indagar su conducta sexual anterior al supuesto hecho delictivo (por ej. si tuvo trato sexual). Asimismo, en el delito penal contemplado en el artículo 125 del CP es de fundamental importancia investigar esos aspectos en virtud de que la acción de promover a la corrupción supone la creación de ese estado por parte del sujeto activo, mientras que en la facilitación de esa condición se posibilita o allana la corrupción ya instalada en el propio menor. Igualmente en la figura delictiva del artículo 125 bis del CP no sólo cabe la misma diferenciación que la apuntada en el tipo anterior, sino que incluso es necesario determinar si existe la depravación del trato sexual en los motivos (prostitución). También puede suscitar algunos problemas la restricción legal que limita la posibilidad de preguntar a la víctima cuál ha sido su conducta sexual con posterioridad al presunto hecho delictivo. Pensemos en un caso de abuso sexual con acceso carnal, situación ésta en la cual es necesario practicar, entre otras medidas, una inspección corporal (a los efectos de realizar un hisopado). En estos supuestos cobra especial importancia indagar sobre aquellas circunstancias (por ej. si tuvo relaciones sexuales con otras personas, luego del hecho), todo lo cual justifica aún más la intervención de especialistas en psicología para abordar adecuadamente estos aspectos.

De las consideraciones que anteceden se desprende que el legislador provincial ha impuesto al órgano judicial una limitación inadmisiblemente restringiendo la investigación de hechos delictivos contemplados en la ley de fondo cuya regulación ha sido expresamente delegada por las Provincias al Congreso de la Nación (artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional). También cabe destacar que en algunos casos –por ejemplo en el artículo 120 del CP– la mentada restricción puede importar también una violación a la garantía de la debida defensa en juicio del imputado, al impedir la indagación sobre comportamientos sexuales de la supuesta víctima que pueden determinar la atipicidad de su hecho.

VIII. NATURALEZA DEL ACTO

El nuevo articulado se introdujo en la parte que regulan lo atinente a los «Testigos».

Ahora bien, nosotros consideramos que en el nuevo procedimiento instaurado se recurre a un especialista que posee conocimientos científicos en la materia en aras de descubrir u obtener un elemento de prueba, esto es los dichos del menor, con la finalidad de una correcta recepción del testimonio y consecuente valo-

ración. Repárese al respecto que autores españoles³, expertos en el campo de la psicología, resaltan que durante los últimos años los investigadores han venido estudiando la capacidad de los niños para informar con exactitud sobre sucesos ocurridos en el pasado y una de las cuestiones más controvertidas de estas investigaciones ha sido la de la sugestibilidad de los menores o el grado en que la codificación, almacenamiento, recuperación e información del niño se pueden ver influidos por diversos factores sociales y psicológicos.

En este sentido, podemos afirmar que es unánime la opinión de aquellos autores que coinciden en sostener que el niño es plenamente capaz de atestiguar correctamente siempre que no sea inducido por persona alguna y en particular por un entrevistador incompetente.

Ahora bien, al mismo tiempo se advierte sobre la existencia de diversas técnicas de sugestión que con frecuencia se utilizan en las entrevistas realizadas a los niños que supuestamente han sido víctimas de delitos, y en especial en los casos de abusos sexuales. Estos ataques contra los métodos utilizados por el entrevistador parten de la premisa que los niños si bien son plenamente capaces para declarar son también muy sugestionables y, consiguientemente, un blanco fácil para manipular.

Estudios recientes revelan que las técnicas de sugestión más frecuentes que utilizan algunos entrevistadores consisten en la formulación inmediata de preguntas específicas, el refuerzo sutil de las respuestas confirmatorias de su hipótesis y el empleo inadecuado de determinadas técnicas accesorias a la entrevista (v. gr. incorrecta implementación de los muñecos anatómicos).

Al respecto BERLINERBLAU⁴, señala que los menores –al igual que los adultos– pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas; razón por la cual una entrevista técnicamente mal conducida constituye la causa principal de falsas denuncias. Manifiesta esta autora que en las entrevistas es importante captar el lenguaje del niño y adaptarse a él, según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo a los fines de facilitar la comu-

³ GARRIDO, EUGENIO; MASIP, JAUME y HERRERO, MARÍA CARMEN, *Psicología jurídica*, Pearson, Madrid, 2006.

⁴ BERLINERBLAU, VIRGINIA, «Abuso Sexual Infantil», compilado por LAMBERTI – SÁNCHEZ - VIAR en *Violencia Familiar y Abuso Sexual*, 2ª edic., Universidad, Buenos Aires, 2003, p. 203.

nicación. Asimismo, la citada especialista, asevera⁵ que el profesional actuante debe buscar una narración lo mas completa posible, en primer lugar, a través de preguntas generales para establecer un buen «rapport»⁶. Luego pasar al relato del hecho efectuando interrogaciones abiertas y sólo en un momento posterior hacer uso de preguntas más focalizadas, subrayando que el entrevistador debe abstenerse de formular cuestiones que incluyan datos que no fueron mencionados por el niño. Prosigue la autora refiriendo, que si se sigue esta «lex artis» se puede llegar a discriminar lo que el niño sufrió, de aquellos hechos que vio o escuchó pero, aún así – afirma– «muchas veces nos quedamos con dudas». Y estas dudas se originan en la posible existencia de lo que denomina «elaboraciones post-traumáticas» las que podrían llegar a explicar que los relatos iniciales se amplíen incluyendo otros hechos vivenciados (u oídos, vistos) pero no efectivamente sufridos. Asevera que a los efectos de detectar estas «elaboraciones post-traumáticas», es habitual que los relatos no contengan precisiones, incluyan vaguedades y no describan interacciones personales con la misma profundidad y el mismo detalle que se hace con la narración de lo realmente vivenciado.

La citada profesional⁷ también estima como posible que el niño interprete que complace al adulto si dice algo más, motivo por el cual recomienda no gratificar sutilmente al menor cuando éste contesta, agregando que la declaración inicial es la de mayor validez, en orden a su credibilidad, ya que en las posteriores pueden interactuar diversos factores que hagan variar el relato inicial.

En relación a las causas por las cuales el menor sería mas sugestionable que una persona adulta, se ha afirmado que el niño, en general, quiere agradar, complacer a los adultos; razón por la

⁵ En Sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 1 de la ciudad de Mar del Plata, autos «Melo Pacheco, Fernando I. s/ abuso sexual gravemente ultrajante en forma continuada, etc», de fecha 27/03/06.

⁶ Se trata de empezar a conocerse mejor para que el niño se relaje y confíe en el entrevistador. Por ejemplo comenzar a preguntarle por algún evento gratificante para él (por ej. una fiesta de cumpleaños) o bien se puede hablar sobre sus gustos, mascotas, etc. Esto sirve además para evaluar informalmente su nivel cognitivo y lingüístico, lo cual es de utilidad para ajustarse a dicho nivel durante la entrevista.

⁷ Ver también en BERLINERBLAU VIRGINIA y TAYLOR ESTELA, «Abuso Sexual: Evaluación psiquiátrica forense en Denuncias de niños», *Cuadernos de Medicina Forense*, Año 2, n° 2, p. 33.

cual está dispuesto a corroborar «cualquier cosa» que piense que el entrevistador desea oír⁸.

Consecuentemente con lo expuesto, pensamos que es clara la asimilación del procedimiento previsto al artículo 231 del CPCCba. que reza: «Se podrá ordenar una pericia, aún de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica...».

Recuérdese que si bien la ley establece que la autoridad judicial «podrá ordenar pericias», es prácticamente unánime la postura que sostiene que el órgano judicial no podrá abstenerse de hacerlo cuando «para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa sean necesarios o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica (...) pues, en tal caso, o bien renunciará conscientemente a descubrir o valorar correctamente una prueba (lo cual no se concibe frente al principio de verdad real), o bien pretenderá obtenerlo con sus personales conocimientos especializados, lo cual no sería legítimo, pues afectaría el derecho de defensa de las partes y ‘la sociabilidad del convencimiento judicial’».

Conforme a lo expuesto, consideramos que el «común de la gente» no está en condiciones de obtener idóneamente este elemento de prueba, es decir el testimonio infantil. Tampoco lo está la defensa técnica de las partes, motivo por el cual es imperiosa la necesidad de que aquéllas tengan la posibilidad de nombrar un perito de control.

Al respecto, nos parece interesante lo afirmado por MUÑOZ CONDE, quien asevera: «el moderno proceso penal resalta el papel cada vez más relevante de los peritos en la realización de pruebas cuya práctica exige determinados conocimientos científicos que sólo están al alcance de especialistas o profesionales versados en ellos. El Juez o Tribunal que quisiera resolverlas de un modo no científico –alude a modo de ejemplo a cuestiones que requieren un conocimiento especial, tales como la trayectoria de una bala o el nivel de alcohol en sangre–, ignorando el parecer de los peritos en la materia, infringiría clara y gravemente las reglas de la lógica, exponiéndose, además, a que su decisión sea anulada por otro Tribunal, a través del correspondiente recurso, aparte de las responsa-

⁸ CANTÓN DUARTE, JOSÉ en «El peritaje psicológico en el ámbito de menores» comp. en *Psicología Forense: manual de técnicas y aplicaciones*, por SIERRA JUAN C., JIMÉNEZ EVA M. y BUELA CASAL GUALBERTO, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, p. 273.

bilidades penales o disciplinarias en las que pueda incurrir...». Asimismo, aporta este mismo autor con relación a las llamadas «ciencias que no son exactas», como es el caso de la psicología: «También en relación con problemas médicos psiquiátricos, físicos, químicos o biológicos, hay resultados periciales contradictorios o por los menos discutibles, siendo realmente difícil para el juez o tribunal sentenciador decidir cuál se ajusta más a la verdad. Evidentemente, cuanto más inexacta es la ciencia sobre la que versa la pericia, tanto más dudas asaltarán al juez que tiene que valorarla...».

Conforme a lo expuesto, consideramos que la llamada «entrevista» legislada en este procedimiento especial, debería formar parte de lo que se denomina «entrevista forense» la que constituye una de las herramientas fundamentales que se utilizan en la labor pericial la cual deberá ser ejecutada, como toda pericia, bajo la estricta dirección procesal del órgano judicial interviniente. Asimismo ella deberá ser grabada en un soporte magnético a los fines de evaluar si ha sido correctamente receptada.

Cabe destacar que con el uso de dicho instrumento, se pretende obtener una versión verbal de la víctima que sea objetiva y veraz, siendo unánime la opinión de los especialistas en la necesidad de seguir ciertos procedimientos a la hora de receptar el testimonio al menor en aras de obtener un relato lo más exacto y objetivo posible. También arribamos a esta conclusión en virtud de que en caso de niños que no poseen las capacidades lingüísticas necesarias para comunicar lo vivenciado (o bien no pueden relatar lo sucedido por distintos motivos, v. gr. vergüenza para hablar de lo sucedido con un desconocido) el entrevistador debe poseer los conocimientos suficientes en las diferentes técnicas existentes para obtener información por otros medios de expresión (v. gr. dibujos, muñecos anatómicos, juegos); técnicas que –por otra parte– son muy cuestionadas en la literatura especializada, tal como seguidamente se expondrá.

Así como se recurre a los conocimientos especiales para una correcta valoración del testimonio de un niño, es necesario también recurrir a un experto en la materia a los fines de obtener el relato infantil. Y si bien con la presente reforma se ha pretendido, primordialmente con la intermediación de un especialista, evitar la revictimización del menor en el proceso judicial, nosotros pensamos que además de esta finalidad tan loable se debe aspirar a una mejor obtención del dato probatorio en atención a las dificultades que presenta su adquisición derivada de las particularidades que presenta el testimonio infantil. Consecuentemente, con la intervención del experto en la adquisición de este dato probato-

rio, se favorece también la apreciación de los dichos del menor, todo lo cual alienta a que se cumplan las finalidades del proceso penal.

Conforme a lo expuesto, pensamos que debería receptarse el testimonio del menor utilizando el psicólogo forense interviniente el protocolo de actuación correspondiente al nivel evolutivo alcanzado por el niño, otorgando la facultad a las partes de proponer perito controlador.

DESPUÉS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA ¿QUÉ?

JORGE R. MONTERO

DESPUÉS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA ¿QUÉ?

JORGE R. MONTERO*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra el 23 de agosto de 2011 con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que ella propone sobre las fortalezas y debilidades de éste.

Nos ha parecido de utilidad, como propuesta superadora del fenómeno que aquí abordamos, esbozar estos breves conceptos, para someterlos al debate, como motivo de los veinte años de vigencia del Código Procesal Penal de Córdoba.

I. ¿QUÉ ES LA EXCLUSIÓN PROBATORIA?

La exclusión probatoria es el fenómeno por el cual, un dato que es materialmente una prueba por su entidad conviccional, no puede ser utilizada por los jueces como tal para fundar una sentencia, por diversas razones jurídicas.

La pregunta que titula este trabajo indica de por sí que su respuesta no es lo lineal que debería ser.

II. VOLUNTAD DE LOS JUECES Y VOLUNTAD DE LA LEY

Para enmarcar la respuesta a la pregunta, es necesario enunciar dos fenómenos paralelos, aunque sólo nos ocupemos hoy de uno. Ambos tienen en común que en la elaboración de una sentencia, la *voluntad de los jueces prima* sobre la voluntad de la ley, en *cuestiones probatorias y jurídicas*.

III. FENÓMENOS PARALELOS

La garantía que significa la *exclusión* de la prueba ilícita se ve comprometida frente al fenómeno de *la prueba invisible*.

* Profesor Titular de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Las garantías del derecho penal como *limitación* del poder punitivo, de *mínima* intervención, *máxima* taxatividad, interpretación *pro hómine* se ven comprometidas frente al avance del *neopunitivismo analógico* (invierte el silogismo judicial: conozco el hecho, me parece repugnante pero no está tipificado, le busco una tipificación analógica y condeno: v. gr. casos de jurisprudencia sobre suspensión o interrupción de la prescripción de la acción penal).

IV. ¿QUÉ ES PRUEBA INVISIBLE?

Por prueba invisible entendemos aquella que *influye decisivamente* (generalmente en contra del acusado) *en el sentido de las decisiones judiciales*, pero no se la ve, pues no se la menciona expresamente en la fundamentación de tales resoluciones, sea porque:

1. Reviste *legalmente* carácter secreto para las partes (v. gr., actuaciones del agente encubierto);

2. Sea porque *no fue producida en el proceso* (v. gr. manifestaciones periodísticas autoincriminantes);

3. Sea porque aún incorporada existe una *prohibición jurídica* para valorarla (v. gr. declaración policial del imputado, versión del testigo de identidad reservada);

4. O porque el dato conviccional es *ilegal en sí mismo* (v. gr., secuestro de una carta del imputado a su defensor; confesión judicial anulada por razones formales: el juez que la recibió se olvidó de firmar el acta);

5. O es *ilegal por derivación* (v. gr., secuestro de la res furtiva del lugar señalado por el imputado bajo tortura).

Quedaría incompleto nuestro pensamiento si no destacamos que pueden influir del mismo modo (o quizás con mayor fuerza) y por las mismas vías (nº V), aún *sin ser estrictamente datos conviccionales*, las posiciones ideológicas, las valoraciones personales y los prejuicios de los jueces de cualquier naturaleza, o el fruto de alguna presión o desviación inaceptables (situación que podríamos definir, para mejor ilustración, como prueba invisible en sentido impropio).

Como se ve, el concepto de prueba invisible procura *englobar* el fenómeno de la indebida *incidencia dirimente* de cualquiera de los supuestos enumerados precedentemente, en la formación de la convicción de los jueces (o fiscales, según el caso) acerca de la responsabilidad penal del acusado, sin que tal incidencia *deje rastro visible* alguno (*no trazabilidad, le dicen ahora*) en la

fundamentación expresa de esa convicción contenida en la decisión judicial.

V. INSTRUMENTACIÓN DE LA PRUEBA INVISIBLE

Para ponderar los alcances de la «prueba invisible» hay que reparar en su instrumentación práctica.

Su valoración encubierta se obtiene a través de un procedimiento sutil: se *sobrevalora* la eficacia conviccional de pruebas legalmente incorporadas al proceso, al amparo de su *libre apreciación* a través de:

1. La *flexibilización* de las reglas de la sana crítica, en especial para la valoración de la prueba indiciaria;

2. De la *exageración* de las ventajas de la inmediatez, como si fuera un sistema especial de valoración de la prueba que permite a los jueces *evitar fundamentar* (o fundamentar con menos rigor) sus conclusiones sobre la potencia conviccional que le asignan a una prueba;

3. Del *escudo protector* que se acuerda a las conclusiones fácticas así obtenidas, sobre las que se ha declarado que el tribunal de juicio es «soberano» y por ende no revisables por vía del recurso de casación, pues se trata de cuestiones de hecho y prueba, incluso ajenas al «máximo esfuerzo revisor» al que alude la CSJN en el precedente «Casal».

VI. SÍNTESIS

En teoría las resoluciones jurisdiccionales (y también las acusaciones y defensas), sobre el mérito de las causas, deben estar fundadas en pruebas visibles, objetivas, y lícitas.

Pero el fenómeno que denunciarnos consiste en que las pruebas no incorporadas al proceso o excluidas del mismo por ser contrarias al derecho (como así también los aludidos prejuicios, posiciones personales, valoraciones o presiones), siguen –a pesar de que no deberían– incidiendo *decisivamente* al momento de formar la convicción jurisdiccional sobre los extremos de la imputación delictiva, si bien *no se las menciona* expresamente.

En términos del *Principito* de SAINT DEXUPERY, podríamos decir que, a pesar de la exclusión de las pruebas ilícitas, *también en materia de sentencias judiciales*, lo esencial puede ser invisible a los ojos, no solo de las partes del proceso, sino del público en general, que tiene derecho a saber en que elementos se fundan los jueces cuando dictan sentencia. Sería un *efecto paradójico* de la exclusión de la prueba ilícita.

VII. SOLUCIONES POSIBLES

Por ello es que deberían establecerse mecanismos rituales suficientes para *prevenir* su uso creciente, y *eliminarlas* como fuente generadora de convicción implícitamente fundante de resoluciones contrarias a la legalidad vigente y por ello injustas.

No solo habrá que extirparlas materialmente del proceso (v. gr., destruirlas) sino que los jueces que estuvieron en contacto con ellas (y por ello contaminados por su contacto), deberán apartarse del conocimiento y decisión de la causa (véase la solución que propone, v. gr., el CPP de Francia, artículos 170 al 174).

VIII. PELIGROS

Si no se repara en este fenómeno, la garantía de defensa en juicio quedará reducida a poca cosa, pues las decisiones judiciales en lugar de fundarse en pruebas «descubiertas» y «visibles» que admitan el contradictorio de las partes y la crítica recursiva, encontrarán oculto fundamento en esta nueva forma de «conocimiento privado del juez», generalmente al amparo de invocaciones «justicieras», invulnerables a cualquier valoración e inmunes a cualquier crítica.

IX. ¿EXAGERACIÓN?

Nada de lo expuesto precedentemente es una exageración, si es que debemos referirnos a ello con «una mano en el corazón».

MARCELO A. SANCINETTI expresó en una ponencia ante el Honorable Senado de la Nación, antes del dictado del proyecto de Ley del Arrepentido, en torno al instituto del testimonio bajo reserva de identidad que «... la permisión general de testigos de identidad reservada, que, más que se incorpore junto a la prohibición de que sus declaraciones puedan servir por sí como prueba de cargo, lo cierto es que legitima un instituto muy grave para el Estado de Derecho, y que una vez acogido terminará *sirviendo también como prueba de cargo* en la formación de la *convicción interior, no explicitada*, de los jueces».

VERDAD, PROCESO Y JUSTICIA

EUGENIO P. PÉREZ MORENO

I. LA VERDAD Y LA PRUEBA: INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más importantes de todo proceso pasa por dejar bien en claro cuál es su norte¹, cómo tiene inicio, qué y quién debe acreditar las pretensiones, pero principalmente cuál es su finalidad². Clásicamente uno de los fines del proceso penal ha sido la búsqueda de la verdad. La verdad real o correspondencia, no aquella meramente formal o sujeta al arbitrio de las partes. Sin duda los principios del modelo acusatorio que han influenciado sobre el moderno proceso penal de Córdoba³ que han colocado esmero en diferenciar –entre otros ajustes más– el rol y la actividad de los sujetos procesales oficiales (fiscales y jueces), coadyuvan al designio antes referenciado. No parece menor tal correcta diferenciación teórica que responde a principios superiores⁴, pues es allí en donde lo atinente a la verdad encuentra alguno de los nuevos pilares que satisfacen estándares sobre garantías como la imparcialidad de los jueces, inocencia y defensa en juicio. Lo dicho en modo alguno pone en riesgo el inexorable sustrato de verdad en que deben reposar las decisiones judiciales, como luego se analizará, si no antes bien lo ratifican.

¹ En sentido figurado, como opinan algunos autores, la dirección correcta, su propósito. Así WINFRIED HASSEMER entiende que: «... El objetivo de averiguar la verdad acerca del hecho imputado es uno de los principios básicos de todo derecho procesal penal en un estado de derecho. En cualquier caso, una condena debe poder referirse a una base fáctica indubitante. Así como la justicia constituye el ethos de la aplicación de las normas, la verdad constituye el ethos del esclarecimiento de los hechos...» (*Crítica al derecho penal de hoy*, Traducción de Patricia S. Ziffer, Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 84).

² Hoy no sólo se admite como fines del proceso la búsqueda de la verdad, la actuación de la ley sustantiva y aquel remoto, la pacificación social (desde la óptica clásica) pues también interesa procurar una reconstrucción conceptual del posible o comprobable delito (culpabilidad) más la tutela de garantías y la solución del conflicto pues el delito más que una infracción provoca un conflicto que debe ser desactivado. Es más, el proceso mismo es considerado una garantía de justicia.

³ Nos referimos a la Ley 8123 y sus modificatorias.

⁴ En alusión a los pactos sobre derechos humanos incorporados a la CN vía art. 75 inc. 22 y la incorporación del art. 120 de la Carta Magna. Const. de Cba., arts. 171, 172 y 173.

En este momento es digno también recordar que el viejo sistema procesal colocaba a los sujetos oficiales (fueran jueces o fiscales) en la elevada tarea de buscar y acreditar la verdad real. Pero con justeza el proceso nuevo cordobés sólo instala aquel cometido en manos de los representantes del Ministerio Público Fiscal⁵. En otras palabras, la búsqueda de la verdad no es un fin institucional (de todos) en el proceso penal, sin perjuicio que la persona sometida a investigación o acusación pueda también aportar prueba de descargo, amén de su estatus de inocente⁶. Para finalizar, el Estado no limita su potestad de hacer Justicia a la exclusiva acreditación de hechos y circunstancias (controvertidos) por las partes, como ocurre en el proceso civil, pues en el proceso penal lidera la búsqueda y acreditación, con máximo esfuerzo, de la verdad real, capaz de formar el convencimiento jurisdiccional. Toda sentencia condenatoria debe ajustarse a la verdad probada, dado que la falsedad sobre la acusación o apariencia de culpabilidad jamás pueden otorgarle sustento alguno. Veamos que esto ha recibido un nuevo impacto, con la intervención de legos como jueces. En ese orden, se abre un nuevo panorama sobre la valoración de la prueba de esos Tribunales constituidos por no profesionales del derecho, no sólo en la apreciación de la evidencia puede tener ingerencia la cuestión, si no más bien, en la manera misma de sustanciarse aquella prueba durante el desarrollo del debate.

I.1. Concepto de verdad

Sin desconocer posiciones o críticas a cerca de la factibilidad de la aprehensión de la verdad por los hombres⁷, según propia vi-

⁵ A ello se ha dado en llamar responsabilidad probatoria del Ministerio Público Fiscal a quien las leyes encomiendan demostrar la «verdad de la culpabilidad».

⁶ Simplemente tiene un estado de inocente que no debe acreditarlo aunque pueda efectuar postulaciones y actividades probatorias para sostener o demostrar aquél estado o desvirtuar la sospecha o hipótesis sobre su culpabilidad.

⁷ O como mejor lo explica BINDER: «... No se trata de un problema conceptual, ni lógico ni epistemológico. De hecho la discusión sobre las distintas «teoría de la verdad» ha ocultado un poco el tema, mucho más trascendental de su función práctica y política...» (BINDER, ALBERTO M., «Elogio de la audiencia oral y pública» en *Derecho penal y democracia. Desafíos actuales. Libro Homenaje al Prof. Dr. Jorge de la Rúa*, Mediterránea, Cba., 2011, p. 567. Según mi parecer existen también aceptables visiones sobre la verdad desde el campo espiritual y desde el arte. Así, el Papa Francisco en agradecimiento por una misiva remitida por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país le escribe: «... Administrar justicia es una de las más insignes tareas que el hombre puede ejercer. Ciertamente no es fácil

sión o parecer; puede predicarse que verdad es la adecuación que existe entre la representación que se tiene de un objeto y el objeto mismo. En otras palabras es una operación del intelecto que ajusta la observación de un objeto y la idea que en la mente se simboliza de ello⁸.

Debemos considerar que bajo el influjo de la verdad, se orienta la actividad del órgano que debe buscarla y acreditarla (fiscales), pero no sólo la verdad influye sobre la actividad probatoria, pues se asocia al sistema de garantías para darle vida real a ellas. De allí que sobre la hipótesis de la verdad de la culpabilidad, al im-

y, a menudo, no faltan dificultades, riesgos o tentaciones. Sin embargo no se puede perder el ánimo. A este respecto, es de gran utilidad tener siempre presentes los bellos ideales de ecuanimidad, imparcialidad y nobles miras que caracterizaron a los grandes magistrado que han pasado por la historia de la humanidad por la rectitud de su conciencia, los conspicuos valores que los distinguían y la irreprochabilidad con la que llevaron a cabo su servicio al pueblo. Éste va unido a la búsqueda continua de dar en todo momento a cada uno lo que es debido. Se trata de respetar el orden, derrotar el mal, tutelar la verdad...». Son de mucho interés, las expresiones explicativas de la pintura titulada *La verdad desnuda* del maestro adoptado por Córdoba, CARLOS ALONSO, pues al hermoso trabajo en acrílico sobre nueve telas de 57 x 89 cm. unidas a un bastidor de hierro, que luce en el Palacio de Tribunales I (Sala del Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez) agrega: «... La propuesta de mi pintura se basa en la idea de que la 'verdad' es múltiple y que, como hay distintas formas de ver, hay, generalmente, muchas versiones sobre un mismo hecho. Tomé como tema 'El juicio de Frinè' e intenté poner al espectador en las mismas disyuntivas de quien, a partir de algunos datos, tiene que reconstruir un suceso y desentrañar el que más se acerca a la 'realidad'. Cada uno de los personajes representa los sectores, o mejor, los valores que están en juego en todo litigio. Así 'La Verdad Desnuda', puede ser la libertad de expresión y el derecho a determinar sus límites, algo fundamental en el arte. Otros personajes son: El que intenta cubrirla o descubrirla, El testigo claro u oscuro, El viejo sabio o ciego, La fiera domesticada, La gente del pueblo, El que acusa, El que corrompe, El que libera...» (CARLOS ALONSO 1988).

⁸ Con el objeto de dar mayores precisiones a la discusión sobre la verdad real, FABIÁN I. BALCARCE, considera que la terminología «verdad real» peca de lo siguiente: «... En primer lugar, porque la misma, más que descubrir lo que es la verdad, analiza una particular teoría del conocimiento en la cual el sujeto es capaz de aprehender el objeto conocido. En segundo lugar, ella se convierte en un axioma que, quizás pueda ser cierto, pero no es verificable. En tercer lugar, asumir esta noticia implica reconocer la existencia de un ente capaz de conocer la verdad absoluta, Dicho ente no sería otro que un Estado Absoluto, y ya todos sabemos los riesgos de reconocer un Estado Omnicomprensivo, elevado a la categoría de Dios...». Adhiere a una idea de «verdad realidad» junto a JORGE A. CLARÍA OLMEDO como «reconstrucción subjetiva de la realidad» (*La prueba en el proceso penal -principios generales-*, Lerner, Cba., 1996, ps. 29 y ss. y 33/34).

plicado le asista no sólo el derecho a acreditar lo contrario, la no culpabilidad, si no el mismo sistema de garantías oponga su inocencia (CN, art. 18) e imponga la parcialidad de los tribunales.

I.2. Búsqueda de la verdad. Sistemas

La verdad en el proceso penal se ha presentado como su finalidad, pero tal cuestión a lo largo de la historia ha experimentado varias posiciones y cambios. En efecto, no es que hubieran existido «sistemas» sobre la obtención de la verdad, más que eso, acontecieron «sistemas procesales» que influyeron sobre la operación tanto de adquisición como valoración de aquella verdad. Podemos repasar el método inquisitivo. En él la actuación la llevaba sólo el inquisidor sobre la conocida confusión de roles procesales entre jueces y fiscales. Además, la verdad misma se veía resentida dado que, por lo general, la confesión representaba tanto el interés del proceso como el viciado encuentro con la «verdad», pues la aplicación de torturas o tormentos colocaban en serio riesgo de alcanzarse lo buscado. Es más, al no existir un trámite regular, con acusación, defensa y alegación, la sentencia carecía de todo valor de verdad. Luego en el tiempo, el sistema inquisitorial moderado admitió la búsqueda de la verdad a cargo de cualquiera o ambos a la vez de los sujetos oficiales del proceso penal (jueces y fiscales), comprometiendo a la jurisdicción en una actividad y gestión vacía de ética, practicidad y contenido⁹. Explica, con mucho acierto ALBERTO

⁹ Me parece oportuno recordar la excelente exposición del Dr. ALFREDO VÉLEZ MARICONDE cuando en la obra *Derecho Procesal Penal* trata el punto atinente al «principio de la verdad real». No sólo pone en su justa medida la diferenciación que opera la búsqueda de la verdad en el proceso penal como en el proceso civil, si no afirma que «... el principio de la verdad real tiene múltiples repercusiones sobre los poderes jurídicos de los sujetos procesales, en orden a la introducción y valuación de los medios de prueba...». Analiza que se consagran diversas reglas sobre «... condiciones de recepción de la prueba (inmediación, oralidad, concentración, identidad física del juzgador y publicidad del debate), modos prácticos para descubrir la verdad...». Luego habla de los poderes autónomos de impulsión y de investigación (que se los adjudica al los jueces) y finalmente *las reglas sobre la libertad, comunidad de la prueba y libre convicción que se refieren a distintos aspectos de los elementos probatorios* (Ver t. II, ps. 185/186 y ss., Lerner, Bs. As., 1969). Sólo a modo de crítica podemos decir que las facultades autónomas o discrecionales acordadas a la jurisdicción para la búsqueda de la verdad, aunque nos parece que VÉLEZ MARICONDE reconoce su influencia inquisitiva (leer el texto completo de su obra, especialmente p. 198), influyen en forma negativa sobre su imparcialidad y de esa manera sobre la obtención de la verdad. Ese era otro sistema, de allí la obligación acordada a los fiscales de ser también imparciales.

BINDER¹⁰ que «... El primer problema al que se enfrenta una justicia de base republicana es el de la legitimidad del juez...». En efecto, aclara después que tanto el poder Ejecutivo como Legislativo, gestionan intereses colectivos o sectoriales, sin embargo el Poder judicial representado por el juez «... se trata del único funcionario de un sistema republicano al que se le exige que no represente, que no ‘gestione’ ningún interés...»; menos aún, agregamos nosotros, la afección de obtener la verdad. Son entonces los fiscales los que deben trabajar para acreditar la hipótesis de delito en el escenario del proceso, por cierto, para que se satisfaga este principio.

I.3. Reconstrucción conceptual. Límites

La verdad correspondencia, aquella que permite reconstruir como un historiador lo que ocurrió no puede prevalerse de cualquier táctica para lograr su cometido. HASSEMER, ha estudiado y clasificado tres concretos límites al descubrimiento de la verdad con consecuencias en la teoría y en la práctica. Habla de la teoría del conocimiento (gnoseología) y afirma: «... El conocimiento de la verdad es relativo al sujeto cognoscente, a las particulares circunstancias del proceso cognoscitivo y a las cuestiones específicas que se dirigen a la ‘realidad’...»¹¹. Si bien no existen personas desapasionadas y sus subjetivas percepciones influyen sobre la operación mental, tal cuestión no impide por completo la aprehensión de la verdad. Otro límite se encuentra en el derecho constitucional. La verdad no puede ser obtenida si es «arrancada» al imputado la confesión, tiene derecho a no declarar y tal silencio no puede ser una presunción de culpabilidad. El autor de mención enuncia: «... La búsqueda de la verdad en el proceso penal no reside solamente en el interés público, sino que constituye al mismo tiempo una amenaza para todos los intervinientes en el procedimiento, no solamente para el imputado...». Finalmente límites de naturaleza procesal. La sentencia sólo podrá sustentarse en aquello legalmente probado, los jueces por consiguiente, harán un razonamiento lógico no tanto por la cantidad, si no por la calidad de

Consultar «¿El fiscal debe ser imparcial?», p. 679 ponencia seleccionada a cargo de PÉREZ MORENO, EUGENIO P. y CORNEJO, ROBERTO I., *Libro de Ponencias Generales y Trabajos seleccionados, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Mendoza, La Ley, 2005*, p. 683 y especialmente, notas 1285 y 1286.

¹⁰ Op. cit., p. 567.

¹¹ HASSEMER, WINFRIED, op., cit., p. 85 y ss.

la evidencia y así fundarán en función de las garantías y el principio de inocencia su sentencia.

En conclusión, la búsqueda de la verdad no puede ser una empresa que implique hacerlo de cualquier manera y a cualquier precio. En el proceso penal, precisamente, tienen escenario las garantías, barreras legales para adquirir la verdad sin su violación. Además, el interés general por la verdad en el proceso, muchas veces cede ante motivos de mayor valía dentro de los principios, como ocurre con la salud o la vida, por ejemplo.

Todo esto demuestra también que la obtención de la verdad no resulta algo fácil de conseguir en el proceso, pues según lo detallado, agregamos que la reconstrucción de algo del pasado tiene también límites fácticos. La sangre de la víctima o victimario puede haber sido removida, los vestigios de huellas de neumático borrados, los testigos pueden olvidar detalles, etcétera. Todo esto también conspira con la mentada indagación sin ser limitaciones jurídicas.

I.4. Roles de los sujetos

Como se viene estudiando, los roles de los sujetos procesales, al menos los oficiales, deben estar bien diferenciados en pos de establecer un proceso conforme a la Constitución. Pero en lo atinente ahora a la verdad, como señala BINDER¹², son los jueces los que deben exigir a los acusadores la prueba de la afirmación de la culpabilidad. En modo alguno los jueces podrán ya involucrarse en tal cometido¹³. Pensamos en lo personal, que la convicción de

¹² En el sistema adversarial explica lo siguiente: «... En ese sistema existe una aparente paradoja: *«debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás debe buscarla»*. No porque ello signifique que el juez debe ser lálbil frente a la verdad o negligente; todo lo contrario. El mayor compromiso del juez con la verdad no se expresa con la idea de *«búsqueda»*. El principio básico de todo sistema republicano (adversarial) es que el juez debe exigir la verdad a los acusadores...», (op. cit., p. 568).

¹³ Sin embargo, el actual sistema procesal penal italiano todavía le acuerda a los jueces un «poder de integración de la prueba». Resulta interesante conocer sus fundamentos. Así destaca FRANCESCO PLOTINO: «... Por lo tanto no es correcto afirmar a priori en el plano metodológico, que el nuevo proceso penal calcando, determinados modelos, se configura pura y simplemente como un proceso acusatorio: en realidad la atenta consideración de los criterios directivos enunciados en la ley delega; de los principios constitucionales contenidos en ésta y de las incisivas intervenciones correctoras de la Corte Constitucional, lleva a sostener, que el sistema procesal delineado en la ley y actuado en el código, si bien acepta

algún juez pueda verse incompleta por el accionar de las partes, dado que su intelecto se incline hacia un determinado lugar (culpabilidad o no culpabilidad) y que ello influya sobre su espíritu, lugar donde reside –a mi entender– el cuño de la Justicia de los hombres. En otras palabras, que sienta que una persona no es culpable, pero la evidencia acredite lo contrario o viceversa. En esos casos, no podrá más que sopesar las pruebas aportadas legalmente con la garantía de inocencia para pronunciarse¹⁴.

algunos principios fundamentales del proceso acusatorio, los que adapta a la realidad de la Constitución y a todo el ordenamiento italiano, se presenta como la Corte Constitucional hubo de definirlo «precisamente muy original». En efecto, tomando en consideración los caracteres esenciales del proceso acusatorio, es fácil constatar cómo éstos han sido corregidos y atemperados. Efectivamente, por un lado la ley delega establece que las partes procesales –en especial el Ministerio Público e imputado, sobre bases de paridad– tienen un verdadero y propio derecho a la prueba y que la prueba misma, ya sea en lo que se refiere a la formulación y admisión, como también por lo concerniente a la renuncia, está en la disponibilidad de las partes (art. 2º, puntos 2 y 69); pero por el otro, prevé el «poder del juez de disponer la recepción de medios de prueba» (art. 2º, punto 73 –última parte–), poder que concretamente se traduce en varias e importantes normas, en particular la del art. 507, como se verá a continuación. Es necesario por lo tanto tomar con cautela y con las precisiones necesarias la caracterización del nuevo proceso penal como «proceso de partes». La Corte Constitucional en la ya citada sentencia N° 111/93, ha puesto en evidencia cómo los principios constitucionales de legalidad (art. 25 Const.) y de obligatoriedad de la acción penal (art. 112), tornan necesaria la punición de las conductas penalmente sancionadas; dichos principios, no permiten que se pongan obstáculos irrazonables en la verificación del hecho histórico, necesario para llegar a una decisión justa. En consecuencia, sería contrario a los citados principios constitucionales de legalidad y de obligatoriedad de la acción penal, confiar la prueba a la total y exclusiva disponibilidad de las partes y hacer de tal manera disponible la tutela jurisdiccional asegurada por el proceso penal. «Esto significaría, por una parte, separar la relación estructural y funcional entre el instrumento procesal y el interés sustancial público a la represión de los hechos criminosos, que los principios de legalidad y obligatoriedad de la acción penal entienden garantizar; por la otra, contradecir la exigencia establecida para con ellos, que la responsabilidad penal sea reconocida sólo para los hechos realmente cometidos, como también para el carácter indisponible de la libertad personal». Ver *El debate en el nuevo Código de Procedimiento Penal (se refiere al CPP italiano de 1988)*, Traducción Emma Lupotti, Dirección, notas y asesoramiento jurídico EUGENIO PABLO PÉREZ MORENO, Mediterránea, Cba., 2001, ps. 12/13.

¹⁴ Volvemos ahora también al derecho comparado italiano. Ilustra PLOTINO que: «... La directiva 73 de la ley «delega» enuncia claramente el principio según el cual el fin primario e ineludible del proceso penal es la búsqueda de la verdad. Dicha directiva se traduce en una serie bastante nutrida de normas, principalmente los arts. 506 y 507 del CPP, que atribuyen al juez el poder de integrar la actividad probatoria de las partes y de investigar todo elemento de hecho útil para la

II. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

En un sistema republicano con un proceso de cuño acusatorio, la prueba ocupa un lugar central, a base que la afirmación de la existencia de un hecho delictivo y de la probable participación de un sujeto, pueda contrarrestarse (defensa) lo contrario. Pero tales posiciones no se sustentan en meras afirmaciones o posiciones doctrinarias o académicas, mucho menos personales o sentimentales, sino en argumentaciones sobre los hechos y la evidencia que le acuerden su sustento real. La prueba en el proceso penal no sólo es aprovechada por el Tribunal al momento de dictar una sentencia con fundamento en ella, antes bien es utilizada por todos los sujetos procesales, tanto en sus afirmaciones o postulaciones como en la actividad misma de la prueba que es su proposición, diligenciamiento y valuación (alegaciones).

La prueba en el proceso penal permite establecer un vínculo definitivo entre el conflicto penal que genera el delito y su solución. Esto se verifica sea cual fuere la sentencia, dado que si el esfuerzo por la búsqueda o reconstrucción real del episodio¹⁵ se satisface con la utilización de todos los medios al alcance del Ministerio Público Fiscal y la actividad de las otras partes, la sentencia debe poner fin a aquello con sello de «verdad». Por eso decimos que existe un vínculo, una ligazón entre la afirmación de un delito, la prueba de esa circunstancia y la sentencia. Todo ello, por cierto, estructurado bajo la órbita formal del proceso penal garantista con sus principios y demás reglas conducentes al fin perseguido en sí mismo¹⁶.

verificación de la verdad y para lograr una decisión justa. Tampoco hay que olvidar que la «paridad de armas» normativamente enunciada puede a veces no encontrar concreta verificación en la realidad efectiva; por cierto no sería infrecuente, en una contienda dialéctica entre las partes en que el juez hace sólo de árbitro del respeto de las reglas, la prevalencia de la parte técnicamente más preparada o más diligente o más dotada de medios económicos. De ahí la necesidad -en armonía con el objetivo de eliminación de las desigualdades de hecho, sancionado en el art. 3 de la Constitución -de una intervención del juez que restablezca el equilibrio, para suplir las carencias de alguna de las partes y con ello evitar condenas o absoluciones no merecidas...» (op. cit., p. 17, también ps. 171 a 181).

¹⁵ Se trata del hecho objeto del proceso penal. La búsqueda de la verdad se da en relación a un hecho cuya base debe ser indubitable.

¹⁶ Aquí reproducimos lo dicho en la nota 9º en lo atinente a las reglas para una mejor verificación de la verdad. También BINDER se preocupa de la cuestión y afirma que el principio de imparcialidad, independencia del Tribunal, de contradicción de la acusación, de acusación única, cierta y completa, el derecho de defensa y a ser

Para concluir ¿qué es la prueba?, es aquello que permite verificar o no una hipótesis anterior¹⁷.

II.1. Estado de inocencia

La cuestión relativa a la inocencia del imputado se presenta como lo enuncia la constitución: «... Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo...»; esto es que nadie será culpable antes del juicio y, por tanto, antes que sea culpable declarado en un juicio, su condición será siempre de inocente¹⁸. Pero no sólo interesa aquella recta afirmación, si no que corresponde estudiar el «estatus de inocente». Avanzando sobre la discusión sobre si la inocencia es una «presunción», «principio»¹⁹ o «estatus»²⁰, me inclino sólo a sostener que es un estado que no exige ser acreditado²¹, la condición de ciudadano sometido a proceso pone en

tratado como inocente, la publicidad y oralidad junto a las reglas de comprobación se ajustan a esta búsqueda de la verdad. «... Comenzando por la formalización de los medios de prueba (que conforman estatus normativos precisos sobre el tratamiento de distintos «tipos» de relatos) hasta las reglas de «valoración de la prueba» y las exigencias de fundamentación de la sentencia nos hallamos ante un sinnúmero de reglas legales, estándares probatorios y técnicas de argumentación o razonamiento que hoy constituyen buena parte del entrenamiento judicial y de los litigantes...» (op. cit., ps. 574/575).

¹⁷ Cfme. el excelente y clásico libro sobre la prueba de JOSÉ I. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Bs. As., 1994, p. 3. También, BALCARCE, FABIÁN I., op. cit., p. 15.

¹⁸ La persona es inocente hasta que se demuestra la culpabilidad, los tratados incorporados a la constitución, en forma expresa y clara, así lo aseguran. Cfme. CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Proceso penal y derechos humanos*, Editores Del Puerto, Bs. As., 2000, ps. 69/70.

¹⁹ A favor de la locución «Principio de presunción de inocencia» ver la interesante posición de FABIÁN BALCARCE en *Presunción de inocencia –crítica a la posición vigente–*, Lerner, Cba., 1996, p. 56 (su definición).

²⁰ Cfme. VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, op. cit., t. II, p. 32 y ss., con la riqueza del profundo estudio sobre presunción, principio o estado de inocencia. Según LUIGI FERRAJOLI, al tratar sobre derechos fundamentales a previsto por: «... «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de ésta...» (*Derechos y Garantías –Ley del más débil–*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1999, p. 37).

²¹ En ese orden, interesa a la verdad esta cuestión, no sólo sobre la prueba de la culpabilidad en sí, si no también sobre la discusión de medidas de coerción y la formulación de una acusación. La cuestión queda abierta. Convengamos una cosa, el imputado no es menos inocente o algo culpable por su condición de imputado, pero esa posición no es parigual a cualquier otro ciudadano no sometido a proceso. Ver al respecto WINFRIED HASSEMER, op. cit., ps. 115/117.

acto tal garantía que no necesita de ningún otro requisito para su inmediata operatividad, esa persona «es inocente». Mientras no se demuestre lo contrario, aquella simple afirmación es la «verdad».

Como vemos lo que se ha de discutir en el proceso penal es la verdad de la hipótesis de la acusación, dado el freno que coloca el mentado estado de inocencia y sus derivaciones procesales²².

II.2. Momentos procesales en relación a la prueba y la verdad

El proceso penal se ha encargado de diagramar la estrategia para acreditar la hipótesis de delito, contrarrestar tal posición, la discusión sobre aquellos extremos y la fundamentación (soporte) de la sentencia, claro está que no todo proceso llega a una sentencia condenatoria, como se sabe. En efecto, para lo expresado, el rito procesal cordobés varias veces utiliza la locución «verdad». En algunas ocasiones, la disposición que alude a la verdad lo hace con un sentido de búsqueda, más otras lo hace procurando asegurarla. Aunque resulte extenso, nos proponemos enunciar aquellos artículos en que en la ley aparece la palabra «verdad» como lo hacemos a continuación:

Art. 131 Juramento «... El declarante prometerá decir verdad...»; art. 214 Interceptación de correspondencia: «... Siempre que lo considere útil para la averiguación de la verdad...». Art. 218 Deber de Indagar: «... se interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad...»; art. 219: Obligación de testificar: «... Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad...» (su relación está dada con los arts. 243, 275 y 276 del CP). En forma elíptica los arts. 253 y 255 (reconocimientos por fotografías y careos)²³. Art. 259 Libertad de declarar: «... El impu-

²² Es más, la constitución y el proceso penal admiten medidas excepcionales (coerción real o personal) a fin de salvaguardar la «verdad».

²³ Esto es así porque no pueden admitirse obstáculos irrazonables al descubrimiento de la verdad (a propósito de los recorridos fotográficos en sede policial) y su valor para inicializar una investigación. En ese orden ver PLOTINO, FRANCESCO, en relación al proceso italiano cuando sostiene: «... Otro problema que reviste notable importancia práctica es: si las «individualizaciones» efectuadas por el Ministerio Público (art. 361 CPP) o la P., por delegación del primero (art. 370 CPP), pueden introducirse al expediente del debate y, en general, el problema de la utilidad de las individualizaciones como prueba en el debate (...) los reconocimientos efectuados por el MP mediante presentación de la persona o de fotografía de la misma

tado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento promesa de decir verdad...»; art. 268 Situación de libertad: «... inc. 4) abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad...»; art. 269 Restricción de la libertad: «... La restricción de la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad...»; art. 303 Objeto: «... La investigación tendrá por objeto: 1) Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad...»; art. 312 –primer párrafo– Carácter de las actuaciones: «... ponga en peligro el descubrimiento de la verdad...»; art. 324 Atribuciones (Policía Judicial) inc. 6): «... Interrogar sumariamente a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad...»; art. 341 Requerimiento Fiscal: «... La indicación de las diligencias útiles para la averiguación de la verdad...»; En forma tácita los actos preliminares al juicio intentan asegurar la averiguación de la verdad²⁴. Art. 363 Responsabilidad probatoria: «... El Ministerio

(reconocimientos que el código denomina con el término genérico «individualizaciones» (art. 361) serían actos irrepetibles, más aun cuando hayan tenido resultado positivo (...) 1) la individualización tiene como fin de manera exclusiva la «inmediata prosecución de las investigaciones» 2) coherentemente con esa postura, la individualización no está comprendida entre los medios de prueba, contrariamente a lo que ocurre con el reconocimiento.(...) En tal sentido varias veces se ha pronunciado la S.C. la cual excluyó que puedan considerarse actos irrepetibles y que vayan agregados al expediente para el debate, los actos de individualización personal y fotográfica. La S.C. recalzó que, en el vigente sistema procesal tiene fundamental importancia el principio de oralidad, que implica en primer lugar, la necesidad de utilizar exclusivamente las pruebas formadas en el juicio, en el ámbito de la dialéctica del contradictorio durante el debate. Tal canon fundamental –agregó– ha encontrado máxima expresión en el art. 526 del CPP según el cual «el juez no puede utilizar a los fines de la deliberación pruebas distintas de aquellas legítimamente recibidas en el debate». Por el contrario, los resultados de las investigaciones preliminares tienen relevancia meramente endo procesal, es decir limitada a la fase en la que son obtenidos, en el sentido que pueden ser usados solamente para la prosecución de las investigaciones y para otras finalidades específicas; pudiendo ser puestos como base de medidas cautelares, ser evaluados por el GIP (Juez de garantías) en la audiencia preliminar y constituir prueba en el juicio abreviado...» (op. cit., ps. 33/34).

²⁴ Esto es así porque: «... El objetivo fundamental de estos juicios orales es la averiguación de la verdad y, en su caso, la justa aplicación de la ley penal sustantiva. Con el procedimiento oral se asegura, en su máxima expresión, el principio lógico-racional de la intermediación, que constituye el camino más seguro para llegar a la verdad y, así tutelar debidamente la garantía de justicia...». Consultar: CAIRO,

Público es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad...»; art. 381 Actos del Debate, Dirección: «... o que no coadyuven al esclarecimiento de la verdad...»; art. 399 Inspección judicial: «... Si para investigar la verdad...»; art. 400: Nuevas pruebas: «... El tribunal podrá ordenar, a requerimiento de (...), la recepción de nuevas medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad...».

Como se advierte, son varias las disposiciones que aluden a la «verdad» en el Código Procesal Penal de Córdoba. Están dispersas entre las reglas de la investigación y el juicio. Además algunas, por ser genéricas, no se limitan a ninguna de esas etapas, pues las incluyen a ambas.

Según todo lo estudiado en este punto, observamos disposiciones que ubicadas en los primeros momentos de la investigación tienden a asegurar la verdad de las pruebas y lo fidedigno de lo documentado con fines de formular una posterior acusación, aunque esté restringido, en parte un contradictorio pleno. Luego en el juicio propiamente dicho, con todas las reglas a favor de la intervención integral de las partes ante el Tribunal, también se presentan reglas protectoras de la evidencia, cuanto aquellas tendientes a asegurarla.

III. PERSECUCIÓN PENAL A CARGO DEL MINISTERIO PÚBLICO²⁵

«... Para llevar a cabo la tarea de investigar, el legislador cordobés, diseñó la actuación del Fiscal²⁶ (CPP arts. 329 y ss.) y de su

EDUARDO y otros, *Código Procesal de la Provincia de Córdoba. Comentado y anotado*, nota 1 al Título Juicio Común, Capítulo I, Actos preliminares, La Ley, Bs. As., 2010, p. 374.

²⁵ Este punto y sus notas han sido extraídas de la obra del autor: *La oposición como nueva vía impugnativa en la investigación penal preparatoria*, Mediterránea, Cba., 2006, ps. 48/50.

²⁶ En penetrante observación MANUEL MARCHENA GÓMEZ, al analizar la figura del fiscal, resalta la opinión de PÉREZ GORDO, pues interpreta que el estudio de la institución conduce al procesalista: «... a situaciones grotescas e incluso impropias de un jurista, y ello a causa de la falta de claridad de la institución, de su gran número de funciones, de la falta en su figura de unos precisos y acusados contornos, de su carácter evolutivo y cambiante, de sus múltiples facetas, de su falta de naturalidad en su nacimiento, en su evolución y en su desarrollo...». Recuerda, que algunos estudiosos del derecho –por ello su ambigüedad– ubican al MP como

auxiliar, la Policía Judicial (arts. 321 y ss)²⁷. Se le concedieron al representante del M. Público, atribuciones probatorias y coercitivas para al cumplimiento de su labor. Al ser excluido el juez de la responsabilidad de la instrucción, asume un nuevo rol, no se adjudica ni toma ningún compromiso con su resultado²⁸, al contrario, se transforma en responsable del respeto de la Constitución y las leyes. De esa manera asume una personalidad más imparcial e independiente. Entonces, si la investigación penal preparatoria, se encuentra en manos del Fiscal (excepto lo que prevén los arts. 339 y 340 CPP de Cba.), el que según la ley (Principio de Legalidad), ante la sospecha de un hecho ilícito, debe reunir los elementos probatorios que la confirmen o descarten, esa actividad no queda a su exclusivo arbitrio –amén de su objetividad²⁹–, puesto que re-

pedra angular del Estado de Derecho, indispensable para la administración de Justicia; en tanto otros, estiman que su protagonismo obedece a una rémora histórica, siempre permanente, que persigue el control del Poder Ejecutivo sobre el Judicial. ¿Será lo último, la razón por la cual el autor ubica al M. Fiscal cercano al Poder Legislativo? (*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992, p. 16.

²⁷ Esta nueva valoración de la función de la policía judicial, responde a la idea de su creación (Ley 3831), puesto que, se sustentó en la exigencia práctica de profesionalizar a empleados policiales que a base de responsabilidad y conocimiento técnico, ejercieran una estrecha colaboración y auxilio del M. Fiscal en la faz investigativa, desarrollando actividades –en el primer momento de la investigación– tendientes a evitar cualquier peligro o demora que comprometa su éxito. Se ha demostrado que el paso del tiempo conspira con el descubrimiento del responsable del delito, son las primeras comprobaciones las que aventan tal hipótesis.

²⁸ En interesante cita, VÍCTOR FAIREN GUILLÉN, recordando a CARNELUTTI afirma: «La investigación es un trabajo psíquico, y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquella; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; mejor que los resultados de la propia investigación, se valoran los resultados de la investigación de otro. Todo juicio, realmente, implica tanto la investigación como la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el Juez también antes de valorar los indicios, las investigaciones, los interrogatorios practicados incluso por él mismo (...) pero, sin embargo, prevalece en la actividad del uno el momento de la investigación, y en la del otro, el momento de la valoración» (*Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, ps. 123/124.

²⁹ Ver L.O.M.P. de Cba., art. 3º: «... imparcialidad...». También de la interpretación del CPP de Cba. art. 444: «Recursos del Ministerio Público». En el caso del proceso penal para la Pcia. de Bs. As., surge palmariamente del art. 56: «... adecuará sus actos a un criterio objetivo...». El art. 280 del Código Procesal Penal de Paraguay expresa: «Es obligación del ministerio Público extender la investigación no sólo a

sentiría el equilibrio entre partes acusadoras y acusadas (paradigma acusatorio)...». Por esa razón se les acuerda también al resto de las partes (imputado o querellante) a proponer diligencias probatorias e impugnar su rechazo (CPP art. 335) y cuestionar la acusación o el archivo (CPP arts. 357 y 334). En definitiva, de esa manera controlan la actuación del Ministerio Público Fiscal y además intervienen en el examen que, sobre la verdad de la imputación-acusación o sospecha-archivo, se está instalando en ese proceso.

III.1. ¿Cargas probatorias?

En esta cuestión sobre las cargas probatorias en el proceso penal, debemos reafirmar que según el «estado de inocencia», el sospechado o acusado (no condenado) no debe justificar tal posición,

las circunstancias de cargo sino también a las que sirvan para descargo del imputado, procurando recoger con urgencia los elementos probatorios y actuando en todo momento conforme a un criterio objetivo». También anteproyecto para la Pcia de Chubut (1999), a cargo del Dr. JULIO B. MAIER, art. 201. En ese orden (actuación objetiva) se inclina a pensar la más característica doctrina cordobesa. Ver comentario al art. 444 del CPP de Cba. de CAFFERATA NORES, JOSÉ I. y TARDITTI, AÍDA; cuando sostienen que la objetividad que debe inspirar su actuación requiere que procure corregir posibles injusticias en perjuicio del imputado. «... la objetividad debe considerarse comprendida en el principio de «imparcialidad» que le impone la Const. Pcial en el art. 171...» (*Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*, t. II, Mediterránea, Cba., 2003, p. 363). No puede ser de otra forma, sólo el Tribunal debe ser imparcial, es suficiente esfuerzo asignarle al fiscal objetividad. En esa inclinación al resolver planteos de recusación de fiscales en atención a prejuizgamiento, imparcialidad o adelanto de opinión (CPP de Cba. art. 60 y sus incisos), ver Juzgado de Control N° 4, Auto N° 218, «Mateos», 27/09/04 y N° 53, «Luzzardi», 06/04/05, en donde se expone: «... Es cierto que la mentada «objetividad» debe liderar en el criterio del Fiscal en la investigación, esto es, durante y ante la colección de pruebas de cargo y descargo, en donde no podrá inclinarse por valorar sólo las primeras y desechar las segundas. Pero su actuar, más que «imparcial» debe ser «parcial» (de hecho es una parte formal del proceso penal reseñado. Téngase en cuenta la responsabilidad probatoria del art. 362 del CPP, que justamente atiende a la exigencia de parcialidad y objetividad en su actuar); por tanto, tiene una misión muy especial en el nuevo rito, amén de que parcialidad y objetividad son conceptos cuya asignación procesal no se rechazan cuando la condición es atribuible a un órgano del Ministerio Público Fiscal...». Y sus resoluciones, «... su basamento estará guiado por evidencias y no por su particular visión personal (...). Finalmente, cuando la objetividad del actuar o decisión de un fiscal estuviere cuestionada, opera el remedio de las impugnaciones (ocurrencia u oposición) para restablecer la justicia al caso...».

aunque podrá producir prueba de descargo o acreditar cualquier otra circunstancia a su favor.

El imputado, por consiguiente, no tiene responsabilidades compatibles a las «cargas probatorias»³⁰, pues su inocencia reconocida constitucionalmente se encuentra adherida a su condición de sujeto esencial del proceso³¹. Bastará entonces que las evidencias colectadas, no reúnan los requisitos que prevé el rito (poder convictivo probable o innegable de cargo), para poner siquiera en duda su inocencia, aun teniendo en cuenta que tales actos son receptados por un órgano oficial (Ministerio Público).

Sin embargo, corresponde elaborar un sentido procesal de la locución: «carga probatoria». En efecto, JAMES GOLDSCHMIDT, entiende por carga probatoria: «... cuando la parte tiene que ejecutar un acto para prevenir un perjuicio procesal, y en definitiva una sentencia desfavorable, le incumbe una *carga procesal...*»³². En otro pasaje de la obra este autor sostiene: «... La antítesis del Derecho procesal es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad. Imperativos del propio interés, por consiguiente «cargas», se encuentran también en el Derecho privado...»³³. Nosotros decimos que aquella parte que alegue un hecho o circunstancia, deberá acreditarlo so pretexto de verse perjudicado en su pretensión.

Los fiscales a cargo de una investigación o en el debate, deben actuar conforme al principio de legalidad, practicando o haciendo

³⁰ Al respecto, AMAYA, N. ENRIQUE, en *Carga de la prueba*, Gráfica La Docta, Córdoba, 1972, p. 26, expresa: «... CARNELUTTI, hace casi homónimos, carga y actividad procesal, y en muchos aspectos no está equivocado...». Imaginen entonces actividades que en el proceso, se le impongan al imputado, que signifiquen verdaderas «cargas procesales» a las que se vería sujeto, y de cuyo cumplimiento o no, dependiera parte de los fundamentos de la sentencia.- Es pues que, si al imputado se lo reputa desde el principio de la investigación «inocente», no admite tal hipótesis carga procesal alguna. Su *status*, se encuentra gobernado según GOLDSCHMIDT por lo que llama las «dispensas de las cargas procesales», ya que tal situación –salvo prueba en contrario– es asemejable a un derecho absoluto.

³¹ No le cabe al imputado ninguna «conducta procesal», pensemos sólo que hablar de cargas procesales es sintetizando, hablar de «cargas probatorias».

³² GOLDSCHMIDT, JAMES, *Teoría General del Proceso*, t. VII, Editorial Labor, 1936, p. 52.

³³ GOLDSCHMIDT, JAMES, op. cit., p. 82.

practicar diligencias útiles en busca de evidencia que objetivamente suscriba la pretensión punitiva, a la que se ven obligados a ejercer y mantener. Por otro, la responsabilidad probatoria de acreditar o demostrar la «verdad de la acusación» en manos de los Fiscales, no resulta ser una carga, sino más bien un deber, ya que la omisión de esa responsabilidad, no perjudica la pretensión punitiva asumida, es la ausencia de evidencia la que la desvanece en todo caso³⁴. Tanto es así que su actuar no representa una carga, que por más anómalo que sea su proceder, son otros los parámetros con los que se lo mide (Ej.: sanciones disciplinarias³⁵, procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento³⁶, por mal desempeño, entre otros.)³⁷. Digamos, en la inteligencia de GOLSDSCHMIDT, que los fiscales tampoco ejecutan un *imperativo del propio interés*, porque simbolizan la condición de las víctimas.

III.2. Nuevos obstáculos sobre la verdad (verdad jurídica objetiva y exceso ritual)

Aquello relativo al concepto de «verdad jurídica objetiva», se presenta de sumo interés cuando se está estudiando lo atinente a «verdad». Ya hemos construido una noción sobre verdad, como también hemos escudriñado sobre los fines del proceso penal (en especial sobre la verdad). Hemos encontrado argumentos interesantes para pensar que la búsqueda y aseguramiento de la verdad en el proceso penal (al menos desde el trabajo del Ministerio Público Fiscal), resulta valioso para «afianzar la justicia», como lo sostiene

³⁴ En efecto, pensemos el caso en que el fiscal no alcanza con la evidencia requerida a sostener su hipótesis, pero se vale de evidencia propuesta por otras partes o que el querellante, construye en forma más acabada su acusación. En esos casos, los tribunales no podrán, por el principio de adquisición para el proceso y comunidad de la prueba hacer valer en contra de la pretensión del fiscal la «carga probatoria».

³⁵ Al respecto ver art. 362 CPPC y Ley Provincial N° 7826 y modif. «Ley orgánica del Ministerio Público Fiscal», arts. 16 inc. 1, 76 y cc.

³⁶ Así lo prevén los arts. 154 y 159 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y Ley Provincial N° 7956 «Jurado de enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios» art. 2° incs. 1 y 2 y cc. Ver también al respecto NOVILLO CORVALÁN, MARCELO y otros, «El enjuiciamiento de magistrados y funcionarios en la provincia de Córdoba», en *Estudio sobre el nuevo código procesal penal de Córdoba*, Lerner, Córdoba, 1993, p. 113 y ss. Aún con las modificaciones de la constitución (2001) en la ley sigue existiendo tal causal.

³⁷ Cfme. PÉREZ MORENO, EUGENIO P., «Presupuestos Procesales», *Cuaderno N° 3 del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional –Nueva serie–*, U.N.C., Advocatus, Cba., 1998, ps. 174/175.

ne el preámbulo de nuestra Constitución, pero la «verdad» es el ingrediente indispensable de toda sentencia legal y justa. Así las cosas, ¿por qué el sintagma «verdad jurídica objetiva» se presenta conveniente para nuestro estudio?

Enseña BERTOLINO³⁸, que el concepto de «verdad jurídica objetiva» ha sido acuñado por la jurisprudencia. Y jurisprudencia³⁹, son las decisiones jurisdiccionales (sentencias) que resuelven un conflicto particular en función de los hechos, las pretensiones jurídicas y el derecho aplicable al caso. Nos explica el autor de referencia que el concepto de «verdad jurídica objetiva» tiene atado su origen al de «exceso ritual manifiesto»⁴⁰, ambos definitivamente unidos a la fórmula «servicio de la justicia»⁴¹.

Coloca el centro de atención en el supuesto desvalor que representa en las decisiones de los jueces (de la naturaleza que fueren) el error manifiesto o grave, la arbitrariedad, exceso formal o ritual; dado que discrepan con el servicio de la justicia o muestran una renuncia consciente a la verdad⁴².

³⁸ BERTOLINO, PEDRO J., *La verdad jurídica objetiva*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, ps. 3/4.

³⁹ Todo lo relativo a la jurisprudencia tiene precisamente que ver con las decisiones judiciales. Cabe subrayar que esas decisiones, reflejan un momento del pensamiento jurídico del orden legal en su conjunto, en especial, cuando es analizado nuestro sistema constitucional, en donde todos los jueces observan y hacen observar la supremacía de la Constitución. Entonces, el derecho de fondo y procesal no pueden ser una creación judicial, sino un modelo exigible para las decisiones judiciales. El diccionario de la lengua, sobre la voz jurisprudencia contiene tres interesantes acepciones: 1.- *Ciencia del derecho*. 2.- *Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen*. 3.- *Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordadas*.

⁴⁰ Destaca el Dr. BERTOLINO, que invariablemente los conceptos de «exceso ritual manifiesto», «verdad jurídica objetiva» y «servicio de la justicia», se entrelazan constantemente. Elabora un concepto de «exceso ritual manifiesto» recordando la obra que así intitula antes por él publicada, diciendo: «... el exceso ritual manifiesto dificulta (o bien, impide) la obtención de la verdad jurídica objetiva, con detrimento del juicio jurisdiccional, frustrando de tal modo el servicio de la justicia...» (op. cit., p. 6).

⁴¹ En todos estos temas seguimos el trabajo de BERTOLINO. Este autor explica: «... en paralelo a la determinación de la «frustración ritual de la aplicación del derecho, realizada en el *leading case* «Colalillo», se dijo que el proceso «no puede ser conducido en términos estrictamente formales», pues no se trata «ciertamente de ritos caprichosos sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte»; añadiéndose que la renuncia consciente a esa verdad «es incompatible con el servicio de la justicia...» (op. cit., p. 5). Ver Corte Sup., 18/9/1957, «Colalillo, Domingo v. Compañía de Seguros España y Río de la Plata», Fallos 238:550 (citado en nota del autor).

⁴² BERTOLINO, op. cit., p. 6.

Finalmente resalta que el estudio sobre los conceptos referenciados «... pone en cuestión el ordenamiento normativo procesal, si a éste lo consideramos, en lo particular bajo análisis, como el instrumento previsto jurídicamente para obtener los datos que son necesarios para juzgar en cada caso ocurrente...»⁴³. Conforme todo lo dicho, ahora podemos entender mejor la importancia de estas nociones a propósito del estudio de la «verdad»⁴⁴. Pero, ¿por qué se potencia ese valor? Porque la óptica sobre el derecho aplicable (sustancial o constitucional), se impone por sobre las reglas rituales que condicionan (razonablemente) su destino concreta (las formas de las resoluciones, sentencias, etcétera). La relación derecho sustancial-derecho procesal puesta de resalto en el adagio: «el derecho penal no le toca un pelo al imputado» que ejemplifica que el derecho adjetivo le da vida al derecho penal; no puede, bajo concretas circunstancias, encubrir obstáculo o renuncia alguna a la «verdad». Sin dudas se entabla una nueva, pero más fina, tensión en el derecho: formas vs. ritualismo o formulismo⁴⁵. A pesar de ello, existen normas que imponen que el proceso se rija de conformidad a reglas preestablecidas. Éste es el fundamento de la necesidad de la existencia de las formas para el debido cumplimiento de los actos procesales y el medio para la expresión de la voluntad de los sujetos del proceso⁴⁶.

Llegar a un concepto o representación de «verdad jurídica objetiva», sería una utópica tarea, dado su construcción constante en la mentada jurisprudencia⁴⁷. Construcción que si bien está debida-

⁴³ Además, no sólo condiciona a actos de los jueces, si no también los de las partes en la utilización del proceso, captando conductas como normas (op. cit., p. 6).

⁴⁴ Efectivamente, BERTOLINO considera que: «... la plataforma del fenómeno privilegia y potencia, a la vez, el «valor de lo real», en sí mismo considerado. Op. cit. p. 10.

⁴⁵ Nos pronunciamos partidarios de las «formas» y no de meros «formulismos», puesto que el fundamento de las primeras radica en las necesidades de seguridad, previsibilidad y justicia y no en preservar las formas en sí. Así lo sostienen CORNEJO, ROBERTO I. y PÉREZ MORENO, EUGENIO P., en «Sanciones Procesales», *Cuaderno N° 2 del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional –Nueva serie–*, U.N.C., Advocatus, Cba., 1997, p. 103.

⁴⁶ Como refiere ORTOLAN, citado por HUGO ALSINA: «la voluntad... como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece o se modifica en un instante; para encadenarla es preciso revestirla de un cuerpo físico y ésa es la misión de la forma» (ALSINA, HUGO, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, p. 615, citando a ORTOLAN, *Generalización del derecho romano*, n°s 54 y 55, Ediar, Buenos Aires, 1963, publicado en «Sanciones Procesales», op. cit., p. 103).

⁴⁷ Ocurre otro tanto con el sintagma «agravio irreparable» porque parece ser es una especie que se va llenando con el análisis y solución de cada caso en particular.

mente cimentada⁴⁸, responde a la solución de cada caso en particular.

Me atrevo, en lo personal, a sintetizar que «verdad jurídica objetiva», responde a una necesidad de «justicia», basada en el valor que la «verdad» representa para todos. Igualmente esa verdad, jamás podrá estar desprovista de su propio sustrato, esto es: los hechos (hechos relevantes de la causa), el derecho aplicable (vigente y adecuado al caso), con la conexión que hace el juez imparcial y objetivo⁴⁹ entre el conflicto que conoce (principio de cognición de la jurisdicción) y su correcta y justa solución (sentencia). Toda esta extensa pero necesaria descripción⁵⁰, hace que no se frustren⁵¹, precisamente, los fines del proceso penal⁵².

Cabe formular una última pero necesaria advertencia. Sobre la base de los valores de «verdad» y «justicia» se asienta este concepto que, por cierto, no se presenta como una regla sustantiva o adjetiva que deba observar el juez al resolver el caso. Su aplicación encuentra estadio en la pretensión de re-examen de un fallo. En efecto, son las impugnaciones las que ponen a disposición de la jurisdicción la utilidad de este remedio. De allí que se diga que la

ACOSTA en su primer trabajo (Agravio irreparable) se pronunció escéptico con respecto a construir un concepto de agravio irreparable, pero luego intentó averiguar «... si el Derecho judicial logró elaborar un sistema coherente, determinado con alguna precisión qué notas deben estar presentes en el caso para saber si puede predicarse de él que no admite reparación...» (ACOSTA, JOSÉ V., *Agravio irreparable*, Ediar, Bs. As., 1978, p. 74 y ss.; y «El agravio en el recurso extraordinario federal», *Revista de Derecho Procesal N° 3, Medios de impugnación –Recursos II–*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 255 y 257.

⁴⁸ Está firme, cristalizada.

⁴⁹ Resalta BERTOLINO: «... Según enseñó Werner Goldschmidt, la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis las consideraciones subjetivas del juzgador, quien por tanto, debe ser «objetivo»; y añadía que la imparcialidad es, en la esfera emocional, lo que la objetividad es en la órbita intelectual...» (op. cit., p. 34).

⁵⁰ La que puede sintetizarse, en expresión de la Corte, en que se consagra una solución formal «... que prescinde de la justicia del caso y que no es derivación razonada de los hechos comprobados en la causa y del derecho consecuentemente aplicable...». Corte Suprema 18/08/1967 «Grisetti, Arístides v. Filgueira, Héctor A. y otro» Fallos 268:413, citado por BERTOLINO, op. cit., p. 54.

⁵¹ BERTOLINO, op. cit., p. 171.

⁵² Veamos que el proceso penal puede ser visto como escenario donde se resuelve una transgresión o un conflicto. Dentro de la idea de conflicto, si la solución que aporta el juez fuera sólo formal, a base que únicamente atiende hechos controvertidos por ejemplo, se arrima a la idea de «verdad consensual» o aproximada. Sin embargo, si adhiere a una visión integral y plena de ese conflicto se aproxima a la «verdad material».

«verdad jurídica objetiva» es una construcción jurisprudencial o mejor, «derecho judicial» que coloca en su justa medida las «formas» de reconstruir la verdad de los hechos y el derecho aplicable.

III.3. Protección supranacional sobre la búsqueda de la verdad de la acusación y la autoridad para obtenerla

Puede sostenerse como afirma CAFFERATA NORES⁵³, que la búsqueda de la verdad de la acusación se sustenta, según lo estudiado, no sólo en el art. 18 de la CN, cuando afirma que «... Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo...», es decir que antes que no se acredite verdaderamente la culpabilidad no será castigado; sino principalmente, que el criterio de verdad es «... *requisito sine qua non* cuando se trata de la imposición de una pena por la comisión de un delito...». Luego, con mucha exactitud expresa que tanto la DUDH art. 8º nº 2, cuanto la CADH, «... presupone la no culpabilidad hasta que se prueba la verdad de lo contrario...»⁵⁴.

Me parece ahora de extremo interés remarcar que, a diferencia de lo que ocurre en los códigos rituales, tanto en la Constitución como en los Pactos sobre Derechos Humanos incorporados a ella, no se advierte en ninguna de las disposiciones pertinentes al tema que examinamos la palabra «verdad». Sin embargo, la afección, la dirección hacia la verdad dimana de lo referenciado en el párrafo anterior. A ello, me parece oportuno agregar, que aunque son pocas, las disposiciones que aluden al examen de testigos, sin duda, en forma elíptica apuntan a reafirmar el sustrato de verdad que deben tener las argumentaciones de parte (alegatos) cuanto las decisiones de las jueces (sentencias). En efecto, a decir de FOUCAULT⁵⁵, esas indagaciones sobre la credibilidad del testigo, las circunstancias que permitan reconstruir lo que ocurrió (aunque desde una óptica personal), son indagaciones sobre «la verdad» que formulan según sus posiciones las partes y que se transforman

⁵³ Consultar «Cuestiones actuales sobre el proceso penal», *Proceso penal y Verdad*, Editores Del Puerto, Bs. As., 1997, ps. 57/58.

⁵⁴ Op. cit., p. 58.

⁵⁵ MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, traducido por Enrique Lynch, consultar Primera Conferencia: «Nietzsche y su crítica del conocimiento», Segunda Conferencia: «Edipo y la Verdad» y, principalmente, Tercera conferencia: «De la verdad entre particulares a la verdad pública: el nacimiento de la indagación jurídica», Gedisa, décima reimpresión, Barcelona-España, 2005, p. 63 y ss.

en «vitales» para el proceso penal y, esenciales, para el convencimiento de los jueces al dictar la sentencia.

Aquí entonces, podemos enunciar el art. 8º. 2 inc. f) de la CADH Capítulo II, Derechos civiles y políticos que sostiene : «... Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...». Qué otra cosa es arrojar luz que no sea procurar la verdad. También debemos mencionar el art. 14 inc. 3 e) del P.I.D.C. y P. que afirma: inc. 3 «... Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías (...) e)... a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo...».

Esta posición, la garantía de interrogar a los testigos de cargo en la audiencia del juicio, tiene como mejor defensor a DANIEL CARRAL, quien sostiene además que resultaría inconstitucional la lectura de declaraciones testimoniales consignadas en actas de la investigación, aunque ingresen al debate en forma excepcional⁵⁶. Esto sobre la base, que se comparte, que la confrontación directa y en pie de igualdad en audiencia oral y pública de los testigos es una garantía que coadyuva con la verdad, al menos la «verdad forense» aproximativa a la material, según explica este autor⁵⁷.

Para finalizar, sólo resta sostener como se dijo al principio de este trabajo, que la autoridad, el funcionario responsable y encargado de acreditar la verdad de la postura acusatoria es el Representante del Ministerio Público Fiscal avocado a esa causa.

IV. CONVENCIMIENTO DE LOS TRIBUNALES SOBRE LA VERDAD

Siempre he tenido un interés personal acerca de conocer o experimentar cómo los jueces sostienen sus sentencias sobre la base de la verdad. Quizás dilucidar la cuestión nos llevaría mucho tiempo y no es propio de este estudio, pero al menos podemos estudiar, algunos mecanismos procesales sobre la evidencia, que impactan en las sentencias. Me estoy refiriendo a las normas procesales que regulan la sustanciación de la prueba (principalmente la testimonial) y la curiosidad que trajo la incorporación del art. 33 de la Ley

⁵⁶ Ver CARRAL, DANIEL, *El derecho a confrontar los testigos de cargo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.

⁵⁷ DANIEL CARRAL, op. cit., «Capítulo XII: La búsqueda de la verdad», p. 125 y ss.

prov. 9182 que regula el juicio por jurados populares que intitula «Presentación del caso».

Nuestro rito (CPP art. 132) y el de la mayoría de las provincias utilizan como método para examinar a los testigos, la oralidad. Es decir el testigo expresa a viva voz lo que sabe y conoce del caso. Es más, tal regla no sólo es aplicable a la investigación, si no también al juicio. El testigo antes de jurar o prometer decir la verdad (CPP art. 131) comienza a exponer. La ley establece que las preguntas que se le formulen no serán indicativas, capciosas ni sugestivas. El art. 391 habla que la manera de recibir las pruebas en el debate, será aquella de la investigación, en cuanto sean aplicables y no se disponga lo contrario. Los arts. 393 y 396 regulan la disciplina misma del testimonio, subrayando, en cuanto a lo que ahora interesa, que la parte que propuso al testigo abrirá el interrogatorio.

Todas estas afirmaciones que son introductorias, pretenden revelar que, si bien la profundización del método acusatorio es una realidad en nuestros códigos rituales, aún dista bastante, en lo que aquí concierne, de la idea de propiedad de las fuentes de prueba y la disponibilidad de ellas al momento del examen de testigos en el debate como exhibe el sistema angloamericano.

A esta altura, no caben dudas de que las pruebas rendidas en el debate, inexorablemente quedan adquiridas para el proceso, en forma independiente de quien la haya solicitado, pero digno es de destacar que, el derecho de confrontación del testigo de cargo –ya examinado–, la disciplina de la prueba testimonial (prohibición de preguntas indicativas, capciosas, etcétera) y el sistema del derecho comparado (angloamericano) que prevé el contra examen o *cross examination* donde admite formas de indagación a los testigos aquí no permitidas, la naturaleza de la relación testigo-interrogante (la contra parte), se presenta más dura y ríspida, pues muchas veces busca desacreditar al testigo, hacerlo incurrir en contradicciones, errores, etcétera. Claro está que esto se da no sólo porque la propiedad del testigo pertenece a la parte y declara lo concerniente al interés de esa parte y no lo que sabe, si no principalmente, porque se dirige a convencer al jurado sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado, quienes al sentenciar no darán ningún argumento o fundamento de la posición adoptada, cuestión que difiere de nuestro novedoso sistema de jurados popu-

lares, por cierto. Por eso se ha dicho que el proceso adversarial es un combate intelectual⁵⁸.

En efecto, sólo quería señalar estas cuestiones, para finalmente conectarla con la previsión del art. 33 de la ley de enjuiciamiento con jurados populares que reza: «... PRESENTACIÓN DEL CASO. Una vez abierto el debate y leída la acusación (artículo 382 in fine del Código de Procedimiento Penal) las partes y los defensores podrán presentar el caso brevemente al jurado explicando lo que pretenden probar...»⁵⁹.

Debo pensar que con una finalidad sólo instructiva las partes podrán presentar su caso; digo, los extremos a los que querrán llegar con el examen de la prueba y la sustanciación del juicio⁶⁰. Esto se da a diferencia de otros tipos de juicios, por caso aquellos en que interviene sólo un juez (unipersonal), tres jueces técnicos (Tribunal) o la integración del Tribunal con dos jueces legos (CPP art. 369) que siguen los principios generales, antes enunciados.

He aquí la cuestión a remarcar, la interesante y necesaria relación que la presentación del caso debe tener con la prueba ya ofrecida por la parte y los resultados queridos por ellas en el juicio⁶¹. Todo esto, a propósito del estado de inocencia, la teoría de la carga de la prueba y la verdad en el proceso penal, dado que influirán en el ánimo de los jueces. Me parece un laudable esfuerzo de la ley cuando enuncia la chance de que las partes, una vez iniciado el debate presenten su caso⁶²; pero en modo alguno tal disposición se

⁵⁸ Ver CORDERO, FRANCESCO, *Procedimiento Penal*, allí sostiene: «... Las técnicas acusatorias son juicios de Dios intelectualmente elaborados, pues entonces las partes o los respectivos combatientes se presentaban en el escenario, o la que corría el peligro se jugaba todo en un «ensayo de paciencia», en el extremo de la imposibilidad natural...» (t. I., Temis, Bogotá-Colombia, 2000, p. 87).

⁵⁹ En los sistemas adversariales más puros a esto lo enuncian como el «alegato de apertura».

⁶⁰ Es la opinión de los fiscales de Córdoba, en donde procuran también instruir en forma sencilla a los jurados, sobre sus postulaciones, posiciones y objetivos.

⁶¹ En este orden son muy claros MAURICIO DUCE J. y CRISTIÁN RIEGO R., al comentar el sistema adversarial chileno. En efecto, son las partes las que deben presentar el caso, tienen una estrategia para ello y son las mejores conocedoras de las cuestiones útiles a elucidar en el debate. Consultar *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 397 y ss.

⁶² ANDRÉS BAYTELMAN A. y MAURICIO DUCE J. sostienen en relación a la presentación del caso: «... En ese alegato las partes presentarán al tribunal el caso que está a punto de conocer, señalando qué es lo que la prueba demostrará y desde qué punto de vista específico ella debe ser apreciada. A diferencia del alegato final, el alegato de apertura, no pretende analizar el peso o la credibilidad de la prueba, pues ésta todavía no se ha presentado. El objeto de estos alegatos de apertura es

conecta con el sistema estudiado, según los motivos reseñados; puesto que la propiedad de la prueba, la exposición y examen de testigos, dista mucho del sistema al que quiere llegarse con esa norma, creando sobre la apreciación de la verdad (conforme las diferentes maneras de obtener datos de los testigos⁶³) controversias⁶⁴ que impactan en el convencimiento del tribunal de jurados.

V. BREVE CONCLUSIÓN

En este momento podemos decir que todavía, según las reglas de los procesos penales que imperan en nuestro país, interesa la búsqueda, reaseguro y protección de la «verdad», como parte del fundamento ético de la sentencia.

En este trabajo se ha intentado, quizás sin éxito pero con esfuerzo, conectar distintos institutos del proceso penal que rodean o se sirven del concepto de «verdad». Ese ímpetu ha gobernado desde hace tiempo mi preferencia y también ha motivado intentar profundizar sobre la cuestión.

Parece de gran interés para nosotros que tenemos una cultura jurídica que reposa suficiente en la dogmática, estudiar perfeccionados métodos de saber en relación al proceso penal, quizá el medio más importante, de salvaguardar, en función del poder penal del estado, las garantías de los ciudadanos.

Antes de concluir quisiera decir que los mecanismos jurídicos que examinamos, ninguna lidera por su originalidad. En efecto los procesos penales han ido cambiando, con los tiempos, las culturas, se han perfeccionado, han caído en el olvido y vuelto a renacer, pero cualquier proceso que pudiese esbozarse como superador de los actuales, no tendrá el título de novedad.

otro: presentar al tribunal la teoría del caso de cada parte y hacer una cierta «promesa» acerca de qué hechos, en términos generales, quedarán acreditados a partir de la prueba...». Versión PDF de *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Universidad Diego Portales, 1^o impresión, imprenta Salesianos s.a. Santiago de Chile, 2004.

⁶³ En concreto, este sistema inspira toda una técnica diferente de examinar a los testigos. Sobre el particular consultar a ANDRÉS BAYTELMAN A. y MAURICIO DUCE J., op. cit.

⁶⁴ Es más, los autores consultados sobre estos nuevos puntos, sobre todo aquellos de origen chileno que hemos consultado, desdeñan la búsqueda de la verdad y decididos sólo a bucear en un pasado complicado de recrear, establecen estrategias procesales en relación a la prueba, para sostener sus pretensiones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, JOSÉ V., *Agravio irreparable*, Ediar, Bs. As., 1978.
- «El agravio en el recurso extraordinario federal», *Revista de Derecho Procesal* N° 3, *Medios de impugnación -Recursos II-*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999
- AMAYA, N. ENRIQUE, *Carga de la prueba*, Gráfica La Docta, Córdoba, 1972.
- BALCARCE, FABIÁN I., *La prueba en el proceso penal. Principios generales*, Lerner, Córdoba, 1996.
- *Presunción de inocencia –crítica a la posición vigente–*, Lerner, Córdoba, 1996.
- BAYTELMAN A., ANDRÉS y DUCE J., MAURICIO, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, versión PDF, Universidad Diego Portales, 1° impresión, imprenta Salesianos s.a. Santiago de Chile, 2004 .
- BERTOLINO, PEDRO J., *La verdad jurídica objetiva*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
- BINDER, ALBERTO M., «Elogio de la audiencia oral y pública», en *Derecho penal y democracia. Desafíos actuales. Libro Homenaje al Prof. Dr. Jorge de la Rúa*, Mediterránea, Cba., 2011.
- CAEIRO, EDUARDO y otros, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado y anotado*, La Ley, Bs. As., 2010.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Bs. As., 1994.
- *Proceso penal y derechos humanos*, Editores Del Puerto, Bs. As., 2000.
- *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores Del Puerto, Bs. As., 1997.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. y TARDITTI, AÍDA L., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*, Mediterránea, Córdoba, 2003.
- CARRAL, DANIEL, *El derecho a confrontar los testigos de cargo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.
- CORDERO, FRANCESCO, *Procedimiento penal*, t. I, Temis, Bogotá, Colombia, 2000.

CORNEJO, ROBERTO I. y PÉREZ MORENO, EUGENIO P., en «Sanciones Procesales», *Cuaderno N° 2 del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional –Nueva serie–*, UNC, Advocatus, Cba., 1997.

DUCE J. MAURICIO y RIEGO R. CRISTIÁN, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

FAIREN GUILLÉN, VÍCTOR, *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.
FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías –Ley del más débil–*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1999.

FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, 10ª reimpresión, Gedisa, Barcelona-España, 2005.

GOLDSCHMIDT, JAMES, *Teoría General del Proceso*, t. VII, Editorial Labor, 1936.

HASSEMER, WINFRIED, *Crítica al derecho penal de hoy*, Traducción de Patricia S. Ziffer, Ad-Hoc, Bs. As., 1998.

MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992.

NOVILLO CORVALÁN, MARCELO y otros, «El enjuiciamiento de magistrados y funcionarios en la provincia de Córdoba», en *Estudio sobre el nuevo código procesal penal de Córdoba*, Lerner, Córdoba, 1993.

PÉREZ MORENO, EUGENIO PABLO y CORNEJO, ROBERTO I., «¿El fiscal debe ser imparcial?», *Libro de Ponencias Generales y Trabajos seleccionados, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Mendoza*, La Ley, 2005.

- «Presupuestos Procesales», *Cuaderno N° 3 del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional –Nueva serie–*, UNC, Advocatus, Cba., 1998.

PLOTINO, FRANCESCO, *El debate en el nuevo Código de Procedimiento Penal (se refiere al CPP italiano de 1988)*, Traducción Emma Lupotti, Dirección, notas y asesoramiento jurídico EUGENIO PABLO PÉREZ MORENO, Mediterránea, Cba., 2001.

VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho Procesal Penal*, t. II, Lerner, Bs. As., 1969.

UN BALANCE DE LA LEY 8123 A VEINTE AÑOS DE SU SANCIÓN

CLAUDIO M. REQUENA

UN BALANCE DE LA LEY 8123 A VEINTE AÑOS DE SU SANCIÓN

CLAUDIO M. REQUENA*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra el 23 de agosto de 2011 con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que ella propone sobre las fortalezas y debilidades de éste.

I. INTRODUCCIÓN

Habiendo transcurrido veinte años de la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (ley N° 8123), resulta oportuno analizar sus fortalezas o debilidades. Anticipo que mi balance es francamente positivo, y para ello a continuación me detendré en los aspectos que considero más destacables.

II. Respeto al pasado

El primer gran acierto fue no sustituir en forma integral las instituciones del Código de 1970, tributario a su vez de la gran reforma de 1939. En lugar de hacer un CPP enteramente nuevo se prefirió mantener muchas normas del anterior. Eso, además de ser un acto de reconocimiento a la trayectoria de los grandes procesalistas cordobeses, como VÉLEZ MARICONDE y tantos otros, permitió que la transición fuese ordenada.

La ventaja de las reformas graduales es que sin renegar del pasado buscan mejorarlo, haciendo los cambios que los nuevos tiempos reclaman.

III. ELIMINACIÓN DE LA FIGURA DEL JUEZ INQUISIDOR

El eje central de la reforma, como sabemos, fue dejar de lado la figura inquisitiva del Juez de Instrucción y darle, en su reemplazo, a los Fiscales de Instrucción la tarea de investigar, vigilados por un juez de garantías, llamado Juez de Control. Eso posibilitó

* Vocal de Cámara en lo Criminal. Actualizador del *Código Procesal Penal de Córdoba. Comentado* de RICARDO NÚÑEZ.

la acentuación del método acusatorio, haciendo que cada uno ocupe su verdadero rol en el proceso, esto es, que los órganos de la acusación investiguen y que los jueces garanticen los derechos del imputado.

Hoy en día la investigación a cargo de los fiscales se ha convertido en algo común y normal, sin que existan objeciones al respecto, lo que demuestra lo atinado del cambio.

IV. QUERELLANTE PARTICULAR

Autorizar que el ofendido por un delito de acción pública pueda actuar como querellante particular (arts. 7º, 91 y ss.) fue otro gran avance, más allá de que lo sea bajo una modalidad «adhesiva» que hace depender gran parte de su actividad de lo que decida el Ministerio Fiscal.

El paso siguiente será ampliar sus facultades, pues si antes la opinión de los operadores jurídicos era restrictiva al respecto, eso ha variado en la actualidad, pues son constantes los embates que denuncian la inconstitucionalidad de las normas que restringen la actuación de los querellantes particulares¹.

V. JUICIO ABREVIADO

Otro de los éxitos notables del nuevo Código fue instituir el juicio abreviado (art. 415), porque implicó un beneficio inmediato para todas las partes involucradas. Al imputado, porque al confesar su culpabilidad –ésta es la exigencia central– se asegura que la pena no superará el acuerdo que su defensor hizo con el fiscal; a los tribunales –sin cuya conformidad no es posible acceder al juicio abreviado– porque se evita todo el dispendio que significa la recepción en la audiencia de la prueba que ya existe en la causa; y, por último, a la propia sociedad que ve que quien delinque recibe su sanción.

Se criticó en su momento que el acuerdo no quedase documentado, dejándose lo librado a la ética de las partes², a diferencia de

¹ «Almada», S. n° 184, 10/8/07; «Gómez», A. n° 224, 6/10/09; «González», S. n° 76, 8/4/10; «Carreño», S. n° 105, 27/4/10.

² Conclusiones de las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal, Córdoba, 1995.

lo que sucede, por ejemplo, con el juicio abreviado que prevé el Código Procesal Penal de la Nación³.

³ Para comparar la simpleza con que fue instituido el juicio abreviado en Córdoba a diferencia del engorroso trámite establecido por la Nación, se transcriben a continuación ambas normas.

Art. 415 del CPP de Córdoba: «Si el imputado confesare circunstanciada y llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuvieren de acuerdo el Tribunal, el Fiscal y los defensores.

En tal caso, la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal.

No regirá lo dispuesto en este artículo en los supuestos de conexión de causas, si el imputado no confesare con respecto a todos los delitos atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de juicios».

431 bis del CPPN: «1. Si el ministerio fiscal, en la oportunidad prevista en el artículo 346, estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis años, o de una no privativa de libertad aun procedente en forma conjunta con aquélla, podrá solicitar, al formular el requerimiento de elevación a juicio, que se proceda según este Capítulo. En tal caso, deberá concretar expreso pedido de pena.

En las causas de competencia criminal (artículo 32), el acuerdo a que se refieren los incisos 1 y 2 del artículo 431 bis, podrá también celebrarse durante los actos preliminares del juicio, hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para el debate (artículo 359).

2. Para que la solicitud sea admisible deberá estar acompañada de la conformidad del imputado, asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y la participación de aquél, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída.

A los fines de este artículo y en cualquier etapa del proceso, pero desde la aceptación del cargo del defensor designado, el fiscal podrá recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que se dejará simple constancia.

3. El juez elevará la solicitud y la conformidad prestada, sin otra diligencia, al tribunal de juicio el que, tomará conocimiento de visu del imputado, y lo escuchará si éste quiere hacer alguna manifestación. Si el tribunal no rechaza la solicitud argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia fundada con la calificación legal admitida, llamará a autos para sentencia, que deberá dictarse en un plazo máximo de diez días. Si hubiera querellante, previo a la adopción de cualquiera de estas decisiones, le recabará su opinión, la que no será vinculante.

4. Si el tribunal de juicio rechaza el acuerdo de juicio abreviado, se procederá según las reglas del procedimiento común con arreglo a los artículos 354 o 405, según corresponda, remitiéndose la causa al que le siga en turno.

En tal caso, la conformidad prestada por el imputado y su defensor no será tomada como un indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vincula al fiscal que actúe en el debate.

5. La sentencia deberá fundarse en las pruebas recibidas durante la instrucción, y en su caso en la admisión a que se refiere el punto 2, y no podrá imponer una pena

Pero lo concreto es que entre nosotros no hay quejas de que en la práctica se viole ese verdadero pacto de caballeros, y los recursos que han pretendido demostrar que el consentimiento del condenado por medio de este trámite no fue libremente prestado, no han prosperado⁴.

A su vez, la sola comparación entre nuestro juicio abreviado y el instituto de la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis CP; incorporado por ley 24.316), que fueron sancionados en épocas cercanas, demuestra que la *probation* necesitó de múltiples interpretaciones y mucho tiempo, hasta que triunfó la tesis amplia⁵, lo que recién posibilitó que su uso abarcara no solamente a las causas correccionales sino también a las criminales, siempre que se pueda pronosticar una condena en suspenso. En cambio, el juicio abreviado sirvió desde un primer momento, ayudando a la descongestión de la justicia penal.

VI. JURADOS

La ley 8123, reglamentando el art. 162 de la Constitución de Córdoba de 1987, permitió que los jurados populares se integren a las Cámaras del Crimen, admitiendo la participación popular en la justicia penal y, por tanto, haciéndola más democrática.

Si bien originalmente se previó el ingreso de solamente dos escabinos que quedaban en minoría frente a los tres jueces técnicos (art. 369), lo concreto es que ese primer paso dio lugar a otros avances, como el instrumentado por la ley 9182, que respetando el

superior o más grave que la pedida por el ministerio fiscal. Regirá el artículo 399.

6. Contra la sentencia será admisible el recurso de casación según las disposiciones comunes.

7. La acción civil no será resuelta en este procedimiento por juicio abreviado, salvo que exista un acuerdo entre las partes en tal sentido, aunque se podrá deducir en sede civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de casación en la medida que la sentencia pueda influir sobre el resultado de una reclamación civil posterior.

8. No regirá lo dispuesto en este artículo en los supuestos de conexión de causas, si el imputado no admitiere el requerimiento fiscal respecto de todos los delitos allí atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de oficio (artículo 43).

Cuando hubiera varios imputados en la causa, el juicio abreviado sólo podrá aplicarse si todos ellos prestan su conformidad». (Incorporado por ley 24.825).

⁴TSJ, Sala Penal, «López», S. n° 141, 2/11/06; «García», S. n° 17, 28/2/08; «Serdan», A. n° 226, 6/10/09.

⁵CSJN, 23/4/08, «Acosta»; TSJ, Sala Penal, «Boudoux», S. n° 36, 7/5/01; «Balboa», S. n° 10, 19/3/04.

sistema escabinado puso la mayoría del lado de los jurados y convirtió en obligatoria su integración para determinados delitos.

De esta forma, los tribunales cordobeses se han convertido en los primeros en cumplir con lo dispuesto por el art. 118 de la Constitución Nacional, que manda que los juicios criminales se terminen por jurados.

VII. EL GARANTE DE LA REFORMA

Pero el éxito del nuevo Código le debe mucho a un actor principal, el Tribunal Superior de Justicia. Pues cada vez que la lógica resistencia al cambio puso en duda la viabilidad de la reforma, el TSJ salió a defenderla con toda su fuerza. Así fue, por ejemplo, con el juicio por jurados, donde rechazó las inconstitucionalidades declaradas por los tribunales inferiores. Diciendo que el juicio por jurado popular de la ley 9182 debía aplicarse a los hechos anteriores a su dictado por tratarse de una norma de neto corte procesal, que de acuerdo a su art. 57 rige de forma inmediata para todos los delitos establecidos en el art. 2º⁶. También el Alto Cuerpo defendió la constitucionalidad completa de la ley 9182⁷.

VIII. CONCLUSIÓN

Insisto en lo que dije al principio, la ley 8123 fue un gran avance que modernizó nuestro proceso penal, convirtiendo como siempre a Córdoba en el espejo en que se miran las otras provincias y los países de la región.

⁶ TSJ, Sala Penal, «De la Reta», S. n° 93, 24/4/09.

⁷ TSJ, en pleno, «Navarro», S. n° 124, 12/10/06; «Pérez», S. n° 59, 25/4/07, «Medina Allende», S. n° 61, 25/4/01; «Paira», A. n° 300, 12/11/10.

INFORME SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CÓRDOBA

PATRICIA SORIA

CAROLINA MAURI

IVANA ROSSI

INFORME SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CÓRDOBA

PATRICIA SORIA^{*} - CAROLINA MAURI^{} - IVANA ROSSI^{***}**

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la recuperación del sistema democrático comenzó a plantearse en todo el país, y en la provincia de Córdoba en particular, la necesidad de adecuar la legislación penal y procesal a la recuperada base de organización del estado.

Comenzando con la reforma de la Constitución Provincial del año 1987, donde se incorporaron una serie de normas que regulan el debido proceso penal y el derecho de defensa de los ciudadanos desde el primer acto de persecución penal, pasando luego por la necesidad de adecuar las normas de la ley ritual a los mandatos constitucionales, se generó un proceso de reforma de la ley procesal penal que, dotado de un alto grado de legitimidad política, valorando en toda su dimensión el CPP de 1940 –que implementó el juicio oral y público– y atendiendo a nuevas maneras de solución de los problemas, se sancionó en 1991 la ley 8123, puesta en vigencia en su totalidad a partir de 1998.

Esta reforma normativa fue el producto de fuertes e interesantes discusiones en todos los sectores, formándose una comisión que elaboró un anteproyecto con la participación de integrantes de ámbitos académicos, judiciales, legislativos, ejecutivos, asociación de magistrados y colegios de abogados.

El nuevo Código, sancionado en 1991, entró parcialmente en vigencia en 1992 en lo referido a disposiciones sobre plazos de duración del proceso y de la prisión preventiva, la situación de la víctima, la nueva dinámica en la etapa del juicio, en relación a los actos preliminares y al debate propiamente dicho, la implementación del juicio abreviado.

^{*} Abogada, Profesora de Derecho Procesal Penal; Encargada y Profesora de Técnicas de Litigación en Audiencias Orales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

^{**} Abogada y Profesora de Técnicas de Litigación en Audiencias Orales, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

^{***} Abogada y Profesora de Técnicas de Litigación en Audiencias Orales, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Recién en 1998 entró en vigencia total el nuevo Código Procesal, luego de 6 años de discusiones, de resistencias, de falta de voluntad política, enmascarada en problemas de recursos económicos para su implementación (planteados principalmente en la necesidad de construir un nuevo edificio acorde con los requerimientos del nuevo sistema, el nombramiento de nuevos funcionarios -específicamente fiscales de instrucción- y empleados para las fiscalías a crearse).

Más allá de los problemas de nuestra reforma (normativos y empíricos), que planteamos más adelante, la sanción del nuevo Código significó un avance importante para nuestro sistema de enjuiciamiento penal, por lo que es importante destacar la labor de los reformistas que lograron a nivel normativo el cambio de paradigma, desde un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio formal, la movilización de recursos humanos y materiales, y la capacitación a los operadores en la nueva ley; no obstante ello, quedó pendiente el cambio cultural que la reforma pretendía.

En este sentido, podemos afirmar que el proceso de reforma sigue vigente.

En los últimos años se han producido reformas normativas a la ley ritual, y el diagnóstico de las organizaciones civiles como de los propios operadores generó que en la actualidad se esté discutiendo la necesidad de introducir cambios no sólo normativos sino también en las prácticas: la implementación de procesos de capacitación diferentes a los que llevaron a cabo, la posibilidad de flexibilizar el sistema de distribución de las causas por distrito en el caso de la investigación penal preparatoria a los fines de dar respuestas a las víctimas, la desformalización de la investigación penal preparatoria, como asimismo en el consenso de «profundizar el sistema acusatorio», se han suscripto convenios interinstitucionales que expresan la voluntad de crear procesos más ágiles para la resolución de los conflictos, especialmente los derivados de hechos flagrantes, y la utilización de la oralidad en la toma de decisiones en las etapas previas al juicio.

II. OBJETIVOS QUE SE PLANTEÓ LA REFORMA PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA

Los objetivos que se pretendieron alcanzar con la reforma procesal penal en nuestra Provincia fueron los siguientes:

- Mayor eficacia.
- Mayores garantías individuales.
- Mayor celeridad.
- Mayor participación popular.
- Profundización del modelo acusatorio.

A los fines de alcanzar dichos objetivos, las principales innovaciones introducidas fueron:

II.1. Mayor eficacia y garantías

El nuevo Código pretendió poner límites al poder represivo del Estado sobre la persona del imputado. En este sentido, se sustituyó la investigación jurisdiccional por una investigación fiscal preparatoria.

Invirtiendo la regla del Código Procesal Penal anterior, se estableció, como regla general, la investigación fiscal preparatoria, a cargo de un Fiscal de Instrucción, y como excepción la investigación jurisdiccional, a cargo del Juez de Instrucción, en los casos de obstáculos fundados en privilegios constitucionales.

Al Fiscal de Instrucción se le otorgaron amplias atribuciones respecto a las diligencias necesarias para la incorporación de pruebas que den base a la acusación, como así también a las relativas a las medidas de coerción personal que pueden ser adoptadas respecto a la persona del imputado, las que son susceptibles de ser sometidas a un doble control, el del Juez de Control, por vía de la oposición, y el de la Cámara de Acusación, a través del recurso de apelación.

A través de este cambio en los roles, se buscó hacer desaparecer el sumario prevencional y judicializar la investigación, poniendo a cargo exclusivo del juez decisiones acerca del allanamiento de morada, la interceptación de correspondencia, la intervención de comunicación telefónica, el ejercicio del control en lo referente al dictado de la prisión preventiva.

Se pretendió plasmar el derecho de defensa en su interpretación más amplia al señalarse que «toda persona podrá hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra», y aún para el caso que el imputado no esté individualizado se satisface su derecho de defensa con la intervención de un asesor letrado designado de oficio.

II.2. Mayor celeridad

A los fines de cumplir este objetivo, se estableció un plazo máximo de dos años de duración del proceso, se mantuvieron los plazos fatales, se abreviaron los términos de la investigación penal preparatoria y se eliminó la obligación de resolver la situación del imputado si se encuentra en libertad.

Con el mismo propósito se introdujo el procedimiento de juicio abreviado, a pedido del imputado y mediando confesión.

La Ley 8658 (que modifica la Ley 8123) introdujo, por su parte, el «juicio abreviado inicial», que puede ser realizado durante la investigación penal preparatoria, a pedido del imputado, en los casos de flagrancia y con idénticos requisitos del juicio abreviado.

En la misma reforma se asignó el ejercicio de la jurisdicción en la etapa del juicio a las Salas Unipersonales como regla general y a las Cámaras en Colegio como excepción (causas complejas; por oposición de la defensa; integración por Jurados escabinados y populares según el caso).

II.3. Mayor participación ciudadana

En un primer momento, con esta finalidad, se introdujeron los Tribunales Colegiados con Jurados (con igual atribuciones que los jueces), a pedido del Ministerio Público, del Querellante o del Imputado y para los delitos cuya pena máxima sea de 15 años o superior. La integración por Jurados es mixta o de jurados escabinos, ya que se encuentran conformados por tres jueces técnicos y dos jueces legos.

Posteriormente, en el año 2004, se sancionó la ley de jurados populares (ley N° 9182) donde la participación de los ciudadanos legos es mayoritaria sobre los jueces técnicos (8 jurados populares más 4 suplentes y tres jueces técnicos), con la particularidad que esta integración no es a pedido de parte sino obligatoria en todos los casos donde se juzguen delitos gravísimos, según la escala de pena del Código Penal y delitos comprendidos por el fuero penal económico y anticorrupción administrativa, todos ellos enumerados expresamente por la propia ley de jurados.

Asimismo, procurando darle una mayor tutela al ofendido por el delito y dotar al proceso de un elemento dinamizador, se le acordaron derechos a los particulares en orden al ejercicio de la acción penal pública, a través de la participación de la víctima del delito como querellante particular adhesivo. Si bien el monopolio de la acción penal pública sigue a cargo del Ministerio Público, el querellante particular tiene la posibilidad de acreditar el delito cometido y la responsabilidad penal del imputado.

En igual sentido se reguló la participación de la víctima en calidad de actora civil; también se estableció la posibilidad de ser informada de actos relevantes de la causa aún cuando no se encuentre constituida en parte.

II.4. Profundización del modelo acusatorio

Pretendiendo evitar que el mismo Juez sea quien busque las pruebas y luego juzgue su eficacia, se estableció que, durante el juicio, las partes tienen bajo su responsabilidad la iniciativa probatoria, que antes detentaba autónomamente el Tribunal, quien ahora tiene solamente la posibilidad normativa de formular preguntas aclaratorias.

Normativamente, se evidencia la preocupación por resguardar los principios de inmediación y contradicción, respecto de las declaraciones testificales, por ejemplo al reducirse la posibilidad de acuerdo para la incorporación por lectura de testimonios.

III. SITUACIÓN DE LA REFORMA

A pesar que se observan deficiencias y obstáculos normativos que impiden la realización efectiva del sistema acusatorio, si evaluamos la reforma desde sus objetivos, es posible afirmar que normativamente se diseñó un sistema conforme a ellos. Ahora bien, desde el análisis de la reforma a partir de los objetivos, pero en el plano de las prácticas de los operadores, no se logró cumplir con el cambio cultural que los mismos exigían.

Consideramos que todo proceso de reforma es evaluable, está lleno de problemas, impacta en la realidad, moviliza recursos y las viejas prácticas combaten con las que se pretenden instalar.

En base a estos criterios vamos a desarrollar el funcionamiento del sistema desde la práctica de sus actores, de los sectores de gobierno y de la relación con la comunidad.

IV. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Es habitual escuchar de los operadores del sistema frases tales como «se investiga poco y mal»; «la acusación es deficiente»; «la acusación es insostenible por los Fiscales de Cámara»; «no existe la investigación»; «la policía judicial no investiga»; «la judicialización del sistema sigue siendo una expresión de deseos», para citar las más resonantes.

IV.1. La crisis de identidad

Desde las bases sobre las que se elaboró y sancionó el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, como ya hemos planteado, en orden a la mayor eficacia del proceso penal se modificó la etapa de la investigación, otorgándole a los Fiscales de

Instrucción facultades específicas a los fines de la dirección de la investigación penal preparatoria y un ámbito de actuación territorial determinado (denominado distrito).

El Ministerio Público adquirió así el protagonismo en esta etapa esencial del proceso, siendo dotado por la ley de una estructura organizativa y del auxilio de la Policía Judicial, a los fines de lograr los objetivos propuestos.

La Policía Judicial adquirió, por su parte, una nueva dimensión y una dinámica diferente, con su puesta en funcionamiento como Policía de Investigación, diferenciándose de la de Prevención, que quedó en el ámbito de la Policía Administrativa. Antes de la reforma, la Policía Administrativa tenía la responsabilidad de la prevención y represión, a través de la investigación de los delitos, función esta última que estaba bajo la dirección del Juez de Instrucción.

Con la nueva distribución normativa de roles, el Ministerio Público es el director de la investigación judicial y cuenta para el ejercicio de sus funciones con la Policía de Investigación (Policía Judicial), quedando las atribuciones de la Policía Administrativa circunscriptas al ámbito de la prevención del delito. El Juez aparece en el nuevo diseño como un órgano de control de las garantías constitucionales.

La reforma procuraba así «... establecer un procedimiento de investigación a cargo del Ministerio Fiscal, eficaz, ágil y garantizador, reduciendo la actividad del juez sólo a algunas instancias de autorización o control, impuestas por requisitos constitucionales (...). Con él, además de un mayor resguardo de aquellos principios, se procura obtener también ventajas prácticas en orden a la eficacia, al evitar cierta pomposidad de la instrucción jurisdiccional para fundar la acusación, y al aprovechar la actividad policial dirigida por el Fiscal (que en aquel sistema se reproduce ante el Juez), acordándole al Ministerio Público la estrategia de la investigación»¹.

Con esta nueva estructura se proyectó la completa judicialización de la investigación, la desaparición del sumario prevencional (que estaba a cargo de la policía administrativa y que luego era totalmente reproducido en el ámbito del Juzgado de Instrucción), reemplazándolo por actuaciones judiciales, a cargo de oficiales de

¹ CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Introducción al Nuevo Código Procesal penal de la Provincia de Córdoba*, Lerner, Córdoba, 1992.

la policía judicial y bajo la directa supervisión del Fiscal de Instrucción.

Esta judicialización importó un verdadero conflicto de poder, porque significó quitarle a la policía administrativa el manejo directo de los sumarios.

En síntesis la reforma diseñó el siguiente modelo de investigación penal:

Policía Administrativa: a cargo de la prevención del delito. Cuando es requerida su actuación en funciones propias de la policía judicial sus actos se consideran realizados por dicha policía.

Policía Judicial: a cargo de la investigación judicial de los hechos delictivos. Bajo la dirección del Fiscal de Instrucción, instruye las actuaciones judiciales. Contando con medios propios, como el área científica, que aporta el conocimiento específico sobre cuestiones probatorias (toma de huellas, retratos hablados, pericias caligráficas, químicas, médicas, toma fotografías, planos, croquis, etcétera).

A doce años de la implementación de la reforma, y siempre en relación a los objetivos que se planteó, se advierte un verdadero conflicto de roles, esto es una *crisis de identidad de los actores de la investigación*, una burocratización de la investigación, una judicialización incompleta y una reproducción de viejas prácticas que la reforma pretendía erradicar.

Una pregunta a responder es si las deficiencias que se observan se deben al diseño normativo de la investigación, a las prácticas efectivas de los operadores o a ambas razones, y en este último caso en qué medida.

De la observación directa de las prácticas y de las entrevistas con los distintos actores, surge claramente que el principal problema que desvirtúa el modelo diseñado por la reforma para la investigación *reside en que los operadores confunden sus roles*:

- Las policías están sufriendo una crisis de identidad.
- Los ayudantes fiscales, actúan como verdaderos fiscales.
- Los fiscales de instrucción actúan como los antiguos jueces de instrucción.

IV.1.a. La crisis de identidad de las policías

Si bien la policía administrativa se debe ocupar de la prevención del delito, en la práctica su ámbito de actuación se amplía, invadiendo funciones propias de la policía judicial: *la policía administrativa sigue siendo policía de investigación*. Continúa siendo la principal fuente de información del proceso, ya que se ocupa de las investigaciones en la calle y concreta operativamente los pro-

cedimientos ordenados por el Fiscal o del Juez de Control (allanamientos, constatación de domicilios etcétera). Afectan personal para la investigación de los hechos delictivos, como el grupo de inteligencia CIE o el que está a cargo de Drogas peligrosas.

Paradójicamente la Policía Judicial no cuenta con sus propios investigadores en la calle (salvo los detectives capacitados de la Dirección de la Policía Judicial que actúan en determinadas causas) y las actuaciones judiciales a su cargo dependen de la información que es recogida por la policía administrativa.

Esto genera un problema grave, ya que la fuerza policial administrativa responde a su mando natural que es el Comisario, y a su vez, debe responder a las instrucciones del Fiscal o Ayudante Fiscal en la investigación de una causa en particular. Es decir, tienen dos jefes con distintos objetivos, lo que en más de una vez suele provocar colisión de intereses. Por ejemplo, el personal del CIE debe cumplir las órdenes del Fiscal de Instrucción en un caso particular, generalmente materializadas a través del Ayudante Fiscal, pero a su vez lo que realmente le interesa al CIE es contabilizar cantidad de gente detenida y domicilios allanados ya que son evaluados por sus superiores (que no son los Fiscales) por el número de detenidos y de allanamientos que se concretan en la semana. Los criterios de productividad que cada una de los organismos se propone son diferentes –a veces hasta contradictorios– y la policía administrativa debe responder a ambos.

Además de la dualidad de mandos, expresan algunos ayudantes fiscales, que existen Comisarios que, con la excusa de atender los reclamos de seguridad de la ciudadanía de su sector, preparan y destinan grupos de investigadores de calle, que interfieren en la actividad de la policía judicial.

A esta altura surgen los siguientes interrogantes:

¿Quién fija en nuestra Provincia la política de persecución penal?

¿Cambió realmente la práctica de la investigación?

¿Está capacitada actualmente la policía administrativa para investigar?

¿Qué calidad de información suministra al proceso penal?

Entonces, la reforma, ¿dónde se quedó?: en decir –y sólo eso– que creó una policía judicial, en tanto no ha logrado aún integrar el segmento de investigación de calle o parte operativa de calle, con el impacto que esto tiene.

Por otro lado, tenemos una policía administrativa que todavía no ha logrado tener el perfil preventivo que debiera –según dispuso la reforma– ni el de investigación que de hecho lleva adelante.

Así el estado de las cosas, pareciera que los operadores del sistema ya no tienen prejuicios en relación a las prácticas de investigación que lleva adelante la policía administrativa, pero en todos los casos consideran que se debe circunscribir su facultad a la investigación de delitos comunes (robos, hurtos, violaciones, etcétera) y dejar la investigación de los delitos complejos, donde intervienen bandas u organizaciones delictuales (secuestros, grandes estafas, etcétera) en manos de investigadores calificados de la policía judicial y que ambas policías deberían actuar bajo la estricta vigilancia y coordinación del Fiscal de Instrucción.

IV.1.b. Los ayudantes fiscales actúan como verdaderos fiscales

El Fiscal de Instrucción aparece aquí como la figura clave para lograr la armonía de actuación entre ambas policías, de modo que se logre arrimar a la investigación penal información de calidad, que permita el esclarecimiento de los hechos.

Pero pareciera que el gran ausente en la Investigación Penal Preparatoria es justamente quien representa el eje de la investigación y de cuya performance depende la eficacia de la persecución: el Fiscal de Instrucción.

Opinan coincidentemente los Ayudantes Fiscales que «el fiscal de instrucción no está involucrado en la investigación que debe dirigir» (...) «sólo se interesan por las causas con preso, donde existen abogados que insisten en su avocamiento». Los abogados defensores coinciden con esta afirmación cuando expresan «el fiscal no está involucrado en la investigación, espera que le traigan las causas. Espera que las cosas lleguen. Hay fiscales que son de distritos muy populosos, pero están esperando que lleguen los sumarios, sentados en sus despachos. Lo que hiere de muerte al sistema son los operadores, la ley está bien en cierta medida».

Que los fiscales de instrucción no se involucren en la investigación en la práctica significa que se encuentran en sus despachos a la espera de las actuaciones judiciales que se labran en el ámbito de la policía judicial, para tomarle la declaración al imputado, receptar algún elemento probatorio y resolver la situación procesal del imputado. Mientras tanto, es en la Unidad Judicial donde se han estado receptando los elementos probatorios más importantes, sin acceso de las partes a las pruebas, porque aún no se ha levantado el secreto del sumario que se concreta después de la declaración del imputado.

Y en la Unidad Judicial, el Ayudante Fiscal hace lo que puede con los escasos recursos que dispone: a veces deben postergar detenciones o allanamiento importantes por falta de móviles o per-

sonal disponible y ni hablar de la falta de útiles indispensables para su labor cotidiana (computadoras, impresoras, tinta, papel, etcétera).

La ausencia del Fiscal de Instrucción se hace evidente toda vez que una vez más todos los operadores consultados coinciden en afirmar que la productividad y eficiencia de una Unidad Judicial depende no del Fiscal del Distrito, que es el encargado de su coordinación y dirección, sino de la contingente predisposición y calidad personal del Ayudante Fiscal.

Un Ayudante Fiscal expresó que «al Fiscal sólo le importan las causas con preso. Por Ejemplo, un robo comando donde participan 4 personas. Detienen a dos, a los fiscales les importa la situación de estos dos y máxime si tienen abogado que le insiste con la declaración. En ese caso te piden los sumarios. Yo te pediría que lean los sumarios, nunca hay directivas de Fiscalía, sólo controlan las directivas nuestras. Muy pocas veces dan directivas, cuando te piden un sumario porque los van a ver a Tribunales, pero sino no hay apuro y por los plazos fatales cuando hay presos. Volvamos al caso que tenemos un hecho cometido por cuatro personas, dos están detenidos y dos se dieron a la fuga, a la Fiscalía no le interesan estos dos. Cuando da positiva la detención y se encuentra algo, ahí les interesa la causa, hasta ese momento nada. El Fiscal no está involucrado para nada, en absoluto, no les interesa la investigación».

Se observa que los Ayudantes Fiscales deben ocuparse además, de tareas que les derivan de las Fiscalías, que debieran agotarse en las mismas fiscalías. En ese sentido los ayudantes fiscales se quejan porque «van los denunciantes a la fiscalía y los mandan a la unidad judicial con un oficio del secretario y del fiscal para que el ayudante fiscal se sirva recibirle la denuncia, es el ejemplo máximo de vagancia, sobre todo si se tiene en cuenta que en las fiscalías tienen todos los elementos indispensables, comodidades, empleados, computadoras etc.».

IV.1.c. Los fiscales de instrucción actúan como jueces de instrucción

Una muestra de esta última confusión de roles podría describirse así: existen numerosos casos donde desde la detención hasta la declaración del imputado transcurren el escandaloso lapso de más de 20 días aproximadamente, cuando la ley ritual exige apenas 24 hs. ¿Qué hace el Fiscal de Instrucción mientras tanto? Exige (y siempre que lo solicite un abogado defensor insistente) desde su despacho que se le «eleve el sumario» de la Unidad Judicial una

vez concluido, el que luego permanece otro buen tiempo en el ámbito de la Fiscalía (convertido ahora en expediente). Es importante destacar que hasta tanto no llega el «sumario» a la Fiscalía inexplicablemente no se le toma la declaración al imputado (salvo en los casos excepcionales en que algún abogado defensor exija la recepción de la declaración, en cuyo caso se remiten las actuaciones a la Fiscalía a ese sólo fin y luego se las reenvía a la Unidad judicial para su conclusión). Así, seguimos con un «sumario» que permanece para su «tramitación» en dos oficinas diferentes durante un largo tiempo, a pesar de que se pretende que esa oficina es una sola, importando en la práctica una reproducción lisa y llana del sumario prevencional tan cuestionado.

No hace falta ser un observador experto para advertir que no sólo se habla sino, lo que es más grave, se actúa como si nada hubiera cambiado: *se reproducen sistemáticamente las prácticas del viejo sistema, con la única diferencia de cambio de nombres y oficinas.*

Los abogados penalistas entrevistados, manifiestan unánimemente que «los fiscales se parecen mucho a lo que era el Juez de Instrucción, ellos nunca se han asumido como fiscales, que es algo muy distinto al juez. Tienen una actividad juzgadora. No es la tarea de ellos, la tarea de ellos es dirigir la investigación, imprimirle una definida línea tendiente a obtener los fines del proceso».

Aquí nuevamente surge el interrogante si estamos ante una deficiencia del sistema normativo o si se trata de las prácticas de los actores del sistema.

Estimamos que las deficiencias se observan en ambos extremos. Es un problema de sistema porque es la propia ley ritual la que autoriza al fiscal de instrucción a dictar la medida de coerción personal más grave, que es la prisión preventiva, permitiéndole de ese modo realizar un mérito de los elementos probatorios por el mismo recolectados, reproduciendo así la función del Juez de Instrucción del antiguo procedimiento y padeciendo idéntica «esquizofrenia», usando un término más que elocuente acuñado por el Dr. MARIANO RODRÍGUEZ.

Resulta indispensable recordar que en el Anteproyecto de reforma al Código Procesal penal elaborado por la Comisión de Reforma, se establecía que la imposición de la prisión preventiva estaba a cargo del Juez de Instrucción o Juez de garantías mediante Auto, a requerimiento del Fiscal de Instrucción, que debía hacer el pedido motivadamente. La Cámara de Senadores modificó el modo de imponer la prisión preventiva, acordándole al Fiscal esta atribución, con control jurisdiccional.

IV.2. Burocratización de la investigación

La burocratización aparece como una consecuencia de la excesiva formalidad que se le está imprimiendo al trámite de la investigación, que se pretendía debía ser ágil, rápida, eficaz y garantizadora.

También aquí se observan problemas normativos y en la actuación de los operadores. El Código Procesal exige que la investigación sea escrita, y que las diligencias del sumario se hagan constar en actas que el Secretario extenderá y compilará, conforme a lo dispuesto en el Capítulo II, Título VI del Libro Primero.

La excesiva formalización de la etapa de la investigación, bajo la lógica de construcción de un expediente, atenta con el «carácter preparatorio» que la ley ritual le otorgó a esta etapa y reduce la centralidad del juicio oral, que era el verdadero alcance y significado que pretendía el nuevo código procesal penal.

El verdadero alcance que en el contexto de la reforma se le quiso otorgar a la investigación penal con su carácter de «Preparatoria» significa que en esta etapa se debe realizar una investigación completa y exhaustiva, que sirva de base sustentable a la acusación para ser confrontada con los argumentos defensivos en la etapa del debate.

El Ministerio Público ha sido estructurado a imagen y semejanza del poder judicial, siendo este un obstáculo para la desformalización de la investigación. Es indispensable una estructura diferente para el Ministerio Público como condición necesaria para lograr la optimización de los recursos humanos y eficientizar la investigación.

Parece absurdo que sean funcionarios distintos los que se encarguen de preparar, formular y sostener la acusación (el Ayudante Fiscal, el Fiscal de Instrucción y el Fiscal de Cámara o Correccional), empezando cada uno a conocer el caso de cero y desentendiéndose el que cumplió la tarea anterior. El problema que esto genera queda en evidencia cuando el Fiscal de Cámara considera que está incompleta y deficiente la investigación, viéndose obligado a solicitar una investigación suplementaria (muchas veces desnaturalizando los actos preliminares al juicio) para lograr sostener la acusación; situación que se presenta como una queja constante de los Fiscales de Cámara.

Obviamente este sistema además de implicar un desgaste burocrático e inútil, no ayuda a la coherencia y eficiencia de la persecución.

Un sistema así permite que cada funcionario no sienta responsabilidad sobre el éxito de la acusación en el juicio, tapando las propias deficiencias escudándose en el inferior o en el superior.

No se percibe, en general, por parte de los responsables de la investigación, interés por tomar la iniciativa en la «lucha contra el delito», adoptando políticas de persecución que tengan en cuenta la realidad delictiva de cada distrito, tendiente a enfrentar manifestaciones concretas. La rutina de trabajo se circunscribe a atender los asuntos que llegan a los despachos de los funcionarios, que si bien son muchos, no se encuentran normativamente imposibilitados de tomar la iniciativa investigativa. El ciudadano recibe así una imagen confusa de la organización del sistema, no alcanza a percibir dónde debe plantear sus problemas (todavía se cree – inclusive los periodistas– que la denuncia se formula en la «Policía»), ni a quien (no se sabe bien quien es el Fiscal de turno, ni porqué quien recibe la denuncia termina no siendo quien va a ocuparse del tema). Respecto de la unidad de actuación del Ministerio Público, parece existir una desconexión horizontal y vertical de sus integrantes, tanto de los que intervienen en la investigación como de los que lo hacen en la etapa del juzgamiento. Así, por ejemplo, no se tiene en cuenta (ni aún estratégicamente), la información que manejan los fiscales de instrucción en un distrito respecto de otro (la actitud parece orientarse a manejar exclusivamente los datos del «sumario», con independencia absoluta de los datos que podrían obrar en otros, mucho más si de ello pudiese derivar una acumulación), no apreciándose que se maneje la alternativa del trabajo en colaboración o en equipo. No es distinto lo que ocurre con los fiscales que actúan ante los tribunales de juicio (pese a una iniciativa en contrario de la Fiscalía General), transformándose éstos además, en los críticos más severos de la actividad desarrollada por los anteriores, quedando expuestas además las diferencias de criterios, documentadamente en el expediente.

V. TRATAMIENTO DE VÍCTIMAS

El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, establece en su art. 96 (reformado en el año 2004) que las víctimas del delito y sus herederos forzosos tendrán derecho a ser informadas acerca de las facultades que pueden ejercer en el proceso y de las resoluciones que se dicten sobre la situación del imputado; cuando sean menores, tendrán derecho a ser acompañadas, durante la realización de los actos procesales, por personas de su confianza.

Asimismo, permite la participación de la víctima en el proceso –salvo el incoado contra menores– a través de su constitución como querellante particular o actor civil, a los fines de acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad del imputado, en el primer caso, y obtener una reparación económica, en el segundo.

Si bien es posible la participación de la víctima en el proceso a través de estas dos figuras legales, un problema normativo que se plantea es que si el fiscal solicita al Juez de Control el sobreseimiento del imputado, la acción penal pública en ningún caso puede ser convertida en acción privada, por lo que si el Juez resuelve el sobreseimiento, salvo la posibilidad de recurrir a la vía recursiva y apelar esta medida, la víctima no tiene posibilidades de continuar el proceso si el superior resuelve asimismo a favor del sobreseimiento del imputado; esto determina el carácter de adhesivo de la actuación del querellante particular.

Por su parte, el Art. 221 bis, introducido al Código en el año 2004, establece que cuando se trate de víctimas o testigos de delitos sexuales, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los dieciséis años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento: Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial, pudiendo ser acompañado por otro especialista cuando el caso particular lo requiera, ambos designados por el órgano que ordene la medida, procurando la continuidad del mismo profesional durante todo el proceso, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho órgano o las partes, salvo que excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo pudiera autorizar. El órgano interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima y/o testigo o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho. El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, cuando ello fuere posible. El órgano interviniente podrá requerir al profesional actuante la elaboración de un informe detallado, circunscrito a todos los hechos acontecidos en el acto procesal. A pedido de parte, o si el órgano interviniente lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico.

De la descripción de nuestra normativa procesal penal actual, referida al tratamiento de la víctima, se desprende que, si bien la misma es mejorable, a nivel normativo no existen serios problemas, sino que la reforma fue capaz de generar un marco de protección y asistencia de la víctima en general, en concordancia con lo

que establece la «Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder» (ONU, 1985), *por lo que podemos sostener que los principales desafíos en relación a las víctimas no se encuentran en este nivel, sino al nivel de las prácticas concretas del sistema, a las cuales nos referiremos.*

V.1. Trato digno. Participación efectiva de la víctima en el proceso

Existen ciertas prácticas que, atentando abiertamente contra los derechos que las víctimas tienen, llevan a sostener que en general las víctimas no reciben del sistema un trato adecuado, acorde con el respeto y la dignidad que su condición de tales impone, resultando las mismas, en consecuencia, revictimizadas².

En efecto, las víctimas, a lo largo de todo el proceso –incluido el momento en que formulan la denuncia– se ven sometidas a largas esperas, muchas veces en espacios *físicos poco adecuados, raramente son informadas de manera elocuente acerca de su rol dentro del proceso y del alcance del mismo y, mucho menos, de la marcha de las actuaciones y/o de las decisiones que se van adoptando.*

Salvo para el caso de las mujeres y los varones menores de 12 años víctimas de delitos sexuales, que desde el 2005 reciben un trato diferencial, experiencia a la que nos referiremos más adelante, podemos sostener que los principales problemas que observamos se plantean en la práctica, respecto al tratamiento de las víctimas por parte de nuestro sistema, en violación a sus derechos más elementales, son los siguientes:

- *No existen mecanismos eficientes de orientación e información a las víctimas, tanto sobre el sistema en general, como sobre las resoluciones que se dictan respecto a la situación del imputado o respecto a la marcha del proceso, en particular: Si bien está prevista normativamente la obligación de los Fiscales y Ayudantes Fiscales de brindar información a las víctimas cuando éstas formulan la denuncia, acerca de sus derechos como víctimas, en la práctica esta obligación no se cumple, limitándose los empleados que reciben las denuncias a informarles sobre la posibilidad de constituirse en querrelante particular o actor civil, ya que el cumplimiento*

² Se entiende por segunda victimización, victimización secundario o revictimización a aquella que ocurre no como un resultado directo de la acción delictiva, sino como consecuencia de la respuesta y el trato dado por las instituciones, el entorno social y los medios de prensa que provocan un nuevo daño en la víctima.

de dicha obligación debe constar en el acta de la denuncia, pero sin explicarles, en términos claros, lo que este derecho significa.

Un avance en este punto es que desde el año 2005, como iniciativa de la Fiscalía General, se han colocado en las Unidades Judiciales carteles informativos sobre los derechos que tienen las víctimas y los imputados, lo cual consideramos una iniciativa destacable por parte del Ministerio Público.

Asimismo, se creó, pero aún no se ha puesto en funcionamiento, dentro del ámbito del Ministerio Público, la «Oficina de Orientación y Atención de la Víctima y el Querellante Particular», por lo que, obviamente, no hemos podido evaluar el funcionamiento de la misma.

Con respecto a la información sobre el desarrollo del proceso, si la víctima no se ha constituido como querellante particular o actor civil, nunca es informada sobre las resoluciones que se dictan respecto a la situación del imputado (por ejemplo su sobreseimiento) o respecto a la marcha del proceso (por ejemplo la citación a juicio o la realización de un juicio abreviado), tampoco puede tener acceso al «expediente» ni participar de los actos del proceso, salvo en los que deba hacerlo, obligatoriamente, como testigo.

- *No existen mecanismos eficaces para garantizar la efectiva participación de la víctima en el proceso:* La única forma a través de la cual las víctimas pueden acceder a la información sobre el curso del proceso, pueden solicitar que sus peticiones sean contempladas para tomar ciertas medidas a lo largo del mismo, y pueden ser reparadas por el delito, es a través de su participación en el proceso como querellante particular o actor civil. Por esto, dicha participación como parte es relevante, y debiera ser promovida y garantizada, a los fines del ejercicio de los derechos de los cuales son titulares.

En la práctica sucede todo lo contrario, si bien al momento de formular la denuncia se les informa, cumpliendo una formalidad, acerca de la posibilidad de constituirse como querellante particular y/o actor civil, no se les explica claramente la importancia de esta participación ni reciben incentivo alguno por parte del sistema para realizarlo.

Para constituirse en querellante particular o actor civil, las víctimas deben presentar un escrito al Fiscal con el patrocinio de un letrado, lo cual es obligatorio y, por supuesto, oneroso, ya que, salvo que demuestren ser personas de escasos recursos y sean patrocinadas, en el caso de constituirse como querellante y actor civil, por un Asesor Letrado, deben recurrir a un abogado privado, lo cual supone un costo considerable.

- *Las víctimas son tratadas como un testigo más*: Si la víctima no se ha constituido como querellante particular o actor civil, sus peticiones, en general, no son escuchadas por los fiscales (salvo destacadas excepciones), a los fines de la toma de decisiones por parte de estos, ni pueden participar de los actos de investigación, salvo aquellos que en los que obligadamente debe hacerlo, en calidad de testigo. Cuando esto sucede, deben someterse a largas esperas, por ejemplo, si deben participar de un reconocimiento en una rueda de personas, y el imputado se encuentra en prisión preventiva y debe ser traído a Tribunales por el Servicio Penitenciario, las víctimas deben esperar a que esto suceda, y muchas veces pueden pasar varias horas entre que llegan y el momento en que se realiza el reconocimiento, sin que nadie les pida ni siquiera disculpas por la demora.

- *No existe un sistema integral de asistencia y patrocinio legal gratuito a favor a la víctima*: Ya dijimos que para que la víctima pueda constituirse como querellante particular o actor civil es necesario contar con el patrocinio obligatorio de un letrado, lo cual, si se recurre a un abogado particular es bastante costoso, en términos económicos.

La única manera que las personas de escasos recursos, que no pueden afrontar el costo de un abogado privado, puedan participar en el proceso como actor civil es con el patrocinio de un asesor letrado en lo penal, quienes deben, según la ley, patrocinar o representar en el proceso penal a quienes tengan derecho a promover querrela y patrocinar o representar, en el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, tanto al actor como al demandado.

Actualmente, un asesor letrado en lo penal ha sido afectado para atender exclusivamente a las víctimas. La principal crítica que puede hacerse a este mecanismo es que, mas allá de lo ineficiente que resulta que una sola persona se ocupe del patrocinio legal gratuito de las víctimas.

Entendiendo que la víctima es un actor clave para la eficacia del sistema, y que resulta indispensable que éste le ofrezca un escenario que genere confianza para formular denuncias y motivación para colaborar con el esclarecimiento de los hechos denunciados, ya que sin víctima dispuesta a denunciar el delito que ha sido objeto, o sin víctima motivada a entregar información relevante para su esclarecimiento, las posibilidades del sistema de conocer el caso y luego resolverlo son muy escasas; nuestra reforma, intentó otorgar a la víctima un rol más protagónico, pero este objetivo no se ha reflejado en acciones concretas, que lo hagan realidad. Es así que todos los problemas referidos se reflejan cla-

ramente en datos de la realidad, que muestran la escasa participación de la víctima en el proceso, a través de su constitución en querellante particular o actor civil, y que nos permiten sostener que nuestro sistema no ha generado incentivos para la participación activa de las víctimas en el proceso. Si una víctima pierde tiempo cada vez que debe concurrir a los Tribunales, debe gastar dinero o sus preocupaciones no son escuchadas, seguramente no encontrará ningún interés en participar activamente en el proceso.

V.2. Protección y asistencia

Respecto a los derechos, de protección y de asistencia de las víctimas, nuestro sistema presenta igualmente serios problemas:

- *Ausencia de mecanismos de protección para distintas clases de víctimas*: Los únicos mecanismos de protección de las víctimas que podemos encontrar son los que, eventualmente, puede adoptar un fiscal en un caso concreto, ante un pedido formal de la víctima, como por ejemplo la imposición de una medida cautelar en un caso de violencia familiar, por la cual se prohíba al imputado aproximarse a la víctima o exclusión del hogar. Este tipo de medidas presentan principalmente problemas en su cumplimiento efectivo, ya que, una vez dispuestas, no se contemplan incentivos negativos para lograr que sean efectivamente cumplidas por los imputados, ni mecanismos de control eficaz.

Respecto al derecho de las víctimas a obtener asistencia social, médica o psicológica por los daños causados por el delito cometido en su contra, las principales deficiencias que podemos encontrar en nuestro sistema son los siguientes.

- *Ineficacia de los mecanismos institucionales de atención y asistencia de las víctimas. Falta de coordinación entre el Ministerio Público y los diversos organismos (estatales y no estatales) que trabajan en asistencia a las víctimas*: Dentro del ámbito del Ministerio Público no existe una oficina especializada para brindar asistencia integral a las víctimas, sino que esta obligación se encuentra en cabeza de cada uno de los Fiscales, quienes no se ocupan de tal función, sino que, según el fiscal de que se trate, se limitan, a través de sus empleados, a informar a las víctimas sobre la existencia de la Dirección de Asistencia a la Víctima del Delito, perteneciente al Poder Ejecutivo, derivándolas (no de manera institucional) a dicha Repartición, donde pueden recibir asistencia psicológica y legal.

Como ya se adelantó, en el ámbito del Poder Ejecutivo funciona un Programa de Asistencia a la Víctima del Delito (Pertene-

ciente a la Dirección de Asistencia a la Víctima del Delito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), encargado de brindar asistencia psicológica y legal (no patrocinio) a las víctimas de delitos. Este Programa presta la atención referida por fuera del proceso, e independientemente a si se ha iniciado o no causa penal.

Igualmente, existen Organizaciones de la Sociedad Civil, que se encargan de brindar asistencia psicológica a las víctimas de delitos en general, pero la asistencia que las mismas pueden prestar es aún bastante precaria, como consecuencia de la falta de recursos humanos y materiales de las mismas.

La principal problemática en este tema es que el sistema de justicia, no sólo no brinda la asistencia que la víctima requiere, sino que tampoco existe un trabajo de coordinación, ni siquiera de derivación, entre el Ministerio Público y los diversos organismos mencionados (estatales y no estatales) que trabajan en la asistencia a las víctimas, desaprovechándose los recursos existentes, y no lográndose constituir un sistema de atención integral a las víctimas, que los incorpore.

En otras palabras, el Ministerio Público no ha sido capaz aún de realizar alianzas estratégicas entre organizaciones de la sociedad civil y organismos estatales, con experiencia en el trabajo de asistencia a las víctimas, a los fines de mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las víctimas de delitos, de promover y articular una gama de servicios que el sistema puede ofrecer, a través de estas organizaciones, a las víctimas, monitoreando su funcionamiento y generando políticas públicas sobre la asistencia y el tratamiento integral de las víctimas.

V.3. Reparación

Respecto al derecho a la reparación integral que tienen las víctimas, los principales problemas detectados son los siguientes:

- *No existen mecanismos para lograr acuerdos reparatorios entre la víctima y el imputado:* Nuestra reforma no ha promovido la reparación de la víctima en forma temprana, a través de diferentes incentivos y mecanismo que la permitan.

Esto es principalmente un problema normativo, ya que nuestra legislación no autoriza la posibilidad de realizar acuerdos reparatorios como salida alternativa al juicio.

Si es posible utilizar como salida alternativa la *suspensión del juicio a prueba*, en los casos que la pena del delito no supere los tres años de prisión (por ejemplo el abuso sexual simple y exhibiciones obscenas); actualmente los Tribunales aplican la tesis amplia, sostenida por el Tribunal Superior de Justicia, que establece

que debe tenerse en cuenta, a los efectos de considerar la posibilidad de que el imputado sea favorecido con una suspensión del juicio a prueba, no la pena conminada en abstracto para el delito que se trate, sino un pronóstico de pena efectivo, lo que ha permitido un uso mayor de esta herramienta.

Más allá que para aplicar una suspensión del proceso a prueba, la víctima que no se ha constituido como parte del proceso, es consultada e informada, aunque su opinión no es vinculante; principalmente cuando se constituyó como actor civil y/o querellante particular, se establece como condición para la suspensión del proceso que la víctima sea compensada económicamente por el hecho, incentivándose de esta manera la reparación económica de la víctima.

Otro problema que se observa es la oportunidad en que se utiliza la suspensión del juicio a prueba como modo de dar respuesta al conflicto. Hasta hace cuatro años era imposible acceder a esta posibilidad legal en las etapas previas al juicio. Sólo se discutía esta respuesta del sistema en la etapa del juicio y siempre en forma escrita, es decir que se resuelve la suspensión del juicio a prueba mediante el intercambio de escritos, no en el marco de una audiencia oral y pública. Actualmente contamos ya, en virtud de jurisprudencia de algunos jueces de control, con la posibilidad de concretar una suspensión del juicio a prueba en la etapa inicial, pero aún no se ha generalizado que esta decisión se tome en el marco de una audiencia.

- *Escasa participación del actor civil en el proceso penal:* Si se tiene en cuenta que la única forma de obtener una reparación por el delito es a través de la constitución de la víctima como actor civil en el proceso, la realidad indica que el sistema no ha sido capaz de generar incentivos para que la víctima busque lograr una reparación en el proceso penal.

Esto obedece, principalmente, a que a través de la constitución como actor civil, sólo puede reclamarse una reparación económica por el delito causado y, siendo la mayoría de los imputados que llegan a juicio personas de escasos recursos, las víctimas saben, de antemano, que, a la larga, no serán compensadas económicamente por estas personas y que su actuación les generará más costos que beneficios, por lo que prefieren no constituirse como tales. Además se debe abonar la tasa de justicia para poder solicitar un resarcimiento económico y esto obliga, en el caso de personas de escasos recursos, a iniciar un beneficio de litigar sin gastos en la justicia civil, cuya tramitación tiene una demora considerable, operando como un incentivo negativo para encarar estas acciones.

El problema principal es que no se ha puesto el acento en el carácter múltiple de las demandas que las víctimas hacen al sistema de justicia.

No siempre que se habla de reparación se está hablando de compensación económica, y esto es algo que el sistema parece no entender.

Cuando las víctimas recurren al sistema de justicia denunciando un delito, lo hacen buscando una solución, que no necesariamente significa una reparación económica, sino que procuran que un tercero ayude a resolver lo que ellos no han podido lograr; sin embargo el encuentro es «con un sistema que tiene predeterminado un modo de funcionamiento, una serie de procedimientos y de normas que toman y transforman el conflicto. Los lugares de los implicados pasan a ser los de víctima y ofensor, se reparten los papeles y de cada uno de ellos se espera y se permite una serie de acciones y no otras»³.

V.4. Experiencias positivas en nuestro sistema

V.4.a. Uso de la Cámara Gesell

A los fines de las declaraciones de los menores de 16 años víctimas o testigos de delitos sexuales, en el edificio de Tribunales II (Córdoba Capital) funciona la «Cámara Gesell», que es un espacio ambientado como una salita de jardín de infantes, que posibilita que el niño o la niña se sienta más cómodo mientras es examinado por un profesional de la psicología, mientras que el resto de los operadores controlan el acto desde otra habitación contigua, con la facultad de realizar preguntas sólo a través de la psicóloga que se encuentra dentro de la sala.

La «Cámara Gesell» forma parte del P.A.N. (Programa de Abordaje Integrado del Niño Víctima de Maltrato Físico y/o Psíquico o de Delitos contra su persona, su Libertad o su Integridad Sexual), el cual fuera propuesto al Tribunal Superior de Justicia, por la Dirección de Policía Judicial, siendo aprobado el mismo con fecha 24 de abril de 2001.

La implementación de este sistema ha resultado un paso importante hacia la protección del/la niño/a víctima, como también un

³ URTUETA BAAMONDE, MARIANA, «El conflicto desde la perspectiva subjetiva», en la obra colectiva *Resolución Alternativa de Conflictos Penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Editores Del Puerto, Bs. As., ps. 152 y 153.

medio idóneo para la obtención de elementos de convicción tendientes a la comprobación del delito y su autor responsable; en efecto, con el sistema tradicional de receptor declaraciones en la mayoría de los casos se planteaban serios obstáculos, como el espacio físico, puesto que dentro de una oficina plagada de personas difícilmente se podía preservar la intimidad del relato y tampoco podía crearse un clima favorable para que el/la niño/a se expresara naturalmente.

En la Cámara Gesell, el/la niña se encuentra sola frente a un profesional idóneo (psicólogo) mientras el resto de las personas (defensores y funcionarios) permanecen tras un vidrio espejado; audiencia que por otro lado debe ser grabada en video, evitando de este modo un nuevo sometimiento a otra declaración.

V.4.b. Creación de la Unidad Judicial de la Mujer y el Menor

Hacia fines de 2004, la conmoción social que causaron los casi 100 hechos de abuso sexual, perpetrados por la misma persona (denominada «el violador serial»), contra mujeres de 18 a 30 años de edad, enfrentó al sistema judicial a una situación seria, grave y complicada. Las víctimas, apoyadas por la gente y los medios de comunicación, manifestando por las calles de la ciudad con pancartas y cánticos alusivos, se hicieron oír públicamente, formaron la agrupación «Podemos hacer algo» y se movilizaron exigiendo respuestas concretas.

Como consecuencia de ello, y principalmente luego de una carta que una de las víctimas hizo circular por Internet, reproducida en todos los noticieros del país, expresando el maltrato que sufrió por parte del sistema, los operadores comenzaron a realizar cambios positivos, a nuestro criterio, y a ocuparse seriamente del asunto. El Fiscal General de la Provincia, como primera medida, decidió innovar en la investigación, encargando la misma a tres Fiscales de Instrucción, flexibilizando para este caso el ámbito de actuación propia de los Fiscales, que se divide en Distritos territoriales.

Si bien parecía que las medidas adoptadas eran meras reacciones coyunturales a los reclamos planteados por las víctimas, al mediano plazo significaron un avance importante en el tratamiento de este tema, ya que se generaron modificaciones sustanciales en la organización del sistema, tratando de arbitrar los medios necesarios para que las mujeres, las niñas y los niños menores de 12 años sean atendidas acorde a su condición.

Entre otras medidas, en virtud de un convenio interinstitucional celebrado en Noviembre de 2004 entre la Fiscalía General de la

Provincia, el Tribunal Superior de Justicia, el Ministerio de Seguridad, la Secretaría de Justicia y el Consejo Provincial de la Mujer, el 8 de marzo de 2005, se inauguraron la Unidad Judicial de la Mujer y el Menor y la Casa de la Mujer y el Menor.

Esta Unidad Judicial, encargada de recepcionar todas las denuncias por la comisión de delitos contra la integridad sexual cometidos en toda la ciudad de Córdoba, se encuentra integrada exclusivamente por personal femenino, que trabaja junto con un equipo de medicina legal, integrado por 7 médicas y 6 psicólogas, que cubre de modo activo las 24 Hs. del día, todos los días del año.

La centralización en un mismo ámbito espacial de la Unidad Judicial y el Equipo de Medicina Legal, posibilita la unidad en la acción e inmediatez de actuación fiscal, jurisdiccional y científico-técnica. Mujeres y niños son asistidos de manera inmediata con contención integral, agilizándose la gestión de los informes médicos y la consiguiente obtención de prueba.

V.4.c. Creación de la Casa de la Mujer y el Menor

En el mismo edificio en que se encuentra la Unidad Judicial de la Mujer y el Menor, funciona La Casa de la Mujer y el Menor, dependiente del Consejo Provincial de la Mujer, del Poder Legislativo Provincial, la cual se encarga de brindar contención psicológica, social y asesoramiento legal a las víctimas de delitos sexuales que concurren a la Unidad Judicial de la Mujer a formular denuncias.

Este organismo cuenta con un equipo interdisciplinario formado por psicólogas, trabajadoras sociales y abogadas, quienes son todas mujeres, siguiendo el mismo criterio que la Unidad Judicial de la Mujer.

Si bien la creación de este Programa constituye un avance importante en materia de contención psicológica, de asesoramiento y de protección de las víctimas de este tipo de delitos, los recursos materiales disponibles, sólo alcanzan a cubrir la urgencia, no pudiendo brindar una respuesta sostenida en el tiempo. A este efecto, las mujeres son derivadas a diferentes programas, mayormente a la Dirección de Asistencia a la Víctima del Delito, a fin de recibir asistencia psicológica prolongada.

Es importante destacar que a partir de la puesta en marcha de la Unidad Judicial de la Mujer y el Menor y la Casa de la Mujer, se ha producido un aumento considerable de las denuncias que se formulan por estos hechos.

V.4.d. Creación de la Unidad Judicial de Violencia Familiar

Durante el año 2005 se produjo en nuestra ciudad un significativo aumento de denuncias de hechos de violencia familiar, muchos de los cuales, en los que las víctimas fueron niños y niñas de escasa edad, tuvieron una importante repercusión en la opinión pública. Frente a esta situación, como una primera medida, en el mes de diciembre de 2005, el Fiscal General, entendiendo que, la formulación de una denuncia por violencia familiar exige una inmediata respuesta, resolvió instruir a los Fiscales de Instrucción para que, al recibir denuncias por supuestas lesiones o maltrato físico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar, actúen con la celeridad que estos hechos demandan, adoptando las medidas urgentes que estimen convenientes para asegurar la protección psicofísica de la víctima, procurando hacer cesar los efectos del delito y el esclarecimiento de los hechos anoticiados.

Posteriormente, el 29 de marzo de 2006, ya sancionada la primera ley de Violencia Familiar de nuestra Provincia (Nº 9283), se instruyó a los Fiscales de Instrucción para que en el trámite de recepción de las denuncias formuladas con motivo de las conductas previstas en esta ley de violencia familiar, se procediera de conformidad a las siguientes pautas: a) Cuando de la denuncia surgiera la supuesta comisión de un hecho delictivo, las Fiscalías de Instrucción o Unidades Judiciales intervinientes deben: 1) Informar a las víctimas que cuenta con la posibilidad de una doble vía de protección legal (penal y de familia) 2)Receptar la denuncia en un «Formulario Especial de Denuncia para Violencia Familiar, e informar, remitiendo los antecedentes, al Juzgado de Familia y/o de Menores correspondiente. b) Las denuncias, aunque no configuren delitos, deberán receptarse en el «Formulario Especial de Denuncia para Violencia Familiar».

Receptada la misma, la Fiscalía de Instrucción o Unidad Judicial interviniente debe proceder: 1) a comunicar la denuncia al Juez de Familia en turno (A partir del 1ero. De Marzo de 2008 se crearon, dentro del fuero de familia 4 juzgados de violencia familiar con competencia exclusiva y excluyente en estos casos) comunicación que debe formularse de inmediato cuando, a criterio del Fiscal de Instrucción, se encuentren comprometidos la vida y/o salud de las personas. 2) a remitir las actuaciones al Juzgado de Familia o de Menores, según corresponda, dejando constancia de lo actuado. 3) Las Unidades Judiciales intervinientes deben tramitar dichas actuaciones conforme las directivas que para el caso sean impartidas por el Ayudante Fiscal interviniente.

Con posterioridad a esta instrucción, en el *mes de mayo de 2006*, el *Ministerio Público resolvió la creación de una Unidad Judicial de Violencia Familiar*, estableciendo que atenderá la especial conflictividad de hechos delictivos producidos dentro del marco de lo doméstico y la convivencia familiar, con competencia además para delitos contra la integridad sexual cuyas víctimas sean del sexo masculino mayores de 12 años y los delitos de Supresión y Suposición de Estado Civil de las Personas, al igual que las Privaciones Ilegítimas de la Libertad Calificadas, siempre que se hayan dado dentro del marco de lo doméstico.

Al igual que lo sucedido con la Unidad Judicial de la Mujer y el Menor, desde la creación de la Unidad Judicial de Violencia Familiar, la cantidad de denuncias por este tipo de delitos se multiplicó.

En efecto, mientras que en el periodo febrero-diciembre 2005 se registraron 4.216 denuncias por delitos cometidos en el marco de violencia familiar (11,5 denuncias por día), durante los primeros 43 días de funcionamiento dicha la Unidad Judicial de Violencia Familiar, se registraron un total de 903 denuncias (realizadas ante las 22 Unidades Judiciales de distrito, la Unidad Judicial de la Mujer y la Unidad Judicial de Violencia Familiar). Estas cifras dan un promedio de 21 denuncias por día para todo el sistema de Policía Judicial, lo que en una proyección anual da un total de 7.765 causas por violencia familiar.

En el año 2008 se registraron aproximadamente 10.000 denuncias y actualmente se han verificado 54 denuncias por día hábil.

Este incremento de denuncias muestra como la sanción de la ley de violencia familiar y la creación de la Unidad Judicial de Violencia Familiar, impactó positivamente en la credibilidad de las víctimas respecto de las respuestas que puede brindarles el nuevo sistema.

V.5. Rol del ministerio público en la promoción y protección de los derechos de las víctimas

Salvo las experiencias positivas referidas al tratamiento de víctimas de delitos sexuales y de violencia familiar, frente a la situación acerca del tratamiento de las víctimas en general, la primera pregunta que cabe formularse es *¿Quién se hace cargo? ¿Quién es el primer responsable del tratamiento de las víctimas?*, y responder este interrogante no es trivial, sino que nos va a indicar a quién puede reprochársele la falta de cumplimiento de sus deberes funcionales, ante una víctima que ha sido afectada en sus derechos como tal.

El primer obligado frente a la víctima respecto a sus derechos es el Ministerio Público Fiscal, siendo este uno de los desafíos al que su rol lo enfrenta.

En el mismo sentido, las Directrices sobre la Función de los Fiscales (aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana –Cuba– del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990) establecen entre las obligaciones para los fiscales, respecto a las víctimas de delitos, que deben tener una formación y capacitación adecuadas y ser conscientes de la protección que la legislación brinda a los derechos de la víctima, que deben considerar las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurar que se informe a las víctimas de sus derechos, con arreglo a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, y que, de conformidad con la legislación, los fiscales deben considerar debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos de la víctima.

En la Provincia de Córdoba, el Ministerio Público Fiscal no solamente no ha sido capaz aún de cumplir con este desafío, sino que no parece existir una percepción clara por parte de los fiscales de su grado de responsabilidad en este sentido, por lo que se hace necesario diseñar y aplicar herramientas que permitan alcanzar el objetivo planteado, esto es el de asumir liderazgo y jugar un rol decisivo en la promoción y protección de los intereses de las víctimas.

Los fiscales no perciben que las víctimas constituyen «clientes» respecto de quienes deben, por ejemplo, considerar su opinión para tomar decisiones acerca de la persecución penal de los casos. Pero esto no obedece sólo a la falta de sensibilización de los fiscales respecto a la comprensión de los problemas de las víctimas, sino que sucede porque muchas veces tener un rol activo en la promoción de los derechos de las víctimas entra en conflicto con la lógica de persecución penal y, esta última, prima finalmente en caso que hubiera una contraposición de intereses, dejando a la víctima completamente insatisfecha respecto de sus pretensiones.

Igualmente, debido a que, principalmente, la evaluación del trabajo de los fiscales se mide principalmente por resultados en la persecución penal más tradicional, no asumiéndose que la opinión de la víctima cuenta y que ello puede impactar en la mejora de sus funciones, el rol de aquella sigue sin ser revalorado.

VI. DEFENSA PENAL PÚBLICA

VI.1. Organización

La Defensa Penal Pública en la Provincia de Córdoba, se encuentra diseñada y reglamentada de acuerdo al modelo judicialista que hace depender a la misma, de manera orgánica, funcional y financiera, del Poder Judicial –Tribunal Superior de Justicia–. Esta «des-ubicación institucional» encierra una concepción de la defensa pública que la limita a desempeñarse como un auxiliar de la justicia, propia de los sistemas inquisitivos, que entendían el ejercicio de la defensa como una contribución para la averiguación de la verdad, por lo tanto su dependencia al Poder Judicial aparecía como lógica, no existiendo la necesidad de pensar en una organización independiente. Esta concepción, de auxiliar de la justicia, no sólo se refiere a la defensa pública sino al ejercicio de la defensa penal en general, sea prestada por el Estado o por abogados particulares.

VI.2. Diseño institucional

VI.2.a. Dos modelos

INDEPENDIENTE	JUDICIALISTA
<ul style="list-style-type: none"> - SISTEMA A NIVEL FEDERAL DESDE LA REFORMA DE LA CONSTITUCION EN 1994. - MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA. - CON AUTONOMÍA FUNCIONAL. - CON AUTARQUÍA FINANCIERA. 	<ul style="list-style-type: none"> - Sistema de la Provincia de Córdoba. - Sin autonomía funcional. - Sin autarquía financiera. Ley 7982. Ley Orgánica del Poder Judicial.

La ley 7982 regula de la organización, el funcionamiento y las condiciones de acceso al Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita, siendo el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de la superintendencia, el encargado de establecer a través de distintas «Acordadas» el funcionamiento operativo de los Asesores Letrados.

Por Acordadas el Tribunal Superior de Justicia había delegado en el Fiscal General el control del cumplimiento efectivo de las

actividades de la defensa técnica penal, que deben realizar los Asesores Letrados.

Es así que el Fiscal General tenía, respecto de los asesores penales, dos intervenciones concretas: 1) El control de la presencia mensual de los asesores en las unidades carcelarias, donde se encuentran alojados sus defendidos. 2) El control de la gestión a cargo de los Asesores, a través del pedido de informes anuales o bimestrales sobre cantidades de defensas asumidas y demás datos de interés.

Esta situación se ha revertido, asumiendo nuevamente el Tribunal Superior de Justicia el control de los defensores.

En el sistema instaurado a nivel federal desde la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, se creó la figura del Ministerio Público como un órgano independiente de los otros poderes, con autonomía funcional, autarquía financiera y con dos jefaturas claramente diferenciadas, las del Procurador General de la Nación, como cabeza del Ministerio Público Fiscal, y la del Defensor General de la Nación, como jefe de los defensores oficiales.

La tendencia actual es que la mayoría de las Provincias están tratando de adecuar sus leyes a esta nueva estructura, salvo la provincia de Córdoba, donde aún se sostiene como posición oficial la dependencia del Poder Judicial, el apego a considerar a los defensores funcionarios judiciales y la creencia de que esta situación beneficia principalmente su independencia funcional y la intangibilidad de sus salarios, perdiendo de vista que esta estructura obstaculiza el ejercicio de su función con calidad y eficiencia.

A pesar que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a través del Art. 75 inc. 22 colocan en una situación de igualdad la obligación estatal de persecución y represión de los delitos y la obligación estatal de brindar defensa pública, a los fines de respetar la coherencia del sistema que consagra, en la práctica se observa una marcada diferencia que hiere de gravedad al sistema.

Esto es así por cuanto los distintos procesos de reformas de los sistema de enjuiciamiento penal tanto de la Nación como de las Provincias que la integran, no se han hecho cargo de darle a la Defensa idéntica relevancia que a los Ministerios Públicos. El cuadro anterior pretende graficar la dimensión real de ambos Ministerios, no obstante la regulación constitucional.

La mejor manera de hacer realidad el contradictorio y respetar dicha estructura es la implementación de audiencias orales en todas las etapas del proceso penal y para ello resulta altamente relevante que los operadores del sistema, cuenten con «igualdad de

armas», condición necesaria para garantizar la imparcialidad funcional del Juez.

Esta es, a su vez, la mejor manera de garantizar el derecho de defensa en juicio consagrado constitucionalmente.

Existen inexplicables resistencias de algunos operadores provinciales, de adecuar la legislación o al menos la organización y funcionamiento de la Defensa Pública a los parámetros constitucionales, pensando una organización acorde a sus funciones específicas, saliendo del ámbito del Poder Judicial, abandonando en la práctica una dependencia limitante.

VI.3. Gestión actual

En la ciudad de Córdoba la defensoría penal pública es ejercida por 17 asesores letrados en lo penal quienes tienen como principal función la de asesorar, patrocinar o representar a los imputados carecientes, a los que no designen defensor particular y a los que habiendo designado un defensor de esta característica, el mismo no aceptare el cargo. Asimismo asumen la defensa de imputados que revocaron el poder a su defensor particular y a los que presentan recursos *in pauperis*.

El principal criterio que debe orientar el trabajo de los asesores es el de *ejercer la defensa de manera personalizada*. En función de ello se les exige, por acordada del Tribunal Superior de Justicia, un trato personal con sus defendidos, debiendo tener contacto con ellos por lo menos una vez al mes, en el lugar donde los mismos se encuentren alojados, si estuvieren privados de la libertad.

Las causas que los asesores comienzan atendiendo en las fiscalías que les son asignadas anualmente, deben continuarlas hasta su terminación en la Cámara del Crimen que corresponda.

El imputado no tiene posibilidad de elegir su defensor público y su designación no se realiza de manera pública sino que es un procedimiento interno, en base a un criterio de distribución de trabajo que intenta que los asesores tengan la mayor atención personalizada posible con sus defendidos.

Según datos extraídos del análisis de las Sentencias dictadas en las Cámaras del Crimen de nuestra ciudad, en el período de Febrero a Septiembre del año 2004, de un total de 793 audiencias realizadas, entre juicios orales, breves y abreviados, en más de un 80 % la defensa del imputado estuvo a cargo de los defensores públicos.

Si bien actualmente este porcentaje ha disminuido aproximadamente al 70%, estas cifras indican que la defensoría penal pública es uno de los operadores jurídicos con mayor participación e

influencia en las prácticas que el ejercicio del derecho de defensa en juicio exige.

VI.3.a. *División del trabajo*

- * Dos Asesores ———> Causas Correccionales
- * Un Asesor —————> Ejecuciones Penales
- * Doce Asesores ———> Asumen las defensas
- * Un Asesor de víctimas—————> Se constituye en parte querellante y/o ejerce la acción civil
- * Un Asesor —————> Comodín

En la actualidad, cada uno de estos asesores posee aproximadamente un promedio de 300 causas asumidas por año. De estas 300 causas, en forma constante y permanente, 25 causas, en promedio, son «con preso», las cuales, dada la realidad de encierro del imputado, tienen prioridad, por lo que, obviamente, las llamadas causas «sin preso» pasan a tener un tratamiento secundario.

La altísima demanda del servicio de defensa pública (70% aproximadamente), sumado a la escasez de recursos humanos y materiales, a la inapropiada distribución del trabajo y a la obligación de asumir la representación de imputados y víctimas, ahogan a los defensores con sobrecarga de trabajo imposible de afrontar, resintiéndose sensiblemente el estándar de «defensa personalizada» en todo el alcance que este criterio involucra.

En la práctica un defensor público conoce y entrevista a su cliente por primera vez al momento de la audiencia de «declaración del imputado». Esta circunstancia adquiere especial gravedad cuando nos encontramos ante un imputado encarcelado cuya declaración es receptada varios días después de producida su detención, sin contar con asesoramiento legal hasta entonces.

Este «exceso de trabajo» y la falta de mecanismos eficientes de control del desempeño de los defensores, hace que éstos, espontánea y arbitrariamente deban realizar una racionalización de sus tareas conforme a las urgencias que el sistema les vaya presentando. Establecen, consiguientemente, un orden de prioridad idéntico al de los Jueces y Fiscales, ocupándose casi con exclusividad de las «causas con preso», cumpliendo de este modo con las urgencias que los plazos procesales establecen.

La ubicación institucional no sólo se ha reflejado en la falta de recursos humanos y materiales, en función de la demanda de usuarios del sistema, y en la imposibilidad de utilizar recursos del propio sistema que sí están a disposición del Ministerio Público Fiscal (posibilidad de proponer pericias de control de la oficial por

ejemplo), sino también en un inadecuado diseño en la organización y administración de los recursos, como de los criterios de capacitación.

Resulta patéticamente clara la desigualdad que se refleja en comparar la cantidad de empleados con que cuenta cada uno de los Fiscales de Instrucción, que nunca son inferiores a 10, más los que pertenecen a la Policía Judicial, más los que pertenecen a la Policía Administrativa, todos a su servicio, con apenas una o dos personas que hacen las veces de secretario con que cuenta cada uno de los defensores, que en el mejor de los casos puede ser abogado.

A partir de 2007, el Tribunal Superior de Justicia, como respuesta a la situación planteada, ha dictado tres Acuerdos Reglamentarios, a los fines de fortalecer la defensa pública y los procesos de asistencia, asesoría, orientación y representación al ciudadano.

Por el Acuerdo Reglamentario 924, de diciembre de 2007, complementado por los Acuerdos 117 Serie C –de julio de 2008– y 337 Serie A –de Agosto de 2008–, se incorporó el cargo de «Auxiliar Colaborador de la Defensa», en quien el Asesor puede delegar la realización de actividades de patrocinio y representación. Los mismos fueron designados en 2008, habiendo sido seleccionados entre la planta del Poder Judicial, a propuesta de los Defensores, siendo todos abogados, con un mínimo de antigüedad de 4 (cuatro) años en el Poder Judicial o en el Título.

Los Auxiliares colaboradores de la Defensa ya comenzaron a ejercer el cargo, significando en la práctica un importante aporte en el ejercicio de la defensa. No obstante ello, y para sorpresa de los operadores, algunos Fiscales de Instrucción y empleados de fiscalías, han demostrado resistencias a la participación de los Auxiliares argumentando que no son «defensores» y que los que ostentan este cargo no pueden legalmente delegar su actuación en los Auxiliares. Esta situación generó conflictos, ya que el reproche carece de fundamento legal al existir una Acordada que les asigna funciones específicas, además de ser todos abogados, y porque los Fiscales de Instrucción son los que a diario delegan todos los actos procesales que son de su exclusiva incumbencia en sus empleados, cuya categoría funcional no puede ser equiparada a la de los Auxiliares colaboradores de la Defensa.

Desde el año 2008 se observa una preocupación por parte del Tribunal Superior de Justicia, a instancia de los propios integrantes de la defensa pública penal, de organizar, a través de su Escuela Judicial, seminarios de capacitación en litigación, en virtud de las nuevas prácticas que exigen la integración de juicios por jura-

dos y la inminente implementación de un plan piloto para la oralización de las etapas previas al juicio, específicamente en el tratamiento de las causas en flagrancia.

Sin embargo, no obstante el interés demostrado para organizar estos seminarios (los que no son de asistencia obligatoria para los operadores) no existe un programa de capacitación institucional sistemática que permita impactar en el trabajo habitual de los defensores.

Pese la decisión puesta en evidencia por el Tribunal Superior de fortalecer la Defensa Pública, y el avance que esto implicó, resulta indispensable reconfigurar la institución; la creación de una nueva estructura. Para ello surge la necesidad de dictar una ley de defensa pública, que establezca una concepción de organización horizontal, sustentada en las ideas de descentralización y flexibilidad en la prestación del servicio (que abandone la tradicional forma de organizarse de los jueces), de descentralización territorial y con una mínima estructura de jefatura jerárquica, muy necesaria para el gobierno del sistema. Más aún, cambiando el nombre de «Asesor Letrado» por el más correcto y abarcativo de «defensor público», elegido por la propia organización de acuerdo a sus necesidades y requerimientos.

Es necesaria la creación de la figura del Defensor General Provincial, a la par del Fiscal General, como jefe de los defensores públicos penales y de los Asesores de incapaces.

Esta estructura respetaría lo que dispone el Art 5º de la Constitución Nacional en el sentido de adecuar las normas a la Carta Magna.

VII. FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Si bien uno de los objetivos centrales de nuestra reforma fue profundizar el sistema acusatorio, a través del cambio de la dinámica del juicio (en Córdoba el juicio oral funciona desde el año 1940), en las salas de audiencias continúan reproduciéndose prácticas que atentan contra el modelo adoptado normativamente.

A pesar que el Código estableció disposiciones destinadas a acentuar el carácter acusatorio del juicio, en muchos casos la actividad probatoria, durante el juicio sigue, siendo conducida por los jueces, quienes realizan gran cantidad de preguntas de investigación, y no meramente aclaratorias.

Por otra parte, la importancia del expediente formal, proveniente de la investigación, sigue jugando un rol central en el juicio, que se expresa en la lectura y la incorporación al debate (aún sin ser leídas) de muchas de sus piezas.

Asimismo, la oralidad y la publicidad han sido reservadas solamente a los juicios orales propiamente dichos, que numéricamente representan una proporción bastante baja de las actuaciones judiciales, excluyéndose de esta forma de discutir y tomar decisiones a todo el resto de las decisiones de importancia, algunas de las cuales expresan las formas más intensas de ejercicio del poder público y representan el nudo central del trabajo cotidiano de los tribunales, como son, por ejemplo, todas las decisiones sobre medidas cautelares en las etapas previas al juicio.

Desde la incorporación del jurado popular, cuya ley exige una actuación diferente de los operadores debido a que los miembros del jurado no conocen el expediente, se instaló la necesidad de presentar el caso a los jurados y de oralizar toda la prueba, creándose una nueva dinámica que obliga a los abogados a capacitarse en técnicas de litigación en audiencias orales. Asimismo, al tratarse estos juicios de casos gravísimos, que tienen generalmente mucho público y prensa especializada, se muestran de manera más evidente las falencias de litigación de todos los operadores y la excesiva intervención de los jueces en la producción de la prueba.

VII.1. Carga de trabajo

VII.1.a. Juzgados de control

En relación a los Juzgados de Control (vale aclarar que el Código Procesal Penal denominó Juzgados de Instrucción a los Juzgados encargados del control de garantías del imputado durante la Investigación Penal Preparatoria, pero su denominación fue corregida posteriormente por Acordada del Tribunal Superior de Justicia, que estableció que deben ser llamados Juzgados de Control), la carga de trabajo está dada principalmente por las oposiciones a las resoluciones del Fiscal de Instrucción -en causas provenientes de las Fiscalías de Instrucción-, por pedidos de sobreseimiento, por requerimientos del Fiscal en relación a actos o procedimientos que solamente pueden ser ordenados por un Juez (por ej. allanamientos), por habeas corpus y por control jurisdiccional de los actos del fiscal de instrucción. También los Jueces de Control delegan sus funciones en empleados a su cargo, resolviendo las causas conforme a la lógica del expediente.

VII.1.b. Cámara de acusación o de apelación

A la Cámara de Acusación o de Apelación (existe sólo una) llegan todas las causas en las que se interpone recurso de apelación

ante los Jueces de Control, y causas en las que deben resolverse cuestiones de competencia. El trámite habitual de informe del recurso de apelación es a través del intercambio de papeles con la lógica del expediente. No obstante existir normativamente la posibilidad de solicitar una audiencia para informar oralmente, los abogados apelantes no utilizan esta facultad legal y prefieren presentar escritos con los fundamentos de los agravios.

También en este caso los que estudian y elaboran los proyectos de resolución son los empleados de la Cámara, en el marco de la delegación de funciones. Actualmente, con la nueva integración de esta Cámara, se observa por parte de los jueces una importante producción, generándose nueva jurisprudencia que está marcando una tendencia innovativa, especialmente en cuanto a interpretación acerca de la imposición de la prisión preventiva.

Si bien esto representa un incentivo positivo para la interposición de recursos de apelación, el tiempo que demora en dictar una resolución la Cámara, aproximadamente tres meses, obliga a evaluar la necesidad de evitar esta etapa.

Además se observa que los Jueces de Control (con algunas honorosas excepciones) actúan como verdaderos Jueces de Instrucción, confirmando generalmente lo realizado por el Fiscal o supliendo sus equivocaciones, lo que obliga a los que ejercen responsablemente el Ministerio de la Defensa, a tener que acudir a la Cámara de Acusación o Apelación, que por esta razón se encuentra saturada de causas, para encontrar una respuesta acorde con los valores del sistema que todos los operadores deben custodiar.

Pero la actual jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones exige que en los Informes de apelación se utilicen «argumentos sustancialmente nuevos» a los aportados por los apelantes al momento de la oposición, limitando la posibilidad del doble control de los actos y decisiones del Fiscal de Instrucción.

VII.1.c. Cámaras del crimen y juzgados correccionales

Las causas que se elevan a juicio oral se distribuyen por sorteo, a través de la Secretaría Penal del Tribunal Superior, a las once Cámaras del Crimen o los dos Juzgados Correccionales, según corresponda.

En la práctica existe delegación informal de la tramitación de las actuaciones. Cada Juez tiene un equipo de trabajo en quienes materialmente delega las tareas concernientes a su función específica (jurisdiccional), reservando su dirección y control. Generalmente es el Secretario quien, en función de un criterio de distribución de los expedientes –ya sea por causas con preso o sin preso,

por cantidad, por complejidad etcétera–, distribuye las causas entre los empleados.

Es tan importante la delegación de funciones de los operadores a los empleados, que una manera que estos tienen de reclamar por mejoras salariales es «trabajar a Código», esto es de acuerdo a las disposiciones del Código Procesal, sin cumplir las tareas jurisdiccionales que habitualmente les son delegadas; cuando se producen estos tipos de reclamos, en la práctica implican la paralización de los Juzgados. Vale destacar que esta situación se replica en el resto de los funcionarios.

VII.2. Organización de las audiencias

Tanto los Juzgados Correccionales como las Cámaras del Crimen, en general, no manejan una agenda organizada en relación a las fechas de audiencias las que se van fijando prácticamente «sobre la marcha».

Cada Cámara organiza las audiencias en virtud de diferentes pautas, propias de la integración de cada una y del número de causas a resolver. Es muy importante tener en cuenta que con la integración con Jueces unipersonales, existe la posibilidad de fijar audiencias para cada uno de los Jueces y para el Tribunal en Colegio, pero el Fiscal de Cámara es uno solo y debe estar en cada una de las audiencias. En todas las Cámaras el encargado de la «agenda de audiencias» (que suele ser un almanaque o un cuaderno anotado), es el Secretario, que tiene que compatibilizar distintas variables, por ejemplo: que el Juez esté presente (que no esté enfermo o de licencia), que el Fiscal esté disponible, que hayan comparecido las partes, querellante, abogados, testigos, etcétera.

Todas estas situaciones hacen que las audiencias fijadas deban ser postergadas o también que si se localizan a las partes, se realicen audiencias que no estaban fijadas (generalmente para el caso de juicios abreviados).

En algún sentido, al no cumplirse estrictamente con los días ni horarios fijados para la realización de las audiencias, se atenta contra la publicidad de las audiencias de juicio. Resulta importante destacar en este punto que el público habitual de las audiencias son los familiares de la víctima y del imputado, algún abogado curioso y alumnos de la facultad o del secundario que son llevados por sus profesores. En los casos de mucho interés social, suele estar presente la prensa y generalmente en estos casos se advierte la ausencia de postergaciones de fechas de audiencia.

La suspensión de las audiencias, además de atentar contra la publicidad, afecta la concentración que requiere la toma de deci-

siones en un juicio oral. Se observa que, como consecuencia de las suspensiones y de la dinámica adoptada, los jueces suelen tener audiencias, de un mismo juicio, distanciadas unas de otras, intercaladas con audiencias de otros juicios, lo que impide claramente la concentración de las audiencias que la oralidad exige.

En el caso de integración del Tribunal con jurados populares se observa que, por la cantidad de intervinientes, las características propias del mismo, los costos y los recursos humanos que se movilizan, la situación es diferente, ya que se tratan de respetar los horarios establecidos y de concentrar la realización de las audiencias en la menor cantidad de días posibles, extendiéndose algunas audiencias a horarios vespertinos.

En relación al tipo de juicios que se realizan, *sigue siendo mayor el porcentaje de juicios abreviados, casi un 70% entre los abreviados y los breves* (creación de los operadores como una «buena práctica» que cambia la calificación del imputado a su favor y se falla en virtud de las pruebas colectadas en la etapa de la investigación, con idénticos requisitos del juicio abreviado) con un promedio superior a los once meses de duración de la prisión preventiva, lo que desnaturaliza la verdadera función del juicio abreviado.

Si bien está regulado el juicio abreviado inicial, a realizarse en las etapas previas al juicio para los casos de flagrancia, esta respuesta legal no es utilizada actualmente de manera significativa.

Antes de la creación de los Juzgados de Ejecución Penal, la excusa de los Jueces de Control para negarse a aceptar este tipo de juicios, era que no querían hacerse cargo del control y seguimiento de los penados en la resolución de planteos acerca de la ejecución de la pena.

Desde hace dos años los cargos de los Juzgados de Ejecución Penal están cubiertos pero igualmente se observa que no se realizan juicios abreviados en la etapa inicial en porcentajes destacables. Existen varias razones, algunas de ellas podemos sintetizarla del siguiente modo: a) los Jueces de Control no tienen la experticia ni la habitualidad de imponer penas, lo que lleva en algunas situaciones a pretender imponer penas mas altas que las que se conseguirían en una Cámara del Crimen, lo que desincentiva el pedido de un juicio abreviado por parte de Defensores en la etapa inicial b) algunos Defensores consideran que esta es una etapa muy temprana para tomar una decisión de condena y prefieren esperar a solicitar un abreviado en la etapa de juicio, en la creencia que el cumplimiento de las garantías se potencia con el paso del tiempo. c) algunos Defensores, específicamente privados,

cobran sus honorarios por etapa del proceso, por lo que el incentivo es continuar hasta el juicio para ver acrecentadas sus ganancias además de llegar a la etapa del juicio con una prisión preventiva de más de once meses, lo que en algunos casos le permite lograr la libertad en esta etapa, no obstante la condena.

VII.3. Registro

Las audiencias y las resoluciones que se dictan en ella, se registran en las actas que labra en cada audiencia el Secretario; estas actas contienen la descripción de las partes intervinientes en la causa y una síntesis de lo sucedido en el debate, más lo que las partes solicitan expresamente que se deje constancia en acta, fundamentalmente para hacer valer luego, estas constancias, en la etapa recursiva.

En relación al registro de causas, desde el año 1998 se implementó un sistema informático S.A.C. (Sistema de Administración de Causas) donde se registra el movimiento de los expediente por las distintas oficinas de los Tribunales penales. Es importante destacar que se registran solamente las causas que ingresan a las oficinas de Tribunales, no así las actuaciones judiciales que se encuentran en las Unidades Judiciales de la Policía Judicial, que cuenta con sus propios registros.

No obstante la existencia de un sistema informático, aún se conserva la costumbre de anotar los datos de las causas y su movimiento en libros, mediante un sistema manual, que a veces se duplica en cuadernos llevados personalmente por los Secretarios, donde también se consigna el nombre del «empleado que lleva la causa» y datos de pedido de allanamiento y otras diligencias. Además en algunos casos también utilizan el recurso de planillas Excel para registrar idénticos datos que se encuentran en el sistema informático y en los libros.

Esta tarea, como la de elaboración de estadísticas, no está en manos de personal especializado, sino a cargo de los empleados que recién ingresan quienes generalmente hacen este trabajo por obligación y a desgano, vivenciándolo como la necesidad de «pagar el derecho de piso» esperando que se les asigne tareas de trámites de expedientes.

Es importante hacer referencia en este punto que la Dirección de la Policía Judicial cuenta con una base de datos, de elaboración propia, de gran calidad, que ha permitido esclarecer hechos complejos como el caso del «violador serial».

VII.4. Problemas

Los principales problemas de nuestro sistema en materia de función jurisdiccional son:

VII.4.a. *En la etapa previa al juicio*

- *Escaso protagonismo del Juez de Control de Garantías.* Tanto en la falta de realización de audiencias, de juicios abreviados iniciales, de suspensiones del juicio a prueba, de celeridad en el control del dictado de medidas cautelares.

Se observa la burocratización del control de los actos del fiscal de instrucción por parte del Juez, en virtud de la lógica del expediente, que continúa siendo la que rige la toma de decisiones en esta instancia. Igualmente, se observa una tendencia de algunos Jueces de Control a interpretar su rol como el de los ex Jueces de Instrucción, en el sentido que, ante oposiciones a resoluciones de los Fiscales por parte de los Defensores o Querellantes, en vez de hacer lugar a lo solicitado, resguardando las garantías del imputado, suplen las deficiencias en la investigación de los Fiscales, instruyéndolos en nuevas vías de investigación a seguir, extralimiándose en su ámbito de incumbencia.

VII.4.b. *En la etapa del juicio*

- *Deficiente organización administrativa de los Tribunales*

* Atenta contra la publicidad de los actos de gobierno.

* Atenta contra la celeridad del proceso.

* Atenta contra el principio de concentración.

- *Vicios en la Imparcialidad del Tribunal.*

* La lógica del Expediente acarrea la intervención del Tribunal de Juicio en todos los actos preliminares del Juicio.

* Excesiva intervención en los actos del debate, formulando preguntas de investigación, y no meramente aclaratorias.

- *Acerca del objetivo de Mayor celeridad:*

El Código Procesal Penal reguló algunos plazos para lograr este objetivo: a) plazo de dos años para la duración de los procesos penales, sin sanción por su incumplimiento b) plazo máximo de dos años duración de la prisión preventiva con la posibilidad de extenderse a un tercer año, con pedido expreso de prórroga para causas complejas (esto en adecuación a los tratados internacionales) c) se estableció un plazo de 3 meses, prorrogable hasta un año para la investigación penal preparatoria a contarse desde la declaración del imputado.

Se observan serios problemas respecto a este punto:

* El plazo de duración de los procesos no se cumple, existiendo causas «sin preso» que llevan 7 años o más de vigencia, ya sea porque no hay presos, porque se suspenden los plazos de prescripción, a pesar de haber parte querellante o actor civil.

* Los plazos de duración de la prisión preventiva tienen un promedio altísimo, de más de 11 meses en las causas en general. A pesar de tener sanción por implicar un plazo fatal que no puede superar los 3 años al incluir la prórroga, se registran casos en los que se ha debido dejar en libertad al imputado porque se cumplió el plazo de 3 años sin llevarse a cabo el juicio.

Además de la utilización desmedida de la prisión preventiva, no existe en los operadores la cultura que la misma es una medida cautelar, que se deben establecer plazos al momento de su imposición, para evitar su extensión innecesaria, aunque se observa alguna preocupación por introducir esta discusión en alguna jurisprudencia de la Cámara de Acusación, no es una práctica generalizada de los operadores la determinación de un plazo a ser revisado si este se agota sin haber llegado al juicio.

En la mayoría de las causas donde intervienen jurados populares se advierte que se realiza el juicio una vez que se está a punto de agotar los dos años de prisión preventiva o los tres si es que ha habido un pedido de prórroga.

Es decir que no se utiliza el plazo como un tiempo de máxima para ir al juicio, sino como todo el tiempo que disponen los operadores para llegar al juicio, lo que tergiversa la finalidad del plazo legal con sus graves consecuencias para el sistema.

* En cuanto a los plazos de la Investigación Penal Preparatoria, como se cuentan a partir de la declaración del imputado, lo que se observa en la práctica habitual de los Fiscales de Instrucción es un retardo en receptar esta declaración, evitando así dos situaciones importantes para el imputado a) que comience a ejercer su defensa material y técnica por medio de la declaración b) que pueda acceder a las actuaciones, ya que la declaración del imputado marca un antes y un después en la investigación, porque comienzan a contarse los plazos y porque se levanta el secreto del sumario al revelarse las pruebas al imputado y su defensor.

- *Acerca del jurado popular:*

La integración de los Tribunales con ciudadanos legos, jurados populares, ha sido bien receptada en términos generales. Al comienzo de su implementación, algunos abogados defensores privados formularon pedidos de inconstitucionalidad del jurado, obligando a pronunciarse al Tribunal Superior de Justicia, que por vía jurisprudencial, ratificó la constitucionalidad del jurado. Por su

parte el Fiscal General de la Provincia, mediante una Instrucción expresa, ordenó a los Fiscales inferiores a dictaminar siempre a favor de la integración con jurados populares.

Superado el embate en contra de la ley de jurados, surgieron algunas críticas en relación a su implementación práctica que podríamos sintetizar de la siguiente manera:

a) Existen serios problemas para la designación de los ciudadanos que se van a desempeñar como jurados, debido a que debe realizarse un sorteo anual del padrón electoral con igual cantidad de hombres y mujeres; a que no todos los sorteados cumplen con los requisitos para ser jurados, especialmente con la educación básica exigida (tercer año del secundario-ciclo básico); a que gran cantidad de los sorteados que cumplen con dicho requisito presentan alguna incompatibilidad legal (son policías, abogados, miembros de la fuerza de seguridad etc.). Esta situación ha tenido como consecuencia que existan una serie de ciudadanos que se han desempeñado como jurados populares en varios juicios, a tal punto que se habla de «jurados profesionalizados», lo que conspira en contra del objetivo de la Institución.

b) Se observa asimismo una resistencia por parte de los Jueces, especialmente de los que tienen la presidencia de la Cámara, del deber que manda la ley, de fundamentar los votos de los jurados populares, aún cuando estén en contra de sus argumentos. Actualmente se están elaborando proyectos de reformas a la ley de jurados para evitar esta situación y para modificar la manera de votación que marca la ley. Es importante destacar que la Constitución de la Provincia exige la fundamentación de la sentencia, y la ley de jurados en consonancia con esa disposición exige que los jurados populares fundamenten su voto. El problema que obviamente se presenta es que los ciudadanos no están capacitados para fundamentar su voto por lo que esta obligación aparece desnaturalizando el jurado popular. Se cuestiona que, en realidad, la ley ha regulado una especie de jurado escabinado con mayoría de jueces legos.

c) La integración con jurados populares ha obligado a los operadores a oralizar toda la prueba. Esto obedece a que los jurados populares recién comienzan a actuar en la primera audiencia de juicio. Es decir no han participado de los actos preliminares al juicio ni conocen el expediente. Es por esta razón que las partes deben realizar una «presentación del caso» (alegato de apertura).

En la práctica si bien algunos operadores del sistema han considerado esta disposición como un avance en el sistema acusatorio y en la posibilidad del abandono del expediente de los jueces del juicio, en algunos casos se observaron resistencias afirmando que

los jurados debían tener acceso al expediente, para estar en igualdad con los jueces.

También debemos decir que existen jueces que sostienen que como los jurados no conocen el expediente, al menos los vocales que no ejercen la presidencia podrían entrar a la audiencia en las mismas condiciones.

d) Otro problema que se planteó es en el momento de la deliberación para dictar sentencia. La ley no exige que los jurados deliberen solos sin la presencia de los jueces, situación que se critica porque existe la sensación en los usuarios del sistema que los jurados son influenciados por los jueces.

e) No obstante la necesidad de oralizar todas las pruebas porque los jurados no tienen acceso al expediente, se observa una tendencia a otorgarles anticipadamente copia de los dictámenes periciales, antes que declare el perito, como una práctica generalizada, en la creencia que ello facilita la comprensión de los dichos del perito.

VII.5. Desafíos

VII.5.a. Para la etapa previa al juicio

- Fortalecer la función de garantía del Juez de Control:

* Implementar un sistema de audiencias en la etapa inicial.

* Dictado de las medidas de coerción en Audiencia Orales y Públicas ante los Jueces de Control.

*Ampliación de sus funciones: Preparación del Juicio Oral (actos preliminares al juicio, a su cargo)

- *Capacitación permanente en litigación para poder dirigir y controlar el rol de las partes en las audiencias preliminares*

VII.5.b. Para la etapa del juicio

- *Organización Administrativa del Tribunal profesionalizada*

* Garantizar la publicidad y concentración del debate (programación de las audiencias garantizando su efectiva realización y limitación normativa de las excepciones a la publicidad del debate)

- *Fortalecimiento de la imparcialidad, evitando el contacto del Tribunal con los actos previos al Juicio y evitando asimismo las preguntas de investigación.*

- *Capacitación permanente en litigación para poder dirigir y controlar el rol de las partes en el Juicio, sin intervenir los jueces en forma personal en la producción de la prueba.*

VII.5.c. Necesidad de implementar un sistema de registros y elaboración de estadísticas eficientes y eficaces

- Implementar sistemas de audio y/o video grabación de las audiencias.
- Optimizar el sistema informático de movimiento de las causas de tal modo que los operadores no se vean obligados a reproducir registros manuales para poder ingresar todos los datos indispensables.
- Crear pautas claras y eficaces que permitan la elaboración de estadísticas a cargo de personal especializado, que signifiquen una fuente necesaria de consulta, como así también un control sobre la productividad de los operadores, sobre los recursos disponibles, etcétera.

VIII. PROYECTOS DISEÑADOS PARA PROFUNDIZAR EL MODELO ACUSATORIO

El 7 de Diciembre de 2005 se suscribió en la ciudad de Córdoba un acuerdo interinstitucional denominado «Convenio para la Prosecución de la Reforma Procesal Penal, en la Provincia de Córdoba, hacia un Sistema Acusatorio».

Firmaron dicho Acuerdo de Cooperación todos los operadores jurídicos involucrados en el sistema de enjuiciamiento penal: el Gobierno de la Provincia de Córdoba, representado por el Ministro de Justicia y Seguridad de la Provincia de Córdoba; el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, representado por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba; el Ministerio Público de la Provincia de Córdoba, representado por el Fiscal General de la Provincia de Córdoba; el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales («INECIP»), representado por la Directora General y la Directora Regional Córdoba y el Centro de Estudios de Justicia («CEJA») representado por su Director Ejecutivo. Y adhirieron el Colegio de Abogados de Córdoba, las tres cátedras de Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, el Rectorado de dicha Universidad y la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial

Se consideró la entrada en vigencia en el mes de Marzo de 1998 en la Provincia de Córdoba un nuevo Código Procesal Penal, que profundizó el sistema acusatorio y que tuvo por objetivos dar plena vigencia a las garantías constitucionales del debido proceso, transparentar el funcionamiento de la justicia penal y modernizar y racionalizar el sistema de persecución penal, y que a partir del

año 2005 se estableció el juzgamiento de ciertos delitos por las Cámaras en lo Criminal integradas con mayoría de jurados, ampliando las posibilidades la participación ciudadana en la Administración de Justicia (Ley n° 8192).

Se expresó que para que las reformas procesales alcancen los objetivos para las que fueron diseñadas se requiere un integrado aprovechamiento de las innovaciones legislativas –vinculadas con la celeridad, desformalización y abreviación del proceso en la investigación penal preparatoria– como también dotar al Ministerio Público y la Defensa de Técnicas de Litigación, adecuadas para su actuación en el juicio con jurados, lo cual obliga a identificar las situaciones que pueden modificarse, a través de mejoras en el modelo de gestión de la oficina judicial o bien que requieren capacitación singularizada.

Las necesidades que fueron planteadas son las siguientes:

A. Mejorar los sistemas de información para su utilización en la toma de decisiones institucionales u operativas.

B. Generar una metodología de trabajo en la investigación penal preparatoria adecuada para facilitar las respuestas alternativas y tempranas en los casos en que se han previsto en la ley.

C. Generar una metodología de trabajo para el contralor judicial de las medidas de coerción con relación a los delitos flagrantes, que propenda a la práctica de realización de audiencias orales

D. Dinamizar la utilización del juicio abreviado inicial

E. Conformar áreas de apoyo para la gestión de las audiencias de control de la coerción y del juicio abreviado inicial.

F. Adquirir habilidades y destrezas singularizadas para la litigación en el juicio con jurados

Apreciando además que si bien estos temas son parciales, constituyen puntos nodales, que exigen cambios en los modelos de gestión, en las prácticas administrativas, en la coordinación institucional y con la abogacía, nuevas habilidades en los operadores; por lo que, de avanzarse en su solución, facilitaría luego resolver los restantes aspectos problemáticos.

Estos temas reclaman también una adecuada planificación del desarrollo institucional, una reingeniería organizacional orientada a los resultados y una mayor comprensión de la importancia de temas que normalmente son considerados secundarios, como son el del apoyo administrativo a las actividades propiamente legales, la del uso de la información y de las tecnologías que la apoyan y la de la necesidad de formas innovativas de capacitación.

En dicho convenio se afirma la importancia de coordinar los esfuerzos de las partes, con el fin de mejorar constantemente los

niveles de justicia que se le ofrecen a la ciudadanía de la Provincia de Córdoba, por lo que acuerdan desarrollar un programa conjunto en el cual se diseñarán y aplicarán actividades específicas de intervención para abordar cada uno de los problemas descriptos.

Si bien en el año 2006 este Convenio tuvo un principio de ejecución, con la formación de un equipo interinstitucional, que trabajó en el diseño de modelos de planes pilotos, aún no se ha logrado su implementación.

Desde el trabajo realizado por equipo interinstitucional se ha observado una constante preocupación por parte de la prensa local, de los operadores del sistema, y de las ONGs involucradas (CEJA-INECIP), para lograr su implementación.

Existen resistencias de algunos operadores del sistema, especialmente Fiscales de Instrucción, para la puesta en marcha de este Plan Piloto. Específicamente esta resistencia está enfocada en impedir la implementación de audiencias orales en la etapa preliminar y en el tratamiento de los casos de flagrancia también en esta etapa.

La crítica más recurrentes es la posibilidad de vulnerar garantías constitucionales, al establecer un sistema rápido de resolución de casos de flagrancia (mediante la dinamización del juicio abreviado inicial) y que estos casos involucren siempre a la misma clientela del sistema.

Estas críticas generalmente son refutadas porque hacen una valoración parcial de la situación real del tratamiento de los casos de flagrancia –que generalmente se resuelven mediante un juicio abreviado en la etapa del juicio, evitando que los condenados puedan iniciar en el menor tiempo posible las fases de la ley de ejecución penal– y porque se impide una rápida resolución del conflicto mediante la posibilidad de aplicar una suspensión del juicio a prueba en la etapa temprana, que no sólo beneficia al imputado sino también brinda una respuesta integral a la víctima.

Las críticas mas mezquinas tienen que ver con la carga de trabajo, afirmando que este sistema comenzaría con carga cero para los operadores designados en la implementación lo que supondría una redistribución del universo de causas no flagrantes en el resto de los operadores, aumentando su carga habitual.

También estas críticas son refutadas ya que no observan la verdadera dimensión del trabajo. Al implementarse un sistema de estas características se podría centralizar el tratamiento de las causas de delitos flagrantes en una unidad de flagrancia y el resto de los operadores no sólo dejarían de ocupar gran parte de su tiempo en este tipo de causas, sino también se dedicarían a investigar las causas mas complejas, las que hoy generalmente se dejan de

lado por el cúmulo de causas en flagrancia, que consumen casi todo el tiempo que disponen los operadores.

En relación a otros puntos del convenio, cabe destacar que se han desarrollado en el «Centro de Capacitación Ricardo Núñez» Seminarios de capacitación de todos los operadores en técnicas de litigación en audiencias orales, dando cumplimiento a los objetivos del Convenio, en cuanto prevé la necesidad de capacitar a los operadores para hacer frente a los desafíos de la nueva dinámica de juicio que plantea la integración de los Tribunales con jurados populares y el plan piloto para oralizar las etapas previas al juicio, que está aún en vías de implementación.

Es importante destacar que las críticas apuntadas han sido refutadas por la implementación del plan piloto en la Ciudad de San Francisco. Es así que el Tribunal Superior de Justicia, a propuesta del Ministerio Público Fiscal y con el apoyo de todas las Instituciones que han suscripto Convenio referenciado, dictó el ACUERDO REGLAMENTARIO NÚMERO UN MIL DIEZ, el veintidós junio del año dos mil diez, creando una Oficina de Fiscales y un cambio paradigmático en el modelo de gestión, autorizando al Ministerio Público, que conforme a su propuesta inicie la experiencia Piloto en el Centro Judicial de San Francisco de la Quinta Circunscripción judicial de la Provincia de Córdoba.

La importancia del cambio de paradigma se basa en el nuevo modelo de gestión de las Fiscalías, que abandonan su organización a imagen y semejanza del Poder Judicial, para adaptarse a los nuevos desafíos que deben afrontar en el modo de gestionar un universo de casos delictivos cada vez mas numerosos y con distinto grado de complejidad que requieren, consiguientemente, respuestas diferentes, diversas, con optimización de los recursos humanos y materiales disponibles.

En función de ese nuevo modelo, se creó una sola unidad de trabajo: la *Oficina de Fiscales*, integrada por todos los Fiscales de Instrucción y el Fiscal de Cámara, junto a Secretarios y Auxiliares. Desaparece la división de empleados por Fiscalía, diseñándose una distribución por áreas de gestión dentro de la Oficina de Fiscales. Se han conformado tres áreas claramente diferenciadas: a) Área de atención inmediata b) Área de casos de flagrancia y ejecución) Área de investigación de casos complejos.

Hay dos núcleos neurálgicos para la implementación exitosa del plan:

1) El *Área de Atención Inmediata* que constituye el primer contacto del público con la oficina de Fiscales, a la vez que va a seleccionar las causas y distribuirlas a las distintas áreas, toda vez que recibe y procesa todas las comunicaciones de casos iniciados en la

Unidad Judicial o Comisarías de la jurisdicción. Tiene encomendada la tarea de propiciar la solución temprana y alternativa de conflictos en casos donde no ha habido aprehensión en flagrancia ni haya detención, o bien llevar a cabo la dirección y sustanciación de la IPP en estos casos, siempre y cuando no demanden por su complejidad un tratamiento especial. Asimismo, será el gestor de un mecanismo de sistematización de la información de casos no potenciales.

2) *La Unidad de Gestión de Audiencias e Información Estadística*: Es la unidad encargada de fijar el cronograma o agenda de audiencias y posibilitar la celebración de estas, disponiendo de recursos suficientes e idóneos para que en los plazos establecidos como metas por el plan (o en su caso, por la ley) el juez, las partes, demás interesados y terceros que deban asistir a las audiencias que se van a realizar en la etapa de la investigación (audiencia de control de detención, de prisión preventiva, de juicio abreviado inicial, de suspensión del juicio a prueba, de discusión de la acusación) estén presentes a la hora dispuesta y en el lugar disponible para la misma. Asimismo, es la unidad encargada de gestionar y chequear la provisión en la sala de audiencias de todos los elementos materiales y tecnológicos necesarios para la celebración del acto procesal correspondiente, procurando también el soporte necesario para que todo lo actuado quede en registro de audio. Será la encargada, con fines operativos y estadísticos, de sistematizar los resultados de cada acto fijado, proveerá a las partes del material de respaldo de audio resultante de la audiencia y llevará un archivo generado y preservado bajo los debidos protocolos de seguridad.

Los operadores del sistema pretendemos, con el diseño e implementación de este plan, generar nuevas prácticas y rutinas mediante un procedimiento desformalizado y oral para el rápido tratamiento de los casos, dando respuestas diversificadas en función de la complejidad que presentan, sean casos de flagrancia o cuasi flagrancia, o delitos que requieren mayor trabajo de investigación, controlando la legalidad de la detención en todos los casos, respetando los derechos del imputado y las garantías del debido proceso, dando cumplimiento con la Convención interamericana de Derechos Humanos. El compromiso interinstitucional asumido por todos los actores del sistema de enjuiciamiento penal cordobés, con el asesoramiento, apoyo y capacitación del CEJA, no se limita a la implementación del plan piloto en San Francisco, sino que el desafío que nos hemos propuesto es replicar la experiencia en toda la Provincia de Córdoba, experiencia que a partir del 27 de Setiembre de 2010 comenzamos a adquirir en la Ciudad de San

Francisco, siempre con el objetivo claro de dar respuestas rápidas y de alta calidad a los ciudadanos.

IX. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

En Córdoba el proceso de cambio se dio principalmente desde la dimensión normativa, habiendo sido desatendidas las dimensiones restantes. Si bien se han producido cambios sustanciales con respecto al modelo anterior, luego de once años de la entrada en vigencia de la totalidad del nuevo Código Procesal, la reforma no ha sido capaz de generar una nueva cultura que supere viejas prácticas, que aún siguen reproduciéndose.

Aunque de manera previa al cambio legislativo, hubo profundas discusiones hasta lograr los consensos necesarios para aprobar el nuevo Código, una de las principales deficiencias fue haber confiado excesivamente en que el cambio normativo generaría espontáneamente un cambio en el sistema de enjuiciamiento penal, el cual está integrado no sólo por el elemento normativo, sino también por elementos culturales, institucionales y de recursos humanos.

Esta confianza excesiva en un instrumento normativo, el cual era y es aceptado en sus principios y valores por todos los operadores transformándose en el «discurso oficial», permitió que se soslayara la necesidad de llevar adelante un proceso de implementación del nuevo Código, que incluyera la capacitación necesaria para los nuevos desafíos que presenta el modelo acusatorio y su profundización, con énfasis no en el conocimiento normativo, a través de un estudio lineal del Código, sino en las prácticas de los actores del sistema, capaces de configurar el cambio cultural que conllevaba el nuevo modelo.

El problema de la instalación del nuevo sistema se dio en el terreno de las prácticas, faltó y continúa faltando un proceso de formación de los actores, en el que se presenten «imágenes» acerca de cómo hacer las cosas, a los fines de alterar rutinas, percepciones de rol, hábitos, destrezas, etcétera, que se vienen y se venían realizando.

Como consecuencia de no haber intervenido fuertemente en este nivel, no se ha logrado aún un cambio al nivel de las conductas, actitudes y comportamientos que el nuevo sistema de justicia criminal impuso e impone.

Más allá de las debilidades referidas en la implementación y evaluación de nuestra reforma, podemos sostener que durante la última década en nuestro sistema se han producido cambios que hacen que su fisonomía haya variado sustancialmente, habiéndose

instalado un nuevo horizonte de expectativas, respecto de los valores que debe procurar realizar.

Ideas como la oralidad y publicidad de los procesos, la necesidad del respeto por estándares de garantías individuales en los procesos penales y la necesidad de la protección de las víctimas de los delitos se han difundido ampliamente y cuentan con amplios márgenes de adhesión.

En los últimos tiempos se ha puesto sobre la mesa la necesidad de profundizar la reforma en varios aspectos, los cuales podemos sistematizar de la siguiente manera:

IX.1. El proceso de reforma y el cambio cultural

- Implementación de la nueva ley sobre la integración con jurados populares en el sistema de enjuiciamiento penal (Ley 9182, Arts. 33: Presentación del caso, 28 y 34: Prohibición de acceso a las constancias de la Investigación Penal Preparatoria)

- Plan Piloto para la implementación de Audiencias en la etapa de la Investigación Penal Preparatoria. Convenio Interinstitucional. Modelo Piloto que se está desarrollando en San Francisco.

- Convenio para la Capacitación en litigación destinado todos los operadores del sistema (Jueces, Fiscales y Defensores) suscripto por el Tribunal Superior de Justicia, el Ministerio Público Fiscal y el CEJA en Octubre de 2008, a los fines de la capacitación en técnicas de litigación en audiencias orales en la Escuela Judicial del Tribunal Superior de Justicia «Centro Nuñez».

IX.2. Cambios en el Ministerio Público Fiscal

- Flexibilización en la distribución por Distritos de los Fiscales para investigaciones específicas.

- Creación de nuevas unidades judiciales especializadas con enfoques de género: Unidad judicial de la Mujer; Unidad judicial de violencia familiar.

- Plan piloto para que el mismo fiscal que realiza la investigación sostenga la acusación en el juicio y la nueva organización de las fiscalías en Oficinas de Fiscales, ya en desarrollo en la Ciudad de San Francisco.

- Plan piloto para el tratamiento de los casos de flagrancia, con oralidad en la etapa preparatoria, en desarrollo en la Ciudad de San Francisco y con el proyecto de extenderse en todas las circunscripciones judiciales de la provincia de Córdoba.

IX.3. Cambios en la Defensa Pública

- Se han designado «ayudantes colaboradores de los defensores públicos», que pueden litigar.
- Capacitación en litigación de los defensores públicos (Ceja-Inecip-Centro Nuñez).

IX.4. Ruidos acerca de la necesidad de cambios normativos

- Prisión preventiva dictada por el Juez a pedido del Fiscal
- Actos preliminares al juicio a cargo del Juez de control
- Oralización de las etapas previas al juicio
- Introducir modificaciones a la ley de jurados populares, especialmente en cuanto a la necesidad de que los jueces técnicos fundamenten el voto emitido por el jurado popular.

Consideramos que a los fines de continuar profundizando el modelo teórico establecido, es *indispensable*.

IX.4.a. Acerca del paso del trámite al litigio

- Profundizar la oralidad
- Enfrentar las prácticas efectivas en la etapa preparatoria y en el juicio

IX.4.b. Mejorar la productividad del Sistema

- Aplicación del principio de oportunidad
- Respuestas rápidas y simplificadas al conflicto (mediación, acuerdos reparatorios, procedimientos simplificados, suspensión condicional del proceso a prueba)

IX.4.c. Construcción de Sistemas de Investigación

- Separación Policía de Seguridad y Policía de Investigaciones
- Reorganización del Ministerio Público

IX.4.d. Organización administrativa de los tribunales

- Tecnificación y especialización de la Administración y gestión de las audiencias.

Como hemos expresado en la introducción, el proceso de reforma procesal penal en la Provincia de Córdoba sigue vigente. Existe la necesidad por parte de los integrantes de la Academia como

de los operadores oficiales del sistema y también por parte de los operadores privados (Colegios de Abogados, ONGs), de crear ámbitos o canales de discusión acerca de los problemas planteados. Se observa este especial interés en la preocupación de generar capacitaciones tendientes a reflexionar sobre las prácticas que se están desarrollando y los problemas que ellas acarrearán y en la necesidad de consensuar «buenas prácticas».

Hoy, a 20 años de la sanción del Código Procesal Penal de la Provincia, consideramos, desde una visión optimista, altamente positivo este estado de situación porque va a permitir generar los cambios indispensables para hacer realidad o al menos acercarnos a los valores que integra el paradigma constitucional del sistema adversarial, una muestra de ello es la implementación exitosa del modelo piloto que se encuentra desarrollándose en la Ciudad de San Francisco.

*EL PEDIDO DE ABSOLUCIÓN FISCAL, ¿ES VINCULANTE EN TODOS
LOS CASOS?*

ROBERTO SPINKA

EL PEDIDO DE ABSOLUCIÓN FISCAL, ¿ES VINCULANTE EN TODOS
LOS CASOS?

ROBERTO SPINKA*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra el 23 de agosto de 2011 con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que ella propone sobre las fortalezas y debilidades de éste.

El Código vigente conservó de su precedente, el decreto-ley n° 5154 (artículo 439), la regla según la cual «Nunca podrá el Juez Correccional condenar al imputado si el Ministerio Fiscal no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida» (artículo. 414, último párrafo).

Tal disposición, en el Código anterior, desde que era sólo aplicable a aquel *procedimiento especial*, el Juicio Correccional, que además presentaba otras importantes diferencias con el Juicio Común¹, permitía dogmáticamente, por vía de implicancia, tener por cierto que en el Juicio Común era admisible que el Tribunal dictara un pronunciamiento condenatorio pese al pedido de absolución fiscal, pero también que impusiera una pena superior a la requerida por el Fiscal. Como, según lo dicho, la regla fue conservada en el Código vigente, según ley 8123, no puede sostenerse que aquellas consecuencias fueran distintas en éste.

En ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba admitió sin medias tintas la posibilidad de una condena pese al pedido de absolución del Fiscal a partir del conocido caso «Simoncelli», sentencia n° 45 del 28/7/98 (*Semanario Jurídico* n° 1211, t. 79, 1998, B, p. 397), en tanto que respecto de la posibilidad de aplicar una pena superior a la requerida por el Fiscal, lo hizo, muy claramente por cierto, en el caso «Esteban» (s. N° 119 del 14/10/99) y más recientemente en los autos «Almiron» (s. del 17/11/08).

* Doctor en Derecho y CS de la UNC .Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ VELEZ MARICONDE, *Proyecto de 1968*, p. 51. Las enumeraba NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de Córdoba*, p. 408, nota 1 al artículo 432.

Lo interesante es que tanto a la fecha de la sanción del Código Procesal según ley 8123², como a la del precedente «Simoncelli» del Alto Cuerpo cordobés³, era ya ampliamente conocida la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos «Tarifeño» (del 28/12/89), en los que se sentara una doctrina contraria a lo que obligaba y obliga derivar la regla legal del Código de Córdoba, desde que, partiendo de la base de que la garantía del 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 (Fallos 125:10; 127:36; 189:345, entre otros), consideró que si el Fiscal solicita la absolución del sujeto pasivo del proceso y el Tribunal, pese a ello, condena, no se respeta esa garantía porque «se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación».

Es entonces absolutamente claro que la Corte, en ese precedente, *interpretó* que la falta de mantenimiento de la acusación por el Fiscal equivale a la *ausencia de acusación*. Y en esa línea se mantuvo en fallos posteriores, tales como los casos «Ferreyra» del 20/10/95, «Cáseres» del 25/9/97 y «Mostaccio» del 17/2/04, con la excepción de «Marcilese» del 15/8/02, en los que la interpretación mayoritaria varió, admitiendo como válida, en síntesis, la sentencia condenatoria pese al pedido de absolución del Fiscal.

Por su parte, también el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba mantuvo su interpretación, entre otros, en los casos «Neira» del 30/6/03, «Bazán» del 3/7/03, «Boero» del 17/5/04, entre otros. Pero eso sucedió hasta el caso «Laglaive», en los que el 27/5/04 la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso de queja interpuesto en contra de la sentencia n° 106 del 4/12/00 del máximo tribunal de la provincia, haciendo lugar al recurso y dejando sin efecto la sentencia apelada, que a su vez, no hizo lugar al recurso de casación deducida en contra de la sentencia de la Cámara Octava del crimen del 30/11/99, que impuso condenas pese al pedido absolutorio del Fiscal de Cámara.

A partir de aquel precedente, el Tribunal de Córdoba viene acatando respetuosamente, como no podía ser de otro modo, la doctrina de la Corte. Y aunque ha dicho que ello es así a condición de que no intervenga un querellante particular (como en el caso «Martinez», del 4/3/05), lo cierto es que ello forma parte también de la doctrina de la Corte, que en el caso «Santillan» ya había

² El 5/12/91.

³ El 28/7/98.

señalado el 13/8/98 que a los fines de la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, no cabe distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula.

El *racconto* anterior se justifica porque, a más de veinte años de la doctrina inicialmente sentada en el caso «Tarifeño», podría plantearse si no resulta conveniente que el Código contenga una regla expresa que recepte aquello que la Corte tiene como válido, lo cual no sería otra cosa que extender la validez de la regla del artículo 414, último párrafo, primer supuesto, al menos al Juicio Común, consolidada como pareciera estar la doctrina de la Corte ya mencionada.

Para responder negativamente a esta cuestión, basta con señalar que la doctrina de la Corte se basa pura y exclusivamente en una interpretación de lo que constituye una acusación y, consecuentemente, si la falta de mantenimiento de la misma por el Fiscal al emitir sus conclusiones, equivale o no a su ausencia.

En ese sentido, el Ministro FAYT, en el precedente «Marcilese» advirtió que la fórmula a la que la Corte hiciera mención en numerosos precedentes, en orden a que el debido proceso exige la observancia de «las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, resulta insuficiente para resolver la cuestión que se debate en el *sub lite* toda vez que poco ilustra sobre el contenido exigible a cada uno de esos actos para satisfacer aquella garantía fundamental. Ello obliga al Tribunal a precisar los alcances de estos últimos» (considerando 7° de su voto).

Por tanto y desde que la estabilidad normativa de un sistema no puede estar sujeta a los vaivenes de cambios de interpretaciones, de origen jurisprudencial, no pareciera prudente ninguna reforma en la ley procesal de Córdoba.

Otra cosa sería si la interpretación se fundara en una distinta realidad normativa, pero en este sentido las cosas están como hace muchos años, porque la reforma constitucional de 1994 no innovó sobre la consistencia de los actos que constituyen el debido proceso (acusación, prueba, defensa y sentencia), tal como lo viene entendiendo la Corte desde hace años y en numerosos precedentes. En todo caso, *precisó* buena parte de su contenido⁴.

En su base, como está dicho, la tesis de la Corte reside en una particular interpretación de lo que constituye una acusación, en el sentido que si el Fiscal, al emitir conclusiones, no mantiene la

⁴ V. gr. artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

acusación que se leyera al abrirse el debate (CPP artículo 382 última parte) y cuyo contenido precisa el artículo 355 del CPP, habrá que concluir que en realidad no hubo acusación, y en esa línea, que lo que se leyó no fue una acusación, de modo que el tribunal, obligadamente, deberá absolver, en razón de «una decisión de política procesal sobre la extensión del método acusatorio»⁵, establecida en los fallos de la Corte.

Que esa interpretación sea razonable, con arreglo a lo que emerge de la ley procesal vigente, o que sea válido que una decisión de política procesal pueda tener como sustento no la ley⁶, sino una interpretación jurisprudencial, es cuestión que en verdad no interesa aquí analizar porque es por todos conocidos que el asunto ha sido tratado y debatido extensamente en los últimos años, pero si conviene advertir los alcances posibles de este ya consagrado estándar interpretativo, a partir de un interrogante: ¿formulado el pedido de absolución por el Fiscal, el Tribunal deberá absolver aún cuando esa solicitud sea infundada?

Es que así como es posible que el Tribunal, al condenar o absolver, yerre en su decisión, también es posible que el Fiscal, al pedir la absolución, incurra en un defecto tal como el análisis fragmentario de la prueba, su valoración omisiva, o violatoria de las reglas de la sana crítica, de suerte que su petición se torne arbitraria, no en el sentido de un obrar malintencionado, obviamente, sino infundado.

De otra forma, dado que la Corte –no la Constitución ni la ley– ha otorgado al Ministerio Fiscal un poder extraordinario, el punto es si, *supuesta la inexistencia en un caso dado de un querellante particular*, resulta válido que el Fiscal solicite la absolución, emitiendo conclusiones infundadas, y que pese a ello el Tribunal deba nomás absolver.

La hipótesis no es antojadiza. Si se examinan los precedentes de la Corte, se advertirá que en el caso «Tarifeño» estuvo presente sin merecer un pronunciamiento expreso del Alto Tribunal, pues en ese caso el tribunal de sentencia expresamente invocó como razón para condenar, no obstante promediar un pedido de absolución del Fiscal, que la solicitud de éste habría sido infundada.

⁵ CAFFERATA NORES - TARDITTI, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, t. II, p. 237, nota al pie 244.

⁶ Concepto que, obviamente, incluye la Constitución, cuya letra, se desprende de lo dicho por el Ministro FAYT al referirse a los actos que integran la garantía del debido proceso, «poco ilustra sobre el contenido exigible a cada uno de esos actos para satisfacer aquella garantía fundamental».

El artículo 154 del Código vigente establece que los representantes del Ministerio Público «formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad». Al consagrar esta sanción (que el artículo 67 del Código anterior no contenía), el Ministerio Fiscal quedó en un pie de igualdad con el Tribunal, a quien el artículo 142 del CPP impone también la obligación de «fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias y los autos».

Y nada indica que, en lo que atañe a las conclusiones del Fiscal, la ley formule algún distingo cuando se trata de las conclusiones que vierte en la oportunidad prevista en el artículo 402, según cuál sea el sentido de las mismas, esto es, que requiera la condena o la absolución del imputado. Tampoco nada indica que la motivación de las conclusiones del Fiscal pueda tener un sentido o alcance distinto al que impone el artículo 408 inc. 2° al Tribunal, porque motivar es, sea que se trate de una conclusión o requerimiento, sea que se trate de una sentencia, exactamente lo mismo.

Por tanto, si la sentencia será nula si en la decisión del Tribunal faltare o fuere contradictoria su fundamentación, o no se hubieren observado en ella las reglas de la sana crítica racional con respecto a elementos probatorios de valor decisivo, la cuestión es si igual sanción deberá pronunciar el Tribunal respecto de las conclusiones del Fiscal cuando incurra en iguales defectos.

El hecho de que promedie una conminación específica de la nulidad de que se trata (artículo 154) no es razón legal suficiente para que así proceda el Tribunal, es decir, de oficio, dado que en la hipótesis analizada no existe un querellante particular que, eventualmente, podría forzar el control de aquellas conclusiones o, incluso, habilitar al Tribunal, prescindiendo de toda referencia a la posición del Fiscal, a emitir sentencia, incluso condenatoria, conforme a la doctrina de la Corte en el caso «Santillán». Para nulificar tales conclusiones, sería menester que la inobservancia por el Fiscal de su obligación de motivarla involucrara una garantía constitucional⁷.

Y ese es precisamente el punto. Aquella inobservancia ninguna garantía afecta, porque ella no vulnera las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal, a la intervención y participación del Ministerio Público en el proceso, ni a la intervención, asistencia y representación del imputado (artículo 185 incs. 1 a 3), de modo que la sanción que el artículo

⁷ Sobre esto, CAFFERATA NORES - TARDITTI, ob. cit., t. I, p. 456.

186, segundo párrafo establece debe pronunciarse en cualquier estado y grado del proceso, no aparece como procedente.

Pero, de admitirse que hay alguna garantía constitucional que pueda resultar lesionada, la pregunta sería ¿en interés de quién cabría pronunciarla? Porque si no existe nulidad por la nulidad misma, su declaración, so pretexto del resguardo de una garantía constitucional, afectaría claramente al imputado, en contra de lo que constituye la función natural de las garantías, de suerte que, desde este punto de vista, la declaración de la nulidad resultará, también, jurídicamente inadmisibile.

Se sigue de ello que, aún cuando el Fiscal emita conclusiones infundadas, requiriendo la absolución del imputado, a estar a la doctrina de la Corte, el Tribunal deberá absolver.

Y eso muestra una asimetría que, *políticamente*, resulta cuestionable: supuesto que el Tribunal, que es el que *decide*, incurra en falta de fundamentación, ésta tiene remedio porque de sus actos hay controles. Si fuera el Fiscal quien al emitir conclusiones incurre en igual defecto al requerir la absolución del imputado, no hay remedio legal alguno, porque de ese acto no hay control posible, con lo cual y sin perjuicio de sus responsabilidades políticas, es el Fiscal quien *decide*.

Si eso es así, queda claro que es a consecuencia de una decisión de política procesal que tendrá sólido respaldo doctrinario, pero que plantea situaciones como la analizada. Esto invita a pensar si no conviene reparar en que las decisiones de política procesal son, como las de política criminal, decisiones esencialmente políticas y, consecuentemente, si el discurso no debería plantearse en estos términos, es decir, los políticos. Porque, jurídicamente, pueden existir muy buenas razones por las que quede en manos del Ministerio Fiscal, directa o indirectamente, evitar un pronunciamiento condenatorio; la cuestión es si, *políticamente*, vistas las posibles consecuencias que podrían suscitarse, ello es *políticamente* correcto.

El hecho de que, al menos en Córdoba y según es nuestro conocimiento, no se hayan planteado casos como el de la hipótesis analizada, porque a decir verdad nuestros Fiscales han ejercido el poder que la doctrina de la Corte les otorga de manera por demás prudente, no quita interés a la cuestión, porque como posible, es posible que pueda ocurrir. Ante esto, es evidente que cualquiera sea el modelo procesal que se piense más eficaz, moderno y garantizador, en la medida que el sistema cuente con los debidos controles de decisiones, sean sentencias o pedidos de absolución, que concluyen con el proceso, será más factible limitar sustancialmente la posibilidad de yerros, y en su caso, de corregirlos. Porque al fin

de cuentas, de lo que se trata, es de *afianzar la Justicia*, como reza el Preámbulo de nuestra Constitución.

A 20 AÑOS, UN RECORRIDO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA

PROCESAL PENAL

AÍDA LUCÍA TARDITI

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN DEL CONTEXTO

La ley de reforma n° 8123 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba se promulgó en el año 1991, sin embargo su puesta en vigencia integral fue recién posible en 1998.

El lapso de años que transcurrió entre la ley de la reforma y su realidad, se debió a múltiples factores, como la crisis política, institucional y económica, pero también con otros conectados con la profundidad del cambio a un sistema de enjuiciamiento en funcionamiento.

El punto central de la reforma de Córdoba, tanto desde la perspectiva ideológica como para la implementación, consistió en un cambio profundo en las atribuciones de los órganos judiciales que intervenían durante la investigación penal preparatoria, que se *concentraría* en el Ministerio Público Fiscal mientras los Jueces asumirían el control de las garantías constitucionales. Tal cambio de rol, implicaba por sí misma una *conflictividad* en la puesta en vigencia, toda vez que tanto los Fiscales como los Jueces de Instrucción asumirían funciones diferentes a las que entonces realizaban, potenciada porque la reforma había sido diseñada *sin transición*, esto es que los procesos pendientes ante los Jueces pasarían a los Fiscales.

A ello se sumaba que se había instalado que la reforma requería indispensablemente de un significativo presupuesto, especialmente por la creación de nuevas Fiscalías, en un Poder Judicial que cuenta con una de las mayores descentralizaciones a través de 23 centros judiciales. La reforma había sido simplificada bajo el *slogan* que los Fiscales además de continuar haciendo lo mismo, esto es la investigación en los procesos por delitos menores, comenzarían a hacer lo que hacían los Jueces, es decir la investigación de los demás delitos, por lo cual el *número de Fiscalías debía duplicarse*. El influjo de esta *idea del múltiplo*, se advierte con claridad en las leyes de creación de cargos y de presupuesto del Poder Judicial posteriores a 1992.

La suma de los factores apuntados había llevado a la percepción generalizada en 1996, que la puesta en vigencia de la reforma procesal era *conflictiva e inviable económicamente*.

La inclusión del *escabinado* con dos Jurados en los juicios de competencia criminal, para el juzgamiento facultativo de delitos graves, no estaba por entonces en el centro de la escena, pero también requería ser implementado en un país sin cultura de participación ciudadana en el Poder Judicial y que nada menos iniciaría la instalación de los Jurados en el país.

II. LA PLANIFICACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA EN LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

II.1. La importancia de una metodología adecuada

El contexto desfavorable a la implementación de la reforma, motivó la necesidad que el Poder Judicial la tomara bajo su responsabilidad, a través de una planificación adecuada coordinada por el Tribunal Superior de Justicia y la Fiscalía General.

En la experiencia de Córdoba, cuando la cabeza del Poder Judicial asume el objetivo de poner en funcionamiento la reforma dispuesta por los otros dos Poderes constitucionales, se disminuye la resistencia interna al cambio. A su vez, tal objetivo trasunta que se asume un rol activo en los procesos de reforma, porque son apreciados como un cambio valioso para mejorar el sistema de la Justicia Penal.

Una planificación adecuada para la implementar una reforma procesal, requiere al menos de dos condiciones básicas.

La primera condición básica es contar con una metodología que posibilite la inclusión de quienes van a ser alcanzados por la reforma, que a su vez incorpore las herramientas que proporcionan los expertos, pues así será posible descubrir cuales son los nudos críticos centrales que deben abordarse para la implementación y las alternativas posibles de superación de obstáculos. La segunda condición es que si estas alternativas de superación de obstáculos requieren de alguna modificación legal y de refuerzos presupuestarios, los Poderes Ejecutivo y Legislativo también son actores insustituibles en la implementación.

En cuanto a la metodología, se contrató a la Fundación Estrategias, ONG con antecedentes en estas actividades en la región, con el objeto de elaborar un proyecto viable para instrumentar el conjunto de transformaciones que implicaba la puesta en vigencia de la ley n° 8123, que incluyera la interacción entre un conjunto suficientemente representativo del Poder Judicial y los expertos. Es que si la planificación es abordada exclusivamente por expertos, corre el riesgo de ser visualizada por los operadores judiciales como producto de un gabinete. A su vez, el Poder Judicial carecía

entonces de recursos humanos con los conocimientos y habilidades de alta calidad para la planificación de una reforma de envergadura.

La interacción entre operadores judiciales y expertos, fue una experiencia muy provechosa. Para los operadores judiciales significó abrir un espacio institucional que los *involucró y comprometió* con la implementación de la reforma, pues implicó que se los reconocía como los protagonistas esenciales del cambio. Para los expertos, significó un espacio de fluidez para obtener y validar la información que se necesitaba: no es lo mismo requerir datos y obtenerlos sin la participación de los operadores judiciales, que hacerlo con su intervención. La actividad conjunta destruye las barreras que naturalmente se edifican cuando los expertos trabajan solos y los operadores ignoran para qué se necesitan los datos y verifican su veracidad.

Por cierto que esta metodología no puede prescindir de la intervención activa de los más altos niveles del Poder Judicial. Si se toma el compromiso de la implementación de una reforma, ello debe reflejarse en las actividades que constituyen lo que se denomina *gerenciamiento*, el cual implica que al menos un miembro de la Corte o Tribunal Superior y el Fiscal General, deben tener presencia e intercambio fluido con los grupos de trabajo, supervisar las diversas etapas e instrumentar los actos que sean necesarios.

II.2. Los obstáculos y los modos de superarlos

La metodología adoptada posibilitó, en el caso de Córdoba, descubrir cuales eran los *nudos críticos centrales*, que obstaculizaban la implementación de la reforma y las alternativas de superación, para tomarlas decisiones adecuadas.

Recorramos a continuación ese camino.

II.2.a. Ausencia de transición

La reforma había sido diseñada sin transición entre los dos modelos procesales, porque todos los procesos que tramitaban ante los Juzgados de Instrucción serían distribuidos por sorteo entre las Fiscalías de Instrucción.

Esta solución legal implicaba inconvenientes prácticos de envergadura puesto que las Fiscalías partirían de un mora inicial resultante del traspaso de los procesos, con disvaliosas consecuencias para la celeridad, que era justamente uno de los objetivos que perseguía la reforma procesal.

Visualizada la *ausencia de transición* como un nudo crítico, la alternativa de superación consistía en diseñar una transición, esto es un *tiempo de coexistencia* de ambos modelos procesales. Ella posibilitaría que la reforma se iniciara en nivel «0» lo cual permitiría una mejor identificación con el nuevo rol de los jueces y fiscales y mayores posibilidades de seguimiento del nuevo sistema. Asimismo, la permanencia temporaria del anterior sistema, facilitaría un mejor contralor de la culminación de los procesos pendientes. Pero obviamente también retendría recursos para atender los procesos pendientes.

Como esta transición implicaba una modificación legislativa, se presentó un anteproyecto que fue enviado por el Poder Ejecutivo y sancionado por el Poder Legislativo (ley n° 8833).

La reforma entró a regir el 1° de abril de 1998, en ese momento en el Centro Judicial Capital de los 16 Juzgados de Instrucción, la mayor cantidad (10) fueron afectados para concluir las causas pendientes, mientras que 6 Juzgados comenzaron a intervenir exclusivamente en la nueva competencia. La mayor concentración de Juzgados en las causas pendientes posibilitó la más pronta conclusión dentro los límites temporales de la transición. A medida que avanzó este tiempo de transición que culminó el 1° de junio de 2001, se fueron reduciendo los Juzgados de Instrucción, liberando recursos que posibilitaron una reingeniería de bajo coste presupuestario para la creación de dos Cámaras del Crimen y de más Fiscalías de Instrucción.

II.2.b. La información indispensable para cuantificar los recursos humanos que retiene el anterior sistema durante la transición y los que exige el nuevo sistema

Otro de los *nudos críticos* de la implementación de la reforma, consistió en la ausencia de información indispensable para cuantificar los recursos humanos suficientes que requeriría el nuevo sistema y los que retendría el anterior durante la transición.

La falta de información, conduce a presupuestos de recursos generalmente elevados, que se convierte por su inviabilidad económica, en un factor retardatario de los procesos de cambio. Remontar la cuantificación de recursos que provenía de la idea del múltiplo, que había dificultado la puesta en vigencia integral, fue posible porque se pudo contar con información adecuada que condujo, en lugar del doble, sólo a la creación de ocho Fiscalías de Instrucción, mientras que el personal superior e inferior se completó principalmente en todas las Fiscalías con los traslados de personal existente.

Los datos que posibilitaron contar con una información confiable y suficiente, para distribuir los recursos humanos durante la transición y presupuestar los necesarios para el comienzo del nuevo sistema, fueron los inventarios de causas, la tipificación de tareas y el censo cualitativo del personal.

II.2.b.i. *Inventarios de causas*

Se carecía de datos acerca de la cantidad de procesos radicados en cada Juzgado de Instrucción, como así también sobre su estado, datos que son imprescindibles para conocer cuántos Jueces retendría la transición en su competencia anterior, cuántos podrían ser especializados en su nueva competencia y son de suma utilidad para el seguimiento de la transición.

La idea de que tales datos pudieran obtenerse a través de *inventarios* de causas, partió de los equipos de trabajo compuestos por operadores judiciales y expertos. Cada Juzgado confeccionó un listado de todas las causas existentes, efectuando la distinción entre *causas activas* y *causas latentes*. Las primeras se correspondían con los procesos que tenían asignada carga de trabajo efectiva; las segundas con aquéllos que se encontraban prescriptos sin que se hubiese dictado el pronunciamiento judicial de sobreseimiento o bien, próximos a prescribir.

Esta actividad fue muy positiva porque también los tribunales pudieron organizarse mejor, ordenando los archivos, dictar los sobreseimientos por prescripción y priorizar la culminación de las causas activas al conocer con precisión cuántas y cuáles eran.

II.2.b.ii. *Tipificación de tareas*

La diversidad de tareas que se realizaba en un Juzgado de Instrucción, especialmente la distinción de quienes la realizaban, es decir si el Juez, los funcionarios o los empleados, configuró una información clave para cuantificar los recursos humanos requeridos por el nuevo sistema. Ello así por las posibilidades de *traspolación* de muchas de esas tareas hacia las Fiscalías de Instrucción.

La identificación de los *tipos de tareas*, se efectuó a través de un formulario diseñado por los expertos con los datos suministrados por los operadores judiciales, quienes indicaron cuáles eran traspolables tanto al rol de las Fiscalías de Instrucción del nuevo sistema como al nuevo rol del Juez.

Resultó altamente eficaz para diseñar las *plantas de personal superior e inferior* de cada Fiscalía de Instrucción y Juzgado de

Control. A su vez, la identificación de tareas puramente administrativas realizada en cada Juzgado y Fiscalía, permitió también el cálculo de los recursos humanos requeridos para el funcionamiento de una Mesa General de Entradas del Fuero Penal del Centro Judicial de Capital.

II.2.b.iii. Censo cualitativo del personal inferior

A través de un formulario que respondieron cada Juzgado y Fiscalía de Instrucción, consistente en individualizar el personal dentro de cada oficina que realizaba diferentes tareas, se contó con información útil para producir traspasos del personal inferior, desde los Juzgados hacia las Fiscalías, a fin de una composición equilibrada de las plantas.

Dicho formulario posibilitó conocer qué personal realizaba exclusivamente tareas propias de la Mesa de Entradas; cuál estaba afectado a la colaboración en las causas (simples, medias y complejas); quienes colaboraban incluso con la elaboración de proyectos, etcétera, facilitando un traspaso adecuado del personal desde los Juzgados hacia las Fiscalías de Instrucción. Esta reingeniería implicó una notable disminución en los costes presupuestarios para la implementación.

III. JURADOS

La reforma fijó los requisitos para ser Jurado, en qué casos podían ser convocados por las partes en el juicio y que debían ser sorteados públicamente entre los ciudadanos electores por cada Circunscripción Judicial, derivando hacia la reglamentación del Tribunal Superior de Justicia la implementación de tan importante innovación en cumplimiento de la reforma constitucional de 1987 (C. Provincial, 162).

La primera reglamentación¹, estableció el sorteo a través de un sistema informático diseñado por la Dirección de Informática del Poder Judicial, que consideró los límites mínimo y máximo de edad y la división territorial exigida, aplicación que se utilizó en la audiencia pública en la que actuó como veedor el Colegio Profesional de Ciencias Informáticas. A los ciudadanos sorteados, se les remitió por vía postal y con franqueo de devolución pago, al domicilio indicado en el Padrón Electoral, una nota explicativa del

¹ TSJ, Acuerdo Reglamentario n° 412, Serie A, 17-3-98.

sorteo realizado, con una breve reseña del significado de las tareas del Jurado y del cometido que les asigna la ley, que contenía un formulario con los requisitos para ser Jurado con valor de declaración jurada. Se estableció un arancel por día de actuación equivalente al que percibe un Juez.

En una segunda reglamentación se aprobó la *Información para Jurados*², que es similar a la que se imparte en otros países que tienen un sistema semejante, cuyo objetivo es proporcionar los conocimientos básicos e indispensables para que pueda desempeñar su función.

Ante la convocatoria, un alto porcentaje de Jurados (69%) se sintieron positivamente valorados al asignársele «la delicada responsabilidad de colaborar en la administración de justicia»³ y mejoró en la mayoría (67%) su percepción acerca de la justicia penal⁴.

Se inició luminosamente una modalidad de participación ciudadana, que se profundizó muchos años después a través de la incorporación obligatoria de una mayoría de Jurados para el juzgamiento de los más graves delitos (ley n° 9182). De modo similar que aquellos primeros Jurados, también una abrumadora mayoría (97%) consideran que la experiencia en general fue muy positiva y que mejoró su opinión acerca de la justicia penal (66%)⁵.

² TSJ, Acuerdo n° 232, Serie A, 23-6-98.

³ Ponderación que emerge de la investigación en base a encuestas realizada por CARLOS FERRER y CELIA GRUNDY, *El enjuiciamiento penal con Jurados en la Provincia de Córdoba*, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 53.

⁴ FERRER-GRUNDY, ob. cit., p. 60.

⁵ V. la muy interesante investigación de CROACIA, LAURA en *Jurados populares*, «Capítulo III», en la publicación *Gestión del sistema de administración de justicia y su impacto social*, Colección Investigaciones y Ensayos, 3, Córdoba, 2003, Poder Judicial de Córdoba.

*EL APORTE DE JOSÉ I. CAFFERATA NORES A LA GÉNESIS, DEBATE Y
APROBACIÓN FINAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA
ACTUALMENTE EN VIGENCIA*

VÍCTOR M. VÉLEZ

EL APORTE DE JOSÉ I. CAFFERATA NORES A LA GÉNESIS, DEBATE Y
APROBACIÓN FINAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA
ACTUALMENTE EN VIGENCIA

VÍCTOR M. VÉLEZ*

Aporte a la conmemoración que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba celebra con motivo cumplirse 20 años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente en vigencia, y al debate que propone sobre sus fortalezas y debilidades.

I. PROPÓSITO DE ESTAS LÍNEAS

En el debate a que ha convocado la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba sobre el Código Procesal Penal de Córdoba cuyos 20 años de vigencia se conmemoran, no puede faltar una referencia al rol jurídico y político que le cupo al Dr. JOSÉ I. CAFFERATA NORES en su génesis, debate y aprobación final.

Pare hacerlo me voy a limitar a *reproducir* opiniones documentadas de legisladores y doctrinarios sobre el punto.

II. MENSAJE DE ELEVACIÓN DEL PROYECTO DE CPP

El Mensaje de elevación del Poder Ejecutivo a la Legislatura Cordobesa expresa «En la redacción del Proyecto que hoy se eleva, *intervino personalmente* el Ministro de Gobierno José I. Cafferata Nores».

III. DEBATE PARLAMENTARIO

En el *Diario de Sesiones* de la Legislatura Cordobesa, que refleja el debate parlamentario que precedió a la sanción del CPP de 1991 se pueden leer las siguientes expresiones de los legisladores oficialistas y de la oposición, sobre el Dr. JOSÉ I. CAFFERATA NORES:

* Profesor Titular de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

fue «*motor fundamental* de esta iniciativa» (o sea del CPP) dijo Diputado Cabral: fue «*autor o gestor intelectual* de la reforma», expresó el Senador De Rivas; «*que va a llevar su impronta*», concluyó el Senador Caronni.

IV. Doctrina

IV.1. «El Código de Procedimiento Penal de Córdoba de Vélez Mariconde y Soler, estuvo vigente hasta el dictado del Código de Procedimiento Penal (Ley 8123) en el año 1991, redactado por una comisión designada por el Poder Ejecutivo, cuyo *principal mentor* fue el Dr. José I. Cafferata Nores» (ZARAZAGA, LUIS M., «El código de procedimiento penal de 1939 como fuente del Código Procesal Penal vigente desde 1991», conferencia pronunciada el 23 de agosto de 2011 en el homenaje organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con motivo de cumplirse veinte años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente vigente).

IV.2. «Tuvo que pasar mucho tiempo hasta que el Proyecto de código para Córdoba que primero rige en Tucumán, y que tuviera origen en la *estratégica labor política que desarrollara el jurista* José I. Cafferata Nores, adoptara definitivamente la investigación penal preparatoria a cargo del fiscal» (CORVALAN, VÍCTOR, *Comentario a la Reforma Procesal Penal, Ley 12.162*, Juris, Rosario, 2004, p. 169).

IV.3. «Es importante destacar que según los documentos consultados y la opinión de los operadores judiciales, los cambios normativos e institucionales relativos a la reforma procesal en la Provincia de Córdoba, fueron impulsados *fundamentalmente, a nivel académico y oficial*, por el Dr. José Cafferata Nores, acompañado por importantes teóricos y experto del sistema penal» (COPPOLA, PATRICIA, *La reforma procesal penal de Córdoba*, Alveroni, Córdoba, 2003, p. 37).

IV.4. «... debo reconocer (...) que el adelanto logrado, no lo hubiese sido, sino por el *impulso* de Cafferata Nores, *que bregó por la realidad del emprendimiento progresista*» (RODRÍGUEZ, MARIANO, *Detrás de la oralidad*, Advocatus, Córdoba 1993, p. 102).

IV.5. «... principal ideólogo del CPP, que inspiró a varias provincias a estudiar posibles reformas a sus códigos procesales» («Un código que se exporta al interior», *Página 12*, Córdoba, 28/12/1993).

V. COLOFÓN

Va de suyo que estas referencias documentales no implican de por sí un elogio: son solo datos objetivos que si bien pueden hacer acreedor a CAFFERATA NORES del *reconocimiento* de quienes tuvieron o tienen una opinión positiva sobre la legislación procesal de 1991 (como es mi caso), también lo pueden hacer pasible de las *opiniones críticas* de aquellos que pensaron o piensan lo contrario.

Pero este es el sentido de la convocatoria que se nos ha formulado: debatir sobre fortalezas y debilidades de la normativa en cuestión, como el mejor modo de contribuir –mediante la contraposición de ideas, a la que nadie elude– a su perfeccionamiento como herramienta esencial de la justicia penal.

*EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1939 COMO FUENTE DEL
CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE DESDE 1991*

LUIS M. ZARAZAGA

*EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1939 COMO FUENTE DEL
CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE DESDE 1991*

LUIS M. ZARAZAGA

(Esquema de la exposición efectuada el 23 de agosto de 2011 en el homenaje organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con motivo de cumplirse veinte años de la sanción del Código Procesal Penal actualmente vigente)

Este trabajo, tiene por objeto el estudio del Código de Procedimiento Penal del año 1939 de la Provincia de Córdoba, que implementó la oralidad en el enjuiciamiento penal y un sistema mixto entre el inquisitivo y acusatorio, y que fue el arquetipo de código que se encuentra ya afianzado en nuestros días en el proceso penal argentino, *siendo fuente directa del Código Procesal Penal de 1991, cuyos veinte años de vigencia se conmemoran en esta sesión.*

I. ORALIDAD Y SISTEMA MIXTO: INQUISITIVO-ACUSATORIO. CARACTERÍSTICAS Y EVOLUCIÓN

La tradición jurídica española, imbuida del sistema procesal canónico, estructuró todo el procedimiento, tanto penal como civil, en forma escrita e inquisitiva.

El objetivo de que se hiciera de esa manera, obedeció a la voluntad del legislador de, por un lado dar seguridad a las partes, y por el otro cumplir con el verdadero objetivo del proceso penal de lograr la búsqueda de la verdad real, para lo cual era necesario dotar al Juez de amplios poderes en desmedro de los derechos del acusado.

Las características de este sistema inquisitivo, son las siguientes:

1- La jurisdicción es ejercida por Magistrados que representan al rey, lo cual siempre lleva implícito el sistema de varias instancias a través de las cuales se devuelve el poder delegado al rey.

2- La acción, puede ser mediante la denuncia secreta o de oficio por el Fiscal o Juez.

3- El Juez tiene un poder absoluto en la impulsión del proceso y en la investigación de la verdad real.

4- El acusado carece total o parcialmente del derecho de defensa.

5- La prisión preventiva y la incomunicación son la regla para el imputado.

6- El procedimiento es escrito y secreto.

7- Las pruebas se rigen por el sistema de prueba legal.

Esta concepción del procedimiento escrito e inquisitivo fue la que primó en el derecho español y supervivió en nuestro derecho.

Si bien la Ilustración proclamó el principio de la inocencia, de la ley penal previa, de la ley penal más benigna, que las cárceles eran para seguridad y no para castigo del reo, que las resoluciones que priven de la libertad a una persona deben tener la debida fundamentación, ver al acusado no como objeto sino como sujeto de prueba y el principio de que nadie está obligado a declarar contra si mismo, esto no se reflejó inmediatamente en el derecho argentino.

En el derecho patrio y nacional se reflejaron estos principios en los ordenamientos de orden sustancial, como ser el *decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811*.

Este no se plasmó en la legislación procesal: tanto el Reglamento de Administración de Justicia de 1812, como el de 1813, conjuntamente con el Estatuto Provisional de Mayo de 1815 y el Reglamento Provisorio de 1817, establecían el procedimiento escrito e inquisitivo en concordancia con la tradición española.

La constitución de 1853, receptó los principios garantistas de la ilustración en su artículo 18, estableciendo: «ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo; ni arrestado si no en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos...».

También, reservó a las Provincias el dictado de los Códigos de Procedimientos tanto Civiles como Penales (artículos 5º, 104, 105 y 106). Reservándose la Nación la facultad de dictar las Leyes Procesales de carácter Nacional

Fue así que, en consecuencia se dicta en 1863 la Ley 50, que establecía el procedimiento penal para los Tribunales Nacionales, tomando como base el Código de la Provincia de Buenos Aires.

La Ley 1114 del 7 de diciembre de 1881, cuando se federaliza Buenos Aires, establece, en su artículo 312, el procedimiento escrito, y dice: «... que los Tribunales de la Capital debían regirse en

lo futuro, por las leyes de procedimientos civiles, comerciales y criminales que hasta entonces regían en la Provincia de que aquella se desmembrara...».

Con fecha 30 de septiembre de 1871, por ley, se designó una Comisión integrada por los Dres. Florentino González y Victorino de la Plaza, para la proyección de la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas ordinarias de jurisdicción federal. Es así que en abril de 1873 se eleva el proyecto que propone el juicio por jurados en los negocios criminales que conoce la justicia nacional, instaurando así un procedimiento oral en materia penal y dentro de la justicia nacional. Lamentablemente, el Congreso no le presta aprobación, y fracasa la primera y más feliz tentativa de establecer en nuestro país el sistema acusatorio puro, con intervención de jurados populares, y con ello la oralidad en el proceso.

El 6 de marzo de 1882, se encargó a los Dres. Manuel Obarrio y Emilio R. Coni, la redacción de un Código de Procedimiento Penal que finalmente fue elaborado en su totalidad por Obarrio dada la renuncia del Dr. Coni.

El proyecto, obtuvo sanción a libro cerrado en 1888, aplicándose desde el 1º de enero de 1889.

Este código, tal como comenta Niceto Alcalá Zamora y Castilla, fue un ordenamiento procesal que nació viejo y caduco, dado que no receptaba las tendencias del derecho procesal moderno, y mantenía el procedimiento escrito.

Esta crítica, tiene como base que el Proyecto tuvo como fuente de inspiración, la compilación española de 1879, en la cual se retrotrajeron todos los progresos que había alcanzado el Reino de España en 1872, y que luego volviera a tener vigencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1882.

Si bien Obarrio, por la premura, no pudo tener como fuente ésta última Ley de Enjuiciamiento de 1882, si pudo tenerla la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, integrada por los Dres. Filemón Posse, Juan E. Barra y Onésimo Leguizamón que fue nombrada por decreto el 10 de abril de 1883, con el objeto de revisar el proyecto. Expidiéndose recién el 28 de julio de 1884.

El informe de ésta comisión fue elevado al Poder Legislativo, quien se expidió el 9 de agosto de 1888, sin tener en cuenta la gran modificación que se había hecho en el Reino de España y los nuevos vientos que pesaban en materia procesal penal en el mundo.

Las críticas que se efectúan a este código han sido, en lo esencial, señalamientos al carácter excesivamente inquisitivo del mismo.

En 1913, el Poder Ejecutivo Nacional designa una comisión integrada por los Dres. Agote, Montes de Oca y Méndez a los fines de redactar un Proyecto de Código de Procedimiento Penal, siendo elaborado el mismo adoptando una forma restringida de oralidad.

Con posterioridad en el escenario nacional, se sanciona el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, que como bien sostiene su autor, TOMÁS JOFRÉ, «... rompe con los viejos moldes de un derecho retrógrado, inquisitivo y contrario a las constituciones políticas del país...».

En el mismo, se establece un procedimiento oral voluntario, en donde el acusado puede optar por el mismo, manifestando si quiere ser juzgado en forma oral en juicio de una sola instancia, o bien si prefiere que se continúe con el procedimiento escrito.

Este Código, significó un progreso respecto del Código de Obarrio, y Jofré, su autor, promovió –dentro de la doctrina de esa época– la oralidad y un procedimiento penal más benigno de acuerdo a lo consagrado en nuestra Constitución Nacional.

Coincidente con esto, la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados reunidos en Tucumán en 1936, estableció que: «... es deseable, para la mayor eficacia de esa nueva jurisdicción reorganizar la justicia en todo el país sobre la base de Tribunales colegiados de única instancia y orales...»¹.

Esto hizo que soplaran nuevos vientos dentro del proceso penal argentino y que, se planteara la necesidad de dictar nuevos códigos que abandonaran el sistema inquisitivo rígido y adoptaran un sistema mixto basado en la oralidad.

II. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1939

Córdoba, originariamente adoptó lisa y llanamente el proyecto de Obarrio, sin las modificaciones que le hiciera la comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional, ni la que hiciera el Congreso Nacional: sin embargo en Córdoba se iba forjando una nueva escuela de Derecho Procesal.

Esta escuela de Derecho Procesal de Córdoba no era ajena a los vientos de cambio que giraban en torno al procedimiento penal argentino.

Es así, que al Dr. ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ –presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba durante 22

¹ Actas publicadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados p. 422; *JA*, t. 61, p. 37.

años— se le encarga en 1918 la redacción de un Proyecto de Código de Procedimiento Penal.

El mismo lo redacta y en él establece un procedimiento inquisitivo atenuado, con una instrucción escrita ante un Juez de Instrucción y un plenario oral ante la Cámara de *única instancia* que se constituía como Tribunal de sentencia.

Proyecto que, finalmente, quedó sin sanción en la Legislatura.

Sobre esta base, el Dr. GUILLERMO ROTHE, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba, fue el encargado de revisar el Proyecto del Dr. Martínez Paz en el año 1924, y elaborar sobre la base de éste, un nuevo proyecto. El encargo quedó efectuado de manera similar al elaborado por el Dr. Martínez Paz, estableciendo un nuevo tipo de impugnación extraordinaria como lo es el Recurso de Casación.

Tanto los antecedentes del código de 1918 de Martínez Paz, como el de Guillermo Rothe de 1924, tienen sus antecedentes en el código italiano de 1914.

Con posterioridad, en el año 1928, se designa una Comisión encargada de redactar un nuevo Código, integrada por los Dres. TOMÁS MIGUEL ARGANARÁS, LUIS J. ESCALIER, ENRIQUE OTERO CABALLERO y PEDRO LEÓN, siendo designado secretario *ad honorem* el Dr. ALFREDO VÉLEZ MARICONDE.

Los Dres. Escalier y Otero Caballero fueron los encargados de redactar el Proyecto conjuntamente con el secretario Dr. Vélez Mariconde, y en su exposición de motivos manifestaron las razones de la adopción de la oralidad para el procedimiento en la Cámara. Pero su labor queda trunca por la Revolución que depone a Irigoyen en 1930.

III. EL CÓDIGO EN SI

El 19 de enero de 1937, por decreto 37072, el Poder Ejecutivo de la Provincia, encarga la redacción de un Proyecto de Código de Procedimiento en lo Criminal a una comisión compuesta por los Dres. ERNESTO S. PEÑA, SEBASTIÁN SOLER y ALFREDO VÉLEZ MARICONDE. El proyecto queda a cargo de estos dos últimos, por renuncia del primero.

Los que serían los autores del Código, eran dos juristas de trayectoria.

Ambos autores, redactaron las bases del Proyecto que sería sancionado, estableciéndolas de la siguiente manera:

1- La jurisdicción es ejercida por Tribunales técnicos en lo Criminal, actuando un Juez de Instrucción y Cámara de Tres Miembros en única instancia.

2- Presupone la existencia de una Policía Judicial dependiente del Poder Judicial, bajo la directa jefatura del Ministerio Fiscal.

3- La acción penal es ejercida por el Ministerio Fiscal, derogándose en consecuencia la institución del acusador particular.

4- La acción civil ex delicto, puede ser ejercida ante la jurisdicción penal por su titular o en ciertos casos por el Ministerio Fiscal.

5- Se consiente la citación voluntaria del civilmente responsable del daño causado por el delito.

6- Se establecen normas generales relativas al imputado y derecho de defensa; la indagatoria es reglamentada como un medio de defensa.

7- Se disciplinan en general los actos procesales y la nulidad.

8- Se establece dos tipos de procedimiento instructorio, el que es practicado por el Juez de Instrucción, llamándose instrucción formal o judicial que se da para delitos graves, y la practicada por el Ministerio Fiscal llamada instrucción previa a la citación directa, para delitos menores.

9- Terminada la Instrucción se eleva la causa a juicio que permite la defensa en juicio.

10- El juicio oral y público, contradictorio y continuo, sustanciándolo en una sola instancia.

11- Las pruebas son valoradas por la sana crítica racional, desapareciendo el sistema de la prueba legal.

12- Se establecen contra las sentencias definitivas, los recursos de Casación, Inconstitucionalidad y Revisión.

El Proyecto con estas bases, se remite el día 27 de noviembre de 1937 al Poder Ejecutivo, quien a su vez el 15 de diciembre del mismo año lo eleva a una Comisión Interparlamentaria en la que intervienen los autores Dres. SEBASTIÁN SOLER y ALFREDO VÉLEZ MARICONDE, a los fines de esclarecer a los legisladores cualquier dificultad que hubiera en su redacción.

IV. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL CÓDIGO

De conformidad con lo dispuesto por la Constitución de 1923 en su artículo 83 inc. 29 que establecía «... dictar el Código de Procedimiento Penal para los Tribunales de Provincia...», se eleva a la Legislatura Provincial el Proyecto de Código, para cuyo tratamiento se designó la una Comisión Interparlamentaria Bicameral compuesta por Diputados y Senadores.

Esta Comisión analizó el proyecto en reuniones que se llevaron a cabo desde el 30 de mayo hasta el 20 de junio de 1939.

En la misma se corrige al proyecto lo siguiente:

1- El proyecto establecía, jueces en lo Correccional para el juzgamiento de las faltas y contravenciones leves, pero la legislatura resolvió que no se aplicaran las disposiciones hasta que no se sancionara el Código de Faltas.

2- También es sujeto a modificación lo dispuesto para la policía judicial, en cuanto ésta no es creada, subsistiendo la intervención de la policía administrativa.

Con estas escasas reformas, el Proyecto es llevado a Tratamiento Legislativo, y una vez aprobado por la Cámara de Diputados, es elevado a los fines de su revisión a la Cámara de Senadores, donde en el plenario son miembros informantes los Senadores ÁLVAREZ IGARZABAL y PALMERO.

Ellos manifiestan en su informe lo siguiente:

1- Es indudable que en la Instancia Única no implica violación al principio constitucional que asegura la libertad de la defensa en juicio, aunque quede cancelada una segunda instancia en cuanto a los hechos, puesto que no excluye la posibilidad de que se efectúen los más amplios debates y de que se refuten los argumentos contrarios.

Sostienen los informantes que las ventajas de un doble examen son reemplazadas por las bondades de la oralidad y el recurso de Casación.

2- Agregan los miembros informantes que la composición numérica del Tribunal de Sentencia (3 miembros), garantizan el control entre sí, del funcionamiento del proceso y de los errores que pueda cometer uno respecto del otro. De esta manera, ambos legisladores solicitan la aprobación del Proyecto de Código presentado.

De esta manera, el 22 de Agosto de 1939, con muy pocas modificaciones queda sancionado el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba, por ley N° 3831, siendo promulgado por Decreto 42805, de fecha 28 de agosto del mismo año y empezando a regir a los seis meses de su promulgación (artículo 584), es decir, el 28 de Febrero de 1940.

V. LAS FUENTES DEL CÓDIGO DE 1939

En esta instancia, haré mención por orden de extensión a las fuentes inmediatas utilizadas para la codificación.

1- La fuente primigenia fue la *Constitución Nacional*, que como bien lo destaca el Dr. CLARÍA OLMEDO, establecía en su artículo 18 el principio de la acusación, manifestando que la misma debía ser clara, describiendo con precisión la conducta imputada, también establecía el derecho de defensa, que se manifestaba con el dere-

cho a ser oído, a elegir defensor, a establecer la obligatoriedad de designar un defensor letrado, el derecho a no declarar sin que ello importe prueba en contrario, el derecho a ofrecer prueba regularmente dentro del proceso, el derecho a la sentencia fundada, el principio del juez natural, etcétera.

2- La segunda fuente de inspiración la constituyó el *Proyecto de Código de Procedimiento Penal de la Nación*, presentado por el Dr. MARIO ANTELO al Congreso Nacional, que se encuentra citado como fuente por los autores, en 262 artículos, es decir, casi la mitad del Código.

3- El *Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por el Dr. Martínez Paz* al Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba, que influye en más de 80 artículos del Código.

4- El *Código Italiano de 1930*, que si bien tenía rasgos dictatoriales, éstos fueron dejados de lado por los autores, teniendo presente la fuente de éste código que era el derogado del mismo país de 1913 y que tenía como fuente la legislación alemana.

5- Por supuesto que una de las fuentes más presentes fue la *Ley de Enjuiciamiento para el Reino de España de 1882*, que influyó directamente y a través de los Proyectos de los Dres. Antelo y Martínez Paz.

6. Hubo otras fuentes menores, a las que podemos citar como: la *Ordenanza de Procedimientos Penales del Reich del año 1877*, el *Código de Instrucción Francés de 1808*, el *Código de Procedimiento Penal de Noruega de 1887*.

7. También el *Código de Procedimiento Penal de Suiza de 1887*; el *Proyecto de los Dres. Gómez - Moreno para la Provincia de Buenos Aires*, y el *Código de Perú de 1920* que introdujo el sistema mixto y el proceso oral y de única instancia.

8- En la Doctrina podemos hablar de la influencia que produjo en el orden internacional, la obra de GARÇONNET 1898, GARRAUD 1907 y la obra italiana de LESSONA de 1906; y en el orden nacional, el *Manual de Procedimiento Civil y Penal* de JOFRÉ de 1919 y el *Curso de Procedimientos Penales* de 1931, obra de MÁXIMO CASTRO.

VI. LA ESTRUCTURA DEL CÓDIGO DE 1939

El Código de Procedimiento Penal de 1939, significa la recepción de un sistema mixto entre el inquisitivo y acusatorio y, por sobre todo, la introducción, en la República Argentina, de un Código en el cual el imputado tuviera las garantías que expresamente le consagrara la Constitución Nacional.

Este Código introduce la instrucción meramente preparatoria y limitadamente pública y el juicio oral, en forma amplia y de única instancia.

La estructura que encontramos en el mismo, es la siguiente:

En primer lugar, el Código abandona la idea, que era ponderada por los Dres. JOFRÉ, CARABAJAL y PALACIOS, del jurado popular y adopta el sistema del Juez Técnico, mostrándose partidarios del Tribunal Colegiado, ya que esto garantiza el control entre ellos mismos y la imparcialidad con la que deben fallar en sus resoluciones.

Finalmente, consideran que la única instancia, lejos de ser una solución arbitraria, debe ser aplicada en éste código, ya que el Juez de Instrucción revisa todas las pruebas, mientras que la Cámara, en el debate oral con el principio de inmediatez e inmediatez, hace un doble juicio lógico sobre los hechos producidos como prueba, tanto en la instrucción como en la Cámara.

En segundo lugar, el ejercicio de la acción penal es ejercida por el Ministerio Público (Fiscal del Tribunal Superior, Fiscales de Cámara y Agentes Fiscales) que forma parte del Poder Judicial con las mismas garantías constitucionales que los jueces.

Así mismo prohíbe al querellante privado, ya que la actividad de promoción de la acción penal, únicamente puede ser ejercida por el Ministerio Público (artículo 5º).

En tercer lugar, permite al actor civil, instar la acción en el proceso penal para perseguir la reparación del daño causado por el delito y exigir la indemnización del daño material o del daño moral (artículos 14 y 74).

En cuarto lugar, la coerción penal del imputado se da cuando tiende a hacer posible y a asegurar el ejercicio regular de la función judicial, es decir, que sólo se da cuando exista un peligro grave y concreto de que el imputado –al estar en libertad– impedirá la actuación de la ley.

En quinto lugar, el código abandona definitivamente el sistema de la prueba legal. Se inclina por el sistema de la Sana Critica Racional, que es aquel en el que la norma no impone como se acreditan los hechos delictuosos sino que deja al juzgador, en libertad para apreciarla de acuerdo a la regla de la lógica, o sea del principio de no contradicción, de la razón suficiente, de la identidad, del tercero excluido y de la experiencia común.

En sexto lugar, establece una Instrucción Preparatoria, en la cual el Juez puede decretar el secreto de los actos instructorios durante un breve término, cuando advierta la necesidad, por este medio, de establecer el éxito de la investigación.

La incomunicación del reo debe ser limitada temporalmente para que no se tome como un medio de tortura.

La Instrucción formal tiene el carácter de jurisdiccional y le da a la actuación policial un carácter preventivo y auxiliar.

La prisión provisional, debe ser la excepción y debe darse cuando sea indispensable para que se cumplan los fines del proceso.

La presencia del defensor del imputado en los actos instructivos, debe ser la regla, y excepcionalmente el Juez puede decretar el secreto, como lo he mencionado precedentemente.

En séptimo lugar, en relación a la audiencia de vista de causa plenaria o definitiva, podemos decir que se implementa el sistema de unidad de vista en donde se concentran todas las pruebas y se procede al dictado de la sentencia definitiva, previo los alegatos del Fiscal que tiene a su cargo la parte acusatoria y del defensor del imputado.

En octavo lugar, se fijan los medios de impugnación ordinarios tales como la Reposición y Apelación contra las resoluciones dictadas por el Juez de Instrucción, o el primero de los recursos durante la audiencia de vista de la causa.

También encontramos los medios de impugnación extraordinarios que son: el recurso de Casación, que se da por vicios que suceden dentro del procedimiento, errores en el proceder del Tribunal o errores en la interpretación de la ley; el recurso de Revisión, que se da por vicios externos al procedimiento como ser el esclarecimiento posterior en otro juicio de la inocencia del imputado, cohecho o prevaricato del Tribunal, el descubrimiento de la falsedad de una prueba que fue decisiva para una condena, etcétera; y el recurso de Inconstitucionalidad por el cual se revisa la constitucionalidad de las leyes aplicables.

Esta, fue la estructura innovadora de éste Código, que tuvo una trascendencia en el orden nacional –como veremos– muy importante, ya que todos los códigos que se dictaron con posterioridad adoptaron este sistema.

El Código de Procedimiento Penal de Córdoba de VÉLEZ MARICONDE y SOLER, *estuvo vigente hasta el dictado del Código de Procedimiento Penal (Ley 8123) en el año 1991*, redactado por una comisión designada por el Poder Ejecutivo, cuyo principal mentor fue el Dr. JOSÉ I. CAFFERATA NORES.

Cabe destacar que al momento de derogarse el Código de Procedimiento Penal del año 1939, el Poder Legislativo Provincial rindió homenaje al mismo.

Así el Senador CARONNI dijo: «... es justo recordar a quienes fueron los artífices y motores de aquel Código de 1940. Fundamentalmente debemos recordar que el mismo fue obra de un gobernador

visionario: Amadeo Tomás Sabattini, de juristas de la talla de Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler (...), estos hombres conjugaron todos sus esfuerzos para tratar de luchar contra la resistencia que existía en esa época a la instrumentación de un Código Procesal Penal. Por haber vencido esa lucha contra las ideas conservadoras, por haber puesto a nuestra provincia en la vanguardia de un sistema de avance con respecto a todas las provincias en cuanto al orden legislativo y jurídico, es justo que en este momento recordemos a todos aquellos hombres y les rindamos el homenaje que se merecen...»².

VII. CONCLUSIONES

El Código de Procedimiento Penal de Córdoba de 1939, constituyó un hito en la historia del procedimiento penal argentino.

Se incorporó el sistema de la oralidad, como medio de desenvolvimiento del proceso penal.

Se abandonó el sistema inquisitivo puro, para adoptar el sistema mixto o sea inquisitivo-acusatorio con prevalencia de éste último.

Se adecuó el procedimiento a lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Se aseguraron los principios fundamentales establecidos en la letra constitucional, proclamando el principio de la formulación de la acusación en forma clara y precisa, de defensa con todos los atributos que ella implica, de prueba en cuanto impone al magistrado el deber de extremar por su parte la averiguación de los hechos y la prohibición de efectuar confesiones compulsivas en virtud del principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo, a ver al acusado como sujeto y no como objeto, a juzgar conforme a la sana crítica racional y la obligación de fundar la sentencia que de no efectuarse llevará a la nulidad de la misma.

Este código constituyó, reitero, un gran aporte al derecho procesal penal argentino ya que, como he mencionado, no solo la mayoría de las provincias lo adoptaron como modelo, sino que impulsó la instauración de un sistema procesal desconocido hasta el momento, y que a la vanguardia del cambio nos favoreció con las bondades que el mismo establecía para el procedimiento penal.

² Diario de Sesiones del 24/04/1991.

Es la *fuentes directa del Código Procesal Penal de 1991*, cuyos veinte años de vigencia se conmemoran en este acto.

