

## REPÚBLICA Y JUSTICIA CRIMINAL\*

JULIO B. J. MAIER

### I. EL SISTEMA VIGENTE

El sistema nacional de administración de justicia en materia penal conserva, sustancialmente, las formas del procedimiento de la época colonial. Rige la legislación procesal penal española anterior a la transformación con la que España acompañó el movimiento reformador del siglo XIX (Ley de Enjuiciamiento Penal de 1882). Esto equivale a señalar que predominan los caracteres formales inquisitivos: el procedimiento penal se resume en una investigación escrita, parcialmente secreta, que inicia el propio inquisidor y cuyo resultado determina, por intermedio de los registros que él deja (actas) sobre su actividad, la solución del caso.

Las escasas modificaciones que ya existían en la legislación española que tomó como modelo el Código federal e, incluso, las reformas parciales que este último sufrió, por imperio de las circunstancias, nunca alcanzaron, tan siquiera, para disfrazar los principales símbolos inquisitivos provenientes de *l'ancien régime*. En efecto, la encuesta, registrada en actas e, inclusive, secreta, que practica el juez de instrucción, a la manera del antiguo inquisidor, es la que gobierna el procedimiento, la que provee el material esencial para la sentencia y la que reemplaza al enjuiciamiento público, oral y continuo, propio del Estado de Derecho.

Desde el punto de vista de la organización judicial sucede otro tanto. El sistema vigente reproduce una organización de tribunales jerárquica al extremo, fundada en el control interno de las decisiones que emite, al punto de que sus tribunales superiores nunca pudieron distinguir claramente el control personal sobre el funcionario o el órgano, del control sobre la deci-

\* Originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 50, 1988, esta obra fue reeditada y publicada en el presente con motivo del aniversario N° 60 de la revista.

sión, estructura y actitud propias del absolutismo y del sistema judicial de la Inquisición. A ello se agrega una estructura administrativa absolutamente rígida y feudalizada, de un "burocratismo" casi enfermizo que trata a las partes que integran un tribunal (jueces o reunión de jueces para integrar un cuerpo de decisión) como un todo ("juzgados" o "salas" absolutamente autónomos), por la vía de la atomización administrativa, multiplicando así los problemas de comunicación y relación entre los diferentes cuerpos – unipersonales o colegiados– de decisión.

Todo ello sucede a pesar de la cláusula expresa de la Constitución Nacional (art. 24) que mandó reformar la legislación colonial, en sentido sustancial; tanto es así, que también mandó a implementar el juicio por jurados, institución propia del sistema republicano de gobierno (art. 1), recuperada por la república y el Estado de Derecho en el siglo XIX, que evoca, con claridad, un tipo de enjuiciamiento penal diametralmente distinto del de la inquisición: juicio público, oral, continuo y contradictorio, llevado a cabo en la presencia inmediata de todos aquellos legitimados a cumplir en él un papel determinado (acusado, defensor, acusador, juez, etcétera).

Por otra parte, la sola mención del juicio por jurados trae a escena una organización fundamentalmente horizontal de los tribunales y la preferencia por los controles externos, esto es, extraños a la propia organización autocrática y fundados en la soberanía popular, mejor adaptado a la necesaria independencia e imparcialidad del tribunal de juicio, en la teoría republicana, que el sistema jerárquico y burocrático.

No solo de esta regla emerge la contradicción del sistema vigente con la Constitución Nacional (se puede leer también todo su sistema de garantías, arts. 18 y 19, extraño a la encuesta inquisitiva), pero ella, que la ley fundamental repite insistentemente (tres veces: arts. 24, 67 inc. 11, y 102), representa algo más que un indicio acerca de la desvinculación que existe, en nuestro derecho, entre el discurso jurídico principista y los instrumentos legales que (no) pretenden realizarlo. Por si ello fuera poco, el sistema vigente se contrapone, también, con los pactos internacionales suscriptos y ratificados por la República Argentina: ver, por ejemplo, Declaración Universal de Derechos Humanos (votada afirmativamente por la Argentina), art. 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por la Argentina, ley 23313), art. 14; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Argentina signataria), art. 26; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la Argentina, ley 23054), art. 8 n° 5.

Este desajuste entre las instituciones reales y el discurso principista no reside tan solo, como se puede suponer, en el ámbito meramente especulativo (normativo); todo lo contrario, se extiende al campo de las acciones concretas, de la praxis jurídica, de manera tal que provoca una verdadera parálisis judicial, pues la justicia penal no cumple ninguno de los fines posibles que le son asignados, ni todos ellos conjuntamente. En efecto, resulta evidente, pero se puede también verificar empíricamente, que el sistema de administración de justicia penal no sirve al Estado, pues no favorece la persecución de los delitos, ni al individuo, pues no garantiza realmente el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Que ello suceda así no es casual. La inquisición, el sistema de procedimiento por registros (escritura), el secreto de la encuesta, al menos para el público en general, van unidos al sistema de valoración legal de la prueba y, con ello, al tormento aplicado a imputados y testigos, a mujeres, varones y niños, al ingreso irrestricto a la morada y, en general, a la vida privada, esto es, a métodos crueles que privilegiaban la investigación de la verdad por sobre la dignidad humana (*salud publica suprema lex est*).

El sistema de prueba por registros y la valoración legal de la prueba solo puede funcionar con supresión de estos métodos crueles de inquisición, a costa de impedir la averiguación de la verdad, esto es, pagando con moneda de impunidad y con escasa productividad en la solución de conflictos sociales. Este es otro de los graves problemas que soporta el sistema actual. Sus estadísticas demuestran que el Sistema discrimina en el sentido de que se ocupa, en proporción enorme, de los casos más sencillos y de los habitantes menos favorecidos socialmente. En cambio, provoca cuotas altísimas de impunidad en los procedimientos complejos, principalmente en los delitos no tradicionales (económicos, contra el medio ambiente, drogas, etc.), en aquellos cuyos acusados pertenecen a la capa más favorecida de la población. Con ello, el sistema vigente funciona a contrapelo de la práctica universal: se muestra idóneo para resolver los casos de menor importancia e impotente para solucionar los conflictos sociales más graves.

Ello, además, trae aparejada una consecuencia siniestra, la impunidad en sentido material. Toda sociedad necesita corroborar, en la solución de los conflictos particulares, la vigencia de los valores que sustentan la convivencia pacífica; la impotencia para resolver aquellos conflictos que conmocionan los cimientos de nuestra convivencia y nuestro desarrollo genera el resultado advertido. No se podría terminar de describir el sistema judicial vigente si no se pusiera de manifiesto la delegación enorme de las

funciones que produce, desde los jueces y funcionarios que por ley tienen a su cargo una determinada tarea judicial, hacia otros funcionarios o empleados subalternos del sistema. Ello es propio del sistema de registro de los actos, en el cual, en realidad, el acta reemplaza al acto. Empero, ello solo se produce merced a una justicia encapsulada en los funcionarios y en los profesionales, ajena a la población y a su control; al contrario, el sistema vigente, en lugar de privilegiar el control público, externo, privilegia el control interno, por la misma burocracia.

Actualmente, el cuerpo social está alejado de la administración de justicia; la población, en general, no tiene posibilidades de comprender cómo se administra justicia, ni de controlar su eficiencia. Solo unos escasos juicios orales, realizados en el sistema federal según leyes de excepción, han demostrado cómo la población puede comprender y controlar la administración de justicia, base ineludible de un sistema republicano de gobierno. De allí también el desprestigio del Poder Judicial, sobre el cual el ciudadano, cualquiera que sea su ubicación social, económica y cultural, tiene representaciones totalmente apartadas de la realidad.

## II. EL PROYECTO DE REFORMA

En el ámbito de la reforma del Estado, que a todos parece tan imprescindible en estos momentos, es el Poder Judicial y la tarea que él realiza, administrar justicia, la institución y la labor que con más urgencia se debe adaptar al estilo de vida democrático y a las necesidades actuales. Un servicio de justicia eficiente es una herramienta central e imprescindible para la consolidación del sistema democrático y para asegurar la paz social dentro de él. Ello implica un cambio cualitativo, una nueva rutina en el tratamiento de los casos, un nuevo perfil de los funcionarios y magistrados, una nueva manera de capacitarlos, un nuevo enfoque en la administración de los tribunales y demás operadores estatales del sistema. La consecuencia es clara: solo mediante una reforma global del sistema se podrá alcanzar la meta de adecuar la administración de justicia a un Estado de Derecho y, al mismo tiempo, tornarla eficiente para responder, democráticamente, a su función específica, la solución de conflictos sociales.

Esta reforma global se ha encarado por el Poder Ejecutivo nacional en un área tan conflictiva como la penal. No se ha utilizado aquí el método de hacer "más de lo mismo", en el sentido de crear más cargos de jueces o más

auxiliares de ellos, multiplicando la burocracia ya existente, ni de reformar tan solo aparentemente el sistema, en el sentido de las múltiples leyes de "reforma" del actual sistema vigente, que nunca transformaron la forma de administrar justicia en materia penal, ni la rutina que seguían, y todavía siguen, quienes operaban y operan el sistema. La reforma propuesta transita ahora por otros caminos que, como dijimos, conducen a cambios cualitativos del sistema. No otra cosa significa incorporar el juicio oral y público a nuestras prácticas judiciales –incluso para resolver incidentes intermedios–, con la participación ininterrumpida de todas las personas y los funcionarios legitimados por la ley para intervenir en la solución del conflicto, institución que torna transparente la justicia penal, la hace accesible y comprensible para el público en general y, con ello, para la prensa, con su tarea multiplicadora de la información en la opinión pública. Del mismo modo, la supresión de la antigua manera de preparar la acción penal oficial –investigación penal para decidir acerca de la interposición de la acusación o el pedido de sobreseimiento– confiada a un juez de instrucción, inquisidor cuyo mantenimiento proviene del compromiso político entre la reforma del siglo XIX y su pasado inmediato, la Inquisición, para reemplazarla por una investigación ágil del caso penal, en manos del ministerio público –órgano encargado de la acción penal–, con control suficiente de parte de los jueces (sistema de garantías constitucionales), representa un avance en varios sentidos:

- a) en primer lugar, el de la eficiencia de la propia persecución penal estatal, hoy trabada por la rigidez de la asignación de los casos en relación con los recursos humanos y materiales existentes;
- b) en segundo lugar, el de la eficiencia del control sobre las acciones del Estado que pueden lesionar la seguridad individual, hoy trabado por el doble papel que se obliga a cumplir al juez de instrucción, inquisidor y juez de garantías, en lugar de preservar para los jueces la función de velar por las seguridades de los ciudadanos, evitando su transformación en persecutores penales oficiales;
- c) en tercer lugar, el tiempo de duración del procedimiento, sobre todo en los casos graves, que se abreviará considerablemente cuando, al ser asignados los casos, se destinen a ellos mayores recursos humanos y materiales, solución imposible de pensar con el sistema actual.

A esas ventajas esenciales del procedimiento se agrega un tratamiento innovador en el plano de la organización judicial, con el objetivo de desburocratizar la administración de justicia y personalizar el tratamiento del caso penal, lo que implica una lucha sin cuartel contra la "delegación" de funciones, institución práctica cuya hipocresía consiste en que el funcionario, que debe por ley tomar a su cargo el caso, delega sus funciones en empleados subalternos que se ocupan de ella y cumplen los actos para los cuales solo es competente el funcionario.

No le va en zaga a estos objetivos el de intentar la participación ciudadana en la tarea de administrar justicia. Este objetivo, tanpreciado para las democracias liberales del siglo XIX y, por ello, para nuestro movimiento constituyente (por tres veces mandado en la Constitución Nacional, arts. 24, 67 inc. 11, y 102), pero nunca alcanzado en nuestro país, recibe en la reforma de la organización judicial un tratamiento adecuado, sin exageraciones y conforme a la idea que sobre administrar justicia tiene el mundo cultural al que pertenecemos.

Sin embargo, el plano normativo, por sí mismo, sin aditamento alguno, no logrará la tan ansiada transformación. Él debe ir acompañado de una profunda reforma de los mecanismos de administración interna de los tribunales, para poder aprovechar al máximo los recursos humanos y materiales de que disponemos, de la incorporación de técnicas nuevas que mejoren la labor cotidiana y reduzcan los costos de administración, todo lo cual exige la incorporación de computadores de apoyo a la gestión judicial y la creación de sistemas electrónicos de transmisión de datos que faciliten la información necesaria a los operadores del sistema y posibiliten un sistema estadístico que permita conocer empíricamente los resultados de la aplicación del sistema de administración de justicia, sus aciertos y errores.

Por lo demás, la capacitación de jueces, funcionarios y auxiliares judiciales para el nuevo sistema, esto es, la preparación ineludible para una nueva forma de concebir la tarea de administrar justicia, es un requisito *sine qua non* para lograr el objetivo de modificar los patrones de conducta de aquellos que serán responsables de su buen funcionamiento.

La reforma no solo se ha preocupado por integrar el marco normativo, y este tan solo parcialmente (Código Procesal Penal), como ha sucedido en otras oportunidades, sino que, desde un primer momento, se tomó en cuenta los problemas que implica la puesta en marcha del nuevo sistema, y un equipo interdisciplinario trabaja en un plan que contempla, inclusive, la informatización de la gestión judicial y las tareas de capacitación necesarias.

Creo que se puede calificar hoy de "lugar común" el punto de partida que anima a la reforma procesal penal: ni el Código ni la organización judicial vigentes en la materia, en el orden federal, son compatibles con las ideas político-jurídicas generales y particulares –esto es, de este ámbito del derecho– que postula la Constitución y, además, carecen de eficiencia práctica cualquiera que sea el punto de vista político desde el cual se observe a la administración de justicia penal, al menos: desde el atalaya de la seguridad ciudadana, entendida como eficiencia para la persecución penal de los delitos, o desde el ángulo de la seguridad individual y la dignidad humana, comprendida como eficiencia para la protección de las garantías constitucionales de los ciudadanos.

Creo, también, que, actualmente, son escasas las personas –posibles de contar quizá con los dedos de una mano– que, como en otras ocasiones, expresan ideas contrarias a este punto de partida. De hecho solo recuerdo una carta de un lector, ex juez federal, de dudoso contenido crítico (*La Nación*, 24/12/87; más atacaba a una audición televisiva que a la reforma emprendida), los artículos de un conocido político conservador en el diario *La Prensa* (5 y 07/06/88), don Emilio Hardoy, plagados de errores teóricos y políticos acerca del sistema que se pretende, y, recientemente, el reportaje aparecido en *La Gaceta*, de la ciudad de Tucumán (27/08/88, p. 9), a un viejo luchador por las mismas ideas fundamentales a las que aspira el Proyecto, que duele más por el abandono de las ideas reformistas antes defendidas, que por la crítica en sí, insustancial: "Pero es preferible los males y daños que puede provocar el viejo Código que afrontar el nuevo que propicia la Secretaría de Justicia de la Nación". Estos conceptos pertenecen al doctor Ricardo Levene (h.), renombrado jurista argentino, quien visitó *La Gaceta* en compañía de los Doctores Jorge Víctor Miguel, titular de la cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNT, y Eduardo Sanjuán, juez federal de Tucumán (sic; dicho sea de paso, el doctor Levene aclaró en *La Nación*, 05/09/88, su opinión en forma parcial, señalando una "mala interpretación" de sus palabras que, sin embargo, para nada se refiere al párrafo transcripto).

Esta reforma sustancial transita hoy, también para su aprobación, por un camino esencialmente democrático. Por una parte, ha tenido amplia difusión y oportunidad de crítica, tanto antes de ser acogida por el Poder Ejecutivo, como en el área parlamentaria. Por otra parte, posee, con cierta evidencia, consenso popular, pues intervienen en ella representantes legislativos de los dos partidos políticos que concentran la opinión nacional. Por

fin, sus instrumentos normativos, que la definen políticamente, serán apreciados –aprobados o desaprobados– por el Congreso de la Nación, máximo depositario de la soberanía popular y responsable de la marcha política de la República.

Este camino, si bien no despeja urgencias y ansiedades, es, sin duda, más seguro y justo que el de la orden de un patriarca iluminado. El camino andado, por lo demás, permite avizorar que la respuesta no será la omisión, como sucedió con otros proyectos que, por múltiples razones, no tuvieron tratamiento legislativo: el Código ha conseguido dictamen favorable de la Comisión de legislación penal de la Cámara de Diputados y se prepara a comparecer ante ella.

## ANEXOS: PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. NECESIDAD DE LA REFORMA

### I. SÍNTESIS HISTÓRICO-CULTURAL DEL ENJUICIAMIENTO PENAL

#### **I.A. El desarrollo universal**

En la antigüedad, las disputas –y entre ellas, las relativas al ámbito de lo que hoy denominamos delitos y derecho penal– se resolvían, por regla general, en público, en presencia del acusador y del acusado y frente a un tribunal formado como asamblea popular de la respectiva comunidad.

Para no abarcar sino aquellos sistemas de enjuiciamiento que han dejado sus vestigios perennes en la historia de la civilización a la que pertenecemos, comenzaremos diciendo que esta fue la forma general del procedimiento griego (derecho ático).

En efecto, la Asamblea del pueblo o distintos tribunales populares que obraban por su delegación, entre los que se destaca el de los Heliastas, a cuyo cargo se colocó la jurisdicción común, presidían un juicio público llevado a cabo en la plaza pública, a cuyo término (después del debate); los integrantes del tribunal (gran número: de 500 a 6.000 personas, según los casos) decidían por votación.

Lo importante de destacar en el enjuiciamiento ático es la iniciación del sistema de acusación popular –cualquier ciudadano podía perseguir penalmente los delitos públicos–, según predicó Solón, para que se acos-

tumbraran a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo. Se trataba; así, de un sistema netamente acusatorio que lleva el nombre de popular por la legitimación para perseguir penalmente, en el cual, según se observa, la falta de constitución de –al menos– un acusador o el abandono del caso por el ya constituido dejaba impune el delito.

Históricamente, el procedimiento ático trascendió determinando las formas judiciales romanas e incluso algunas de las formas modernas del procedimiento (Inglaterra y España, p. ej., respecto de la acusación popular).

La labor de los juristas romanos consiguió plasmar durante la República y los primeros siglos del Imperio sobre aquella base, un procedimiento penal que, al decir de los historiadores, le daría gloria imperecedera. La *provocatio ad populum* de las sentencias de los magistrados como gracia pedida al pueblo para que evitara la pena o la reemplazara constituyó el germen del procedimiento público ante una asamblea popular.

Un reconocimiento expreso de este tipo de enjuiciamiento comenzó durante la República con las centurias, asambleas populares en las cuales recayó la jurisdicción penal común. Ya con el último siglo de la República termina de estructurarse el procedimiento y la organización judicial que le otorgaron brillo al derecho romano: la *quaestio*, *accusatio* o *iudicium publicum*. Con ellos se completó el desarrollo del sistema de acusación popular, como vía de persecución penal en los delitos públicos, el tribunal de jurados (*iudices iurati*) como órgano depositario del poder jurisdiccional –ante la imposibilidad de reunir, en cada caso, una asamblea popular, conforme a la complejidad creciente de la estructura social y estatal–, y el procedimiento oral, público y contradictorio, como método de enjuiciamiento penal, con una regulación precisa que pasó a la posteridad.

El antiguo proceso común de los germanos representa la forma de reacción de una sociedad más primitiva, carente de un poder político central. Empero, él puso también en funcionamiento un sistema acusatorio, de tipo privado –pues el propio ofendido o su parentela inmediata eran los legitimados para perseguir penalmente– cuyo eje central residía en un enfrentamiento entre el acusador y el acusado en un juicio público y oral, llevado a cabo frente a la asamblea popular que decidía el caso.

La Alta Edad Media, después de la caída del Imperio romano, estuvo presidida por estos principios sobre el enjuiciamiento penal. Con el advenimiento de la forma política del Estado nacional y absoluto y como uno de los instrumentos para su consolidación, se transforma radicalmente el enjuiciamiento penal.

El poder de persecución penal se transfiere de los individuos al poder político central, el procedimiento se resume en pura investigación acerca de una persona. La persona que sufre, de sujeto de una relación se convierte en objeto de ese procedimiento, la investigación se torna secreta –aun para quien sufre– y se protocoliza por escrito, el acusador y el tribunal desaparecen para dar lugar al inquisidor, quien no reconoce límites para su tarea de investigar en procura exclusiva de la verdad. Se trataba del apogeo de la Inquisición y de la Edad Moderna.

Al liberalismo político y al siglo XIX le correspondió la tarea de encontrar una solución de compromiso entre los dos grandes sistemas. A pesar de que el modelo inicial –el procedimiento anglosajón– representó el intento de regresar al sistema acusatorio popular, lo cierto es que el resultado legislativo final de este proceso en Europa continental –plasmado, por primera vez, en el Código de Instrucción Criminal francés de 1803– consistió en aceptar principios básicos de la Inquisición, persecución penal pública y averiguación de la verdad como meta del procedimiento con limitaciones importantes sobre los métodos para obtener esos fines, fundadas en el respeto para la dignidad humana.

Es por ello que corresponde conocer este procedimiento bajo el nombre de proceso inquisitivo reformado. En las formas, este compromiso dio por resultado un procedimiento integrado básicamente por una faz preliminar, en la cual predominaron los caracteres inquisitivos (la instrucción preparatoria: investigación escrita y parcialmente secreta) y una etapa final, con características acusatorias (el juicio oral, público, contradictorio y continuo) que otorgaba la base para la sentencia.

Ambas fases del procedimiento se unieron mediante una etapa intermedia que, al controlar la idoneidad de las conclusiones sobre la investigación, permitía el paso de una faz a otra. En la organización judicial, el cambio político generó, en primer lugar, tribunales independientes del poder político central con participación popular (juicio por jurados o escabinos); en segundo lugar, la necesidad de diferenciar el órgano encargado de la investigación preliminar (ministerio público o juez de la instrucción) del tribunal que presidía el juicio y dictaba la sentencia; por fin, la necesidad de separar el órgano estatal encargado de la persecución penal, del competente para decidir sobre ella, aun reconociendo que ambas funciones pertenecían a la soberanía estatal y estaban gobernadas por los mismos fines: averiguación de la verdad y realización de la ley penal, sin menoscabo de la dignidad humana.

## **I.B. La situación en la República Argentina**

La emancipación política de España dejó intacto el procedimiento inquisitivo que la metrópoli aplicó a sus colonias. La Constitución Nacional de 1853 y todo el proceso de organización política y constitucional que la precedió significaron la adecuación de nuestro sistema jurídico-político a la transformación institucional del siglo XIX.

Sin embargo, esta transformación, postulada con claridad por el texto constitucional (sistema republicano, garantías de seguridad individual, juicio público por jurados), no se reflejó en los instrumentos legislativos prácticos para poner en marcha estos ideales en la transformación de la administración de justicia penal y de las leyes según lo ordenaba la propia ley fundamental (art. 24).

Después de un primer intento del Congreso Nacional por cumplir el mandato constitucional (ley del 30/09-06/10/1871), instituyendo el juicio por jurados y un procedimiento acorde con él (Proyecto González - De la Plaza, que no obtuvo tratamiento legislativo), la decisión política se orientó definitivamente por la conservación, con ciertas modificaciones, de la legislación procesal penal española antigua, a pesar de la transformación operada en la propia España.

El Código nacional que aún nos rige y que este Proyecto intenta superar, representa la traducción de esa decisión política. Sancionado en 1883 y vigente desde 1889, cuando ya la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (1882) había transformado radicalmente la antigua legislación de España que tomó como fuente el legislador argentino, sumió al país, en esta materia, en un atraso que ya alcanza a un siglo.

Les correspondió a las provincias, también en esta materia, superar paulatinamente este atraso cultural y político y representar, mucho más fielmente que el Estado federal, el verdadero espíritu republicano que anima nuestra Constitución Nacional.

Un primer intento tímido se llevó a cabo por Tomás Jofré (Buenos Aires y San Luis, 1915), intento que, precisamente por su excesiva moderación, fracasó, aunque marca el primer peldaño del progreso institucional. A la provincia de Córdoba y a su Universidad les correspondió dar el paso decisivo para romper los moldes inquisitivos antiguos, en procura de la adaptación constitucional del sistema de enjuiciamiento penal. El Código de Córdoba de 1939 y las provincias que, en forma más o menos inmediata, siguieron su línea (Santiago del Estero, San Luis, La Rioja, Jujuy,

Mendoza, Salta, Catamarca, La Pampa, Corrientes, Chaco, Entre Ríos) introducen en nuestra República, un siglo después, el proceso renovador operado en el siglo XIX.

Este proceso mantuvo su vigor transformador hasta, aproximadamente, el año 1970. Dentro de él, incluso, existieron intentos definidos de modificar la administración de justicia penal de la Nación, todos frustrados: la base fue el Proyecto Antelo (1933), que influyó decisivamente en la legislación cordobesa de 1939 y que, si hubiera sido sancionado por el Congreso Nacional nos hubiera evitado medio siglo de atraso; lo siguieron, en la misma línea, los proyectos de 1942, 1948, 1960 y 1974.

El fracaso de todos estos proyectos fue el resultado del espíritu reaccionario que siempre ha imperado en la Capital de la República. Este mismo estilo fue el que inspiró las reformas parciales e insustanciales de nuestro Código vigente, caduco culturalmente, que solo lograron preservar la sustancia autoritaria y el sistema anticuado del régimen procesal penal. Se proclamó, incluso, la conveniencia de mantener el "secular sistema vigente", bajo el manto de un supuesto "realismo", que pretendía ahorrarle recursos al Estado, sin explicar en qué consistía el ahorro.

## **I.C. Conclusiones**

La reseña histórica demuestra la imposibilidad de proseguir con los intentos de conservar el sistema de administración de justicia penal vigente para los tribunales nacionales. El atraso, según se ha expuesto sintéticamente, es tan evidente cuanto insostenible. Resulta absolutamente imprescindible, si se cree verdaderamente en la forma republicana y en un Estado de Derecho –y no se bastardean estas palabras con su uso hipócrita e inoperante– retomar la línea de progreso que las provincias argentinas iniciaron desde el año 1939.

Este Proyecto se inscribe en ese camino y tiene como fundamento y meta un principio cardinal: rescatar el sistema republicano, una de las bases indiscutidas de nuestra unión nacional, en el ámbito de la administración de justicia penal.

## II. PROCESO PENAL Y PROGRAMA CONSTITUCIONAL

Es hoy un lugar común que nuestra Constitución Nacional contiene las bases de nuestro enjuiciamiento penal.<sup>1</sup> Sin embargo, el contenido de lo que se comprende como bases constitucionales del enjuiciamiento penal ha sido ordinariamente muy restringido limitándose, fundamentalmente, al análisis jurídico de las garantías de seguridad individual expresas o implícitas en el texto del art. 18 de nuestra ley básica (juicio previo, inocencia, defensa, juez natural, *ne bis in idem*). No es común que se crea y exponga, como programa constitucional, el imperativo de atender a una forma histórica concreta de enjuiciamiento penal; esto es, desde otro punto de vista, no se afirma que el modelo estructural básico del procedimiento ya se encuentra plasmado en la ley fundamental. Incluso cuando se ha hablado del "debido proceso" como garantía innominada (*due process of law - fair trial*), a la manera del derecho constitucional de procedencia anglosajona, no se siguió ese modelo, sino que su contenido, prácticamente, se agotó con la descripción analítica de aquellas garantías.

Lo que sucedió es que, salvo escasas excepciones, no se apuntó a la crítica extra-sistemática del enjuiciamiento penal heredado de la colonización, desde el atalaya de la nueva forma política que adoptábamos como sociedad nacional para gobernarnos, según nuestra Constitución Nacional, sino que tan solo se procedió a reformar el sistema en tópicos precisos, aceptándolo y adaptándolo mínimamente a las nuevas reglas de garantía.

El resultado no pudo ser otro que un fracaso (no solo en el ámbito del proceso penal), tanto desde el punto de vista de una persecución penal eficaz, a la que el sistema antiguo tendía, pues los injertos lo desfiguraban, como desde la óptica de las mismas garantías individuales, imposibilitadas de transformarse en una realidad práctica ordinaria y para todos, porque el mismo sistema lo impedía. He allí nuestra realidad.

A nuestro juicio, el atento observador de nuestra Constitución Nacional (y también el que atienda al derecho público provincial), debe plantearse el problema de otro modo. Se trata de observar en cuáles aspectos políticos del enjuiciamiento penal nuestra ley fundamental ha decidido algo

1. Ver VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho procesal penal*, T. II, Córdoba, Marcos Lerner, 1986 y CLARIÁ OLMEDO, J. A., *Tratado de derecho procesal penal*, T. I, Córdoba, Marcos Lerner, 1964.

por sí misma y cuáles ha dejado librados al legislador común; pero esta observación debe llevarse a cabo como un todo, componiendo así no solo la explicación dogmática de una garantía, sino, también, las formas procesales que permiten llevarla a cabo, actuarla en concreto.

A modo de ejemplo, es ostensible que la Constitución Nacional no ha decidido cuál debe ser el sistema de persecución penal o, si se quiere, en quién reside el poder de perseguir penalmente, dejándolo librado al legislador común.

Se hubiera podido así, lícitamente, encomendarle esa tarea al Estado, o a la víctima o sus parientes inmediatos o, también, como sucedió en el derecho ático y romano, y en el derecho anglosajón moderno, a cualquier ciudadano.

El Código Penal decidió este interrogante en sus arts. 71 y ss., fundando la persecución penal estatal (inquisición) por regla general y estableciendo ámbitos pequeños de excepción, librados a la voluntad privada. No ocurrió lo mismo, en cambio, con las formas del juicio penal. En este ámbito es claro que nuestra Constitución procede de un movimiento histórico transformador de la legislación inquisitiva que, como culminación del procedimiento penal, estableció un juicio público, oral, continuo y contradictorio, intentando un equilibrio de poderes entre el acusador y el acusado, frente a un tribunal imparcial encargado de fallar con fundamento en los actos del debate, llevado a cabo con la presencia ininterrumpida de todos los intervinientes en el procedimiento.

Tanto es así que todo el sistema de seguridad individual, que la Constitución remarca en su art. 18, procede de ese movimiento histórico-político y, en definitiva, solo es posible de cumplir mediante esas formas, hoy universales.

Resulta aún más claro el mandato de nuestro legislador constitucional al Congreso Nacional de promover "la reforma de la legislación vigente en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados" (art. 24), con el cual resulta evidente, al menos en esta materia, que nuestra Constitución renegaba de la legislación inquisitiva, heredada de la época colonial, y definía el nuevo enjuiciamiento penal, acorde con ella y su génesis político-cultural.

El mandato para establecer el juicio por jurados se repite en los arts. 67 inc. 11, y 102 de la Constitución; y es imposible concebir un juicio ante jurados sin la publicidad, oralidad y continuidad del enjuiciamiento, pilares básicos de la reforma que ahora se intenta. La publicidad del juicio,

como forma de control popular sobre la administración de justicia, es, por lo demás, una exigencia del sistema republicano de gobierno (art. 1) y resulta imposible lograr su vigencia práctica sin la oralidad y continuidad de la audiencia en la que se resume el procedimiento.

Todas estas formas son, según se observa, interdependientes. El derecho público provincial argentino ha reafirmado estas conclusiones tal como se puede observar en las siguientes constituciones: Misiones, art. 19; Río Negro, arts. 8 y 134; Santa Cruz, art. 19; San Luis, arts. 26 y 109; Santa Fe, art. 9; Santiago del Estero, art. 23; Formosa, art. 125; Chubut, art. 32; Mendoza, art. 146; Neuquén, arts. 50, 160 y 166; San Juan, arts. 18 y 120; Tucumán, art. 27; Buenos Aires, art. 157; Catamarca, art. 209; Córdoba, arts. 9 y 134; Corrientes, arts. 31 y 151; Entre Ríos, art. 28; Jujuy, art. 35; y La Rioja, arts. 25 y 26. Lo mismo sucede con los pactos y declaraciones internacionales para la protección de los derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. II; Declaración Americana sobre Derechos del Hombre, art. 26; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, inc. 1 y 3, y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 3, n° 5.

Nuestro país ha reiterado recientemente su voluntad de cumplir este programa, al adherir a esta última Convención, llamada también el Pacto de San José de Costa Rica.

### III. EL COLAPSO DEL SISTEMA VIGENTE

Se ha señalado insistentemente la inadecuación del sistema nacional de enjuiciamiento penal a los mecanismos modernos de solución de los conflictos suscitados en el ámbito del control penal, sin embargo, se puede decir que hoy nos enfrentamos a una situación inédita: el sistema vigente se encuentra en colapso, esto es, en un estado de parálisis producto de una ineficacia imposible de superar con reformas parciales. Si un sistema procesal moderno debe cumplir la doble función de brindar al poder estatal medios idóneos para averiguar la verdad y asegurar la administración de justicia, garantizándole al individuo, al mismo tiempo, el respeto de su dignidad humana y la preservación de sus derechos fundamentales, se puede decir, sin temor a equivocarse que el orden procesal establecido por el Código vigente no cumple eficazmente alguna de estas dos funciones.

Reiteradamente hemos experimentado la poca ductilidad del ordenamiento nacional para adaptarse a las cambiantes –y siempre urgentes– orientaciones de la política criminal del Estado y su resistencia a seleccionar, de un modo conveniente, los conflictos que el cuerpo social necesita solucionar con prontitud y justicia. Por el contrario, en él la rutina reemplazó a la consideración del caso concreto, el formalismo a la verdad y el secreto a la publicidad republicana; todo ello sin ser siquiera un instrumento eficaz al servicio de la persecución penal pública. En este sentido, es evidente que el Código nacional funciona de un modo contrario a la práctica universal: se muestra idóneo para resolver aquellos casos de menor importancia y, al contrario, es impotente para resolver los conflictos sociales graves que, de ordinario, han conmocionado los cimientos de nuestra convivencia y de nuestro desarrollo.

Ejemplos recientes demuestran esta afirmación: toda persona honesta, que conozca el funcionamiento de las instituciones procesales de la Nación, sabe que algunos juicios actuales, de gran trascendencia pública, nunca hubieran concluido de haberse sustanciado por el trámite del Código vigente y se hubiera demorado indefinidamente una decisión que la sociedad argentina no podía postergar. Pero el sistema nacional de enjuiciamiento penal tampoco cumple acabadamente su función garantizadora. La utilización arbitraria del encarcelamiento preventivo, la falta de control sobre los actos judiciales –publicidad–, la enorme delegación de funciones, etc., son claros ejemplos de un sistema procesal que, más allá de declaraciones bien intencionadas, no respeta al hombre concreto y singular, que espera, muchas veces angustiosamente, la solución del conflicto en el cual se encuentra inmerso.

En fin, si el sistema vigente se encuentra en colapso, es porque él no sirve ni al Estado ni al individuo, no favorece la persecución de los delitos, ni garantiza realmente el respeto de los derechos fundamentales.

Toda sociedad necesita –y la nuestra aún más imperiosamente– corroborar, en la solución de los conflictos particulares, la vigencia de los valores que sustentan la convivencia pacífica. Se puede decir, entonces, que el sistema nacional de enjuiciamiento penal, en la medida de su doble ineficacia, desorienta al cuerpo social, desvirtúa las bases valorativas de nuestra convivencia y, favoreciendo la impunidad o logrando el castigo a costa de la renuncia de otros principios fundamentales, contribuye a fomentar muchos de aquellos males estructurales de nuestra sociedad, que impiden construir una democracia justa y acorde con las circunstancias

del mundo moderno. Esta parálisis del sistema vigente ya no puede recibir curas parciales.

Los intentos realizados en tal sentido no han logrado modificar el funcionamiento general de la administración de justicia en materia penal y, escaso tiempo después, ellos mismos han contribuido a alimentar un sistema que, inexorablemente, ha fagocitado todas las buenas intenciones.

La transformación total del sistema vigente y la modificación de sus bases fundamentales es el único camino idóneo para lograr un régimen de enjuiciamiento penal que asegure la convivencia social pacífica y contribuya a fomentar las relaciones de justicia.

## ESTRUCTURA DEL PROYECTO

El proyecto distribuye su contenido en seis libros, conforme al siguiente esquema:

### LIBRO PRIMERO: Disposiciones generales

Título I: Principios básicos

Título II: Sujetos y auxiliares

Cap. 1: El tribunal

Secc. 1: Disposiciones generales

Secc. 2: Conexión

Secc. 3: Cuestiones de competencia

Secc. 4: Apartamiento de jueces

Cap. 2: El imputado

Secc. 1: Generalidades

Secc. 2: Declaración del imputado

Secc. 3: Defensa técnica

Cap. 3: El acusador y órganos auxiliares

Secc. 1: El ministerio público

Secc. 2: La policía

Secc. 3: El querellante

Cap. 4: La reparación privada

Secc. 1: Acción civil

Secc. 2: Actor civil

Secc. 3: Tercero civilmente demandado

Cap. 5: Auxiliares de los intervinientes

### Título III: La actividad procesal

Cap. 1: Disposiciones generales

Cap. 2: Plazos

Cap. 3: Comunicación

Secc. 1: Entre autoridades

Secc. 2: Notificaciones, citaciones y vistas

Cap. 4: Actos y resoluciones jurisdiccionales

Cap. 5: Prueba

Secc. 1: Disposiciones generales

Secc. 2: Comprobación inmediata y medios auxiliares

Secc. 3: Testimonio

Secc. 4: Peritación

Secc. 5: Otros medios de prueba

Cap. 6: Medidas de coerción

Secc. 1: coerción personal del imputado

Secc. 2: Examen de las medidas de coerción personal

Secc. 3: Embargo y otras medidas de coerción

Cap. 7: Actividad procesal defectuosa

### LIBRO SEGUNDO: El procedimiento común

Título I: Preparación de la acción pública

Cap. 1: Persecución penal pública

Cap. 2: Obstáculos a la persecución penal y civil

Cap. 3: Actos introductorios

Cap. 4: Procedimiento preparatorio

Cap. 5: Conclusión

Título II: Procedimiento intermedio

Cap. 1: Desarrollo

Cap. 2: Sobreseimiento y clausura de la persecución penal

Título III: Juicio

Cap. 1: Preparación del debate

Cap. 2: Debate

Secc. 1: Caracteres y dirección

Secc. 2: Desarrollo

Secc. 3: Sentencia

### LIBRO TERCERO: Recursos

Título I: Disposiciones generales

Título II: Reposición

Título III: Casación

Cap. 1: Procedencia

Cap. 2: Trámite

Cap. 3: Sentencia

Cap. 4: Procedimiento abreviado

Título IV: Revisión

LIBRO CUARTO: Procedimientos especiales

Título I: Procedimiento monitorio

Título II: Juicio por delito de acción privada

Título III: Procedimiento con menores

Título IV: Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección

LIBRO QUINTO: Ejecución

Título I: Ejecución penal

Cap. 1: Penas

Cap. 2: Medidas de seguridad y corrección

Título II: Ejecución civil

LIBRO SEXTO: Costas e indemnizaciones

Título I: Costas

Título II: Indemnización al imputado

Esta distribución responde, en general, a la estructura básica de nuestra legislación procesal más moderna, encabezada por el Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba (1939). A su vez, el Código cordobés siguió, en líneas generales, las bases sistemáticas del Código de Italia de 1930, sin perjuicio de modificar su contenido regulativo. Las principales modificaciones de esta estructura son las siguientes:

- a) se amplía la parte general, incluyendo materias que el Código cordobés reguló en el libro dedicado a la instrucción: la prueba y las reglas referidas a la coerción personal del imputado pertenecen ahora a la parte general, pues estas normas no se aplican solamente durante la instrucción, sino que extienden su influencia a lo largo de todo el procedimiento;

- b) al mismo tiempo, se suprime de la parte general las reglas relativas a las diferentes clases de acciones penales, ya contenidas en el Código Penal y cuya repercusión procesal es materia propia de cada uno de los procedimientos (común o especial para delitos de acción privada), por una parte, y, por la otra, se reserva para la Ley de Organización Judicial la distribución de competencia entre los tribunales, materia propia de la organización de los tribunales y no del procedimiento;
- c) se regula en un único libro (segundo) todo el procedimiento común para delitos de acción pública, que en los códigos modernos argentinos se encuentra dividido en dos libros. Siguiendo, en este caso, la estructura de la Ordenanza Procesal Penal de la República Federal de Alemania, más racional, pues agrupa todas las reglas que operan conjuntamente y conforman el procedimiento básico del Código;
- d) los procedimientos especiales han merecido, por su importancia y por la referencia de todos ellos al procedimiento común, un libro aparte;
- e) del mismo modo, se regula en libro aparte las incidencias económicas finales del proceso penal, las costas y la indemnización por la pena o por la privación procesal de la libertad injustas. En lo que sigue, intentaremos una breve explicación de las materias que el Código comprende, según la distribución señalada.

Prescindiremos de aclarar, sin embargo, aquellas reglas e instituciones aceptadas por las leyes procesales modernas de la República, que forman parte de modelos y decisiones políticas y científicas ya indiscutibles, incluso universalmente. Nos dedicaremos, así, a explicar las innovaciones que introducimos respecto de esos modelos y aquellos puntos conflictivos en los que subyace una decisión valorativa de importancia.

## I. LA PARTE GENERAL (LIBRO PRIMERO)

Este libro distribuye su materia en tres títulos principales.

## **I.A. Principios básicos**

Como en los códigos argentinos, se comienza por enunciar las garantías de seguridad individual, porque se trata del marco ideológico-político en el cual se inserta todo el procedimiento y porque, como valores fundamentales de nuestro orden jurídico, estos principios influyen sobre todo el procedimiento y sobre la aplicación e interpretación de sus reglas. Se ha procurado desarrollar con precisión estos principios y, en especial, señalar sus repercusiones procesales.

## **I.B. Sujetos y auxiliares procesales**

El título se ocupa de los sujetos procesales básicos del procedimiento penal: tribunal, imputado y acusador (ministerio público o querellante). Coincidiendo con los códigos argentinos modernos, se permite el ingreso de la cuestión civil provocada por el delito al procedimiento penal, pues así se posibilita –sin obligar– que un conflicto social unitario se componga y solucione sobre la base de una sola actividad judicial, con aprovechamiento integral de la prueba común y ventaja temporal (economía y celeridad).

Se decidió mantener al querellante por delito de acción pública, pues, a más de constituir una institución definitivamente arraigada en la administración de justicia penal de la Nación, se inscribe en la tendencia de incorporar a quienes afecta el delito al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal; por otra parte, el interés directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales.

No obstante, se han recortado sus facultades, comparando as con las que posee actualmente en la legislación vigente, adecuándolas a su función de colaborar, en la persecución penal pública, con el órgano estatal específico. Se trata, entonces, de un querellante por adhesión, a la manera del tercero adherente simple o coadyuvante del derecho procesal civil, que colabora con un sujeto procesal pleno y no puede, por ejemplo, acusar o recurrir autónomamente.

Hemos tenido en cuenta, para ello, que el art. 71 del Cód. Penal atribuye, inequívocamente, la persecución penal de los delitos de acción pública al Estado, corrigiendo así anomalías de la legislación vigente respecto

de la ley sustantiva. Respecto del imputado son escasas las modificaciones en relación con la legislación argentina moderna. Corresponde observar:

- a) se aclara definitivamente (arts. 6 y 31) quién y desde cuándo ejerce los derechos que a él le corresponden, evitando los despropósitos a que condujo una discusión semántica, tan inútil cuanto descabellada, en el ámbito de la administración de justicia penal nacional;
- b) se regula con precisión la declaración del imputado –que aclararemos con mayores detalles al ocupamos del procedimiento preparatorio (instrucción preliminar)– destacándose, respecto de la práctica usual en nuestro medio, la facultad del imputado de consultar a su defensor antes de comenzar la declaración sobre el hecho (art. 41, párr. III);
- c) se disciplina con mayor atención el régimen de admisión y apartamiento del defensor (arts. 54 y ss.), introduciendo nuevos impedimentos para asumir la defensa, desconocidos para la legislación argentina.

El Código introduce también reglas específicas sobre la labor de los auxiliares del ministerio público (art. 73 y ss.) y, por primera vez, regula la actividad de los colaboradores de los demás intervinientes (arts. 108 y 109).

Cabe destacar aquí la inclusión de los consultores técnicos como auxiliares de los intervinientes en el procedimiento, en reemplazo de los llamados "peritos de parte" y con una labor sustancialmente diferente a aquella que, hasta el momento, se les reconocía a estos últimos. Se persigue con ello adecuar la institución de los llamados "peritos de parte" a su verdadera función, la de colaboradores de la defensa de un interés, y, por tanto, evitar la tarea discutible y penosa de intentar conciliar el interés de aquel a quien responden, con el dictamen pericial; ahora representan, inequívocamente, un interés y, por ello, obran solo asesorando al titular de ese interés sobre cuestiones referentes a su conocimiento específico, para la mejor defensa de ese interés.

### **I.C. La actividad procesal**

Es este título el que ha recibido material que, en la legislación argentina, se encuentra incluido, impropiamente, en diversos capítulos del

procedimiento, v. gr., en la instrucción preliminar, la prueba y las medidas de coerción.

Las distintas materias que integran el título no innovan demasiado sobre sus antecedentes, con la salvedad del capítulo referido a las medidas de coerción y el modo de encarar la inobservancia de las formas procesales o vicios del procedimiento.

La regla básica de las medidas de coerción consiste en la afirmación de que ellas son excepcionales, en especial el encarcelamiento preventivo (art. 196). Tal principio es sostenido universalmente, incluso por convenciones internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9 inc. 3); empero, su reflejo práctico resulta escasamente observable. Para lograr eficacia, en el sentido de que el encarcelamiento procesal sea el último de los recursos, se acudió a varios mecanismos: por una parte, ampliar el espectro de las medidas de coerción, superando la falsa antinomia entre encarcelamiento o libertad, dotando al tribunal que decide y a quien requiere su aplicación de una gama de medidas intermedias y alternativas, idóneas para garantizar los fines del procedimiento, sin afectar tan gravemente al imputado (arts. 202 y 209); por la otra, se describen claramente los presupuestos indispensables de las medidas coercitivas (art. 202); además, se establece un mecanismo de control obligatorio, en plazos determinados, sobre la subsistencia de los presupuestos que autorizan la medida (art. 219); por fin, se regula la cesación de la privación de la libertad y, entre sus casos, se destaca aquel que impone ciertos límites temporales para ella (art. 208).

El remedio tradicional de la "excarcelación", con su sistema de valoraciones concretas acerca de la proporcionalidad del encarcelamiento preventivo respecto del resultado del procedimiento, se sustituye por el pedido del imputado o su defensor que provoca el examen de la prisión, con amplitud, referido a todos sus presupuestos.

Por último, conviene destacar que el Código incluye una regla extensa sobre las bases del tratamiento de encarcelados preventivamente, a manera de norma fundamental de los reglamentos que se dicten. El anverso de la regulación de los actos procesales es la decisión acerca de lo que se debe hacer cuando ella no es observada. Lo que la legislación nacional vigente pretende (recurso de nulidad: arts. 509 y ss.), rectamente interpretada es que la nulidad opere solamente por vía de impugnación de las decisiones judiciales fundadas en actos viciados.

La práctica de nuestros tribunales, en cambio, ha tergiversado este sistema permitiendo el examen reiterado y continuo acerca de la forma en la

que son llevados a cabo los actos procesales y de sus presupuestos, con absoluta prescindencia del efecto y del agravio que produce la desviación formal.

El Código pretende rescatar el principio originario de la ley vigente, estableciendo con claridad que el vicio solo adquiere relevancia cuando opera como presupuesto o fundamento de una decisión perjudicial, caso en el cual lo impugnable es la decisión, y no el acto viciado en sí mismo. En lo demás, se distingue entre vicios subsanables e insubsanables y declarables de oficio, con la protesta previa y oportuna, que condiciona la impugnación fundada en los primeros, y se posibilita la renovación de los actos viciados, siguiendo las reglas establecidas en la legislación moderna.

Dos reglas particulares que, aunque pertenecientes a otros capítulos, tienen relación íntima con los temas tratados son la reposición del plazo (arts. 119 y ss.) y la medida de coerción aplicable genéricamente a quienes no obedecen a una orden de citación (art. 138). La primera regla permite solucionar aquellos casos que, en las leyes procesales vigentes, solo tienen remedio a través del incidente de nulidad de la comunicación que daba nacimiento al plazo, pero amplía –justamente el remedio a aquellos casos en los cuales el pedido de reposición no se funda en un vicio de la notificación, sino en otro acontecimiento extraordinario. La segunda regla permite ejercer la coerción sobre citados que no comparecen, con un límite preciso: el tiempo indispensable para cumplir la actividad ordenada, que no puede superar las doce horas. El régimen de la prueba no aporta mayores innovaciones frente a sus precedentes. Se incluye una sección de reglas generales sobre la prueba que determina los principios que la rigen, libertad de la prueba en materia penal y libre convicción o sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba, y los presupuestos de admisibilidad de la prueba en concreto, pertinencia y utilidad.

En cuanto a los órganos de prueba se reemplaza el juramento promisorio por el asertorio, porque no se trata de expresar una buena intención sobre una acción futura sino de ratificar una acción concreta y correcta ya llevada a cabo; la fórmula, además, destaca el deber del órgano de prueba frente a la comunidad en la que vive, sin perjuicio de que él desee reafirmar aún más sus dichos invocando sus creencias religiosas. Por lo demás, se intenta que la ratificación solemne, que la ley prevé de esta manera, adquiera vigencia real y no quede reducida a las letras de imprenta de un formulario, como ocurre actualmente.

## II. PROCEDIMIENTO COMÚN (LIBRO SEGUNDO)

El procedimiento común se divide en tres períodos netamente diferenciados, que se encuentran regulados en particular en cada uno de los tres títulos que componen este libro. Las mayores innovaciones respecto de la legislación argentina moderna residen en el procedimiento preparatorio (instrucción preliminar) y en el procedimiento intermedio; el procedimiento principal o juicio, en cambio, sigue de cerca las reglas instrumentales de los códigos argentinos modernos, de juicio oral y público, y las modificaciones se refieren a reglas particulares.

### II.A. Procedimiento preparatorio

Toda la tarea que supone la investigación preliminar de un delito de acción pública, para buscar el fundamento de una acusación formal o, de otro modo, requerir un sobreseimiento, ha sido confiada al ministerio público, que así reemplaza la labor que actualmente llevan a cabo los jueces instructores. Con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal –en combinación con otras reglas específicas posteriores–, por una parte, y, por la otra, simplificar y dinamizar la tarea de investigación, hoy encerrada en formalidades que no cumplen ninguna función –ni siquiera protectora de la seguridad individual– y que restan eficacia tanto a la averiguación de la verdad, cuanto a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento, incluso en beneficio del imputado.

La instrucción preparatoria es, a la vez, un problema propio del enjuiciamiento penal y uno de los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación. El Estado, a quien le está confiada la persecución penal, es un extraño al conflicto social en el que reside un caso penal. Desde que se atribuyó para sí no solo la tarea de decidir los conflictos jurídicos, sino que también asumió, en materia penal la labor de perseguir los llamados delitos de acción pública, tuvo necesidad, como extraño al conflicto por definición, de informarse acerca de él, para preparar su propia demanda de justicia, esto es, su decisión acerca de la promoción del juicio. Tal característica distancia al procedimiento penal de los procedimientos utilizados para resolver conflictos jurídicos privados, pues en ellos, de ordinario, quien persigue judicialmente es uno de los protagonistas del conflicto, por tanto lo conoce y ha tenido ocasión de precaverse de los elementos de convicción para fundar su demanda.

En síntesis, la noticia acerca de un comportamiento delictivo genera, por regla (excepción hecha, precisamente, de los delitos de acción privada, sin instrucción), la necesidad de una investigación. A la vez, la utilización del poder público en la investigación de los hechos provoca el temor fundado de su uso arbitrario, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales. Por el contrario, la preparación de una demanda fundada en un conflicto jurídico privado, no genera ese temor, pues la persona privada carece de la posibilidad de utilizar directamente la fuerza del aparato estatal. Esta es, precisamente, la razón por la cual, en el procedimiento penal, se incluye, como periodo procesal y objeto de regulación, la preparación de la acción pública, pues tal regulación contiene, a la vez, el poder acordado y sus límites.

La resolución del juego de estas necesidades opuestas es, justamente, lo que toma delicada la solución jurídica del problema. Por un lado, la investigación debe ser eficaz y, por el otro, en aras de esa eficacia no puede avasallarse la seguridad individual.

Históricamente, el espíritu republicano resolvió con claridad este problema, pues, a pesar de tolerar la persecución penal estatal (inquisición), exigió, básicamente, la creación de un órgano del Estado encargado de perseguir penalmente (el ministerio público), diferente de aquel competente para decidir el conflicto (el tribunal). Pues a pesar de que ambas funciones pertenecían al Estado, no era posible confundirlas en un inquisidor, todo en aras del resguardo de la dignidad de la persona perseguida. No es consecuente con esta idea la entrega de ambas funciones –la de requerir y la de decidir–, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un solo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas, v. gr., el juez de instrucción. Su existencia solo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aún no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficaz y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual: el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. Esto es, precisamente, lo que ha sucedido entre nosotros al colocar la instrucción en manos de jueces inquisidores, El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos de un juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficacia de una in-

vestigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controla el límite de sus poderes.

Precisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aún durante la instrucción preliminar (y no solo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión.

Así se ha resuelto el problema en el Código que se presenta. El ministerio público es el responsable de la investigación preliminar y los jueces quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las seguridades individuales básicas. Esta fórmula, por lo demás, no es desconocida para el derecho argentino, pues, limitadamente y a la manera del derecho italiano, las provincias de Córdoba y Mendoza introdujeron y practican con éxito la llamada "citación directa", procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, en casos de delitos leves o de investigación sencilla. Se trata ahora de universalizar y mejorar esta forma de proceder. Se ha colocado así, dentro de las atribuciones de los jueces, dos tipos de actividades de control. En primer lugar, los actos que implican una decisión y una autorización: entre ellos todas las decisiones acerca de las medidas de coerción, personales o referidas a la obtención de elementos de prueba (p. ej.: allanamiento de morada, interceptación y apertura de correspondencia o comunicaciones, etc.), los que habilitan la intervención de distintas personas en el procedimiento (actor civil, tercero civilmente demandado, querellante) y las decisiones que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal o civil. Por otra parte, están también a su cargo los actos definitivos e irreproducibles, que, por su naturaleza, no implican una actividad decisoria, sino el mero resguardo de las condiciones necesarias para su eventual incorporación posterior al debate (anticipo de prueba).

Mención especial merece la declaración del imputado durante este período del procedimiento. El principio básico que se ha intentado preservar consiste en que ella opere, fundamentalmente, como medio de defensa. De allí que ella sea el presupuesto de las medidas de coerción y del requerimiento de apertura del juicio (acusación). Cuando el imputado ha sido aprehendido y se pretende que prosiga encarcelado, su declaración se produce en presencia del juez que controla la investigación, ante el cual debe consignarlo el ministerio público o la policía, a más tardar dentro de las 24 horas. De este modo se preserva la libertad de defensa en la única situa-

ción que, por sí misma, implica coacción y disminución de la capacidad de defensa.

En cambio, cuando el imputado responde a una citación y, por tanto, se encuentra en libertad, la declaración puede ser llevada a cabo ante el ministerio público, siempre en presencia de su defensor; el resguardo suficientemente la libertad de defensa en una situación que no implica coacción (art. 47).

Por último, se ha permitido que, en los casos sencillos, en los cuales el ministerio público no precise escuchar directamente al imputado, puede otorgarle la oportunidad de pronunciarse por escrito sobre la investigación, antes de su clausura y de la decisión del ministerio público sobre ella (art. 264). Este periodo del procedimiento concluye cuando el ministerio público dictamina, requiriendo la apertura del juicio (art. 263) o, de manera inversa, el sobreseimiento o la clausura provisional (art. 265).

## **II.B. Procedimiento intermedio**

La transición entre el procedimiento preparatorio y el juicio (instrucción preliminar a definitiva) siempre ha generado trámites que, bien estructurados, se conocen con el nombre del epígrafe. Se trata de la etapa crítica sobre las conclusiones de la investigación preparatoria.

La legislación argentina, si bien no ha podido prescindir de este período procesal, ha tendido a desdibujarlo mediante dos herramientas principales. La primera consiste en otorgar al ministerio público un poder absoluto sobre la persecución penal, a la vez que una facultad de decisión: cuando el ministerio público concluye por el sobreseimiento, o bien determina directamente la obligación del juez de sobreseer, o bien su dictamen implica una revisión por el superior jerárquico que, si coincide con su inferior, determina el deber del juez de dictar el sobreseimiento, a pesar de su desacuerdo. Se renuncia así al control de la legalidad de los actos del ministerio público por los órganos jurisdiccionales, para privilegiar su decisión por sobre la de los tribunales. La segunda consiste en renunciar al control sobre la acusación (CPP Nacional) que provoca directamente el juicio, o, en el mejor de los casos, a posibilitar su control a instancia del imputado (legislación argentina moderna, solo parcialmente). No nos pareció conecta esta forma de proceder.

Por una parte, el juicio oral y público es de tal importancia, tanto para quien es perseguido en él, cuanto para la misma administración de justicia,

que no es posible actuarlo en concreto sin control previo sobre la validez formal y la seriedad material de la requisitoria fiscal. Desde este punto de vista, se tiende a racionalizar la administración de justicia, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación.

En el Código, por ello, un tribunal controla el requerimiento de apertura del juicio, sin encontrarse vinculado a los dictámenes del ministerio público, por tanto, con facultades para sobreseer o modificar la acusación. Llevar a cabo este control solo a instancia del imputado, significa confiar el interés que la administración de justicia estatal tiene en la realización de juicios correctos a un interés particular, no siempre coincidente con aquel.

Por otra parte, tampoco se prescinde del control jurisdiccional sobre la legalidad de la conclusión del ministerio público en el sentido de clausurar anticipadamente la persecución penal. El Código, por ello, confía también al tribunal del procedimiento intermedio el control de esta conclusión del ministerio público sobre su investigación, con facultades para provocar la apertura del juicio, ordenando que el fiscal acuse o modifique el contenido de su acusación.

He aquí la base del procedimiento intermedio, y, por supuesto, la necesidad de que los jueces encargados de esta etapa no participen en la posterior: el juicio (debate y sentencia). Por lo demás, esta etapa del procedimiento resuelve definitivamente todos los problemas relativos a las pretensiones de intervenir en el juicio de otros sujetos accesorios. De este modo se ha evitado todo el sistema de apelación de decisiones judiciales durante la instrucción, que tanto dilatan y traban la investigación, mediante el simple mecanismo de otorgar la posibilidad de provocar la revisión de aquellas decisiones en esta etapa.

Con el nombre de clausura provisional se mantiene, con modificaciones, el sobreseimiento provisional de los códigos antiguos y su equivalente en los códigos modernos, la prórroga extraordinaria de la instrucción. Quienes han abogado por la supresión de esta decisión (CPP La Pampa, p. ej.), dejan un conjunto de casos sin ningún tipo de resolución. En efecto, cuando se exige la certeza de la inocencia para sobreseer y la probabilidad de condena para acusar, queda entre ambas una gran franja de casos que no permiten arribar al fundamento de una u otra decisión. La realidad indica que los procedimientos terminan en estos casos con un archivo de hecho, sin decisión alguna. La prórroga extraordinaria, en cambio, impone un plazo para acoplar más elementos de prueba, vencido el cual es obligatorio el sobreseimiento material, como absolucón anticipada. Esta solución, más

allá de su acierto, reniega de los plazos de prescripción que contiene el Código Penal y peca, por ello, de reformar un ámbito legislativo que no le es propio. Por todo ello, el Código conserva la clausura provisional, con una importante limitación, que alguna jurisprudencia progresista anticipó: corresponde el sobreseimiento material –y no la clausura provisional– cuando, a pesar de no haberse logrado la certeza acerca de la desestimación de la imputación, la investigación está agotada, sin que se pueda mencionar elementos de prueba que se espera incorporar en el futuro (art. 278, inc. 2).

## II.C. Juicio

La estructura, los principios y las reglas de esta etapa siguen de cerca lo ya conocido en la legislación argentina moderna. Su núcleo reside en un debate oral, público, contradictorio y continuo, con participación ininterrumpida de todos los intervinientes y del tribunal, que reconoce una etapa anterior de preparación y una posterior de obtención de la sentencia. Sobre ello existen muy pocas innovaciones. Por ejemplo, se modifica la forma del interrogatorio (art. 314), sin alcanzar el modo del derecho anglosajón (*cross examination*), pero acercándose a él; se permite la censura del debate, dividiéndolo, formal o informalmente, de modo facultativo, en un debate sobre la culpabilidad y otro posterior sobre la pena (art. 287); la deliberación y votación se inclina decisivamente al método de solución total, desechando el régimen escalonado, que, al prescribir que la minoría de opinión vencida vote sobre las cuestiones siguientes (fallo de culpabilidad), consagra sentencias absurdas; el pronunciamiento de la sentencia –en nombre del pueblo de la República–, si bien permite diferir excepcionalmente su forma escrita, prevé, para esos casos, la explicación oral de los fundamentos por un juez relator.

## III. LOS RECURSOS (LIBRO TERCERO)

Las novedades más importantes, respecto de la legislación moderna vigente en nuestro país, quedan descriptas mejor por lo que se omite regular, antes que por los recursos que se disciplinan. En este sentido, se ha seguido la tendencia de la legislación moderna: regular un juicio penal de única instancia sobre los hechos, que solo admite contra la sentencia un recurso limitado a las cuestiones jurídicas procesales y materiales que

la afectan: el de casación. La omisión de un recurso amplio, que abarque también los motivos de hecho, como el de apelación, obedece, en primer lugar, a razones técnicas: el juicio oral y público no concibe este tipo de recursos porque ello representaría, ineludiblemente, duplicar el juicio, al menos en relación con el aspecto del hecho sobre el que versa el recurso, si él solo ataca parcialmente la sentencia. Así es, porque una regla de principio del juicio oral y público impone que solo los jueces que presenciaron el debate están habilitados para deliberar y votar la sentencia; la regla de la inmediación así lo manda (arts. 291, párr. 1, y 319). También sin esa regla, cualquier neófito se daría cuenta de que un tribunal posterior, que no ha presenciado el debate, carece de base para el fallo, pues, aun apelando a métodos modernos de reproducción, la inasistencia de los jueces de fallo al debate que lo funda provocaría la pérdida de toda la sustancia y razón de ser del juicio oral, implicaría un regreso a la delegación. Precisamente, ante esta situación que comporta una petición de principio para el juicio penal que este Código regula, la reacción fue la siguiente: la existencia del recurso de apelación tiene su fundamento en la necesidad de que varios jueces –un tribunal colegiado– debatan la solución que un juez unipersonal ha dado al caso, por aquello de que, cuando intervienen varias personas, se reduce la posibilidad de errores. Es cuestión, entonces, de adelantar la intervención de varios jueces, con ahorro de procedimiento.

Se entiende que, después de instaurados los Estados republicanos o las monarquías constitucionales, la razón política de la apelación no subsistía: de la administración de justicia por delegación de la monarquía absoluta –el poder de juzgar residía en el monarca– que hacía necesario la devolución del poder jurisdiccional a aquel de quien procedía (el llamado efecto devolutivo de los recursos) y provocaba una organización judicial de tipo vertical, pasamos a un Estado representativo y, por tanto, a una organización judicial horizontal, en lo posible.

El recurso de apelación no solo ha desaparecido, así, del sistema de impugnación de la sentencia, sino que, además, tampoco se conserva en el Código, para etapas anteriores del procedimiento, específicamente para la instrucción preliminar

Varias son las razones:

- a) permitir una continua interrupción de la investigación, por la vía del recurso contra sus decisiones, resulta pernicioso para ella;

tanto es así que ya los códigos antiguos impedían, en general, el recurso;

- b) el juez de la instrucción no es más, en este Código, quien dirige la investigación y, por ello, quien está comprometido con su eficacia; al contrario, él es quien controla la investigación y a cuyo cargo están las decisiones judiciales que comprometen una garantía constitucional o los derechos de alguno de los intervinientes;
- c) se gana así en celeridad y es posible exigir que el ministerio público, órgano propio de la investigación preparatoria, cumpla con idoneidad su tarea.

La desaparición del recurso de apelación sobre decisiones instructorias que hoy son apelables no mengua las garantías que ofrece el procedimiento.

En lo relativo a las facultades de los sujetos procesales (constitución del querellante, actor civil y tercero civilmente demandado), las resoluciones del juez que controla la instrucción son meramente provisionales, pues la pretensión puede reproducirse durante el procedimiento intermedio (arts. 35, PB. 101, 104, 269, 270 y 271).

Las excepciones siguen un régimen idéntico cuando son rechazadas y, cuando son acogidas, siguen el mismo sistema de las medidas de coerción, que permite un recurso directo e inmediato (art. 262).

Precisamente, las medidas de coerción personal, por su importancia, constituyen la excepción al sistema, pues admiten un recurso inmediato (art. 221); estimamos que, si los jueces proceden conforme a la ley (art. 219 párr. 2) y con sentido común (el funcionario del ministerio público concurrirá a la audiencia con los antecedentes que invoca), la queja no significará la destrucción del sistema.

Por fuera de estas omisiones, las novedades son de escasa importancia política. En la casación, los motivos absolutos de la casación, cuyo fundamento son las formas del procedimiento, reemplazan a las llamadas "nulidades absolutas", declarables de oficio, sin necesidad de protesta previa; al mismo tiempo se incorporan otros vicios de la misma importancia para el sistema procesal que se eligió y los vicios de la sentencia, cuya protesta es, precisamente, el mismo recurso.

Se mejora la fórmula de la casación sin reenvío, que, en los códigos argentinos modernos, depende, equivocadamente, solo del motivo del recurso. Se incluyó un procedimiento más breve y sencillo para la casación

de sentencias en casos leves y de autos admitidos como objeto de casación (último capítulo): con ello quisimos atender a las críticas que intentan excluir a las sentencias menores –por así llamarlas– del remedio de la casación, pues no parece posible admitir que esos casos toleren los errores en la aplicación de la ley, ni que el tribunal de mérito impida a voluntad la procedencia del recurso mediante la simple herramienta de imponer una pena o una reparación menor, u obligar a los pretendientes a plantear demandas exageradas, solo para precaverse sobre la procedencia de la casación; tuvimos en cuenta, también, la exigencia de un recurso ante un tribunal superior que contiene el Pacto de San José de Costa Rica, art. 8 n° 2, h, hoy derecho interno para nosotros.

En la revisión las novedades son, también, de menor importancia. Ella es, lo mismo que la casación, un recurso limitado por sus motivos, pero, a contrario de este último recurso, procede por motivos cuyo contenido es, precisamente, inverso al de la casación: dejando de lado el caso atípico de la aplicación de la ley procesal más benigna, siempre procede por un –grueso– error en la fijación de los hechos, conforme a un descubrimiento posterior a la sentencia firme impugnada. Según esa posición se ha regulado sus motivos en forma amplia, mejorando de esta manera la regulación conocida en nuestro país.

La disciplina del recurso mejora también la separación del juicio *rescindens* respecto del *rescissorium* y establece la regla a partir de la cual el tribunal puede, sin reenvío, corregir la sentencia, dictando una nueva en su reemplazo. La discusión teórica acerca de si la revisión es un recurso o una acción contra la sentencia no nos ha preocupado: ella es estéril, a partir del hecho de que, sin dudas para nadie, se trata de una impugnación contra la sentencia, por lo que, hasta quienes niegan su clasificación entre los recursos precisan una regla que indica la vigencia supletoria de las normas aplicables a ellos; esta es la razón por la que no vacilamos al incluirla en el título de los recursos, conforme a nuestra tradición, sin perjuicio de las reglas especiales que la gobiernan (ataque a la sentencia firme y legitimación ampliada). En nuestro derecho, la revisión solo ha procedido –siempre– a favor del condenado, conforme a nuestra interpretación del principio *ne bis in idem*, conclusión que mantenemos y que se adecua al texto –no siempre claro– de las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

#### IV. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES (LIBRO CUARTO)

En esta materia las novedades principales consisten en la regulación de un procedimiento abreviado (monitorio, arts. 371 y ss.) para delitos leves y en la aparición –por primera vez en la legislación argentina– de un proceso contradictorio para la aplicación de medidas de seguridad y corrección.

El primer procedimiento elimina el debate oral, público y contradictorio, cuando la pena que se espera, conforme a la importancia de la infracción, es muy leve (actualmente: inhabilitación, multa o pena privativa de libertad que no supere el año), pero siempre que estén de acuerdo todos los sujetos esenciales del procedimiento penal por delito de acción pública, esto es, el ministerio público, el imputado y su defensor, y también el tribunal. En este caso, el tribunal técnico que se encarga de sustanciar y decidir el procedimiento intermedio dicta directamente la sentencia, sin abrir el juicio.

La sentencia es impugnabile por casación, en los mismos casos en los que procede contra la sentencia obtenida después de un debate. El juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad y corrección intenta dar solución a un problema real de nuestra legislación que se traduce, actualmente, en una privación absoluta del derecho de defensa de los inimputables del art. 34 inc. 1 del Cód. Penal. En estos casos nuestra práctica común interna por tiempo indeterminado a quien se encuentra en la condición prevista por la regla citada, sin debate y, en la inmensa mayoría de ellos, sin oír al afectado y sin defensa técnica. Tal iniquidad sucede a partir del sobreseimiento por inimputabilidad, unido a la orden de internación en un establecimiento asistencial por tiempo indeterminado.

A pesar de que las reglas materiales sobre medidas de seguridad y corrección merecen muchas críticas desde varios puntos de vista, lo mínimo que se puede hacer en esta materia, desde la ley formal, es, precisamente, lo que el Código regula: un juicio contradictorio similar al común y con las mismas garantías, en el cual pueda defenderse el afectado –y cuando él está inhabilitado, su curador–, con la asistencia técnica de un defensor.

Las medidas de seguridad y corrección no dependen, únicamente de la comprobación de un estadio especial del afectado por ellas, sino también de una gran cantidad de condiciones, idénticas parcialmente a las que se requieren para imponer una pena al culpable (hecho típico, antijurídico y punible).

En la ejecución penal se incorporan otras reglas tendientes también a proteger a quien sufre una medida ya decidida.

El juicio de menores no contiene diferencias notables en comparación con la legislación actual y con el procedimiento común de este Código, pues respeta la legislación sustantiva sobre la materia, en especial, la cesura obligatoria del debate entre la cuestión de culpabilidad y la de la pena (un año después del tratamiento tutelar). Empero, la novedad reside en la creación de un Tribunal Tutelar único, cuya tarea consiste en llevar a cabo el procedimiento tutelar, en decidir acerca de la cuestión sobre la pena y en ejecutar su propia decisión, cuando aplica una pena o medida tutelar.

El juicio por delito de acción privada es idéntico al de la legislación argentina moderna. Aquí desaparece la instrucción preliminar, pues el procedimiento preparatorio queda a cargo de la persona privada, legítima para perseguir penalmente, quien, si precisa auxilio judicial en esa tarea, puede abrir una pequeña investigación previa ante el mismo tribunal de juicio (art. 376).

El juicio, sí que se reduce, prácticamente, todo el procedimiento, posee las mismas características del común (regla de remisión art. 380), ocupando el querellante exclusivo la posición que en este último ocupa el ministerio público, con pequeñas excepciones debidas a su naturaleza privada (p. ej.: limitación de la publicidad para el adulterio).

## V. LA EJECUCIÓN PENAL

La regulación que se propone tiene como límite el sistema concreto de penas del Código Penal argentino, que no ha variado fundamentalmente desde su origen (1921). Ese sistema de penas no se adecua al desarrollo propuesto por la política criminal actual. En especial, las alternativas a la pena privativa de libertad son más que escasas y las penas no privativas de libertad carecen de importancia práctica, según una apreciación generalizante. La multa, por ejemplo, acosada por, la desvalorización del signo monetario y por la falta de incorporación de sistemas modernos sobre la pena pecuniaria (días multa), padece como una pena menor e insustancial dentro del sistema; la inhabilitación es discutible como pena y mejor concebible como medida de seguridad y corrección; se carece de otros sustitutos de la pena privativa de libertad, etcétera.

De todos modos, la regulación que se propone se adapta al sistema de penas vigentes. La ley procesal actual, al contrario, se aparta de manera ostensible de ese sistema –por su antigüedad–, dedicando la mayoría de sus reglas a penas inexistentes y no acometiendo la disciplina del proceso ejecutivo de las vigentes. Esta situación, increíble pero real, se corrige totalmente en la ley proyectada.

La innovación más importante consiste en el control judicial efectivo sobre la ejecución de penas privativas de libertad y en la creación de un tribunal específico para ello, que quedará delineado definitivamente en la Ley de Organización Judicial. Procesalmente hablando, este tribunal comenzará su labor al quedar ejecutoriada la sentencia y se ocupará de todos los incidentes jurídicos que suscita la ejecución de la pena, en especial la pena privativa de libertad (cómputo, condena condicional: vigilancia y revocación; libertad condicional: vigilancia y revocación, etcétera). Pero, además, es importante destacar que el Tribunal de Ejecución tendrá también a su cargo, sin perjuicio de la función administrativa que supone la ejecución de esta pena, el control general sobre su realización práctica, según se regula en el art. 394, y la asistencia al liberado, incluso en el ámbito de las medidas de coerción procesales.

Debe destacarse también la obligatoriedad de la defensa técnica durante los trámites jurídicos que suscita la ejecución penal. Aunque no se impone al defensor la pesada carga de vigilar permanentemente la ejecución, se exige su intervención cada vez que se provoque un incidente judicial sobre ella y se regula su función específica en ellos.

La libertad condicional recibe un tratamiento ejecutivo más adecuado a la condición de aquel que la merece o la pretende (art. 392). Importante es también el someter las medidas de seguridad y corrección al régimen de control de la ejecución penal y las obligaciones temporales específicas para su control por el tribunal, sobre todo teniendo en cuenta el carácter indeterminado de la principal medida que conoce nuestra ley penal (art. 402).

La ejecución de las sentencias civiles que se obtienen por la vía del procedimiento penal corresponde a los tribunales competentes en esa materia y por la vía del procedimiento específico que determina el CPCyC (art. 403).

Ya no existe el fundamento –economía de procedimientos– en el cual reside la atribución de competencia para los tribunales penales.

## VI. COSTAS E INDEMNIZACIONES (LIBRO SEXTO)

Las costas del procedimiento penal no pueden ser resueltas con unas pocas reglas, tomadas del procedimiento civil. En efecto, la regla general, válida para ese procedimiento, "las costas serán a cargo de la parte vencida en el juicio o incidente", y la excepción ya habitual entre nosotros, "cuando... haya podido considerarse, razonablemente, con derecho a litigar" (CPP Nacional, art. 144), tiene enormes dificultades de aplicación en un procedimiento en el cual, por regla, la persecución está en manos de un órgano estatal, el ministerio público, que, para más, está exento naturalmente de cargar con las costas, en virtud del principio de obligatoriedad que rige su actividad.

El título, por esta razón, luego de mejorar el concepto y contenido de lo que se entiende por costas (art. 405), se ocupa casuísticamente de entregar los criterios sobre la base de los cuales los tribunales decidirán sobre las costas.

Otras novedades de importancia son:

- a) la imposición de costas al Tesoro estatal, en aquellos casos en los que resulta valorativamente injusto que cargue con ellas el imputado (arts. 407, 403 y 417 con excepciones, y 409 como excepción);
- b) la imposición de costas al denunciante, en caso de denuncia falsa o temeraria que provocó la persecución penal (art. 410);
- c) los criterios para distribuir porcentualmente las costas, cuando el caso lo requiere (art. 416); y
- d) el procedimiento de liquidación (art. 419).

Es usual, y no solo en la legislación argentina, que el Estado anticipe los gastos del imputado: la regla así enunciada se completa en el Proyecto con otras que, a más de ampliar los casos en los cuales el Estado anticipa los gastos (beneficios de litigar sin gastos, acción civil delegada), resuelve quién los anticipa, precisamente cuando no está obligado el Estado (art. 420).

El título II, a pesar de su brevedad, resulta de una importancia capital, pues regula la indemnización debida al imputado en los casos de error judicial (recurso de revisión) y en los de privación de libertad procesal sufrida injustamente.

Nos hemos decidido por un sistema tasado para no agravar la responsabilidad del Estado, pero con la importante aclaración de que el reo, que pretende haber sufrido daños mayores, puede reclamar una reparación mayor ante los tribunales competentes, renunciando al camino más simple de la reparación tasada (art. 423).

No solo el Estado responde por esta obligación, pero el responde en primer lugar y puede repetir de aquel interviniente determinado por el tribunal en la decisión (art. 424). Por supuesto, la reparación no procede cuando la injusticia deriva de la aplicación de una ley posterior más benigna (art. 425), durante el procedimiento o como consecuencia de una revisión.

## VII. PRESENTACIÓN

Al texto del Código le hemos adicionado notas aclaratorias de las fuentes legislativas de cada artículo. El criterio utilizado es el siguiente: la fuente principal del Proyecto es el Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba; ello se debe, fundamentalmente, a que su sanción inaugura la incorporación decisiva de nuestro país a la legislación procesal moderna, a que constituye una ley de enorme valor técnico y a que, incluso, ha extendido su influencia por fuera de las fronteras nacionales, al ser postulada como modelo de la transformación latinoamericana en la materia y haber presidido ya la transformación cierta de la administración de justicia penal de la hermana República de Costa Rica.

Se ha mencionado el Proyecto Antelo, a pesar de su mala fortuna legislativa, porque constituye, a nuestro juicio, el antecedente originario de la actual legislación moderna y una obra notable que procura superar el oscurantismo que, en nuestro país, aún gobierna parcialmente en esta materia.

Se ha prescindido de la mención de todos los demás códigos provinciales que siguieron la regla o el principio político a que alude la fuente, salvo cuando ellos introdujeron una solución novedosa que se recepta en la regla proyectada.

También ha sido fuente principal de inspiración las *Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal penal* (Bases LA), elaboradas por el profesor Jorge A. Clariá Olmedo, con el auspicio de la OEA.

Asimismo, se cita leyes procesales de España (Ley de Enjuiciamiento Criminal = LEC), Francia, Italia y Alemania Federal (Ordenanza Procesal

Penal = OPP; Ley de Organización Judicial = LOJ), principales fuentes extra-continenciales del Proyecto.

Por último, en materia relativa a los derechos fundamentales y a los principios políticos básicos se cita las principales declaraciones y pactos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU = DUDH; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OEA = DADyDH; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales = Convenio Europeo de Derechos Humanos = CEDH; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU = PIDCyP; Convención Americana sobre Derechos Humanos = Pacto San José de Costa Rica = CADH).

Se aclara que, cuando la regla proyectada sigue al antecedente, pero contiene alguna innovación importante, a la cita se la indica como modificada (mod.).

## VIII. LA EFICACIA DEL PROYECTO

Sería ilusorio pensar que la vigencia del Código Procesal Penal que se presenta constituye un remedio universal para los males de nuestra administración de justicia penal.

En nuestra situación, el Código representa el núcleo a partir del cual se pueden transformar prácticas obsoletas y viciadas sobre el ejercicio del poder penal del Estado. Es deseable una reforma general del sistema penal de nuestro país que abarque todas sus dimensiones (derecho penal sustantivo, sobre todo su sistema de reacciones penales, procesal penal y ejecución penal; desde el punto de vista institucional: policía, justicia y órganos de la ejecución penal), acorde con una política criminal coherente y moderna. Sin embargo, resultan suficientes –y necesarias–, para que el proyecto que se presenta rinda sus frutos iniciales y evidencie su eficacia, algunas reformas parciales indispensables que, a continuación, delineamos en sus principios fundamentales:

a) según se ha señalado reiteradamente, ningún sistema penal procesa todos los casos que se producen en una sociedad; por el contrario, las estadísticas universales y nacionales demuestran la escasa cantidad de casos que solucionan los diversos sistemas. Nuestro derecho se aferra todavía al llamado "principio de legalidad", que pretende perseguir todas las acciones punibles, según una regla general de obligación.

Pese a ello, en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado. De allí que sea necesario introducir criterios que permitan conducir esta selección de casos razonablemente y conforme a decisiones políticas convenientes. Ello significa modificar, en parte, el sistema de ejercicio de las acciones del Código Penal, tolerando excepciones a la "legalidad", con criterios de "oportunidad", legislativamente orientados.

Además, uno de los instrumentos probados como eficaz en el derecho comparado es la llamada *probation* o "suspensión del proceso a prueba", que permite prescindir de la persecución penal íntegra, en aquellos casos en los que no se vislumbra como aconsejable la aplicación final de una pena efectiva. Esta herramienta, a la par de constituir, junto con otras, la forma de diversificar los modos de solucionar ciertos conflictos sociales para los que hoy se receta una pena, constituye una de las piezas indispensables para descargar la administración de justicia de aquellos casos de menor importancia, prescindibles según las valoraciones sociales, con el fin de ingresar al sistema aquellos que, sin duda, deben ser procesados por él.

La realidad del Código Procesal Penal vigente, operando al revés de lo aquí propuesto, demuestra los efectos negativos del régimen actual;

b) el Proyecto supone una nueva organización judicial. Sus principios fundamentales tenderán a superar la burocratización de los órganos de administración de justicia y de persecución penal, a remover la rutina que hoy los paraliza y a apoyar los esfuerzos del Código por evitar la delegación de funciones judiciales en empleados administrativos, hipocresía que ha gobernado siempre nuestra administración de justicia, aspecto que, en definitiva, transforma en letra muerta los principios fundamentales de nuestra legislación penal.

En apretada síntesis, no solo se han expuesto los fundamentos de la legislación que se propone, sino, antes bien, las metas políticas que debemos alcanzar, no otras que las ya delineadas desde nuestra organización nacional.

No se debe ignorar que las normas por si solas no operan ningún cambio, aunque sean indispensables para ello; será la inteligencia y la buena voluntad de los hombres encargados de aplicarlas, las únicas armas que permitirán recuperar la República.