

# GENERALIDADES DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL Y SUS ÓRGANOS DE ACUSACIÓN EN ARGENTINA

Pedro J. BERTOLINO

## 1. Premisas

### 1.1. *Parámetros mínimos*

1.1.1. *El sistema y los problemas.* Atendiendo a la *naturaleza* (sintético-informativa) y *destinación* (delegados de diversos países) de este relato nacional, estableceremos algunas premisas que estimamos convenientes —si no necesarias— para la comprensión más acabada por parte de quienes tengan acceso a él.

Efectuaremos, ante todo, una reseña *del régimen vigente hoy día* en Argentina sobre el enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación. Ocupará nuestra preferente atención, entonces, el *costado sistemático* de los puntos tratados, pero cuando ello nos parezca aconsejable, repararemos también sobre la aparición de *cuestiones problemáticas*, al menos las de mayor incidencia en el funcionamiento del proceso penal argentino en la actualidad.

Pensamos que, desde el ángulo del sistema, bien se pueden orientar las apropiadas construcciones dogmáticas procesal-penales requeridas por el ordenamiento que nos ocupa; y, desde el enfoque problemático, creemos que centrar el proceso penal en esta coordenada podrá ayudar a esclarecer y determinar mejor las diversas cuestiones mostradas por las coyunturas histórico-sociales en las cuales aquel ordenamiento opera.<sup>1</sup>

1.1.2. *Criterio expositivo.* Al menos dos circunstancias restringirán, inevitablemente, este relato nacional, condicionándolo por lo tanto: en primer

<sup>1</sup> Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1968, p. 95.

lugar, por las características vastas y complejas del régimen jurídico argentino, las cuales aconsejan, en todo caso, recurrir a un “muestreo” de conjunto (*infra*, 1.2.); y, en segundo término, por la limitación en cuanto a la extensión del propio relato, sugerida por los distinguidos relatores generales, a quienes, por lo demás, seguiremos puntualmente en la formulación de los temas y subtemas por ellos indicada.

Los precitados condicionamientos hacen que el criterio expositivo que adoptaremos aquí se dirigirá, más que otra cosa, a enunciar asuntos que mostrarán, tan sólo, las “puntas de los *icebergs*”, y de ellas, por cierto, veremos las más *recientes* en el tiempo o las más *novedosas* en la sustancia, asumiendo, claro está, los riesgos que toda selección conlleva. Por otra parte, en virtud de la textualización del tema propuesto, procuraremos orientar el relato —claro está, cuando las cuestiones lo demanden— hacia las vinculaciones observables de los asuntos tratados con los órganos de acusación.

Finalmente, si bien nos esforzaremos por situarnos dentro de la mayor objetividad posible en los desarrollos de los asuntos abordados, al concluir este relato ensayaremos algunas consideraciones finales apreciativas sobre las implicaciones actuales y futuras de aquellos asuntos, en cuyas consideraciones, sin duda, no estará ausente la subjetividad de quien esto escribe.

## 1.2. *El sistema jurídico-político argentino en general*

1.2.1. *El ordenamiento constitucional.* Argentina ha adoptado, para girarse como comunidad jurídico-política, el régimen *representativo, republicano y federal* según lo dispone el artículo 1 de la Constitución de la Nación (en adelante, Const. N.A.). Tal sistema de gobierno reconoce, en cuanto federal, la existencia de estados locales, denominados “*provincias*”, que, a su vez, dictan sus propias constituciones, que deben estar en armonía básica con la nacional (artículos 5 y 123, *ibid.*).

En la Const. N.A. se hallan consagrados los derechos y garantías fundamentales de las personas (artículos 1 a 43), como así, expresamente, luego de la reforma del año 1994, en dicha Carta se establece la vigencia interna de varios ordenamientos supranacionales vinculados a esos derechos y garantías a las que reafirman y, si cabe, amplían (artículo 75, inciso 22) (*infra* 2.2.1.).

Sin duda, todo este horizonte garantizador resulta fundamental en la impronta de la *dimensión normológica* del enjuiciamiento penal argentino, a lo que debemos añadir que las constituciones provinciales avanzan

en detalle, conteniendo un buen número de preceptos referidos a instituciones específicas de dicho enjuiciamiento (por ejemplo, excarcelación, detención, garantías del domicilio y papeles privados, *habeas corpus*, defensa técnica, etcétera.).

1.2.2. *El derecho penal de fondo.* En el país existe un único digesto penal de fondo: el Código Penal de la Nación Argentina (ley 11.179, de 1921 y sus posteriores modificaciones) (en adelante, C.P.).

Este ordenamiento de fondo se integra, a su vez, con diversas leyes complementarias (por ejemplo, entre otras muchas, sobre “Régimen penal tributario”, “Estupefacientes”, “Espectáculos deportivos”, etcétera). También se encuentran tipificados delitos en leyes generales (por ejemplo, Código Aeronáutico, Ley de Marcas, Código Aduanero, Ley de Residuos Peligrosos, etcétera).

Pues bien, tal abigarrado conjunto legal es el que establece, obviamente, el catálogo de los delitos y determina las penas correspondientes, elenco al que instrumentalmente sirve, en definitiva, el ordenamiento procesal penal, tanto en sus fases de conocimiento como de ejecución (para esta última, *infra*, 3.4.5.).

1.2.3. *La legislación procesal penal.* De la organización federal del Estado nacional se desprende una consecuencia capital: *se da un doble campo de legislación procesal penal*, a saber: de una parte, el *nacional o federal* (artículo 75, inciso 12, Const. N.A.) y, de otra, el *provincial o local* (artículo 121 y ss., Const. N.A.).

De dicha dualidad deriva, como consecuencia, el dictado correlativo de los códigos de procedimientos. Así, tenemos el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), que comenzó a regir en 1992, (en adelante C.P.P. Nación), por un lado, y *un código de la materia por cada provincia*, por el otro (en adelante, según la abreviatura C.P.P. seguida del nombre de la provincia de que se trate).

1.2.4. *La organización judicial.* Se establece, como complemento institucional-funcional, también correlativo, la organización de la justicia penal: una *justicia federal* o nacional cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante C.S.J.N.) y una *justicia provincial* o local (artículos 108 y 122, respectivamente, Const. N.A.).

Con respecto a los códigos de rito (en nuestro caso, de la materia procesal penal), cada una de las administraciones de justicia (nacionales o provinciales) —llamadas genéricamente *Poderes Judiciales*— aplica su propia legislación; pero con respecto al C.P., este cuerpo es aplicado por los tribunales *según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones* (artículo 75, inciso 12, Const. N.A.).

Como órganos judiciales específicos novedosos (al menos, para el ordenamiento argentino), desde 1992 funciona para la justicia federal o nacional, la Cámara Nacional de Casación Penal (ley 24.050; en adelante C.N.C.P.) y para la de la Provincia de Buenos Aires, desde 1997 actúa el Tribunal de Casación Penal (ley provincial 11.982; en adelante T.C.P.B.A.), órganos encargados, desde luego, de las funciones casatorias (de fondo y de forma). En el resto de las provincias, la casación penal la efectúan los respectivos *Superiores Tribunales* o *Supremas Cortes* locales (para la casación constitucional, *infra*, 3.4.4.).

## 2. Principios del sistema procesal penal argentino

### 2.1. Régimen constitucional del enjuiciamiento

2.1.1. *El problema del “modelo constitucional”*. Ha resultado recurrente en Argentina el preguntarse cuál ha sido el “modelo” de proceso penal delineado por el legislador constituyente, a cuyo respecto se ha discurrido sólitamente según el encuadramiento de los clásicos sistemas “inquisitivo”, “acusatorio” y “mixto”.<sup>2</sup>

Precisamente, con sustento analógico en el juicio político previsto para los integrantes de las más altas magistraturas, establecido en la Const. N.A. (artículos 53, 59 y 60), instituto que se configura con *un órgano acusador* (la Cámara de Diputados) y *uno de juicio* (la Cámara de Senadores), se ha entendido en general como “acusatorio” el “modelo” constitucional estatuído para el enjuiciamiento penal, especialmente en cuanto es característico del referido sistema acusatorio *diferenciar órganos y funciones esenciales* en su estructura y funcionamiento.

<sup>2</sup> Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2000, pp. 3 y ss.

2.1.2. *La ideología subyacente.* Pero más allá del antedicho modo de entender la cuestión sobre el “modelo”, cabe poner de relieve que la Const. N.A., en su versión originaria (1853-1860) consagra la adopción definitiva de la *ideología liberal y republicana* para el *ejercicio del poder estatal*, a la cual se le ha adjudicado gran influencia en el derecho procesal penal.<sup>3</sup>

Es así como, en este registro político-jurídico, sin esfuerzo pueden insertarse las categorías fundantes y englobantes a la vez del “*juicio previo*” (artículo 18, Const. N.A.) y “*debido proceso legal*” (artículo 33, *ibid.*), de trato habitual en la experiencia procesal penal argentina.

Sobre este último particular corresponde subrayar que la C.S.J.N., reiteradamente viene sosteniendo que el precitado artículo 18, Const. N.A., “exige las formas sustanciales del juicio relativas a la *acusación*, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales” (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre otros muchos) (las cursivas son nuestras para destacar la relación con los “órganos de la acusación”).

2.1.3. *Contenido.* De no menor influencia para el enjuiciamiento penal en el país ha sido la reforma de la Const. N.A. en 1994, cuyo artículo 75, inciso 22, como ya lo hemos dicho, incorporó, con jerarquía constitucional y como complementarios de los derechos y garantías de la propia Carta nacional diversos textos internacionales, entre los que destacan, agregamos ahora: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Conjugando las referidas bases normativas —la constitucional propiamente dicha y la “constitucionalizada” a través de los textos internacionales— puede sostenerse que el “modelo” constitucional argentino de proceso penal, concebido según el esquema acusatorio antes dicho (*supra*, 2.1.1.), *contiene* y sin mengua de otros, *estos principios fundamentales*: exigencia de un órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial; derecho a ser oído por un tribunal; juez natural; estado de inocencia; publicidad del proceso; defensa integral; comunicación de la acusación; derecho

<sup>3</sup> Maier, Julio J. B., *Derecho procesal penal*, I. Fundamentos, 2a. ed., Buenos Aires, Del Puerto, 1999, p. 399.

al silencio; derecho a recurrir de la condena; garantía del “*ne bis in idem*” y tramitación de los procedimientos en un “plazo razonable”.<sup>4</sup>

2.1.4. *El juicio por jurados*. En el ámbito del “modelo” constitucional al que nos estamos refiriendo, cobra particular relevancia el tema del “juicio por jurados”, cuyas disposiciones al respecto son más que claras en la Const. N.A. En efecto, su artículo 24 dispone: “El Congreso promoverá (*omissis*) el establecimiento del juicio por jurados” y su artículo 118 estatuye “Todos los juicios ordinarios (*omissis*) se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución”.

Se hallan hoy en Argentina —pese a tan categórico mandato— sólo algunas pocas concreciones del juicio por jurados: el C.P.P. Córdoba, de 1995 (la *Constitución de esa provincia prevé* en su artículo 162 que la ley puede determinar la integración de los tribunales colegiados con jurados) establece, para delitos graves (penas de quince años o más de privación de libertad) la integración del tribunal técnico con dos jurados, siempre que lo pidan el Ministerio Público, el querellante o el imputado (artículo 369 y ss.) y el recientemente legislado C.P.P. Chubut de 2000, obra del jurista Julio B. J. Maier, estatuye un entero régimen de “Tribunal con jurados” (artículo 56) y también un procedimiento de “Juicio por jurados”, propiamente dicho (artículos 14 y 56/65).

## 2.2. Conexiones

2.2.1. *Con el sistema jurídico-político*. En lo fundamental, debe marcarse la conexión del enjuiciamiento penal con el régimen “*republicano*” que, como vimos, ha adoptado Argentina como forma de gobierno (*supra* 1.2.1.).

En efecto, las líneas primordiales de conexión —pero, por cierto, no las únicas— están dadas con la problemática del juicio por jurados, incuestionablemente de neto corte “*republicano*”, (*supra* 2.1.3) y con el tipo y alcance de la persecución penal estatal, también de aquella naturaleza jurídico-política (*infra* 2.3.4).

Pero la más fuerte conexión se da con la efectiva vigencia de las funciones democráticas del Estado de derecho (tanto nacional como provincia-

<sup>4</sup> Bertolino, Pedro J., “Sobre el derecho al proceso penal como derecho humano”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1998, p. 59.

les) en cuanto éste no sólo “debe” al ciudadano un proceso penal, sino que asimismo ese “*debitum*” incluye el ser tramitado dicho proceso con todas las garantías (artículos 18, 33, 75, inciso 22 y ss., Const. N.A.) (*supra* 2.1.2.).

2.2.2. *Con el sistema penal.* La conexión con el sistema penal se muestra con un inocultable carácter problemático en Argentina. Es que, dada la unidad de la legislación de fondo y la pluralidad de la de forma (*supra* 1.2.2. y 1.2.3.) se produce *en los hechos*, además de por la heterogeneidad antes apuntada, por vía de la interpretación y aplicación efectuadas por los órganos locales (*supra* 1.2.4.), *la existencia impropia o espuria de “más de un C.P.”*, cuando en realidad éste es *sólo uno*, como ya vimos. Sobre este particular es necesario reparar en que la casación nacional (*supra* 1.2.4.) sólo alcanza a las decisiones de la justicia de dicho carácter nacional, con lo cual más que una buena parte del problema permanece subsistente.

Aunque también pueden señalarse algunos contactos sistemáticos: por ejemplo, la *ley nacional 24.316*, de 1994 incorporó al C.P. el instituto de la “*suspensión del juicio a prueba*” (Título XII del Libro Primero, artículos 76 bis, 76, *ter* y 76 *quater*) reglamentado luego en los códigos de forma (por ejemplo, por todos, C.P.P. Mendoza, de 1999, artículos 30 a 32) y, como veremos, el *sistema de persecución* y el *ejercicio de la acción penales* están sustentados —por lo pronto para la mayoría de la doctrina— en la legislación de fondo (*infra* 2.3.4. y 2.3.2, respectivamente).

### 2.3. Principios políticos y técnicos

2.3.1. *Función del proceso.* Tradicionalmente se ha sostenido en Argentina que el proceso penal debe tender al descubrimiento de la verdad y a la actuación concreta de la ley penal;<sup>5</sup> y más modernamente, se ha sostenido que el referido enjuiciamiento debe apuntar a la realización del derecho penal de fondo, a la protección personal y a la recomposición de la paz y seguridad jurídicas.<sup>6</sup>

En último grado, se puede colegir de tales afirmaciones que, la del proceso penal, es una *función instrumental*, primordialmente y por propia na-

<sup>5</sup> Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Lerner, 1969, t. II, pp. 124 y 125.

<sup>6</sup> Maier, Julio J. B., *Derecho procesal penal*, *cit.*, nota 3, p. 84.

turalidad; es decir, la de “servir” formal y útilmente al derecho sustantivo o de fondo. De cualquier manera, conviene no perder de vista que, en orden a los derechos humanos a garantizar, las normas procesal-penales son incuestionablemente “*formas con contenido*”, y ello hace también a la función del proceso, en este caso visto, sobre todo, desde el ángulo constitucional (*supra*, acápite 2.1.).

2.3.2. *Legalidad y oportunidad*. El sistema penal argentino está, en lo general, *regido por el principio de legalidad*, entendido como la obligación de los órganos de la persecución penal de promover la investigación frente a la noticia de la presunta comisión de un delito.<sup>7</sup>

Una significativa tendencia doctrinal y legal, sin embargo, viene *propugnando el establecimiento del principio de oportunidad*, pensado ante todo —si bien en este punto no unánimemente— *como complementario del de legalidad*. Para esta postura el régimen del ejercicio de la acción penal, antes bien, es resorte de las provincias —*códigos procesales*— y no de la nación —C.P.— como se ha venido sustentando desde antiguo en el país.

En dicha línea de admisión de la oportunidad pueden citarse los actuales *Proyectos de C.P.P. Neuquén* (artículos 37 a 39) y de la *Provincia de Buenos Aires*, en ésta mediante una ley de reforma a su código, a la fecha con estado parlamentario. En lo ya legislado, se encuentra el C.P.P. Mendoza, de 1999, cuya oportunidad la expresa en estas hipótesis: lesión insignificante, solución del conflicto, juicio abreviado, suspensión del juicio a prueba y arrepentido (*cf.* Exposición de Motivos).

Debemos señalar asimismo que, en setiembre de 2002 se realizó en la ciudad de La Plata (Argentina) un importante “*Congreso internacional sobre el principio de oportunidad en materia penal*” que estableció una serie de conclusiones, dentro de las cuales, entresacamos *las más relacionadas con los órganos de la acusación*, a saber: “El principio de legalidad es, en la realidad, una ficción porque el sistema penal no da respuesta a todos los conflictos, existiendo por lo tanto una selección arbitraria, por lo que el principio de oportunidad resulta un criterio razonable de selección”;

<sup>7</sup> Guariglia, Fabricio y Bertoni, Eduardo, “Informe sobre Argentina”, *Las reformas procesales en América Latina*, Buenos Aires, Maier-Ambos-Woischnik-Ad-Hoc, 2000, p. 36.

“El principio de legalidad se corresponde con un sistema inquisitivo, mientras que el principio de oportunidad se corresponde con un sistema acusatorio”; y “Para que rija (el principio de oportunidad), resulta indispensable la vigencia del acusatorio, el reconocimiento y respecto del rol de la víctima y la devolución del conflicto penal a los actores del mismo. Se recomienda, al respecto, la actuación de un Ministerio Público Fiscal independiente”.

2.3.3. *Equilibrio entre partes*. Algunos nuevos códigos argentinos se enrolan en lo que denominan expresamente “*proceso de partes*” (por ejemplo, C.P.P. Buenos Aires, Nota de Elevación). Esta aplicación puede originar, entre diversas consecuencias del propio sistema, el problema del posible desequilibrio entre acusación y defensa; o sea, entre los intereses *públicos* y *particulares*; y sin dejar tampoco a un lado los *sociales* (por ejemplo, *infra* 2.3.10) (Bertolino, *Proceso penal*, pp. 73 y ss.).

En sustancia, tal problematicidad pensamos bien se puede reconducir al terreno del llamado principio de la “*igualdad de armas*”. En el enjuiciamiento penal argentino se ha querido derivar este principio de la idea del “debido proceso” (*supra* 2.1.2.), habiéndoselo conectado —y allí reside quizá el mayor interés para este relato, atendiendo al papel de los “órganos de la acusación”— con la igualdad de posibilidades para estar presente durante la audiencia de debate; con el derecho a proponer y controlar pruebas; con los principios de publicidad, oralidad e inmediatez y con la identidad reservada de los testigos.<sup>8</sup>

2.3.4. *Persecución*. La persecución penal, en el sistema argentino es, como regla, de *carácter público*, es decir, *está a cargo del Estado*, por de pronto, para la gran mayoría de los casos ocurrentes. La base dogmática al respecto está dada por el artículo 71 del C.P., en cuanto éste establece que *deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales: delitos públicos*.

Sin embargo, el mismo C.P. reconoce delitos que requieren de una autorización inicial del afectado para que la persecución penal comience: *delitos dependientes de instancia privada* (por ejemplo, violaciones, lesiones

<sup>8</sup> García, Luis M., “El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos”, *Prudentia iuris*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, núm. 50, agosto de 1999, pp. 75 y ss.

leves, entre otros); y, finalmente, consagra un elenco de ilícitos que quedan sustraídos a la persecución penal pública: *delitos de acción privada* (calumnias e injurias entre otros) (artículos 71 y 73 del C.P.), en los que sólo el particular afectado se encuentra autorizado a perseguir penalmente al infractor, en el marco de un procedimiento simplificado y regido por la voluntad de los intervinientes, a la manera del procedimiento civil.<sup>9</sup>

Esta tripartición fonal tiene su correlato en los códigos de procedimientos penales, que contemplan las acciones pública, dependiente de instancia privada y privada (C.P.P. Nacional, artículos 5, 6 y 7; C.P.P. Buenos Aires; artículos 6, 7 y 8; C.P.P. Córdoba, artículos 5, 6 y 8). Respecto a la acción pública, los sobredichos digestos establecen que su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los casos expresamente previstos por la ley (*ibid.*).

2.3.5. *La prueba: admisibilidad, eficacia y valoración.* En el derecho procesal penal argentino, la prueba resulta como regla *admisibile* si es *pertinente, idónea y relevante* con respecto al hecho objeto del proceso y sus circunstancias.<sup>10</sup> En este marco de admisibilidad prevalece, en principio, la *libertad probatoria*: todo puede ser probado y por cualquier medio,<sup>11</sup> aunque esta regla no resulta absoluta, ya que existen algunas excepciones (por ejemplo, la prueba de la verdad en la injuria o ciertas limitaciones provenientes de las leyes civiles, entre otras). Mayor interés para este relato ofrece el avisar sobre la problemática de la admisibilidad de ciertos medios probatorios: el denominado “*agente encubierto*” (por ejemplo, ley de estupefacientes; artículos 31 bis de la ley nacional núm. 24.424 que reformó la núm. 23.737) o los llamados “*arrepentidos*” (C.P.P. Mendoza) y “*denunciantes o testigos de identidad reservada*” (por ejemplo, artículo 59, inciso 2o. del C.P.P. Buenos Aires); en todo caso, es necesario señalar que no es pacífica (siempre en Argentina) la admisión —sin más— de estos medios, cuestionados en ocasiones por la doctrina, básicamente en cuanto a su constitucionalidad (*infra* 3.4.4.), en vista especialmente a su efectiva participación y posible confrontación a la hora del debate oral. Por otra parte, en esta línea de reflexión sobre la admisibilidad de la prue-

<sup>9</sup> Guariglia y Bertoni, *Las reformas...*, *cit.*, nota 7, p. 35.

<sup>10</sup> D’Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, anotado, concordado, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5a. ed., 2002, p. 460.

<sup>11</sup> Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, *cit.*, nota 2, p. 29.

ba cabe citar el artículo 148 del C.P.P. Chubut de 2000, en cuanto dispone: “Son inadmisibles como medios de prueba aquellos que la ley prohíbe expresamente por su modo de realización o que suprimen derechos y garantías individuales de la Constitución Provincial o Nacional, reglamentadas en este Código, tales como la tortura o las declaraciones coactas, la indebida intromisión en la intimidad de la persona, del domicilio, de la correspondencia, de las comunicaciones, de los papeles y de los archivos privados”.

En punto a la *eficacia* de la prueba, el problema neurálgico resulta paradójico: podemos decir que se manifiesta más bien en orden al discurso jurídico sobre su “ineficacia”. En este sentido, es profusa la aplicación en Argentina de la teoría de la “*prueba ilícita*” (con el complemento de los “*frutos del árbol envenenado*”) mediante la cual se declara carente de eficacia la prueba obtenida a partir de la violación de las garantías constitucionales. Esta teoría fue admitida originariamente por la S.C.J.N. en relevantes casos (“*Charles Hermanos*”, de 1891 como antecedente remoto y los actuales —han seguido otros— “*Montenegro*”, de 1981, “*Fiorentino*”, de 1985 y “*Rayford*”, de 1986) (la admiten también los tribunales inferiores de todo el país);<sup>12</sup> habiendo sido legislada, luego, por algunos ordenamientos provinciales, de los cuales tomamos como ejemplo el C.P.P. Córdoba, de 1992, cuyo artículo 194 dispone: “*Exclusiones probatorias*. Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren las garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella”.

Con relación a los *sistemas de valoración* de la prueba prevalece en la legislación argentina el sistema de la *sana crítica o sana crítica racional* (por ejemplo, C.P.P. Córdoba, artículo 193, por todos) que se ha entendido por la doctrina como incluyendo elementos lógicos y de experiencia. Especial referencia merece el sistema adoptado por el C.P.P. Buenos Aires: el de la “*convicción sincera*” (artículos 210 y 373 del nuevo código, que repite el anterior, obra del insigne jurista vernáculo Tomás Jofré), el cual muestra esta cadencia estructural: las razones son las que llevan a la convicción, a través de la cual se obtiene la verdad de los hechos, convicción

<sup>12</sup> Carrió, Alejandro D., *Justicia criminal*, Buenos Aires, Lerner, 1986, pp. 74 y ss.

que debe ser sincera, es decir, requiere del juzgador pronunciarse totalmente y sin fingimientos.<sup>13</sup>

Por último, considerando los “órganos de acusación”, si bien se ha entendido en Argentina habitualmente que a la acusación, como carga, la “incumbe la prueba de la culpabilidad del acusado” (esta es la textualización del artículo 367 del C.P.P. Buenos Aires, por ejemplo) reciente y valiosa doctrina sostiene que, en rigor, el Ministerio Fiscal lo que tiene es “... la *responsabilidad* (no la carga) de procurar la prueba sobre los extremos de la imputación delictiva”.<sup>14</sup>

2.3.6. *Defensa*. La norma principal fundante en lo referente al derecho de defensa en el proceso —en nuestro caso, penal— es la contenida en el texto del artículo 18 de la Const. N.A. que edicta: “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Desde luego *los textos internacionales* constitucionalizados (*supra* 2.1.1.) también consagran y garantizan este derecho profusamente.

Por cierto, *las Constituciones locales* también reafirman el derecho de defensa en plenitud (por ejemplo, por todas las provinciales, la Const. Tierra del Fuego, artículo 35, que asegura este derecho “...desde el primer momento de la persecución penal, aun a cargo del Estado” agregando esta precisión: “Carece de todo valor probatorio la declaración del procesado prestada sin la presencia de su defensor”).

De su lado, todos los códigos de procedimientos argentinos hacen cierto, regulándolo en detalle, este visceral derecho en el enjuiciamiento penal (por ejemplo, también por todos los vigentes, C.P.P. Tucumán, de 1991, artículos 118 a 127 inclusive), no realizando otra cosa, en definitiva, que reglamentar el derecho constitucional, el cual, por lo demás, nunca podrá ser alterado por dicha reglamentación (artículo 28, Const. N.A.).

2.3.7. *Inmediación*. En sentido lato, la inmediación se halla receptada normológicamente en Argentina, en tanto se trata de un principio operante

<sup>13</sup> Bertolino, Pedro Juan, “La ‘convicción sincera’ como regla para la valoración de la prueba en los juicios penales”, en varios autores, *La Prueba. Homenaje a Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Universidad Libre, 2002, pp. 265 y ss.

<sup>14</sup> Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, cit., nota 2, p. 38.

en la oralidad, que es el método de enjuiciamiento penal adoptado como regla en el país (*infra* 2.3.8).

Este principio, como es notorio, implica que el juez y los intervinientes en el debate oral deben estar en contacto entre sí y con las pruebas. En cuanto a lo primero, el órgano de la acusación deberá estar presente en la audiencia, con carácter obligatorio (por ejemplo, artículo 368 del C.P.P. Nación); en cuanto a lo segundo, para el sistema de enjuiciamiento argentino el principio se conecta significativamente con los institutos de la “*prueba anticipada*” (“actos definitivos e irreproducibles”, en el lenguaje habitual en Argentina; por ejemplo, artículo 146 del C.P.P. Chubut, de 2000) y con la posibilidad de incorporar prueba “*por lectura*” en la etapa de juicio (por ejemplo, artículo 366, C.P.P. Buenos Aires), ambos supuestos que han dado lugar, en la experiencia jurídica, a no pocas dificultades teórico-prácticas en cuanto a su funcionamiento, en orden a la intervención de las partes (la prueba anticipada) y en razón de la posibilidad de ser violadas garantías constitucionales (en la incorporación por lectura; por ejemplo, derecho a interrogar a testigos o peritos).

2.3.8. *Oralidad*. El eje central de la amplia reforma de los ordenamientos procesal-penales de Argentina (*infra*, acápite 4.1.) ha sido la implantación del *método oral para todos los casos*, dejándose así a un lado el sistema escriturístico, que fuera tradicional sobre todo en el ordenamiento nacional, si bien el juicio oral era optativo en ciertos casos desde 1915 en la Provincia de Buenos Aires y estuvo implantado en la de Córdoba desde 1940.

Al margen de los aspectos dogmáticos de detalle de este tipo de método de enjuiciamiento, cabe sólo subrayar (claro está, dentro de los acotados límites de este relato: *supra* 1.1.2.) que la buena doctrina en Argentina sostiene que la oralidad, en sí misma, *viene también exigida por el modelo o programa constitucional*.<sup>15</sup>

Por lo demás, en lo puramente técnico-legislativo, los códigos vigentes que textualizan preceptivamente el método oral para el debate, *conminan con sanción de nulidad* el incumplimiento de lo así preceptuado (por ejemplo, por todos, artículo 363, C.P.P. Nación), reforzándose con esto el carácter determinante que para el sistema de enjuiciamiento tiene la oralidad.

<sup>15</sup> Maier, Julio J. B., *Derecho procesal penal, cit.*, nota 3, pp. 647 y ss.

Más aún: en “*clave de oralidad*” corresponde sean entendidos todos y cada uno de los elementos estructurales del actual sistema argentino.

2.3.9. *Celeridad*. En Argentina, el problema de la celeridad —mejor, de la “excesiva duración”— del enjuiciamiento (en realidad, del “procedimiento”) penal ha transitado por el carril de la especie “*plazo razonable*” que, como ya vimos, hace a la sustancia del “modelo” constitucional (*supra* 2.1.1.).

De los tratados constitucionalizados se recurre, sólitamente, al denominado *Pacto de San José de Costa Rica*, cuyo artículo 7 inciso 5 establece el “... derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable...”. *Las constituciones provinciales* también se ocupan del tema, fijando límites temporales (por ejemplo, Const. Buenos Aires, artículo 15, el cual dispone: “Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas constituyen falta grave”).

Por su lado, *los códigos de la materia* resuelven el punto mediante dos técnicas legislativas distintas: a) reproduciendo el sobredicho estándar, sin fijar plazo (por ejemplo, C.P.P. Buenos Aires, artículo 2, que sigue la precitada norma constitucional provincial); o b) fijando un plazo de duración del proceso, con posibilidad de prórroga para supuestos de excepción (por ejemplo, C.P.P. Córdoba, artículo 1 que prescribe un término de dos años).

Es conveniente puntualizar, mirado en este caso el asunto desde la atalaya del “órgano de acusación”, que los nuevos códigos argentinos que encomiendan la práctica de la etapa preparatoria del juicio al Ministerio Público Fiscal establecen acotados —por breves— plazos a su respecto, aunque prorrogables a su pedido para causas que lo justifiquen (por ejemplo, artículo 337, C.P.P. Tucumán: dos meses a contar de la declaración del imputado).

2.3.10. *Publicidad*. Asimismo, la publicidad se encuentra hoy en día normatizada en el sistema argentino de enjuiciamiento penal (por ejemplo, artículo 363, C.P.P. Nación), y ella también integra, como ya dijimos, el “programa constitucional”, incluyendo en tal programa las constituciones provinciales, por ejemplo la Const. de Córdoba, que establece en su artículo 41: “La prueba es pública en todos los juicios...” (*supra* 2.1.1.).

La publicidad está íntimamente ligada a la “oralidad” (*supra* 2.3.8); más aún, puede entenderse que la primera marca un “*prius*” lógico-jurídico

respecto a la segunda;<sup>16</sup> y así parece entenderse también en la primera parte del artículo 28 del C.P.P. Chubut de 2000 en cuanto allí se dice: “*Oralidad*. El debate será oral; de esa forma se producirán las declaraciones del imputado, de los órganos de prueba y la participación de todas las personas que participan en él (*omissis*)”.

Sobre este tópico es necesario precisar que, salvo las clásicas limitaciones por razones de moralidad, orden público o seguridad (por ejemplo, artículo 363 C.P.P. Nación), la publicidad es amplia y total en la *fase de juicio*.

En cuanto a la *etapa preparatoria*, en la mayoría de los códigos es sólo pública para las partes y sus defensores (por ejemplo, por todos, C.P.P. Córdoba, artículo 312), aunque para el C.P.P. Buenos Aires, la publicidad total también alcanza a esta etapa (artículo 280). Por cierto que todos los digestos, fijando plazos y circunstancias estrictas, autorizan decretar el secreto de la antes dicha fase preparatoria.

2.3.11. *Lealtad y probidad*. Estas connotaciones de la actividad procesal han sido, en Argentina, materia de regulación legislativa y de tematización doctrinaria más que nada en el campo del enjuiciamiento civil. Sin embargo, en la legislación procesal penal podemos encontrar algunas normas que asumen y dan respuesta a este particular.

Por ejemplo —y circunscribiéndonos aquí una vez más a la perspectiva del “órgano de acusación”—, el artículo 338 del vigente C.P.P. Buenos Aires, establece que el ocultamiento de prueba a la defensa constituye falta grave para el Ministerio Público y que, si en cualquier etapa del proceso se determinase que el fiscal ha ocultado prueba favorable a la referida defensa, se dispondrá *la nulidad* de lo actuado a partir del acto indebido.

De su lado el artículo 200 del C.P.P. Chubut de 2000 expresamente establece más determinadamente que el acusador público deberá obrar “con absoluta lealtad hacia el acusado y su defensor, hacia el ofendido, aunque no asuma el papel de acusador y hacia los demás intervinientes en el procedimiento”.

2.3.12. *Las soluciones alternativas*. Se observa hoy en el panorama procesal penal de Argentina un variado elenco de instituciones —legisladas

<sup>16</sup> Bertolino, Pedro J., “El proceso oral: sus notas esenciales (Memoria del) Congreso internacional de oralidad en materia penal”, La Plata, octubre de 1995, p. 117.

algunas y en vía de proyectos otras— tendentes a resolver el llamado “conflicto penal” mediante procedimientos alternativos al enjuiciamiento clásico (por corriente).

Para los denominados “delitos de acción privada” (*supra* 2.3.4.), los códigos de procedimientos prevén la posibilidad de una nítida *solución conciliatoria*, justamente en el trámite de la denominada “audiencia de conciliación” (por ejemplo, C.P.P. Nación, artículos 424 y 425; C.P.P. Buenos Aires, artículos 388 y 399; C.P.P. Córdoba, artículos 432 y 434).

En cuanto a la *mediación penal*, existe una fuerte corriente para su implantación en el país, concretándose en diversos proyectos, tanto en la nación como en las provincias. Pero también el instituto ha plasmado en alguna legislación, por ejemplo la experiencia actual en la *Provincia de Buenos Aires* a partir de lo dispuesto en el artículo 86 de su C.P.P. que prevé la solución o morigeración del conflicto cuando interviene la víctima; y la ley 4989 de 2002 de la Provincia del Chaco, que establece un entero régimen de mediación penal, que puede darse tanto en lo prejudicial (artículo 12) como en el proceso propiamente dicho (artículo 15); está basada en la reparación a la víctima o a la comunidad (artículo 2); procede en delitos de no más de seis años de pena privativa de libertad, culposos en general y con penas de multa o inhabilitación (artículo 4); el fiscal puede tener iniciativa (artículo 15); y el acuerdo deberá ser aceptado por el tribunal y una vez cumplido se dispondrá la extinción de la acción penal (artículos 17 y 19) (la vigencia de esta ley se encuentra suspendida por 180 días a partir de septiembre de 2002; ley provincial 5090 del 27/9/2002).

Pero en rigor de verdad, el instituto de mayor trascendencia y más extendida utilización en el enjuiciamiento penal actual en Argentina en punto a imaginar soluciones alternativas es, junto a la “suspensión del juicio a prueba” (*supra* 2.2.2.) el “juicio o proceso o procedimiento abreviado”, regulado prácticamente por la totalidad de los ordenamientos de la materia (por ejemplo, C.P.P. Nación, artículo 431 bis, según ley 24.825; C.P.P. Buenos Aires, artículos 395 a 403; C.P.P. Córdoba, artículo 415; C.P.P. Tierra del Fuego, artículo 324, C.P.P. Misiones, artículos 437 bis y 437 ter, C.P.P. Neuquén, artículos 501 a 504, C.P.P. Santa Cruz, artículos 517 a 518 y C.P.P. Tucumán, artículos 422 bis). A los fines de este relato damos esta síntesis comprensiva (se pueden observar en ellas matices diferenciales) de las regulaciones existentes: a) el núcleo de la abreviación está dado por la supresión de la vista oral propiamente dicha, aunque algún ordenamiento prevé una “audiencia abreviada” “*ad hoc*”; b) el tipo de criminalidad

alcanzada por este medio alternativo varía: delitos “menores” (hasta dos o tres años de pena privativa de libertad prevista) o “medianos” (hasta seis años, *ibidem*) o incluso algún ordenamiento —el más importante, el de *Córdoba*— extiende la procedencia a todo tipo de delitos; c) si bien se prevé, generalmente la “iniciativa” del Ministerio Público Fiscal —es decir del órgano de acusación— para poner en marcha el trámite, no queda excluida la del imputado o su defensor, cuyos consentimientos se exigen expresamente; d) en todos los casos la “última palabra” la tiene el órgano jurisdiccional, que resuelve con la probanzas obtenidas en la etapa preparatoria, sin que le sea dable aplicar una pena mayor que la pedida por el acusador, aunque sí puede absolver; y e) respecto a otros acusadores las leyes son restrictivas, así el C.P.P. Nación prevé sólo la opinión del querrelante (*infra* 3.3.1.) la que no será vinculante y el C.P.P. Buenos Aires establece que el particular damnificado (*infra, ibid.*) no podrá oponerse a la elección del procedimiento de juicio abreviado. Concluyendo esta apretada síntesis digamos que, como subyacentes a todas estas regulaciones, es factible mostrar las siguientes realidades diferenciadas: a) la *abreviación*, que apunta a resolver el problema de la excesiva duración de los procedimientos; b) la *simplificación*, que tiende a alivianar pesadas complejidades estructurales que a menudo se muestran en los ordenamientos de la materia; y c) la *conformidad*, que se dirige a la posibilidad de obtener la solución negociada del conflicto penal y que constituye, desde luego, el perfil más señalado de este tipo de procedimiento como “solución alternativa”.<sup>17</sup>

### 3. Órganos y personas que intervienen en el proceso

#### 3.1. La policía y otras autoridades administrativas

3.1.1. *La policía*. La organización policial, en Argentina, es correlativa a su organización jurídico-política (*supra* 1.2.1.). Por lo tanto, hay una *policía federal* y *tantas policías como provincias existen* (Const. N.A., artículos 75, inciso 30, 116, 117, 121 y 122). Se distinguen, a su respecto, funciones de *prevención* y de *investigación*. Conviene también informar que algunas constituciones provinciales mandan establecer la Policía Judicial (por ejemplo, Const. Buenos Aires, artículo 166).

<sup>17</sup> Bertolino, Pedro J., “Para un encuadre del proceso penal abreviado”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. 1997-IV, p. 789.

Tomando como ejemplo el C.P.P. Nación, la policía está facultada, entre otras funciones, para recibir denuncias, investigar por iniciativa propia los delitos de acción pública, interrogar a testigos (artículos 183, 184 y concordantes). Recientemente, se ha dictado la ley nacional 25.434, de 2001, mediante la cual *se reformó el artículo 184* del referido código, *aumentando las facultades policiales* en esta norma previstas, como las de requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias relevantes para la investigación (información que, sin embargo, no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso) y *se agregó al mismo cuerpo legal el artículo 230 bis*, que autoriza a la policía a efectuar requisas e inspecciones sin orden judicial, ello cuando se den circunstancias que las justifiquen y que se realicen en la vía pública o lugares de acceso público.

Destaquemos que en los nuevos códigos argentinos, que ponen a cargo del Ministerio Público Fiscal la investigación penal preparatoria, la policía queda *bajo la dirección* de aquel órgano (por ejemplo, C.P.P. Córdoba, artículo 71). Pongamos de relieve también que la ley 12.155, de 1998, de “Organización de las policías de la Provincia de Buenos Aires”, legisló con amplitud sobre composición, funciones, organización, dirección y coordinación de la Policía de dicha provincia, a la que dividió en “Policía de seguridad”, “*Policía de investigaciones en función judicial*” y “Policía de seguridad vial”. Conviene puntualizar que, según la directiva del artículo 6 de esta ley, los funcionarios policiales “actuaran conforme a las normas constituciones, legales y reglamentarias vigentes y que su acción deberá adecuarse al principio de razonabilidad evitando todo tipo de actuación abusiva, arbitraria o discriminatoria”.

En cuanto a la jurisprudencia se refiere, hay que señalar la frecuente presencia sociológica del tema de las facultades policiales en el enjuiciamiento penal, si se tiene en cuenta la profusión de fallos que al respecto —y con cierta tendencia a afirmar la validez procesal de tales facultades— viene dictando, por ejemplo, la C.N.C.P. (*supra* 1.2.4.).<sup>18</sup>

3.1.2. *Otras autoridades administrativas.* En el proceso penal argentino “en sentido estricto” (se deja aquí a un lado la actividad administrativa en la ejecución penal, la custodia —también administrativa— de detenidos

<sup>18</sup> Arnaudo, Luis A., *Fallos de la Casación Penal*, Buenos Aires, Di Plácido, núms. 2 y 3, 1999-2001.

procesados y los procedimientos para faltas o contravenciones), salvo la de la policía, a la que ya nos hemos referido, no se observa la intervención generalizada de otras autoridades de naturaleza administrativa.

Sin embargo, algún precepto constitucional de provincias, como el artículo 24 de la Const. de Buenos Aires, faculta a las autoridades “municipales encargadas de vigilar la ejecución de los reglamentos de salubridad pública” (funcionarios administrativos) para ordenar allanamientos de domicilio. Además de que en la práctica estas autoridades solicitan habitualmente autorización a los jueces para allanar, aquel precepto se contrapone al ordenamiento constitucional nacional, el cual se ha entendido requiere para este tipo de acto siempre la orden judicial, ello como custodio de las garantías ciudadanas.<sup>19</sup>

### 3.2. *Ministerio Público*

3.2.1. *Organización y características.* La organización institucional del Ministerio Público argentino, tiene hoy día como sustento normativo incuestionable *el ordenamiento constitucional*, tanto nacional como de provincias.

Así, el artículo 120 de la Const. N.A., texto incluido por la reforma de 1994, dispone: “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la nación y un defensor general de la nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

Y, como ejemplo provincial, traemos aquí el artículo 172 de la Const. de Córdoba de 1992, que establece: “El Ministerio Público tiene las siguientes funciones: 1. Preparar y promover la acción judicial en defensa del interés públicos y los derechos de las personas. 2. Custodiar la jurisdicción y competencia de los tribunales provinciales y la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante aquellos la satisfacción del interés social. 3. Promover y ejercitar la acción publica ante los tribunales juris-

<sup>19</sup> Maier, Julio J. B., *Derecho procesal penal*, cit., nota 3, p. 682.

dicionales sin perjuicio de los derechos que las leyes acuerden a los particulares. 4. Dirigir la policía judicial”.

Se controvierte, si, la ubicación político-institucional del Ministerio Público, en orden a las preceptivas constitucionales vigentes. En tal orden de cosas, en Argentina el debate histórico —apoyado en la legislación vigente en cada momento— se centró en la discusión si el órgano pertenecía al Poder Ejecutivo o al Poder Judicial (tanto nacionales como provinciales); hoy en día, luego de la precitada reforma constitucional de 1994, por lo pronto para el orden nacional, está prevaleciendo la idea de configurarlo como un “cuarto poder” o, mejor aún, un “*órgano extrapoder*”, por lo menos en el sentido de que el Ministerio Público —siempre entendido según el alcance del artículo 120 Const. N.A.— no podría recibir instrucciones de los otros poderes del Estado.<sup>20</sup>

Asimismo, la nación y las provincias argentinas han dictado *leyes de organización del ministerio público*, que contemplan tanto la estructura institucional del cuerpo como sus funciones más detalladas (por ejemplo, la ley nacional 24.946 y la ley 12.061 de la Policía de Buenos Aires).

Por último, en cada código de procedimiento penal en particular, están por cierto reguladas las *funciones procesales* determinadas del Ministerio Público en el enjuiciamiento, tal como se verá en los puntos siguientes, referidos a su actividad investigadora y acusadora.

3.2.2. *Actividades investigadoras*. Resulta una línea maestra en el enjuiciamiento penal argentino del tiempo presente *el poner en cabeza del Ministerio Público Fiscal la fase investigadora*, exclusiva o compartidamente con otros órganos. A su respecto pueden señalarse, pero *en términos muy latos* (se dan diferentes combinaciones en los distintos códigos) como actualmente imperantes, estos esquemas legislativos: a) *gestión exclusiva* (por ejemplo, C.P.P. Buenos Aires); b) *gestión compartida con un juez de instrucción* (por ejemplo, C.P.P. Córdoba); y c) *delegación por parte de un juez de instrucción* (por ejemplo, C.P.P. Nación).

Ciertamente, no podemos detallar aquí las pluriformes actividades que se desprenden de los sistemas adoptados, sobre todo en aquellos casos en

<sup>20</sup> Marino Aguirre, Santiago, “El ‘nuevo’ Ministerio Público Fiscal en el marco del proceso penal”, en varios autores, *Los nuevos aspectos del debido proceso penal*, Carlos Chiara Díaz (coord.), Jurisprudencia Argentina, 2002, p. 3.

los cuales la investigación no es exclusiva del Ministerio Público Fiscal. Tan sólo señalemos que en los sistemas de gestión exclusiva se establece que el Ministerio Público Fiscal promoverá y ejercerá la acción penal, dirigirá la policía en función judicial y practicará la investigación penal preparatoria, todo adecuando su actuación a un criterio objetivo y con libertad de criterio para obrar (por todos, artículo 56, C.P.P. Buenos Aires), determinándose en algunos ordenamientos, “normas operativas” para la instrucción (artículos 60 a 67 de la ley 12.061 de la misma provincia).

3.2.3. *Actividades acusadoras*. Siendo, como se vio (*supra* 2.2.1.), el modelo constitucional de corte acusatorio, de un modo u otro, los códigos de la materia encomiendan al Ministerio Público Fiscal la acusación en los delitos “públicos” (y también en los de “instancia privada”, una vez removido el obstáculo legal) (*supra* 2.3.4.).

Siempre ateniéndonos a la orientación que hemos querido dar a este relato (*supra* 1.1.2.), podemos decir que el Ministerio Público Fiscal es, en Argentina, el “órgano de acusación” por antonomasia (siempre a salvo los “órganos privados de acusación”, exclusivos o conjuntos; *infra*, 3.3.1.). Esta nota, que responde a la lógica de los sistemas vigentes —el puramente “acusatorio” o aun el “mixto” pensado éste en la fase de juicio— se desprende dogmáticamente de las normas de disciplina, la “discusión final” en la vista oral (por ejemplo, C.P.P. Nación, artículo 393; C.P.P. Córdoba, artículo 402).

Una corriente cuestión problemática en Argentina es la de determinar la solución a arribar cuando el órgano de acusación público *no acusa*, luego de concluido el debate oral. El C.P.P. Buenos Aires resuelve explícitamente esta cuestión: si en cualquier estado del debate el Ministerio Público Fiscal desiste de la acusación, el juez o tribunal *absolverá al acusado* (artículo 368 “*in fine*”). Para los códigos que no contiene una disposición de este tipo, se aplica habitualmente una doctrina jurisprudencial de la S.C.J.N. en igual sentido: *nadie puede ser condenado sin una previa acusación* (centralmente, caso “*Tarifeno*”, del 28/12/89); sin embargo, esta tendencia parece revertirse a partir del caso “*Marcilese*”, del 15/8/2002, también de la C.S.J.N., que autoriza al tribunal a condenar con el requerimiento de elevación a juicio, no obstante el fiscal pida la absolución en el debate.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 8, nota 14.

Cuestión diversa —controvertida por la doctrina,<sup>22</sup> y discutida en los tribunales— es la siguiente: ¿limita al órgano jurisdiccional el monto de la pena requerida por el acusador?, interrogante éste resuelto recientemente por la negativa —se decidió que el tribunal es soberano para determinar el monto de la pena— en fallo plenario (por mayoría) del T.C.P.B.A. (*supra* 1.2.4.) de fecha 12/12/2002.

### 3.3. Particulares

3.3.1. *Querellante*. La figura del “querellante” se encuentra recepcionada a la fecha con amplitud en el enjuiciamiento penal argentino, y ello bajo diversas modalidades (exclusivo, conjunto y coadyvante, según los diversos códigos).

Si bien ni el código de Córdoba de 1940 ni el Proyecto “Levene” (que dio origen al actual digesto nacional) contemplaban esta figura, sea por reformas parciales o totales del sistema, ella *fue paulatinamente admitida y reglamentada* extensamente, incluso en el C.P.P. Nación, artículo 82 y ss. (también, C.P.P. Córdoba actual, artículo 91 y ss.).

En la provincia de Buenos Aires existe una figura equivalente (pero no igual) al querellante, denominada “*particular damnificado*”, que es la persona ofendida por los delitos de acción pública y cuya característica normativa central consiste en que no ejerce la acción penal, aunque razonable doctrina argumenta hoy sobre sus posibilidades acusatorias.<sup>23</sup>

De especial trascendencia sobre las facultades del querellante ha sido lo fallado el 13/8/98 por la C.S.J.N. en el caso “*Santillán*”, en el cual el Alto Tribunal dijo que “La exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula, razón por la cual nada obsta que el querellante realice dicha acusación” (en este caso, luego del debate, el Ministerio Público Fiscal pidió la absolución, pero el querellante pidió la condena).

<sup>22</sup> Ares, José L., “¿Puede el tribunal de juicio imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal?”, *Jurisprudencia Argentina*, 2001. p. 6.

<sup>23</sup> Falcone, Roberto y Medina, Marcelo, *El nuevo proceso penal en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 155.

3.3.2. *Partes civiles*. Los digestos procesal-penales vigentes en la actualidad en Argentina han previsto y regulado el ejercicio eventual de la acción civil en el ámbito del enjuiciamiento penal.

Históricamente, ha sido determinante para la precitada regulación, el C.P.P. de Córdoba de 1940, obra de los juristas Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde. A este cuerpo lo siguieron otros provinciales, los cuales adoptaron parejo criterio en cuanto al ejercicio de la acción civil en sede penal, aunque poco a poco terminaron también incorporando al sistema la figura del querellante conjunto (*infra*, 3.3.1.), que el referido código cordobés, por caso, no contemplaba.

Tal criterio regulatorio plasmó en otros ordenamientos provinciales y también en el C.P.P. nacional, que legisla sobre la *acción civil* (artículo 417), el *actor civil* (artículo 87 a 96), el *civilmente demandado* (artículos 97 a 103) y la *ejecución civil* (artículo 516); además, algunos códigos incluyen al *asegurador citado en garantía* (por ejemplo, C.P.P. Buenos Aires, artículo 76).

Pese a esta suerte de uniformidad sistemática, corresponde advertir que existe algún criterio diferente, por ejemplo, el establecido en el *Anteproyecto de código procesal penal de la Provincia de Santa Fe* de 1993, el cual lisa y llanamente, suprimió el actor civil, por razones teóricas y prácticas (el instituto es de poco uso por los justiciables).

3.3.3. *La víctima*. Particular relevancia ha adquirido en el enjuiciamiento penal de Argentina el rol adjudicado a la “*víctima*” del delito (o también “*ofendido*” por el ilícito criminal) donde, tradicionalmente, fue asumida más que nada en las figuras clásicas del “querellante” y del “actor civil” (*supra* 2.3.1 y 2.3.2.).

Asimismo ha surgido en el panorama argentino una nueva figura procesal específica que puede denominarse “*víctima a secas*”. Una aproximación conceptual lleva a visualizarla como quien, habiendo sufrido una lesión u ofensa por la infracción penal, al intervenir en el proceso correspondiente no lo hace ni como querellante ni como actor civil, reclamando una categoría procesal propia, la que puede entenderse como mero titular de una posición de sujeto procesal relevante.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Bertolino, Pedro J., *Proceso penal y servicio de la justicia*, La Plata, LEP, 1992, pp. 23 y ss.

Su interés legítimo (lesión u ofensa) para intervenir se concreta: *en la esfera penal*, coayuvando con la acusación pública o acusando directamente en los delitos privados bajo la figura del querellante particular; *en la esfera civil*, buscando la reparación del daño; y *en la esfera procedimental*, aspirando a no ser revictimizada por el propio proceso.

En cuanto a sus posibilidades de hacer podemos señalar sus *derechos a la actuación* (provocación del proceso), a la *información* (sobre las facultades que puede ejercer en el proceso, sobre el estado de la causa y sobre la situación del imputado); y a la *asistencia* (protección de la integridad personal y acompañamiento de confianza durante la realización de ciertos actos); como también *a efectuar actos procesales propiamente dichos* (reclamos por demoras en las actuaciones, peticiones a que continúe el proceso con la revisión de la desestimación de la denuncia o el archivo; a recurrir en ciertos supuestos, a recusar) (*cf.*, C.P.P. Córdoba, artículo 96, C.P.P. Chubut, de 2000, artículos 185 a 189).

En orden al problema de la legitimación, resulta ilustrativo traer aquí el artículo 84 del C.P.P. Buenos Aires, que dispone: “*Víctima colectiva o difusa*. Cuando la investigación se refiere a delitos que afectasen intereses colectivos o difusos, las personas jurídicas cuyo objeto sea la protección del bien tutelado en la figura penal, o en su defecto, cualquier ciudadano, tendrán la legitimación a la que se hace referencia en el presente capítulo”. Como se ve, estamos de cara a una suerte de “*acción popular*”, legítima de quien se considere víctima de un ilícito penal.

### 3.4. Órgano jurisdiccional

3.4.1. *Organización y características*. Con referencia a la organización del órgano jurisdiccional en Argentina pueden señalarse dos líneas generales, a saber: a) su previsión (elenco y competencia) en los propios códigos de procedimientos, complementada con leyes de “organización judicial” (por ejemplo, C.P.P. Buenos Aires); y b) su previsión en leyes independientes, a las cuales los códigos se remiten (por ejemplo, *Proyecto “Maier”* de 1986 y Código de Chubut de 2000).

Como regla, los integrantes de los órganos jurisdiccionales son *jueces técnicos* (respecto a los jurados, *supra* 2.1.4.). Vistos más que nada en su relación con la oralidad, cabe advertir que los órganos de menor cuantía —llamados generalmente “*en lo correccional*”— son *unipersonales*; en cambio los de mayor cuantía —denominados también generalmente “*en lo*

*criminal*”— son *pluripersonales*, al igual que los tribunales de casación, cortes provinciales y Corte Suprema de Justicia de la Nación (*supra* 1.2.4.).

Con respecto a la característica de la composición plural del órgano, resulta de interés informar sobre algunas experiencias legislativas recientes: se ha incorporado la posibilidad de dividir en “*Salas Unipersonales*” a los tribunales colegiados, que actuarán según las normas del juicio común, aunque la jurisdicción se ejercerá en forma colegida cuando se trate de causas complejas, se opusiere la defensa del imputado o se hubiere dispuesto la integración con jurados (C.P.P. Córdoba, artículos 34 bis y 34 ter. según ley 8658; en igual sentido, Ley 4897 del 25/7/2000 de la *Provincia del Chaco*).

También, en el registro de las “características” es oportuno señalar una cierta aporía, consistente en que sistemas que llamaríamos *horizontales* (básicamente, los que encomiendan la etapa preparatoria a los fiscales) están, en los hechos, funcionando encuadrados en organizaciones judiciales *verticales* (por ejemplo, mantenimiento del recurso de apelación en aquella etapa, que supone un tribunal “de alzada”) (por ejemplo, C.P.P. Buenos Aires), todo con trastornos en el funcionamiento del proceso.

3.4.2. *Actividades de investigación*. En el derecho procesal penal argentino de hoy la cuestión central sobre las actividades de investigación, antes que por cualquier otra, ha pasado, y pasa aún, por la figura del clásico “juez de instrucción”, notoriamente munido de amplias facultades para aquellas actividades.

Este clásico órgano judicial, estrechamente vinculado con el “sistema mixto” *continúa manteniéndose* con aquellas facultades de investigación en el C.P.P.N. (artículo 26 y ss.) e igualmente en algunos códigos provinciales que, si bien establecen la “*Investigación Fiscal*” mantienen conjuntamente una “*Investigación Jurisdiccional*” para supuestos en que existieren obstáculos constitucionales para proceder (por ejemplo, C.P.P. Tucumán, artículo 329 y ss.) (para su actuación concurrentemente con el Ministerio Público fiscal, *supra* 3.2.2.).

En la fase de juicio —a título de ejemplo y sin con esto pretender agotar la problemática—, se dan dos supuestos legislativos diversos, a saber: a) C.P.P. Nación (y los códigos con igual normativa): los jueces pueden interrogar sin restricciones (artículo 389); y b) C.P.P. Buenos Aires: los jueces sólo pueden efectuar preguntas aclaratorias y como excepción (artículo 364).

3.4.3. *Actividades decisorias*. Obviamente, resulta connatural a la función del juez el “decidir” motivadamente, y así, de un modo u otro, se desprende de los códigos procesales vigentes en Argentina (por todos, C.P.P. Nación, artículo 398 y ss.).

Pareciera conveniente detenernos en las figuras del *juez de garantías* (C.P.P. Buenos Aires) o *de garantía* (C.P.P. Chaco de 1999), o simplemente *juez* (C.P.P. Chubut de 2000), todos en tanto intervienen en la etapa preparatoria a cargo del órgano acusador público. Por todos ellos, destaquemos el que funciona en el actual enjuiciamiento penal de la Provincia de Buenos Aires, el cual tiene, entre otras, incumbencias sobre las presentaciones de las partes, la imposición o cese de las medidas de coerción reales o personales, la incorporación de prueba anticipada, las resoluciones sobre nulidades, la intervención en la etapa intermedia (artículo 23 y concordantes). En síntesis apreciativa, podemos señalar que, en lo técnico, actúan como custodios del “debido proceso legal” (*supra* 2.1.2.) y que, *en la práctica*, se suelen presentar “zonas de confusión” entre sus incumbencias y las facultades investigativas de los fiscales.

3.4.4. *Control de constitucionalidad*. El sistema argentino es de aquellos llamados “*difusos*”; es decir, no existe en el país un “fuero constitucional” especializado en esta materia. Ello quiere decir que todos los jueces de cualquier categoría y fuero pueden interpretar y aplicar la Constitución en las causas cuyo conocimiento les corresponde. En definitiva: se trata de mantener la supremacía de la Constitución y no de los jueces.<sup>25</sup>

Tanto en la extensión cuanto en la intensidad, el más cabal control de constitucionalidad sobre el proceso penal argentino lo efectúa la C.S.J.N., en una verdadera “casación constitucional” y a través del recurso propio: el “extraordinario federal” (artículo 14 de la ley 48). Tal control se ha efectuado, generalmente, utilizando la doctrina pretoriana de la “*sentencia arbitraria*”, herramienta correctiva que se da con amplitud en la experiencia jurídica argentina. Además de los fallos que ya hemos citado respecto a la prueba ilícita (*supra* 2.3.5), a la duración del proceso (*infra* 4.3.3), a la actividad acusadora del Ministerio Público (*supra* 3.2.3.) y a la necesidad de acusación (*supra* 3.3.1.), el más Alto Tribunal de la Nación se ha

<sup>25</sup> Sagues, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2002, 2 t., p. 98.

pronunciado, por ejemplo, sobre la utilización —favorable— de agentes encubiertos (causa “*Fiscal c/Fernández*”, del 11/12/1994) y muy especialmente, reafirmando el derecho a la doble instancia en materia penal, dándole carácter de tribunal intermedio a la C.N.C.P. (causa “*Giroldi*” de 7/4/1995).<sup>26</sup>

En la panorámica de los tribunales ordinarios es dable ejemplificar con las decisiones de varios jueces de garantías de la Provincia de Buenos Aires (*supra* 3.4.3.), quienes declararon la inconstitucionalidad de la ley provincial 12.405 que hizo más restrictivo el régimen excarcelatorio, entre otros argumentos por ignorar aquella ley el estado de inocencia y establecer una pena adelantada (Montero, Causales restrictivas, 2002) y con la postura de algunos magistrados —generalmente en minoría— que han sostenido la inconstitucionalidad del “juicio abreviado” (*supra*, 2.3.12), entre otras razones dadas, por lesionar el contradictorio, la bilateralidad y la oralidad.<sup>27</sup>

3.4.5. *Actividades de ejecución*. Resulta ser una característica saliente el panorama del enjuiciamiento penal argentino de hoy la dirección hacia la “judicialización” de su fase de ejecución, y así lo disponen corrientemente los códigos vigentes (por ejemplo, C.P.P. Nación, artículo 493 y ss.).

La mayor novedad en los sistemas argentinos actuales puede considerarse la de la instauración de un órgano específico para la fase correspondiente: el denominado “*Juez de ejecución*”, el cual por ejemplo según lo dispone el C.P.P. Buenos Aires tiene como facultades principales intervenir en las cuestiones relativas a la ejecución de la pena, a la solicitud de la libertad condicional, en las cuestiones referidas a la observancia de las garantías constitucionales para procesados o condenados, en el tratamiento de liberados, en la extinción o modificación de la pena con motivo de la vigencia de ley penal más benigna (artículo 25).

### 3.5. *Auxiliares*

3.5.1. *Defensores*. En Argentina, desde la perspectiva de los órganos de acusación, cobra sentido a los efectos de este relato, lo antes referido al

<sup>26</sup> Miller, Jonathan M. y otros, “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Constitución, poder político y derechos humanos, Buenos Aires, La Ley, 2002, t. III, *passim*.

<sup>27</sup> D’Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, *cit.*, nota 10, p. 916.

tema de la igualdad de armas entre las partes y a los deberes de lealtad y probidad del Ministerio Público, a cuyos desarrollos nos remitimos (*supra* 2.3.3. y 2.3.11).

Asimismo, siempre desde esta misma perspectiva, es dable advertir cómo el sistema en sí mismo considerado puede generar cuestiones problemáticas. En efecto, tanto del antes visto artículo 120 de la Const. N.A. como de algunas leyes de organización del Ministerio Público, se desprende que dependen institucionalmente “de la misma cabeza” tanto el Ministerio Público de la acusación como el de la defensa, con lo cual pueden originarse dificultades de funcionamiento, toda vez que hoy, en Argentina, la defensa oficial es no sólo mayoritaria sino que podríamos decir, casi total, esto en razón de las circunstancias socioeconómicas que se viven en el país.

3.5.2. *Peritos y asesores*. Aquí sólo haremos alguna mención al denominado, en el derecho argentino, “perito de parte” o también “*consultor técnico*” (artículo 259, C.P.P. Nación), quien actúa como una especie de defensor consultor.<sup>28</sup>

Sobre este particular, dentro de los parámetros de este relato, ante todo corresponde relacionar este tema con el punto tratado sobre el equilibrio entre las partes a cuyo contenido nos remitimos (*supra* 2.3.3.). Pero también conviene informar que, con buenas razones, se ha cuestionado constitucionalmente la obligación de los peritos de parte de estar inscriptos en un listado habilitante para poder intervenir, cuestionamiento basado en el artículo 8, inciso 2, apartado “f” del Pacto de San José de Costa Rica (obtener la comparecencia de peritos).<sup>29</sup>

#### 4. Consideraciones finales

##### 4.1. *Hacia una idea unitaria del enjuiciamiento penal argentino*

4.1.1. *Los códigos nuevos*. Tal como lo dijimos al comienzo de este relato (*supra* 1.1.2.), ensayaremos aportar algunas consideraciones fina-

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 558.

<sup>29</sup> Romero Villanueva, Horacio J., “Un fallo medular sobre la prueba pericial y las garantías constitucionales en el proceso penal”, *Jurisprudencia Argentina*, 1997-I, p. 458.

les. Estas buscan, ceñidamente, “colorear” los datos en cierto modo “neutros” que han integrado los desarrollos que hemos efectuado hasta aquí.

Señalemos, inicialmente, que en los últimos años se sancionaron en Argentina varios *códigos “nuevos”* en lo procesal penal o bien se remozaron los existentes, sea tocando su articulado parcialmente o mediante leyes complementarias. En este registro cabe destacar, de los que hemos citado hasta aquí: de *Tucumán* de 1991, de *Córdoba* de 1992, de la *Nación* de 1991, de *Buenos Aires* de 1997, de *Mendoza* de 1999, de *Chaco* de 1999 y de *Chubut* de 2000. Asimismo cabe indicar que se han elaborado importantes proyectos: entre otros, el de *Santa Fe* de 1993, el para la *Nación* llamado “*Proyecto Maier*” de 1986 y el de *Neuquén*, cuya primera versión es de 1999.

Hemos tomado las fechas de las respectivas publicaciones de los códigos mencionados, y no la de su efectiva entrada en vigor, total o parcial. Es que, sobre esto último, debemos precisar que, a la fecha de este relato (febrero de 2003), el código de *Chaco* aún no ha entrado en vigencia; el de *Mendoza*, según ley 7007 del 16/7/2002, sólo luego de dos años a partir de la fecha de publicación en el B. Oficial entrará en vigor, salvo algunos preceptos, entre los que se encuentran los referidos al principio de oportunidad y a la suspensión del juicio a prueba, que entrarán a regir dentro de los treinta días corridos también desde aquella fecha; por último, el de *Chubut* de 2000, todavía no está en vigencia y tampoco se ha dictado la ley de organización judicial necesaria para su *implementación*.

4.1.2. *Una cuestión problemática*. Pues bien, la sola existencia de estos digestos y proyectos nuevos y todo lo que hemos desgranado en el decurso de este relato sobre ellos nos muestra que el alcance del término “sistema de enjuiciamiento penal”, que menta el tema propuesto para el Congreso, declinándolo al ámbito argentino lejos está de ser fácilmente determinable.

Esto, ante todo, por una ostensible cuestión problemática: los códigos argentinos no sólo *son varios*, sino que ellos tampoco *son homogéneos entre sí*, por lo pronto en cuanto al régimen técnico-jurídico que establecen, a la ideología político-jurídica que los informa e, incluso, a la concreta puesta en práctica por sus operadores. Esta cuestión problemática, sin duda se eleva a una segunda potencia si recordamos que, sistemáticamente, se tiene en Argentina *un único C.P. y diversos C.P.P. (supra 2.2.2.)*.

4.1.3. *Un “modelo para armar”*. Podríamos encontrarnos entonces, frente a una suerte de “modelo para armar”, cuyo armado, así lo visualizamos, en todo caso desembocaría no más allá de una “*cuasi-recopilación*” de códigos; pero siempre recordando sobre este enfoque que una recopilación es, en sí misma, solamente un “indicio” de un orden.<sup>30</sup>

Claro está que este orden —igual a “ordenamiento”— es el lado *estático* del sistema, el cual queda sin duda conformado en Argentina por los textos internacionales, las Constituciones —nacional y provinciales— los códigos procesales y las leyes de organización judicial —tribunales, acusadores y defensores públicos— tal como lo hemos comprobado en este relato.

Una cabal apreciación de conjunto nos lleva a la necesidad de ver también el costado *dinámico* del nuevo sistema.<sup>31</sup> En este último sentido, es dable observar *algunas constantes* en aquellos nuevos códigos y proyectos, observación que nos puede permitir acercarnos a una idea englobante de “sistema de enjuiciamiento penal argentino” del tiempo presente.

## 4.2. *La reformulación del sistema*

4.2.1. *Algo más que una reforma*. La primera constante para subrayar consiste en que, más que de una simple intención de “reformular”, debemos considerar que, en Argentina ha existido —y existe— un decidido intento de “*reformular*” el sistema de enjuiciamiento penal.

Ciertamente, la sola experiencia del funcionamiento del sistema de enjuiciar penalmente antes de la sanción de los ordenamientos nuevos mostraba como deficiencias más salientes: el congestionamiento de causas, la lentitud en su trámite, las corruptelas en las etapas preparatorias, la burocratización del servicio, la insuficiencia de la defensa oficial y las prácticas inquisitivas, incluso en la fase del debate.

La respuesta a este deficiente cuadro de situación ha sido, precisamente, la reformulación del sistema. Y tal reformulación, ha implicado, básicamente, *reconsiderar las fórmulas existentes*; esto es, procurar establecer nuevos y diferentes modos para el enjuiciamiento penal, tanto en su con-

<sup>30</sup> Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 335.

<sup>31</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14a. ed., Buenos Aires, Eudeba, trad. Nilve y Cabrera, 1960, pp. 34 y 43.

junto como en sus particularidades, de las cuales no ha sido la menor, desde luego, el encargar al Ministerio Público Fiscal la gestión de la etapa preparatoria (*supra* 3.2.2.).

4.2.2. *La tendencia hacia el acusatorio.* La segunda constante para poner de relieve, vinculada estrechamente a la anterior, consiste en que, en términos generales, los nuevos códigos —y aún más si cabe, los proyectos existentes— “tienden” hacia el sistema acusatorio.

Tomamos aquí el concepto “acusatorio” en el sentido de que él implica, por diferencia al inquisitorio, que las funciones de acusar, defender y juzgar están atribuidas a órganos diferentes, desprendiéndose de ello que los elementos colectados en la fase de investigación sirven únicamente para la formulación de la *opinio delicti*; que el ejercicio de la jurisdicción depende de una acusación formulada por una persona distinta del juez; y que todo el proceso se ha desenvuelto en contradictorio ante el juez natural.<sup>32</sup>

Aclaremos que hemos utilizado *ex profeso* la voz “tendencia” por estas razones: porque todavía se encuentran en el panorama argentino sistemas “mixtos”, (al menos así catalogables); porque todavía existen institutos propios del “inquisitivo”; porque todavía subsisten normas inquisitivas en la fase de debate; y porque aún hoy se dan “prácticas inquisitivas” dentro de las mismas formas acusatorias; y tal vez el actual sistema del C.P.P. Nación, sea el ejemplo por antonomasia que abone las apreciaciones sobre todo en cuanto dicho código mantiene la figura del “juez de instrucción” que da “tono” y “sentido” al sistema en su totalidad.

4.2.3. *La adecuación al programa constitucional.* La tercera constante para destacar consiste en que puede constatarse que aparece como presente la preocupación de muchos en Argentina para adecuar el enjuiciamiento penal a las normas constitucionales y constitucionalizadas a través de los tratados internacionales.

Empero, no podemos dejar de advertir que quizá la cuestión problemática más aguda en el mundo jurídico procesal penal argentino sigue siendo la de que la antedicha preocupación se convierta realmente en *efectiva* —y no sólo teórica— adecuación de la legislación infraconstitucional de

<sup>32</sup> Pellegrini Grinover, Ada, “La instrucción procesal penal”, *XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, La Plata, 1994, p. 305.

la materia al “programa” constitucional, según lo hemos esbozado utilizando la categoría metodológica de “modelo” (*supra* 2.1.1.). Precisamente, tal falta de concreción viene a tornar, en ocasiones, como “infieles” a las normas constitucionales, en tanto ellas no se realizan, pese a la nítida voluntad del legislador histórico (por ejemplo, el juicio por jurados, *supra* 2.1.4.).<sup>33</sup>

De suyo, tal problematicidad ha tenido una clara raíz político-histórico-cultural: el “*modelo constitucional*” se nutrió, principalmente de la Constitución (liberal) de los Estados Unidos; en cambio, la *normativa infraconstitucional* ha abrevado de la vertiente de cierta legislación española (autoritaria). Ejemplo paradigmático de esta raíz fue el ya no vigente Código nacional procesal penal, llamado “Código Obarrio” del año 1888, que tuvo como fuente, precisamente la por entonces derogada legislación española de 1872, habiéndose dicho, que por haber asumido esta fuente, aquél nació “viejo y caduco”.<sup>34</sup>

En cualquier caso, debe considerarse como altamente positivo que, por un lado, los nuevos códigos argentinos reformados de la materia se han preocupado de adecuar sus normas al “programa constitucional”, en especial después de las modificaciones constitucionales (nacional y de provincias) producidas en el año 1994; buen ejemplo de ello —uno por varios— es el C.P.P. Buenos Aires de 1998, en cuya “Nota de Elevación” del proyecto al Poder Ejecutivo provincial se enfatizó expresamente tal adecuación, reputándosela como exigida; y que, por el otro —pese a algunas contramarchas— los tribunales se están ocupando cada vez en mayor medida en ajustar sus fallos a la normativa constitucional vigente, en miras de hacer operantes las garantías procesales.

#### 4.3. *El “servicio de justicia penal” y el rol de los órganos de acusación*

4.3.1. *Un posible “lugar geométrico”*. Pensamos que la noción de “sistema de enjuiciamiento” que estamos trabajando aquí y que conjuga lo estático con lo dinámico (realidad “*in fieri*”), si bien lo comprende, trasciende la noción intensiva de “proceso penal”. En este orden de ideas, un posible “lugar geométrico” más extenso para ubicar el enjuiciamiento pe-

<sup>33</sup> Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, *cit.*, nota 30, p. 197.

<sup>34</sup> Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, *cit.*, nota 5, p. 197.

nal argentino podría ser el del “servicio de justicia penal”, entendido como “el personal y la organización del Poder Judicial destinados a satisfacer las necesidades de justicia (penal) de parte de los ciudadanos”.<sup>35</sup>

Precisamente, la C.S.J.N. ha acuñado la especie jurídica “servicio de la justicia”, añadiéndole el enriquecedor calificativo de “*adecuado*” (caso “*Besada*”, del 27/6/1960 y los innúmeros que lo han seguido hasta el presente). Así vistas las cosas, centralmente el servicio aparecerá como “*adecuado*” tanto si lo es en el “*tiempo*” (duración razonable) como si se concreta en el “*modo*” (formas a la medida de los derechos humanos) (doctrina artículo 75, inciso 22 y ss. Const. N.A.).

4.3.2. *Tensiones funcionales y relaciones sustanciales.* Pero debemos advertir que, en el marco de la realidad de aquel “servicio de la justicia penal”, las funciones del proceso (*supra* 2.3.1.) se ven hoy en día cuestionadas de un modo u otro por aquello que, libremente, podemos denominar “discurso sobre la seguridad ciudadana”, la cual, desde luego, reafirmamos debe ser atendida y preservada en su conjunto y en su orden propio.

A través de tal discurso, mayoritariamente por el periodismo, por las aportaciones de ciertos doctrinarios, por el quehacer de un crecido número de legisladores y por vía de algunos operadores del sistema con mentalidad “pre-reforma”, *se han puesto en crisis* aquellas funciones, propiciándose una “política criminal estricta”, que apunta más a la represión que al prevención. Ahora bien, está crisis esta proyectándose, a nuestro juicio, tanto al plano formal cuanto al sustancial.

En el *plano de lo formal*, en el fondo de las cosas, más que entre las solitas diadas “inquisitivo-acusatorio” o “garantía-eficiencia”, creemos ver en el panorama argentino actual una tensión sociológica entre dos maneras de concebir el proceso penal: el dualismo “*crime contrl vs. due process*”,<sup>36</sup> cuya tensión, por lo que decíamos al comienzo del párrafo, conspira contra la realización de los valores propios del servicio (justicia, coherencia, eficacia, utilidad) y, en último término, viene a impedir se afiance y consolide plenamente el cabal “modelo” constitucional normatizado: el del “*debido proceso legal*” (*supra* 2.1.2.).

<sup>35</sup> Bertolino, Pedro J., *Proceso penal y servicio de la justicia*, cit., nota 24, p. 96.

<sup>36</sup> Delmas-Marty, Mirelle y varios autores, *Procedure penali d'Europa*, 2a. ed., Cedam, 2001, p. 18.

En el *plano de las relaciones sustanciales*, el funcionamiento de la “suspensión del juicio a prueba” (*supra* 2.2.2.), unido al de otros que ofrecen “soluciones alternativas” (*infra* 2.3.11.), como así en relación al papel cada vez más protagónico adjudicado a la víctima, están configurando un derecho penal inclinado —o mejor, en este estadio *en parte encaminado*— a *entender el delito como “conflicto”*, antes que como “infracción” en sí mismo.

4.3.3. *La duración del proceso penal*. En la dimensión sociológica, que es por otra parte propia del “servicio de la justicia”, el problema de la celeridad del proceso penal (*supra* 2.3.9) se ha planteado con agudeza en Argentina en su relación con la duración de la prisión preventiva de cumplimiento efectivo (leyes nacionales 24.390 y 25.430 y abundante doctrina y jurisprudencia al respecto).

Pero sobre todo, en esta misma dimensión, resulta clave el “leading-case” “*Mattei*”, en el cual la S.C.J.N. se pronunció afirmando “...el derecho de todo imputado a obtener —luego de un juicio tramitado en legal forma— un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal” (Fallos: 272:188), doctrina que el mismo Alto Tribunal sigue aplicando hasta hoy.

Sin embargo, según se ha dicho en la obra a nuestro juicio más completa y profunda sobre el tema escrita en el país, son pocos los casos en que la Corte ha otorgado efectiva vida al derecho a ser juzgado tan rápidamente como sea posible y de ellos se pueden extraer muy pocas conclusiones seguras.<sup>37</sup>

4.3.4. *Una experiencia reciente*. Como una muestra más de la problemática que aquí nos ocupa, anoticiemos sobre la creación de una *Comisión Asesora para la Prevención del Secuestro de Personas* (Decretos Nacionales 1651 y 165 del 2002), presidida por el jurista León C. Arslanian, la cual elaboró un informe que culminó con varios proyectos normativos (reformas a los códigos penal y procesal penal, programa de inteligencia cri-

<sup>37</sup> Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 318.

minal para la prevención de secuestros extorsivos, reforma puntual del servicio de telecomunicaciones, asistencia a las víctimas y protección de testigos e imputados), actualmente en estado legislativo.

Específicamente, en cuanto a la reforma propuesta al C.P.P. Nacional, la Comisión señaló, entre otros, estos ejes: “robustecer un modelo de enjuiciamiento penal predominantemente *acusatorio*” y “agilizar la capacidad de respuesta de los *órganos de persecución penal*, frente a la situación de emergencia que impone este fenómeno delictivo” (las cursivas son nuestras, en sintonía con la aplicación temática a los órganos de acusación).

4.3.5. *El rol de los órganos de acusación.* Colocados dogmáticamente en el sistema de enjuiciamiento propiamente dicho y funcionando en el campo del servicio de la justicia, los “órganos de acusación” en definitiva, terminan insertándose en el marco mayor de la política criminal.

Ante todo, dado el régimen de persecución penal estatal (*supra* 2.3.4.), se trata del rol del Ministerio Público Fiscal. Al respecto vemos que, por ejemplo, el artículo 13, inciso 1o. de la ley 12.061 del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires faculta a su órgano máximo, el Procurador General, a fijar las políticas generales del cuerpo y controlar su cumplimiento. También, el lugar ocupado por el acusador público en el funcionamiento de los medios “alternativos” (*supra* 2.3.12.) deberá ser tenido muy en cuenta. Respecto a esto último, la C.N.C.P. conociendo sobre el instituto de la suspensión del juicio a prueba, en el plenario “*Kosuta*”, del 17/8/1999 dijo que: “La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, *es vinculante para el otorgamiento del beneficio*” (las cursivas son nuestras).

Pero también cabe atender el rol de los “acusadores privados”. Como lo hemos puesto de relieve, a la “víctima” y al “querellante” se le vienen otorgándose cada vez más funciones “acusadoras” (*supra* 3.2.3.). Y, en el sobredicho plenario “*Kosuta*” se dijo: “El querellante tiene *legitimación autónoma* para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos” (las cursivas también son nuestras).

4.3.6. *Pensamiento utópico y horizontes.* Claro está —y para dar por terminado este relato— que la reformulación que hemos tratado de radiografiar en estas consideraciones finales, no ha dejado de estar imbuida en Argentina de un sano “pensamiento utópico”, expresado por muchos. Y

ello en tanto en cuanto este pensamiento tiene por cometido no sólo la crítica social, sino también la propuesta de reformas, computando siempre las “resistencias” que opone la realidad a todo intento de cambio.<sup>38</sup>

Justamente, estas resistencias —de la que no es ajena la panorámica procesal penal argentina— quizá paradójicamente, estén señalando horizontes para alcanzar el perfeccionamiento del sistema, reforzando así los intentos al respecto. Es que, parafraseando a James Joyce, la búsqueda de horizontes trataríase antes bien de una “obra en progreso”, direccionada, como no podría ser de otro modo, a asegurar los derechos humanos en el enjuiciamiento penal, tanto para imputados como para víctimas.

#### APÉNDICE

*1.1. ¿Es posible que la defensa sea asumida por un “lego” en derecho?  
2. ¿Es indispensable la defensa, al punto que se anule lo actuado cuando no hubo participación de defensor? 3. ¿Defensa pública gratuita dependiente de la incapacidad económica del inculpado o en cualquier caso?*

1.1. En Argentina, la defensa “técnica” deberá estar conferida siempre a un abogado que se encuentre legalmente habilitado para actuar (“matriculado”), ello como derivación del “...carácter eminente y crecientemente técnico del derecho y de razones de igualdad entre las partes, ya que el representante del Ministerio Público es un letrado”;<sup>39</sup> por ende, normativamente un “lego” no podrá asumir este tipo de defensa. Ahora bien, en cuanto a la defensa “material”, las normas vigentes autorizan al imputado para defenderse personalmente (“autodefensa”), siempre que con ello no se perjudique la eficacia de la propia defensa y no se obstaculice a la normal sustanciación del proceso (por todos, artículo 104, CPP Nación). En principio, esta facultad de autodefensa no puede serle restringida al imputado, aunque la SCJN tiene dicho que la renuncia a la asistencia letrada no puede presumirse, sino que debe resultar de un acto inequívoco de voluntad (caso “Sueldo”, del 10/7/84, en L.L. 1985-D-212); cabe subrayar que la autodefensa técnica sin el concurso de un abogado resulta muy poco frecuente en la práctica diaria del proceso penal argentino, tanto nacional

<sup>38</sup> Ferrater Mora, J., *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 1994, 4 t., p. 3623.

<sup>39</sup> Vázquez Rossi, *La defensa penal*, 1996.

como provincial. De su parte —como asunto relacionado con la pregunta— cabe tener presente que la SCJN y la CCPN han aceptado la presentación de los recursos propios “*in forma pauperis*”, es decir, cuando los interpone directamente el imputado y obviando requisitos formales; de cualquier manera, la regla es que las normas procesales obligan a que cuando la parte actúa ante la CSJN, en la que resulta obligatoria la asistencia letrada (artículo 4, ley 17.516) obligación que existe también para deducir el recurso de casación (artículo 463, C.P.P.N.) si el imputado queda sin defensor durante esta vía impugnativa, debe nombrársele el oficial (artículo 467, C.P.P.N.).

I.2. Sí, la defensa es sin duda indispensable. La CSJN tiene dicho que en materia criminal, la garantía consagrada por el artículo 18, C.N. (defensa en juicio) exige la observancia de la defensa (Fallos 125:10; 127:36; 189:34); y que la inobservancia de esa forma sustancial puede deberse a que se haya privado al defensor designado de toda oportunidad de actuar (Fallos 296:65; 298:578; 304:830) y también en los casos en que la intervención conferida sólo lo ha sido formalmente (Fallos 304:1886). Respecto a la efectiva participación del defensor, algunas Constituciones y códigos provinciales establecen expresamente normas garantizadoras; así, por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, en el último párrafo del artículo 35 dice: “Carece de todo valor probatorio la declaración del procesado prestada sin la presencia de su defensor”; de su lado, el artículo 258, C.P.P. Córdoba, expresa: “*Asistencia del defensor. A la declaración del imputado deberá asistir su defensor, bajo pena de nulidad*”. Ahora bien, básicamente, los códigos argentinos establecen nulidades en los casos en que debe asegurarse la intervención, asistencia y representación del imputado (por todos, artículo 202, inciso 3o., C.P.P. Buenos Aires) las que se dirigen a tutelar el “...correcto ejercicio del derecho de defensa y comprende todas las normas a asegurarlo en la medida deducible de la garantía constitucional”.<sup>40</sup>

I.3. En general, los defensores públicos oficiales deben proveer lo necesario para la defensa de la persona y los derechos de los justiciables, toda vez que les sea requerida en las causas penales cuando aquéllos fueran pobres o estuvieren ausentes según lo dice, por ejemplo, el artículo 60, ley 24.946; el artículo 63 de la misma ley dispone que el imputado en causa

<sup>40</sup> Creus, *Invalidez de los actos procesales*, 1995.

penal que sea asistido por un defensor público oficial “deberá solventar la defensa en caso de condena”, con la condición de que cuente con los medios suficientes, debiéndose practicar —así lo dice la ley— un informe socioambiental para comprobarlo. Empero y en rigor de verdad, en el ámbito sociológico, estas exigencias no se cumplen estrictamente en la gran mayoría de los casos, actuando así prácticamente la defensa oficial en plenitud y sin cortapisas respecto a sus defendidos; esto tanto en el orden federal cuanto local.

*II.1. Hipótesis, características y consecuencias de la “negociación” penal. 2. En su caso, ¿implica retiro de cargos, moderación en la acusación, disminución en la pena?*

II.1. En Argentina, el fenómeno jurídico corrientemente llamado “negociación” (penal), se actúa a través de los procedimientos “abreviados”. Éstos están hoy regulados tanto en el orden nacional como en el local, tal como se informó en el relato oportunamente enviado. Esta “positivización” del proceso penal abreviado se ha incardinado en los tipos procesales clásicos o bien creando unos nuevos, instalando así en el sistema penal el polémico tema del “acuerdo” o bien de la “conformidad”. La solución penal consensuada o conformada se viene a situar de tal manera en la zona de lo discrecional con prevalencia de la autonomía de la voluntad, llevando, por tanto, a una suerte de desplazamiento o debilitamiento del juicio judicial. Entonces, resulta muy difícil dar una respuesta unívoca, porque en Argentina las positivizaciones varían en contenido y alcance. De cualquier manera, una respuesta global nos lleva a decir que en nuestro país prima más el criterio de la “conformidad” que el del “acuerdo” propiamente dicho. Respecto a las hipótesis de procedencia, en Argentina se han pensado los juicios abreviados con referencia a un universo de delitos “menores” o bien “medianos” en cuanto a su monto de pena; aunque en algunos casos (por ejemplo, CPP. Córdoba) por falta de previsión expresa de topes o por la vía de la eventual pena concreta, se pueden alcanzar supuestos de criminalidad mayor. Otras hipótesis son la flagrancia y la de supuestos de prueba sencilla o evidente.

II.2. La consecuencia del juicio abreviado resulta ser, al menos desde la perspectiva de la defensa, si bien mediante una condena, obtener que ella sea menor y sobre todo que permita su cumplimiento condicional, general-

mente —en la práctica— logrado a través de cambio de calificaciones o pedidos de pena mínima. Podemos decir, que esto no implica retiro de cargos —básicamente, por estar vedados por la vigencia de los principios de legalidad y oficialidad— aunque, si en los hechos implica una moderación en la acusación.<sup>41</sup>

*III.1. ¿Pueden ejercitar acción penal autoridades diferentes del Ministerio Público? 2. ¿Representantes de órganos sociales? 3. El querellante, ¿puede constituirse como actor penal cuando el Ministerio Público no actúa o en relevo de aquél? 4. El caso de la “víctima colectiva o difusa”, conforme al C.P.P. de Buenos Aires.*

III.1. Como regla, en Argentina la acción penal pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal (artículo 71, Código Penal); obviamente las llamadas acciones privadas (artículo 73, *idem*) que son las menos (por calumnias e injurias, las más corrientes), están ejercidas por los particulares querellantes. Ahora bien, algunos organismos públicos pueden constituirse como querellantes particulares cuando los delitos afectan el normal desenvolvimiento de sus funciones, por ejemplo, la Dirección General Impositiva en las causas donde se investigan delitos fiscales (Ley 24.769) o la Dirección General de Aduanas en los delitos de contrabando (Ley 22.419). Por su parte, en la órbita nacional, la Oficina Anticorrupción puede, según su criterio de selectividad, dentro de los casos previstos por la ley (Ley 24.759 y Dec. 102/99 y Ley 25.233) constituirse en parte querellante; esta facultad ha sido controvertida (por ejemplo, la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, Sala I, caso “Massoni, José s/solicita ser parte querellante”, admitió esa calidad de querellante).

III.2. A esta pregunta debe responderse negativamente, por lo menos en cuanto alcanza a quien esto suscribe. En todo caso, ver lo que se dice *infra* en III.4 (personas jurídicas).

III.3. En la actualidad, la cuestión principal y quizá clave sobre el objeto de la pregunta es la de la hipótesis en la cual no pidiendo pena el Ministerio Público al final del debate, sí lo hace el querellante; también la cuestión

<sup>41</sup> Bertolino, Pedro J., “Para un encuadre del proceso penal abreviado”, *cit.*, nota 17.

se presenta en el periodo de la elevación de juicio, cuando el Ministerio Público pide el sobreseimiento y el querellante solicita, precisamente, esa elevación a juicio. La cuestión en doctrina y jurisprudencia sigue siendo, en términos generales, problemática y con soluciones distintas según los diversos tribunales. En el fondo de la discusión, a mi juicio, se está dilucidando el carácter “adhesivo” o “autónomo” del querellante. La discusión problemática se acentúa si tenemos en cuenta que la jurisprudencia de la SCJN ha variado en sus posturas —a veces no menores—, situación que se acentúa si tenemos en cuenta la actual inestabilidad en cuanto a la composición del alto organismo. De cualquier manera, el fallo más trascendente sobre este particular es el recaído en el caso “Santillán”, del 13 de agosto de 1998, donde dijo la Corte: “La exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable; sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula, razón por la cual nada obsta a que el querellante realice dicha acusación”.

III.4. El CPP de Buenos Aires establece en su artículo 84 lo siguiente: “Víctima colectiva o difusa. Cuando la investigación se refiere a delitos que afectasen intereses colectivos o difusos, las personas jurídicas cuyo objeto sea la protección del bien tutelado en la figura penal, en su defecto, cualquier ciudadano, tendrán la legitimación a la que se hace referencia en el presente capítulo”. En el Código Penal argentino cuando se menciona a la “víctima” se advierte una notoria referencia a la “persona individual”, como una especie de contrafigura del “autor” del delito (artículo 43 de este cuerpo legal); por tanto, si bien quedarían —en principio— fuera del alcance explícito del código los llamados delitos “sin víctimas” o con “víctimas difusas”, ellas de algún modo están presentes en ciertos tipos penales, por ejemplo los delitos contra la salud pública (artículo 200 y ss., Código Penal); sin embargo, más determinadamente, algunas figuras delictivas previstas en leyes especiales, por ejemplo sobre residuos peligrosos, fauna, protección de animales, protección de medio ambiente, etcétera, desplazan la cuestión al terreno de lo general, colectivo o difuso, categorías que comprenden los intereses que se han caracterizado como “colectivo”, “fragmentario”, de “pertenencia difusa”, “supraindividuales”, de “clase”, de “categoría”, etcétera. La mención al final del artículo a “cualquier ciudadano” en rigor de verdad coloca a la legitimación en el ámbito más extenso de una cabal “acción popular”. De cualquier manera, cabe advertir

que la experiencia jurídica actual registra poquísimos casos —si no casi ninguno— respecto a la actuación procesal de víctimas “difusas” o “colectivas” en el ámbito bonaerense, aunque sí se ha concitado una autorizada doctrina a su respecto.<sup>42</sup>

#### *IV.1. ¿Qué ubicación tiene el juez de garantías en la estructura judicial?*

IV.1. Los sistemas que en Argentina han encomendado al Ministerio Público Fiscal la etapa preparatoria del proceso penal han previsto un órgano jurisdiccional para intervenir en dicha fase como así, en general, en la etapa crítica o intermedia. Su denominación varía; por ejemplo, se llama “juez de garantías” en el CPP Buenos Aires, “juez de garantía” (en singular) en el CPP de Chaco; “juez de instrucción” (término ambiguo) en el CPP Córdoba, o “juez” (simplesmente) en el CPP Chubut. Más allá de sus denominaciones, su función principal es asegurar la vigencia del “debido proceso”, a través de la efectiva vigencia de las garantías fundamentales en las etapas en que interviene.<sup>43</sup> Precisamente el CPP, Buenos Aires, es el más explícito en las funciones acordadas a este sujeto procesal penal ya que en su artículo 23 le da habilitación objetiva, principalmente, en cuestiones sobre la legitimación de las partes, para imponer o hacer cesar medidas de coerción, para incorporar pruebas irreproducibles o definitivas, para resolver cuestiones de nulidad, para pronunciarse sobre la oposición a la elevación a juicio y cambio de calificación (en rigor: etapa intermedia) y para controlar los plazos de la investigación penal preparatoria. En líneas generales, pues, su “ubicación” puede entenderse como “horizontal”, en la fase preparatoria y/o crítica o bien “vertical”, dado que sus resoluciones pueden ser susceptibles de revisión por un órgano superior en la estructura jerárquica, solitamente mediante recursos de apelación. Para completar este cuadro señalemos que algunos códigos provinciales —no todos— le dan también habilitación objetiva para realizar la investigación sumaria cuando se trate de personas con privilegios constitucionales (legislados o magistrados) (por ejemplo, CPP, Córdoba); de cualquier manera, se trata de hipótesis no frecuentes en la práctica, que por tanto no altera la básica ubicación “garantizadora” del órgano, tal como la hemos señalado aquí.

<sup>42</sup> Cafferata Nores, José I., *El artículo 84 del Código Procesal Penal*, 1998.

<sup>43</sup> Bertolino, Pedro J., *El juez garantías en el C.P.P de Buenos Aires*, 2000.

V.1. ¿Cómo funciona la “sentencia arbitraria” conocida en la experiencia jurídica argentina?

V.1. El lugar propio de la llamada “sentencia arbitraria” es el recurso extraordinario federal, previsto en el artículo 14 de la ley nacional núm. 48 que procede ante la SCJN y el cual, en tanto extraordinario, está sometido a formalidades precisas en cuanto a su procedencia, concesión y tratamiento por el Alto Tribunal (sentencia definitiva, derecho federal, forma de interponerlo, etcétera). Este último tribunal tiene dicho, desde antiguo, que el recurso extraordinario “...tiende a asegurar la primacía de la Constitución nacional y normas y disposiciones federales mediante el contralor judicial de constitucionalidad de leyes, decretos, ordenes y demás actos de los gobernantes y sus agentes, ratificando —si cabe— que esta Corte Suprema es el custodio e intérprete final de aquel ordenamiento superior (Fallos: 1:340; 33:162; 154:5; 280:228). El citado artículo 14 de la Ley 48 prevé en tres incisos los supuestos que podríamos llamar “clásicos” del recurso (cuestiones federales simples y complejas); pero luego, pretorianamente la propia Corte ha elaborado la especie jurídica llamada “sentencia arbitraria”, constitutiva de una suerte de “cuarto inciso” del artículo.<sup>44</sup> Sintéticamente, este tipo de sentencia se ha caracterizado como aquéllas que no configuran una “derivación razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias comprobadas en la causa” (CSJN, Fallos: 269:343; 285:279; 302:1405; 304:638, entre otras muchas). Precisamente, a través de este cartabón, descalificador de sentencias, faltas de fundamentación o provenientes de la sola voluntad del juzgador, la Corte nacional se ha pronunciado sobre las garantías fundamentales vinculadas al proceso penal básicamente las de la defensa en juicio y debido proceso; respecto a estas últimas cabe señalar un “*dictum*” de la Corte nacional que se reitera permanentemente y que es el siguiente: “El artículo 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciadas por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de la bilateralidad, sobre cuya base el legislador ésta sujeto a reglamentar el proceso criminal” (Fallo: “Santillán”, *supra*, III.3). Además de estas garantías que podríamos llamar englobantes, a través de la

<sup>44</sup> Carrió, Génaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 2a. ed., 1978.

sentencia arbitraria, la Corte nacional se ha pronunciado sobre diferentes aspectos del proceso penal entre otros el empleo de agentes encubiertos, la “*reformatio in peius*”, la detención de personas, la inviolabilidad del domicilio y papeles privados, la presunción de inocencia y la rapidez del proceso penal.<sup>45</sup> La cuestión problemática más aguda está dada por la exigencia de sentencia definitiva, como se señaló, que es propia del recurso extraordinario federal, definitividad que no alcanzaría, en principio, a cuestiones muy punzantes del proceso penal, por ejemplo, la excarcelación y el eximir de prisión; en estos casos, según las diversas circunstancias ocurrientes, la Corte ha entrado en ocasiones a conocer sobre estos temas, utilizando la categoría de la sentencia “equiparable a definitiva”.

*VI.1. El Ministerio Público acusador y el Ministerio Público defensor (entiendo que éste cumple la función de un defensor público), ¿forman parte del mismo órgano?*

VI.1. La Ley Nacional de Ministerio Público núm. 24.946 reglamenta una defensoría funcionalmente independiente y financieramente autárquica, desvinculada tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público Fiscal, con lo cual se permite una mayor libertad de actuación con absoluta independencia de criterios. Solución legislativa diferente pareciera ser el de la Provincia de Buenos Aires, la que, en la ley 12.061 del Ministerio Público, cuyo órgano superior es el Procurador de la Suprema Corte de Justicia provincial, se regulan las incumbencias tanto de fiscales como de defensores oficiales y asesores de incapaces; el artículo 1o. es muy expresivo en este sentido, porque dice: “El Ministerio Público es el cuerpo de fiscales, defensores oficiales y asesores de incapaces que encabezados por el procurador general actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales”; esta unificación legislativa, hoy en día se ve atenuada en la Provincia —aunque no eliminada, por cierto— en la medida en que en la práctica, el Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación, en los hechos ha asumido la jefatura del Ministerio Público de la Defensa, no sin algunos conflictos funcionales con el propio procurador de la Corte. En definitiva esta situación —que

<sup>45</sup> Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3a. ed., 1994.

puede lindar con lo inconstitucional— a mi juicio constituye un obstáculo al buen funcionamiento de las instituciones procesales penales provinciales.

*VII.1. Prisión preventiva y libertad provisional. ¿En qué hipótesis procede la libertad provisional del inculgado?*

VII.1. Clásicamente, la prisión preventiva no se concreta respecto a la efectiva privación de libertad ambulatoria en las hipótesis de eximir de la prisión y excarcelación, desde luego cuando éstas proceden. Los distintos códigos establecen hipótesis variadas respecto a la antes dicha procedencia de estos institutos; generalmente, se tienen como criterios para ello los montos de las penas previstas para los delitos; cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista en el Código Penal para los delitos que se le atribuyen; cuando el imputado hubiera cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal que a primera vista resultare adecuado; cuando el imputado hubiere cumplido la pena impuesta por sentencia no firme, etcétera. Algunos códigos establecen restricciones excarcelatorias para determinados delitos; en este sentido la corriente mayoritaria —al menos doctrinaria— considera inconstitucional este tipo de restricciones. También por incidencia sobre todo de los tratados internacionales se ha postulado por los defensores —y recogido— por muchos tribunales, el cese de la prisión preventiva por duración irrazonable del proceso. Resulta interesante destacar que el nuevo Código de Procedimiento de Buenos Aires establece medidas alternativas y morigeración de la prisión preventiva, con obligaciones del imputado como las de someterse a cuidados de instituciones, presentarse periódicamente a las autoridades, prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, etcétera; el criterio para otorgar el beneficio es, básicamente, el del artículo 159: “...siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado...”; también este código prevé la denominada excarcelación extraordinaria, la que procede cuando en casos en que legalmente la excarcelación no es viable “...por la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, se pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar la acción de la justicia” (artículo 170). Por último, cabe tener en cuenta que prácticamen-

te la totalidad de los códigos argentinos establecen expresamente el criterio restrictivo para interpretar disposiciones legales que coarten la libertad personal y/o restrinjan los derechos de las personas (por todos, artículo 3, CPP nacional), norma que con bastante frecuencia, no pareciera tenerse en cuenta por jueces y tribunales cuando deniegan excarcelaciones y/o eximiciones de prisión.

#### ABREVIATURAS

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

CPP: Código de Procedimiento Penal.

Fallos: Repertorio de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

CCPN: Cámara de Casación Penal Nacional.

CN.: Constitución Nacional.

#### BIBLIOGRAFÍA

ARES, José L., “¿Puede el tribunal de juicio imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal?”, *Jurisprudencia Argentina*, 2001.

ARNAUDO, Luis A., *Fallos de la Casación Penal*, Buenos Aires, Di Plácido, núms. 1, 2 y 3, 1999/2001.

BERTOLINO, Pedro J., “Sobre el derecho al proceso penal como derecho humano”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1998.

———, *Proceso penal y servicio de la justicia*, La Plata, LEP, 1992.

———, *El proceso oral: sus notas esenciales (Memoria del) Congreso Internacional de oralidad en materia penal*, La Plata, octubre de 1995.

———, “Para un encuadre del proceso penal abreviado”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1997-IV.

———, “La ‘convicción sincera’ como regla para la valoración de la prueba en los juicios penales”, en varios autores, *La Prueba. Homenaje a Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Ed. Univ. Libre, 2002.

CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2001.

———, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

CARRIÓ, Alejandro D., *Justicia criminal*, Buenos Aires, Lerner, 1986.

- D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, anotado, concordado, 5a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002.
- DELMAS-MARTY, Mirelle y varios autores, *Procedure penale d'Europa*, 2a. ed., Cedam, 2001.
- FALCONE, Roberto y MADINA, Marcelo, *El nuevo proceso penal en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- FERRATER MORA, J., *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 1994, 4 t.
- GARCÍA, Luis M., "El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos", *Prudentia iuris*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, núm. 50, agosto de 1999.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1973.
- GUARIGLIA, Fabricio y BERTONI, Eduardo, "Informe sobre Argentina", *Las reformas procesales en América Latina, Maier-Ambos-Woischnik*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14a. ed., Buenos Aires, Eudeba, trad. Nilve y Cabrera, 1960.
- MAIER, Julio J. B., *Derecho procesal penal*, 2a. ed., I. Fundamentos, Buenos Aires, Del Puerto, 1999.
- MARINO AGUIRRE, Santiago, "El 'nuevo' Ministerio Público Fiscal en el marco del proceso penal", en varios autores, *Los nuevos aspectos del debido proceso penal*, Carlos Chiara Díaz (coord.), Jurisprudencia Argentina, 2002.
- MILLER, Jonathan M. y otros, "Garantías constitucionales en el proceso penal", *Constitución, poder político y derechos humanos*, Buenos Aires, La Ley, t. III, 2002.
- MONTERO, Jorge R., *Causales restrictivas de la excarcelación arbitrarias e inconstitucionales*, La Ley, 2000-D-747.
- PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "La instrucción procesal penal", *XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, La Plata, 1994.
- REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, Valparaíso, Edeval, 1968.
- ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., *Un fallo medular sobre la prueba pericial y las garantías constitucionales en el proceso penal*, Jurisprudencia Argentina, 1997-I.

SAGUÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2 t., 2002.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Lerner, 1969, t. II.